

EL FISCAL EN LA ACUSACION DEL MATRIMONIO *

Dos son los casos en que el Fiscal es sujeto de la acción de nulidad, en los que existe acción pública de nulidad: cuando se trata de impedimentos públicos por su naturaleza y cuando se trata de otros impedimentos (art. 35, 1, 2.º). En el primer caso la acción pública es absoluta e ilimitada; en el segundo es condicionada y limitada. Los límites o cauces por los que debe discurrir, están establecidos en los artículos 38 y 39. Las condiciones son dos: por un lado la previa denuncia, la cual viene a ser en la acusación matrimonial pública algo parecido a lo que es en la acusación criminal la misma denuncia o la querrela de la parte agraviada (c. 1938, 1); por otro lado la inhabilidad del cónyuge denunciante (art. 35, 1, 2.º) o de ambos cónyuges, si la denuncia procede de ambos o de un tercero (art. 41, 2). Faltando alguna de ambas condiciones el Fiscal será inhábil, mas la sentencia sería válida, conforme indicamos al tratar de la naturaleza de la inhabilidad.

Así pues la acusación pública siempre podrá coexistir válidamente con la privada, ya sea ésta ejercida por uno o por ambos cónyuges, ya sea hábil o inhábil el cónyuge o cónyuges que la ejercen. Además, tratándose de impedimentos públicos por su naturaleza, la acusación pública puede siempre coexistir lícitamente con la privada ejercida por uno u otro cónyuge o por ambos, pues que la inhabilidad de éstos no es requisito previo para la habilidad del Fiscal.

Pero tratándose de otros impedimentos la inhabilidad del cónyuge denunciante, o de ambos cónyuges cuando la denuncia procede de ambos o de un tercero, es condición para que el Fiscal sea hábil. En otras palabras: la ilicitud del ejercicio de la acusación por parte del cónyuge denunciante o de

* SIGLAS UTILIZADAS

- A.A.S. : Acta Apostolicae Sedis.
C.Int. : Comisión Pontificia de Intérpretes del Código.
C.J.C. : Codex Juris Canonici.
Inst. : Instrucción *Provida Mater Ecclesia*, de la S. Congregación de Sacramentos, 15 de agosto de 1936.
J.P.O. : Jus Processuale Ecclesiae Orientalis.
N.S.R.R. : Normas de la Sagrada Rota Romana.
N. de la R.N.A. en E. : Normas de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España.
S.C.Sacram. : Sagrada Congregación de Sacramentos.
S.O. : Santo Oficio (Congregación para la Doctrina de la Fe).
S.Penit. : Sagrada Penitenciaría Apostólica.
Sign.Ap. : Signatura Apostólica.

NOTA.—Todos los artículos (art.) que se citen, mientras no se indique expresamente el lugar de donde están tomados, lo están de la Instrucción *Provida Mater Ecclesia*, de la S. Congregación de Sacramentos, 15 de agosto de 1936.

ambos es condición para el ejercicio lícito de la acusación pública. Así pues en estos impedimentos la acusación pública no puede coexistir lícitamente con la acusación privada lícitamente ejercida bien por el cónyuge denunciante, bien por cualquiera de ambos cónyuges cuando la denuncia procede de ambos o de un tercero; sí puede coexistir lícitamente con la acusación privada ejercida por el cónyuge denunciante o por ambos o cualquiera de ambos cónyuges inhábiles (cuando de ambos o de un tercero proceda la denuncia). La licitud de la acusación privada ya por parte del cónyuge denunciante ya por parte de cualquiera de los cónyuges cuando la denuncia es formulada por ambos o por un tercero, produce ilicitud en la acusación pública; y a su vez la licitud de la acusación pública presupone ilicitud de la acusación privada por parte del cónyuge denunciante; o por parte de ambos cónyuges, si la denuncia es hecha por ambos o por un tercero.

Tratándose de impedimentos públicos por su naturaleza el juicio de nulidad carece de fase prejudicial; pero tratándose de otros impedimentos existe la correspondiente fase prejudicial encaminada a comprobar la existencia de las condiciones y límites de la acusación pública en esta clase de impedimentos. También aquí se ve cierta analogía con el juicio criminal como la misma S. R. R. hace notar¹ en las palabras ya transcritas anteriormente. Pero mientras la fase prejudicial criminal compete al Ordinario, la fase prejudicial en las causas de nulidad corresponde más bien al Fiscal bajo la dirección del Ordinario, si bien éste debe juzgar de las señales de arrepentimiento (art. 28, 2) y de si el bien público requiere la acusación (art. 39, b)).

En los impedimentos públicos por su naturaleza es el mismo derecho quien da facultad al Fiscal para la acusación; por eso no se requiere el previo juicio del Ordinario establecido en el c. 1586, por más que hará muy bien el Fiscal en obtener aquel juicio. En los demás impedimentos es necesario el previo juicio del Ordinario, ya que a éste en último término corresponde dictaminar si la fase prejudicial ha sido favorable o adversa a la acusación. En este sentido se expresa la S. R. R. con estas palabras ya antes transcritas²: “Peracta inquisitione Ordinarius procedere potest vel ad matrimonium convalidandum vel ad conjugum separationem vel ad actionem nullitatis, ut ipsi visum erit. Si pro actione nullitatis decidat, tunc, et tunc tantum, promotor justitiae accusationem formalem facere potest”.

El art. 35, 1, 2.º solamente dice que el Fiscal es hábil, que puede, que tiene derecho a acusar (válida y lícitamente) el matrimonio; pero no sólo tendrá derecho, sino también obligación, cuando el bien público requiera la acusación. Pero el bien público no siempre requiere la acusación. En efecto, entre los varios remedios contra el matrimonio nulo, solamente hay lugar a la acusación, cuando no hay lugar a la convalidación ni a la disimulación.

Así pues, si al menos uno de los cónyuges conoce la nulidad de su matrimonio, el Ordinario por sí o por medio de otro, cual puede ser muy bien el

¹ 20 de junio de 1936; S.R.R. Dec., vol. 28, pág. 399.

² 20 de junio de 1936; S.R.R. Dec., vol. 28, pág. 399.

Fiscal, deberá procurar la convalidación del mismo matrimonio, bien sea la convalidación simple o la sanación "in radice". En este sentido se expresan los artículos 38, l y 39, c) tratándose de impedimentos no públicos por su naturaleza; y otro tanto ha de decirse de los impedimentos públicos por su naturaleza. En el mismo sentido abunda el c. 1965 tanto si se trata de impedimentos en sentido escrito, como si se trata de defectos sustanciales de consentimiento o forma.

Si ambos cónyuges ignoran la nulidad de su matrimonio, hay lugar a la disimulación, cuando por una parte la nulidad es oculta por razón de la divulgación, es decir, cuando no está divulgada y no puede y debe juzgarse prudentemente que con facilidad se divulgará (cfr. c. 2197, 1.º y 4.º); y por otra parte se temen mayores daños. Si estando obligado a acusar el matrimonio, no cumpliera el Fiscal su obligación, habrá de ser impelido a ello por el Ordinario o por la S. C. Sacram. (o por el S. O. si algún cónyuge es acatólico); mas no por el tribunal, ya que la actividad de éste se reduce a conocer y fallar una causa propuesta, pero no puede obligar a proponerla.

I.—OBJETO DE LA ACUSACION

En otro lugar hemos hablado del sujeto y término de la acusación; nos corresponde ahora tratar sobre el objeto de la misma, antes de precisar la acusación que al Fiscal corresponde.

Nulidad y disolución son dos conceptos perfectamente distintos. Nulidad del matrimonio es inexistencia real del mismo con el colorido o apariencia de existencia; así el matrimonio nulo se distingue del inexistente, ya que éste ni colorido tiene de existencia. La nulidad se produce por la celebración del matrimonio con un impedimento (en sentido amplio) dirimente; cesa por la convalidación del matrimonio. La disolución consiste en que un matrimonio pasa a no ser matrimonio, a ser inexistente. La disolución tiene lugar no sólo en el matrimonio válido, sino también en el nulo, pues que tanto el uno como el otro pueden pasar a ser inexistentes, a no ser matrimonios ni siquiera en apariencia. El matrimonio por la disolución deja de ser todo lo que era y pasa a las tinieblas de la inexistencia total. El matrimonio válido, por la disolución deja de ser no solamente válido, sino también matrimonio; el matrimonio nulo o pseudomatrimonio, por la disolución simplemente deja de ser matrimonio. Cualquier matrimonio se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges. Además cierta clase de matrimonios pueden disolverse por alguno de estos actos jurídicos: nuevo matrimonio en virtud del Privilegio paulino, dispensa papal, solemne profesión religiosa.

No obstante, la nulidad y la disolución producen o pueden producir efectos bien semejantes. Mas siempre desde momentos distintos: la nulidad "ex tunc", esto es desde la celebración del matrimonio; la disolución "ex nunc", es decir desde el momento en que se verifica el hecho jurídico disolvente.

Por otra parte la facultad de acusar el matrimonio no se extingue nunca, ni aun disuelto el vínculo, ya que es acción relativa al estado de las personas (c. 1701). Por eso absolutamente hablando, la instancia o actual acusación del matrimonio puede comenzar a tener lugar, o bien persistiendo el vínculo (válido o nulo), o bien disuelto ya el vínculo; y la acusación comenzada persistiendo el vínculo puede continuar una vez disuelto éste. Disuelto el matrimonio perdura la facultad de acusarlo, ya sea comenzando ya continuando la acusación; y puede haber interés o razones para acusarlo. El matrimonio puede ser objeto de acusación no sólo antes, sino también después de su disolución. Mas después de la disolución por muerte es objeto de acusación bajo ciertos límites señalados en los artículos 42 y 222, 1. Y otro tanto habrá de decirse después de la disolución por cualquier otro acto jurídico (distinto de la muerte, que es un hecho jurídico).

El artículo 42 se limita a reproducir el c. 1972. Tanto el artículo 42 como el 222, 1 se refieren a la acusación del matrimonio, al matrimonio como objeto de acusación, una vez muerto uno al menos de los cónyuges; pero mientras el artículo 42 se refiere al comienzo de la acusación, el 222, 1 se refiere a la prosecución de la acusación antes comenzada. No excluyen completamente la acusación, pero la restringen, ya que por la disolución del vínculo cesa la razón o peligro de pecado inherente al vínculo matrimonial probablemente nulo.

El matrimonio disuelto, objeto de la acusación desde el comienzo de ésta (art. 42).

Las causas o cuestiones pueden ser principales o incidentales; aquellas se dirimen por sentencia definitiva, estas por sentencia interlocutoria o decreto interlocutorio (cc. 1868; 1840; art. 214, 1). Principal es la causa que se propone directa y primariamente; incidental la que está enlazada o unida con la principal. Los autores clasifican las causas incidentales en antecedentes, concomitantes y consiguientes, según que respectivamente surjan antes de la citación, entre la citación y la sentencia definitiva, o después de la sentencia definitiva. Las concomitantes se hallan auténticamente descritas en el c. 1837 y de ellas tratan detenidamente los cc. siguientes al 1837.

Presunción es la conjetura probable de una cosa incierta, esto es no cierta, dudosa; puede ser de derecho y de hombre, según que esté determinada por la misma ley o formada por el juez (c. 1825, 1). La presunción de derecho puede ser o bien de derecho simplemente o bien de derecho y por derecho, según que la prueba admitida en contrario sea ya directa o indirecta, ya solamente indirecta (c. 1825, 2 y 1826). En toda presunción cabe considerar la presunción misma formalmente considerada y el fundamento (base, hecho) o presunción materialmente considerada; así el hecho de cumplir siete años o los siete años cumplidos es el fundamento de la presunción de que una persona tiene uso de razón (c. 88, 3). Prueba directa es la que, admitido el fundamento, va contra la misma presunción; así la prueba de que una persona

que ha cumplido los siete años no tiene uso de razón. Prueba indirecta es la que va contra el fundamento de la presunción; así, por ejemplo, la prueba de que una persona no ha cumplido los siete años.

El artículo 42 (c. 1972) establece y contiene una presunción de derecho sobre la validez del matrimonio que no fue acusado en vida de ambos cónyuges, es decir, del matrimonio que no fue acusado antes de su disolución por muerte. ¿Cabrá decir otro tanto de los restantes modos o formas de disolución? ¿Tendrá la misma presunción de validez todo matrimonio no acusado antes de ser disuelto de cualquier forma? Contestar afirmativamente a estos interrogantes sería evidentemente dar una interpretación extensiva al artículo 42. Estimamos que tal interpretación extensiva ha de admitirse; porque: a) Los diversos modos de disolución del matrimonio son entre sí equiparados; y la interpretación extensiva cabe "in aequiparatis". El artículo 42 menciona expresamente la disolución por muerte, porque es el modo de disolución más ordinario y frecuente; de esto se ocupan las leyes y no de lo extraordinario y poco frecuente. b) La "ratio legis" consiste en que por la muerte ha cesado el probable estado jurídico pecaminoso de los cónyuges, ha desaparecido el probable pseudovínculo. Ahora bien esta razón subsiste íntegramente en cada una de las restantes formas de disolución del matrimonio.

La presunción de validez establecida en el artículo 42 es absoluta, se extiende a todas las causas de nulidad, tanto a las principales como a las incidentales; y en ambas clases de causas tiene el mismo fundamento, a saber el hecho de que el matrimonio no fue acusado en vida de ambos cónyuges. Pero no tiene la misma naturaleza específica en unas que en otras, porque en las causas principales no se admite prueba en contrario, mientras que en las incidentales sí.

Aún más: los autores antiguos clasificaban las causas incidentales por relación a la prole o al cónyuge viudo, en odiosas y favorables. Así será odiosa la causa incidental en la que se intente demostrar que el hijo, que siempre fue tenido por legítimo, no lo es en realidad; o que el cónyuge viudo, que siempre fue considerado como cónyuge, no lo fue en realidad. El derecho antiguo asimilaba las causas incidentales odiosas a las principales, no admitiendo prueba en contrario ni en unas ni en otras, y admitiéndola solamente en las causas incidentales favorables. No faltan autores como Bartoccetti³, quienes en el derecho vigente sostienen tal asimilación, basándose en el c. 6, 4.º

La prueba en contrario de la que habla el artículo 42 es sin duda la prueba directa; y por tanto la presunción de derecho establecida en el mismo artículo es de derecho y por derecho en las causas principales (y en las incidentales odiosas, según la doctrina de algunos autores); es de derecho simplemente en las causas incidentales. En efecto la prueba indirecta siempre se admite

³ *De causis matrimonialibus*, pág. 108; en *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III (Romae, 1950).

(c. 1826), mientras que la prueba de la que habla el artículo 42 no se admite en las causas principales. En otras palabras: la prueba, de la que trata el artículo 42 que comentamos, es tal que en unas causas se admite y en otras no; ahora bien tal prueba es la directa, porque la indirecta siempre se admite. Por otra parte, si la presunción establecida en el artículo 42 fuese de derecho simplemente toda ella, en todas las causas, entonces el artículo 42 (c. 1972) apenas añadiría nada al c. 1014, y por tanto vendría a ser inútil.

Así los autores dicen que en el Codex solamente existen dos presunciones de derecho y por derecho: la establecida en el c. 1904, 1 y la establecida en la primera parte del c. 1972. Discuten acerca del c. 2201, 2; para unos es presunción de derecho simplemente; para otros de derecho y por derecho; para otros en fin no es presunción, sino prescripción o consideración de la ley, como si dijese "censetur" en lugar de "praesumuntur".

Las causas corren la misma suerte que sus respectivas pruebas; y como las pruebas directas no se admiten en las causas principales de nulidad de un matrimonio ya disuelto, esas mismas causas, cuando presentan pruebas solamente directas, no podrán ser llevadas al tribunal ni podrán ser admitidas por éste. Así que mientras la acusación del matrimonio no disuelto puede ser principal o incidental, la del ya disuelto no es más que incidental, a no ser que el matrimonio hubiese sido acusado antes de su disolución. Si de hecho se llevase a efecto la acusación principal de un matrimonio ya disuelto, la sentencia sería nula por derecho natural, porque la esencia misma del juicio requiere que la sentencia sea "ex actis et probatis" (c. 1869, 2 y 1552, 1); ahora bien en nuestro caso nada se ha probado, ya que el mismo derecho rechaza toda prueba.

