

TRIBUNAL ECLESIASTICO
DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Ante el Ilmo. Sr. D. Manuel Calvo Tojo

**INCIDENTE: PRIORIDAD EN EL TRAMITE DE UNA
CAUSA DE SEPARACION CON RESPECTO A UNA DE
NULIDAD**

Decreto de 30 de agosto de 1979

El marido solicita declaración de nulidad de su matrimonio. La esposa pide subsidiariamente separación. En la sesión de litiscontestación el Juez admite a trámite la demanda de separación y ordena que, por economía procesal, sea sustanciada simultáneamente y en pieza única con la de nulidad. Luego, a petición del marido, se amplía la fórmula de dudas añadiendo al alegado capítulo de simulación otro nuevo de incapacidad para asumir los deberes conyugales. Ahora la esposa pide el desglose de los autos que se refieren a la separación de modo que constituyan un cuerpo autónomo; y que la causa de separación se resuelva sin esperar a la larga tramitación del proceso de nulidad. El marido se opone a esa petición.

Graves y difíciles son los problemas de procesales con los que ha tenido que enfrentarse el Provisor de Santiago de Compostela don Manuel Calvo, ponente en estos autos, los cuales terminan decretando que se defina la causa de separación sin esperar a tener resuelto el pleito de nulidad por sentencia firme. En el sumario que, como de costumbre, precede al texto del Decreto están insinuados esos problemas. No dudamos que de que los lectores estimarán este estudio que se ocupa de un temario importante y poco común en el foro y por tanto en Colectánea.

Sumario:

- I.—ANTECEDENTES: 1, Presentación de demandas; el marido de nulidad, la esposa de separación. Fórmula de dudas. El Juez decide sustanciar simultáneamente ambos procesos y en pieza única. 2, Ampliación del dubio de nulidad extendiéndolo a la incapacidad de cumplir los deberes conyugales. 3, La esposa pide que se separen los autos de nulidad de los de separación y que se vea la separación antes de la nulidad. El marido se opone.
- II.—IN IURE ET IN FACTO: 4, Razones que cada parte aduce en el incidente; motivos de la esposa; contrapropuestas del marido. 5, Objeto del debate procesal. 6, Elementos de la acción. 7, Conexión, continencia, acumulación de acciones. Relación entre conexión y continencia. Tratamiento simultáneo de las acciones. 8, Prejudicialidad de la causa de nulidad con respecto a la de separación. 9, La reconvencción. 10, La cláusula «subsidiariamente» puesta en la demanda y los efectos procesales que comporta. 11, Estudio crítico de las razones por las que el esposo se opone a que se anticipe la causa de separación. Razones de la esposa.
- III.—PARTE DISPOSITIVA: Que se discuta y se defina la causa de separación instada por la esposa sin esperar a la terminación de la del nuevo capítulo de nulidad acumulado por el esposo.

I.—ANTECEDENTES

1.—Don V presentó en este Tribunal demanda solicitando la declaración de nulidad de su matrimonio.

La esposa, doña M, formuló «reconvencción» (así la llama dicha parte) pidiendo la separación.

Celebróse la sesión de litiscontestación formal. Cada litigante se opuso a la pretensión de la parte adversa. Ante el contradictorio —en el que entró la Defensa del

vínculo— se concertó el objeto concreto del proceso en los siguientes términos:

«I) Si consta de la nulidad del matrimonio por exclusión del «bonum sacramenti», por parte del marido, al contraer».

II) Subsidiariamente: A) si consta del adulterio y de las sevicias que se atribuyen al varón; y en caso afirmativo de ambas o de una de las causales separativas aducidas, B) si procede decretar la separación de estos cónyuges; con qué duración (si perpetua y/o temporalmente), y a quién se ha de confiar la tutela de los hijos comunes».

El acta registra, además, la siguiente disposición: «...el señor Juez (Presidente) admite, en este mismo acto, la demanda (de separación) a trámite y ordena que sea sustanciada, por economía procesal simultáneamente y en pieza única, con la de nulidad».

Los representantes procesales de las partes aceptaron, ratificaron y firmaron el acta.

Cada consorte ofreció los medios de prueba que estimó de su interés; se practicaron los ministrados y otros solicitados por el Tutor del matrimonio.

Y se devino a la comunicación de actas.

2.—Dentro del plazo conferido para hacer uso de las facultades que la publicación comporta, la representación del marido produjo escrito cuyo «suplico» pide «que la presente causa se sustancie bajo el capítulo de incapacidad para asumir y cumplir las cargas del matrimonio, por parte del esposo, y tramitarlo en la forma y modo establecidos en el ordenamiento canónico».

