

DOCUMENTOS
Y JURISPRUDENCIA
COMENTADOS

DE CRIMINE PESSIMO ET DE COMPETENTIA S. OFFICII RELATE AD ILLUD

DE CRIMINE PESSIMO ET CAN. 2358, 2359 (1)

Refert S. Scriptura sanctissimum illum virum, Joseph, Jacob Patriarchae filium, dum "adhuc puer sexdecim annorum esset... fratres suos apud patrem *crimine pessimo* accusasse" (2). In quo huiusmodi delictum specificè consisteret, sacer auctor silentio premit. Moyses enim noluit illud nominare quia horrendum, pudendum, infame (3); et theologi et exegetae verba illa Genesis non uno modo interpretantur (4). Quare propriam et specificam illius peccati malitiam moralem certo non cognoscimus. Sed neque de ea hic investigare vacat; nostrum quippe propositum solum est aliqua exponere de *crimine pessimo*, non in sensu pure morali, sed in sensu

(1) Can. 2358. Clerici in minoribus ordinibus constituti rei alicuius delicti contra sextum decalogi praeceptum, pro gravitate culpaee puniantur etiam dimissione e statu clericali, si delicti adiuncta id suadeant, praeter poenas de quibus in can. 2357, si his locus sit.

Can. 2359. § 1. Clerici in sacris sive saeculares sive religiosi concubinarum, monitione inutiliter praemissa, cogantur ab illicito contubernio recedere et scandalum reparare suspensione a divinis, privatione fructuum officii, beneficij, dignitatis, servato praescripto can. 2176-2181.

§ 2. Si delictum admiserint contra sextum Decalogi praeceptum cum minoribus infra aetatem sexdecim annorum, vel adulterium, stuprum, aestillitatem, sodomiam, lenocinium, incestum cum consanguineis aut affinibus in primo gradu exercuerint; suspendantur, infames declarentur, quolibet officio, beneficio, dignitate, munere, si quod habeant, et in casibus gravioribus deponantur.

§ 3. Si aliter contra sextum Decalogi praeceptum deliquerint congruis poenis secundum casus gravitatem coerceantur, non excepta officii vel beneficij privatione, maxime si curam animarum gerant.

Cir. de *crimine pessimo*, inter alios, LÓPEZ, U., in *Periodica de re morali canonica liturgica* 27(1938)32-35; AERTNYS-DEMEN, *Theol. Mor.*¹² I, 626, Romae (1939), p. 449; IORIO, THOMAS A., *Theol. Mor.*⁸ II, 286 Neapoli (1939), p. 174; FERRERES, I. B., *Theol. Mor.*¹⁰ II, 699, N. B. 2, Barcinone (1940), p. 394; F. REGATILLO, E., *Inst. I. C.*, II, 1106 s., *Sal Terrae* (1942), p. 422; B. T. in *Resurrexit* 5(1915)18.

(2) GEN. 37, 2.

(3) ABULENSIS apud. A. LAPIDE, *Comment.* In S. Script., I, Ed. Vives, Paris (1868), p. 357.

(4) Nomine "*Crimine pessimo*" Gen. 37, 2 quidam intelligunt odium fraternum, ut NIC. DE LYRA, *Comment.* in h. l. ed. Lugd. (1545), f.º 101 v.; alii murmurationem contra patrem, eo quod iunioem, Ioseph, praefereat, apud. A. LAPIDE, l. c.; sed communius vel "*peccatum bestialitatis*" cum Glossa interlineari et S. THOMA 2-2 q. 154 a. 12 ad 4; vel crimen *sodomitici sceleris* cum RUPERTO, ABBATE TUITIENSI, *De Trinit. et oper. etus in Gen.* libr. VIII, cap. 19; MI. 167, 505; HUMMELAUER, *Cursus S. Script., Comment. in Gen.*, Paris (1895), p. 256.

iuridico, sc., prout est delictum contentum in can. 2358 et 2359 et cuius COMPETENTIA ad S. Officium spectat.

I. QUID EST CRIMEN PESSIMUM

I. Non omnia *immoralitatis* delicta in praedictis canonibus enumerata: v. g. incestus, adulterium, fornicatio, etc., sunt de competentia illius Supremi Tribunalis, sed peccatum turpe commissum vel attentatum a CLERICO cum persona *eiusdem sexus*. Hoc autem peccatum comprehenditur a S. Officio nomine "CRIMINIS PESSIMI" et ab hoc S. Tribunali ita definitur: "Nomine *criminis pessimi* heic intelligitur quodcumque obscenum factum externum graviter peccaminosum, quomodocumque a CLERICO patratum vel attentatum cum persona propii sexus."

Annotationes

Plura in huiusmodi delicti definitione, quam omnes unanimiter tradunt, consideranda sunt elementa:

a) *Subiectum*, et est quivis CLERICUS sive simpliciter tonsuratus sive in minoribus aut in sacris constitutus.

b) *Complex* vel persona, quacum delictum committitur, est vir, mas.

c) *Obiectum* est "quodcumque obscenum factum externum *graviter* peccaminosum" et "quomodocumque a CLERICO patratum vel attentatum".

Hinc clare elucet "*crimen pessimum*" restringi non posse ad actum *perfectum* sodomiae, prout quidam Canonista primae notae putavit ac scripsit. Ad can. 2359, § 2: *bestialitatem, sodomiam* iunctim can. 2228, ubi legitur: "Poena lege statuta non incurritur, nisi delictum fuerit in *suo genere perfectum* secundum proprietatem verborum legis", statuit ille auctor *crimine pessimo* secundum ius vicens non posse venire nisi "sodomiam perfectam" ac bestialitatem perfectam. Huic interpretationi aperte contradicunt allata ipsius Sancti Officii verba.

d) "*Ex praxi* S. Officii haec definitio late intelligitur. Unde 1) *ex parte obiecti* "comprehendit actus etiam imperfectos, uti oscula, amplexus, tactus, aspectus, etc., qui *ex libidine* peranguntur": 2) *ex parte affectus*, "in foro externo, posito actu externo, voluntas libidinosa seu "dolus" praesumitur" (5). Quod tamen ita intelligendum videtur. Ex actibus impudicis,

(5). IORIO, LÓPEZ U., FERRERES, REGATILLO, II. CC.

licet *in se* indifferentibus (secus nunquam liciti essent), alii dicuntur *de se* libidonisi, sc. qui natura sua ad venerem ciendam tendunt: v. g. tactus, aspectus in verendis; alii, non *in se libidinosi*, at saepe ad veneream delectationem excitandam adhibiti, utpote quae ex iis facile oritur: v. g. amplexus, oscula in partibus quoque honestis habita. Ideo CLERICUS tales actus sine ulla proportionata causa exercens, si de *crimine pessimo* denuntietur, se immunem fuisse a *libidinoso affectu* probare tenetur. Aliter dicendum si illos ex iusta causa posuit.

Iam vero haec iusta causa a) quoad actus *de se* libidinosos ponendos est necessitas, ut medicis, qui alicui morbo medentur; b) quoad oscula, amplexus, manuum contrectationem secundum probatos auctores adesse censetur, cum, attentis regulis moris regionalis, urbanitatis, bonae amicitiae, etiam viri vinculo sanguinis devincti et boni amici amplexus et oscula sibi mutuo praestant, praesertim si id fit in publico, sine ullius offensione, a personis quoque honestis; pariter cum blanditias, oscula, etc. ex nostra humanissima comitate impuberibus (saltem infra decennis) coram eorum parentibus vel aliis personis honestis veluti obsequium quoddam exhibemus.

Itaque ubi secundum sanum viri prudentis timorataeque conscientiae iudicium actus externus positus *nullam fundatam suspicionem* libidinosae voluntatis pandit, ibi sermo de "delicto" commisso moveri nequit. Quod locum habet de actu posito sive circa puberem sive circa impuberem; et hoc, etiamsi definitio criminis pessimi *late* intelligi debeat.

c) *Patratum vel attentatum*, quia non requiritur ut delictum ex utraque parte consummetur; satis enim est attentatio ex parte CLERICI sine ulla personae sollicitatae complicitate.

2. Ad hoc autem delictum addendum est etiam "quodvis obscoenum factum externum graviter peccaminosum, quomocumque a CLERICO patratum vel attentatum cum *impueribus cuiusque sexus* vel cum *brutis animalibus*". "Quod delictum etiam est de competentia Tribunalis S. Officii" (6).

Perpende censerī impuberem: masculum infra decimum quartum, feminam vero infra duodecimum annum completum (can. 88, § 2). Reliqua huius delicti determinare necesse non est, cum ea cuique consideranti facili pateant ex dictis.

3. Aliqui verius non includunt in *crimine pessimo* quaevis "facta obscoena (etiam externa, graviter peccaminosa) quomocumque a clerico pa-

(6) REGATILO, AERTNYS-DAMEN, II. CC. ET ALII.

trata vel attentata “cum impuberibus cuiusque sexus”... et “bestialitatis”. eaque aequiparant illi, sed pro effectibus poenalibus” (7); licet auctores (8) generatim sub *uno* crimine pessimo etiam haec ipsa facta obscoena *absolute* comprehendant et sine limitatione ad solos *effectus poenales*. Huius rei dilucidatio practici et haud parvi momenti est, ut patet ex I, d). At exspectemus AUTHENTICAM lucem, ut in eius claritate ambulemus.

II. ALIA IN CRIMINE PESSIMO CONSIDERANDA

A) COMPETENTIA CIRCA CRIMEN PESSIMUM

Competentia circa hunc delictum *reservatur S. Officio*, quatenus semper de eo cognitionem habere debet, Nam.

a) si *criminis pessimi* denuntiatio apud tribunal dioecesanum fiat, hoc certe competens est ad hanc materiam iudicandam, et causam agitare et resolvere potest; sed de ea S. Congreg. Sancti Officii certiore reddere debet;

b) si CLERICUS huius delicti reus *primo et directe Sancto Officio* denuntietur, hoc causam instruit et de ea more proprio decernit;

c) si denique apud S. Congr. Concilii vel de Religiosis, quae cleri saecularis et regularis disciplinam respective tutantur, accusatio proponatur, haec ab illis ad S. Officium mittitur; nulla enim alia S. Congregatio vel Tribunal Romanum praeter hoc Supremum Tribunal competens est in his causis agitandis.

d) Idem dicendum est, quando ex tribunali dioecetano interponitur recursus ad S. Sedem. Ideo dicebamus competentiam super crimine pessimo S. Officio reservari.

B) COMPETENTIA S. OFFICII RELATE AD CRIMINA IN CAN. 259

ENUMERATA

Ex datis definitionibus *delicti pessimi* liquido patet competentiam S. Officii non extendi ad omnia delicta contra sextum Decalogi praeceptum in

(7) B. T., I. c.

(8) AERTNYS-DAMEN, *Theol. Mor.*¹³ I, 626: “Nomine autem delicti pessimi secundum ipsius S. Officii definitionem heic intelligitur: “Quodcumque obscoenum factum externum graviter peccaminosum, quomodocumque a clerico patratum vel attentatum cum persona proprii sexus; sicut etiam quodvis obscoenum factum externum graviter peccaminosum quomodocumque a Clerico patratum vel attentatum cum impuberibus eiusque sexus vel cum brutis animalibus”. Eadem habent IORIO, LÓPEZ, U., II. cc. et alii.

citato canone contenta, quae gravissimis poenis plectuntur; immo nec omne peccatum obscenum a CLERICIS commissum “cum minoribus sexdecim annorum”: v. g. fornicatio cum puella tredecim annorum, cadit sub ambitu competentiae, de qua nunc loquimur, illius Supremi Tribunalis; talia enim delicta, exceptis commissis a CLERICIS *cum viro pubere vel impubere, cum femina impubere et cum brutis animantibus*, non veniunt nomine criminis pessimi (9). Quare tribunal dioecesanum, absoluta causa super quocumque alio delicto obsceno enumerato, certius de eo S. Officium reddere non tenetur.

C) MODUS PERTRACTANDI CAUSAM CRIMINIS PESSIMI

PROCEDURA IN HAC CAUSA adhibenda est eadem, mutatis ex natura rei necessario mutandis, ac procedura adhibita in *crimine sollicitationis* in confessione. Ideo

1) denuntiatione vel recursu apud S. Sedem interpositis, “S. Officium in his causis agitandis procedit eodem modo ac in delicto *sollicitationis*, i. e., forma iudiciali, huic processui propria, et summa cum severitate”. Eadem processus forma servanda est a tribunali dioecesano, si causa apud ipsum proponatur. Cf. AA. in nota (1) citatos.

2) *unicum discrimen* est in hoc: Quod in crimine *sollicitationis* in confessione confessarius *ex lege positiva Ecclesiae* monere debet poenitentem sollicitatum de obligatione, sub poena excommunicationis l. s. nemini reservatae, denuntiandi reum intra mesem loci Ordinario vel S. Congregationi S. Officii (10); dum in *delicto pessimo*, nisi hoc cum peccato *sollicitationis* in confessione nectatur, talis obligatio denuntiandi reum *ex lege positiva* non imponitur (11). Itaque nulla excommunicatio incurri potest propter omissio-

(9) En delicta specifica in citatis canonibus enumerata:

a) In Can. 2358, qui agit de CLERICIS in *minoribus* constitutis, nullum specificè delictum enumeratur; sed tantum pro *gravitate culpae* CLERICUM puniendum esse statuit.

b) In Can. 2359, qui CLERICOS in *sacris*, sive saeculares sive religiosos, respicit, memorantur sequentia delicta turpia, quae ad rem nostram ita distribui possunt:

c) In § 1: concubinitus; in § 2: adulterium, stuprum, lenocinium, incestus cum consanguineis et affinis in primo gradu (et fornicatio cum puella pubere, i. e. a duodecimo anno completo, can. 88 § 2). Haec autem delicta non sunt de competentia S. Officii, prout supra explicata est.

d) In eadem § 2 continentur etiam: *Sodomia, bestialitas, “delictum contra VI Decalogi praeceptum cum minoribus infra sexdecim annos”*. In hoc ultimo delicto competentia S. Officii *contrahitur ad mares, et ad impuberes feminas*. Unde competentia huius S. Tribunalis relate ad delicta in can. 2358 et 2359 enumerata restringitur, ut notatur in textu, ad “quodvis obscenum factum graviter peccaminosum quomodocumque patratum, vel attentatum a CLERICO cum masculo *pubere vel impubere, cum femina impubere et cum brutis animantibus*”.

(10) Can. 904 et 2368 § 2.

(11) REGATILLO, LÓPEZ, U., IORIO, FERRERES, II. cc. et alii.

nem denuntiandi reum *criminis pessimi* in casu, quo quis ratione *iuris naturalis* ad id teneatur.

D) OBLIGATIO DENUNTIANDI REUM CRIMINIS PESSIMI

CLERICI, huius criminis rei, denuntiatio

a) *fieri potest* a quolibet fidei, qui delictum et reum certo cognoscat, "ad scandali et mali reparationem" (12).

b) *fieri debet*, ipsa *lege naturali* obligante, quoties adsit periculum corruptionis innocentium, vel status clericalis magno dedecore maculetur, vel fidei et religionis detrimentum aut alium malum publicum imminet (13); si pericula relabendi non arceantur; si nulla spectetur emendatio rei.

c) MODUS DENUNTIATIONEM FACIENDI similis *esse potest* illi, qui in casu sollicitationis in confessione usurpatur, videlicet: si denuntiatio fit Ordinario loci, fiat oretenus si possibile est; secus litteris a denuntiante subsignatis et duplici involucro inclusis. Internum clausum sic inscribatur: Excmo. ac Revmo. Episcopo: de secreto S. Officii.—Si denuntiatio fit S. Officio, in involucro interno inscribatur: Emmo. e Revmo. Cardinale Segretario della S. Congregazione del Santo Uffizio; et in involucro externo repetatur eadem inscriptio, addendo: Palazzo del Santo Uffizio, Via del S. Uffizio, Roma.

A N I M A D V E R S I O

Confessarii et sacerdotes, antequam obligationem denuntiandi imponant seu declarent vel denuntiationem fieri permittant, moraliter certi sint oportet de commissione vel attentatione *delicti pessimi* deque aliis circumstantiis prae oculis habendis, prout recta prudentia suadet et probati auctores tradunt.

E) POENAE (14)

DENUNTIATIONE PROPOSITA

I.° *Apud Sanctum Officium:*

Ipsum S. Tribunal, suo more institutoque procedens sibi que propriam

(12) Can. 1935 § 1.

(13) Can. 1935 § 2.

(14) Ad impositionem poenarum *in foro externo*, nihil refert, ut notum est, quod reus, tactil poenitens, *in foro sacramentali* absolutionem sui delicti obtinuerit

consuetudinem retinens, poenas, quae sibi videbuntur iustae, contra huius criminis reum decernet.

2.° *Apud tribunal dioecesanum:*

a) CLERICI MINORES pro gravitate culpae puniri possunt:

1) Poenis in can. 2357 contentis;

2) dimissione e statu ecclesiastico (can. 2358) (15).

b) CLERICI IN SACRIS CONSTITUTI, sive saeculares sive religiosi, possunt:

1') suspendi;

2') infames declarari;

3') quolibet officio, beneficio, dignitate, munere, si quod habeant, privari;

4') et, in casibus gravioribus, deponi (can. 2359, § 2).

Insuper, tribunal dioecesanum S. Officium de eo delicto instruere tenetur.

Haec procul dubio de actibus saltem consummatis intelligenda sunt.

Actus imperfecti seu impudicitiae libidinosae (16) puniri possunt:

a') congruis poenis (arbitrariis) secundum casus gravitatem;

b') non excepta officii vel beneficii privatione, maxime si curam animarum gerant (can. 2359, § 3). Addi etiam poterunt aliae poenae in praecedenti § 2 enumeratae, praesertim suspensio a confessionibus audiendis, immo a qualibet cura animarum, quae haud raro est unicum medium sufficiens ad iterationem delicti impediendam.

c') res S. Officio nota fiet.