La acusación (incidental) de un matrimonio ya disuelto ¿se regirá también por los artículos 35-41? En otras palabras: los citados artículos ¿se refieren a toda acusación, incluso a la del matrimonio ya disuelto, o solamente a la acusación del matrimonio no disuelto? Los artículos 35-41 están concebidos en términos indefinidos o generales; y por tanto tienen valor universal para toda acusación, mientras no se demuestre lo contrario. Y lo contrario se demuestra solamente en lo que atañe a las normas y requisitos establecidos en los artículos 38 y 39, a excepción del requisito procesal de los argumentos ciertos y firmes.

En efecto la renovación del consentimiento y la convalidación del matrimonio (arts. 38, 1 y 39, c) por su propia naturaleza suponen que el matrimonio es nulo, mientras que la nueva celebración por su propia naturaleza supone que el matrimonio es inexistente. Ahora bien el matrimonio disuelto no es nulo, sino inexistente. Por eso en el matrimonio disuelto puede haber nueva celebración cuando se ha disuelto por causa distinta de la muerte; pero de ningún modo puede haber convalidación. Los demás requisitos no procesales establecidos en el artículo 38, 2 (nulidad pública, escándalo, señales de arrepentimiento) y en el artículo 39 (impedimento público y escándalo) dicen relación esencial al matrimonio no disuelto y a la convalidación del mismo. Por otra parte el artículo 41, 1-3 tampoco tiene aplicación a las

causas incidentales, ya que éstas surgen de la principal sin necesidad alguna de denuncia.

Así pues, los artículos 35-41 regulan toda acusación, incluso la acusación del matrimonio ya disuelto. Pero los artículos 38 y 39 regulan toda acusación no en todo el texto de los mismos, sino solamente en una pequeña parte, en cuanto requieren argumentos ciertos y firmes para la acusación; en el resto de su texto regulan solamente la acusación del matrimonio no disuelto. De forma parecida el artículo 41 en sus §§ 1-3 no es aplicable a la acusación del matrimonio ya disuelto.

Por tanto para que el Fiscal pueda acusar un matrimonio ya disuelto en los impedimentos no públicos por su naturaleza: a) Tratándose del consentimiento simulado o condicionado de futuro contra la sustancia del matrimonio, no tendrá que exhortar a los cónyuges a que atiendan a su conciencia y renueven el consentimiento (art. 38, 1), ni es necesario que la nulidad sea pública, ni que haya escándalo y señales de arrepentimiento (art. 38, 2). b) Tratándose de otros impedimentos no es necesario que el impedimento sea público, ni que haya escándalo, ni que no pueda conseguirse la convalidación del matrimonio (art. 39, a), b) y c)). Pero siempre ha de quedar a salvo el principio general establecido en el c. 1586; en todo caso es necesario que, a juicio del Ordinario, corra peligro el bien público. Mas las causas incidentales correrán a este respecto la misma suerte que las respectivas principales, ya que "accessorium sequitur principale". Cuando en una causa principal entra en juego el bien público, lo mismo ocurre en la incidental. Cuando el Fiscal toma parte en una causa principal, debe también ser citado en la incidental que tenga conexión con ella⁴.

Así que el Fiscal también es sujeto de la acusación del matrimonio ya disuelto. Y lo es en los impedimentos públicos por su naturaleza, por derecho propio y sin necesidad de que nadie sugiera la acusación. En los demás impedimentos cuando por una parte alguien de los que intervienen en la causa ha sugerido la acusación y el cónyuge o cónyuges son inhábiles para ejercerla; y por otra parte (existiendo argumentos tan ciertos y firmes que hagan completamente probable la nulidad) el bien público a juicio del Ordinario requiere la acusación. Disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, solamente el otro y el Fiscal pueden acusar el matrimonio; tras la muerte de ambos cónyuges, solamente el Fiscal puede ejercer la acusación⁵.

El matrimonio disuelto, objeto de la acusación ya comenzada (art. 222, 1)

El artículo 222, 1 se refiere a un matrimonio que durante su actual acusación se disuelve también por muerte. Y opinamos que, por las razones antes aducidas, también aquí ha de sostenerse la interpretación extensiva, según la cual, lo que el artículo dice del matrimonio que se disuelve por muerte, ha

⁴ S.R.R. Dec., vol. 25, dec. 48, n. 3, pág. 421.

⁵ HOLBÖCK: *Tractatus de Jurisprudencia...*, pág. 373 hacia el fin.

de aplicarse al matrimonio que simplemente se disuelve, aunque no sea por muerte, sino por nuevo matrimonio en virtud del Privilegio paulino o por dispensa pontificia o por solemne profesión religiosa.

Pero no basta la muerte (ni cualquiera de los otros modos de disolución del matrimonio); se requiere que conste. Y que conste no por cualquier medio legítimo de prueba, sino precisamente por prueba documental o documento que sea auténtico. Todo documento público es auténtico, aunque no viceversa; por lo que "público" y "auténtico" suelen tomarse como sinónimos⁶. Así estimamos que ocurre en el artículo que comentamos, porque lo que pretende el legislador es que el documento refleje la realidad, que sea verdadero; ahora bien, son los documentos públicos, tanto eclesiásticos como civiles, los que se presumen genuinos, esto es verdaderos, como acertadamente interpreta Miguélez⁷, mientras con argumentos evidentes no se pruebe lo contrario (c. 1814).

Los diversos hechos o actos jurídicos por los que se produce la disolución del matrimonio fácilmente constarán por documento público. Así la muerte consta por el registro civil o por el libro parroquial de difuntos (cc. 470, 1 y 1238); el nuevo matrimonio en virtud del Privilegio paulino, por el libro de matrimonios (cc. 470, 1 y 1103, 1); la dispensa pontificia, por el correspondiente rescripto (cfr. c. 62); la solemne profesión religiosa, por el correspondiente documento (c. 576, 2).

El artículo habla de la muerte de uno de los cónyuges, cualquiera que sea la figura jurídica o actitud procesal del mismo en la causa de nulidad de su propio matrimonio; para los efectos lo mismo da que fuese actor o reo, participante accesorio o parte implícita.

La litispendencia comienza con la citación o con el comparecimiento espontáneo de juicio de las partes (c. 1725, 5.^o). Termina con la cosa juzgada (c. 1904, 2); por lo que, propiamente hablando, nunca termina en las causas que no pasan a cosa juzgada, es decir, en las causas sobre el estado de las personas (c. 1903) y por tanto en las causas matrimoniales (c. 1989; art. 217, 1). Por eso la sentencia de la que habla el artículo 222, 1 (la sentencia que aún no se ha dado en la causa pendiente), es la primera sentencia que hubiera de darse después de la muerte de uno de los cónyuges, sea o no la primera sentencia que se da en el pleito.

El acto de depositar los autos en el archivo y no emitir fallo, constituye una suspensión del juicio, basada en que, por haber sido disuelto el vínculo matrimonial, cesa la razón de pecado, que para la Iglesia era el motivo o fin principal del pleito. Pero queda puerta abierta a la prosecución del juicio, ya que puede haber graves razones para ello.

La enumeración de graves razones hecha en el artículo es evidentemente demostrativa. Así lo han entendido siempre los tribunales, tanto diocesanos como apostólicos, estimando, por ejemplo, como razón grave la tutela de la

⁶ CORONATA: *De processibus* (Taurini-Romae, 1956), pág. 291, n. 1345.

⁷ *Los documentos públicos*; en R.E.D.C., 1953, pág. 314.

buena fama de la actriz⁸ y considerando como suficientes las razones patrimoniales o económicas⁹. Pero, según la jurisprudencia de la Signatura Apostólica, en todo caso las razones deben ser intrínsecas con relación a la nulidad del matrimonio, conexas con esta nulidad; en forma tal que de no ser así, el actor que prosigue el pleito, basándose en dichas razones, carece de la personalidad para comparecer en juicio, siendo por tanto nula la sentencia. El Supremo Tribunal se expresa en estos términos¹⁰: "Praeterea jus prosequendi processum nullitatis matrimonii post mortem alterutrius vel utriusque conjugis, tantum competit ad effectus legitimos ex nullitate vinculi consequendos, qui dependere debeant exclusive a nullitate vinculi ipsius et tantum possint consequi vi sententiae quae praefatam nullitatem declarat". De donde concluye más abajo: "Quapropter nullitate affectae considerandae sunt sententiae primae et secundae instantiae nam actores nulla capacitate gaudent standi in iudicio ad obtinendam declarationem nullitatis matrimonii". Cuando el otro cónyuge o los herederos del difunto insten por razones graves e intrínsecas, el pleito proseguirá y se dará sentencia.

El artículo 222, 1 emplea la misma palabra "instare", que aparece en el artículo 91, 1. ¿Qué naturaleza jurídica tiene esta instancia en el artículo 222, 1? Depende del objeto, del blanco a donde vaya dirigida. Si es en pro, si va buscando una sentencia afirmativa o conforme a la demanda, esto es una sentencia de nulidad, entonces esa instancia es verdadera acusación y el que insta es verdadero acusador; por eso en el artículo 91, 1 la instancia es acusación y el reo que insta en pro de la nulidad se convierte en actor. Si por el contrario la instancia es en pro de una sentencia negativa o contraria a la demanda, esto es en pro de una sentencia que declare que no consta la nulidad, entonces no es acusación, sino excepción contra la acusación; y el que insta será verdadero reo.

La instancia va hacia una sentencia afirmativa, cuando pide que se prosiga el primer grado del juicio; o cuando pide que se prosiga un grado de apelación incoado por apelación contra una sentencia negativa. Va hacia una sentencia negativa, cuando pide que se prosiga un grado de apelación incoado por apelación contra una sentencia afirmativa.

¿Quiénes pueden instar? El otro cónyuge o los herederos del cónyuge difunto. Así pues, y a tenor de lo dicho acerca de la naturaleza de la instancia, también estos terceros que son los herederos, pueden pasar a formar parte de la relación procesal, dejando de ser terceros y pasando a ser actores o reos en las causas matrimoniales de nulidad, cuando, disuelto el vínculo por muerte de un cónyuge, prosigue la acusación antes comenzada. Lo cual, tratándose de herederos que instan por la declaración de nulidad, es decir, tratándose de herederos acusadores, constituye una clara excepción del artículo 35, 2 y c. 1971, 2. Tal excepción está basada en que, habiendo graves razones para

⁸ TORRE: *Processus matrimonialis* (Neapoli, 1956), págs. 480-482.

⁹ TORRE, lugar citado, págs. 483 y 484.

¹⁰ TORRE, lugar citado, pág. 482.

proseguir la acusación del matrimonio, de no poder proseguirla los herederos, las más de las veces quedaría trunca por falta de acusador, ya que ni el Fiscal ni el otro cónyuge proseguirían la acusación. No la proseguiría muchas veces el Fiscal, pues que éste solamente puede acusar el matrimonio cuando la ley le autoriza a ello. Ni la proseguiría el otro cónyuge, porque las más de las veces no intentará otra cosa que verse libre del vínculo, cosa que ya se ha verificado por la disolución del mismo. Pudiendo ser acusadores los herederos, con mayor razón podrá serlo el cónyuge inhábil; así que también en esto el artículo 222, 1 contiene una excepción del artículo 35, 1, 1.º y c. 1971, 1, 1.º; excepción basada en razón similar a la anteriormente aducida.

Cuando la disolución del matrimonio se ha producido por nuevo matrimonio en virtud del Privilegio paulino, o por dispensa pontificia o por solemne profesión religiosa, entonces serán ambos cónyuges quienes podrán instar por graves razones la prosecución de la acusación; y estimamos que podrán hacerlo aunque sean inhábiles.

Mas la acusación privada, por la que se prosigue el pleito suspendido, de ninguna manera excluye la pública, cuando a ésta hubiere lugar en derecho. Al reanudarse el pleito, la acusación pública deberá también reanudarse o bien iniciarse, si en derecho cabe respectivamente la prosecución o la iniciación de la misma. Ya hemos indicado que por la disolución del vínculo dejan de verificarse los requisitos no procesales establecidos en los artículos 38 y 39 para la acusación pública en impedimentos no públicos por su naturaleza. Por este capítulo o razón en estos impedimentos la acusación pública agonizaría con la disolución del vínculo; mas al fallar los requisitos establecidos en los artículos citados, queda incólume el principio general contenido en el c. 1586. Y a tenor de él la acusación pública podrá proseguir cuando a juicio del Ordinario el bien público corra peligro.

II.—LA ACUSACION FISCAL EN LOS IMPEDIMENTOS PUBLICOS POR SU NATURALEZA (art. 35, 1, 2.º; c. 1971, 1, 2.º)

En estos impedimentos el Fiscal es sujeto de la acusación por derecho propio, o en expresión de la C. Int. ¹¹ "vivi muneris": en virtud de su cargo que es tutelar el bien público. Lo es además absolutamente, es decir, sin que se requiera previa denuncia ni alguna otra condición. Pero bien puede suceder que no sólo el Fiscal sea sujeto de la acusación, sino que al mismo tiempo lo sean los cónyuges incluso ambos; que coexista la acusación pública con la privada. Entonces ha de prevalecer sin duda la acusación pública, sin que por ello haya de ser rechazada la privada; mas ésta viene a ser accesoria y aquélla principal. Hay que reconocer además que la acusación privada en impedimentos públicos por su naturaleza frecuentemente será inútil en la

¹¹ 17 de julio de 1933; AAS. 25, 345.

práctica, pues que en estos impedimentos tiene pleno lugar la acusación pública.

Impedimentos

En el matrimonio pueden considerarse las personas, el consentimiento y la forma en la que el consentimiento es expresado. El C. J. C. no define expresamente lo que es el impedimento. Sin embargo, aparece claramente que en él se entiende por impedimento toda circunstancia que afecta a la persona contrayente y hace ilícito o nulo el contrato matrimonial; éstos son los impedimentos propiamente dichos. Las demás circunstancias, que vician el matrimonio por parte del consentimiento o de la forma, no se llaman en el Codex impedimentos, sino defectos de consentimiento o de forma; éstos son los impedimentos impropriadamente dichos.

Así pues, impedimento propiamente dicho es algo que prohíbe a la persona el matrimonio, algo que prohíbe o hace ilícito el matrimonio por parte de las personas. Ese algo es el derecho objetivo o normativo mediante algún hecho; así surge la división en impedimento formal o de derecho, e impedimento material o de hecho. La prohibición del matrimonio a la persona puede ser mera prohibición o prohibición inhabilitante, surgiendo así la división entre impedimento impediendo y dirimente. El matrimonio prohibido por el impedimento es directamente el matrimonio en cuanto contrato, indirectamente el matrimonio en cuanto sacramento; de aquí que no sea impedimento lo que afecta directamente al sacramento, por ejemplo, el pecado mortal.

Impedimento en sentido impropio es algo que prohíbe o hace ilícito el matrimonio no ya por parte de las personas sino por parte del consentimiento o de la forma. También estos impedimentos podrán ser materiales o formales, impediendo o irritantes.

La C. Int.¹² declaró que la palabra "impedimentos" del c. 1971, 1, 1.º (art. 35, 1, 1.º) había de entenderse también de los impedimentos impropriadamente dichos. La equidad natural parecía exigir esta interpretación; sin embargo, generalmente en la práctica de los tribunales no se seguía, por ser amplia y tratarse de una ley que restringe un derecho (cfr. c. 19).

La interpretación dada por la C. Int. ha de aplicarse también al art. 35, 1, 2.º (c. 1971, 1, 2.º) ya que viene claramente exigida por el contexto. En efecto los "otros impedimentos", de que se habla en dicho n. 2, son aquellos de que se trata en los artículos 38 y 39; ahora bien el artículo 38 se refiere a los defectos de consentimiento, que son impedimentos en sentido impropio; luego los "otros impedimentos", y por tanto también los "impedimentos públicos por su naturaleza" son también impedimentos impropriadamente dichos. Además, como ya alguna vez indicamos, una palabra en un mismo c., y con mayor razón en un mismo párrafo de un mismo c., ha de recibir la misma interpretación, mientras otra cosa no se demuestre; en nuestro caso no se

¹² 12 de marzo de 1929; AAS., 1929, 171.

demuestra. Sin embargo, los defectos de consentimiento o forma nunca o casi nunca serán públicos por su naturaleza; pero pudieran serlo, por ejemplo, porque, habiendo sido objeto de juicio, constan por sentencia.

