

EL BIEN PÚBLICO EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES CANÓNICAS

1. ORDENAMIENTO JURÍDICO CANÓNICO Y BIEN PÚBLICO

Tanto el anterior como el actual Código de Derecho Canónico hacen alusión al «bien público eclesástico»¹ *sin recabar su contenido* cuando el canon 1431, § 1 prescribe, para las causas contenciosas, que sea el «obispo diocesano» (no el ordinario del lugar) quien deba juzgar si dicho bien «está o no en juego»^{1bis}. Tarea nada fácil toda vez que el legislador deja sin precisar su ámbito jurídico. Mi objetivo es presentar esta figura básicamente desde la dimensión *ius* matrimonial².

Los *bienes privados* reciben su fundamento del principio de autonomía de la voluntad. Forman parte integral del mismo y se complementan con ese otro bien canónico de rango superior³. De naturaleza pública, por consiguiente nadie en la Iglesia puede apropiarse de su contenido, no es algo privativo de libre disposición. Lo integran principios eclesiales cuyo patrimonio doctrinal indisponible e indispensable no admite la renuncia ni tampoco la transacción.

1 Hay todo un elenco de normas codiciales que integran el libro VII (proceso), donde aparecen alusiones *genéricas* al bien público: cánones 1430 y 1431 (promotor de justicia); canon 1452, que sanciona la limitación del juez al principio dispositivo de los particulares; canon 1481, § 3 sobre la designación de oficio de un abogado en juicios contenciosos, salvo para las causas matrimoniales; canon 1536 para las causas que afectan al bien público, la declaración de partes y confesión judicial pueden tener fuerza probatoria a valoración del juez; canon 1600, § 1, nn. 2 y 3 referencia implícita al bien público, facultando al juez para ordenar cautelarmente prueba complementaria, concluida la causa; canon 1696 para las causas de separación. La indeterminación a la que hice referencia proviene del *Codex* anterior (cáns. 1618, 1586, 1655, 2). Hacía alusión el *Schema de procedura administrativa* preparatorio del Código actual como objetivo de los decretos administrativos: «*Qui decretum fert, id prae oculis habeat et intendat, quod animarum salutem et publico bono maxime conducere videatur...*» (can. 7, § 1).

1 bis Traducción al castellano, un tanto curiosa, porque el bien público eclesástico, en todo caso, nunca puede ser objeto de juego alguno.

2 El profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de Aix-Marseille comenta con ligera ironía el canon 1431, § 2, haciendo referencia al obispo diocesano ante el bien público en las causas contenciosas: «Il s'agit là, cependant, nous semble-t-il, d'une présomption simple: l'évêque diocésain pourrait fort bien juger que dans l'instance nouvelle le bien public n'est plus en cause et écarter ainsi la présence du promoteur de justice». Vid. A. Seriaux, *Droit canonique*, Presses universitaires de France, 1996, 757.

3 De gran interés sobre este tema, la obra de E. Molano, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974.

Hay una clara indefinición codicial, no es descrito no siquiera en líneas generales, concepto que «se hace presente cuando en un proceso entra en juego la salvación de las almas». Se identifica con el *fin último* al que se orienta todo el ordenamiento jurídico canónico. Puntualiza el canon 1752 «in fine» la necesidad de respetar la equidad y salvación de las almas «*quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet*». Aparecen vinculados en el canon 1452, § 1: «*quae publicum Ecclesiae bonum aut animarum salutem*». También en el anterior Código (ex can. 1618) se alude a dicha vinculación en aquellas causas que «atañen al bien público de la Iglesia o a la salvación de las almas» en el sentido de que la actuación del interés privado depende exclusivamente de las partes y, por el contrario, en contenciosos de interés público, la acción o acusación compete a la propia autoridad eclesiástica, como analizaré más adelante ⁴.

Es el *bien común de la comunidad eclesial*. Ese interés general que en las causas judiciales supone una garantía tanto de la propia institución natural como la tutela de la persona. La BAC, comentando el antiguo canon 1586 (CIC 1917), identificaba bien público con «los derechos de la Iglesia y los fueros de la Ley». Juan Pablo II lo contempla desde la misma perspectiva en una de sus Alocuciones ante la Rota ⁵. Forma parte del bien común en la Iglesia tutelar los derechos de los fieles.

Así pues, el bien público incluye razonablemente también los *derechos fundamentales* de la persona en cuanto merecen ser protegidos en su legítimo ejercicio por la autoridad eclesiástica contra el uso antisocial (antieclesial) de otros derechos subjetivos. El canon 223 establece que «tanto individualmente como unidos en asociaciones, los fieles han de tener en cuenta el bien común de la Iglesia, así como también los derechos ajenos y sus deberes respecto a otros». Norma programática donde aparece implicado el bien común eclesial (que incluye al bien público) con la dinámica de los derechos particulares *estableciendo límites legítimos a su ejercicio* tanto de forma individual como asociada ⁶.

En el ordenamiento canónico, el derecho a la tutela que recoge el canon 221, § 1 fue con anterioridad objeto de elaboración para ser integrado en la Ley Funda-

⁴ Ver canon 1431 en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico* IV/1, Pamplona: Eunsa, 1996, 817. Cf. también M. J. Arroba Conde, CMF, *Diritto processuale canonico*, Edurcia, 1994, 189-95.

⁵ Ver el comentario al canon 1586 del anterior *Codex* en la BAC, 2.^a ed., notablemente ampliada, 595. Juan Pablo II, en una de sus Alocuciones, a propósito del promotor de justicia, parece identificar bien común y bien público: «*Il 'promotor iustitiae', sollecito del bene comune, agirà anche lui nella prospettiva globale del mistero dell'amore vissuto nella vita familiare*». Ver su Alocución, año 1981, en *I discorsi del papa alla Rota a cura de Francesco Bersini*, Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1986, 157, n. 464.

⁶ «Como consecuencia de la sentencia que se pretende obtener con la demanda —análogamente a lo que sucede con las causas penales— pueden producirse reducciones o privaciones de bienes jurídicos fundamentales para el fiel o simplemente para la persona humana que aunque no sea bautizado pueda ser litigante en el proceso canónico (can. 1476). Asimismo, nos parece que el concepto de bien público debe tenerse en cuenta si puede resultar menoscabada la autoridad de la Iglesia o quedar los ministros sagrados lesionados en el ejercicio». *Vid.* C. de Diego-Lora en obra, volumen y comentario al canon ya citados, 817-18.

mental de la Iglesia. El derecho a la tutela en dicho proyecto de Ley hubiera pasado a ser en la Iglesia una norma de rango constitucional. Se trata de un derecho a la justicia que dimana de la misma naturaleza humana, pertenece a toda persona y es exigible como derecho subjetivo público⁷. Esta tutela es patrimonio del bien público eclesiástico.

Toda la función administrativa polariza en cierto modo el derecho canónico en dos esferas: una autonomía privada (bienes particulares) y la perteneciente al bien común que incluye el *respeto a los derechos fundamentales* de la persona (bien público). Ambos conjuntos no se contraponen, se complementan. De haber cierta oposición no hay ni de lejos un enfrentamiento institucional como sucede en la sociedad civil entre poderes públicos y ciudadanos. Porque el Bautismo nos une sacramentalmente, nos hace sentirnos una sola Iglesia. Bien común y amor al prójimo fundamentan la vocación universal de todos los cristianos. «Conjunto de condiciones de la vida social —define la *Gaudium et Spes*, n. 26— que hace posible a las asociaciones y cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección»⁸.

La relación que existe entre interés público e intereses particulares es analizada por Labandeira, quien sugiere:

«bien común social no supone necesariamente el particular de cada uno de los miembros, pues algunos bienes son incompatibles con el bien general; y, en todo caso, cuando son de la misma especie, el bien particular debe ceder en todo o en parte ante las exigencias de la comunidad. Así pues, la Administración vela por el *interés general* pero sin olvidar que éste no es incompatible con la atención a intereses individuales, que la Iglesia no puede desconocer»⁹. En un proceso donde las partes no han sido debidamente tuteladas en su *ius defensionis*, mandato procuratorio o representación curatelar; cuando el demandado no ha sido debidamente citado para comparecer en juicio o no se le ha dado le oportunidad conforme a derecho de manifestar libremente su parecer; cuando se obstaculiza al Letrado su acceso a los autos con indefensión para el propio cliente; cuando los interesados ven limitadas sus garantías para alcanzar el patrocinio gratuito y otras omisiones procesales que afectan a los derechos fundamentales de la persona, *entra en juego también el bien público canónico* en cuanto integra el bien común eclesial. Su lesión con daño

7 Cf. R. Rodríguez-Ocaña, «Compete a los fieles reclamar y defender los derechos que tienen en la Iglesia», en *Escritos en honor de Javier Hervada*, IC, Pamplona 1999, 352-53, donde se recoge abundante biografía sobre la defensa de los derechos fundamentales de la persona en la Iglesia.