III. CUR HAEC TRIA CRIMINA SINT RESERVATA

Si motivum convenientiae huius reservationis quaeras, fortasse in speciali illorum delictorum gravitate et in punitione eorum apud tribunalia civilia illud invenies.

(15) Cf. NORMAS S. Congr. de Semin. et Stud. Univ. *pro Directoribus spiritus in Seminariis* (Prot. n. 419-43, III n. 5) ubi haec habet: "Debe ser excluído en cualquier tiempo, sin dilaciones ni concesiones de ulteriores pruebas, cualquiera que hubiese cometido, aunque fuese un solo pecado con persona de otro sexo, o bien con un compañero, después de su ingreso en el Seminario." Traducción del Colegio Español de Roma. NB Hae Normae, licet sint, saltem nunc, *mere directivae*, ostendunt tamen *severiolem mentem* Ecclesiae in hac re cum candidatis ad statum clericalem et quaestionem nostram illustrare possunt. Cf. pariter quod dispositum est pro alumnis Seminarii in Prov. Eccl. Mediolanensi, ubi fere eadem viget dispositio: *Normas para el Director Espiritual del Seminario*, etc. n. 1, apartados 3 y 4. Milán, 1 Abril 1936, publicadas por el Excmo. y. Rvmo. Sr. D. MANUEL MOLL, A. A. de Lérida (hoy obispo de Tortosa), en Lérida, 8 de diciembre de 1939.

(16) Cf. EICHMANN, Das Strafrecht des Codex I. C. p. 194; REGATULLO, Inst. I. C. II, 1105, 3.

1.º *Quoad bestialitatem.*

Hoc nefandum crimen, in quo debita non servatur species, est omnium peccatorum luxuriae, etiam contra naturam, gravissimum (17). Alia peccata turpia appellantur peccata humana; bestialitas audit "vitium non humanum", quasi qui tali flagitio foedatur, non solum omnem pudorem sed etiam naturam ipsam humanam exuere videatur. Ideo Angelicus docet (18): "Quod bestialitas differt a malitia, quae humanae *virtuti* opponitur per *quemdam excessum circa eandem materiam*", sc.: alia peccata carnalia concluduntur in malitia luxuriae ex oppositione ad *castitatem*, bestialitas autem *eam superexcedit*.

¡Cogita nunc statum ecclesiasticum *castitate sacratum* (19) tam execrando dedecore ex tam abominabilis et abiectae luxuriae excessu deturpatum, et videbis specialem gravitatem in hoc crimine contentam!

Adde formidandum scandalum, si CLERICUS apud Tribunalia civilia forte de hoc scelere accusatus, ignominiosam damnationis sententiam subiret (20).

2.º *Quoad Sodomiam:*

Sodomia post bestialitatem aliis luxuriae peccatis gravior est. Adversatur quoque naturae, utpote accessus, maxime in nostro casu, ad indebitum sexum (21). De sodomitis ait S. Scriptura, quod "*pessimi erant et peccatores coram Domino nimis*" (22); et Paulus (23) hoc nefandum crimen tamquam ignominiam passionum humanarum exhibet. Mirum igitur non est huiusmodi abominationem gravissimis poenis tam in V. Testamento (24) quam in nationibus christianis sancitam fuisse (25).

Sed opinio hodierna inter homines cultos non est mitior erga sodomi-

(17) S. THOMAS, 2-2 q. 154 a. 12 ad 4.

(18) *Ibid.* a. 11 ad 2.

(19) Can. 132 § 1.

(20) Cf. SURBLED, *La moralidad en sus relaciones con la medicina y la higiene*, c. 12. La bestialidad, Barcelona (1937), p. 193-95.

(21) Gen. 19, 4-11.

(22) *Ibid.* 13, 13 coll. 19, 4-11.

(23) Rom. 1, 26-27.

(24) Lev. 18-22 coll. 20-13.

(25) Conc. Toletatum XVI (693) poenam degradationis pro clericis statuit. Leges civiles nationum christianarum:

a) ANGLICA, quae, ut ait *Blackstone*, sodomiam his verbis designans: "Peccatum illud horribile inter christianos non nominandum", poena capitali puniebat;

b) GALLICA, sodomitiam flammis vivum addicebat;

c) HISPANICA, illud: 1.º in rogum mittebat; 2.º confiscatione omnium bonorum muletabat; 3.º *speciali processu* pro criminibus *haeresis* et *laesae Maestatis* adhibito iudicabat (Pragmat. Regum Catholicorum, 22 augusti 1497, Metinnae a Campo lata); cf. *Encicl. Espasa*, v Sodomia p. 1409-10. Pro punitione sodomitarum in nostris diebus, cf. ANTONELLI: *Medicina pastoralis* II, 297; Cod. *Poenal. Chilense*, art. 365, et Codices nota (26) citandos.

tas. Ii enim, sive poederastae sive homosexuales sive alio modo appellentur, apud omnes nationes civiles reputantur uti viri turpissimi, moris publici corruptores, sine pudore, sine honore, sine dignitate, vilissimo atque abiectissimo nomine mulctari. E contra, CLERICI eximia sanctitate, excelsa dignitate et speciali reverentia erga ipsos inter homines praefulgere debent.

¡Cogita iterum statum ecclesiasticum, vi huius nefandi sodomiae flagitii, in sua sanctitate commaculatum, ex *arce suae excelsae dignitatis deiectum et sociali vilipendio* expositum, et specialem in eo gravitatem pariter invenies!

Adde in hoc crimine ex parte CLERICI semper intervenire et culpandam complicitatem et scandalum saltem comparti datum. Quid dicendum si *Clericus*, violata delicti clandestinitate, ut sodomita publice reveletur et poenis a tribunali civili puniatur?

NB. Quod sequenti n. 3.º: "*Quoad relationem carnalem CLERICI cum puella impubere* dicendum est, locum habet relate ad peccatum cum puero impubere vel infraduodenne, quia in legibus poenalibus civilibus, eodem modo prohibetur et punitur actus carnalis cum utroque impubere. Et fortasse ob hanc rationem in 2.ª parte definitionis criminis pessimi dicitur: "Quodvis obscoenum factum graviter peccaminosum... a CLERICO patratum vel attentatum cum *impuberibus cuiusque sexus.*"

3.º *Quoad relationem carnalem CLERICI cum puella impubere.*

Licet talis relatio turpis sit iuxta naturam, *specialis tamen gravitas* in ea agnoscitur. Debilitas rationis in tam tenera aetate; non satis evoluta capacitas ad discernendam actus carnalis gravitatem et transcendentiam non solum moralem sed etiam physiologicam et sociale; defectus exinde, quasi congenitus, firmitatis voluntatis et aliae condiciones talis aetatis propriae constituunt puellam infraduodennem in *gradu inferioritatis psychicae* vel *physicae* resistendi suggestioni complicitis. Ob hanc rationem iura civilia copulam cum impubere in se considerant tamquam actum *luxuriae qualificatae*, sc.: ut feminae *violationem et oppressionem*, quamvis puella infraduodennis sponte, sine violentia, sine intimidation vel fraude in actum carnalem consenserit. Ideo *complex* etiam in casu huius liberae et voluntariae acceptationis puellae punitur poenis *oppressoris*.

Satis est, ne plura congeram, verba nostri novissimi Codicis Poenalis afferre:

Art. 429: "La violación de una mujer será castigada con pena de reclusión menor.

Se comete *violación* yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando se usare de fuerza o intimidación.

2.º Cuando la mujer se viere privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3.º Cuando *fuere menor de doce años cumplidos*, aunque *no concurre ninguna de las circunstancias expresadas* en los números anteriores" (26).

Iam vero, si *Iura civilia* in hoc accessu turpi cuiusvis viri, etiam ipsa puella impubere consentiente, *crimen violationis agnoscunt et puniunt*, quid mirum quod Ecclesia specialem gravitatem in tali *delicto* inveniatur respectu CLERICI illud patrantis?

Insuper, huius flagitii reus, ideoque et CLERICUS si ita sit, apud tribunalia deferri potest non solum a puella, quamvis sponte in illud consenserit, sed etiam ab ascendentibus, fratribus..., etc. (27). Iudices autem civiles in fere omnibus nationibus, sive quia in aliis privilegium fori ex concordato vel consuetudine abrogatum est (28), sive quia in aliis hoc non agnoscitur, CLERICUM fornicarium cum infraduodenne ad sua tribunalia trahent eumque tamquam *feminae oppressorem* et forte etiam uti *eius corruptorem* damnabunt. Cogita igitur infamiam pro statu ecclesiastico orienturam et scandalum pro fidelibus ex hac damnatione sequendum et habebis motivum speciale reservationis etiam pro hoc peccato.

4.º *Quoad tactus, oscula, amplexus, etc.*

Recte praxis S. Officii intelligit *late* criminis pessimi definitionem per extensionem ad tactus, amplexus, etc., qui ex *libidine* peraguntur. Quia praedicti actus et aliae impudicitiae ex *affectu libidinoso* quaesita et posita:

(26) *Boletín Oficial del Estado*, año X, n. 13, p. 459.—Hic art. adamussim concordat cum art. 431 *C. Poenal.* praecedentis, die 27 oct. 1932 promulgatum.—Eadem statuunt *CC. Poenales*: 1) *Lus.*, a. 391; 2) *Arg. et Parag.*, a. 119; *Bol.*, a. 419 et alii Republic. hispano-american.

Extendunt aetatem puellarum: a) *Gall.*, a. 331 infra 13 an.; b) *Ital.*, a. 519 infra 14; c) *Relg.*, a. 372 infra 16, et *Sinen.* (a. 1935), "licet ethnicus", a. 221 infra 14.

Eadem censura notatur crimen raptus *libidinosi* puellae impuberis in *CC. Poenal.* Cf. v. g. a. *Hisp.*, a. 440; b) *Lus.*, a. 395; c) *Ital.*, a. 524; d) *Arg. et Parag.*, a. 131, etc.

NB. Il fere omnes Codices in aa. citatis eandem poenam statuunt adversus eos, qui cum pueris maribus praedictae aetatis actus turpes exequentur.

(27) *Código Penal* español, art. 443: "Para proceder por los delitos de *violación*... bastará denuncia de la persona agraviada, ascendiente, hermano, representante legal... Ministerio Fiscal... cualquier Tribunal Tutelar de Menores..." Similem dispositionem continent alii Codices Poenales allati.

(28) V. g. in Belgio, Gallia, Germania, etc. Cf. VERMEERSCH, *Epit. Iuris Canon.* I, 209; III, 540.

a) "sunt peccata mortalia" (29).

b) reducuntur ad *peccati turpis speciem* ad quam disponunt (30), sc. in nostro casu ad crimen pessimum, sicut tactus turpes ex *pravo affectu* habiti cum coniugata vel consanguinea reducuntur ad adulterium vel incestum.

IV. QUID SI SUPERIORES RELIGIOSI CONTRA ALIQUOD FAMILIAE RELIGIOSAE MEMBRUM, REUM CRIMINIS PESSIMI, AGERE DEBEANT?

a) Ipsi certo procedere non possunt *in forma iudiciali*, sive talis processus in dimissionem rei (31), sive in meram ipsius punitionem tendat. Nam canone 501, § 2, statuitur: "Superioribus [religiosis] quibuslibet districte prohibetur quominus in causis ad S. Officium spectantibus se intromittant". Hic canon saltem de *causis iudicialibus stricte dictis* et de processibus *instituendis* intelligi debet.

b) Possunt tamen Superiores religiosi *via administrativa* decernere necessaria:

- 1) ad removendum scandalum;
- 2) ad tollendam occasionem proximam;
- 3) ad iterationem delicti praecavendam;
- 4) et, nisi S. Officium aliud statuerit, ad rei punitionem procedere.

Ceterum de competentia Superiorum religiosorum hac in re haud unum restat dubium; at expectandum est, quid S. Sedes in decursu temporis definitura sit.

V. QUID SI CLERICUS PENES LOCI ORDINARIUM DE CRIMINE PESSIMO FORTE ACCUSETUR

Responsum patet ex dictis. Ordinarii enim locorum in hoc casu, omnibus unanimiter fatentibus:

a) COMPETENTES SUNT, non obstante S. Officii reservatione, ad processum instituendum contra talem delinquentem, eumque pro gravitate sceleris puniendum;

(29) S. THOMAS, 2-2 q. 154 a. 4.

(30) MERKELBACH, *Theol. Mor.* II, 1005.

(31) Cf. Can. 654 sq.

b) ET SI PROCESSUM INSTITUUNT, *servare debent proceduram in crimine sollicitationis adhibitam*, mutatis tantum pro natura rei necessario mutandis; siquidem hae normae observantur a S. Officio in agitatione causae adversus CLERICUM criminis pessimi reum. Nunc autem Ordinarii locorum, cum praedictas normas a S. Officio iam acceperint, easdem in processu instituendo adhibere debent, ut patet ex expresso praescripto can. 1555, § 1: "Inferiora tribunalia, in causis quae ad S. Officii tribunal spectant, *normas ab eodem traditas* sequantur oportet."

Nec obstat hanc S. Officii praxim non fuisse promulgatam in AAS, siquidem hoc necessarium non est

a') PRO ORDINARIIS LOCORUM; nam S. Officium suam praxim satis cum ipsis communicat traditione ipsa normarum ad processum instituendum et iubens illis eas observare, sive sint normae speciales pro hoc casu, sive sint *generales contra delictum sollicitationis*, additis tantum notulis vel appendicibus pro mutationibus specificis necessario faciendis.

b') NEC PRO CLERICIS, quia S. Officium in sua praxi promulganda aliud medium diversum ac per editionem in AAS (can. 9) eligere potuit, ut de facto elegit tradens (a. 1937) (32) romanis Theologiae Moralis Magistris parvam "INSTRUCTIONEM" seu "PRO MEMORIA" *cum conceptu criminis pessimi eiusque reservatione ad S. Officium facta et forma processus* contra delinquentes adhibenda, ad hoc ut horum notitia inter clericos spargeretur. Quod ex tunc temporis usque nunc satis superque impletum est per diversa media, speciatim

1) PER MANUALES Theologiae Moralis et Iuris Canonici, qui uti textus in scholis a Magistris adhibentur et de hoc scelere sermonem habent;

2) PER LECTIONES Magistrorum Theologiae Moralis *super crimine pessimo* in Universitatibus Ecclesiasticis, Seminariis et in aliis scholis habitas, quarum notitia a discipulis hausta sine dubio cum aliis clericis communicata est;

3) PER SCRIPTA DE HAC re in ephemeridibus edita;

4) PER RELATIONES HUIUS FLAGITII factas in consessibus sacerdotum occasione cum exercitiorum tum alius causae habitis, adeo ut *notitia criminis pessimi et formae eius processus* inter clericos hodie universaliter divulgata censeatur. (33).

(32) Cf. REGATILLO, I. c., qui eundem annum adhuc dubitanter indicat.

(33) En relate ad Hispanias divulgationis specimen. Agitur vel actum est de *crimine pessimo*;

a) in *Theologia Morali*, P. FERRERES, II, 699 NB 2, Barcinone (1940), p. 394, uti textu adhibita in longe maiori numero Seminariorum cum Hispaniarum tum Americae-latinae. Idem die de Inst. I. C., P. REGATILLO, licet non cum tanta amplitudine adhibitis.

VI. SUMMA DICTORUM

Aliae quaestiones practicae animum pulsant; sed nunc in earum expositionem non ingredimur: haec enim limites nostri laboris excederet. Satis igitur nobis sit attigisse *criminis pessimi*.

- 1° Definitionem, prout a S. Officio traditur;
- 2° subiectum et terminum seu complicem;
- 3° obiectum eiusque extensionem;
- 4° competentiam;
- 5° modum pertractandi eius causam;
- 6° obligationem denuntiandi reum et possibilem prudentemque modum illam exequendi;
- 7° poenas, quibus talis flagitii rei puniri possunt;
- 8° gravitatem specialem, quae in tribus illis criminibus inveniri potest;
- 9° aliqua de potestate Superiorum religiosorum hac super re;
- 10° casum forte contingentem accusationis clerici penes loci Ordinarium.

VII. CONCLUSIO PRACTICA

Ex his breviter delibatis satis clare apparet quam abominabilia et nefanda a nostra piissima et benignissima Matre Ecclesia haec delicta reputentur; quanto cum iure S. Officium ea sibi reservaverit, determinando simul modum procedendi in eorum punitione, et quanto tandem cum studio CLERICI omnes, divina ope enixe implorata maternoque B. V. Mariae praesidio suffulti, ab iisdem patrandis praecaveri debemus, vel iam a longe sedulo devitantes quidquid turpem ad illa viam aperire potest.

AURELIUS YANGUAS, S. I.

In Pontificia Universitate Salamanticensi Magister.

b) IN LECTIIONIBUS THEOLOGIAE MORALIS: singulis annis in Universit. Salamanticensi; annis saltem alternis in aliis et in fere omnibus Seminariis.

c) IN EPHEMERIDE *Resurrexit* 5 (1945) 18. Sacerdotes et clero saeculari hanc subnotati superiorum numerum 10.900. Cf. *Ibid.* oct. 1944, p. 3, coll. *Memoria dec.* 1944. Mittimus alias minoris momenti divulgandi formas.

d) IN CONVENTU SACERDOTUM consiliariorum dioecesanorum A. C., anno 1943, Convadongae (Dioec. Ovetens.) habito. Huic conventui interfuerunt sacerdotes e fere omnibus dioecibus hispan., et ex quibusdam dioecibus plures sacerdotes. Mittimus, utpote minoris momenti, alios innumeros sacerdotum conventus in quibus sermo de *crimine pessimo* habitus est. Bene igitur notitia *criminis pessimi* etusque *processus formae* inter clerum hispan. universaliter divulgata censeri potest.

LA NUEVA CONSTITUCION DE PIO XII

“VACANTIS APOSTOLICAE SEDIS”

Este importante documento, donde se dictan las normas que en adelante han de observarse mientras las vacantes de la Sede Apostólica, lleva la fecha del 8 de diciembre de 1945.