Públicos

1.º Significación que puede tener esta palabra.

El C. J. C. da dos significados o acepciones a las palabras “público-oculto”: una por razón de la noticia o divulgación, al tratar de los delitos (c. 2197); otra por razón de la prueba o demostrabilidad en el fuero externo, al tratarse de los impedimentos (c. 1037). Pero estos dos conceptos no se conservan en nuestro derecho rígidamente separados como dos líneas paralelas, de forma que siempre que se trate de delitos, haya de entenderse público-oculto por razón de la divulgación, y siempre que se trate de impedimentos, haya de entenderse por razón de la demostrabilidad. Por el contrario los dos conceptos se interfieren mutuamente, engendrando de esta manera gran dificultad en precisar en cada caso de qué noción se trata.

La noción de público-oculto por razón de la demostrabilidad también se aplica a los delitos: en el c. 1933, 1 la palabra “público”, según la sentencia más común, es lo mismo que demostrable. Esta sentencia u opinión se halla confirmada en el derecho procesal oriental, que en su c. 1, 3 dice¹³: los delitos que caen bajo el juicio criminal son los delitos que pueden legítimamente probarse en el fuero externo.

La noción de público-oculto por razón de la divulgación también se aplica a los impedimentos matrimoniales.

Así era antes del Codex, cuando se trataba de impedimentos en orden a su dispensa. La S. Penitenciaria empleaba las expresiones siguientes: “modo impedimentum sit occultum, modo res sit occulta”. Ahora bien, Benedicto XIV explica esas expresiones diciendo¹⁴: “occultum dicitur cujus fama nondum pervagata est, etsi publicum sit quatenus per duos testes probari possit. También D'Annibale y Gasparri, que durante mucho tiempo prestaron sus servicios en la S. Penitenciaria, explican aquellas expresiones de la misma manera. Baste citar las palabras de Gasparri¹⁵: “occultum accipere debemus quod adeo pauci et prudentes sciunt, ut reputari possit quasi nemo sciret.

Después del Codex el uso y estilo de la S. Pen. continúa lo mismo, de tal manera que en los impedimentos matrimoniales caben las dos acepciones de “público, oculto”. Es el mismo Gasparri quien nos lo dice¹⁶: “... apparet hodie duplicem impedimenti publici et occulti haberi acceptionem: novam a Codice inductam, antiquam a S. Poenit. retentam”.

El impedimento consiste en un hecho al que la ley da el carácter o razón formal de impedimento. En otras palabras: el impedimento puede ser mate-

¹³ AAS. 42, 1950, 5.

¹⁴ BENEDICTO XIV: *Instit.*, 87, nn. 44-45.

¹⁵ GASPARRI: *De matrimonio*, II, 260.

¹⁶ GASPARRI, lugar citado (ed. 1932), 210.

rial (de hecho) o formal (de derecho). Cuando “público” se toma como demostrable, el hecho y su razón de impedimento son inseparables: al mismo tiempo que se demuestra aquél, se demuestra éste. Pero si “público” se toma como divulgado, entonces el hecho y su razón de impedimento son separables, dando así lugar a la división de público-oculto en material o formalmente tal. “Materialmente” se refiere al hecho; “formalmente” se refiere al impedimento en cuanto tal. Así, por ejemplo, si es conocido el adulterio con promesa de matrimonio, pero es ignorado su carácter de impedimento, tenemos un impedimento materialmente público y formalmente oculto.

Este supuesto, surge esta pregunta: un impedimento materialmente público y formalmente oculto, para los efectos canónicos ¿es público y oculto? En otros términos: un impedimento es público cuando lo es materialmente, o cuando lo es formalmente, o cuando lo es a la vez material y formalmente? O más brevemente: la división de los impedimentos en públicos y ocultos ¿se aplica también a los impedimentos formales o de derecho, o solamente a los materiales o de hecho? Existía gran discusión entre los canonistas. La misma divergencia de opiniones existía en los dicasterios de la Curia Romana, de tal manera que se llegaron a dar respuestas contrarias: la S. Penit. el 31 de enero de 1876 respondió diciendo que, para que un impedimento fuese oculto, debía ser material y formalmente oculto; la C. Conc. el 29 de enero de 1881 declaró que bastaba que fuese oculto formalmente.

La C. Int. ha dirimido la controversia, declarando el 25 de junio de 1932¹⁷ que, para que un impedimento sea público, basta que sea público el hecho en que se basa el impedimento. Lo cual equivale a decir que, para que un impedimento sea público, basta que lo sea materialmente; que la división de impedimentos en públicos y ocultos afecta solamente a los impedimentos materiales.

El impedimento de hecho o sea el hecho que sirve de base al impedimento formal, puede constar de un solo elemento o de varios. En este segundo caso para que el hecho (y por tanto el impedimento) sea público en cualquiera de las dos acepciones (demostrable o divulgado) se requiere que todos sus elementos sean públicos; si uno de los elementos es oculto, el hecho (y por tanto el impedimento) es oculto. Por ejemplo, si se conoce o puede demostrar el adulterio y la promesa de matrimonio, el hecho es público; si se conoce o puede demostrar sólo una de las dos cosas, es oculto.

A los dos conceptos que tiene en el C. J. C. la palabra “público” como opuesta a oculto, hay que añadir una tercera significación dada por la R. R. a la misma palabra, oponiéndola no a “oculto”, sino a “privado”. Según este tribunal son impedimentos públicos por su naturaleza aquellos que “están instituidos principalmente para el bien común”, para tutelar la pública honestidad y sanidad del matrimonio; privados son los “constituidos principalmente para el bien privado”¹⁸, y son tres taxativamente (tomando la palabra

¹⁷ AAS. 24, 284.

¹⁸ S.R.R.D., vol. 20, dec. 46, n. 4, pág. 404; vol. 28, dec. 8, n. 4, pág. 74.

impedimento en sentido impropio): el error de condición servil, el de fuerza o miedo y el de impotencia oculta. Esta acepción, tomada, según parece, de Wernz-Vidal¹⁹, da a la palabra “público” el significado de “de derecho público”.

En conclusión tres son los significados que puede tener la palabra “público” en el artículo 35, 1, 2.º que comentamos: demostrable, divulgado, de derecho público.

2.º Significación que tiene.

A cada una de las significaciones expuestas corresponde una sentencia que la defiende.

Unos, por ejemplo, Bartocchetti²⁰ defienden que público es igual a divulgado. Apoyan su sentencia en que el Fiscal por su propio cargo debe cohibir y hacer desaparecer el escándalo; ahora bien éste se da, cuando dos pseudo-cónyuges conviven, al mismo tiempo que está divulgada la noticia de un impedimento en virtud del cual aquel matrimonio es nulo.

Otros defienden que público es igual a “de derecho público”. Las razones son: a) la S. R. R. dice: el Fiscal de oficio y espontáneamente puede proceder solamente en aquellos impedimentos que están instituidos principalmente para el bien común²¹; b) el cargo del Fiscal consiste en defender el bien público; ahora bien impedimentos públicos son precisamente (en esta sentencia) aquellos que están constituidos principalmente para el bien público.

Otros autores, v. gr., Cabrerós²² defienden que público es lo mismo que demostrable. Esta sentencia u opinión, que es la más común, se funda en estas razones:

a) La finalidad del juicio es dirimir una controversia (c. 1552, 1), para lo cual se requiere que al lado del derecho controvertido exista el título, es decir, el fundamento o las pruebas correspondientes; ellas constituyen el período probatorio del proceso y han de engendrar la certeza necesaria para dar sentencia (c. 1869). Luego parece lógico que, tratándose de entablar la acción de nulidad, lo que se requiera sean pruebas del impedimento, es decir, que el impedimento sea demostrable. Pero no se requiere una demostrabilidad omnímoda, indiscutible, suficiente para dar sentencia; el apreciar esta suficiencia compete al juez.

b) La significación de divulgado parece estar excluida, porque si bien es cierto que se aplica a los impedimentos, no es menos cierto que se aplica a ellos en orden a la dispensa: el estilo de la S. Penit. no puede sin más ser invocado fuera del campo de este sagrado tribunal del fuero interno.

¹⁹ *Jus matrimoniale*, pág. 169, nota 2 (Romae, 1928).

²⁰ *Processus matrimonialis*, pág. 88; en *Commentarius in judicium ecclesiasticum*, III (Romae, 1950).

²¹ S.R.R.D., vol. 20, dec. 46, n. 4, pág. 405.

²² *Estudios Canónicos* (Madrid, 1956), pág. 717.

c) La significación de impedimento de derecho público empleada por la S. R. R. también parece estar excluida. En efecto en este caso por ser impedimentos “públicos” los de derecho público, los “otros impedimentos”, de que habla seguidamente el artículo, serían los tres de derecho privado (error de condición servil, fuerza o miedo e impotencia oculta). Pero éstos no pueden ser, porque a continuación añade el artículo “quedando a salvo lo que se prescribe en los artículos 38 y 39”, lo cual indica que los “otros impedimentos” son precisa y exactamente aquellos de los que se trata en los artículos 38 y 39. El artículo 38 se refiere a algunos de los defectos de consentimiento. En el § 1 bajo la letra a) recoge los enumerados en el c. 1086, 2; bajo la letra b), los enumerados en el c. 1092, 2.º Pero no habla de impotencia oculta, ni de defectos de consentimiento por error de condición servil, ni de fuerza o miedo. Absolutamente hablando se puede decir que de estos tres impedimentos se trata en el artículo 39, pero entonces no serían éstos solos los de derecho privado: había que añadir los enumerados en el artículo 38, 1, bajo las letras a) y b). Es pues, claro que los impedimentos de los que se trata en los artículos 38 y 39 no coinciden con los tres o al menos solamente con los tres que son de derecho privado, según la R. R.; luego los impedimentos públicos en el artículo 35, 1. 2.º tampoco coinciden con los de derecho público.

Por su naturaleza

1.º Público por su naturaleza.

Esta expresión aplicada a impedimentos aparece solamente en el c. 1971, 1, 2.º, del cual viene a ser una ampliación el artículo 35, 1, 2.º Rechazado en nuestro caso el significado que da la S. R. R. a dicha expresión, parece lógico pensar que si “público” significa demostrable, público “por su naturaleza” significará un aspecto, un grado o clase, una manera especial de demostrabilidad. Este modo especial consiste en una prueba de las que en derecho procesal se llaman públicas. Sólo dos pruebas pueden tener este carácter en nuestro derecho: la testifical y la documental.

Documento público es aquel que ha sido hecho en la forma prescrita por la ley por una persona pública en cuanto tal, es decir, por una persona que tiene un oficio público y testifica de un acto realizado en virtud del mismo. El c. 1813 nos habla de los documentos públicos; en su § 1 enumera los principales documentos públicos eclesiásticos, y en el § 2 se refiere a los documentos públicos civiles.

Testigos públicos son las personas públicas en cuanto tales, esto es las personas que ejercen un oficio público y que testifican de un acto realizado en virtud de su oficio, por ejemplo, el Obispo que testificase del orden sagrado del subdiaconado por él conferido. El testigo público recibe en el C. J. C. la denominación de estigo cualificado (c. 1791, 1) el cual, aunque sea único, hace plena fe.

Pero no se requiere, para entablar la acusación, que la prueba sea completamente cierta, ya que en definitiva es el tribunal el que juzga de la suficiencia de la misma para dictar sentencia.

Esta interpretación, dada a la expresión “por su naturaleza”, está en perfecta armonía con la significación dada a la palabra “públicos”. En efecto, si para que una causa de nulidad pueda llevarse a los tribunales, es necesario que el impedimento sea demostrable (si no con certeza al menos con probabilidad), para que pueda llevarla el Fiscal, será necesario que el impedimento sea demostrable con una prueba pública.

En conclusión impedimentos públicos por su naturaleza son aquellos que de suyo son demostrables con prueba pública, por ejemplo, el de consanguinidad legítima; ocultos por su naturaleza, aquellos que de suyo no son demostrables con prueba pública, por ejemplo, el de crimen, el de consanguinidad ilegítima.

Los documentos públicos hacen fe acerca de aquello que en los mismos directa y principalmente se afirma (c. 1816). Por tanto, por lo que a documentos se refiere, son públicos por su naturaleza aquellos impedimentos que constan directa y principalmente en documento público; no lo son si constan en documento público, pero no directa y principalmente.

Entre los documentos públicos están sin duda las sentencias judiciales (c. 1813, 1, 3.º). Y así un impedimento que de suyo no sea público por su naturaleza, puede pasar a serlo por sentencia, previa la correspondiente proposición y discusión judicial de la causa.

En los cc. 1990-1992 y arts. 226-231 se establece el procedimiento “in casibus exceptis”. La enumeración del c. 1990 es taxativa (c. Int. 6 dic. 1943); se refiere a los impedimentos en sentido propio y solamente enumera siete de los doce dirimientes (prescindimos del parentesco legal).

El término “auténtico” aplicado a documentos no tiene una significación única y uniforme en el Codex ni en los autores. A veces el documento se denomina auténtico por dazón de la forma: documento hecho en la forma prescrita por la ley. A veces por razón del autor: documento cuyo autor es en realidad aquel a quien se atribuye el documento; así se opone a documento apócrifo o de autor ficticio. A veces por razón de la fuerza probatoria: documento que hace fe. Es claro que todo documento público es auténtico, pero no al contrario. Por eso documento público y documento auténtico son dos expresiones que se suelen emplear como sinónimas²³. Así pues parece que el c. 1990 y art. 226 tratan de documentos públicos, si bien sólo de aquellos que no admiten o no pueden ser objeto de contradicción ni excepción alguna.

Y por tanto siempre que haya lugar al proceso “in casibus exceptis”, hay lugar a la acusación pública en dicho proceso, sin que por esto quede excluida la acusación privada. Pero no siempre que haya lugar a la acusación pública (en impedimentos públicos por su naturaleza) hay lugar al procedimiento “in casibus exceptis”, ya que este proceso sólo cabe en los siete impedimentos (en sentido propio) enumerados en el c. 1990, con tal que consten por documento público incapaz de contradicción y de excepción alguna. Quedan por

²³ Cfr. CORONATA: *De processibus* (Taurini-Romae, 1956), n. 1345, pág. 291.

tanto fuera de dicho proceso los mismos siete impedimentos cuando constan no por documentos, o por documentos no públicos, o por documentos públicos capaces de contradicción y excepción. Asimismo no cabe el proceso "in casibus exceptis" en los restantes impedimentos propiamente dichos, ni en ningún impedimento impropriadamente dicho. Y es claro que los impedimentos, en los que no cabe el procedimiento para los casos exceptuados, puede ser públicos por su naturaleza, dando así lugar a la correspondiente acusación pública en la forma ordinaria.

En resumen: hay lugar al procedimiento "in casibus exceptis" solamente en algunos impedimentos públicos por su naturaleza, a saber en los siete enumerados en el c. 1990, y con tal que sean públicos por documentos incapaz de contradicción y excepción alguna; pero no hay lugar al mismo procedimiento en los demás impedimentos, aunque sean públicos por su naturaleza. Por el contrario cualquier impedimento público por su naturaleza da lugar a la acusación pública.

2.º Público de hecho.

Paralela a la noción de impedimento público por su naturaleza es la de impedimento público de hecho, empleada comúnmente por los canonistas y confirmadas por la C. Int. en su respuesta del 28 de diciembre de 1927 por la que declaró²⁴: las palabras "pro casibus occultis" del c. 1045, 3 no hay que entenderlas solamente de impedimentos matrimoniales ocultos por su naturaleza y de hecho, sino también de impedimentos por su naturaleza públicos y de hecho ocultos.

El sentido de la expresión es claro y uniforme entre los autores. No se trata del público-demostrable, sino del público-divulgado, del cual, sin embargo surge la demostrabilidad²⁵. Impedimentos públicos de hecho son impedimentos divulgados de hecho, es decir, a tenor del c. 2197, 1.º en su primera modalidad: "quod jam divulgatum est"; la segunda modalidad: "talibus contigit...", podría llamarse divulgado de derecho o virtual. El impedimento público de hecho puede ser tal en un lugar y oculto en otro, v. gr., el de orden sagrado puede estar divulgado en una diócesis o nación y no en otra; puede ser también público en un tiempo o época determinada y no en otro, por haber desaparecido, por haberse olvidado la noticia del mismo.