8 Cf. M. Cabrer de Anta: «Contempla la naturaleza jurídica del bien común de forma semejante», en *Nuevos estudios canónicos*, Vitoria: Seminario Diocesano, 1966, 53.

9 Vid. E. Labandeira, *Tratado de Derecho administrativo canónico*, 2.^a ed. actualizada, Pamplona: Eunsa, 1993, 194-97. A su juicio «*bonum ecclesiae*», «*bonum publicum*» y otras similares que aparecen en el Código son expresiones no del todo extrañas al «*bien común social*», aunque no las identifica en su totalidad, «ya que constituyen simplemente una parcela del mismo en un momento y en unas circunstancias concretas», 195.

moral es en ocasiones irreparable. También, retrasar de forma indebida un juicio alegando «*ragioni prudenziali*»¹⁰.

Nos hallamos en definitiva ante una categoría de *derecho natural* superior y preexistente a la ley positiva canónica. No se confunde con la norma escrita si bien yace en la misma como en las restantes fuentes del derecho canónico: costumbre, analogía, principios generales, jurisprudencia y *praxis*, doctrina científica (can. 19). ¿Cabe afirmar que se extiende a todo el ordenamiento de la Iglesia o bien a una parte del mismo? En su conjunto el Derecho canónico goza de *naturaleza pública*. El hecho, sin embargo, de que pueda sostenerse contrariamente que existe una parcela de nuestro ordenamiento que pertenece al bien privado de los particulares, no es óbice para que pueda entenderse compatible con la poderosa influencia publicística que se advierte en el Derecho canónico¹¹.

Bonet, con relación a las causas matrimoniales, utiliza el término «*interés social*», e identifica la tutela del bien público con la «defensa del orden social» en contraposición (no contradicción) a los «intereses privados de los cónyuges». Desvela su contenido cuando afirma que en las declaraciones de nulidad se halla «siempre en grave peligro» el riesgo de lesionar «uno de los sillares sobre los que se apoya todo el edificio de la sociedad religiosa, y aún civil, esto es, la indisolubilidad del matrimonio. Por eso la Iglesia ha encargado a un ministro especial la tutela de tal indisolubilidad»¹².

El derecho secular alberga una institución de contenido análogo donde se sanciona en el código civil español también de forma indeterminada. Es el *orden público*, que nada tiene que ver con la idea de tranquilidad colectiva o paz social. Supone

10 Libro de consulta para los que trabajamos en tribunales eclesiásticos, contiene buenos consejos. Vid. F. D'Ostilio, *I processi canonici. Loro giusta durata*, presentado por el cardenal Silvestrini, Roma: Edizione Dehoniane, 1989): «*se si verificano delle dilazioni immotivate e puramente dilatorie od ostruzionistiche, il povero attore finisce per divenire vittima di un altro e più grave atto di ingiustizia, proveniente da coloro che per professione sono operatori della giustizia, anzi 'ministri della giustizia'... Invano si tenta, da alcuni, di giustificare certe dilazioni con ragioni prudenziali. Ad un tale tentativo, molto opportunamente rispose Mons G. Dwyer durante la terza Congregazione del I Sinodo dei Vescovi, facendo notare che 'la prudenza non necessariamente si identifica con la lentezza ... talvolta si risolve in una vera ingiustizia'*». También C. de Diego-Lora habla del «derecho fundamental, de naturaleza procesal, de acudir los fieles a los tribunales de justicia cuando se sienten perjudicados en sus derechos, en cuestiones propias del fuero eclesiástico víctimas, en definitiva, de una injusticia. Y de aquí el deber de la Iglesia de regular, dentro de su propio sistema jurídico, y en atención al bien común, comprensivo también de los bienes particulares». Vid. «Tutela procesal de los derechos en la Iglesia», en *Ius Canonicum* 34, n. 67 (1994) 58.

11 Cf. C. de Diego-Lora, «Comentario al canon 1431», obra, volumen y edición ya citados, 819.

12 Vid. M. Bonet, «El matrimonio acusado por el promotor de justicia a tenor del canon 1971», en *REDCI* (1946), 460, 464 y 467. «En las causas de separación, que acaso pueden considerarse como litigios sobre bienes de derecho privado, existe siempre un interés público por la perturbación que supone la separación», 460. Esta monografía parte del comentario a una sentencia de la Rota Romana y es de gran interés para el conocimiento eclesial y jurídico del ministerio público a la luz, como es lógico, del derecho anterior.

un límite institucional a la autonomía privada desde el respeto a los derechos fundamentales de la persona proclamados en la Constitución Española¹³.

2. MATRIMONIO CANÓNICO Y BIEN PÚBLICO

La doctrina fundamental sobre el matrimonio definida por el Vaticano II alude a ese conjunto de condiciones básicas que hace posible la salvación de las almas, principios teológicos que en modo alguno pueden ser objeto de pacto entre consortes, quedan fuera de la libre disposición del fiel y por tanto del ámbito de autonomía privada, ninguna sentencia humana puede cuestionar su validez. Unión formal, libre y voluntariamente consentida entre un hombre y una mujer para la completa comunidad de vida que la *Gaudium et Spes* define en los siguientes términos:

«Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y de amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable... Por su índole natural, la institución del matrimonio y el amor conyugal están ordenados por sí mismos a la procreación y educación de la prole. De esta manera, el marido y la mujer, que por el pacto conyugal *'ya no son dos, sino una sola carne'* (Mt 19, 6), con la unión íntima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y se logran cada vez más plenamente. Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exige plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad. Es sacramento entre bautizados y al mismo tiempo pacto del que deriva un consorcio singular de toda la vida con fines determinados: unidad e indisolubilidad. Es el bien común de los fieles con relación al matrimonio y en su vertiente jurídica forma parte del *'bonum publicum'*»¹⁴.

El Magisterio de la Iglesia lo identifica algunas veces con la noción de orden público o interés social. La *Dignitatis humanae* declara:

«no puede impedirse su ejercicio (derecho de libertad religiosa) con tal de que se respete el *justo orden público*. El documento conciliar añade que el derecho de la libertad religiosa implica también la aceptación de las normas que lo regulan respetando el principio moral de responsabilidad personal y

13 Vid. *Gaudium et Spes* n. 48. El primer capítulo es un tratado sobre la dignidad del matrimonio y de la familia, en *Documentos del Vaticano II*, BAC, 243-52.

14 El artículo 1255 del Código civil español establece libertad de pacto «siempre que no sean contrarios a la ley, la moral y el *orden público*». Es requisito para que el uso social en Derecho civil sea fuente creadora (art. 1, 3.º). Sobre esta figura hace un estudio detallado J. L. Lacruz en *Elementos de Derecho civil*, Parte General, v. 3.º (Derecho subjetivo), cuya nueva edición ha sido revisada y puesta al día por J. Delgado, Madrid: Dykinson, 1999, pp. 138-40. También cf. L. Díez Picazo - A. Gullón, *Sistema del Derecho civil* 1, Madrid: Tecnos, 9.ª ed. reimprimida (Madrid 1998) 378-79.

social, a 'tener en cuenta los derechos ajenos y sus deberes' y concluye diciendo que todo ello «constituye una parte fundamental del *bien común* y está comprendido en la noción de *orden público*»¹⁵.

El bien público tiene una relevancia institucional en las causas matrimoniales canónicas. Aparece implícito como «salus animarum» en el canon 1676, obligando al juez, antes de admitir a trámite una demanda y siempre que vea un hilo de esperanza, a una pastoral de inducir a los cónyuges, en la medida de lo razonable, a convalidar el matrimonio y restablecer la convivencia conyugal. El canon 1691 excluye el disponer libremente mediante la transacción o arbitraje en las causas que se refieren al bien público. Se hallan en juego derechos del bien común de la Iglesia donde no cabe compromiso arbitral¹⁶.