Nadie ignora que en los últimos tiempos han tenido lugar sucesos que aconsejaban modificar algunos puntos de la Constitución “Vacante Sede Apostólica”, promulgada por Pío X el 20 de enero de 1904, y que hasta la fecha estuvo en vigor, fuera de los tres cambios relativos a la elección de Sumo Pontífice, introducidos por el Motu proprio de Pío XI “Cum proxime”, del 1 de marzo de 1922.

A su vez, la experiencia enseñó que tampoco estaría mal añadir algunas cosas y suprimir otras, lo cual contribuiría al perfeccionamiento de lo establecido en tiempos anteriores.

Tales han sido las razones que movieron al Pontífice reinante a publicar esta nueva Constitución, la cual, en su mayor parte, como él mismo indica, es una mera reproducción de la de Pío X, antes mencionada, si bien introduce las oportunas modificaciones, de suerte que muy bien se puede aplicar al caso presente lo que acerca de la anterior legislación eclesiástica advierte el canon 6 respecto del Código Canónico.

Nuestro objeto en estas páginas no es otro que dar a conocer a los lectores las variantes de la nueva Constitución respecto de la anterior, ya que por disposición expresa de Pío XII queda ésta abrogada, y a la última exclusivamente hay que atenerse en adelante, prescindiendo además de cualesquiera otros documentos (1).

Como la anterior, después de una breve introducción, se divide en dos títulos, con cinco capítulos el primero y siete el segundo. Los epígrafes son iguales en ambas Constituciones, a excepción del correspondiente al capítulo IV del título I, que en la de Pío X sólo mencionaba las

sustituido por la nueva Constitución.
que hasta ahora figuraban al final del mismo bajo los nn. II, III y IX. Y el del n. I será

(1) En virtud de esto, en las futuras ediciones del Código se omitirán los documentos

Sagradas Congregaciones Romanas, mientras que en la de Pío XII se añaden los Tribunales.

Tocante a los números o artículos, excede nada menos que en diecisiete la nueva a la antigua, pues mientras que ésta sólo contaba noventa y uno, aquélla contiene ciento ocho.

Adelantemos también que donde mayores cambios introduce es en el título II, que trata de la elección del Romano Pontífice.

Previas estas ligeras indicaciones, pasemos ya a señalar las variantes que en la nueva Constitución se encuentran, siguiendo el orden de la misma.

TITULO PRIMERO

VACANTE DE LA SEDE APOSTÓLICA

Capítulo primero

DE LA POTESTAD DEL SACRO COLEGIO CARDENALICIO MIENTRAS SE HALLA VACANTE LA SEDE APOSTÓLICA

En el n. 3 de este capítulo encontramos la primera modificación. En efecto, después de repetir lo de la Constitución anterior, a saber: que los Cardenales carecen de toda autoridad para introducir innovaciones en las leyes promulgadas por los Romanos Pontífices, o para interpretarlas, sobre todo en lo que atañe a la elección de Papa, la nueva Constitución añade por su cuenta: "Y si aconteciere que hicieran o atentaran algo contra lo aquí decretado, lo declaramos de ningún valor, en virtud de Nuestra Suprema Autoridad."

Capítulo II

DE LAS CONGREGACIONES DE LOS CARDENALES

Pueden ser *generales*, cuando intervienen todos los Cardenales residentes en Roma, o *particulares*, esto es, cuando sólo toman parte en ellas los tres Cardenales más antiguos, uno de cada Orden, y el Camarlengo de la Santa Romana Iglesia. En estas últimas sólo pueden tratarse los

negocios de menor importancia; los otros deben ser sometidos a las Congregaciones generales.

Estas, por mandato de la nueva Constitución (n. 8), se han de celebrar en el Palacio Vaticano o, si las circunstancias lo pidieran, en otro lugar más a propósito, a juicio de los mismos Cardenales, y las presidirá el Cardenal Decano del Sacro Colegio o, si éste se hallara impedido, el Subdecano.

Las Congregaciones generales que se celebran antes de entrar en el Conclave se pueden denominar preparatorias (n. 10).

La antigua Constitución mandaba que se celebrasen todos los días, a partir de la muerte del Papa hasta el de ingreso en el Conclave, sin excluir aquellos en que se celebraban las exequias del Pontífice. La nueva, por el contrario, deja al prudente juicio de los tres Cardenales más antiguos de cada Orden, juntamente con el Camarlengo de la Santa Romana Iglesia, el determinar el día que han de comenzar a celebrarse dichas Congregaciones (n. 11).

Al ocuparse de los negocios que en ellas se deben tratar, la Constitución de Pío X se limitaba a señalar la lista general de los mismos; pero la de Pío XII ordena que se comunique previamente a los Cardenales el orden de los asuntos que se han de someter a su deliberación; y luego, como es natural, en vez de mandar que se lean también en las primeras reuniones la "Commissum Nobis", de Pío X, y la "Praedecessores Nostri", de León XIII, sólo prescribe la lectura íntegra de la presente "Vacantis Apostolicae Sedis", y acto seguido lo del juramento y demás, como en la de Pío X (n. 12, a), b).

c) Se fijará el día, la hora y el modo de trasladar el cadáver del Pontífice difunto a la basílica de San Pedro, "para exponerlo allí, según se acostumbra, a la pública veneración de los fieles" (el entrecomillado es de la nueva Constitución).

d) Asimismo, los Cardenales procurarán preparar a tiempo todo lo necesario para celebrar las exequias pontificias durante nueve días continuos, "y designarán los días de las seis primeras" (tomado del Motu proprio de Pío XI arriba mencionado).

g) A las Comisiones de Cardenales nombradas para investigar las cualidades de los conclavistas y para aprobarlos, y para designar los que hayan de prestar sus servicios en el Conclave, se añade ahora: "... cualesquiera que sean esos servicios; y también determinarán el modo y el orden de cumplirlos."

l) Reitera el mandato de romper el Sello del Pescador y el de plomo

de la Cancillería Apostólica, pero suprime lo que añadía la de Pío X ordenando al Pro-Datario y al Secretario de Breves que entregaran al Sacerdote Colegio las peticiones que obraban en poder de los mismos.

m) Después de ordenar, como antes, que se distribuyan por sorteo a los Cardenales las celdas del Conclave, agrega: "... a no ser que la edad o la salud delicada de algún Cardenal aconsejen disponerlo de otra forma."

n) Se fijarán el día y la hora de la entrada en el Conclave. (Esta disposición es completamente nueva.)

Capítulo III

DE ALGUNOS OFICIOS PECULIARES MIENTRAS LA VACANTE DE LA SEDE APOSTÓLICA

Por la muerte del Papa no cesan los oficios de *Camarlengo de la Santa Romana Iglesia* y de *Penitenciario Mayor* (n. 13).

En esto coinciden ambas Constituciones, pero difieren luego en lo siguiente, que tomamos de la nueva. "Si aconteciere vacar uno de estos oficios, o los dos, al tiempo de expirar el Sumo Pontífice, o antes de la elección del nuevo, entonces en la primera Congregación general, en el primer caso, o en otra que se celebrará tres días después de ocurrir la vacante de alguno de dichos oficios, se procederá a designarles sustitutos hasta la elección del nuevo Pontífice en la forma que determinaba la antigua Constitución..., si bien ya no basta la mayoría relativa de votos, sino que hace falta la mayoría absoluta. En caso de empate prevalecerá el que sea de Orden más digno, o, si pertenecen al mismo Orden, prevalecerá no el más antiguo, en cualquiera de los casos, como ocurría antes, sino el más antiguo por la opción al Orden episcopal, entre los Cardenales de este Orden, y por su elevación a la sagrada púrpura entre los Cardenales de los otros Ordenes" (n. 14).

En adelante ya no pertenece al Mayordomo del Palacio Apostólico, sino al Maestro de Cámara, comunicar la noticia de la muerte del Papa al Cardenal Camarlengo de la Santa Romana Iglesia; ni tampoco se ha de limitar éste, luego que reciba la triste nueva, a personarse en el Palacio Apostólico del Vaticano para tomar posesión y encargarse de su gobierno, sino que debe hacer otro tanto, por sí o por delegado, con los Palacios de Letrán y Castel Gandolfo. Toca al propio Camarlengo el reconocimiento jurídico de la muerte del Pontífice, en presencia de los Pre-

lados Clérigos de la Reverenda Cámara Apostólica con el Secretario-Canciller, al cual pertenece levantar acta auténtica de la muerte (n. 15).

Incumbe al Cardenal *Decano* del Sacro Colegio, tan pronto como el Maestro de Cámara le comunique la muerte del Pontífice, dar parte a los demás Cardenales de hallarse vacante la Sede Apostólica, y convocarlos a que se reúnan en el Palacio Apostólico, "e igualmente—y esto lo añade la nueva Constitución—notificar la muerte del Pontífice a los Representantes de las Naciones extranjeras y a los Jefes supremos de las mismas" (n. 16).

El *Penitenciario Mayor* y sus oficiales están facultados para ocuparse de los negocios que señaló Pío XI en la Constitución "Ad incrementum" del 15 de agosto de 1934, n. XCVIII (n. 17).

Por muerte del Romano Pontífice no expira el oficio de *Canciller de la Santa Romana Iglesia*; pero mientras esté vacante la Sede Apostólica se le suspende la potestad de expedir Letras Apostólicas con el sello de plomo. El que sí cesa por completo con la muerte del Papa es el oficio de *Datario* (n. 18).

Antes cesaban ambos oficios y también el de *Secretario de Breves*. Ahora de este último no se hace mención.

"En la vacante de la Sede Apostólica, toda la potestad civil del Romano Pontífice, en lo que atañe al gobierno del Estado de la Ciudad Vaticana, compete al Sacro Colegio Cardenalicio, el cual, sin embargo, no podrá dictar leyes, como no sea por una necesidad urgente y para el tiempo que vaque la Sede, a menos que el nuevo Pontífice las confirmara dándoles valor para el futuro" (n. 23).

Como se ve, esto es nuevo, y responde al estado de cosas proveniente del Tratado de Letrán, del 11 de febrero de 1929.

Capítulo IV

DE LAS SAGRADAS CONGREGACIONES Y TRIBUNALES ROMANOS Y DE SUS FACULTADES MIENTRAS LA VACANTE DE LA SEDE APOSTÓLICA

Ya dejamos dicho atrás que esto de los Tribunales lo ha incluido la nueva Constitución. Resta añadir ahora el párrafo que les consagra, ya que en lo demás de este capítulo no se encuentra ninguna otra variante.

"El Tribunal de la Sacra Romana Rota y el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, mientras vaca la Sede, continúan juzgando en con-

formidad con sus propias leyes, pero ateniéndose a lo que disponen los cánones 244, § 1, y 1.603, § 2, del Código de Derecho Canónico” (n. 28).

Capítulo V

DE LAS EXEQUIAS DEL ROMANO PONTÍFICE

En la Constitución de Pío X este capítulo se reducía a un solo número; pero la de Pío XII, además de reproducir el antiguo literalmente, añade otros dos, del tenor siguiente:

“Si el cadáver del Romano Pontífice es enterrado en la Basílica Vaticana, levantará acta auténtica de ello el Notario del Cabildo de la misma Basílica. Y después un Clérigo de la Reverenda Cámara Apostólica, e igualmente un Delegado del Maestro de Cámara del Pontífice difunto, redactarán por separado documentos fehacientes del enterramiento, el primero en presencia de la Reverenda Cámara Apostólica y el segundo ante el Maestro de Cámara ”(n. 30).

“Si aconteciera morir el Romano Pontífice fuera de Roma, el Sacro Colegio Cardenalicio adoptará las medidas oportunas para trasladar su cadáver, en forma digna y decorosa, a la Basílica Vaticana de San Pedro” (n. 31).

TITULO II

DE LA ELECCIÓN DEL ROMANO PONTÍFICE

Capítulo primero

DE LOS ELECTORES DEL ROMANO PONTÍFICE

Después de repetir lo de la Constitución anterior, a saber: que la elección del Romano Pontífice compete única y exclusivamente a los Cardenales de la Santa Romana Iglesia, y esto aun cuando la muerte del Pontífice ocurra durante un Concilio general, dondequiera que éste se celebre, añade el Papa en la presente que si el Concilio tuviera la osadía de adoptar algún acuerdo que de cualquier modo perjudicara el derecho privativo del Sacro Colegio Cardenalicio, lo declara nulo *ipso iure*..., y en la misma forma declara de ningún valor los decretos o cánones conciliares si,

contra lo establecido de suspender inmediatamente el Concilio, dictaran alguno (n. 33).

Omite lo del n. 32 de la anterior Constitución, donde se establecía y declaraba que si hubiera algún Cardenal que no fuese por lo menos diácono, no podía ser admitido a la elección, a menos que gozara de privilegio pontificio cierto e indudable.

El motivo de no conservar este párrafo lo encontramos en el canon 232, § 1, que, entre otras condiciones, exige el presbiterado en los que hayan de ser elevados a la dignidad cardenalicia.

En fuerza de lo dispuesto por Pío XI en el Motu proprio "Cum proxime", varias veces ya mencionado, el plazo de diez días, a partir de la muerte del Papa, que la Constitución de Pío X señalaba a los Cardenales presentes en Roma para celebrar las exequias por el Papa difunto, y esperar a los Cardenales ausentes, antes de recluirse en Conclave, se prolonga ahora a quince días completos, y aun más: faculta al Colegio Cardenalicio para que pueda diferir la entrada en el Conclave por espacio de otros dos o tres días, con tal condición que no se extienda a más de diez y ocho días la entrada y el comienzo de la elección (n. 37).

Con esta prórroga se facilita la llegada de los Cardenales que residen en lugares muy distantes de Roma, a fin de que, a ser posible, no se repita lo que antes ocurrió alguna vez, de llegar aquéllos a Roma poco después de terminada la elección del nuevo Papa.

La anterior Constitución eximía de acudir a la elección de nuevo Papa a los Cardenales que al recibir la noticia del fallecimiento del anterior se hallasen legítimamente impedidos para emprender el viaje a Roma; pero la actual exige que la legitimidad del impedimento sea reconocida por el Sacro Colegio Cardenalicio (n. 29).

En el número último de este capítulo se indica con todo detalle los hábitos que han de usar los Cardenales mientras vaca la Sede Apostólica, tanto en las Congregaciones generales que celebren antes de entrar en el Conclave como durante el tiempo que permanezcan en éste. En obsequio a la brevedad no lo reproducimos aquí.

Capítulo II

DE LOS CONCLAVISTAS Y DEMÁS QUE TOMAN PARTE EN EL CONCLAVE

Pío X mandaba que los Cardenales se conformasen con llevar al Conclave sólo dos sirvientes, que podían ser clérigos o legos, o también uno

de cada clase. En caso de enfermedad les permitía añadir un tercero, a condición de que se lo aprobaran la mayor parte de los Cardenales, o el Camarlengo juntamente con los tres Cardenales más antiguos de cada Orden, siempre que, en este último caso, contasen con el beneplácito de la mayoría de los Cardenales.

Pío XI, en el repetido *Motu proprio*, les facultó para no llevar más que uno, si así lo preferían, que puede ser clérigo o seglar, sin quitarles de llevar dos, como antes, y conservando asimismo lo del tercero para los enfermos. El Papa actual reproduce lo de Pío XI (n. 43).

Continúan excluidos, como antes, los Prelados, los consanguíneos o afines de los Cardenales, en primero o segundo grados, y los que pertenecen a la misma Orden o Congregación religiosa que el Cardenal; pero a esto añade ahora Pío XII que no es lícito llevar a los mencionados, bajo el pretexto de que sirvan a otros Cardenales con quienes no les une ningún vínculo de parentesco o de religión. Y entre las cualidades que deben poseer los conclavistas, exige que sobresalgan por la integridad de costumbres, singular prudencia y especial devoción a la Santa Sede (n. 44).

Capítulo III

DE LA ENTRADA EN EL CONCLAVE

En consonancia con lo que hemos visto en el n. 15, tampoco es ahora el Mayordomo del Palacio Apostólico, sino el Maestro de Cámara, el encargado de gobernar el Conclave (n. 52). Al fin de este mismo número especifica quiénes son los Prelados encargados de atender a los tornos del Conclave, a saber: los Arzobispos y Obispos asistentes al Solio Pontificio, los Protonotarios Apostólicos participantes de número, los Auditores de la Sacra Romana Rota y los Prelados Clérigos de la Reverenda Cámara Apostólica.

“Terminado todo lo concerniente a la entrada en el Conclave, y prestado el juramento de cumplir fielmente su oficio por los encargados de su custodia, irán los Cardenales a ocupar las celdas que en el sorteo les han tocado, a excepción de los mayores de cada Orden y del Camarlengo, que permanecen en la capilla para proceder a la clausura del Conclave.”

“Entre tanto, los Oficiales del Conclave y demás sirvientes del mismo volverán a hacer juramento de cumplir bien su oficio y de guardar se-

creto, ante el Secretario del Sacro Colegio y el Maestro de Ceremonias" (n. 53).

"Al mismo tiempo que se cierra el Conclave por dentro, lo cerrarán también por fuera el Gobernador y el Mariscal del Conclave, cada cual con su acompañamiento, y el Decano de los Prelados Clérigos de la Reverenda Cámara Apostólica con el Secretario-Canciller, el Cardenal designado por el Camarlengo, con los Maestros de Ceremonias y los Arquitectos, previas las diligencias y exploraciones debidas: las llaves se entregarán al Mariscal-Custodio" (n. 55).

"Se levantará el acta correspondiente de ambas clausuras, una por el Prefecto de Ceremonias Apostólicas, que irá firmada por el Secretario del Conclave y por dicho Prefecto de Ceremonias, en funciones de Notario, ante dos Maestros de Ceremonias como testigos; y la otra, por alguno de los Prelados Clérigos de la Reverenda Cámara Apostólica, juntamente con el Secretario-Canciller, comisionados por el Cardenal Camarlengo, y han de levantar dicha acta en las oficinas precisamente del Mariscal del Conclave, hallándose presentes y firmándola el propio Mariscal, el Prelado Gobernador del Conclave, el Comisario General del mismo Conclave, que debe ser uno del Colegio de Abogados del Aula Consistorial, y el Gobernador de la Ciudad Vaticana" (n. 56).