Surge ahora la pregunta de si el Fiscal podrá acusar el matrimonio por derecho propio y sin previa denuncia, cuando el impedimento es público no por su naturaleza, pero sí de hecho.

La letra del artículo 35, 1, 2.º parece indicar que en este caso se requiere previa denuncia, porque no se trata de impedimentos públicos por su naturaleza. Sin embargo, la mente del legislador y el espíritu de la ley indican que también en este caso puede el Fiscal acusar el matrimonio por derecho pro-

²⁴ AAS. 20, 61.

²⁵ Cfr. REGATILLO: *Interpretatio et Jurisprudencia C. J. C.* (Santander, 1949), n. 728; CABREROS: *Estudios Canónicos* (Madrid, 1956), pág. 718.

pio. Es ésta la sentencia más común entre los canonistas, que se basa en esta razón:

Sin duda que existe escándalo cuando dos viven como casados, sabiendo todos que el matrimonio fue nulo por existir un impedimento; ahora bien el Fiscal ha de tutelar el bien público removiendo el mal público cual es el escándalo. El artículo 91, 2 identifica el bien público con la remoción del escándalo. Aquel escándalo prácticamente es inevitable sin la intervención del Fiscal por su oficio y sin previa denuncia, ya que ésta nunca llegaría, por lo menos de parte de los cónyuges que viven alegres en su pecado. Aunque llegase la denuncia, siempre tendría que entablar la acusación el Fiscal, porque los cónyuges o son inhábiles (por haber sido causa directa y dolosa del impedimento) o, si son hábiles, se niegan a acusar el matrimonio, para seguir conviviendo.

Así pues, parece que en estos casos puede intervenir el Fiscal por derecho propio; su acusación sería el eco de aquella frase de Juan el Bautista: *non licet tibi habere uxorem fratris tui*.

Hay que hacer notar que la publicidad de hecho en orden a la acusación ha de existir en aquel lugar y en aquel tiempo o época en el que se va a entablar la acusación, ya que la finalidad de ésta es remover el escándalo nacido de aquella divulgación.

III.—LA ACUSACION FISCAL EN LOS DEMAS IMPEDIMENTOS

(art. 35, 1, 2.º con el 38 y 39)

En los impedimentos que no son públicos por su naturaleza (o de hecho según la interpretación anteriormente expuesta) el Fiscal es sujeto de la acción de nulidad, si concurren estas condiciones: previa denuncia e inhabilidad del cónyuge denunciante. Pero el Fiscal, hábil para entablar la acusación, lo ha de hacer a tenor o dentro de los cauces señalados en los artículos 38 y 39.

“Otros impedimentos” son aquellos que no son públicos por su naturaleza. Esto puede ocurrir bien porque no son públicos, sino ocultos, bien porque si son públicos, no lo son por su naturaleza. Es claro, por las razones aducidas al tratar de los impedimentos públicos por su naturaleza, que también aquí la palabra “impedimentos” ha de entenderse también de los impedimentos impropriamente dichos.

La denuncia, de la que aquí se habla, ha de entenderse no cualquiera, sino la denuncia legítima y eficaz, es decir, aquella que ha sido presentada al Ordinario o al Fiscal del tribunal competente para juzgar la causa de nulidad del matrimonio denunciado y que además debe ser atendida a tenor del artículo 41, 1-3. Por regla general, como ya queda dicho, la denuncia no es eficaz por sí sola; debe ir completada por lo que el art. 41, 1 y 2 llama interrogación e investigación, y la S. R. denomina inquisición (como en el juicio

criminal). La denuncia e inquisición constituyen la fase prejudicial. Hecha ésta el Ordinario determinará bien la convalidación del matrimonio, bien la separación de los cónyuges, bien que se entable la acción de nulidad; tan sólo en este último caso puede el Fiscal proceder a la acusación²⁶. El recurso contra la decisión del Ordinario en orden a la acusación fiscal (mandándola o prohibiéndola) ha de proponerse ante la S. Congr. competente, que generalmente será la de Sacram.²⁷.

La inhabilidad del cónyuge se requiere cuando es éste solo quien hace la denuncia de su matrimonio. Si la hiciesen ambos u otro distinto de ambos cónyuges, entonces no es suficiente la inhabilidad del cónyuge (en singular): se requiere la inhabilidad de los cónyuges (en plural) a tenor del artículo 41, 2.

El contenido del artículo 38 es muy valioso para la interpretación del artículo 35, 1, 2.º De él se deduce con toda claridad que no se puede aplicar al artículo 35 la significación dada por la R. R. a la expresión impedimentos "públicos por su naturaleza", ya que entonces los "otros impedimentos" serían los tres de derecho privado taxativamente enumerados por aquel Tribunal; y esto es falso, pues esos otros impedimentos son (junto con los comprendidos en el artículo 39) los enumerados en el artículo 38: el consentimiento simulado y el consentimiento condicionado contra la sustancia del matrimonio. También se deduce del artículo 38 que la palabra "impedimentos" del artículo 35 ha de entenderse no sólo de los impedimentos en sentido propio, sino también en sentido impropio, puesto que conviene o designa también a los enumerados en el artículo 38, y éstos sólo son impedimentos en sentido impropio.

La carencia del derecho o inhabilidad del cónyuge denunciante, de la que habla el artículo 35, 1, 2.º, es la que proviene de haber sido causa del impedimento a tenor del n. 1 del mismo párrafo y a tenor del artículo 37. Si se tratase de la inhabilidad procedente de ser acatólico (art. 35, 3), entonces esta inhabilidad (con la previa denuncia) no sería suficiente por sí sola para la acusación pública; según la respuesta del S. O. 22 de marzo de 1939²⁸ se requerirá o permiso del S. O., o que el bien público requiera la acusación a juicio del Ordinario.

La última expresión del artículo 35, 1, 2.º "salvo tamen praescripto art. 38 et 39", por ser ablativo absoluto, pudiera dar lugar a duda sobre si contiene o no un requisito esencial para la habilidad del Fiscal. Pero la duda se desvanece al considerar el contexto: el artículo 38, 1 dice "ne accuset", y el artículo 39, "accusationem ne instituat". De donde claramente se deduce que no se trata de un requisito esencial para que el Fiscal sea hábil, sino de unas normas que regulan el ejercicio de la acusación. De la previa denuncia hemos tratado en el capítulo II. De la inhabilidad del cónyuge por ser acatólico hemos tratado, si bien de paso, al hablar de la figura jurídica del Fiscal; en

²⁶ 20 de junio de 1936; S.R.R. Dec., vol. 28, pág. 399.

²⁷ Cfr. C.Int., 8 de julio de 1940; AAS., 1940, 317.

²⁸ AAS., 31, 131.

efecto la inhabilidad procesal del acatólico no es exclusiva de las causas matrimoniales, sino general. Réstanos pues hacer algunas indicaciones acerca de la inhabilidad del cónyuge por ser causa del impedimento, y acerca de los límites de la acusación pública (en los impedimentos no públicos por su naturaleza).

Inhabilidad de los cónyuges por ser causa del impedimento (art. 35, I, 1.º y 37, 1-3).

El artículo 37 no hace otra cosa que reproducir sustancialmente varias respuestas anteriormente emanadas de la C. Int. El § 1 recoge la respuesta II del 17 de julio de 1933²⁹; el § 2, la respuesta III de la misma fecha; el § 3, la respuesta I de la misma fecha; el § 4, la respuesta del 17 de febrero de 1930³⁰. El artículo 37, 1-3 es no solamente una explicación del c. 1971, I, 1.º en su segunda parte (nisi ipsi fuerint impedimenti causa), sino también un complemento y ulterior desarrollo del mismo. Y así mientras el c. 1971, I, 1.º habla simplemente de causa del impedimento, el artículo 37, I habla de causa culpable del impedimento o de la nulidad.

1.º Impedimento. Nulidad.

Sin duda que la palabra "impedimento" ha de comprender también los impedimentos impropriamente dichos. Por la estrecha relación del artículo 37, I con el c. 1971, I, 1.º auténticamente interpretado en este sentido por la C. Int. el 12 de marzo de 1929. Y porque al pie del artículo 37 se cita la misma respuesta de la C. Int. 12 de marzo de 1929, lo cual sería totalmente inútil de no tener aplicación en el artículo 37 la misma respuesta.

Los impedimentos (dirimientes) propiamente dichos son: edad (c. 1067), impotencia (c. 1068), ligamen (c. 1069), disparidad de cultos (c. 1070), orden sagrado (c. 1072), voto solemne (c. 1073), raptó (c. 1074), crimen (c. 1075), consanguinidad (c. 1076), afinidad (c. 1077), pública honestidad (c. 1078), parentesco espiritual (c. 1079) y parentesco legal (c. 1080). Los impedimentos (dirimientes) impropriamente dichos, por parte del consentimiento son: ignorancia (c. 1082), error (c. 1083), ficción y reserva (c. 1086), fuerza y miedo (cc. 1088 y 1089), condición (c. 1092). El impedimento (dirimiente) impropriamente dicho por parte de la forma es la falta de válida presencia del párroco, o del Ordinario de lugar, o de un delegado, y de los testigos (cc. 1094-1096); o simplemente la falta de dos testigos (c. 1098). También aquí se trata de impedimento material o de hecho, ya que solamente éste es o puede ser causado por los cónyuges; el impedimento formal (el derecho que confiere a un hecho la naturaleza de impedimento) es causado solamente por el legislador. Y se trata (como veremos) de un impedimento que objetivamente es gravemente ilícito o pecaminoso.

²⁹ AAS., 25, 345.

³⁰ AAS., 22, 196.

Nulidad del matrimonio es su inexistencia real con apariencia de existencia. Una cosa es el matrimonio nulo y otra el inexistente. Así el impedimento de pública honestidad nace del matrimonio inválido (c. 1078), pero no del matrimonio llamado civil (C. Int. 12 marzo 1929). Aunque el matrimonio anterior haya sido nulo, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad del primero (c. 1069, 2); mas, si alguien que estaba ciertamente obligado a observar la forma canónica de celebración del matrimonio, contrajo solamente matrimonio civil o celebró el matrimonio ante un ministro acatólico, no se requieren trámites judiciales a efectos de comprobar el estado libre de los mismos: sino que estos casos ha de resolverlos el Ordinario mismo o el párroco, consultando al Ordinario, en la investigación que precede a la celebración del matrimonio, de que tratan los cc. 1019 y siguientes (art. 231, 1). Mientras el citado c. 1069, 2 se refiere al matrimonio nulo, el artículo 231, 1 trata del matrimonio inexistente.

La nulidad se produce cuando el matrimonio es celebrado con un impedimento dirimente. Evidentemente la celebración del matrimonio no puede tener lugar más que entre dos personas (de distinto sexo); por lo que la celebración es siempre una mutua cooperación física, una mutua participación entre ambos contrayentes.

No faltaron autores³¹ que interpretaron en sentido copulativo (sensu composito, que dirían los filósofos) las partículas "sive, sive" (sive impedimenti sive nullitatis). Pero no cabe duda que han de ser interpretadas en sentido disyuntivo (sensu diviso), por estas razones: a) La misma construcción gramatical y el sentido obvio así lo piden; b) El impedimento ya consta expresamente en el c. 1971, 1, 1.º; luego la pregunta formulada a la C. Int. y la respuesta de esta recogida en el artículo 37, 1, intentan expresar algo más; c) La pregunta, y consiguientemente la respuesta de la C. Int., emplea la palabra "etiam", con la que claramente indica que se trata de algo sobreañadido al c. 1971, 1, 1.º, algo que está más allá de dicho c.; d) La "ratio legis" es tutelar el matrimonio, evitar los matrimonios nulos; esta razón vale tanto para los impedimentos como para la nulidad; e) La C. Int. el 12 de marzo de 1929, sin duda para proteger más el matrimonio, dio a la palabra "impedimento" en el c. 1971, 1, 1.º una interpretación amplia. La misma razón aconseja parecida interpretación de las palabras "sive impedimenti sive nullitatis" del artículo 37, 1, el cual por otra parte es (como queda indicado) una explicación y complemento del mismo c. 1971, 1, 1.º, al que se refiere aquella respuesta; f) La cuestión debatida entre los canonistas era si también sería inhábil el cónyuge que fue causa de la nulidad y no del impedimento. No otra fue la pregunta formulada a la C. Int.; g) La misma C. Int. el 27 de julio de 1942³² repite la misma expresión "sive impedimenti sive nullitatis", añadiendo que la causa (del impedimento o de la nulidad) debe ser directa y dolosa.

³¹ Así p. ej., ROBERTI, en *Apollinaris*, 1933, pág. 442.

³² AAS., 34, 241.

2.º Causa culpable.

Pueden ser causa del impedimento o de la nulidad o bien los cónyuges (uno o ambos), o bien otras personas, o bien los cónyuges y otras personas al mismo tiempo. La causa puede ser ya singular, esto es aislada o sola, ya en cooperación con otra.

El artículo 37, 1 se refiere solamente a los cónyuges, tanto si son ellos solos la causa del impedimento, como si lo son juntamente con otras personas. En efecto solamente los cónyuges (y el Fiscal) gozan de personalidad para acusar el matrimonio; y por eso solamente a ellos se les puede prohibir el ejercicio de esa misma personalidad. Y se refiere a los cónyuges que son causa del impedimento o de la nulidad, tanto si lo es uno de ellos aisladamente, como si lo son ambos en cooperación. Así lo pide el derecho natural. Lo confirma el c. 2211, el cual, si bien trata de la cooperación en el delito, contiene un principio general de valor universal. Y no es otra la jurisprudencia de la S. R. R., que rechaza la demanda presentada por el cónyuge cooperante, por considerar inhábil a tal cónyuge. Así será causa del impedimento el varón que induzca a un tercero a inferir miedo grave e injusto a una mujer en orden al matrimonio con aquél; la mujer que, sabedora de que el varón excluye una propiedad esencial del matrimonio, contrae con él.

Las palabras "culpa, culpabilidad" tienen dos acepciones o significados: moral el uno y jurídico el otro.

Culpa en sentido moral es lo mismo que pecado, sobre todo actual, es decir, acto humano moralmente malo, disconforme con la norma de moralidad. Así pues la culpa grave o leve se identificará con el pecado grave o leve respectivamente.

Culpa en sentido jurídico o culpa jurídica es la omisión de la debida diligencia ya en conocer la ley, ya en preveer o en precaver la violación de la ley (cc. 2219; 2202, 1; 2203, 1). La culpa jurídica se opone al dolo (c. 2199), que es la intención deliberada de quebrantar la ley (c. 2200, 1). Puede ser lata o grave, leve, levisima; según que se haya omitido la diligencia que suelen emplear comúnmente los hombres, o la que suelen emplear los más prudentes, o la que suelen emplear solamente alguno que otro extraordinariamente prudentes.

¿Qué relación guarda el dolo y la culpa (jurídica) con el voluntario directo e indirecto de los que se habla en la Teología moral? *Animadvertere jubat, dice Michiels*³³, *principium in c. 2199 statutum substantialiter idem esse, terminis juridicis expressum et exigentis imputabilitatis juridicae criminalis in foro externo adaptatum, ac principium in philosophia ethica et theologia morali enuntiarum solitum de voluntario directo seu in se et de voluntario indirecto seu in causa; "dolus" enim, substantialiter convertitur cum hoc quod moralistae vocant voluntarium directum, in se; "culpa" vero, cum hoc quod a moralistis vocatur voluntarium indirectum, in causa. Pero nótese bien que tanto el dolo como la culpa (jurídica), para que den lugar al delito canónico,*

³³ *De delictis* (Parisiis-Tornaci-Romae-Neo Eboraci, 1961), pág. 108.

deben ser gravemente culpables con culpa moral, es decir gravemente pecaminosos (cc. 2195, 1 y 2218, 2). En pocas palabras: en el Codex el dolo y la culpa son un acto (u omisión) voluntario gravemente pecaminoso; el dolo y la culpa jurídica son como especies o clases de culpa moral grave.