La representación de la esposa escribió que «nada tiene que objetar respecto a la ampliación de la fórmula de dudas». La Defensa del Vínculo no se opuso a dicha ampliación (se opuso, lógicamente, a que sea declarado nulo el matrimonio tanto por el nuevo como por el primer capítulo aducido).

Se admitió el pedimento del marido y se formuló en «dubium».

Y la parte solicitante de la ampliación pidió valerse

de pruebas para intentar acreditar su nueva pretensión, pruebas consistentes en: A) Confesión judicial de los esposos; B) Testifical, comprensiva de una nómina de seis personas; y C) Pericial referida «a aquellos especialistas, psicólogos o psiquiatras, que tenga a bien designar el Tribunal».

3.—Dado traslado de dicho escrito de oferta y petición de nuevas pruebas a la esposa, ésta, por las razones que aduce en el suyo, suplica «el desglose... de los autos en cuanto se refieren a la separación, para constituir unas actuaciones autónomas y resolver sobre esas causas de separación invocadas por mi representada (habla la Asesoría jurídica y el apoderado, como es lógico) sin esperar a la larga tramitación del proceso de nulidad».

Petición ésta que no plugo a la representación del marido; adujo las razones que consideró convenientes y peticiona que se acuerde «desestimar la pretensión contraria de tramitar y resolver por separado la demanda reconvenicional (la separación) por las razones expuestas».

Recabado el parecer del Ministerio Público se limitó a «telegrafiar» diciendo que «nada tenemos que oponer a la pretensión de la esposa».

Hoy el Colegio ha de resolver la incidencia que, para mayor claridad, queda centrada en los siguientes términos: «Si la causa de separación instada por doña M ha de ser discutida y definida (puesto que ya está plenamente instruida) antes de practicar las pruebas ofrecidas en orden a intentar advenir el nuevo capítulo de nulidad invocado por el varón; o si, por el contrario, ha de postergarse hasta la definición de la causa de nulidad».

II.—IN IURE ET IN FACTO

4.—Las razones que cada parte aduce en el incidente que nos ocupa tienen que constituir el exordio de nuestro análisis si hemos de ser coherentes en el planteamiento y en la resolución de la incidencia. Consignémoslas, siquiera sea en paradigma:

1) La esposa aduce: A) una razón de índole práctica»; dice: «el actor... instó una nueva fórmula de dudas y puede solicitar otra nueva, prolongando así, de modo casi indefinido, la terminación del proceso»; B) la causa de separación es absolutamente independiente de los motivos de nulidad planteados en la demanda de nulidad y en la nueva fórmula de dudas; C) que la parte actora «consciente de la inconsistencia de su planteamiento (se quiere referir al capítulo de simulación) propone una nueva causa de nulidad... con base en otras normas de derecho material»; y por esa inexistencia de «interconexión material entre los derechos y acciones de la nulidad y de la separación... y para evitar males mayores a las personas de los esposos litigantes y de sus hijos...», pide que se tramite, decida y ejecute, en su caso, la causa de separación al margen de la de nulidad (fol. 217-18).

En realidad, pues, alega dos motivos: uno jurídico (independencia de las acciones de nulidad y de separación) y otro práctico: la imprevisible tardanza en obtener sentencia —afirmativa o negativa; eso de momento se desconoce— definitiva en la acción por ella, la esposa, ejercitada; tardanza que dice acarrearle prejuicios graves.

2) El marido contrapone: A) que la petición de la adversa «va contra sus propios actos» porque aceptó, también la demandante en separación, la fórmula de dudas inicial, «según la cual la causa de separación era subsidiaria de la nulidad, es decir, sólo procedería pronunciarse sobre la separación si no constaba de la nulidad... además, ambas partes aceptaron que sus respectivas pretensiones —nulidad y separación— se sustanciaran simultáneamente y en pieza única»; B) la acción reconventional debe tramitarse y resolverse al mismo tiempo que la demanda principal; C) posibilidad de conflicto entre las dos sentencias, en el supuesto de conocerse por separado la nulidad y la separación; D) el derecho material del que nacen las acciones de nulidad y separación no justifican la tramitación independiente; y E) los retrasos que conlleva la tramitación conjunta de la nulidad y la separación no son imputables a esta parte (demandante en nulidad) ni causan un serio

perjuicio a la contraria (demandante en separación) (fols. 220-23).

Para poder esclarecer la controversia incidental se hace indispensable recordar algunas nociones, ya de casi todos conocidos, del derecho procesal canónico.