Capítulo IV

DE LA CLAUSURA DEL CONCLAVE Y DEL SECRETO SOBRE LOS ASUNTOS QUE EN ÉL SE TRATEN

Después de repetir las prescripciones y renovar las prohibiciones de la anterior Constitución a este punto concernientes, hace, sin embargo, la presente una excepción en favor de la correspondencia epistolar entre el Oficio de la Sacra Penitenciaría y el Cardenal Penitenciario Mayor residente en el Conclave, la cual correspondencia, cerrada y sellada, queda exenta de toda inspección y censura (n. 60).

Al final del capítulo añade un número nuevo, que dispone lo siguiente:

Para velar por el más estricto cumplimiento del secreto, queda en absoluto prohibido introducir en el Conclave, bajo ningún pretexto, aparatos telegráficos, telefónicos, microfónicos, radiofónicos, fotográficos, cinematográficos y otros por el estilo" (n. 64).

Capítulo V

DE LA FORMA DE ELECCIÓN

Después de celebrar la Misa de costumbre, en la Capilla, con asistencia de todos los Cardenales, a excepción de aquellos a quienes no se lo permita la enfermedad, y una vez que hubieren recibido la Comunión los que, por cualquier causa, voluntariamente se hayan abstenido de celebrar la Santa Misa, y recitado por el Sacristán el himno “Veni Creator Spiritus”, con la oración del Espíritu Santo, e igualmente leídas por el Prefecto de las Ceremonias Apostólicas las dos actas de las correspondientes clausuras del Conclave, procederán inmediatamente a la elección... (n. 65). (La actuación del Sacristán y la lectura de las actas son prescripciones nuevas.)

La elección de Sumo Pontífice, para que resulte válida, sólo puede verificarse de tres modos: a) *por inspiración*; b) *por compromiso*, y c) *por escrutinio*, que es el modo ordinario de realizarla.

No nos detendremos a exponer los requisitos que se precisan en los dos primeros modos; únicamente advertiremos que en virtud de la nueva Constitución para el primero es necesario que todos los Cardenales procedan “libre y espontáneamente”, y el segundo lo pueden emplear “en algunas circunstancias peculiares” (nn. 66, 67).

Donde, según dejamos indicado arriba, se hallan cambios de más relieve es en el tercer modo, o sea por vía de escrutinio.

Antes, para la validez de la elección, verificada de esta forma, se necesitaba, y era suficiente, dos terceras partes de los votos; pero en adelante es menester un voto más sobre las dos terceras partes.

El motivo que indujo a Pío XII a introducir semejante innovación no fué otro, según él mismo expresa, “que el de precaver cualquier ocasión de duda sobre si en las dos terceras partes va incluido el voto del mismo elegido; como quiera que nadie, ya se proceda por vía de escrutinio, ya por vía de compromiso, puede darse (válidamente) el voto a sí mismo” (n. 68).

Claro que en el anterior sistema estaba previsto ese caso, de suerte que si en algún escrutinio resultaban dos terceras partes de votos en favor de un Cardenal, antes de pasar adelante debían los escrutadores comprobar si el agraciado se había dado el voto, a cuyo objeto en el primer pliegue de las papeletas que para votar se empleaban cada elector tenía que estampar su propio nombre, y luego, en el segundo pliegue, el nombre del que deseaba elegir, y éste era el que abrían los escrutadores al hacer el recuento

de los votos, dejando el otro pegado, fuera del caso de tener que comprobar si el electo se había votado a sí mismo.

No cabe duda que semejante sistema resultaba molesto y enojoso, por cuyo motivo Pío XII juzgó preferible cambiarlo, exigiendo un voto sobre las dos terceras partes y suprimiendo lo de que los electores consignaran su nombre en la papeleta, con lo cual éstas se simplifican bastante y se abrevian los escrutinios, toda vez que dicho cambio da también por resultado el suprimir los sellos y la contraseña que antes debían todos los Cardenales poner en su papeleta, para facilitar a los escrutadores el dar pronto con ella en el caso de tener que investigar si el elegido se votara a sí mismo.

Al tercer acto del postescrutinio, que tiene por objeto quemar las papeletas de la votación, añade ahora Pío XII este precepto :

"A fin de que se guarde el secreto con la mayor seguridad, mandamos, en virtud de santa obediencia, a todos y a cada uno de los Cardenales que entreguen cualesquiera escritos donde hubiesen tomado nota del resultado de cada escrutinio, para que sean quemados juntamente con las papeletas empleadas en la elección" (n. 87).

Otra nueva provisión encontramos al final del presente capítulo, y es la siguiente: "Todo lo hasta aquí dispuesto, así de lo que precede a la elección como de la elección misma del Romano Pontífice, declaramos que también se debe observar en el caso que la vacante de la Sede Apostólica se produzca por renuncia del Sumo Pontífice" (n. 91).

Capítulo VII

DE LA ACEPTACIÓN Y PROCLAMACIÓN DE LA ELECCIÓN Y DE LA CONSAGRACIÓN Y CORONACIÓN DEL NUEVO PONTÍFICE

Hemos pasado por alto el capítulo VI, toda vez que en él se reproduce fielmente en esta Constitución el contenido de la anterior. En cambio, el capítulo VII, ya desde su primer número, introduce algunas variantes:

"Una vez hecha canónicamente la elección, el menor de los Cardenales Diáconos mandará venir al Aula del Conclave al Secretario del Sacro Colegio, al Prefecto de las Ceremonias Apostólicas y a dos Maestros de Ceremonias, y en presencia de éstos el Cardenal Decano, en nombre de todo el Sacro Colegio, pedirá el consentimiento del elegido, sirviéndose de estas palabras: *¿Aceptas la elección que de ti canónicamente se ha hecho para Sumo Pontífice?*" (n. 100).

“El Prefecto de las Ceremonias Apostólicas, en funciones de Notario, haciendo de testigos el Secretario del Sacro Colegio y dos Maestros de Ceremonias, levantará acta de la aceptación hecha por el nuevo Pontífice y del nombre que haya tomado al contestar a la pregunta hecha por el Cardenal Decano: *¿Con qué nombre quieres ser llamado?*” (n. 102).

“Después, cumpliendo lo que prescribe el Ceremonial Romano, harán los Cardenales la primera *adoración* al Sumo Pontífice elegido, según costumbre. Terminada ésta y cantado el *Te Deum*, el primero de los Cardenales Diáconos anuncia la elección al pueblo, y poco después el mismo Pontífice da la Bendición Apostólica a Roma y al mundo entero, *Urbi et Orbi*” (n. 103).

“Si el electo se encontrase fuera del Conclave, se cumplirá lo dispuesto en el Ceremonial Romano” (n. 104).

“Por último, cumplidas todas las prescripciones debidamente, por orden del nuevo Pontífice se abrirá el Conclave por dentro y por fuera; y se levantará el acta correspondiente, al modo como se había hecho la clausura” (n. 105).

“Finalmente, el primero de los Cardenales Diáconos coronará al Pontífice, y cuando a éste le plazca tomará posesión de la Patriarcal Arcebásclica de Letrán, conforme al rito establecido ”(n. 108).

Estas son las cosas que nos ha parecido conveniente consignar aquí, haciendo caso omiso de algunas otras de menor importancia, para no exceder los estrechos límites de que disponíamos.

FR. SABINO ALONSO, O. P.

Catedrático de la Udad. Pontificia de Salamanca.

EL MATRIMONIO ACUSADO POR EL PROMOTOR DE JUSTICIA, A TENOR DEL CANON 1.971

Comentario a una sentencia de la Sagrada Rota Romana

En la sentencia de la Sagrada Rota Romana pronunciada el día 27 de noviembre de 1937, *coram Jullien* (1), se resuelve una causa incidental “*de iure appellandi necnon accusandi matrimonium ex parte Promotoris Iustitiae*”, y se exponen con gran claridad y precisión diversos conceptos de derecho procesal sobre un punto poco tratado por los autores y no siempre con exactitud, a pesar de tratarse de tema muy práctico para los tribunales eclesiásticos. Estas líneas no pretenden ser más que un ensayo, en el que nos limitamos a anotar y comentar la doctrina expuesta con estilo elegante y diáfano por el ilustre ponente e insigne canonista, hoy decano de la Sagrada Rota Romana, Mons. Andrés Jullien, refiriéndonos principalmente a tres aspectos concretos, a saber: a) la figura del Promotor de Justicia o Fiscal (2) cuando acusa el matrimonio; b) la figura del denunciante de una nulidad de matrimonio, y c) la apelación en las causas de nulidad de matrimonio en que es actor el Fiscal.

Procuraremos resumir sobre cada uno de los puntos enumerados el contenido de la legislación y de la doctrina referentes a los mismos y expondremos luego la doctrina contenida en la sentencia, añadiendo, al final del trabajo, por vía de conclusión, algunas consideraciones jurídicas.

Convendrá primeramente dar cuenta de la *Species facti* de la sentencia, así como de su parte resolutive, para mayor inteligencia de las consideraciones jurídicas contenidas en la parte expositiva de la decisión rotal.

(1) LYCIEN: *Nullitatis matrimonii*, c. Jullien, 27 nov. 1937 (dec. LXXII), págs. 713-724). En las notas siguientes, al citar esta decisión rotal, nos limitaremos a indicar el número del párrafo en esta forma: Sent. núm. 6.

(2) Usamos indistintamente los dos términos: promotor de Justicia, como dice el Código, o fiscal, según la terminología corriente en las curias españolas.

SPECIES FACTI

Luis, médico, y Blasia contrajeron matrimonio el día 31 de octubre de 1933 en la iglesia de N. N. del pueblo Z. En virtud de dicho matrimonio quedó legitimada una niña, hija de ambos cónyuges, nacida el año 1916.

El día 10 de enero de 1935, Emilia, madre de Luis, denuncia al Promotor de Justicia de la Curia de Lecce, a tenor de lo establecido en el párrafo segundo del canon 1.971, la nulidad del referido matrimonio *ex capite defectus consensus seu amentiae*. En el escrito de denuncia pedía la madre de Luis la declaración, a todos los efectos, de la nulidad del matrimonio y, al mismo tiempo y por vía igualmente principal, la nulidad de la legitimación de la hija. El mismo día, el Promotor de Justicia pedía al Excmo. Sr. Obispo de Lecce la constitución del Tribunal ordinario para instruir el proceso y, al día siguiente, en la misma ciudad de Lecce, fallecía el cónyuge Luis. Tres días más tarde, el 14 de enero de 1935, remitía el Obispo la petición al Oficial o Provisor de la Curia de Lecce para que tratara la causa *ad normam iuris*.

El día 18 de mayo siguiente, Donato, Augusto y Angela, hermanos del difunto Luis, presentaron un escrito al Obispo de Lecce haciendo suya la denuncia presentada por la madre al Promotor de Justicia y pidiendo a dicho Fiscal prosiguiera la causa, interviniendo ellos en el juicio directamente, como actores o como fuere, a fin de defender personalmente todos sus derechos, perjudicados en el aparente matrimonio y consiguiente legitimación. El día 24 de junio de 1935, los Jueces de Lecce decretaron admitir como actores a Donato, Augusto, Angela, la madre de Emilia y al Promotor de Justicia. El Presidente emplazó a los actores y a la demandada, Blasia, para el día 4 de julio siguiente, a fin de proceder a la contestación de la demanda y concordancia del dubio.

En el acto de la contestación de la demanda, el abogado y procurador de Blasia propusieron una cuestión incidental, pidiendo al Tribunal que, suspendida la causa principal, se resolviera en forma judicial sobre el dubio: *An actio nullitatis matrimonii, prout in casu proponitur, sit admittenda vel potius in limine reiicienda*, fundándose en que el Fiscal carecía de acción dados los requisitos especiales del caso. El incidente fué resuelto por sentencia interlocutoria de 25 de octubre de 1935, en la cual se respondía afirmativamente a la primera parte del dubio formulado y negativamente a la segunda, o sea, se reconocía al Promotor de Justicia gozar de la acción acusatoria de la nulidad del matrimonio.

La parte demandada apeló de esta sentencia a la Sagrada Rota Romana, ante la cual el Promotor de Justicia, como actor, y los familiares del esposo difunto, que habían sido admitidos como actores por el Tribunal de primera instancia, de una parte, y de otra la parte demandada, se concordaron los siguientes dubios: I. *An locus sit appellationi, in casu; et quatenus affirmative* (3). II. *An actio nullitatis matrimonii admittenda sit, in casu*. Los Auditores de turno resolvieron por sentencia de 20 de junio de 1936: *Affirmative* a la primera parte y *negative* a la segunda, revocando, por tanto, la sentencia del Tribunal Diocesano (4).

De esta sentencia de la Sagrada Rota apelaron la madre y los hermanos del difunto Luis al turno siguiente, el cual señaló el día 12 de octubre de 1936 para la contestación a la demanda de apelación, citando al Promotor de Justicia, a la demandada Blasia y al defensor del Vínculo. En el acto de la concordancia del dubio el Fiscal manifestó que no apelaba de la sentencia de 20 de junio de 1936; el abogado de la madre y hermanos insistió en que se procediera adelante, y el abogado de la demandada excepcionó el defecto de apelación por parte del Fiscal e insistió en que no se prosiguiera adelante, pues los familiares carecían de acción. Ante estas manifestaciones, el ponente, visto el artículo 159, § 1.º, de las Normas de la Sagrada Rota Romana (5), remitió la solución al Turno para que definiera el dubio: *An appellatio admittenda sit in casu*.

Posteriormente, el abogado de Emilia pidió que se añadieran nuevos dubios, a lo que se opuso la parte demandada, dirimiendo la controversia el ponente y decretando, el día 17 de febrero de 1937, que se añadiera un segundo dubio: *Et quatenus negative: An locus sit adiungendi tria dubia, videlicet: a) An eadem appellatio prosequenda sit ex officio in casu; et quatenus negative: b) An nova eademque gratia argumenta praesto sint ad propositionem obtinendam, in casu; et quatenus affirmative saltem ad unum: c) An sententia Rotalis diei 20 iunii 1936 confirmanda vel infirmanda sit in casu*. Añadió el ponente que solamente se permitía a las partes exponer razones en pro o en contra de la adición de tales dubios, prohibiendo que adujeran documentos para su solución.

El Turno resolvió el incidente con sentencia de 27 de noviembre de 1937 (6), en la que se contesta negativamente a los dos dubios propues-

(3) Esto es, si había lugar a la apelación de la sentencia interlocutoria.

(4) O sea que no había de admitirse la demanda del fiscal.

(5) *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis* (Tip. Vaticanis, 1934), art. 159, párr. 1, cuyo texto es como sigue: "Si oriatur quaestio de iure appellandi, decisio quaestionis devolvitur Turno, ad quem spectat appellationis iudicium."

(6) Es la sentencia que comentamos.

tos, o sea el Turno no admitió la apelación de la anterior sentencia rotal, que revocaba la de primera instancia, fundamentando su decisión en la falta de acción de los familiares apelantes y en la no obligación del Promotor de Justicia de proseguir la apelación (7). El ponente monseñor Jullien sienta en la sentencia que comentamos, tanto en el dubio I como en el apartado a), del dubio II (únicos que razona con detención) (8), una muy interesante doctrina sobre los tres problemas o puntos de derecho procesal, que antes hemos enumerado.

I. FIGURA DEL PROMOTOR DE JUSTICIA CUANDO ACUSA EL MATRIMONIO

1. *Conceptos generales.*

El Promotor de Justicia que corresponde al llamado ministerio público del derecho civil, el cual tiene una figura distinta según los diversos sistemas jurídicos (9), es en el derecho canónico el "custos et vindex legis". No existiendo en la ordenación canónica la división de poderes, no se puede considerar al Promotor de Justicia como un representante del poder ejecutivo en los tribunales, según la concepción francesa o italiana (10), sino más bien como representante del Obispo o de la Santa Sede (11), a los cuales está encomendada en el orden canónico la tutela del bien público, por lo que a esta función se refiere. Como se deduce de lo que afirma ROBERTI (12), el Promotor de Justicia canónico es un funcionario que sin ser el encargado de la administración de la justicia, colabora a ella con una figura que se asimila a las partes, pero es una parte *sui generis*. Es una parte que es miembro de la curia (c. 1.586), tiene un oficio público ne-

(7) El Juezador hace notar que niega a los familiares del cónyuge difunto la acción fundada en el can. 1.971, pero no prejuzga si les compete o no la acción que acaso podrían ejercitar a tenor del can. 1.972, ni la que quizás podría pertenecer a la madre del cónyuge amente, a tenor del can. 1.648, párr. 1.

(8) El apartado b) del Dubio II queda resuelto en el apartado a) del mismo Dubio, pues si no hay actor es inútil que existan argumentos para la retractación de la causa (Sent. número 12). El apartado c) del mismo Dubio ha de ser resuelto negativamente, es decir, no puede proponerse tal dubio, ya que en la sentencia de 20 de junio de 1936, en su Dubio I, se resolvió sobre el derecho de apelación de la parte demandada, y tal resolución no admite apelación, sino recurso a la Signatura Apostólica "*Decisiones hanc quaestionem deficientes sunt inappellabiles, salvo tamen recursu ad Signaturam Apostolicam*" (art. 159, párrafo 2, *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*); y en el Dubio II se trató del mérito de la causa, del cual es inútil volver a tratar por falta de actor (Sent. núm. 13).

(9) F. ROBERTI: *De Processibus*, vol I (Romae, 1941), pág. 317.

(10) V. BARTOCETTI: "*Ne cui sua culpa prosit...*" *De ratione procedendi in causis matrimonialibus contugum culpabilium* (Romae, 1938), pág. 9.

(11) Según el Tribunal sea inferior o pontificio.

(12) Ob. y l. c.

cesario y goza de especiales derechos, todo ello para la defensa no de un interés privado, sino del bien público (13).