En el artículo 37, 1 se trata de la culpabilidad moral, no de la culpabilidad jurídica. Así lo demuestran estas razones: a) Según la C. Int. 27 de julio de 1942, es inhábil solamente el cónyuge que fue causa directa y dolosa del impedimento o de la nulidad, no el cónyuge que fue causa no dolosa o no directa. Sería un contrasentido requerir al mismo tiempo en una misma persona la causalidad dolosa y la culposa (culpa jurídica), pues que el dolo y la culpa se excluyen mutuamente. Por otra parte, si se requiere la causalidad dolosa, no será suficiente la culposa. b) El § 2 habla de la causa honesta y lícita; luego parece obvio concluir que el § 1 trata de la causa inhonesta e ilícita, es decir, pecaminosa o moralmente culpable. c) La "ratio legis" está enunciada en aquel principio: "fraus sua el dolus nemini patrocinari debent", es decir, que nadie debe reportar utilidad o ventaja de su acción moralmente mala. Luego de esta acción se trata. d) La jurisprudencia de la S. R. R. requiere pecado y pecado grave, para que el cónyuge sea excluido de ejercer la acusación por inhábil.

Y así pasamos a indicar que la culpabilidad moral debe ser grave, pues la culpa moral leve en derecho apenas se atiende, y sería injusto constituir inhábil al cónyuge por una culpa leve.

Debe ser grave el impedimento y grave la acción (u omisión) por la que es causado o producido el impedimento. A su vez esta acción debe ser grave tanto externa u objetivamente como interna o subjetivamente.

En efecto hay impedimentos de suyo lícitos, v. gr., el de edad, orden sagrado, ligamen, condición lícita. Hay otros gravemente ilícitos, por ejemplo, el raptó, crimen, pública honestidad, fuerza y miedo, simulación. Solamente de los segundos puede nacer inhabilidad por ser el cónyuge causa del impedimento. De los primeros de suyo no surge inhabilidad, si bien puede surgir de ser causa de la nulidad, o sea de celebrar el matrimonio con alguno de esos impedimentos.

La acción o acto, por el que es producido el impedimento, debe ser grave externa u objetivamente. Y así cuando tratándose de impedimentos dirimentes de derecho eclesiástico de suyo moralmente graves, la imposibilidad o daño proporcionalmente grave excusen de los mismos al menos en cuanto impedientes (todo impedimento dirimente es a la vez impediente), entonces no puede surgir inhabilidad por haber sido causa culpable del impedimento.

Y así, por lo que a la simulación se refiere, la S. R. R.³⁴ dice: Concordant demum auctores cum jurisprudencia in admittendo licitum esse conjugii ex gravi metu consensum simulare, nam per hoc, cum evanescat contractus, non pervenitur ad ministrandam materiam et formam sacramenti. Y Lazzarato

³⁴ S.R.R.D., vol. 37, dec. 42, n. 17 ss., págs. 394 ss.

escribe³⁵: *Juxta communem sententiam non peccat saltem graviter qui metu gravi coactus matrimonium inire simulat. Ratio est: quia cum desit voluntarius consensus juxta sententiam nunc certam, quae tenet sponso esse hujus sacramenti ministros, deest materia et forma et proinde non est proprie dicta simulatio sacramenti sed tantum simulatio contractus; aliunde error sufficienter adverti potest ex circumstantiis et sic deceptio necessario non adesset.* La misma R. R. en la sentencia del 18 septiembre 1937 coram Wynen, declaró hábil al varón que había simulado el consentimiento, pues que habiendo deflorado a la mujer, ésta amenazaba con el suicidio, si no se celebraba el matrimonio; y en la sentencia del 16 de junio de 1945 coram Canestri hizo otro tanto en el varón que había simulado el consentimiento por miedo grave de perder su graduación en el ejército³⁶.

La acción, por la que se causa el impedimento, debe ser grave internamente, de forma que en conciencia y ante Dios constituya un verdadero pecado grave. Pero justa y razonablemente se presume la conformidad o adecuación entre la malicia moral externa y la interna: dada la violación o pecado grave externamente, internamente se presume otro tanto. Ciertamente que no estamos en materia penal, pero sin duda hay lugar a la aplicación del c. 2200, 2; y la jurisprudencia de la R. R. así lo confirma³⁷.

Se requieren ambas cosas a la vez: el impedimento gravemente pecaminoso y la acción gravemente pecaminosa por la que fue producido el impedimento. Así es hábil el cónyuge que ilícitamente, esto es sin grave causa o sin permiso del Ordinario, puso una condición lícita al consentimiento matrimonial; porque el impedimento fue lícito, si bien el acto de ponerlo fue pecaminoso.

La acción internamente grave consiste en el pleno conocimiento y plena volición (voluntariedad, intención) del impedimento material; sin ese conocimiento e intención no puede haber grave culpabilidad interna. Así sin pleno conocimiento o sin plena volición del adulterio o de la promesa del matrimonio, en el fuero interno no existe el adulterio o la promesa graves. Pero ¿se requiere también el conocimiento y la intención, o al menos el conocimiento del impedimento formal? Es decir, ¿se requiere el conocimiento de que tal hecho (v. gr., el adulterio con promesa de matrimonio) hace nulo el matrimonio; o se requiere la intención de esa misma nulidad? La R. R.³⁸ enumera detalladamente las cuatro opiniones de los autores: la primera requiere la intención de la nulidad; la segunda enseña que es suficiente la ciencia o conocimiento de la nulidad; la tercera sostiene que basta la participación voluntaria y consciente en el solo hecho de la nulidad; la cuarta da como suficiente el haber puesto la causa de la nulidad (el impedimento material) con culpa moral grave y directamente voluntaria, aunque se ignore la nulidad.

³⁵ *Azione matrimoniale e azione ex officio*; en *Rassegna di Morale e diritto*, a. 1938, págs. 277 ss.

³⁶ Cfr. TORRE: *Processus matrimonialis* (Neapoli, 1956), pág. 97.

³⁷ Véase p. ej. vol. 36, dec. 32, n. 6, pág. 355; vol. 37, dec. 42, n. 20, págs. 395 ss.

³⁸ S.R.R.D., vol. 36, dec. 32, n. 3, pág. 351.

Los defensores de la primera y segunda opinión se basan en el c. 19, ya por considerar la inhabilidad como pena, ya por considerarla como sanción civil coartadora del libre ejercicio de los derechos.

Parece claro que la inhabilidad para acusar el matrimonio no es pena propiamente dicha, porque, según la respuesta de la C. Int. 7 de enero de 1946, tal inhabilidad queda reducida a una mera prohibición, mientras que la inhabilidad penal (cc. 2291, 9.º y 2296) es verdadera incapacidad de la persona para los actos y efectos jurídicos correspondientes. Es sanción civil establecida a fin de que del pecado no surja utilidad. Coarta el libre ejercicio de los derechos, pues el derecho de acusar el matrimonio compete a los cónyuges por derecho natural. Pero no obstante no se requiere ni el conocimiento ni la intención del impedimento formal ni de la nulidad. He aquí las razones: a) El impedimento tanto impediendo como dirimente sujeto se contrae sin tal conocimiento e intención (cc. 16, 1 y 988). Y la ignorancia de la pena, o sea, de la ley en cuanto penal, no se requiere para la existencia del delito (c. 2202, 2). b) La razón de la ley, ya varias veces indicada, se verifica cuando se ha pecado gravemente produciendo un impedimento (material) gravemente pecaminoso, tanto si se conoce como si se ignora el impedimento formal. c) La jurisprudencia de la S. R. R. es clara y uniforme. Así en el decreto del 19 de mayo de 1938 coram Heard en una causa romana³⁹; en el decreto del 15 de enero de 1944 coram Heard⁴⁰. En el vol. 36, dec. 32, n. 6, p. 355 leemos: Non requiritur tamen notitia effectus irritantis seu nullitatis contractus connexi delicto, multoque minus consequentis poenae inhabilitatis ad accusandum postea matrimonium, nam ex can. 16, 1... atque ex can. 2229, 1, 1.º... Esta última cita de la R. R. así como otras que pudiéramos traer a colación llaman pena a la inhabilidad de los cónyuges para acusar el matrimonio. Ello puede interpretarse de pena impropriadamente dicha; o acaso mejor se puede explicar teniendo en cuenta que fue posteriormente, a saber el 7 de enero de 1946, cuando la C. Int. dibujó auténticamente el concepto de inhabilidad de los cónyuges, en forma por cierto contraria a lo que comúnmente pensaban los canonistas.

Según la respuesta de la C. Int. 27 de julio de 1942⁴¹ es inhábil para acusar el matrimonio el cónyuge que fue causa directa y dolosa bien del impedimento bien de la nulidad del matrimonio; pero no el cónyuge que fue causa indirecta y no dolosa. Causa "directa" tiene en la jurisprudencia de la S. R. R. un sentido claro y uniforme. Así en el citado decreto del 15 de enero de 1944 coram Heard⁴²; y en el decreto coram Felici del 30 de mayo de 1949⁴³. En el vol. 36, dec. 32, n. 4, p. 353 encontramos estas palabras: Quid per causam directam venit? Nomen opponitur causae indirectae, et distinctio respondet voluntario in se ac voluntario in alio seu in causa. Pri-

³⁹ Cfr. TORRE: *Processus matrimonialis*, pág. 96 hacia el medio.

⁴⁰ Cfr. TORRE, lugar citado, pág. 189 hacia el fin.

⁴¹ AAS., 34, 241.

⁴² Cfr. TORRE, lugar citado, pág. 189 hacia el medio.

⁴³ Cfr. TORRE, lugar citado, pág. 192 hacia el medio.

mum illud est, quod in seipso intenditur et est immediatum objectum intentum a voluntate, alterum vero est illud, quod non intenditur immediate et ratione sui, sed potius repellitur et solummodo admittitur, quia est inseparabiliter conjunctum cum aliquo alio, quod efficaciter appetitur. Siendo pues indudable la interpretación y habiendo más arriba demostrado que no se requiere conocimiento ni intención del impedimento formal ni de la nulidad, resulta extraño que algún autor, como, por ejemplo, Regatillo⁴⁴ interprete "directa" como dirigida al impedimento formal o a la nulidad, con conocimiento e intención del impedimento formal o de la nulidad.

La causa "dolosa" ha de entenderse a tenor del c. 2200, si bien hablando con precisión, no estamos en materia penal. Así pues no es suficiente la culpa jurídica, la omisión de la debida diligencia, aunque esta culpa jurídica sea también culpa moral grave, esto es, aunque sea gravemente pecaminosa. Se requiere la voluntad deliberada de quebrantar la ley, esto es en nuestro caso, de poner el hecho que es impedimento material. Pero dada la culpabilidad, ésta se presume dolosa (cfr. c. 2200, 2). En este punto es abundante y clara la jurisprudencia de la S. R. R.⁴⁵ y ninguna diversidad de opiniones existe entre los autores.

Cabe ahora preguntarse qué relación habrá entre la causa directa y la causa dolosa: si los dos términos serán sinónimos y por tanto los correspondientes conceptos idénticos. En otras palabras: cabe preguntarse si la partícula "et" (directa et dolosa) será copulativa o explicativa.

No faltan autores⁴⁶ que defienden la distinción real entre ambos conceptos. Dicen en efecto que generalmente la causa directa será dolosa, pero que puede no serlo, como, por ejemplo, en el caso de una joven que por miedo grave e injusto simula el consentimiento. Pero adviértase que en el ejemplo aducido, así como en todos los demás que pudieran aducirse, la causa no es culpable, y por tanto estamos fuera de la cuestión, ya que ésta versa sobre si la causa culpable directa será siempre (causa culpable) dolosa. Además los penalistas comúnmente sostienen (y más arriba hemos transcrito las palabras de Michiels) que dolo en la materia jurídica criminal equivale al voluntario directo. Siendo pues la causa directa igual al voluntario directo, y la causa dolosa igual al mismo voluntario directo, la causa directa y la causa dolosa se identificarán entre sí; ambos términos son sinónimos, y es explicativa la partícula "et" que media entre ambos.

En el caso de cooperación entre ambos cónyuges, para que uno y otro sean inhábiles, se requiere que uno y otro, tanto el que es causa (cónyuge causante) como el que coopera (cónyuge cooperante), sean causa culpable directa y dolosa. Según los moralistas⁴⁷ la cooperación es lícita cuando es solamente material y hay causa proporcionadamente grave para ella. Coope-

⁴⁴ Sal Terrae, a. 1945, pág. 108.

⁴⁵ Cfr. HOLBÖCK: *Tractatus de Jurisprudencia...*, pág. 365.

⁴⁶ Cfr., v. gr., REGATILLO, Sal Terrae, a. 1945, págs. 108 ss.; MANUEL GONZÁLEZ RUIZ, R.E.D.C., a. 1947, págs. 627 ss.

⁴⁷ Cfr. H. NOLDIN: *De praeceptis* (Barcelona, 1951), págs. 117 ss., n. 117 ss.

ración material es aquella que se presta en la acción externa o en el elemento externo de la acción; formal es aquella que se presta en el elemento interno de la acción, es decir, en la voluntariedad. La cooperación formal lleva consigo el voluntario directo, la material el indirecto. Así bien puede ocurrir que en el cónyuge cooperante no haya culpabilidad grave, o que habiendo culpabilidad grave, ésta no sea directa y dolosa, sino indirecta y culposa.

No hay culpabilidad grave cuando (como acabamos de decir) la cooperación es puramente material y hay causa proporcionadamente grave para ella; así en el ejemplo del cónyuge que por miedo grave e injusto inferido por el otro cónyuge, simula el consentimiento. Hay culpabilidad, pero indirecta, cuando siendo material la cooperación, no hay causa proporcionadamente grave que la justifique; más téngase presente el principio de que, dada la culpabilidad, ésta se presume directa y dolosa. Así la S. R. R. en el vol. 35, dec. 24, n. 2, p. 229 dice: *Qui solam scientiam habet perversae voluntatis alterius partis simulandi consensum, qui tamen eidem nullam adhaesionem praestet, etsi graviter peccare valeat concursu in alterius crimen absque proportionata causa illud permittendi, nullimode tamen incidit in delictum consideratum in canone vitiiati matrimonii, sed nec in poenam inhabilitatis illud accusandi, quia directe cum perverso sponso non intendit contractum sacrum foedari. Y en el decreto ya citado coram Felici 30 de mayo de 1949⁴⁸ hallamos estas palabras: Unde causa dolosa impedimenti vel nullitatis matrimonii dici nequit... c) qui ex gravi et proportionata causa... sinat aliam partem invalide consensum suum praestare, dummodo, ut patet, ipsa consensum rite praestet et omnia antea conata sit ut matrimonii nullitas arceatur.*

El § 2 del art. 37, que comentamos, habla del impedimento, pero es claro que lo mismo habrá de decirse de la nulidad. Así que es hábil para acusar el matrimonio el que puso una causa honesta y lícita del impedimento o de la nulidad; v. gr., la mujer que, por presunta muerte del marido legítimamente declarada, pasa de buena fe a nuevas nuncias, siendo así que en realidad el marido no ha muerto; el que contrajo matrimonio bajo condición honesta de pretérito o de presente no cumplidas. Es hábil para acusar el matrimonio el cónyuge que padeció el miedo o la coacción (§ 3). Es hábil por parte del impedimento, es decir, por no haber sido causa o autor, sino sujeto pasivo del miedo; en este sentido el § 3 no es sino una aplicación de los §§ 1 y 2.

Pero dicho cónyuge, al celebrar el matrimonio con ese consentimiento viciado por el miedo o coacción, coopera en la nulidad, es causa cooperante en la nulidad. Por este capítulo o motivo ¿será también hábil? Sí que lo es, pues que sin duda la cooperación es material solamente y además el mismo miedo o coacción es causa proporcionadamente grave para justificar la misma cooperación. Por otra parte el § 3 no distingue. Y la equidad natural así lo pide, pues que "afflictio afflictio non est addenda": al que ha recibido una grave injuria en su libertad de obrar, no por eso se le ha de denegar la habilidad para acusar el matrimonio.

⁴⁸ Cfr. TORRE, lugar citado, pág. 194 hacia el medio.

Aún más: el cónyuge, que padeció el miedo o la coacción, es hábil para acusar el matrimonio, aunque en virtud del mismo miedo o coacción simulase el consentimiento. Porque, si bien es cierto que entonces fue causa de la simulación, no es menos cierto que fue causa no gravemente culpable, como sostiene la común sentencia entre los autores y la uniforme jurisprudencia de la S. R. R.