5.—«La acción o petición del demandante y la excepción u oposición del demandado constituyen el objeto del debate procesal entablado ante el juez», escribe Cabrerros *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. III [Madrid 1964] p. 398). Prescindiendo intencionadamente, ahora y aquí, de discurrir acerca del origen, evolución, naturaleza (teorías diversas), identidad o distinción de la acción con el mismo derecho controvertido, etc. (cf., si vis, Cabrerros, o. c., pp. 399-405; Noval, *De Processibus* [Romae 1920] página 186 ss.; Della Rocca, *Instituciones de Derecho Procesal Canónico* [Buenos Aires 1950] pp. 32-37; etc.; para la doctrina procesalista estatal, Prieto Castro, *Cuestiones de Derecho Procesal* [Madrid 1947] pp. 49-64; Orbaneja-Herce, *Derecho Procesal Civil* [Madrid 1969] p. 44 ss.; etc.), queremos destacar que la actuación concreta de la acción contornea y amojona el proceso; es el objeto del mismo; lo individúa.

6.—Los elementos esencialmente constitutivos de la acción procesal son: A) El personal (las personas entre las que se entable la relación; por su individualización se atenderá no a la identidad física sino a la jurídica; B) El objetivo que es el bien a cuya tutela se encamina la acción (petitum); y C) El causal, que es el hecho jurídico en que aquélla se fundamenta (causa petendi) (cf. Roberti, *De Processibus* [Romae 1956] vol. I, pp. 581-88).

La sentencia de la S. Rota Romana, del 18 de marzo de 1922, c. Prior, Decano, delimita los tres elementos de la acción: «1) eamdem esse rem petitam; 2) eadem esse personas iuridice consideratas; et 3) eamdem esse causam petendi» (AAS, XIV [1922] p. 656).

Dos o más acciones pueden tener a) los tres elementos plenamente idénticos (en este caso se trata, en realidad, de una única acción; si se la ejercita ante un Tribunal el ordenamiento la protege con la prevención —c. 1568— y

con la excepción de *litispendencia* —c. 1725, nn. 2, 3 y 5; y de «*litis finitae*», c. 1629; b) los tres elementos completamente diversos; en este supuesto cada acción puede ser conocida o por jueces diversos (si son competentes) o por uno sólo, pero separadamente; c) o ser coincidentes en uno o en dos de esos elementos constitutivos y divergentes en dos o en uno. Barajando los tres factores individuantes de la acción las hipótesis resultantes son plurales (Della Rocca, o. c., pp. 46-48).

7.—*Conexión, continencia, acumulación de acciones.* La confluencia de dos o más acciones en alguno de sus elementos serales tiene notable relevancia en derecho procesal; también en el canónico, Entra entonces en juego el principio llamado «de economía procesal»: para evitar labores inútiles a los Tribunales y dispendios de tiempo y de dinero a las partes litigantes y el derecho establece que esas causas en ocasiones deben y en otras pueden ser presentadas y conocidas por el mismo juez en único juicio; sólo en contados supuestos prohíbe la unión.

A este respecto conviene distinguir la coincidencia en sólo el elemento subjetivo (personal) o en el objetivo (*petitum* y/o *causa petendi*); en el primer supuesto tenemos la figura de acumulación de acciones; en el segundo estamos ante la general de la conexión de causas. El CIC trata estas diversas figuras, pero de forma dispersa y un tanto confusa.

1) La acumulación viene regulada en los cán. 1669 y 1670: «el actor puede demandar al reo haciendo uso de varias acciones a la vez, ya sobre la misma cosa ya sobre diversas».

Es de notar que la acumulación puede hacerse en forma absoluta con tal que las acciones no sean contradictorias entre sí» (can. 1669) y el pronunciamiento judicial abarcará la totalidad de acciones deducidas (declaración de nulidad por miedo y por defecto de forma); alternativa (el pronunciamiento versará sobre una de las dos: nulidad por incapacidad psíquica para consentir o por simulación); y subsidiaria: la actuación de una pretensión accesoría, formulada para el caso de que la pretensión princi-

pal no sea estimada (Moreno Hernández, *Derecho procesal Canónico*, vol. I [Barcelona 1975] p. 181); un ejemplo claro y hoy frecuente en la praxis de los Tribunales es la demanda de nulidad —por uno o más capítulos— y la de separación para el caso que se pronunciare el «non constat de nullitate».