Como dice con precisión ROBERTI (14), el Promotor de Justicia no protege al bien público, sino más bien cuida de que el bien público sea protegido por el tribunal.

La intervención en juicio del Promotor de Justicia estará en función de la necesidad o conveniencia de asegurar la protección del bien público. Algunas veces no cabe duda sobre la necesidad de esta intervención: son los casos en que la ley la declara necesaria; otras veces deberá determinar tal necesidad o conveniencia el Ordinario o el mismo juez.

Es de notar que el ministerio público, confiado en el orden civil a funcionarios de una sola especie, reviste en el orden canónico una doble modalidad, la del Promotor de Justicia y la del Defensor del Vínculo, oficiales ambos encargados de asegurar la protección del bien público, pero de estructura tan distinta que pueden llegar a ser, como en las causas de que tratamos, partes opuestas en un mismo juicio.

El Promotor de Justicia depende en su función del Ordinario del lugar. Lo insinúa el canon 1586 al afirmar que la tutela del bien público exigirá la intervención del Fiscal, *iudicio Ordinarii*; se deduce esta dependencia del canon 336 al encargar al Obispo la vigilancia pastoral para la observancia de las leyes; y es consecuencia lógica del canon 329, donde se halla el fundamento dogmático del poder jurisdiccional de los Obispos.

La sentencia que anotamos expone nítidamente esta doctrina: *Promovere bonum publicum in dioecesi pertinet, ex divina institutione, cum ordinaria potestate, sub tamen auctoritate Romani Pontificis ad Episcopum* (cfr. c. 329 y cita el c. 336) (15). Este principio es fundamental para la inteligencia de toda la doctrina establecida en la sentencia. En el mismo hallaremos la luz que nos iluminará para la solución de las dificultades que puedan plantearse. Si es al Obispo a quien pertenece el promover el bien público, cualquier dificultad que pueda surgir sobre la apreciación de si está o no en peligro la tutela del mismo, es al Ordinario en su alta función gubernativa a quien corresponderá decidirlo. Si en el ámbito diocesano, tal decisión pertenece al Obispo; es evidente que en el ámbito de los tribuna-

(13) El oficio del Promotor de Justicia, sin embargo, no es un oficio canónico en sentido estricto, a tenor del párr. 1 del can. 145, sino en sentido lato, conforme al párrafo 2 del mismo canon, por la sencilla razón de que dicho oficio no lleva consigo el ejercicio de jurisdicción eclesiástica.

(14) *De Processibus*, vol. I, pág. 322.

(15) Sent. núm. 7.

les superiores tal decisión pertenecerá a la Santa Sede por medio de sus órganos de gobierno.

Estas consideraciones pueden contribuir a tener un concepto adecuado de lo que ha de ser la persona a quien el Prelado confíe tan importante misión, esto es, sacerdote de íntegra fama, verdaderamente perito en derecho canónico, hombre probado por su prudencia y celo de la justicia (c. 1.589).

La función del Promotor de Justicia de procurador general del bien público es tan amplia que, en algunos casos, como sucede en el derecho canónico consuetudinario español, no se limita al orden judicial y determina su intervención en diversos asuntos que se resuelven por vía administrativa.

En cuanto a la actividad judicial del Promotor de Justicia podemos distinguir una actividad del Fiscal como parte en el juicio y otra actividad de carácter informativo o asesor; siguiendo la división del canon 1.552, párrafo 2, podemos distinguir su actuación en las causas criminales y en las contenciosas.

2. *El Fiscal en las causas criminales.*

En las causas criminales el interés público es el único que da lugar a la acción; de aquí la necesaria intervención del Promotor de Justicia como parte actora, pues sólo a él está reservada exclusivamente la acción criminal (canon 1.934). Si tenemos en cuenta la figura jurídica general del Fiscal, como procurador del bien público, habremos hallado el criterio seguro para poder juzgar de la oportunidad de la causa criminal, ya que a pesar de la denuncia de un delito, el Ordinario deberá considerar si es conveniente o necesaria la introducción de una causa criminal, para discernir lo cual deberá tener presente únicamente si interesa al bien público tal introducción. En el canon 2.210, párrafo 1, se distingue muy bien la acción criminal de la acción civil privada para exigir la reparación del daño recibido por un particular; distinción que se funda en el distinto daño que ambas acciones intentan reparar, ordenándose la acción criminal a la reparación del daño mediato, o sea el que, procedente del delito, se origina a la sociedad (16). De la naturaleza pública de este daño brota como de su raíz el carácter público de la acción criminal. De aquí se sigue una consecuencia práctica. Si bien es cierto que las exigencias del bien público generalmente hacen necesaria la introducción de la acción criminal, sin embargo, esta necesidad no es absoluta, pues se halla subordinada a la utilidad que la

(16) ROBERTI: *De delictis et poenis*, vol. 1 (Romae, 1938), pág. 237.

aplicación de la pena reporta a la sociedad, sin que al afirmar esto queramos negar que es la justicia violada el fundamento de la ley penal, sino que nos limitamos a subordinar a la utilidad social la función procesal actora del Promotor de Justicia en las causas criminales (17).

Hemos resumido aquí esta doctrina por la analogía que tiene con la de la acción acusatoria fiscal en las nulidades de matrimonio y que hallamos expuesta en la sentencia que comentamos.

Con todo, notemos ya desde ahora una diferencia entre la acción criminal y la acusatoria del matrimonio: ambas pueden iniciarse, de oficio o a consecuencia de una denuncia; pero en lo criminal tal denuncia, que puede hacerse al Ordinario o a otros eclesiásticos, ha de elevarse siempre al Ordinario, al cual exclusivamente compete el decidir sobre la necesidad u oportunidad de iniciar la acción criminal (canon 1.936); en cambio, en lo matrimonial la denuncia, que ha de hacerse al Ordinario o al Fiscal (canon 1.971, párrafo 2), no ha de elevarse necesariamente al Ordinario, pudiendo el Promotor de Justicia examinar si existen o no los requisitos necesarios para la iniciación de la acción pública acusatoria mediante la presentación de la correspondiente demandada. Más adelante explicaremos la subordinación del Fiscal al Ordinario en este caso.

3. *El Promotor de Justicia en las causas contenciosas en general.*

En las causas contenciosas el Promotor de Justicia puede intervenir como parte en el juicio con función análoga a la acusatoria criminal, o simplemente como representante de la ley para la tutela del bien público.

La intervención del Promotor de Justicia para la tutela del bien público, sin que sea parte actora, será a veces necesaria por imperio de la ley (cfr. cánones 1.688, 1.709, 1.734, 1.915, etc.) y otras veces necesaria o conveniente a juicio del Ordinario o aun del mismo Juez, dirigiéndose siempre a informar al juzgador. En este caso el Fiscal no es parte en el juicio y su ministerio se reduce a una función asesora para que el Juez pueda proceder con más seguridad en el cumplimiento de la ley; el Juez ha de tener en cuenta el dictamen o informe Fiscal, si bien no tiene obligación de conformarse con él. Es entonces el Fiscal, como ha afirmado CHIOVENDA (18), no una parte en la causa, sino un representante del interés público en la actuación de la ley en un litigio entablado entre otros.

(17) ROBERTI: *De Processibus*, vol. I, pág. 238.

(18) GIUSEPPE CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho procesal civil*. Trad. por E. Gómez Orbaneja, vol. II (Madrid, 1940), pág. 91.

La defensa del interés público lleva en otros casos al Fiscal, sin perder su carácter de procurador general del bien público, a una acción directa como representante del interés social. Tal es la facultad que le concede el canon 1.850, párrafo 2, de hacer suya la instancia y proseguirla en caso de contumacia del actor; tal, a su vez, la acción acusatoria del matrimonio que le confía el canon 1.971.

4. *El Promotor de Justicia en las causas matrimoniales.*

Las causas matrimoniales ofrecen un aspecto característico por lo que se refiere a la intervención del ministerio público en las mismas. Debemos distinguir desde un principio las causas matrimoniales de separación o divorcio imperfecto de las causas que versan sobre el mismo vínculo matrimonial.

En las causas de separación de los cónyuges, que acaso pueden considerarse como litigios sobre bienes de derecho privado (19), existe siempre un interés público por la perturbación del orden social que supone la separación, siendo, por lo tanto, conveniente la intervención en las mismas del Promotor de Justicia. La función, sin embargo, del Fiscal en estas causas será casi siempre la función informativa a que antes nos hemos referido y sólo excepcionalmente, como en el caso del canon 1.850, párrafo 2, actuará el Promotor de Justicia como parte en el juicio.

Las causas de declaración de nulidad del matrimonio no sólo interesan al bien público, como las de separación, sino que en ellas el bien público se halla siempre en grave peligro, ya que tienden a destruir uno de los pilares sobre que se apoya todo el edificio de la sociedad religiosa y aun civil, esto es, la indisolubilidad del matrimonio. Por esto la Iglesia ha encargado a un ministro especial la tutela de tal indisolubilidad, debiendo existir en todas las diócesis un Defensor del Vínculo, el cual será siempre parte demandada en los juicios de esta clase, gozando de una situación privilegiada en su actuación procesal y debiendo valerse de todos los medios legítimos que estén a su alcance para asegurar la incolumidad del vínculo matrimonial. Su misión no se reduce a la mera defensa del vínculo, sino que se extiende a la tutela general del bien público y, por tanto, a procurar el más exacto cumplimiento de la ley con función análoga a la general función del ministerio fiscal.

Al Defensor del Vínculo, con todo, no se le confía la tutela general de

(19) Cfr. can. 1.129 donde dice "*aut tacite condonaverit*" (párr. 1). No puede un privado renunciar a lo que es de derecho público.

la ley, sino más bien la tutela del derecho sustantivo referente al matrimonio. De aquí que su función asesora, en cuanto se distingue de su actividad como parte, debe limitarse a procurar la observancia de los cánones o disposiciones que regulen la validez del vínculo, ya que aun en estas causas la tutela de la ley procesal y del bien público, que de modo peculiar pudiera estar en peligro, está confiada al Promotor de Justicia, cuya intervención puede decretar el Juez, de oficio o a instancia de las partes, cuando interesare asegurar la tutela del derecho adjetivo (20). Se dará entonces simultánea intervención del Defensor del Vínculo y del Fiscal en un mismo juicio, como parte el primero y como mero procurador del bien público el segundo; la figura del Promotor de Justicia resultará entonces muy distinta de la que tiene cuando acusa el matrimonio, que es el supuesto de la sentencia que comentamos. Esta, en su número 11, distingue muy bien esta intervención asesora del ministerio fiscal e invoca el artículo 27 de las Normas de la Sagrada Rota Romana (21), en el cual se deja a la discreción del ponente el juzgar si es o no necesaria la intervención del Promotor de Justicia, subordinándolo al artículo 118 de las mismas Normas, el cual remite las controversias que resultaren sobre tal intervención a la resolución del Turno; pero no aplica tales Normas a la intervención del Fiscal como actor, la cual afirma ser muy distinta de la primera. Dice así la decisión rotal:

“Ut scatet ex textu citato, agitur non de accusatione sed de interventu Promotoris in causa quae iam existit, seu ubi iam adest saltem actor, qui eam prosequi possit absque interventu Promotoris; sic cum causa peculiari modo respicit bonum publicum (22), Lex committit Ponenti aut Turno munus vocandi Promotorem, qui, pro quacumque parte id sive pro actore sive pro convento, tuebitur iustitiam et legem. Idem officium habet Tribunal Dioecesanum, nisi Ordinarius id iam explevit (23), seu, causa introducta, officium exquirendi interventum Promotoris Iusti-

(20) “Promotor iustitiae intervenire debet cum ipse matrimonium accusat, et ubi de lege processuali tutanda agitur. Hoc in casu interventus promotoris iustitiae decernitur ab Episcopo vel a collegio sive ex officio, sive ad instantiam ipsius promotoris iustitiae, vel defensoris vinculi, vel partium (Instructio servanda a Tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum, edita die 15 augusti 1936. Typ. Vaticanis, 1937, art. 16, párr. 1). El Defensor del Vínculo, como parte que es en el juicio, tiene derecho a exigir el cumplimiento de las leyes rituarlas, y su petición ha de ser atendida dada su situación procesal privilegiada, pero en caso de conflicto o dificultad en el procedimiento se ha de dar intervención al Fiscal.

(21) “In causis contentiosis Ponentis est ferre iudicium de eo utrum bonum publicum in discrimen vocari possit necne, nisi interventus Promotoris iustitiae ex natura rei evidenter necessarius dicendus sit, ut in causis impedimenti ad matrimonium contrahendum, separationis inter coniuges, piae foundationis quoad eius existentiam, iurispatronatus propter libertatem Ecclesiae tuendam, etc.—2. Si in praecedentibus instantiis intervenerit Promotor iustitiae, huius interventus praesumitur necessarius” (Normae S. Romanae Rotae, art. 27).

(22) Dice “peculiariter modo”, pues para la exigencia general del bien público de asegurar la indisolubilidad del matrimonio existe ya el Defensor del Vínculo.

(23) Al constituirse el Tribunal o en decreto especial.

tiae, si constiterit bonum publicum in discrimen vocari aut ubi de lege processuali tutanda agitur: cfr. art. 16, parr. 1, et art. 190, parr. 2 cit. Instructionis. Interventus igitur Promotoris Iustitiae in causa iam existenti *differt prorsus* ab accusatione mota a Promotore actore quidem, sub auctoritate Ordinarii ad normam can. 1.917.”

Bella síntesis de la doctrina sobre la materia que hemos procurado resumir al principio.

5. *El Promotor de Justicia, actor en las causas matrimoniales.*

Si interesa al bien público la defensa de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, cuyo tutela confía el derecho al Defensor del Vínculo, el cual ha de ser parte demandada de oficio en todo juicio sobre declaración de nulidad de matrimonio, asimismo puede interesar al bien público el que se declaren nulos los matrimonios que lo fueren, cuando de la no declaración podría resultar un perjuicio a la comunidad social. La ley determina las circunstancias que se requieren para que exista tal interés social y confía entonces al otro representante del ministerio público el ejercicio de la acción acusatoria.

El carácter de procurador general del bien público que jamás puede separarse de la figura jurídica del Promotor de Justicia ha de ser la norma fundamental para el ejercicio de la acción acusatoria regulada en el canon 1.971. Más adelante concretaremos tal publicidad. Afirmemos ya ahora que el Promotor de Justicia, aun cuando acusa el matrimonio, actúa *vi muneris sui*, resultando, empero, en tal supuesto, parte actora en el juicio, si bien goza en su actuación procesal de demandante de una situación privilegiada, según la cual, sin despojarse de su función asesora o información que ejercerá en tal caso cumulativamente con el Defensor del Vínculo, procederá de una manera análoga a la actividad acusatoria del representante del ministerio público en las causas criminales.

Decimos análoga, entre otras razones, porque en las causas de orden penal la actividad jurídica del Promotor de Justicia empieza en el momento procesal de la redacción y presentación de la demanda (24); toda la actuación de orden administrativo o prejudicial la confía el derecho al Ordinario. En cambio, en las causas de nulidad de matrimonio, el Fiscal es el que realiza, a veces, una tal actividad extraprocesal o prejudicial. Además, en las causas de nulidad de matrimonio el Fiscal puede ser acusador del matrimonio, ya *motu proprio* o por prescripción del Ordinario, ya a

(24) Cc. 1.954-1.955.

consecuencia de denuncia de un privado; en las causas criminales, en cambio, solamente puede ser actor si se lo confía el Obispo o el Provisor con mandato especial (25).

Teniendo en cuenta esta actividad prejudicial y judicial del Fiscal distinguiremos tres momentos distintos en su actividad jurídica acusatoria del matrimonio, a saber: a) el momento de recibir la denuncia de nulidad; b) el período entre la denuncia y la acusación; c) el desarrollo del juicio desde la presentación de la demanda hasta la sentencia (26).

a) *El momento de recibir la denuncia de nulidad.*

Siendo las únicas personas capaces de acusar el matrimonio, según el canon 1.971, los cónyuges cuando no sean culpables de la nulidad y el Promotor de Justicia, resulta que a los cónyuges culpables y a las demás personas interesadas en la declaración de nulidad de un matrimonio no les queda otro recurso para procurarla que la denuncia de la nulidad al Fiscal. Este derecho de denuncia lo reconoce a los no cónyuges el párrafo 2 de la instrucción de 15 de agosto de 1936 que refunde las diversas respuestas de la Comisión Pontificia para la interpretación del Código. Ambos textos legales equiparan al Ordinario y al Promotor de Justicia para la función administrativa de recibir la denuncia. Si al Obispo, según el canon 336, incumbe principalmente la tutela del bien público, y en este caso el Fiscal es equiparado al Ordinario, hemos de afirmar con BARTOCETTI (27) que entonces es el Promotor de Justicia la *longa manus Ordinarii* y como un vicario suyo, ya que en su función de procurador general del bien público, a semejanza del Vicario general en su orden, depende siempre del Ordinario, según el espíritu y la letra del canon 1.586, canon que contiene el fundamento de la figura jurídica del Promotor.

La denuncia se hará por escrito o bien de palabra, redactando el acta verbal consiguiente. Realizada esta función administrativa puede el Promotor de Justicia elevar la denuncia al Ordinario o resolver de por sí la cuestión prejudicial, de que vamos a hablar en seguida.

b) *Período entre la denuncia y la acusación.*

En las causas de nulidad de matrimonio acusadas por el Promotor de Justicia se plantea siempre una cuestión prejudicial de carácter gubernativa.

(25) C. 1.954.

(26) De la apelación trataremos en la tercera parte del trabajo.

(27) "*Ne cui sua culpa prosit...*", pág. 9.

tivo o administrativo: *an causa institui possit et debeat in casu* (28). Esta cuestión, que ha de ser resuelta mediante una inquisición análoga a la que precede a las causas criminales, se refiere a la necesidad y utilidad de la acción acusatoria del matrimonio, para determinar lo cual no han de ponderarse los intereses privados de los cónyuges, sino la defensa del orden social o el interés del bien público, que reclaman la declaración de la nulidad. A quien pertenece la resolución de esta cuestión es al Ordinario, pero con la particularidad de que en estas causas matrimoniales, a diferencia de las criminales, puede valerse del Fiscal *sub ductu et moderamine Ordinarii* (29).