De paso hemos ya apuntado que la razón de ser del artículo 37 es aquel principio: *fraus sua nemini sit lucrosa, fraus sua et dolus nemini patrocinari debent*. De la transgresión de la ley no puede surgir ningún derecho ni sustantivo ni procesal; lo sumo que se puede conceder al transgresor es no castigarle, pero nunca premiarle. Este principio es de derecho natural, porque si el alabar una acción moralmente mala es inducción a ella, mucho más el premiarla por ley. Esto sería una poderosa forma de inducción dirigida no sólo a los autores de la acción moralmente mala, sino también a todos cuantos tuvieren noticia de ello. Y de esta forma se llegaría a un daño incluso a escala social. La ley quedaría convertida en protectora de su propia transgresión. Y es precisamente en las causas matrimoniales donde más fácilmente puede resultar útil la lesión de la ley, como lo demuestra la práctica, que viene a hacer que la procedura matrimonial sea inversa o contraria a la procedura ordinaria. En efecto son los mismos cónyuges culpables los que acuden al tribunal; son ellos mismos los que ponen sumo interés en probar el impedimento, sobre todo el defecto de consentimiento del cual han sido causa culpable.

Varios son los posibles remedios a tan gran mal, sustantivos unos y procesales otros. Así, por ejemplo, Bartocchetti ⁴⁹ enumera los siguientes: dar por inexistentes los defectos de consentimiento, mientras que en el mismo acto de la celebración del matrimonio no se hagan constar o aparezcan por escrito; castigar con excomunión a los cónyuges por el mero hecho de ser causa culpable directa y dolosa; hacerlos incapaces de nuevas nupcias (a no ser que obtengan dispensa pontificia) desde el momento en que se haya declarado la nulidad del matrimonio. Pero el legislador escogió ese remedio procesal llamado inhabilidad en el Codex y en la Inst., teniendo en cuenta que, según la C. Int., dicha inhabilidad es mera prohibición de ejercer la personalidad procesal. Así que el legislador se contentó con lo menos, con el remedio más suave, menos oneroso para los cónyuges. Lo cual no impide que, si las circunstancias y el bien común lo exigen, el mismo legislador imponga otro remedio más severo.

Pudiera parecer que el actual remedio es peor que la enfermedad; que reporta incluso mayor utilidad que la que reportaría el mal moral del que intenta ser remedio; ya que la inhabilidad del cónyuge da lugar a la acusación pública. Ya en otro lugar de este mismo capítulo hemos respondido a esta posible objeción. Entre la inhabilidad del cónyuge y la acusación pública no

⁴⁹ *De jure et officio Promotoris justitiae accusandi matrimonium*; en Apollinaris, a 1937, pág. 576.

hay relación causal, sino ocasional o condicional. La única causa o motivo de la acusación pública no es otro que el bien público, el cual entra en juego cuando se verifican los requisitos enumerados en los artículos 38 y 39. Siendo tan estrecha la relación entre la acusación privada y la pública, se comprende que, tratándose de impedimentos no públicos por su naturaleza, no pueda tener lugar la acusación pública cuando pueda tener lugar la privada.

Límites de la acusación pública (arts. 38 y 39)

1.º En el consentimiento simulado o condicionado de futuro contra la sustancia del matrimonio (art. 38).

El artículo 38 comprende algunos, no todos los defectos del consentimiento matrimonial. Bajo la letra a) del § 1 se contiene el defecto de consentimiento del que trata el c. 1086, 2, es decir, el consentimiento simulado. En la letra b) está comprendido el consentimiento condicionado; pero no todo consentimiento condicionado, sino solamente aquel del que trata el c. 1092, 2.º, es decir, el consentimiento prestado bajo condición de futuro contra la sustancia del matrimonio. Todos los defectos de consentimiento de los que trata el artículo 38, así como todos los demás defectos sustanciales de consentimiento y todos los defectos sustanciales de forma, son impedimentos en sentido impropio.

Supone el legislador que los defectos de consentimiento de los que trata en el artículo 38 son impedimentos no públicos por su naturaleza, ya que en el artículo 35, 1, 2.º los ha contrapuesto a los públicos por su naturaleza. Pero absolutamente hablando, también los defectos de consentimiento enumerados en el artículo 38 pueden ser públicos por su naturaleza; a saber, cuando habiendo sido objeto de un proceso (judicial o administrativo), constan por el correspondiente documento procesal público. Entonces evidentemente se ha de aplicar no el art. 38 y el 35, 1, 2.º en su segunda parte, sino el mismo 35, 1, 2.º en su primera parte.

Todos los defectos de consentimiento no enumerados en el artículo 38 y todos los demás impedimentos no públicos por su naturaleza, se rigen no por el artículo 38, sino por el 39. Ambos artículos son bien parecidos entre sí, pero no idénticos. Así pues ¿por qué esta separación, esta escisión entre los impedimentos no públicos por su naturaleza, poniendo en un grupo (art. 38) determinados defectos de consentimiento, y en otro (art. 39) todos los restantes impedimentos no públicos por su naturaleza, incluso los defectos de consentimiento no puestos en el primer grupo?

Porque los defectos de consentimiento recogidos en el artículo 38 ofrecen estas características: a) Su extraordinaria importancia práctica, ya que son sin duda los más frecuentes en la realidad. Bastaría ojear los libelos introductorios de las causas matrimoniales de nulidad para convencerse de ello. b) Su naturaleza. Versan sobre la misma esencia o sobre las propiedades esenciales del matrimonio y al mismo tiempo pertenecen al mundo interno, al sagrado recinto de la voluntad. Por eso, por una parte, en la mayoría de los

casos no existen pruebas sólidas, sino una línea borrosa de indicios y conjeturas. Por otra, en cuanto a su pervivencia están bajo la voluntad y potestad de quien los causó: el cónyuge causante puede hacer desaparecer el impedimento prestando válidamente el consentimiento.

Nótese además que la simulación del consentimiento (art. 38, 1, a); c. 1086, 2) puede a veces ser lícita, como se dijo al comentar el artículo 37 en el apartado precedente; en cuyo caso no podría el Fiscal acusar el matrimonio cuando éste sea denunciado por el cónyuge causante o por un tercero, ya que es hábil el cónyuge causante de la simulación, y por tanto falla la segunda condición requerida en el artículo 35, 1, 2.º para que el Fiscal sea hábil en orden a la acusación en los impedimentos no públicos por su naturaleza. Huelga decir que, cuando la simulación es lícita, no cabe hablar acerca de ella de las señales de arrepentimiento consignadas en el § 2 del artículo que comentamos.

Este artículo 38 en su § 1 establece como principio general, como regla, la no acusación pública. Tal regla sufre en el § 2 las oportunas excepciones. Físicamente siempre será posible prestar debidamente nuevo consentimiento, porque, como acabamos de indicar, los defectos de consentimiento recogidos en el artículo 38, por ser esencialmente internos, están plenamente bajo la voluntad y potestad de quien los causó. Pero bien puede ocurrir que moralmente sea imposible, es decir, haya gran dificultad en renovar el consentimiento, por surgir graves daños o inconvenientes de tal renovación y de la consiguiente convalidación del matrimonio; v. gr., por haberse producido graves e irreconciliables desavenencias entre los cónyuges.

El § 2, por ser excepción del § 1, deberá de suyo ser interpretado estrictamente (c. 19). Enumera cuatro circunstancias o requisitos, los cuales todos juntos hacen que la acusación sea necesaria para el bien público, y que por consiguiente compete al Fiscal el derecho y la obligación de entablarla. Son éstos: a) la nulidad del matrimonio es pública; b) existe realmente escándalo; c) el denunciante (cónyuge) ha dado verdaderas señales de arrepentimiento a juicio del Ordinario; d) hay argumentos que hacen la nulidad completamente probable, es decir, que engendran completa probabilidad. Los tres primeros requisitos son sustantivos, de suyo externos o extraños al proceso; el cuarto es procesal, interno con relación al proceso.

Nulidad pública.—A diferencia del artículo 35, 1, 2.º la publicidad, de la que aquí se trata, no es por razón de la demostrabilidad, sino por razón de la divulgación. Se deduce claramente del contexto, ya que el escándalo no nace precisamente de que la nulidad sea demostrable, sino de que esté divulgada. Además la demostrabilidad es el cuarto requisito, del que habla el artículo al final diciendo que ha de haber argumentos que hagan que la nulidad sea completamente probable; todo lo cual sería inútil, si la palabra "pública", puesta al principio, es lo mismo que demostrable.

Así que nulidad pública será la que ya está divulgada (pública de hecho) o en peligro próximo de divulgación, es decir, se produjo o se halla en tales

circunstancias, que puede y debe juzgarse prudentemente que será divulgada con facilidad (pública virtual o de derecho). Pero el escándalo surgirá más bien de la nulidad pública de hecho, y no de la pública de derecho.

La nulidad no se hace pública por la mera aserción de los cónyuges. Ni por la denuncia o por la presentación de la demanda, porque si así fuese, la nulidad sería pública siempre que fuese llevada la causa al tribunal, y por tanto sería inútil el primer requisito establecido en el artículo 38, 2. Tampoco se hace pública la nulidad por el mero hecho de ser rechazada la demanda por el tribunal, pues que si así fuese, tendríamos la siguiente contradicción: faltando o por faltar la nulidad pública, el tribunal debe rechazar la demanda; y por este hecho de rechazar la demanda, la nulidad se hace pública. Tampoco se hará pública la demanda por el examen de los testigos, cuando éstos han prestado juramento de guardar secreto (cfr. c. 1769). Se requieren pruebas fehacientes de la publicidad de la nulidad; tales no son sin duda la mera afirmación de los cónyuges, porque difícilmente serán creídos, ya que por una parte se trata de algo tan íntimo y tan renovable como es el consentimiento simulado o condicionado contra la sustancia del matrimonio, y por otra existe un posible motivo para la mentira, cual es la utilidad que de ella pueden los cónyuges reportar.

Escándalo.—Es según S. Tomás⁵⁰ “dictum vel factum minus rectum alteri praebens occasionem ruinae spiritualis”. Pero el C. J. C. emplea algunas veces esta palabra no en este sentido, sino en otro que pudiéramos llamar jurídico, para distinguirlo del anterior: como sinónima de daño público o social que existe en todo delito, aunque éste sea oculto. Sin duda que el artículo la emplea en sentido teológico, puesto que el consentimiento matrimonial simulado o condicionado no es delito en el Codex, y en muchos casos ni puede serlo, bien porque no es pecado (como hemos dicho acerca de la simulación), bien porque es pecado no externo, sino interno. Además el artículo supone que puede no existir el escándalo, y en el delito existe siempre el daño público.

¿De dónde ha de provenir el escándalo? ¿Cuál ha de ser su fuente? Difícilmente se puede concebir cómo la nulidad de un matrimonio por consentimiento simulado o condicionado contra la sustancia del mismo matrimonio pueda producir escándalo por sí sola. El escándalo no nace del pseudovínculo en cuanto tal, máxime cuando la nulidad no consta o difícilmente consta, como ocurre tratándose de vicios sustanciales del consentimiento. El escándalo nace de algo sobreañadido al pseudovínculo.

Este algo, esta fuente inmediata del escándalo, puede ser doble: a) El matrimonio civil contraído o el concubinato de alguno o de ambos pseudocónyuges con terceras personas; o acaso el mismo matrimonio canónico contraído por alguno o por ambos pseudocónyuges con terceras personas sin que constase legítima y ciertamente la nulidad del primer matrimonio (cfr. c. 1069,

⁵⁰ *Summa Theologica*, II, II, q. 43, a. 1.

2). b) El hecho de que los pseudocónyuges reportan del vínculo nulo las utilidades, ventajas, secuelas o efectos favorables, que solamente pueden emanar del vínculo verdadero y real. Entre tales ventajas ocupa el primer lugar la vida marital, pero no están excluidas otras de tipo patrimonial y social. En efecto los fieles no padecerán escándalo alguno cuando del pseudovínculo se derivan daños, o al menos no se derivan beneficios. Pero sí lo padecerán cuando se derivan beneficios, porque entonces éstos vienen a constituir como un premio a la maldad y una inducción a la misma. Mas de la misma forma que no basta la nulidad, sino que se requiere que sea pública, esto es, divulgada, así también para que haya escándalo no basta la utilidad obtenida del vínculo nulo, sino que se requiere que esta utilidad sea divulgada.

El escándalo del que trata el artículo 38, 2, ¿es el nacido de la primera fuente inmediata, o de la segunda fuente inmediata, o de cualquiera de ambas, o de ambas al mismo tiempo? Parece que se trata del escándalo dimanante de la segunda fuente inmediata, ya sea que al mismo tiempo dimana también de la primera o no. Así lo persuaden las siguientes razones:

a) El artículo une ambas cosas, la nulidad pública y el escándalo, dando así a entender que se trata de dos cosas objetivamente unidas o relacionadas entre sí. Ahora bien el reportar ventajas del vínculo nulo es algo íntimamente unido con el mismo vínculo nulo, pues que entre el vínculo y sus secuelas existe relación de causa a efecto; y siendo nulo el vínculo, nulos o mejor dicho inexistentes serán sus efectos. No ocurre otro tanto con el matrimonio civil o el concubinato con terceras personas; ambas cosas pueden ocurrir no solamente cuando hay un vínculo matrimonial nulo entre dos personas, sino también cuando media entre ellas un vínculo matrimonial válido, real, objetivo.

b) Si el escándalo requerido en el artículo 38, 2 fuese el que procede del matrimonio civil o del concubinato, entonces la misma ley, y por el mero hecho de establecer la acusación pública cuando existe tal escándalo, premiaría e induciría al matrimonio civil y al concubinato. Los pseudocónyuges, que no han manchado su conciencia con matrimonio civil ni concubinato con terceras personas, no podrían conseguir la instauración del proceso; los que la han manchado sí conseguirían tal instauración, y nada menos que a base de la acción pública, ejercida por el tutor del bien público, que es el Fiscal. Así pues tendríamos un nuevo pecado (el matrimonio civil o el concubinato) que reporta una utilidad extraordinaria cual es la acusación pública. Lo cual sin duda constituiría un gran escándalo, incomparablemente mayor que aquel al que se intenta poner remedio; y ese gran escándalo, ese gran daño social, sería promovido precisamente por aquel (el Fiscal) a quien por su propio cargo compete remover el mal público y promover el bien público.

Pero, por un lado el bien espiritual de los pseudocónyuges y de las personas con quienes conviven concubinariamente, y por otro la benignidad y misericordia de la Santa Madre Iglesia ¿no requieren que se ponga remedio a tanto mal?; ¿no requieren que sea declarado nulo el pseudovínculo para que

los concubinatos con terceras personas se conviertan en verdaderos matrimonios? Por regla general el bien mayor de esos infelices pseudocónyuges consistiría en el arrepentimiento y en la convalidación de su matrimonio nulo. Mas no podemos negar que pueden darse casos particulares angustiosos, en los que aquel remedio puede resultar poco menos que imposible, y en los que por consiguiente sólo resta la declaración de nulidad. En estos casos hay un conflicto, una colisión entre el bien particular y el bien público, y éste sin duda ha de prevalecer.

Mayor escándalo es que, a través del concubinato o del matrimonio civil con terceras personas, se instaure la acusación pública, y que quizá de esta manera se llegue a obtener la declaración de nulidad. La misma razón natural dicta que acerca de este escándalo hay que sostener y aplicar el principio contrario al que aparece en el artículo que comentamos; es decir, que es condición necesaria, para que el Fiscal proceda a la acusación, la prudente previsión de que de aquella no se ha de seguir escándalo.

Así que en ningún caso, por angustioso que sea o parezca, podrá el Fiscal entablar la acusación cuando el escándalo existente procede única y exclusivamente del matrimonio civil o del concubinato de los pseudocónyuges con terceras personas. Se requiere el escándalo que dimana del hecho de la utilidad divulgada reportada de la nulidad divulgada; el escándalo que tiene por base o fuente próxima la utilidad divulgada, y por base o fuente remota la nulidad divulgada. Pero he aquí que ambas bases o ambas fuentes del escándalo bien difícilmente coexisten: la segunda o sea la próxima parece desvanecer a la primera.