Jacobs, observa que desde su celebración en el matrimonio convergen consentimiento y estructura sacramental. Ambos aspectos, personal y eclesial, no se yuxtaponen pero caminan con vocación recíproca de formar un todo armonioso. En una causa de nulidad matrimonial «volvemos a encontrar estas dos dimensiones: bien público y bien privado». Entre ambos se produce una tensión inicial. A su juicio «el legislador no ha conseguido articular de manera coherente estos dos bienes de tal forma que quedan yuxtapuestos». En el anterior Código prevalecía completamente el primero con todas las prerrogativas del defensor del vínculo. Sin embargo, en el Código actual queda reforzado el bien privado de las partes igualándolo al bien público. No pueden ser dos intereses contrapuestos y ha de mantenerse esa armonía en las causas de nulidad, separación o disolución por rato. Quien protege el bien público no puede ignorar el privado de los interesados y quien se identifica con éste no debe olvidar que el sacramento del matrimonio es una categoría pública de la Iglesia¹⁷.

La justicia eclesiástica habría de reconducirse hacia una *privatización* del bien público ofreciendo trato procesal de parte al defensor del vínculo y promotor de justicia. Al mismo tiempo, *dar acogida* a los intereses privados de los fieles con el mismo afecto y respeto que se merece el bien público eclesiástico. Solamente entonces ambas categorías quedarían implicadas una en la otra y aquella tensión inicial acaba traduciendo en armonía.

El fiscal o promotor de justicia, defensor del vínculo y notario eclesiástico garantizan este bien público ante la administración de justicia. Su tutela no es función exclusiva de uno de ellos. Tres funciones que el Código de Derecho Canónico actual significativamente regula de forma conjunta, cánones 1430-1437. Martínez Cavero ve comprometida la Iglesia y encarnada en la actuación de estas instituciones: «En atención a su rango singular —es la persona moral (can. 113, § 1) univer-

15 Vid. *Documentos del Vaticano II*, BAC, Declaración *Dignitatis humanae*, nn. 2 y 7.

16 Vid. A. Stankiewicz, «Canon 1676», en *Comentarios exegeticos...*, vol. IV/2, Eunsa, 1882.

17 A. Jacobs, «Le droit de la défense dans les causes de nullité de mariage», *Revue de Droit Canonique. VIII Journées d'Études canoniques organisées par les Officialités d'Arras et de Tournai Arrais, 31 août-3 septembre 1993*, 44.1 (1994) 147-98.

sal y originaria— la Iglesia es judicialmente considerada no como parte en la causa; sino como integrante del tribunal mismo, en los oficios del fiscal y del defensor del vínculo¹⁸.

3. PROMOTOR DE JUSTICIA

Cuando en una causa contenciosa, y por tanto en las causas matrimoniales, el obispo diocesano considera que se halla en juego el bien público intervendrá «ad casum» el promotor de justicia como parte o en calidad de tercero. Sin embargo, prescriben las *Normae Sacrae Romanae Rotae Tribunalis* (18-IV-1994, art. 24.1, AAS, 86/1994, 508-40) que en las causas contenciosas, si no está prevista su intervención por ley, a diferencia del canon 1431, será *el ponente* del mismo tribunal de la Rota romana quien emitirá su juicio acerca de si la cosa litigiosa pertenece al bien público.

Su cuna histórica, a juicio de Pinto, «*non è ben definitiva*». Fue la costumbre la que primeramente introdujo la obligación de constituir el oficio de fiscal y así nació como pura *praxis* de Curia. La institución fue creada por Inocencio III (1198-1216) y, añade Palomar, que en su inicio tuvo solo un carácter estrictamente *privado*. El nombre de «promotor» vino con Gregorio IX (1227-1234), donde adquiere un carácter de ministerio *público* y se convierte en estable hacia la segunda mitad del siglo XIII. Promovió una reforma procesal precedida por la iniciativa de varios obispos quienes, por cuenta propia, ya habían proveído en sus diócesis de unos «promotores episcopales». El '*promovens*' fue adquiriendo de forma paulatina sucesivos nombres diversos. En Italia, '*procurator fiscalis*' en el contexto de '*fisco*' como conjunto de cosas y derechos eclesiásticos. En Francia '*registrator*'. Concretamente en la diócesis de Reims aparece denominado '*procurator curiae ad excessos corrigendos*' o simplemente '*procurator excessum*'. Tal pluralidad de nombres tendría su explicación histórica en que la *praxis* unió con el transcurso del tiempo dos oficios, *promotor inquisitorial* y *procurador de las curias eclesiásticas*, en la persona pública del *promotor fiscal*. Explican Roberti y Del Amo que el *promotor inquisitorial* (s. XIII), nació de la incompatibilidad entre la acusación y la función judicial. Persona distinta del juez. Con anterioridad no era así y el obispo inquiría *ex officio* siendo al mismo tiempo juez de la causa. La Iglesia ya vio en aquella época la necesidad de distinguir entre juez, acusador y reo. En cuanto *al procurador de las curias* tenía como función, explica con detalle Morán Bustos siguiendo a Del Amo, «promover en juicio la *vindicta publica* y defender los derechos de la ley, incluyendo entre sus atribuciones, incluso llamar a juicio o citar una sola vez». Así fue como a finales del siglo XIII y comienzos del siguiente, ambas figuras se fusionaron en *procurador fiscal* y se fue introduciendo en

18 Vid. M. Martínez Cavero, *El fiscal en el proceso canónico*. Pequeño resumen publicado de su tesis doctoral, León: Universidad de León, 1989, 10.

todas las curias por la sola fuerza de la costumbre sin ley concreta que regulara esta institución¹⁹.

Este cargo acabó adquiriendo un gran poder curial; tanto que el Concilio provincial de Reims, año 1334 (can. 16) trata sobre los excesos de los promotores de curias eclesiásticas. En los siglos XVII y XVIII, la costumbre de nombrarlos llegó a hacerse universal. Benedicto XIII, al constituir el «*Procurador General*» para la Curia Romana, le encargará el oficio de promover apelaciones en las causas criminales de todas aquellas curias que no tuvieran procurador en la ciudad de Roma. Será en una Instrucción de la Sagrada Congregación de Obispos y Reguladores donde se ordena que en cada curia haya un *procurador fiscal* para la justicia y la tutela de la ley con lo que tal oficio pasó de tener una existencia *de facto* al rango de una «*institutio universalis iuris*». El CIC de 1917 (can. 1586) optó por el término «*promotor iustitiae*», estableciendo una clara distinción con el defensor del vínculo^{19bis}.

Por referirse al bien público y estrecha relación con el proceso criminal, intervenía también en las causas matrimoniales acusando o incluso defendiendo el vínculo conyugal. Su intervención era particularmente necesaria cuando las partes estaban de acuerdo en la nulidad del matrimonio.

El vigente Código lo regula con carácter general en los cánones 1430-1431. Afirma Chiappetta que su constitución en cada diócesis es estable y preceptiva, si bien su intervención en las causas contenciosas es eventual toda vez que miran de por sí al bien privado, pero pueden interesar al mismo tiempo al bien público como sucede en las causas de separación (can. 1696), las que conciernen a personas jurídicas, pupilos, dementes etc. Siempre que actúa es por prescripción de la ley canónica²⁰.

Guarda cierta semejanza con el ministerio fiscal de la justicia civil. En el anterior Código, lo nombraba el Ordinario del lugar provocando la cuestión de si el vicario general poseía la misma atribución. En Derecho canónico es el «*custos et vindex legis*». Acebal, afirma que «es parte en causa sobre todo cuando ambos esposos se oponen a la nulidad. Sin embargo, no es titular del derecho de defensa... ya

19 Muy completa la exposición histórica elaborada por C. M. Morán Bustos en su monografía *El derecho de impugnar el matrimonio. El litisconsorcio activo de los cónyuges*, Salamanca: UPSA, 1998, 169-72.

19 bis Para elaborar esta concisa evolución histórica, me ha sido de gran utilidad la bibliografía que a continuación detallo. M. Palomar, «Intervención del fiscal en las causas de nulidad y separación», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro 2. Ponencias del IV Simposio de Miembros de Trib. Ecles.*, UPSA (1977) 281-82. También, P. V. Pinto, *I processi nel codice di Diritto canonico*, Città del Vaticano: Vaticana Pontificia Università Urbaniana, 1993, 115-56. Imprescindible, F. Roberti, *De processibus* I, Città del Vaticano 1956, 291-4. Vid. S. C. Ep. et Reg., *instr. 11 iun. 1880*, n. 2005, art. 13: «Unicuique curiae opus est procuratore fiscali pro iustitiae et legis tutela», en *Codicis Iuris Canonici Fontes cura Petri Card. Gasparri* IV, Romae: Curia Romana, MCMXXXVI, 1023. L del Amo, La defensa del vínculo (1954) y M. Miele, «Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio», en AA. VV., *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova: Ed. Gherro, Padova, 1991, 137-150.