El objeto de la inquisición es doble: intrínseco y extrínseco. Debe averiguarse, por un lado, la probabilidad de la nulidad (30), y por otro lado conviene investigar si se dan tales circunstancias que presten un fundamento a la notoriedad y al escándalo que se requieren para que el Fiscal pueda acusar el matrimonio (31). De aquí que el Promotor de Justicia no hará caso alguno de las denuncias anónimas, a no ser que acompañen graves y positivas pruebas de hecho, ni de las denuncias hechas por los cónyuges que gozan del derecho de acusar, a no ser que tales denuncias le pongan en situación de acusar el matrimonio en las condiciones requeridas por la ley.

Establecidos estos principios conviene considerar dos hipótesis: a') acusación del matrimonio por el fiscal *sin previa denuncia*; b') acusación por el fiscal *consiguientemente a una denuncia*. La sentencia que comentamos se refiere a la segunda hipótesis. Sin embargo, creemos útil exponer brevísimamente la doctrina correspondiente a la primera hipótesis:

a') En los casos en que el matrimonio es probablemente nulo por un impedimento público por naturaleza, si al Fiscal le consta la probabilidad de la nulidad, la cual, por apoyarse en impedimento *natura sua publicum*, contiene siempre aquel fundamento de notoriedad y escándalo que hace necesaria para el bien público la declaración de nulidad, el Promotor de Justicia acusará sin previa denuncia y por derecho propio el matrimonio. Ni siquiera en este caso necesitará la aprobación expresa del Ordinario, que ya se la dió tácitamente al conferirle el oficio (32), pues en este supuesto el Fiscal actúa

(28) BARTOCETTI: "*Ne cui sua culpa prosit...*", pág. 8.

(29) BARTOCETTI: o. c., pág. 10.

(30) Probabilidad intrínseca de derecho, es decir, de la ley o interpretación de la misma que establezca la nulidad; y probabilidad de hecho, esto es, que se verifique en el caso concreto la hipótesis del derecho objetivo.

(31) Instructo 15 ag. 1936, tít. III.

(32) Inst. 15 ag. 1936, art. 35, párr. 1, 2.º

en cumplimiento de su deber. Puede suceder que la probabilidad de la nulidad no le conste al Promotor de Justicia, pero sí al Ordinario, en cuyo caso el superior ordenará al representante del ministerio público el ejercicio de la acción acusatoria.

En esta primera hipótesis la dificultad radica en la manera de entender la expresión *impedimenta natura sua publica*, pues no coinciden los autores en su interpretación. De un modo general podemos afirmar que los impedimentos son *natura sua* públicos, al menos cuando se fundan en un hecho de por sí público (33) y se oponen a los impedimentos *natura sua* ocultos, o sea los resultantes de un hecho de por sí oculto. Así serán públicos *natura sua* los de afinidad, consanguinidad, parentesco espiritual o legal, pública honestidad procedente de matrimonio inválido, orden sagrado, profesión religiosa, disparidad de cultos, edad. Sin embargo, puede suceder que un impedimento *natura sua* público sea de hecho oculto, o viceversa (34).

Todavía cabe aquí proponerse otra cuestión. En el caso de un matrimonio probablemente nulo, pero no por impedimento *natura sua* público, del cual venga en conocimiento el Promotor de Justicia y en el cual se verifiquen los supuestos de escándalo y necesidad de su remoción por exigencia del bien público, ¿podrá el Fiscal acusarlo, aun cuando los cónyuges no sean culpables de la nulidad ni haya habido denuncia formal? La letra del artículo 35 de la Instrucción parece indicar una respuesta negativa (35). Con todo, los principios jurídicos generales que regulan la actividad del Fiscal más bien inclinan a una respuesta afirmativa, que creemos la más probable. Hemos hecho esta digresión por la relación que tiene con lo que afirmaremos en la segunda parte respecto a la figura del denunciante.

b') La sentencia que comentamos considera la segunda hipótesis, o sea la manera de portarse del Ordinario o del Promotor de Justicia consiguientemente a la denuncia recibida.

Se debe, ante todo, resolver la cuestión prejudicial: *An causa institui possit et debeat in casu*. En esta cuestión se han de considerar dos problemas: primero, la persona a quien corresponde resolverla; segundo, los requisitos jurídicos para su solución.

1.º La decisión rotal expone con mucha claridad la doctrina relativa

(33) Por ejemplo, un documento público (can. 1.813), una sentencia judicial, etc.

(34) Cfr. D. J. HARING: *De iure matrimonii accusandi*, "Consultationes Iuris Canonici", I (Romae, 1934), pág. 262; M. C. CORONATA: *Institutiones Iuris Canonici*, vol. III (Taurini, 1933), pág. 424; M. DE SMET: *De sponsalibus et matrimonio* (Bruges, 1927), pág. 465; WERNZ-VIDAL: *Ius canonicum*, V (Romae, 1928), pág. 147; F. CAPELLO: *De Sacramentis*, vol. III, pars II (Taurini-Romae, 1939), pág. 426.

(35) "*Prævia autem denuntiatione in aliis impedimentis...*"

a la persona que ha de resolverla. Por un lado, queda excluido el Juez, puesto que dicha cuestión tiene un carácter gubernativo; por otro lado, además del Ordinario, que puede solucionarla por sí, se admite que puede resolverla por su cuenta el Promotor de Justicia (36), dependiendo solo remotamente del Ordinario, en el sentido de que puede recurrirse al Ordinario de la resolución del Fiscal contraria a la acusación por considerar infundada la denuncia. La sentencia insiste principalmente en la exclusión del Juez, ya que en el hecho de autos se trataba de afirmar que no puede el Turno de la Rota, o sea el Tribunal, obligar al Promotor de Justicia a proseguir una apelación, acto correlativo a la acción acusatoria ante el tribunal de primera instancia, toda vez que el Promotor de Justicia, al apreciar si se dan o no los requisitos necesarios para acusar un matrimonio, ejerce una función gubernativa dependiendo en las curias diocesanas del Ordinario y en la Sagraða Rota Romana de la Sagraða Congregación correspondiente. Pero la misma sentencia no deja de admitir que el Fiscal puede resolverla sin intervención del Ordinario al afirmar que puede surgir una controversia, que dirimirá el Prelado cuando la resolución del Promotor fuere negativa a la acusación del matrimonio.

Dice así la decisión rotal:

“... Enimvero ad tuendum bonum publicum, Promotor Iustitiae matrimonia accusat, ut nempe scandalum ratione matrimonii initi amoveatur. Atqui tueri ac promovere bonum publicum in diocesi pertinet, ex divina institutione cum ordinaria potestate, sub tamen auctoritate Romani Pontifici, ad Episcopum... (y cita los cann. 329 y 336). Consequenter non Iudicis ut sic, sed Ordinarii est pendere: utrum ratione assertae nullitatis matrimonii adsit scandalum; utrum bonum publicum seu amotio scandali postulet ut accusatio matrimonii instituat necne; pro prudentia sua decernere quid agendum in casu a Promotore Iustitiae, nam Ordinarius accusationem non debet ipse instituere, sed rem defert Promotori Iustitiae sui Tribunalis (art. 40 Instruct. cit. et cfr. can. 1.586). Quapropter lex iubet denuntiationem nullitatis matrimonii fieri, non Iudici, sed Ordinario vel Promotori Iustitiae (can. 1.971). Deinde Ordinario, non Iudici, reservatur examinare an condiciones iure requisitae adsint necne ac iubere accusationem a Promotore institui. Ad Ordinarium igitur, non ad Iudicem, spectat solutio quaestionum hac de materia ortarum; puta, si Promotor Iustitiae, non obstante denuntiatione sibi facta ad normam can. 1.971, parr. 2, pro conscientia sua credit accusationem non esse promovendam, Ordinarius decreto suo rem definit. Is qui se decreto Ordinarii gravatum sentit, recursum interponere potest, non ad Tribunal, sed ad Sacram Congregationem pro adiunctis competentem (can. 1.601). Itaque solutio difficultatum, quae hac de materia oriri possunt, non pendet definitive ab arbitrio Promotoris Iustitiae” (37).

(36) COMPA lo que afirma BARTOCETTI.

(37) Sent. núm. 7.

Resumiendo podemos establecer la siguiente doctrina: Si la denuncia fué hecha al Ordinario, éste investigará y resolverá la cuestión prejudicial mediante decreto, ordenando en caso afirmativo al Promotor de Justicia que presente la acusación. Si la denuncia fué hecha al Promotor de Justicia, él mismo investigará y resolverá sobre la cuestión prejudicial, mientras no ordenare otra cosa el Ordinario; si la resolviera afirmativamente presentará sin más la demanda acusando el matrimonio; si la resolviera negativamente, puede el denunciante, que no estuviera conforme, recurrir al Ordinario, que dirimirá la controversia por decreto. En ambos casos del decreto del Ordinario se puede recurrir a la Sagrada Congregación (38).

2.º El segundo problema de la cuestión prejudicial a la acusación del matrimonio por el Fiscal es el que se refiere a los *requisitos necesarios para que pueda acusarse el matrimonio*. En ellos podemos considerar unos de carácter prudencial (39), ordenados a formar en el Fiscal una conciencia de probabilidad de éxito de la demanda o, si se quiere, de la existencia de un "fumus boni iuris", que dan el tono de prudencia humana normal a la acusación; y otros requisitos o circunstancias que hacen interese al bien público la declaración de la nulidad del matrimonio. Es evidente que si no se dan los primeros no pueden existir los segundos, los cuales se apoyarán siempre en la publicidad y el escándalo, pues tal publicidad o escándalo, si se dan, ya constituyen de por sí una probabilidad intrínseca en el sentido siquiera restringido del "fumus boni iuris".

La investigación de la probabilidad intrínseca de la nulidad no es cosa que pueda regular la ley, sino que ha de confiarse a la pericia jurídica del Ordinario o del Promotor (40).

En cambio, la ley puede regular o, al menos, fijar directrices para determinar la existencia o no de un interés social que reclame la acusación del matrimonio. Aquí conviene no olvidar el oficio general del Fiscal de acusar los matrimonios nulos por impedimentos *natura sua* públicos (41). Cuando la denuncia, según ya dijimos, pusiera en conocimiento del Fiscal la existencia de un matrimonio nulo en esta forma, el Fiscal procederá sin ulterior requisito a la acusación *iure proprio* (42). Para los demás casos

(38) F. ROBERTI: *De obligatione promotoris iustitiae accusandi nullitatem matrimonii* "Consultationes Iuris Canonici", II (Romae, 1939), pág. 300.

(39) Son los que constituyen el que hemos llamado objetivo intrínseco de la Inquisición prejudicial.

(40) El art. 30 de la Instrucción expresa con mucha exactitud el contenido de esta investigación: "... denunciata nullitatis causa argumentis nitatur, sive in facto sive in iure, ita certis et validis, ut probabilis omnino sit ipsius matrimonii nullitas..."

(41) Tal como ya hemos explicado.

(42) Inst. 15 ag. 1936, art. 35.

nuestra sentencia nos da un principio fundamental (43): *Ratione asser-tae nullitatis debet adesse scandalum*", del cual la *amotio scandali postulet ut accusatio matrimonii instituat*. El escándalo, dice BARTOCETTI (44), es el *cardo vel anima totius nostrae inquisitionis*. Creemos innecesario reproducir aquí las nociones y principios sobre el escándalo que se encuentran en los diversos autores moralistas o canonistas (45). En BARTOCETTI puede verse una aplicación de los principios del escándalo a nuestro caso, aun cuando se inspire quizás en un criterio algo rigorista (46). Lo que conviene tener muy presente es que únicamente el bien público ha de ser la causa de la acusación, debiendo prescindirse totalmente de los intereses privados de los cónyuges, como dice muy bien el apartado b) del artículo 39 de la Instrucción *bonum publicum, scandali nempe amotio, Ordinarii iudicio* (47), *id revera postulet*.

Todavía la exigencia del bien público en toda ordenación jurídica y, por tanto, en la ordenación canónica, de no proteger las situaciones jurídicas procedentes de un acto ilícito en cuanto favorecen el interés del transgresor de la ley plantea un nuevo conflicto de intereses de orden público, pues por un lado la remoción del escándalo reclama la declaración de nulidad, y, por otro, la no tutela del culpable aconseja no sólo privarle de la acción, lo cual hace con toda plenitud en el canon 1.971, sino el evitar que salga favorecido su interés privado con el ejercicio de la acción del ministerio público. Esto explica las cortapisas que las normas reglamentarias (48) han puesto a la legislación general y han exigido el requisito de los "signa resipiscentiae" del culpable para que el Fiscal pueda acusar el matrimonio "ex capite simulationis totalis aut partialis vel ex capite conditionis appositae contra substantiam" (49).

Resumiendo, podemos establecer la siguiente doctrina práctica. El Fiscal, una vez recibida la denuncia, investigará sobre la probabilidad de la nulidad, *in iure et in facto*, e investigará además sobre la existencia del escándalo y de la necesidad de su remoción, pudiendo omitir tal investigación en las nulidades "ex impedimento natura sua publico", y deberá tener finalmente presentes las restricciones que la ley impone a los cónyuges culpables.

(43) Sent. núm. 7.

(44) "Ne cui sua culpa...", pág. 11.

(45) BARTOCETTI: ob. c., pág. 12 y sig.

(46) BARTOCETTI: ob. y l. c.

(47) O a juicio del Fiscal, según dijimos.

(48) Contenidas en la repetida Instrucción de 15 ag. 1936.

(49) Inst. 15 ag. 1936, art. 38.

Verificada la investigación, he aquí cómo deberá regularse, según las distintas hipótesis:

1.º De la denuncia resulta una nulidad probable por impedimento *natura sua* público. El fiscal acusará el matrimonio *iure proprio* (50).

2.º Denuncia de nulidad de matrimonio por simulación total o parcial o por condición contra la substancia del matrimonio, siendo el denunciante el cónyuge culpable u otra persona. El Fiscal no puede acusar el matrimonio (51). Solamente lo podrá acusar si además de la probabilidad intrínseca de la causa la nulidad es pública, existe escándalo y el cónyuge culpable diere señales de arrepentimiento (52).

3.º Denuncia de nulidad de matrimonio por cualquier otro capítulo, siendo el cónyuge culpable, aun cuando la denuncia proceda de otra persona. Se requiere para la acusación, además de la probabilidad intrínseca (53), la publicidad de la nulidad, la necesidad de remoción del escándalo por exigencia del bien público y que no sea posible revalidar el matrimonio (54). De lo contrario, el fiscal no lo acusará.

4.º Denuncia de nulidad de un matrimonio por un tercero, sin ser culpables los cónyuges. El Fiscal deberá portarse como en el número 3.º, pues aun cuando los cónyuges puedan acusar el matrimonio por su cuenta, si se verificaren los requisitos del número 3.º, también podría acusarlo el Fiscal por razón del bien público, ya que el denunciante carece de acción (55).

c) *El promotor de Justicia durante la lite* (56).

Una vez lo haya decretado el Ordinario o el Fiscal crea que se dan los requisitos necesarios para la acusación, confeccionará la correspondiente demanda, que presentará al tribunal. En la fase judicial que va desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, el Fiscal será parte actora con una situación procesal privilegiada. Podemos considerar: 1.º, la figura del Promotor de Justicia en este proceso; 2.º, sus privilegios con relación a la función actora normal; 3.º, su derecho a desistir de la acusación.

(50) Inst. 15 ag. 1936, art. 35.

(51) Inst. 15 ag. 1936, art. 38.

(52) Inst. 15 ag. 1936, art. 38. No vemos claro cómo un concubinario da estas señales.

(53) "... de eiusdem impedimenti existentia et ut serio dubitari non possit..." Inst. 15 ag. 1936, art. 39.

(54) Inst. 15 ag. 1936, art. 39.

(55) Inst. 15 ag. 1936, art. 35.

(56) Cfr. F. ROBERTI: *De conditione processuali promotoris iustitiae, defensoris vinculi et coniugum in causis matrimonialibus*, "Consultationes Iuris Canonici", II (Romae, 1939), página 310 y sig.

1.º *Figura del Promotor de Justicia en este proceso.*—Dice la sentencia que comentamos (57): *Causa introducta, promotor iustitiae agit partem actoris, servando sub moderamine Iudicis regulas processuales*; y en otro lugar (58) afirma que la intervención del Fiscal como asesor del Tribunal *prorsus differt* de su función acusatoria. Con todo, el Promotor al ser actor no pierde su figura de procurador general del bien público, pues si actúa como demandante lo hace *vi muneris sui* y como persona pública; de ahí su situación privilegiada en el proceso, ya que continúa siendo el encargado de la tutela de la ley procesal y del bien público en general. En estos procesos, de carácter eminentemente público, el actor y el demandado son los dos representantes del ministerio público, y aun cuando pueden admitir uno y otro el consorcio en la lite de los cónyuges, serán siempre ellos la parte principal por razón del interés público que defienden, superior al interés privado de los consortes.

Sin embargo, como en el procedimiento judicial matrimonial canónico goza el Defensor del Vínculo de una situación enormemente privilegiada, a causa de la trascendencia de la indisolubilidad del matrimonio, propiedad esencial del mismo por derecho divino, resulta que el Fiscal actor se halla en una situación de inferioridad procesal respecto del Defensor; en cambio, goza el Fiscal de una superioridad procesal considerable sobre el demandado privado. Todo ello es una natural consecuencia de los principios fundamentales. Entre el interés público que reclama la declaración de la nulidad para remover el escándalo, interés que representa el Fiscal, fundado únicamente en una exigencia que podríamos llamar de derecho constitucional humano (59) de mantener el orden social; y el interés de mantener la indisolubilidad de derecho divino representado por el Defensor del Vínculo es evidente la distancia de valores, como lo es la que hay entre el interés público representado por el Promotor de Justicia y el particular interés del cónyuge que sea parte demandada.