Aunque es clara y, según creemos, segura esta doctrina no queremos dejar de subrayar que la acumulación se da solamente cuando es «el actor» (can. 1669, 1º) el que deduce varias acciones contra o frente «al reo» (ibid.), porque si «el reo» no sólo se opone a la pretensión del accionante sino que «se pone en pie de guerra» frente al actor principal, aquél se convierte en «actor» a su vez y no estamos en el supuesto de acumulación sino en otras figuras (la conexión en sentido lato); de ahí que nos parezca acertada, si no estamos muy descaminados, la opinión de Roberti al incluir en el capítulo de la acumulación la reconvencción (o. c., p. 200, n. 83); a las palabras del can. 1669, 1º, nos remitimos; y a la doctrina principal acerca de la acción: el cambio jurídico de la persona es suficiente para mandar la acción; la identidad jurídica del actor es completamente distinta (aunque la identidad física sea innegable) cuando él asume, en la reconvencción, la calidad de reo. Las acciones son distintas; el sujeto que tiene interés por tutelar su derecho es distinto. Una cosa es que por economía se sustancien la acción convencional y la reconvencción «al mismo tiempo» (can. 1630, 2º) y otra muy diversa es que nos encontremos en el supuesto de acumulación en sentido estricto y legal. Y la cuestión no es meramente teórica, sino con dimensión práctica: en la acumulación las acciones han de ser tratadas y definidas en el mismo proceso (ésta parece ser la mente del can. 1669; y expresamente lo indica el 1670, 1º); en cambio la *reconvencción* es potestativo del juez al tramitar conjunta o separadamente ambas pretensiones.

2) Conexión-continencia. «Las frases que el Código emplea para significar la conexión son harto vagas e imprecisas... El can. 1567 establece que, de no existir otro precepto legal que lo impida, todo juez es competente en las causas conexas con la suya «ratione conexions seu conti-

nentiae». El can. 1632 concede prioridad de trámite a la causa prejudicial «ex cuius solutione pendeat solutio quaestionis principalis», y el 1633, a los incidentes «quorum solutio viam sternat ad aliarum (quaestionum) solutionem» (García Barberena, 'Prejudicialidad de la causa de nulidad de matrimonio con respecto a la de separación', en *Revista Española de Derecho Canónico*, 13 [1958] 531-32).

Respecto a la expresión codicial («connexionis seu continentiae») apuntan Lega-Bartocchetti: «In canone ponitur connexio seu continentia causarum quasi sint synonyma; dum revera connexio dicit quamdam relationem inter causas per se distinctas utputa tantum in obiecto...; sunt vero contentae quando una causa in altera continentur uti principale et accesorium...»¹ (*Commentarius in iudicia Ecclesiastica*, vol. I [Romae 1950] pp. 75-76); también se lamenta de esa falta de precisión terminológica Noval (o. c., p. 48); Coronata coincide con Lega en las nociones de conexión y de continencia (*De Processibus* [Taurini 1956] p. 23); siguiendo la línea de pensamiento de los dos autores últimamente citados conexión y continencia de causas (y, por tanto, de acciones) son conceptos muy diversos; la conexión se refiere a la coincidencia de uno (o los dos) de los elementos objetivos de la acción; la continencia (los propios términos abonan esta interpretación) es cuando una de las acciones depende totalmente de la otra en su existencia y actuación procesal (la condición de hijo en una sucesión forzosa intestada; ésta no tiene razón de ser ni de plantearse al juez si no se adverare el estado de hijo respecto al causante; depende, como efecto a causa, de la filiación; está contenida una acción en la otra); para los infrascriptos éste es el concepto de prejudicialidad (c. 1632): la principal (condición de heredero) depende de la accesoria prejudicial condición de hijo), accesoriidad o dependencia que, eso sí, no siempre será fácil diagnosticar; la jurisprudencia canónica tiene establecidos unos principios al

1 En el canon se habla de conexión o continencia de causas, como si fueran términos sinónimos; cuando en realidad la conexión indica cierta relación entre causas distintas entre sí, por ejemplo, por el objeto solamente; en cambio son contenidas cuando una causa está contenida en la otra, como lo accesorio y lo principal.

efecto (cf. Holbock, *Tractatus de Iurisprudencia Sacrae Romanae Rotae* [Graetia 1957] p. 299). Creemos que esta línea es la que mejor se adecua a las expresiones del Códex. Sin embargo, hemos de advertir que son varios los Autores que toman la conexión en un sentido amplísimo (no el estricto que nosotros dejamos apuntado) comprendiendo bajo dicho nombre la acumulación, la conexión estricta, la continencia (prejudicialidad) la reconvencción y los incidentes (Della Rocca, *o. c.*, pp. 46-47; Barberena, trabajo citado, pp. 532-42; Muñiz, *Procedimientos Eclesiásticos*, t. III [Sevilla 1926] pp. 54-56; etc.), y la Rota Romana ha dictado decisiones en las que se toma en el mismo sentido lato (vgr. la de 29 de enero de 1960, c. Mattioli en la que se habla de «conexión» de causas en un caso en el que el actor había solicitado la declaración de nulidad del matrimonio por miedo y por ignorancia de la esencia del matrimonio; SRRD, vol. 52, pp. 28-30).