20 Cf. L. Chiappetta, *Prontuario di diritto canonico e concordatario*, Roma: Edizioni Dehoniane, 1994, 422.

que no defiende un derecho subjetivo propio, un derecho privado, sino que tutela el bien público. Para cumplir esta misión cuenta con los necesarios derechos y facultades, semejantes a los de las partes en causa porque además está equiparado a ellos, pero se trata de un derecho de defensa de tipo distinto.²¹

Su acción recae sobre la totalidad del interés público, no una parte del mismo. «Por esta misma razón —argumenta Cabrerós de Anta— puede el fiscal promover la acción contenciosa en favor de los menores o de las personas morales, cuando no están debidamente asistidos o representados. Así lo exige el mismo bien público». No vela por éste donde quiera que aparezca implicado, sino que como tal promotor solo actúa, con relación al proceso matrimonial, cuando sea exigida su intervención público-protectora²². Siguiendo el espíritu del insigne canonista en mi opinión no supondría violentar el derecho si el promotor pudiera eventualmente ejercer la función de *curador* ante la ausencia de tutor o éste se negara por cualquier motivo a asumir la representación en un supuesto de impugnación del matrimonio. Pueden concurrir en una misma parte promotor y cónyuges al no ser bienes *estrictamente* contrapuestos sino dos dimensiones conciliables.

«La misión del ministerio público fiscal en el Derecho canónico —afirma García Faílde— no es la de vigilar la administración de la justicia (esto compete al obispo y a la Santa Sede), ni siquiera la de defender el bien público sino la de instar para que el juez procure el bien público interviniendo en la causa a semejanza de las partes»²³. Nada que objetar al ilustre rotalista aunque, en mi opinión, es una conclusión válida a la luz del anterior Código (ex canon 1586) que se limita a determinar su nombramiento cuando «a juicio del ordinario corre peligro el bien público» y no dice nada más. Por el contrario, el canon 1430 del actual Código explicita y añade «qui officio tenetur *providendi* bono publico». El legislador le concede ahora una función más completa: *promover* y *velar* al mismo tiempo.

Puede impugnar por derecho el matrimonio sólo cuando se cumplan conjuntamente estos dos requisitos: divulgación de la nulidad y que no sea posible o conveniente convalidarlo (can. 1674). Actuación extraordinaria que se identifica con una razón de grave escándalo. Dicha cláusula aparece ya en el *Schema* de 1976. Su razón se debe a esa presencia del bien público. El juez debe emplear toda clase de medios pastorales, siempre que vea una esperanza de éxito, para que los cónyuges convaliden su matrimonio (can. 1676). Rodríguez-Ocaña comenta que incluso el propio promotor de justicia ayudará al juez en esa tarea pastoral de salvar el matrimonio. Con carácter subsidiario, ante una imposibilidad jurídica (impedimento no dispensable) o fáctica (ausencia de una de las partes, en paradero desconocido), o bien ante un

21 J.L. Acebal, «El derecho de defensa en las causas de nulidad», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* XI, Salamanca: UPSA, 1994, 295.

22 M. Cabrerós de Anta, *Nuevos Estudios Canónicos*, Eset 1966, 615-16.

23 Vid. J. J. García Faílde, *Nuevo Derecho procesal canónico*, 3.ª ed. Salamanca: UPSA, 1995, 83. Apoya su argumentación acudiendo a la doctrina anterior. Cf. L. Lazzarato, «Il promotore di giustizia esercita funzioni giurisdizionali?», *Il Diritto Ecclesiastico* 48 (1937) 366-68.

supuesto de no conveniencia como puede suceder cuando los divorciados civilmente han establecido por su cuenta nuevas relaciones afectivas y piensan contraer ulteriores nupcias, revalidar entonces aquel matrimonio es totalmente inviable²⁴.

Si bien interesa la defensa de la indisolubilidad del matrimonio que se confía al defensor del vínculo, también puede interesar al bien público se declaren nulas las uniones que lo fueron, en caso contrario se podría derivar un perjuicio para la propia comunidad eclesial. Cuando los propios cónyuges no impugnan su unión de forma subsidiaria actúa el promotor de justicia porque el bien público se identifica con la verdad objetiva que debe prevalecer siempre. Y al impugnar el matrimonio el promotor de justicia no actúa como titular de un derecho, sino solamente para la protección del interés público²⁵.

Al momento de ejercer derechos de iniciativa procesal se constituye en *parte* pero cuando emite un voto o un parecer sobre una materia concreta tiene más bien la consideración de un *perito*²⁶. Late en su noble función una cierta *diaconía*.

El cargo puede recaer sobre un clérigo (se incluyen, por tanto, los diáconos permanentes) o laico siempre que sean de «buena fama» con cualificación idéntica a los jueces: «doctores o licenciados en Derecho canónico». Además se requiere «probada prudencia y celo por las almas. Puede desempeñarse el cargo juntamente con la función pública del defensor del vínculo por una misma persona (can. 1436) siempre que la actuación común no recaiga en una misma causa.

El fiscal diocesano «quizás en otros tiempos pudo ser una figura del mayor respeto —aventura M. Palomar— y aún signo de la rigidez de la Iglesia, ha venido a ser considerado en el ámbito eclesiástico como pieza o figura anacrónica que se esfuerza por mantener, en ese reducto de los tribunales, unos fueros decayentes o casi extintos, o posiblemente una especie de beneficio cómodo»²⁷.

Ciertamente la escasa regulación que le concede el actual Código se contrapone a la amplitud y pluralidad de sus funciones jurídicas, siempre implicado el bien público y, por tanto, actuará eventualmente por indicación expresa del obispo diocesano o porque la norma canónica así lo obliga con carácter de generalidad:

- Eventual parte actora en causas matrimoniales y sucesivas instancias.
- Dictaminar sobre las cuestiones incidentales de justicia gratuita.

24 Cf. R. Rodríguez-Ocaña, «Canon 1674», en *Comentario exegético* IV/2, EUNSA, 1861-65. Cabe el supuesto de discrepancia entre promotor y juez quien aprecia una vía pastoral abierta a la subsanación. En mi opinión, toda vez que no hay dependencia y aquél actúa por derecho propio su demanda acusando la nulidad del matrimonio, debe ser admitida si su contenido y fuero de competencia son conformes a la normativa canónica.

25 Cf. C. M. Morán Bustos, *El derecho de impugnar el matrimonio: el litisconsorcio activo de los cónyuges*, Salamanca: UPSA, 1998, 238. Cf. también M. Mele, «Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio», en AA. VV., *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova: Gherro, 1991, 157.

26 Cf. C. M. Morán Bustos, *o. c.*, 239.

27 Vid. M. Palomar, «Intervención del fiscal...», *o. c.*, 291. No comparto en absoluto esta opinión. Hoy las Iglesias locales necesitan más que nunca del *promotor de justicia* como garantía alma del bien público.

— Intervenir en el contencioso criminal que exige del promotor de justicia una especial cautela y sensibilidad, tanto en la vertiente jurídica como en la pastoral. Ello implica respetar los derechos fundamentales del fiel.

— Puede asesorar en general al obispo diocesano acerca de cualquier cuestión jurídica especialmente en la práctica curial temas de asociaciones y fundaciones.

— Tal vez podría pedir y de forma eventual ejercitar con el beneplácito del vicario judicial la función de *curador* cuando en algún caso determinado la institución tutelar del discapacitado parte actora no fuera objeto de completa garantía o no existiera. El actual Código nada dice al respecto pero no lo prohíbe. El promotor de justicia tutela el bien público en un sentido amplio cuidando que se respeten los derechos fundamentales de la persona. Puede acompañar al que no se vale por sí mismo en calidad de parte actora tanto a lo largo del proceso como en las sucesivas instancias. Esta cuestión requiere un estudio pormenorizado en otro lugar.