Si queremos ahora expresar en pocas palabras la situación procesal del Promotor de Justicia en estas causas diremos con ROBERTI (60): *eidem competunt omnia iura et obligationes quae partibus tribuuntur, atque salvis iuribus ipsius propriis*; es decir, el Fiscal ejercerá cumulativamente sus funciones de actor y sus funciones de tutor de la ley y del bien público

(57) Sent. núm. 8.

(58) Sent. núm. 11.

(59) O derecho público interno humano.

(60) *De processibus*, I, pág. 331.

y aun en su función actora gozará de privilegios, como vamos a ver en seguida (61).

2.º *Privilegios del Promotor de Justicia actor en relación con la función actora normal.*—El canon 1.587 concede al Promotor de Justicia, de manera absoluta, el derecho a ser citado para todos los actos en las causas en las cuales interviene, irritando dichos actos si no se le citara o, al menos, aun cuando no fuera citado, de hecho no interviniera. Tiene, por tanto, el Fiscal derecho a intervenir en todos los actos del juicio, aun en la práctica de la prueba, por lo que se halla en situación muy ventajosa sobre las partes, que habrán de aguardar hasta la publicación del proceso para enterarse de la prueba practicada. En todo momento y sobre toda diligencia que se practique puede el Fiscal, de palabra o por escrito, dar su parecer o proponer cuanto creyere necesario u oportuno.

El artículo 71, párrafo 2, de la Instrucción, al conceder al Promotor de Justicia, como parte, el derecho a proponer al Defensor del Vínculo los artículos sobre los cuales este representante del ministerio público formule los interrogatorios a base de los cuales han de ser examinadas las partes, los testigos y los peritos, advierte que el Defensor del Vínculo necesariamente ha de tener en cuenta los artículos del Fiscal al redactar las posiciones o interrogaciones, sin que los pueda variar, aun cuando creemos que podrá añadir lo que convenga. En cambio, por lo que se refiere a los artículos propuestos por las partes privadas puede el Defensor del Vínculo variar completamente su redacción. Confía, desde luego, el derecho en la imparcialidad del Promotor de Justicia en su función actora y supone que si bien puede haber recibido la denuncia y aun argumentos y documentos de los cónyuges culpables, como diremos al hablar de la intervención accesoria, procede solamente por su cuenta en la marcha del proceso.

El Promotor de Justicia tiene derecho, y se le deberá citar a este fin, a asistir al examen de las partes, testigos, peritos, etc., y firmará las correspondientes actas con el Defensor del Vínculo, el Juez y el actuario (62). Esto vale incluso para los testigos propuestos por el Defensor del Vínculo. Además, a tenor del canon 1.773, párrafo 2, puede en el mismo acto del interrogatorio proponer al Juez nuevas preguntas para que las haga al

(61). Cuando el Promotor de Justicia hace suya la instancia, a tenor del can. 1.850, párrafo 2, y art. 91, párr. de la Instrucción, por haber sido declarada contumaz la parte actora que acusaba el matrimonio, la posición procesal del Fiscal será exactamente la misma que cuando acusa desde un principio el matrimonio.

(62) Inst. 15 ag. 1936, art. 104.

testigo. El Fiscal dará también su parecer cuando el Tribunal haya de nombrar algún perito (canon 1.793, párrafo 2). También tiene derecho el Fiscal a dar su parecer sobre la conveniencia de oír nuevos testigos o hacer preguntas a los testigos ya oídos, para lo cual el Juez ha de proceder *audito voto Promotoris Iustitiae* (63).

En lo demás, el Promotor de Justicia se regula por lo que el derecho establece para las partes o para la función tuitiva del bien público propia del Fiscal. He aquí cómo lo expresa la sentencia que comentamos:

“Causa introducta, Promotor Iustitiae agit partem actoris, servando sub moderatione Iudicis regulas processuales; puta, comparet ad litem contestandam; inducit testes; proponit Vinculi Defensori articulos pro interrogatoris; tradit defensiones scriptas; ius habet respondendi animadversionibus Defensoris Vinculi”, etc. (64).

3.º *Derecho del promotor de Justicia a desistir de la acusación.*—El artículo 41, párrafo 4, de la Instrucción es muy claro sobre el particular (65). Si durante el proceso el Fiscal se da cuenta que no existe probabilidad intrínseca de la nulidad puede desistir de su demanda; todavía decimos más: siendo lógicos con las premisas que hemos establecido al principio, si durante el proceso el Promotor de Justicia se diera cuenta de que no se realizan los requisitos necesarios para la acusación, esto es, no se verifican aquellas circunstancias en virtud de las cuales el interés del bien público reclama la acusación del matrimonio, debe el representante del ministerio público desistir de su demanda, pues no existiendo la exigencia del bien público ya no actuará *vi muneris sui*, y esto aun cuando la nulidad fuere intrínsecamente probable.

Esta doctrina, que, al menos de una manera clara, no hallamos en los autores (66), la expone con toda precisión la sentencia que comentamos:

(63) Inst. 15 ag. 1936, art. 135.

(64) Sent. núm. 8. He aquí una sinopsis de la actuación del Promotor de Justicia cuando acusa el matrimonio: *Periodo preparatorio*: Recepción de la denuncia. Inquisición previa sobre los puntos de hecho y de derecho. Confección de la demanda. *Periodo introductorio*: Presentación de la demanda. Incidentes que puedan derivarse de la presentación. Constitución del Tribunal y admisión de la demanda. Excepciones que puedan proponerse. *Periodo de la litis contestatio*: Contestación a la demanda y concordancia del dubio. Proposición de pruebas con interrogatorios que han de ser admitidos. Reprobación de testigos. *Periodo probatorio*: Examen de las partes. Examen de testigos. Nombramiento de peritos. Examen de los peritos. Publicación del proceso (voto que pueda pedírsele sobre ello, pues para el Fiscal todo el proceso es público). Conclusión en la causa. *Periodo definitorio*: Preparar y presentar alegaciones. Respuesta a las alegaciones del Defensor del Vínculo. Discusión oral sobre la causa (art. 186 de la Inst.). Notificación de la sentencia.

(65) “*Promotoris iustitiae est ab accusatione recedere si postea sibi constituerit, factam accusationem sustineri non posse vel in iure vel in facto.*” (Inst. 15 ag. 1936, art. 41, párr. 4.)

(66) El mismo ROBERTI recurría al can. 1.740, párr. 2, y constituía al Juez “*ultimus aestimator boni publici*”. Cfr. F. ROBERTI: *De obligatione Promotoris iustitiae accusandi nullitatem matrimonii*, “*Consultationes Iuris Canonici*”, II (Romae, 1939), pág. 300.

“Promotor Iustitiae potest recedere ab accusatione antequam sententia profertur... Verum si de ratione, qua Promotor ita cessat ab accusando nascitur quaestio, puta, an id expediat bono publico (67), solutio pertinet ad Ordinarium, qui matrimonio legitime accusato a Promotore, non amittit officium suum invigilandi in bonum publicum; nec ideo amittit potestatem decernendi utrum Promotor Iustitiae recede possit ab accusatione, an eam prosequi debeat salvo, ut supra dictum est, recursu adversus decretum Ordinarii ad S. Congregationem competentem” (68).

La Sagrada Rota Romana, en este párrafo, afirma tres principios cardinales en la acusación del matrimonio por parte del Fiscal: 1) Únicamente el bien público puede mantener la acusación. 2) El Fiscal, en lo que tenga de extraprocesal su función de procurador del bien público, depende del Ordinario y no del Juez; y 3) Esta dependencia es solamente remota, pudiendo el Fiscal de por sí, mientras no surgiere controversia, apreciar hasta dónde llegan las exigencias del bien público.

A modo de corolario podemos notar aquí que si se diera discrepancia entre el Juez o Tribunal y el Fiscal en cuanto a la apreciación de las exigencias del bien público, en orden a la acusación del matrimonio, no le queda al Juez otro camino que recurrir al Ordinario, pero de ninguna manera puede obligar al Fiscal a acusarlo o a proseguir la acusación, y mucho menos proseguir la instancia de oficio sin consentimiento del Fiscal.

6. *El Promotor de Justicia en la Sagrada Rota Romana.*

Cuanto llevamos dicho sobre el Promotor de Justicia en las Curias diocesanas es aplicable al promotor de Justicia de la Rota, el cual, en su actividad extraprocesal en orden a la acusación del matrimonio, no depende del Turno rotal ni del Ponente, sino del órgano gubernativo supremo, a saber: la Sagrada Congregación; y, en su actividad procesal, goza de la situación privilegiada ya descrita. Precisamente el caso considerado en la sentencia se refiere al Fiscal de la Rota, y para dibujar con más exactitud su figura expone la sentencia lo referente a los Tribunales inferiores: “Quae hucusque dicta sunt de munere promotoris Iustitiae in Curiis dioecesanis, dicantur, servata proportione, de promotore Iustitiae Rotali. Hic enim coram N. S. Tribunali *continuat* (69) iudicium institutum in Tribunali inferiori; eadem enim est actio pro bono publico tuendo” (70). Y prosigue: “Solutio autem quaestionis an Promotor Iustitiae Rotalis teneatur appel-

(67) Es el principio básico en esta materia.

(68) Sent. núm. 8.

(69) Subraya la S. Rota.

(70) Sent. núm. 10.

lationem prosequi adversus sententiam Tribunalis inferioris (71) aut appellare a sententia Rotali, ad normam supra expositorum, non pendet ab iis qui unam potestatem iudicalem habent, seu non pendet a Ponente nec a Turno nec—ut par est, pendet ab Ordinario Curiae inferioris—, sed pendet a Dicastero Curiae Romanae, quod sit hoc de capite tuendi boni publici competens.” Y en el número 6 de la misma sentencia se afirma: “Eadem est natura muneris quo funguntur Promotor Iustitiae in Tribunalibus dioecesanis et Promotor Iustitiae apud N. S. O.” (72).

Todo lo cual confirma la distinción entre las dos funciones del Fiscal, en su carácter de procurador del bien público: una asesora, en la cual depende totalmente del Juez y es un ministro del Tribunal (73), y otra acusadora del matrimonio, en la cual está sujeto, como parte, en su actividad procesal a la disciplina del Tribunal; pero en su actividad extraprocesal, aunque sea complementaria de aquélla, depende únicamente del Ordinario o de la Santa Sede en su órgano encargado de procurar el bien público, órgano que no se atreve a determinar el Ponente de la Rota, pero que parece puede concretarse en la Sagrada Congregación de la Disciplina de los Sacramentos, a quien está confiado conocer de la validez del matrimonio cuando se pudiere definir extrajudicialmente (74).

II. FIGURA DEL DENUNCIANTE DE UNA NULIDAD DE MATRIMONIO

En el artículo 35 de la Instrucción hallamos dos clases de personas que pueden denunciar el matrimonio nulo al Ordinario o al Promotor de Justicia, a saber: los cónyuges (75) y las demás personas sin excepción, *reliqui omnes*. Para el estudio de la figura jurídica del denunciante podemos distinguir dos períodos, uno prejudicial y otro judicial o procesal, comprendiendo en este segundo período, tal como hicimos al hablar del Fiscal, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, dejando para la última parte de nuestro trabajo lo referente a la apelación.

(71) Lo cual es equivalente a la acusación ante el Tribunal de primera instancia.

(72) Sent. núm. 6.

(73) *Normae S. Romanae Rotae*, art. 118.

(74) “... *Pariter ad eam deferri possunt quaestiones de validitate matrimonii, quas tamen, si accuratorem disquisitionem aut investigationem exigant, ad tribunal competens remittat...*” (can. 249, párr. 3).

(75) La Comisión de Intérpretes del Código declaró expresamente que los cónyuges culpables pueden denunciar el matrimonio en la Respuesta de 17 de febrero de 1930 (AAS, XXII, 195).

1. *Periodo prejudicial.*

Los cónyuges culpables de la nulidad, privados por el derecho de la acción acusatoria, pueden denunciar la nulidad de su matrimonio al Fiscal (76). Al representante del ministerio público incumbe averiguar, a consecuencia de la denuncia, si se verifican los supuestos jurídicos necesarios para la acusación. Todas las demás personas, tengan o no un interés particular, pueden, y aun conviene que lo hagan, pues todos debemos colaborar al bien público, denunciar un matrimonio probablemente nulo, que, *servatis servandis*, podrá acusar luego el Fiscal. Cabe aquí otra cuestión. ¿Pueden los cónyuges no culpables denunciar su matrimonio al Fiscal? Sin duda. La dificultad en todo caso será, según dijimos más arriba, si puede o no el Fiscal acusar tal matrimonio, y nos inclinamos antes por la respuesta afirmativa.

Consiguientemente a la denuncia e inquisición previa del Fiscal caben solamente dos hipótesis:

a) *El Fiscal no acusa el matrimonio.*—En este supuesto tanto el cónyuge culpable como el denunciante no cónyuge no pueden ser parte en el juicio, pero pueden intervenir con una intervención accesoria; los cónyuges no culpables, sean o no denunciantes, pueden ser parte actora o demandada en el juicio con intervención principal

b) *El Fiscal acusa el matrimonio.*—En este supuesto tanto el cónyuge culpable como el denunciante no cónyuge no pueden ser parte en el juicio, pero pueden intervenir con una intervención accesoria; los cónyuges no culpables, sean o no denunciantes, pueden ser parte actora o demandada en el juicio con intervención principal.

2. *Durante el juicio.*

Conviene aquí recordar las nociones de intervención principal e intervención accesoria en el juicio. La intervención tiene lugar cuando una tercera persona, que tiene un interés en la causa que se discute, se entromete en el juicio, bien a favor de una de las partes, bien contra las dos (77). Esta intervención, si tiene lugar después de la sentencia, se llama *oppositio tertii* (cánones 1.898-1.901). Los autores (78) distinguen la intervención principal y la intervención accesoria, y llaman accesoria a la que es *ad adiuvandum aliquam partem*, y principal a la que se propone *contra utramque*

(76) Inst. 15 ag. 1936, art. 35.

(77) CORONATA: *Institutiones iuris canonici*, vol. III, pág. 287.

(78) CORONATA: *op. cit.*; ROBERTI: *De Processibus*, I, pág. 537; WERNZ-VIDAL: *Ius canonicum*, vol. VI (Romae, 1927).

partem. La terminología de los autores (79) a veces define la intervención principal como la que tiene lugar una vez que ya se ha incoado el juicio y la distingue del *consortium litis*, que se verifica cuando hay varios actores o demandados desde el principio de la causa. Ciertamente (80), la intervención principal produce un *consortium litis*, y, por lo tanto, el que en tal forma interviene es verdadera parte en el juicio. La intervención accesoria, en cambio, tiene lugar cuando un tercero ayuda a una de las partes, sin ser verdadera parte en el juicio.

Nuestra sentencia, en los números 3 y 8, nos da con claridad la doctrina completa sobre la intervención accesoria y nos recuerda el principio básico de la intervención principal:

“Interventu denuntiantium decreto, a iurisdictione Tribunalis Lyciensis prorsus aberat potestas concedendi interventibus ius accusandi matrimonium Aloisii. Legislator enim ius accusandi matrimonium formaliter denegat denuntiantibus, etsi consanguineis “*non habent ius accusandi*” (can. 1.971, parr. 2). Interventus igitur in casu non erat nisi accessorius, seu per eum illi qui denuntiaverunt nullitatem matrimonii Aloisii non constituti sunt partes in iudicio seu actores, qui ius suum persequerentur; non habuerunt litis consortium cum Promotore Iustitiae, qui revera fuit actor, sed solus quidem. Interventus autem accessorii gratia, denuntiantes poterunt adhaerere Promotori Iustitiae accusanti eique adiumenta suppeditare ad probandam nullitatem denuntiatam; puta, facultatem habuerunt constituendi patronum, qui testes proponeret et, actis inspectis, defensionem exhiberet. Ita potuissent denuntiantes consulere utilitati sibi derivandae ex declaratione matrimonii Aloisii” (81).

O sea que el Tribunal de Lecce se excedió al admitir como actores a los denunciadores, pero les podía conceder una intervención accesoria, cuyo ámbito define y concreta la decisión rotal, la cual afirma en el mismo número 8: “Operae praestandae a promotore Iustitiae accusatore, concurrere possunt, etiam per patronum, ii qui interveniunt in causa, interventu quidem accessorio, et supra expositum est in disceptatione primi dubii” (82).

De la doctrina rotal citada y del artículo 46 de la Instrucción entresacamos los siguientes principios: 1) El que carece de acción no puede ser parte en el juicio y, por tanto, no puede intervenir con intervención principal. 2) El que interviene con intervención accesoria no es verdadera parte en el juicio y, por tanto, no puede gozar de los derechos de las partes, ni el que así interviene obtiene *consortium litis* con la parte que favorece, en

(79) CORONATA: ob. y l. c.

(80) ROBERTI: *De Processibus*, I, pág. 537.

(81) Sent. núm. 3.

(82) Se refiere al núm. 3 de la Sent., donde había citado el art. 46 de la Instrucción y, por analogía, el can. 1.937.

nuestro caso el fiscal. 3) La intervención accesoria da derecho a tener un abogado, el cual puede proponer pruebas (83) y presentar alegaciones en orden a procurar el interés privado que pueda tener en la causa; y 5) La intervención accesoria depende siempre de la parte a quien se ayuda, por lo que si ella desiste de su acción, no se sostiene la intervención accesoria.

En nuestras causas si el denunciante fuera un cónyuge no culpable podría tener *consortium litis* con el fiscal y acusar, a su vez, el matrimonio; si fuere un cónyuge culpable o un denunciante no cónyuge, no puede tener intervención principal en la causa, pero la puede tener accesoria en el sentido explicado.