Sea de ello lo que fuere, dos aspectos hemos de relevar con claridad: A) que una cosa es la competencia acerca de esas causas «conexas», aspecto que intenta «in directo» el Legislador en los diversos cánones que se ocupan de esta materia (1567, 1669, 1630, 1632 y 1633): que tales acciones y causas pertenezcan al mismo juez, si la ley no lo prohíbe, y B) otra bien distinta —de la que el Códex habla solamente «in oblicuo», o indirectamente— es la del modo cómo han de ser tratadas por ese juez competente. Y este segundo aspecto es el único que al presente nos interesa. Ni el canon 1567 señala que ese juez instruya y defina las causas «conexas o contenidas» en un solo y único proceso simultáneo, ni que lo haga con las «acumuladas» (c. 1669); solamente para las reconvencciones hace notar que su voluntad es que «cognoscantur simul cum conventionali actione... nisi eas separatim cognoscere necessarium sit aut iudex opportunius existimaverit»; y manda, lógicamente, que en los supuestos de prejudicialidad sea ésta la cuestión a solventar «ante omnia».

Estos dos aspectos, prejudicialidad y reconvencción, son los que al presente nos tienen que ocupar, y solamente desde la perspectiva del modo procesal (en unión indisoluble o no con otras acciones) como han de ser sustanciadas;

el tema de la competencia está, en nuestro caso, fuera de debate.

8.—*¿Es prejudicial la causa de nulidad respecto a la de separación?* Barberena establece, tras agudo y documentado estudio del tema, «la conclusión de que, como ley general, la causa de nulidad no es prejudicial a la de separación, salvo el de nulidad, digo, salvo el caso exceptuado del c. 1990 (hoy habría que añadir los supuestos de las Normas X y XI del Motu Proprio *Causas Matrimoniales*, del 28 de marzo de 1971, muy posterior al escrito del ilustre Autor que comentamos) y el caso que pudiera presentarse de un «fumus boni iuris» palmario que induce a sospecha violenta de verdad...» (l. c., p. 552). Las razones por las que el insigne Profesor deviene a tal conclusión las consideramos seguras y las asumimos a los fines aquí intentados.

A mayor abundamiento y garantía de lo que decimos y asumimos hemos de hacernos eco de lo que García Faílde, hoy Decano de la S. Rota de la Nunciatura en España, escribía ya en 1969: «Queremos manifestar —dice el celebrado Autor, tras alabar el trabajo de Barberena— que, en nuestra opinión: a) la causa de nulidad matrimonial no es propiamente prejudicial respecto a la causa de separación; b) el litigante que de esta manera pretende la suspensión de la causa de separación, ordinariamente procede de mala fe (no se olvide, añadimos nosotros, que habla un hombre cargado de experiencia judicial); c) el juez debe oponerse en principio a estas pretensiones de los litigantes...» ('Las sentencias de la Rota Romana en 1958', en *Rev. Esp. de Der. Can.*, vol. 30 [1969] p. 436).

9.—La reconvencción viene definida en el c. 1690: «Actio quam reus coram eodem iudice in eodem iudicio instituit contra actorem ad submovendam vel minuendam eius petitionem». Aquí los términos son claros: en la reconvencción hay una verdadera acción deducida por el demandado, encaminada a enervar («submovendam») o atenuar («minuendam») la acción principal, primera mejor.

En esto convienen —tenían que convenir— los Autores postcodiciales (Lega-Bartocetti, o. c., pp. 422-43; Coronata,

o. c., p. 144; Cabrerros, o. c., pp. 424-25, etc.). En aplicación de la norma transcrita una causa de separación —interpuesta por el demandado en nulidad— nunca puede ser verdadera acción reconvenzional en el sentido legal, ya que ni enerva ni atenúa la petición del demandante (la nulidad); son acciones si se quiere tangentes (en las personas de los cónyuges) pero completamente distintas (ni la relación procesal de los litigantes es la misma; ni la causa petendi ni el petitum son iguales) y la acción separatoria ni neutraliza ni aminora la acción de nulidad. Lo que sucede es que por esa tangencia externa, o por la coincidencia de las personas de los cónyuges —si bien, en situación procesal inversa— y por la afinidad en los elementos instructorios se puede, en aplicación del principio de economía (vid. Del Amo, 'Procedimiento Matrimonial Canónico en experimentación', en *Lex Ecclesiae* [Salamanca 1972] p. 476), tratar simultáneamente, a prudente criterio del juez, una y otra acciones (nulidad y separación); nadie dejará de ver que si el supuesto es el otro —el demandado en separación acciona en nulidad— estaremos en reconvencción legal; la acción reconvenzional, la de nulidad, enerva, si se declara la nulidad, la separación.