— Es parte pública en las causas judiciales de beatificación y administrativas (el *orador*) en causas de dispensa relacionadas con el sacramento del orden.

— Atender pastoralmente alguna queja eclesial por parte de los fieles de su diócesis siempre atento a todo lo que pudiera suponer una lesión del bien público. El *promotor de justicia*, desde esta función tan delicada, podría dar vida a la figura del *Defensor del diocesano Pueblo de Dios*, no regulada en el Código, aunque entendemos que es necesaria para que algunos derechos fundamentales de la persona sancionados en la ley universal de la Iglesia tengan eficacia práctica.

No necesariamente ha de ser desempeñada esta función pública por una sola persona (clérigo o laico). Las grandes diócesis podrían polarizarla en el *fiscal diocesano* especialista en ambos derechos en la vertiente sustantiva y otra persona ser el *promotor de justicia* propiamente ante el Tribunal eclesiástico, profesional preparado en Derecho procesal canónico ^{27bis}.

4. DEFENSOR DEL VÍNCULO

Función pública de gran antigüedad en el Derecho procesal canónico ²⁸. Introducida por Benedicto XIV (1740-1758) al comienzo de su pontificado precisamente

^{27 bis} De interés práctico por su originalidad la monografía de J. Riera Rius, «Un procedimiento gratuito, rápido y flexible», en *El Ciervo*, nn. 546-47 (septiembre-octubre 1996). «Es el caso indicar que esta nueva institución (*Defensor del Pueblo*) se presenta en este artículo como figura *praeter ius* pero no *contra ius*, aunque tampoco *secundum ius*».

²⁸ Vid. Constitución Apostólica *Dei miseratione*, 3-XI-1741. Dicha Constitución se halla en el *Bullarium Benedicti XIV* (4 vols.), concretamente, vol. 1. Pocos años después el mismo Pontífice promulgó la Constitución *Nimiam licentiam* (18-V-1748) y extendió la competencia del defensor del vínculo a la profesión religiosa solemne. Más tarde, en el siglo XIX, esta institución alcanzó la orden del subdiaconado por la Instrucción de la Congregación del Concilio de 7-V-1838. Cf. L. Chiappetta, *Pronuario di diritto canonico e concordato*, Roma: Ed. Dehoniana, 1994, 422.

para acabar con ciertas corruptelas y abusos que se estaban cometiendo en las causas de nulidad matrimonial, manipulaciones de los propios cónyuges que acudían torticeramente a los tribunales eclesiásticos. El Papa boloñés era un experto en Derecho, buen conocedor de la historia eclesiástica, amante por cierto también de las letras y las ciencias que difundían las corrientes ilustradas de su tiempo²⁹. Mostró decisión en la defensa del derecho de la Iglesia, agudo conocedor de los problemas de su tiempo, abierto al diálogo, firme en la tutela de los principios cristianos³⁰. Fue este Romano Pontífice, con las circunstancias que le rodeaban, quien constituyó el oficio del *Defensor Matrimonii* para todas las diócesis de la Iglesia Católica y había de ser necesariamente clérigo, instruido en la ciencia del Derecho, bien probado en virtudes humanas.

Desde el primer momento aparece como dinámica procesal pasiva, parte pública y necesaria. Su función: hacer efectivo el interés público de la Iglesia en que sean declarados nulos de forma exclusiva aquellos matrimonios que lo sean efectivamente³¹. Desde su aparición pretende la tutela del bien público ante los procesos matrimoniales en lo que hace referencia a la estricta defensa del vínculo.

Con la introducción de este nuevo oficio eclesiástico, Lambertini (Benedicto XIV) dará «una volta a tutta la materia matrimoniale, la cui legislazione fino ad oggi conserverà le linee fissate da lui»³². Aunque con anterioridad, el Cardenal Hostiense (Henricus de Segusio, 1271) ya sugería un *defensor público* ante casos de ataques a la validez del matrimonio por parte de terceros con la inhibición de contrayentes y familiares. Para evitar injusticias, el insigne canonista medieval postulaba su designación al objeto de evitar una sentencia injusta. Si se llegaba a un punto en que nadie acudía ni como defensor ni como testigo, el juez requería informes sobre alguna persona que pudiera declarar a favor de la validez del matrimonio. En la Antigüedad, el Derecho romano ya contemplaba la presencia del «procurador del César», quien representaba los intereses del emperador en los litigios ante los pretores. Sin embargo, la doctrina reconoce que fue Benedicto XIV quien instauró formalmente y modeló este cargo eclesiástico³³.

Por aquella época ya había el convencimiento de que la imagen de la Iglesia no podía quedar dañada por intentos de fraude o dolo³⁴. Se daban casos de cónyuges que pleiteando llegaban a casarse tres o cuatro veces y ello ocurría, parte

29 J. Galtés Pujol, «Un jubileu aprimorat», (1750). *Full Dominical* del Arzobispado de Barcelona n. 42/1999.

30 Cf. A. Favale, su *prefazione* a la obra de T. Bertone, *Il Governo della Chiesa nel pensiero di Benedetto XIV (1740-1758)*. Roma: LAS, 1977.

31 Cf. *Comentario Exegético...*, vol. IV/1, 826.

32 Vid. T. Bertone, o. c., 137.

33 Cf. R. Naz, «Voz 'Benoit XIV'», en *Dictionnaire de Droit Canonique*, t. II, Paris 1937, 752-61. También cf. S. Panizo, *Temas procesales y nulidad matrimonial*. Ed. Trivium, 1999, 242.

34 «Ad officium autem Defensoris Matrimonii buismodi, ut supra electi, spectabit in iudicium venire ... eumque oportebit in quolibet actu iudiciali citari, adesse examini testium, voce et scriptis Matrimonii validitatem tueri eaque omnia deducere, quae ad Matrimonium sustinendum necessaria censebit», transcrita del «*Bullarium...*» y recogida por T. Bertone, o. c., 137, nota 53.

por culpa de los tribunales y parte por maliciosa habilidad de los mismos cónyuges quienes actuaban los dos de mutuo acuerdo como parte actora contra el vínculo, aunque se mostrasen disconformes o pleiteaban uno solo sin oposición alguna, logrando así sentencia favorable a su propósito y se volvían luego a casar cada uno por su cuenta. De todas formas la protección del vínculo no estaba abandonada con anterioridad a la *Dei miseratione* de Benedicto XIV: de un modo vago y general las funciones del nuevo defensor del matrimonio las desempeñaba anteriormente el Promotor Fiscal ³⁵.

Tiempo después, una Instrucción de la Sagrada Congregación del Concilio (22-VIII-1840) extendió el deber de citación judicial al *defensor del matrimonio* en las causas de disolución para los ratos y no consumados. Posteriormente, la Congregación del Santo Oficio, en una Instrucción de fecha 20-VI-1983, dirigida a la Iglesia del rito oriental, utilizó por vez primera la denominación «*defensor vinculi*». Quedó universalizado en los cánones 1586 y 1587 del anterior *Codex*, donde se contempla junto al promotor de justicia. Actualmente se regula en los cánones 1432-1436 y 1096-1100 del Código de Derecho Canónico para las Iglesias Orientales.

De naturaleza jurídica compleja ³⁶. Únicamente me detendré en analizar su función sin entrar en detalles de actuaciones concretas.

A semejanza del promotor de justicia, se equipara a la parte en calidad de pública y *privilegiada*. En los procesos matrimoniales será citado forzosamente bajo sanción de nulidad, salvo que se haya hecho presente o, al menos, haya podido cumplir su misión antes de la sentencia, mediante el examen de las actas (can. 1433). Goza de legitimación pasiva necesaria proponiendo y manifestando todo aquello que puede aducirse razonablemente contra la nulidad o disolución (can. 1432). Implica la defensa del bien público toda vez que el sacramento del matrimonio, como se analizó antes, forma parte del orden público eclesial. Por consiguiente, no tiene el condicionamiento del promotor de justicia —*si in iudico sit*—, tal como prescribe el canon 1678, § 1 ³⁷. Sin embargo, de forma eventual, puede desempeñar la legitimación activa cuando apela contra alguna sentencia afirmativa.