Nuestra sentencia concede la intervención accesoria a unos denunciantes no cónyuges, pero al citar el artículo 46 de la Instrucción reconoce esta misma intervención al cónyuge culpable, contra lo que dice CAPPELLO (84), el cual lo niega a los cónyuges porque establece como requisito para la intervención accesoria el que sea *pro iure alieno* (85) y les concede solamente el poder facilitar argumentos al fiscal *ut denuntians in processu criminali*, negando expresamente la facultad de nombrar abogado que les concede el artículo 46 de la Instrucción.

La opinión del P. CAPPELLO se funda probablemente en la doctrina, sin duda verdadera, de que una Instrucción no puede derogar la ley, en este caso el Código, el cual, en el canon 1.655, citado por el egregio canonista, sólo concede a las partes el derecho a constituir abogado, y aun cuando dicho canon no excluye el que lo pueda constituir quien no sea parte en el juicio, al exigir el canon 1.661 que la comisión para el patrocinio de la causa ha de proceder de la parte o el juez, parece indicar que no lo puede constituir quien no sea parte. Notemos, sin embargo, que en el canon 1.661 se habla del *patrocinium causae* y que el abogado del artículo 46 de la Instrucción más bien procura el patrocinio del interés privado en una causa de interés público.

Como sea, nuestra sentencia concede a la Instrucción de la Sagrada Congregación de la Disciplina de los Sacramentos de 15 de agosto de 1936 "*Confecta S. Congregationis auctoritate*" (86) aquel valor interpretativo del Código que el motu proprio "*Cum iuris*", de 15 de septiembre de 1917, en su párrafo 2, reconoció expresamente a las Sagradas Congregaciones Romanas: "*Instructiones, si res ferat, edere, quae iisdem Codicis praeceptis*

(83) Inst. 15 ag. 1936, art. 46.

(84) *De Sacramentis*, vol. III, pars. II (Taurini-Romae, 1939), pág. 428.

(85) También WERNZ-VIDAL (*Ius canonicum*, vol. VI, pág. 513) afirma que el interventor accesorio "agit pro iure alieno".

(86) Sent. núm. 6.

maiores et lucem afferant et efficientiam pariant" (87). Nótese que la sentencia extiende a todo interventor accesorio, aun no cónyuge, el derecho a tener un abogado que le defienda, derecho que el repetido artículo 46 sólo afirma expresamente del cónyuge. Más que extender el derecho del artículo 46, la sentencia expone la doctrina fundamental de la intervención accesoría, de la cual aquel artículo es una aplicación.

La sentencia determina como derechos de esta intervención accesoría el tener abogado, proponer testigos y presentar alegaciones. Cabría aquí una pregunta: ¿goza además el tal interventor accesorio de otras facultades procesales, por ejemplo, promover incidentes, excepcionar, reprobar testigos, etc.? Sin pretender resolver la cuestión nos atrevemos a manifestar nuestra opinión negativa fundados en la doctrina de la sentencia de que el interventor accesorio no es parte en el juicio y, por lo tanto, su función procesal es únicamente un temperamento de equidad canónica al rigor jurídico del proceso.

Todavía cabe otra cuestión. ¿Tiene el Tribunal obligación de conceder tal intervención accesoría? Permítasenos manifestar, no sin cierto temor y sin pretender dar una respuesta categórica, nuestra opinión negativa, con una mitigación, a saber: el Tribunal no podrá negar tal intervención accesoría al cónyuge culpable, a quien la concede el tantas veces citado artículo 46, pero podrá negarlo a los demás.

Hasta ahora nos hemos referido a la intervención del denunciante como actor, o sea en favor del Promotor de Justicia, que acusa el matrimonio; pero no hemos considerado al cónyuge culpable de la nulidad o no culpable a quien se cita para contestar la demanda y se opone a la petición fiscal, a lo cual tiene perfecto derecho, aun cuando fuere culpable, pues el canon 1.971 le incapacita para la función actora, no para la función demandada (88).

(87) La Sent. en este lugar (núm. 6) cita el *Motu Proprio* y reproduce estas mismas palabras.

(88) Siendo actor el Fiscal deben ser emplazados para contestar la demanda los dos cónyuges, los cuales pueden tener las siguientes figuras en el proceso: 1) Cónyuge o cónyuges culpables: a) si se allana a la demanda: puede tener intervención accesoría, si la piden; si no la pidieren, sólo se les volverá a citar para ser interrogados y se les notificará la sentencia; b) se opone a la demanda, puede tener intervención principal o *consortium litis* con el Defensor del Vínculo. 2) Cónyuge no culpable: a) está conforme con la demanda: puede ser actor con *consortium litis* con el Fiscal; o bien puede conformarse con la intervención accesoría; o bien, si nada pidiere, se le tratará como hemos dicho en el apartado 1) a); b) se opone a la demanda: su posición procesal es idéntica a la del apartado 1) b).

III. LA APELACIÓN EN LAS CAUSAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO ACUSADAS POR EL PROMOTOR DE JUSTICIA

Esta tercera parte tiene por objeto un punto cuya solución es una mera aplicación de la doctrina expuesta en las dos anteriores. Consideramos: 1) El derecho de apelar; y 2) La obligación de apelar.

1. *El derecho de apelar.*

El canon 1.879 especifica las personas que tienen derecho a apelar, esto es, las partes, el Promotor de Justicia y el Defensor del Vínculo. En las causas matrimoniales, por tanto, en que haya sido actor el fiscal pueden apelar: a) Los cónyuges no culpables que hayan sido actores con el fiscal. b) Los cónyuges, sean o no culpables, que hayan sido demandados. c) El defensor del vínculo. No pueden apelar, por no haber sido partes en el juicio, los que hayan intervenido con intervención accesoria, cónyuges o no cónyuges. La decisión rotal es diáfana en este punto. En el número 2 afirma que no se ha de admitir la apelación de la denunciante Emilia, madre del esposo: "*Dna. Aemilia non potest in iudicio consistere utl actrix, in casu: caret actione de qua agitur, consequenter caret iure appellandi*" (89). En el número 9 niega incluso a los interventores accesorios el hacerlo a título de oposición de tercero, a tenor del canon 1.898:

"... ii qui Promotori adhaeserunt per interventum accessorium, absque igitur iure accusandi nullitatem matrimonii, carent iure appellandi adversus sententiam illam. Lex enim quae denuntiantibus denegat actionem seu ius accusandi, non parum sibi contradiceret si iisdem concederet, etiã titulo oppositionis tertii, ius appellandi, seu ius accusandi matrimonium in nova instantia. Dicitur: appellatio est species defensionis, quae igitur competit cuivis qui se per sententiam gravatum sentit, in iuribus suis. Res.: attenta lege can. 1.971, parr. 2, agitur de causa quae exclusive agitur a Promotore Iustitiae, nomine boni publici, nec ideo versatur de iure eorum qui propter utilitatem privatam interveniunt in causa. Non habent litis consortium cum Promotore, nec inter eos et Promotorem haberi potest communio appellationis; itaque, eo non appellante, illi non possunt appellare. Promotore non appellante, si nec pars conventa velit appellare, nec Defensor Vinculi debeat aut velit appellare, causa finita est; deficit actor, nec quisquam iure appellat; sed nemo iudex sine actore, sine appellante" (90).

En una palabra, la apelación es un remedio destinado únicamente a reparar lo injusto de la primera instancia, en el cual la figura del apelante

(89) Sent. núm. 2.

(90) Sent. núm. 9.

corresponde a la figura del actor. Quien carece de acción, carece de derecho de apelar.

La Comisión de Intérpretes del Código ha confirmado oficialmente esta doctrina en la respuesta de 3 de mayo de 1945 (91): "*An coniugi inhabili ad accusandum matrimonium ad normam can. 1.971, parr. 1, n. 1, competat ius appellandi vel recurrendi adversus sententiam in favorem matrimonii latam. R) Negative, salvis extraiudicialibus recursibus.*" Dice "*sententia in favorem matrimonii*", pues es evidente que si el cónyuge culpable ha sido demandado, puede apelar de una sentencia contra el vínculo. Dice salvos los recursos extrajudiciales, porque, como vamos a ver en seguida, le queda al cónyuge culpable el derecho a recurrir al Ordinario o a la Santa Sede si no está conforme con la decisión del Fiscal de no apelar.

El eminente P. REGATILLO, S. J., en "Sal Terrae" (92), formula diversas hipótesis para conocer el sentido de la duda que ha interpretado la Comisión. Con todo el respeto nos atrevemos a sugerir que acaso la hipótesis considerada por la Comisión ha sido la que se deduce de la doctrina de nuestra sentencia, a saber: que el cónyuge culpable intervino con intervención accesoria en la primera instancia, en la cual fué actor el promotor de Justicia.

2. *El deber de apelar.*

El canon 1.879 habla solamente del derecho de apelar. En todo el Código solamente encontramos el canon 1.986 que hable del deber de apelar, deber que incumbe al defensor del vínculo cuando la sentencia del Tribunal de primera instancia haya sido favorable a la nulidad.

Veamos cómo puede existir el deber de apelar en las causas matrimoniales acusadas por el fiscal. Las exigencias del bien público, ¿imponen al Promotor de Justicia alguna vez el deber de apelar? Podemos distinguir dos hipótesis.

Primera hipótesis: la sentencia del Tribunal de primera instancia favorable a la nulidad.—En este caso el Fiscal no tiene por qué apelar, pues, por un lado, ha sido el vencedor en el juicio y, por otro, aun cuando debe procurar la doble sentencia conforme, ya apelará necesariamente el defensor del vínculo.

Segunda hipótesis: la sentencia de primera instancia favorable al vínculo. En este caso el bien público exige del Fiscal que examine la sentencia. El

(91) AAS., XXXVII, 149.

(92) E. F. REGATILLO: *Respuestas de la Comisión de Intérpretes, De iure accusandi matrimonium*, "Sal Terrae" (1946), núm. 1, pág. 34 y sigs.

examen puede dar dos resultados: a) Subsisten todavía tanto la probabilidad intrínseca de la nulidad como las circunstancias, en virtud de las cuales el bien público exigía la acusación; el Fiscal tiene obligación de apelar; y b) La acusación *iuxta suam conscientiam* no se sostiene; no tiene obligación de apelar. Es la aplicación del principio tantas veces repetido: la acusación del Fiscal únicamente se sostiene en cuanto lo exige el bien público. Por esto dice la sentencia rotal: "*Promotor Iustitiae potest, lata sententia, non appellare, aut appellationem motam non prosequi, si sibi constiterit, factam accusationem sustineri non posse vel in iure vel in facto*" (93).

Cuáles sean las exigencias del bien público o lo ha de decir la ley o, en su defecto, lo ha de apreciar aquel oficial que es su procurador nato, el Fiscal. Ahora bien: no hay ninguna ley que obligue al Promotor de Justicia a apelar, luego él lo ha de decidir. Dice la decisión rotal: "... *Siquidem de causis matrimonialibus nulla lata est lex qua Promotor Iustitiae semper teneatur ad causam prosequendam usque ad ultimam possibilem instantiam, sin minus ad appellandum a quavis sententia sibi contraria, etiam si causam iudicio Ordinarii introducerit*" (94), y añade: "*Nec talis lex lata est quoad causas criminales*".

Sin embargo, según dijimos en la primera parte, el Promotor de Justicia obra siempre con dependencia del Ordinario en la diócesis y de la Santa Sede en la Sagrada Rota Romana. De ahí que el que se sintiere perjudicado, el denunciante, por ejemplo, por la decisión del Fiscal de no apelar, puede recurrir, por vía administrativa, al Ordinario o a la Santa Sede, respectivamente. Hemos de notar en la apelación dos momentos: a) Interposición de la apelación ante el Tribunal *a quo* (canon 1.881), y esto corresponde al Fiscal de dicho Tribunal; y b) Prosecución de la apelación ante el Tribunal *ad quem* (canon 1.883), y esto corresponde al Fiscal del Tribunal superior. Este Fiscal del Tribunal *ad quem* tiene tan perfecto derecho como el del Tribunal inferior de analizar si existen los requisitos necesarios para que pueda mantenerse la acusación, y aun puede discrepar en su criterio del Fiscal inferior y, en este caso, no proseguir la apelación. No obstante, también de esta apreciación del Fiscal del Tribunal superior puede el que se sienta perjudicado recurrir al Metropolitano o, si se tratare de la Sagrada Rota, a la Sagrada Congregación. Únicamente el Ordinario de la archidiócesis o de la diócesis de apelación y la Sagrada Congregación, en su caso, podrán dirimir la cuestión; pero jamás podrán los Tribunales, ni

(93) Sent. núm. 8.

(94) Sent. núm. 8.

aun la Sagrada Rota Romana, obligar al Fiscal a apelar o a proseguir la apelación. Tal es la doctrina de la decisión rotal, en la cual se trataba de la obligación del Fiscal de la Sagrada Rota de proseguir la apelación. "*Solutio autem quaestionis an Promotor Iustitiae Rotalis teneatur appellationem prosequi adversus sententiam Tribunalis inferioris aut appellare a sententia Rotali, ad normam supra expositorum, non pendet ab iis qui unam potestatem iudicalem habent, seu non pendet a Ponente nec a Turno... sed pendet a Dicastero Curiae Romanae...*" (95).

* * *

Permítasenos ahora, por vía de conclusión, hacer algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso en las causas de nulidad de matrimonio promovidas por el Promotor de Justicia.

Podemos distinguir el interés, el derecho, la acción y el proceso. Entendemos por derecho un interés protegido jurídicamente; por acción, la defensa del derecho, y por proceso, el medio de ejercitar la acción. Ahora bien: cuando en el proceso la parte demandada no se allana a la demanda, se produce un conflicto de intereses que la sentencia ha de resolver.

En las causas de nulidad de matrimonio promovidas por el Fiscal intervienen intereses de distintas categorías que entran en conflicto.

Ante todo interviene un doble interés de carácter público: a) El interés que tiene la sociedad de que se mantenga la indisolubilidad del matrimonio, interés que el Derecho protege con toda la amplitud que vemos en el canon 1.014; de aquí el derecho de la sociedad a defenderse de cualquier pretensión (96) contra la validez del vínculo; y b) El interés que tiene la sociedad de que se declaren nulos aquellos matrimonios que, siéndolo, reúnen tales circunstancias, que de no declararse la nulidad se seguiría un perjuicio para el orden público; de aquí el derecho de la sociedad a exigir tal declaración y pretenderlo en juicio; el Fiscal titular de la acción cuyo derecho pertenece a la sociedad es quien lo pretende.

Además del interés público intervienen en estas causas intereses de carácter privado, a saber: el interés que puedan tener los cónyuges en la declaración de nulidad o validez de su matrimonio y aun el interés que pueda

(95) Sent. núm. 10.

(96) Pretensión, en el sentido técnico de querer obtener la prevalencia de un interés en un conflicto intersubjetivo de intereses.

tener un tercero en tal declaración. El interés de los cónyuges es protegido por la ley; de aquí el derecho de acusar el matrimonio y el de oponerse a la acusación. Con todo, los cónyuges culpables no pueden defender su derecho de acusación, ya que se hallan privados de acción. En cuanto a los terceros, sin atrevernos a negar que el orden jurídico canónico proteja su interés de un modo absoluto, al menos podemos, ciertamente, afirmar que les niega toda acción directa (97) encaminada a la defensa de tal interés.

Si el proceso es un "*conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión resistida*" (98), diremos que, en nuestro caso, es un conflicto intersubjetivo aparente de intereses de orden público, a los que se juntan, a veces, intereses de orden privado, más o menos protegidos por la ley, calificado (tal conflicto) por una pretensión del orden público resistida por una exigencia fundamental del bien común.

Explicamos nuestra definición en la siguiente forma: en estas causas el Promotor de Justicia formula una pretensión a la que necesariamente se ha de oponer el Defensor del Vínculo, de donde resulta un aparente conflicto entre el interés, por una parte, de ser declarado nulo el matrimonio, que por serlo en determinadas circunstancias altera el orden social, y, por otra parte, el interés de mantener la indisolubilidad del vínculo. El segundo interés es, en principio, superior al primero; de aquí la situación procesal privilegiada del Defensor del Vínculo sobre el Fiscal. Sin embargo, el conflicto es aparente, porque un interés no puede ser jurídicamente protegido si no está conforme con los principios éticos, por lo cual la sentencia no ha de declarar cuál interés prevalece, sino cuál interés responde a la realidad.

Hemos dicho que se juntan, a veces, intereses de orden privado, a saber: el interés de los cónyuges. En estas causas tal interés privado o estará en conflicto con el interés público defendido por la acción acusatoria del Fiscal o con el interés también público defendido por el Defensor del Vínculo. En ambos casos la situación procesal de los cónyuges será inferior a la de los representantes del ministerio público, como inferior es el interés que pretenden defender. Si se oponen al Fiscal gozan, aun siendo culpables, de acción para defenderse; si, en cambio, se oponen al Defensor del Vínculo, únicamente gozan de acción para adherirse a la pretensión del Fiscal los cónyuges no culpables, ya que a los otros la ley les ha negado la legitimación activa. Pero hemos afirmado: "un interés más o menos protegido",

(97) Cfr. can. 1.072, donde se concede indirectamente una acción acusatoria del matrimonio a los terceros.

(98) PIO CIPROTTI: *Lezioni di Diritto Canonico. Parte generale* (Padova, 1943), pág. 24.

porque aun el interés del cónyuge culpable tiene una cierta protección jurídica e incluso una cierta intervención procesal mediante la intervención accesoria, como hemos explicado en la segunda parte.

Hemos llamado la pretensión del Promotor de Justicia una pretensión de orden público por fundarse, precisamente, según antes explicamos, en una perturbación del orden social producida por el escándalo y notoriedad de la nulidad o, al menos, en un fenómeno para que se dé tal notoriedad, como sucede en los impedimentos *natura sua* públicos.

Finalmente, hemos afirmado que la resistencia necesaria a la pretensión Fiscal por parte del Defensor del Vínculo procede de una exigencia fundamental del bien común de la Iglesia, cual es el procurar la observancia del derecho divino que establece la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

MANUEL BONET

Profesor del seminario de Barcelona.