Esto no obstante, no se nos margina que casi todos los Autores —siguiendo, según creemos, a Roberti para el que la noción legal de reconvencción «nimis arcta apparet» (o. c., p. 648)— extienden el concepto de reconvencción a casos ajenos al de compensación de acciones (la del demandado con la del demandante) o atenuación de la de ésta en ejecución de sentencia; y cualquier impugnación del reo para con el actor es llamada, impropia si nos atenemos al texto del c. 1690, reconvencción. Interpretación ésta que por ser «praeter legem» no vincula al juez.

En cualquier caso reténgase esto: si el juez lo cree oportuno la reconvencción puede no tratarse —ni, menos, resolverse— junto con la acción del demandante inicial.

10.—Interpretación de la cláusula «subsidiariamente» con que se introduce y admite la demanda de separación respecto a la de nulidad.

Es un aspecto muy importante en el caso que nos ocupa; intentaremos ser claros en la exposición del tema.

Pueden darse dos supuestos: A) que la parte demandante solicite la declaración de nulidad; y con carácter subsidiario (para el caso que no se declare la nulidad) se conceda, al menos, la separación conyugal. Es la hipótesis más frecuente en la práctica —reciente— de los Tribunales Eclesiásticos españoles y no en los extranjeros por la sencilla razón de que en casi todos los demás países la Iglesia ha traspasado el conocimiento de los procesos de separación a la potestad del Estado, como va a hacer, al parecer, de inmediato, en España según el n. 2 del art. VI del «Acuerdo Jurídico» entre el Gobierno Español y la Santa Sede); y B) Que el demandado en la acción de nulidad se oponga a tal pretensión y, además, solicite él, en forma absoluta, la separación (porque no tiene que admitir el demandado, a priori, la nulidad del matrimonio, a la que se opone). Que le llama reconvención o no a su petición no importa. *Lis de verbis est despicienda.*

En esta segunda hipótesis es el Tribunal el que, por razones de metodología, ha de *subordinar* («subsidiariamente») la petición de separación a la de nulidad.

Ahora bien, tanto en un supuesto (que sea el demandante quien pide la declaración de nulidad y, subsidiariamente, la separación) como en el otro (uno acciona la nulidad y el otro la separación) se trata, como es obvio, de la primera instancia.

Nadie ignora que los efectos procesales de una sentencia definitiva en primer grado son muy distintos en el pronunciamiento de declaración de nulidad y en el de separación. La decisión declarativa de la nulidad nunca es firme en primer grado (cáns. 1986-97; art. 212 2º de la IPME; y Norma VIII, 1º, del MPCM); requiere siempre una segunda instancia; y si el segundo Tribunal no ratificare (Norma VIII, 3º del precitado MPCM) ni confirmare la sentencia primera o, aún ratificándola o confirmándola, si el Tutor del matrimonio considera que debe apelar del decreto ratificante o de la sentencia confirmante (can. 1987 y art. 220 de la IPME y Norma IX —aquí también la parte que se considere gravada con la ratificación— del MPCM) tenemos la causa de nulidad, sin firmeza, metida en una tercera instancia. El tiempo que en estas instancias suele

transcurrir (sin contar posibles incidentes) experientia nos docet.

Es ese un íter legal, ordenado por la Ley; no depende ni exclusiva ni fundamentalmente de la libre voluntad de las partes litigantes.

El pronunciamiento de separación, en cambio, puede obtener firmeza en primer grado; la Ley no obliga a acudir a superior instancia (cáns. 1917, 1902, 2º y 1880, 4º). Los efectos de esa firmeza —anticipada a la de la causa de nulidad— pueden ser plurales y de interés muy vario para quien solicitó la separación; efectos respecto a los consortes mismos, a los hijos comunes y al patrimonio familiar; efectos incidentes en el ámbito del ordenamiento canónico y en el del estatal (en España; de momento), tema éste de los efectos tratado exhaustivamente por García López (*Decisiones Matrimoniales Eclesiásticas* [Pamplona 1979] páginas 206-44).

Si somos coherentes en la aplicación de los principios, el de economía procesal en concreto, han de aplicarse siempre que no incluya contradicción o no se oponga su aplicación a las normas legales establecidas. O no se han de aplicar nunca.

El carácter subsidiario con que un cónyuge solicita del juez la separación respecto a la nulidad ha de suponerse, en principio, que no es por futilidad, temeridad, afán de «eternizar» la «tramitación del proceso, etc. Sino que tiene un interés (es una de las condiciones de la acción) digna de atención y de tutela por el órgano judicial.