A juicio de Acebal, «queda ahora mejor definido que en el Código de 1917. A ello contribuye decisivamente el hecho de haber tratado en cánones distintos el oficio del promotor de justicia y el defensor del vínculo. Aquel aparece más nítidamente como tutor del bien público y de las leyes; éste es un ministro público que tiene por oficio la obligación de velar por el vínculo de la sagrada ordenación y del matrimonio cuando son impugnados. Es decir, que el defensor del vínculo *se ocupa*

35 Cf. L. del Amo, «La defensa del vínculo», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1954, 202-3.

36 «Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídico-procesal del defensor del vínculo matrimonial. Quizás en algunos momentos no se ha calibrado bien la diferencia entre defensor del vínculo como oficio curial y su posición procesal». Vid. R. Rodríguez-Ocaña, «La función del defensor del vínculo. Referencia a las causas matrimoniales por incapacidad», en *Ius Canonicum XXXI*, n. 61 (1991) 174.

37 Can. 1678, 1. «El defensor del vínculo, los abogados y también el promotor de justicia, *si interviene en el juicio*, tienen derecho...».

de una parcela muy concreta de asuntos donde también está en juego el bien público, no ejerciendo nunca funciones acusatorias»³⁸.

Ambos ministerios pueden ser *atribuidos* a una misma persona aunque nunca *ejercidos* ante una misma causa por razones de seguridad jurídica (cáns. 1435 y 1436).

El anterior Código de 1917 (ex can. 1968, § 3) imponía al defensor del vínculo el deber de «escribir y alegar razones contra la nulidad del matrimonio y pruebas en pro de su validez... y aportar todo aquello que juzgue útil para defenderlo». La Instrucción *Provida Mater* sobre causas matrimoniales —comenta Panizo—, «después de reproducir a la letra el antedicho canon, precisa que la actuación del defensor se lleve a cabo de tal forma que no suprima lo que sea necesario u oportuno para conocer plenamente la verdad». Se puede observar ya en este último párrafo —añade acertadamente Panizo— la entrada en escena de la palabra *verdad* como aspiración última de las investigaciones del defensor y tope incluso de sus actuaciones en favor del vínculo. Dos papas de nuestro siglo precisarán el alcance de la expresión *pro rei veritate*³⁹.

Pío XII alude a esa búsqueda de la verdad:

«Al defensor del vínculo toca sostener la existencia o la continuación del vínculo conyugal, pero no de modo absoluto, sino subordinadamente al fin del proceso, que es *la investigación y el logro de la verdad objetiva* ... Debe colaborar al fin común, indagando, exponiendo y aclarando todo cuanto se pueda aducir en defender la validez del matrimonio de forma absoluta».

Más adelante insiste sobre esta cuestión:

«No se objete que el defensor del vínculo debe redactar sus animadversiones no (tanto) *pro rei veritate* sino (más bien) *pro validitate matrimonii*. Si con esto se quiere significar que tiene por misión propia poner de relieve todo aquello que habla en favor y no aquello que va contra la existencia o la continuación del vínculo, *la observación es justa*. Pero si, por el contrario, se quiere afirmar que el defensor del vínculo en su acción no está obligado a servir también, como a último fin, a la comprobación de la verdad objetiva, sino que debe incondicionalmente e independientemente de las pruebas y de los resultados del proceso sostener la tesis obligada de la existencia o de la necesaria continuación del vínculo, esta argumentación hay que considerarla como falsa. En este sentido todos los que tienen parte en

38 Vid. J. L. Acebal, «Comentario a los cánones 1432-1433», en *Código de Derecho Canónico*, BAC, 9.^a ed. Y añade, glosando el canon 1434 en la BAC, 15.^a ed. (1999): «sus funciones nunca son acusatorias, sino de defensa. Las dos normas generales enunciadas hacen que el promotor de justicia y defensor del vínculo queden ampliamente equiparados a las partes. teóricamente ninguno de ellos ostenta la condición de parte en sentido *formal*, no por interés propio o particular».

39 Cf. S. Panizo, *o. c.*, 243.

el proceso deben sin excepción hacer converger su acción en el único fin: *pro rei veritate*⁴⁰.

El canon 1432 subraya la razonabilidad de esta función pública: «por oficio debe proponer y manifestar todo aquello que pueda aducirse *razonablemente* contra la nulidad o disolución. El defensor del vínculo tiene la obligación legal de pronunciarse (*«qui officio tenetur»*) no puede callar, no se limita a unas alegaciones finales. Sus observaciones puntuales en la instrucción de prueba y antes de ser publicados los autos no son ciegas pretensiones en pro de la validez del matrimonio. Por el contrario, hay un interés razonable de proteger lo que hay de bien público en la indisolubilidad del matrimonio que no puede quedar lesionado por un procedimiento ilegal con sentencia injusta⁴¹.

Con todo, al defensor del vínculo no se le confía la tutela general de la ley sino más bien la tutela del derecho sustantivo referente al matrimonio. De ahí que su función asesora debe limitarse a procurar razonablemente la observancia de los cánones que miran a la validez del vínculo⁴².

En una de sus Alocuciones al Tribunal de la Rota, Juan Pablo II apuntó que no le corresponde «evaluar los argumentos en pro o en contra y pronunciarse sobre la existencia de la causa», función que corresponde al juez, sino que está llamado «a colaborar en *la búsqueda de la verdad objetiva*»⁴³.

40 Audiencia de fecha 2-X-1944 (AAS, vol. 36, año 1944). Su versión italiana en *I Discorsi del Papa alla Rota Vaticana*, Roma 1986, 21-2.

41 «Nunca debe pedir explícitamente la nulidad, pero en sus observaciones puede declarar que no encuentra motivos razonables contra la concesión de la nulidad o disolución, sometiéndose así a la justicia del Tribunal». Vid. A. Benlloch y otros autores en comentarios al *Código de Derecho Canónico*, 5.^a ed., Edicop, 1999), canon 1432. Sobre la misma implicación del promotor de justicia y defensor del vínculo afirma el Dr. Bonet que ambos oficiales están «encargados de asegurar la protección del bien público, pero de estructura tan distinta que pueden llegar a ser, como en las causas de que tratamos, partes opuestas en un mismo juicio», *vid. o. c.*, 457. «El defensor del vínculo tiene derecho a declarar que, después de un concienzudo y profundo examen del caso, no ha hallado una objeción razonable para oponerse a la petición del demandante. Sin embargo, no debe ir más allá de esta declaración y menos aún expresarse en favor de la nulidad o de la disolución». *Vid.* The Canon Law Society of Great Britain and Ireland en asociación con The Canadian Canon Law Society; ambas asociaciones comentan el CIC, *The Canon Law. Letter-Spirit*, canon 1432, n. 2891, 831.

42 Cf. M. Bonet, *o. c.*, 460-461. Sin embargo, yo entiendo que esa tutela del derecho sustantivo referida al matrimonio es también bien común. L. del Amo (en *o. c.*, pp. 244-45) plantea el tema del asesoramiento al juez: «sin faltar a la verdad pone de relieve lo que falta tocante a hechos y lo que pide en derecho la ley como mejor garantía en estas cuestiones gravísimas en las que el Derecho tanto favor concede al matrimonio». Monseñor del Amo contempla también su «vigilancia atenta al juicio» en cuanto que vela por la verdad y «por los medios» aptos para hallarla. Concreta la vigilancia en el objeto de la controversia, intenciones de las partes, medios de prueba y solemnidades procesales, 245.

43 Cf. Juan Pablo II, «Alocución a la Rota Romana», en AAS (1988) 1178-85, n. 2. Otras referencias del Romano Pontífice en versión italiana, *I Discorsi del Papa...*, obra y autor de la recopilación ya citados, nn. 405, 462 y 463. También J. J. García Faílde se hace eco de estas palabras del Papa: *ver o. c.*, 85.

Efectivamente, no hay razón para que el orden público eclesial aboque de manera ciega, forzando incluso, hacia una validez del matrimonio, siempre respetando el principio codicial «*gaudet favore iuris*» del canon 1060. Cada vez más en la práctica ejerce una función de *asesoramiento* al Tribunal, ayudándole en el esclarecimiento de los hechos con pequeños dictámenes; así, por ejemplo, su habitual intervención en los trámites sobre beneficio de pobreza, donde actúa más en calidad de ministerio público que estrictamente como defensor del vínculo⁴⁴.

•El estudio de esta figura, típica y específica del ordenamiento canónico y con una proyección de gran protagonismo institucional en las causas matrimoniales de nulidad, debe conducirnos a ver en ella, sobre todo en los momentos actuales, la expresión eclesial de una búsqueda del equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la verdad y la defensa de las instituciones»⁴⁵.