En efecto, si los pseudocónyuges no reportan utilidad y en especial si están separados, falta la base próxima del escándalo; y aún incluso faltará la base remota, pues los fieles creerán que se trata de una nulidad falsamente confeccionada por los cónyuges para obtener la declaración de nulidad. Si los pseudocónyuges reportan utilidad, si conviven, falla la base remota, pues los fieles creerán que el matrimonio fue válido desde un principio, o al menos lo es actualmente por haber sido subsanado; y esto a pesar de que los cónyuges digan otra cosa, pues el pueblo, el vulgo, se fía más de los hechos que de las palabras. Y en último término en este caso, si no hubiese habido convalidación, la habrá sin dificultad a tenor del § 1. Si bien difícilmente coexisten ambas bases del escándalo, bien difícilmente existirá éste; y por tanto bien difícilmente habrá lugar a la acusación pública tratándose de nulidad por consentimiento simulado o condicionado contra la sustancia del matrimonio.

Señales de arrepentimiento.—La señal de arrepentimiento más inequívoca y eficaz sería la renovación del consentimiento. Pero es evidente que de esta señal no se trata en el § 2, pues que habiendo tratado el § 1 de tal renovación, claramente supone el § 2 que no tiene lugar; y si tuviese lugar, la acusación quedaría excluida de plano, por ser ya válido el matrimonio. Así pues se trata del caso en que los cónyuges rehusan renovar el consentimiento.

Pero sin duda que tales señales deben ser serias y consistir no en palabras sino en hechos.

Estas señales son un medio poderoso para desvanecer de la mentalidad popular la idea de que los cónyuges reportan utilidad de su pecado; por eso, si necesario fuere, habría que divulgarlas. El arrepentimiento no sólo ha de versar sobre el consentimiento defectuosamente prestado, sino también sobre el concubinato consiguiente entre ambos pseudocónyuges, si lo hubo. Al decir el artículo que el denunciante ha de dar señales de arrepentimiento, claramente indica que es uno de los cónyuges quien denuncia el matrimonio. Esto parece indicar que, si la denuncia procede de ambos cónyuges o de un tercero, el arrepentimiento ha de existir en los dos cónyuges, no en uno solo. El juicio sobre el arrepentimiento pertenece al Ordinario; por lo que el Fiscal no puede lícitamente, no debe proceder a la acusación en estos casos, sin haber obtenido previamente el juicio favorable del Ordinario. Razonablemente se reserva a éste el juicio sobre las señales de arrepentimiento, pues que se trata de algo más bien de tipo moral que de tipo jurídico.

Argumentos.—Los tres requisitos anteriormente expuestos (nulidad pública, escándalo, señales de arrepentimiento) eran para la acusación pública en cuanto pública. Este último requisito mira más bien a la acusación pública en cuanto acusación; intenta que la acusación sea firme y sólida, para que no se pierda inútilmente el tiempo y el trabajo.

Los argumentos han de ser “ciertos y firmes”; pero esta firmeza y certeza afecta a la existencia de los mismos, no a su eficacia probativa, puesto que el artículo dice seguidamente que la nulidad (que se apoya en esos argumentos) ha de ser completamente probable, sin que se requiera certeza. Es el “*bonus fumus juris*” según la expresión familiar y feliz que suele emplear la Curia Romana; porque es en el período probatorio y discusorio del juicio, donde el tribunal medirá la eficacia probativa de los argumentos en orden a dictar sentencia. Únicamente de ésta emerge no ya el “*fumus juris*”, sino el “*jus*”, o mejor dicho la actuación auténtica y judicial del derecho.

2.º En los demás impedimentos (art. 39).

En el artículo 39 están comprendidos todos los impedimentos (en sentido propio o impropio) que, no siendo públicos por su naturaleza, no están recogidos en el artículo 38. Así pues, están comprendidos en dicho artículo 39 los siguientes impedimentos siempre que no sean públicos por su naturaleza: a) Todos los defectos sustanciales de consentimiento distintos del consentimiento simulado o condicionado de futuro contra la sustancia del matrimonio; a saber, la ignorancia (c. 1082), el error (c. 1083), la fuerza o miedo (c. 1087), defecto de presencia de los contrayentes personal o por medio de válido procurador (cc. 1088 y 1089), la condición que no sea de futuro o no sea contra la sustancia del matrimonio (c. 1092, 1.º, 3.º, 4.º). b) Todos los defectos sustanciales de forma. c) Todos los impedimentos propiamente dichos.

Tres requisitos, agrupados respectivamente bajo las letras a), b) y c), son señalados por el artículo para que el Fiscal entable la acusación. El primero de estos requisitos viene a desdoblarse en dos: que el impedimento se haya hecho público; que se halle fundado, en cuanto a los hechos y al derecho, en argumentos tan ciertos y firmes, que no pueda caber duda razonable acerca de la existencia y fuerza del impedimento. Resalta a la vista el paralelismo, casi diríamos la identidad, entre estos dos requisitos contenidos bajo la letra a) y el primero y cuarto requisitos contenidos en el artículo 38, 2. A su vez el requisito b) viene a identificarse con el segundo requisito del artículo 38, 2. Pero mientras que el artículo 38, 2 no requiere el juicio del Ordinario acerca del escándalo, el 39 b) sí lo requiere.

El requisito c), en el artículo 38 no existía como tal requisito; era simplemente una norma general consignada en el § 1. Es claro que, generalmente hablando, los defectos de consentimiento pueden cesar más fácilmente que los defectos de forma; y éstos a su vez, más fácilmente que los impedimentos propiamente dichos.

Así pues, los artículos 38 y 39 coinciden en la publicidad del impedimento, en la existencia del escándalo y en la eficacia probativa de los argumentos; todo lo anteriormente expuesto acerca de estos tres puntos tiene aquí plena aplicación. Difieren en que: 1.º el artículo 38, 2 no requiere el juicio del Ordinario acerca del escándalo, mientras que el 39 b) sí lo requiere; 2.º el artículo 38, 2 exige señales de arrepentimiento (a juicio del Ordinario), requisito que es totalmente omitido en el artículo 39; 3.º el artículo 38 insiste más en la convalidación, de tal forma que la pone como regla, mientras que el 39 la enumera como un requisito más.

IV.—DESISTIMIENTO O RENUNCIA A LA ACUSACION FISCAL

(art. 41, 4)

Desistimiento de la acusación

En el capítulo II de esta segunda parte de nuestro trabajo hemos demostrado que acusación matrimonial es lo mismo que acción de nulidad, derecho a la declaración judicial de nulidad. Instancia⁵¹ es lo mismo que proceso en evolución; es el ejercicio de la acción mediante las diversas actuaciones que tienen lugar en el desenvolvimiento del proceso. El proceso, del que aquí se trata, es, claro está, el proceso judicial o juicio auténticamente descrito en el c. 1552, 1. La instancia empieza con la litiscontestación y acaba de todos aquellos modos como se termina el juicio (c. 1732). La litiscontestación, y por tanto la instancia, va precedida de la demanda (cc. 1706-1710) y de la citación (cc. 1711-1725).

⁵¹ CABREROS: *Comentarios al Código de Derecho Canónico* (Madrid, 1964), n. 533, pág. 513.

Al menos la citación ya es juicio, es comienzo del juicio⁵², pues que por ella la cosa deja de ser íntegra y comienza la litispendencia (c. 1725, 1.º y 5.º). Así pues, la instancia pudiera definirse como el desarrollo del proceso, una vez que éste ha comenzado con la citación. Luego instancia y juicio (proceso judicial) prácticamente vienen a identificarse casi por completo; mas no por completo, ya que la instancia comienza con la litiscontestación, mientras que el juicio comienza con la citación. En el derecho procesal oriental diríamos que se identifican por completo, pues que la instancia comienza con la citación (c. 254 del JPO.). Así lo que se refiere al juicio, se aplica también a la instancia: de la misma forma que en el juicio se distingue el primer grado y los grados de apelación, así también hablamos y habla el Codex (cfr., v. gr., cc. 1572 ss., 1594 ss.) de primera instancia, segunda instancia... ¿Qué relación existe entre acción por una parte y proceso e instancia por otra? El proceso y la instancia vienen a ser el ejercicio de la acción, la acción en acto segundo (diríamos en términos filosóficos). La acción simplemente dicha o acción en acto primero es el derecho a la tutela judicial de un derecho. El proceso y la instancia son el ejercicio de ese derecho, son la misma tutela judicial de un derecho.

En los juicios contenciosos las acciones se extinguen por prescripción, pero las acciones relativas al estado de las personas no se extinguen nunca (c. 1701). Como las sentencias en las causas matrimoniales, por ser éstas sobre el estado de las personas, nunca pasan a cosa juzgada, las mismas causas podrán en cualquier tiempo ser tratadas de nuevo ante el tribunal superior (c. 1989 y art. 217, 1). Pero dos sentencias conformes en estas causas hacen que no deba admitirse que de nuevo se propongan, si no se aducen nuevas y graves razones o documentos (art. 217, 2; cc. 1989 y 1903). La instancia se extingue ya por caducidad (cc. 1736-1739), ya por desistimiento o renuncia (cc. 1740-1741).

Tratándose de la extinción de la apelación aparece el calificativo "deserta" (abandonada), ya solo (c. 1886), ya junto con el calificativo "perempta" (caducada; art. 217, 1 y 221, 3). En la apelación cabe distinguir el comienzo y el desarrollo de la misma una vez comenzada. El comienzo consta de dos partes: interposición ante el juez "a quo" (cc. 1881 y 1882) y prosecución ante el juez "ad quem" (cc. 1883 y 1884). Todo este comienzo, pero sobre todo la prosecución ante el juez "ad quem", es algo paralelo y semejante a la demanda (cc. 1884, 1 y 1706). Pues bien el abandono de la apelación se produce por la omisión del comienzo de la misma dentro de los plazos fatales; por la omisión de la interposición o de la prosecución de la misma en aquellos plazos. Por el contrario la caducidad (de la apelación) supone que la apelación ha comenzado; y se produce por la omisión de todo acto procesal, sin estorbarlo impedimento alguno, durante un año (c. 1736).

El artículo 41, 4 habla de la acusación y cae bajo la rúbrica "De jure accusandi matrimonium". Pero es claro que trata de la acusación en acto segun-

⁵² CABREROS, lugar citado, n. 513, pág. 490.

do, esto es de la instancia, ya que la acusación o acción de nulidad en acto primero nunca se extingue, por referirse al estado de las personas (cc. 1701; 1989 y 1903; art. 217, 1). El artículo 41, 4 emplea el término "recedere"; pero parece obvio que dicho término es sinónimo de "renuntiare" (c. 1740 y 1741). Trata pues el artículo 41, 4 de la renuncia o desistimiento de la instancia. Mas, lo que se dice del desistimiento de la instancia, será también aplicable al abandono de la apelación, así como a la caducidad no sólo de la apelación, sino también de la primera instancia.

La sentencia con relación a la demanda puede ser negativa o afirmativa, esto es contraria o favorable. En las causas matrimoniales de nulidad la denuncia es de nulidad, y la litiscontestación se propone bajo la fórmula "an constet de matrimonii nullitate in casu" (art. 88). Por eso la sentencia es declaratoria de que no consta la nulidad o de que consta (art. 194, 4).

La apelación contra la sentencia negativa, en nuestro caso contra la sentencia de que no consta la nulidad, es acción, es acusación. Por tanto compete solamente al Fiscal hábil y a los cónyuges hábiles para acusar el matrimonio, pudiendo ser ejercida por solo el Fiscal o por solos los cónyuges (uno o ambos) o por el Fiscal y los cónyuges al mismo tiempo.

Por el contrario la apelación contra la sentencia afirmativa, en nuestro caso contra la sentencia declaratoria de nulidad, no es acusación, sino excepción u oposición a la acusación. Por eso compete al Defensor del vínculo y a los cónyuges (uno o ambos), aunque sean inhábiles, pudiendo ser ejercida por sólo el Defensor del vínculo o por solos los cónyuges o por el Defensor del vínculo y los cónyuges al mismo tiempo.

La apelación es obligatoria o no obligatoria. El Defensor del vínculo, mientras no muera uno al menos de los cónyuges (art. 222, 2), tiene obligación de apelar, dentro del plazo legítimo, al tribunal superior contra la primera sentencia que declare la nulidad del matrimonio; y si se muestra negligente en hacerlo, debe ser compelido por el presidente con su autoridad (c. 1986 y art. 212, 2). Después de la segunda sentencia que ha confirmado la nulidad del matrimonio, si el Defensor del vínculo en grado de apelación no se cree en conciencia obligado a apelar, pueden los cónyuges contraer nuevas nuncias, pasados diez días de la notificación de la sentencia (c. 1987 y art. 220). Así pues, para el Defensor del vínculo, mientras no muera uno al menos de los cónyuges, es obligatoria la apelación contra la primera sentencia declaratoria de nulidad; puede ser obligatoria la apelación contra la segunda sentencia declaratoria de nulidad. Al tratar de la apelación en el capítulo siguiente, defenderemos que también es obligatoria contra la única sentencia negativa (esto es declaratoria de que no consta la nulidad) que sigue a la única afirmativa (esto es de nulidad), porque tal apelación es el único medio para resolver la situación moral anómala creada por aquella sentencia afirmativa. Esta obligación de apelar recaerá sobre el Fiscal o sobre los cónyuges hábiles.

En el mismo lugar citado demostraremos que la apelación obligatoria es obligatoria no sólo en cuanto a su comienzo o punto inicial (interposición y

prosecución), sino también en cuanto a su desarrollo hasta la sentencia definitiva, ya que a conseguir ésta tiende aquella obligación. Cuando la apelación es obligatoria, también lo es todo el grado del juicio, toda la instancia correspondiente.

Esto supuesto nos preguntamos: la potestad de desistimiento de la que goza el Fiscal ¿es absoluta o restringida?; ¿existe en todos los grados del juicio, o solamente en todos los grados del juicio no obligatorios? En otras palabras: el c. 1740, 1 al conceder al actor la facultad de renunciar en cualquier grado del juicio, en nuestro caso, es decir, tratándose del Fiscal acusador en las causas matrimoniales de nulidad, ¿tiene plena aplicación, o ha de ser restringido a cualquier grado no obligatorio?

Atendiendo solamente al citado c. 1740, 1 y al art. 41, 4, habría que afirmar lo primero; y no faltan autores como Bartoccetti⁵³ que así lo hacen. Pero es evidente que la interpretación ha de seguir la misma suerte que los textos interpretados. Por eso un c. o art. que está relacionado con otros, en relación con esos otros ha de ser interpretado. Por eso, con el común sentir de los autores, hay que sostener que la facultad de desistimiento, de la que goza el Fiscal, existe solamente en aquellos grados del juicio que no sean obligatorios. En efecto la obligatoriedad de éstos caería por su base desde el momento en que el Fiscal pudiera en ellos renunciar a la instancia. La obligatoriedad de un determinado grado lleva consigo la obligatoriedad de no renunciar a la instancia en ese mismo grado.

Todo esto se halla confirmado en las "Normae S. Rotae quoad interuentum Promotoris iustitiae S. R. Rotae in causis nullitatis matrimonii" del 22 de diciembre de 1938, establecidas por el mismo Colegio rotal y redactadas en italiano. Para mayor claridad usamos la traducción latina hecha por Torre⁵⁴. La norma I dice: *Attento quod in causis matrimonialibus ipsa lex ordinaria exigit duas sententias conformes pro definitiva decisione, Collegium tenet quod si exstet sententia affirmativa, idest pro nullitate matrimonii, adversus quam Defensor vinculi ad S. R. Rotam appellaverit, Promotor iustitiae uti pars appellata debet interesse processui.* Y la norma II se expresa de esta forma: *Collegium eodem modo tenet quod necessarium sit ordinarie interuentus Promotoris iustitiae quoties in aliqua causa editae fuerint duae sententiae quarum una affirmativa, altera vero negativa, si praesertim Ordinarius instet pro ulteriori discussione ipsius processus ut habeatur definitiva resolutio.* Y es claro que a tales normas está acomodada toda la jurisprudencia rotal.

¿Qué causas, bases, razones o motivos dan lugar a la renuncia del Fiscal a la instancia? El artículo menciona el hecho de que le conste que la acusación planteada no puede sostenerse en derecho o en cuanto a los hechos.

Será casi imposible que conste al Fiscal que la acusación en impedimentos

⁵³ *De causis matrimonialibus*, pág. 220; en *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, III, (Romae, 1950).