Y entendemos que se atiende esa legítima pretensión de la parte si en primer grado (¡téngase esto muy en cuenta!) el Tribunal declara, «si ex actis et probatis constat», la nulidad del matrimonio, y a la vez decreta la separación (si estuviere averada la causa o causas excusantes del deber de cohabitación) pero, ¡atención a esto!, con el carácter subsidiario con que ha sido aducida la pretensión de separación; más o menos en estos términos:

«Subsidiariamente al pronunciamiento (de nulidad) que antecede decretamos la separación... con efectos hasta que haya sentencia firme —si llegare a haberla— en cuanto

a la nulidad del matrimonio». No hay disposición legal que prohíba una decisión de este género: Antes al contrario, el can. 1873, 1º, ordena que «la sentencia debe: Dirimir la contienda entablada ante el Tribunal... dando la conveniente respuesta a cada una de las dudas o artículos de controversia». A vista de estas palabras de la Ley los infrascritos no entendemos cómo un Tribunal puede inhibirse en el pronunciamiento sobre la separación (pedida por cualquiera de los litigantes) si se ha declarado la nulidad —pero sin firmeza en la sentencia— en el mismo fallo; el Legislador manda —y la equidad exige— que se dé respuesta a cada uno de los artículos de la duda. Eso sí, la respuesta será con el carácter con que fue invocado el artículo o petición.

Por otra parte, no hay contradicción alguna —siempre a nuestro sumiso juicio— en el doble pronunciamiento (nulidad y separación); ese Tribunal de primera instancia (y, en algunos casos, aún el de segunda) otorga también la separación... para el supuesto en que el Tribunal Superior no coincida con el «a quo», o hasta que la doble (o triple) sentencia conforme en nulidad se produzca. No separa, el Tribunal a unos cónyuges cuyo conyugio no existe (a juicio de ese mismo Tribunal) aunque, en pura abstracción, parezca ser así. Concede la separación, demostrada su legitimidad, en uso del mismo principio —de economía— procesal que autorizó a tratar conjuntamente ambas acciones; principio que, además, aconseja que no se espere a una posible tercera instancia (no nos atrevemos a cuantificarlo en años ni, menos, en meses) para que ese accionante obtenga decreto separativo, en el supuesto de que no se consiga, declaración de nulidad. La contradicción sería palmaria, eso sí, si aquel Tribunal cuya decisión convierta en firme la sentencia de nulidad, y a la vez, decreta la separación. Pero éste no es nuestro caso.

Huelga, finalmente, señalar que si la separación es solicitada por el cónyuge demandado y opuesto a la nulidad, las razones hasta aquí apuntadas se refuerzan considerablemente; el demandado y, a la vez, demandante en separación, acude al juez con su respetable interés personal, digno de tutela. Si el Colegio estima que consta de la

nulidad y, comprobada la causal o causales separativas, no accede a decretar la separación por no incurrir en «contradicción» en el fallo final infiere, muy probablemente, un perjuicio a la parte accionante en separación; la deja el Tribunal a expensas «de lo que suceda», o de las manipulaciones procesales de la parte contraria, etc., etc., Ha demostrado dicha parte que tiene un derecho cierto (el de separación) derecho que no puede ser postergado por otro todavía incierto (el de la parte contraria a obtener la nulidad). Si el incierto deviene cierto, el del primero queda superado, sin efecto. Pero hasta entonces es intangible. Siempre, claro es, que la sentencia de separación obtenga firmeza en primer grado; de no ser así esos derechos seguirán paralelos en la expectativa. Pero la decisión del Tribunal de primera instancia no ha sido ni ilegal ni contradictoria. Que es lo que nos importa reclamar.

Y ya no nos detenemos a abundar esta tesis que sustentamos (aunque sea tachada, tal vez, de novedosa) recurriendo a la naturaleza misma de la Iglesia y, por tanto, de sus Tribunales que en su actuación deben intentar llevar la paz a las conciencias, el sosiego a los espíritus, no fomentar el encono en los litigios; etc. (cf. García Failde, 'Problemática actual de los Tribunales Eclesiásticos', en *Curso de Derecho Matrimonial*, 3 [Salamanca 1978] pp. 147-63).

A la luz de estas reflexiones que preceden pasamos ya a examinar las razones aportadas por cada parte en este incidente para resolver la controversia que nos ocupa ya largamente:

11.—El marido se opone a que se anticipe la sentencia de separación —pedida por la esposa— por las razones que dejamos señaladas, en rúbrica, en el número 42.