Finalmente, comparando ahora las dos jurisdicciones, hasta qué punto cabe hablar en vía civil de supuesta *indefensión* para quien en vía canónica fue declarado ausente (caso del paradero desconocido) toda vez que la presencia activa del defensor del vínculo oponiéndose razonablemente a la nulidad o disolución garantiza una sentencia o resolución pontificia justas, no hay motivo para rechazar sus efectos civiles. Carece de sentido tal medida judicial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil nacida desde la desconfianza. La jurisdicción ordinaria parece no tener en cuenta la función pública del defensor del vínculo. Dicha función pide ser reconocida en la jurisdicción civil. El legislador estatal desautoriza las instituciones procesales canónicas con su rechazo incomprensible⁴⁶.

Dada su importancia práctica, merece cierto detenimiento la cuestión sobre presencia del defensor del vínculo en la instrucción de la causa, tema complejo donde se entrecruzan razones jurídicas y pastorales. A mi juicio, su análisis obliga a distinguir varias cuestiones.

— *Debe ser citado judicialmente.* El anterior *Codex* (ex can. 1587, § 1) invalidaba las actuaciones si no había citación, salvo que de forma espontánea el defensor del vínculo interviniera de hecho en la causa. El actual Código (can. 1433) añade algo a la misma norma: «aut saltem ante sententiam actis inspectis, muneri suo fungi potuerint». Supone una cláusula nueva próxima a la equidad en cuanto que suaviza el riesgo de invalidez de todos los actos. Hubiera sido de mayor precisión añadir al texto la necesidad de ser citado *debidamente* o bien *legítimamente*. Porque cabe un decreto de citación imperfecta tanto en su contenido sustancial como en la forma de ser redactado, notificación incorrecta o fuera de plazo.

44 «En estas cuestiones sobre el beneficio de pobreza ... no tiene carácter, como es evidente de protección del vínculo; sino de tutela del bien común, lo cual hace en estos casos juntamente con el promotor de justicia». Vid. L. del Amo, *o. c.*, 504. Intuyó que el legislador estaba concediendo en el anterior Código un aumento de facultades al defensor del vínculo (505).

45 Vid. S. Panizo, *o. c.*, 241.

46 Acerca de esta cuestión, cf. M. López Alarcón - R. Navarro Valls, *Curso de Derecho matrimonial canónico y comparado*, 5.ª ed., Madrid: Tecnos, 365-66. También cf. V. Reina - J. M.ª Martinell, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid: Marcial Pons, 1995, 817-25.

— *Necesidad de que intervenga.* El *Codex* anterior preveía esta circunstancia (ex can. 1587, § 2) cuando al ser citado no se presenta. Los actos eran válidos siempre que las actuaciones judiciales, finalmente, hubieran sido objeto de examen. Sorprende que el actual Código (can. 1433) nada estipule al respecto, norma de formulación condensada y provoca con ello una laguna legal. Cabe acudir a la figura de la analogía aplicando la vigente norma de ausencia de citación o bien hacer extensible implícitamente el antiguo canon 1587, § 2. Ambas opciones llevan a la misma solución: la validez sobrevenida de todo lo actuado por control posterior del defensor del vínculo dando su parecer de palabra (constancia en acta notarial) o por escrito. Sin embargo, cada opción ofrece vías distintas: la analógica es condición suspensiva (todo es nulo salvo que posteriormente haya examen de autos), la del CIC anterior utiliza la condición resolutoria (todo sigue siendo válido siempre que haya examen de las actuaciones).

— *Conveniencia pastoral de que el defensor del vínculo se haga presente ante peritos, partes, y testigos.* La intervención institucional de este ministerio público supone todo un signo jurídico eclesial: el contrato matrimonial se presume válidamente celebrado mientras no haya prueba en contrario. Con su presencia física a lo largo de la instrucción de la causa evidencia a los particulares la neutralidad del juez eclesiástico junto a una defensa del vínculo que protege el bien público del matrimonio y aquel matrimonio concreto. Sin embargo, en tribunales eclesiásticos con cierto volumen de trabajo la presencia física en cada declaración es materialmente imposible. En la práctica la defensa del vínculo no implica un trabajo de total permanencia, no así el vicario judicial, sus adjuntos (jueces de sala) y notarios eclesiásticos. Su tiempo para el Tribunal se asemeja al de un juez diocesano, letrado o perito. No es dedicación exclusiva, se hallan comprometidos con otras labores diocesanas. Me refiero especialmente a los que somos sacerdotes. ¿Cómo hacer compatible norma canónica y necesidad pastoral? Presencia física en todas las causas y cada una de sus declaraciones se descarta por completo en los grandes tribunales. Los autos son válidos con la citación formal, constancia en acta de dicha citación y acceso posterior a la causa con sus intervenciones puntuales que implican implícitamente un conocimiento de la misma. Sin embargo, el juez instructor, ante casos de especial dificultad, podría encarecer al defensor, recordar mediante Decreto, su deber de asistencia efectiva. Al menos, acabada la declaración y previamente a su lectura por el notario, podría hacer puntualizaciones en forma de preguntas, garantía de una futura sentencia justa. Su deber de asistencia es grave cuando alguna causas albergan oposición de parte a toda la nulidad y el consorte demandado comparece activamente con defensa y representación. El no ver nunca al defensor del vínculo quien, en principio, se supone unido a su pretensión procesal puede provocar un daño moral al propio interesado a la defensa y representación e indirectamente a toda la Iglesia, al bien público del propio sacramento del matrimonio, de aquel matrimonio concreto⁴⁷.

47 Sobre esta cuestión, de forma muy sucinta, hay un estudio de gran interés por A. Sériaux, *o. c.*, 758, donde glosa en nota a pie de página que la pasividad injustificada de un defensor del vínculo, si bien a la larga no conduce a la nulidad del proceso, puede provocar una legítima queja y su negligencia podría estar castigada con la pena reflejada en el canon 1389, § 2.

— *Desempeño de la función pública por varias personas.* En muchas diócesis, la defensa del vínculo es asumida por una pluralidad de peritos. Uno de ellos, podría hacer la función de moderador o coordinador. El actual Código no regula esta figura, que puede ser objeto de legislación particular o reglamento de un tribunal eclesiástico. Que un defensor público coordine a los restantes evitaría la dispersión de criterios de actuación en la *praxis* forense. Eliminaría una heterogeneidad peligrosa que provoca cierta confusión en jueces eclesiásticos, letrados y peritos adscritos al tribunal. Esta función armonizadora que, en principio, es competencia del vicario judicial, podría ser delegada en el defensor del vínculo de mayor veteranía. En cada diócesis habría que estudiar la fórmula jurídica más adecuada.

Este ministerio público, comenta Easton, que el defensor del vínculo debe extraer con coraje e inteligencia cualquier argumento razonable que surja de la prueba en favor de la validez del matrimonio. Un buen resultado que se puede deducir de su función podría ser la reapertura de la investigación para aclarar el cuadro completo y resolver contradicciones. Sus argumentos son importantes por lo que dice y por lo que deja de decir. En algunas causas sacará a colación muchas observaciones sobre la debilidad de las pruebas e incluso recalcará las contradicciones que presentan los testigos'. El juez tendrá en cuenta sus argumentos no porque los diga él, sino en la medida que son lógicos y creíbles. El profesor de «*canon law*» en el Seminario anglosajón de St. Meinrad concluye que «ayer como hoy el *defensor de matrimonio*, antigua expresión de Benedicto XIV, tiene mucho que hacer en nuestra cultura del divorcio, el defensor es el abogado para una postura contracultural en el proceso»⁴⁸.

5. NOTARIO ECLESIASTICO

El canon 1437 establece que «en todo proceso debe intervenir un notario de manera que las actas son nulas si no están firmadas por él. Las actas firmadas por un notario hacen fe pública». El artículo 37 de la Instrucción *Provida Mater Ecclesia* (1936) relativa a las causas de nulidad matrimonial hacía una relación sucinta de las competencias del notario y la primera de todas era poner cada cosa en orden con diligencia y fidelidad⁴⁹.

El oficio de notario judicial fue introducido de forma general y obligada por Inocencio IV (año 1215), tanto para el juicio ordinario, como para el extraordinario. Se le llama *actuarius* en el ámbito judicial por su relación directa en la autenticidad de las actas del proceso⁵⁰.