⁵⁴ *Processus matrimonialis* (Neapoli, 1956), pág. 541.

públicos por su naturaleza no puede sostenerse, ya que tales impedimentos por su misma esencia llevan una fuertísima eficacia probativa.

Tratándose de impedimentos no públicos por su naturaleza, el art. 41, 4 está en perfecta armonía con los art. 38, 2 y 39, a) al requerir éstos para la acusación argumentos tan ciertos y firmes, que hagan verdaderamente probable la nulidad y desvanezcan toda duda razonable acerca de la misma. Si para iniciar la acusación se requieren tales argumentos, justo será que el Fiscal pueda desistir de la misma acusación, cuando le consta que no existen esos argumentos. En efecto es en el transcurso del proceso, cuando se van cincelandos y esclareciendo aquellos argumentos que al comienzo estaban como en bloque y en confuso. Y puede muy bien ocurrir que, lo que en un principio pareció sólido y firme, después resulte ser inconsistente. Por eso el artículo 41, 4 menciona expresamente la inconsistencia de la acusación, la falta de aquel requisito que los artículos 38, 2 y 39, a) llaman argumentos ciertos y firmes.

Pero el mismo artículo 41, 4 no excluye la falta de los demás requisitos enumerados en los artículos 38, 2 y 39. Cuando alguno de estos otros requisitos fallase, bien porque nunca existió, bien porque dejó de existir, entonces también podrá el Fiscal desistir de la instancia, pues los requisitos necesarios para incoar el proceso, también serán necesarios para proseguirlo. Por lo que al escándalo se refiere, es claro que el juicio acerca de su inexistencia o cesación competirá no al Ordinario del tribunal donde actualmente se halla la causa, sino al Ordinario del lugar donde existía o se decía existir el escándalo.

En resumen: hay lugar a la renuncia del Fiscal a la instancia en todos los grados no obligatorios del juicio y (tratándose de impedimentos no públicos por su naturaleza) por defecto de cualquiera de los requisitos enumerados en los artículos 38, 2 y 39. En esos grados y por cualquiera de esas razones o motivos el Fiscal tiene no solamente derecho, sino también obligación de renunciar a la instancia. Porque si fallan los argumentos ciertos y firmes, no hay base para la acusación; se pierde inútilmente el tiempo y el trabajo y además diríamos que se falta al respeto al tribunal, agitando ante él una causa totalmente vana. Si falla alguno de los demás requisitos enumerados en los artículos 38, 2 y 39, no hay base para la acusación pública; ésta discurre por cauces ilegales.

Permiso para el desistimiento

El Fiscal no puede renunciar a la instancia por sí mismo, sin el consentimiento o permiso de alguna autoridad superior. Tal autoridad superior será o bien el juez, o bien el Obispo, Nuncio Apostólico o S. Congregación correspondiente, según que se trate del tribunal diocesano, del tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España o de la S. R. R. Para no repetir siempre los mismos términos, entiéndase dicho del Nuncio Apostólico en España y también, en cuanto cabe, de la S. Congregación correspondiente, lo que se diga del Obispo. Si el Fiscal pudiese renunciar a la instancia sin permiso de

alguna autoridad superior a él, toda la máquina procesal estaría en manos de una sola persona, en manos del Fiscal, viniendo así éste a tener más atribuciones judiciales que el mismo Obispo o el mismo juez.

Si el juez es la misma persona del Obispo, es decir, si el Obispo ejerce por sí mismo su potestad judicial, entonces prácticamente no hay lugar a discusión alguna; si bien teóricamente pudiera disputarse, si el Fiscal a efectos de la renuncia está sometido al juez en cuanto tal o en cuanto Obispo. Pero si el juez no es la misma persona del Obispo, es decir, si el Obispo ejerce por medio de otro su potestad judicial, entonces surge la cuestión de si el permiso necesario, para que el Fiscal pueda renunciar a la instancia, es el permiso del Obispo o el permiso del juez.

Unos autores requieren el permiso del juez, por estas razones:

a) El silencio del artículo 41, 4 ha de ser suplido a tenor del artículo 1740, 2, según el cual la renuncia debe ser admitida por el juez. b) Una vez entablada la acusación, el Fiscal no está sometido al Obispo, sino al juez, ya que es un miembro del tribunal y un ministro del juez. Dado, por la admisión de la demanda, el paso de lo extrajudicial a lo judicial, el Fiscal cae bajo la autoridad del juez y no del Obispo. c) No puede surgir conflicto alguno entre el Obispo y el juez, ya que en realidad de verdad el juez es el mismo Obispo, que ejerce su potestad judicial por medio del juez (cc. 1572 y 1573). El Obispo personalmente y extrajudicialmente decreta la acusación, pero no de un modo firme e irrevocable; por medio de otro (del juez) y judicialmente o bien hace persistir la instancia negando el permiso para la renuncia, o bien deja extinguir la instancia concediendo aquel permiso. d) Sería peligrosa y no bien vista la intervención personal del Obispo en un juicio que el mismo Obispo realiza por medio de otra persona. e) El juez tiene ciertas atribuciones extrajudiciales o administrativas relacionadas con el juicio. Así, por ejemplo, el provisor elegido con arreglo al c. 1573, 1 y 2, puede constituir el tribunal colegiado llamando por turno a los jueces sinodales, a no ser que el Obispo disponga otra cosa en cada caso particular (C. Int. 28 de julio de 1932); el juez puede elegir auditor para las causas en que juzga, si no ha provisto ya el Ordinario (c. 1580, 2 y art. 23, 1); a cualquiera de los asistentes al juicio que faltare gravemente al respeto y obediencia debidos al tribunal, puede el juez reducirle al cumplimiento de su deber incluso con penas; a los abogados y procuradores puede además el juez privarles del derecho de actuar como tales en otras causas (c. 1640, 2); para la defensa gratuita de los pobres el juez elige en cada causa a alguno de los abogados aprobados para su tribunal (c. 1916, 1); el provisor debe procurar que conste de la identidad de la persona que acusa el matrimonio (art. 58); debe poner el asunto en manos del Ordinario para que los cónyuges renueven el consentimiento (art. 65, 1). f) La III de las "Normae S. Rotae quoad interventum Promotoris iustitiae S. R. Rotae in causis nullitatis matrimonii" del 22 de diciembre de 1938, que más adelante será transcrita.

Otros autores requieren el permiso del Obispo. Se basan en estas razones:

a) El desistimiento de la acusación debe hacerse con la autoridad o permiso de aquella persona con cuya autoridad o permiso se inicia la acusación. Ahora bien, tratándose de impedimentos no públicos por su naturaleza, la acusación se inicia por decisión del Obispo previa la correspondiente fase prejudicial... b) El sujeto de la acusación es en realidad la sociedad, en nuestro caso la diócesis, y por tanto su autoridad y su cabeza que es el Obispo, si bien éste ha de ejercer la acusación por medio del Fiscal (art. 40). c) El c. 1740, 2 trata de la acción privada, no de la pública. Así el silencio del artículo 41, 4 ha de ser suplido no a tenor del c. 1740, 2, sino a tenor de aquellos cánones que tratan específicamente del Fiscal; y es claro que en esos cánones el Fiscal aparece bajo la autoridad del Obispo (cfr. cc. 1586, 1589, 1590). d) De otra forma podría haber roces y conflictos entre la autoridad del Obispo y la del juez, por poder el segundo dar su permiso para desistir de una acusación que fue incoada por mandato del primero. Este posible conflicto no queda zanjado en la opinión contraria, ya que el Obispo y el juez siempre serán dos personas; y mientras aquél goza de potestad ordinaria propia, éste goza de potestad judicial o bien ordinaria vicaria o bien delegada. e) En las Decisiones de la S. R. R., vol. 29, dec. 72, n. 8, pág. 721 leemos: *Promotor justitiae potest recedere al accusatione... Verum si de ratione, qua promotor justitiae cessat ab accusando, nascitur quaestio, an id expediat bono publico, hujus quaestionis solutio pertinet ad Ordinarium, qui, matrimonio legitime accusato a promotore justitiae, non amittit officium suum invigilandi in bonum publicum, nec ideo amittit potestatem decernendi, utrum promotor justitiae recedere possit ab accusatione an eam prosequi debeat, salvo recursu adversus decretum Ordinarii ad SC competentem.*

Por fin otros autores distinguen, según se trate de los tribunales de la Sede Apostólica (esto es de la S. R. R. y la Signatura Apostólica) o de otros tribunales. En los tribunales de la Sede Apostólica el permiso para que el Fiscal pueda renunciar a la instancia es el permiso del juez, esto es del Colegio o Turno. Por estas razones:

a) Mientras en los demás tribunales el Fiscal está estrechamente unido y subordinado al Obispo, en los de la Sede Apostólica no existe autoridad alguna a la que esté vinculado el Fiscal. Las Sagradas Congregaciones y los Tribunales Apostólicos gozan entre sí de mutua independencia; y si bien es cierto que ambos coinciden de forma inmediata en el vértice de la Iglesia, que es el Romano Pontífice (cfr. c. 244, 1), no es menos cierto que el Romano Pontífice no suele fallar ni intervenir personalmente en los pleitos, dejando todo esto en manos de los Tribunales Apostólicos. Así ya el Ponente ya todo el Turno rotal suele tener en la S. R. R. parecidas atribuciones a las que tiene el Obispo en los demás tribunales; por ejemplo, el Ponente determina cuándo hay lugar a la intervención del Fiscal en el juicio contencioso (art. 27, 1 N. S. R. R.), cosa que en los demás tribunales es de competencia del Obispo (c. 1586).

b) La III de las "Normae" ya citadas del 22 de diciembre de 1938, dice así⁵⁵: *Introducta vel pendente causa pro matrimonii nullitatis declaratione coram Tribunali S. R. Rotae, attentata apellatione vinculi Defensoris vel Promotoris iustitiae Tribunalis dioecesani si forte Promotor iustitiae S. R. Rotae renuntiare velit actioni institutae, haec renuntiatio ad normam canonis 1740 a Turno debet iudicari. Y no cabe duda que la jurisprudencia rotal estará calcada en esta norma.*

En los demás tribunales el permiso, para que el Fiscal pueda renunciar a la instancia, ha de ser otorgado por el Obispo, dada la estrecha vinculación del Fiscal con el Obispo.

Estimamos que esta tercera opinión es más aceptable. El c. 1740 se refiere de suyo a la acción privada, de la misma forma que la expresión "partes en la causa" o simplemente "partes" se refiere a las partes privadas. Así mientras el actor privado puede renunciar a la instancia en cualquier grado del juicio (c. 1740, 1), en las causas matrimoniales de nulidad el Fiscal (actor público) puede renunciar no en cualquier grado, sino en cualquier grado que no sea obligatorio. Y mientras que la instancia en la acción privada está en dominio del actor privado bajo la supervisión del juez (c. 1740, 2), la instancia en la acción pública está simplemente en manos de la autoridad social gubernativa. Si bien ésta puede transmitir a la potestad judicial las funciones gubernativas relacionadas con el juicio, tal transmisión solamente se ha de admitir, cuando expresamente conste; lo cual ocurre solamente tratándose de los Tribunales Apostólicos.

Aceptación del desistimiento por la parte contraria

Para que la renuncia tenga valor deberá comunicarse a la otra parte, y ser aceptada, o al menos no impugnada por ella (c. 1740, 2). En nuestro caso la "otra parte" es siempre el Defensor del vínculo, pueden serlo también los cónyuges (uno o ambos).

Para que sea válida la renuncia hecha por el Fiscal ¿se requiere que sea notificada a la otra parte, y aceptada, o al menos no impugnada por ella? De ninguna manera. Tal notificación y aceptación o no impugnación no son necesarias ni para la validez ni de suyo para la licitud. El c. 1740, 2 trata de la renuncia a la instancia hecha en la acción privada por las partes privadas. Para la acción pública ha de formularse un principio distinto.

No se requiere la aceptación o la no impugnación de los cónyuges reos, ya que éstos, buscan en el pleito su propio bien particular; se oponen a la acusación pública no en cuanto pública, sino en cuanto acusación. Y así el abogado nombrado por el cónyuge inhábil, para que le defienda en la acusación entablada por el Fiscal en impedimentos no públicos por su naturaleza, cesa de su oficio, si el Fiscal retira la acusación o no apela de la sentencia (art. 46).

⁵⁵ Cfr. TORRES: *Processus matrimonialis* (Neapoli, 1956), pág. 541.

Tampoco se requiere la aceptación o la no impugnación del Defensor del vínculo, pues tal aceptación o no impugnación existe siempre, está implícita en el cargo del Defensor del vínculo. En efecto la renuncia tiende a poner punto final, a extinguir la acusación actual del vínculo. Por tanto admitir esa renuncia es defender el vínculo de su actual acusación; no admitirla es impugnarlo haciendo que persista la actual acusación. El oficio del Defensor del vínculo consiste en oponerse a la acusación; pero ningún derecho puede vindicar sobre la acusación fiscal, la cual está toda ella en manos del Fiscal bajo la autoridad competente.

Si pues no se requiere la aceptación ni la no impugnación de los cónyuges reos ni del Defensor del vínculo, tampoco se requerirá la notificación de la renuncia a los mismos, pues tal notificación va clara y esencialmente ordenada a la aceptación o no impugnación. No obstante el juez deberá notificar oficialmente al Defensor del vínculo y a los cónyuges la renuncia hecha por el Fiscal, para que sepan que la instancia ha cesado.

Mas cualquiera que se sienta gravado por la renuncia del Fiscal podrá acudir a quien otorgó su permiso o consentimiento para tal renuncia, demostrando que ella es ilegal; demostrado esto, el permiso para la renuncia se convertirá en mandato de revocarla. Fácilmente se sentirán gravados por la renuncia los cónyuges que propugnaban la nulidad del matrimonio. Y el mismo Defensor del vínculo queda gravado por la renuncia, cuando ésta se ha hecho en alguno de los grados (de apelación) incoados por la apelación obligatoria del Defensor del vínculo, ya que tal renuncia es ilegal, porque siendo obligatorios tales grados para el Defensor del vínculo, la renuncia del Fiscal le priva de cumplir esta obligación.

Forma de hacer el desistimiento

Estimamos que sería válida la renuncia o desistimiento hecho no por escrito firmado por el Fiscal, sino de otra forma, v. gr., oralmente; porque (como ya hemos indicado) el c. 1740 trata de la renuncia a la instancia hecha por las partes privadas en la acción privada. Mas es claro que el escrito firmado por el Fiscal es la forma más idónea de hacer la renuncia. Si ésta fuese hecha de palabra, debería hacerse constar por escrito.

En todo caso en el escrito se deberá hacer mención del permiso o consentimiento para hacer la renuncia otorgado por la autoridad competente; mejor sería que este permiso fuese otorgado también por escrito. Tanto el escrito de renuncia como el de permiso para la misma pasarán a formar parte de los autos o actas del juicio.

Desistimiento hecho por el actor privado

Permítasenos, a guisa de apéndice, hacer una ligera indicación acerca de la renuncia procedente de los cónyuges (uno o ambos) que acusan el matrimonio, que ejercen la acusación privada, bien sea que ésta exista sola o que coexista o concurra con la acusación pública. La renuncia a la instancia en

la acusación privada se regirá por el c. 1740, pero con dos salvedades o modalidades peculiares exigidas por la misma naturaleza de las causas matrimoniales de nulidad. Una de estas salvedades se refiere al grado en el que puede hacerse la renuncia; otra se refiere a la aceptación de esta renuncia por la otra parte, por el reo.

Los cónyuges actores podrán renunciar a la instancia y podrán abandonar la apelación no en cualquier grado simplemente, sino en cualquier grado no obligatorio: la obligatoriedad de un grado lleva consigo la obligatoriedad de no renunciar en él a la instancia.

Cuando un cónyuge es actor y el otro reo, la renuncia propuesta por aquél, para que sea válida, ha de ser comunicada a éste, y por éste aceptada o al menos no impugnada. Pero nunca se requiere que dicha renuncia sea por el renunciante comunicada al Defensor del vínculo, ni que sea aceptada o no impugnada por éste; ya que por una parte el c. 1740 trata de las partes privadas y el Defensor es parte pública; y por otra, la aceptación por el Defensor del vínculo de la renuncia va implícita en su mismo cargo.

MATEO MARTÍNEZ CAVERO

Profesor del Seminario de Astorga