El bien público eclesiástico queda desprotegido desde sus cimientos si los hechos en que se basa la pretensión favorable o su oposición no son debidamente constata-

48 Vid. F. C. Easton, «The defender of the bond: then and now», *Proceedings of the fifty-ninth annual convention. Canon Law Society of America* 59, Washington 1997, 136-62.

49 Cf. X. Ochoa, *Leges Ecclesiae* I, n. 1347, col. 1748.

50 Cf. S. Panizo, *o. c.*, 249.

dos bajo fe pública. La función principal del notario es redactar actas y otros documentos públicos, dando autenticidad a todo lo que antecede a su firma, que siempre será la última en los actos procesales. Tal función se extiende al contenido del documento público y fecha del mismo. Ante los documentos privados dará constancia pública del día que se unen a los autos. La fe pública incluye la autenticidad de simples fotocopias cuando el notario las conforma con su original (can. 484). También le compete la custodia de documentos según las prescripciones de los cánones 486-488. Para las causas matrimoniales, puede ser clérigo o laico, persona «de buena fama y por encima de toda sospecha; en las causas en las que pueda ponerse en juicio la buena fama de un sacerdote, el notario debe ser sacerdote»^{50 bis}.

La doctrina siempre ha valorado al profesional fedatario como un *magister actorum* un técnico especialista en normativa procesal. Animiza un proceso matrimonial ordenando de forma cronológica las actuaciones judiciales, bajo su fe tanto una demanda puede ser interpuesta de forma verbal como constituirse el Tribunal, es testigo cualificado en el acta de deliberación y es la voz de la justicia cuando la sentencia se pronuncia, publica y notifica a las partes. Las actas son nulas si no son redactadas y firmadas por él. En rigor, comenta De Diego-Lora, «antes de pronunciar la sentencia, si el juez advirtiera la falta de firma notarial en el acta judicial, debe *ex officio* declarar su nulidad pudiendo de forma eventual dar conocimiento al promotor de justicia para que se personara en autos como tercero necesario, al estilo del canon 1597 interponiendo una causa incidental de nulidad o querrela de nulidad contra la sentencia. Puede entenderse que está en juego el bien público cuando se han elaborado actos judiciales sin la debida garantía procesal»⁵¹.

El *Codex* anterior prescribía que el Notario no podía «*ad validitatem*» ejercitar sus funciones fuera del territorio del Obispo diocesano que le había nombrado (ex can. 374, § 2) y glosa al respecto Chiappetta que dicha disposición no ha sido reproducida en el nuevo Código «per cui alcuni ritengono che sia stata soppressa. Una tale interpretazione non sembra però sostenibile, poiché —aunque quelli civili— son *ex se* soggetti al limite territoriale e fuori del proprio distretto non possono prestare la loro opera»⁵².

Sus actuaciones son constancias bajo fe pública y *apud acta* que dan credibilidad a la singladura procedimental. Unas son preceptivas como las que siguen a todo Decreto, haciendo constar la fecha de notificación, medio utilizado y personas destinatarias del Decreto. Otras lo son por orden judicial, como actas recogiendo una resolución del juez, o ratificación de la pericia. Otras son simples diligencias que el notario considera prudente plasmar en autos: alguna conversación telefónica de relevancia para la causa, dando fe no tanto de con quien se comunica sino de la conversación en sí misma como tal hecho, presentación de documentos, envío o recepción de cartas. De especial interés una modalidad de diligencia originada en la *praxis* de nues-

50 bis ¿La referencia a la «buena fama y por encima de toda sospecha» se refiere también al clérigo? El legislador no distingue, se supone que alude tanto a uno como a otro *status*.

51 Canon 1437; cf. C. de Diego-Lora, *o. c.*, 867-68. Mandato legal que no debe descuidarse en la *praxis* de nuestros Tribunales.

52 Vid. L. Chiappetta, *Prontuario di Diritto e concordatario*, Roma: Edizioni Dehoniane, 1994, 801.

tros Tribunales eclesiásticos la que puede seguir a una declaración de parte o testigo o incluso a una ratificación del perito. El notario constata de alguna eventual actitud de quien declara colaborando con ello a letrados, defensor del vínculo y jueces a conocer la motivación de una persona. Porque en ocasiones, tiene casi la misma importancia el cómo son narrados los hechos que la narración en sí misma. No puede faltar de todas formas con estas diligencias la cautela de no predisponer a los jueces hacia una sentencia basada en fugaces impresiones subjetivas.

Con relación al uso de cintas magnetofónicas y medios audiovisuales (can. 1567, § 2), afirma García Faílde que «por sí sola no se admite ni hace fe; para que se admita y de fe hay que transcribirla o poner por escrito su contenido. Este escrito tiene que ser firmado, si es posible, por el que prestó la declaración. Si no lo firma porque no quiere o porque no puede, no por ello deja necesariamente de tener valor si lo firma el notario y con ello da fe de que lo contenido en el escrito es lo que declaró el testigo». Supone una excepción a la norma general del canon 1569, que obliga al testigo a firmar el acta de su declaración: «genus per speciem derogatur»⁵³.

Las actas judiciales redactadas y firmadas por el notario son documentos públicos eclesiásticos y entran de lleno en el concepto que de tales documentos tiene el canon 1540, § 1. Servirán de certificado de lo ocurrido siendo testimonio fiel del pasado y da permanencia a lo que era una realidad transitoria. El notario se limita a dar fe pública de todo lo que presencia en la singladura procesal, esta es su misión principal. Si las actas no llevan su firma son nulas en base al canon 1437. Sin embargo, la validez puede ser salvada si consta al menos la firma del juez en las actuaciones propias de éste⁵⁴.

Es, en definitiva, otro ministerio público que colabora, de forma indirecta, a la tutela del bien público. Su función es plural: en cuanto tiene la obligación de guardar las actas judiciales es *canciller*, en cuanto redacta los autos dando fe de la veracidad de su contenido es propiamente *notario*⁵⁵. Será *relator* en la medida que deja constancia de las diversas vicisitudes en la tramitación procesal.

La doctrina anglosajona considera que la ley nada dice sobre asignar el cargo de notario a otro «officer»; por tanto, no lo impide, por ejemplo, concederlo a un auditor en un procedimiento judicial particular, «de hecho, esto es normalmente una necesidad práctica especialmente en procesos judiciales de nulidad matrimonial. Los autos redactados y jurados por un 'approved notary' constituyen documentos públicos eclesiásticos»⁵⁶.

53 J. J. García Faílde, *o. c.*, 172-73.

54 Cf. *Communicationes*, interpretando el antiguo canon 1585 del anterior Código (vol. 10, 1978, 240). Panizo, siguiendo a Robleda, comenta que la sola firma en un acta puede hacer nula la misma, si bien no necesariamente la sentencia definitiva: «Esto parece que no se puede ya sostener, puesto que la nulidad de las actas establecida por el derecho positivo, según el nuevo Código, no implica la nulidad de la sentencia». *Vid.* S. Panizo, *o. c.*, 819.

55 Cf. F. della Rocca, *Instituciones de Derecho procesal canónico*, Buenos Aires: Ediciones Desclee de Brouwer, 108.

56 *Vid.* The Canon Law Society of Great Britain and Ireland, en colaboración con The Canadian Canon Law Society, *o. c.*, canon 1437, n. 2897, 833.

CONSIDERACIÓN FINAL

El bien público de la Iglesia es una figura capital de frecuente referencia tanto en el actual Código de Derecho Canónico como en el anterior y adolece de una indeterminación de contenido. Guarda relación directa con el bien común eclesial que incluye, al mismo tiempo, la tutela judicial de los derechos fundamentales del fiel. Con relación al matrimonio cristiano, este bien público se identifica con la doctrina fundamental definida en el Vaticano II. La acción tuitiva ante causas matrimoniales corresponde al promotor de justicia y también al defensor del vínculo, si bien necesita fundamentarse en hechos probados cuya función fedataria y legitimación de actos procesales corresponde al notario eclesiástico. Tres ministerios de reconocida tradición multiseccular. Al momento de celebrarse el matrimonio canónico, los intereses particulares de ambos consortes sintonizan con el bien público. Sin embargo, en una causa de nulidad, separación o disolución, uno y otro interés entran inicialmente en conflicto. Compete al ministerio público (promotor, defensor, notario) aproximar y elevar el bien privado de las partes a ese otro bien social de la Iglesia.

Albert Sols Lucia

Promotor de Justicia
Tribunal Eclesiástico de Barcelona