Repasémoslas:

A) La petición de la adversa va, dice el varón, contra los propios actos de ella, al haber aceptado el *dubium* de la separación en forma subsidiaria al de nulidad, y haber mostrado su conformidad a que las causas, ambas, se tramitasen «simultáneamente y en pieza única» (fols. 220-21). A esta alegación el Colegio acordó puntualizar:

a) La esposa solicitó la separación en forma absoluta (fol. 27) tras oponerse a la declaración de nulidad;

b) La cláusula de subsidiariedad la introdujo el infrascrito Instructor y Ponente, por motivos de metodología procesal, en la formulación dubial (fol. 29) así como la decisión de instrucción simultánea de las dos acciones, y en pieza única, por motivos de economía procesal, pero no por eso se admite conexión ni continencia de ambas acciones, ni siquiera reconvencción (este Tribunal nunca ha empleado esta palabra para la acción separativa interpuesta por la esposa frente a su marido, convencidos como estamos los abajo firmantes de que no existe reconvencción en el sentido legal); se autorizó y ordenó la instrucción y, en su caso, la resolución conjunta de ambas pretensiones por esa tangencia externa que ambas causas necesariamente comportan; nada más.

c) En cualquier caso, la cláusula de subsidiariedad ha de entenderse a la luz de otra más general: «rebus sic stantibus»; esto es, con valor, únicamente, para el caso a que se aplica; tratamiento procesal paralelo de las acciones de nulidad por simulación y la de separación por adulterio y sevicias; nadie pondrá en debate que el marido, al introducir un nuevo capítulo de nulidad (incapacitas adimplendi onera) ejercita una nueva acción, distinta de la anterior por razón de la «causa petendi» título jurídico; que se genera la figura procesal de la acumulación es indudable, pero que es una acción nueva es también incontrovertible. De ahí que no pueda ser atendida su alegación de que la esposa se comprometió a someterse al trámite conjunto de la nulidad con la separación, sino al trámite de la simulación con la separación. De hecho, guardó silencio hasta que el varón modificó, ampliándolo, el objeto del proceso. Ni va, en consecuencia, contra sus propios actos. Es más,

d) quien va contra sus propios actos es el marido mismo (su representación y Asesoría jurídica) porque él no excepcionó, en la litiscontestación, la prejudicialidad de la causa de nulidad respecto a la de separación, excepción que, sorpresivamente, quiere introducir ahora (por razones que desconocemos).

B) Aduce también, en favor de su intento, la representación de don V los cáns. 1690 y 1630: la reconvencción ha de ser sustanciada junto con la acción convencional. A esto respondemos:

a) «Nego suppositum»; la acción de separación nunca será, respecto a la de nulidad, una reconvencción en el sentido del propio canon 1690 (vid. supra n. 9).

b) En el supuesto —no admitido más que a fines clarificativos— de que se tratase de una reconvencción, es facultativo del juez (c. 1630), el tratar a la acción convencional y la reconvenccional en proceso único o separadamente; sin que obste el que tomado el acuerdo de instrucción simultánea no pueda, por razones graves, mudar ese su criterio inicial.

Es decir, que los textos legales invocados por dicha parte se vuelven contra ella misma.

C) Acude también el esposo, en apoyo de su tesis, a la «posibilidad de conflicto entre las dos sentencias» (separación y nulidad); es decir, alude —rehuyendo emplear el término— a la prejudicialidad de la causa de nulidad respecto a la de separación.

Advertimos a este respecto:

a) Que tenemos como cierto que no existe entre tales causas el concepto de continencia en el sentido de prejudicialidad; nos remitimos a lo expuesto en el apartado 8 de este decreto, y a las Autoridades allí citadas.

b) Además, hemos de aplicar al caso concreto, las conclusiones a que hemos devenido a lo largo del apartado n. 10 (vid. retro). Desconocemos hoy, lógicamente, cuál será el pronunciamiento que en su día recaiga en cada una de las acciones (las dos nulidad, y las dos de separación), pero de una cosa estamos seguros desde ahora: que si en autos se adveran las cuatro (o solamente dos, una en nulidad y otra en separación) se dictará sentencia estimatoria de ambas pretensiones (declaración de nulidad y decreto de separación), si bien con carácter subsidiario la segunda respecto a la primera (así lo ha hecho ya este mismo Tribunal en las sentencias del 16 de abril, 30 de julio y 25 de agosto de este mismo año 1979, las tres ante el infrascrito

Ponente); el concepto de subsidiariedad entre las acciones —en el sentido de excluirse una por la otra en el fallo— lo entendemos para la última instancia, y a esa última (sea la segunda o ulterior) remitimos la inhibición para la separación, si ese es el caso. Pero nosotros juzgamos, en este caso y los precitados, en primer grado.

D) Alude también el ilustre Letrado que dirige al marido actor-demandado a que «el derecho material del que nacen las acciones de nulidad y separación no justifican la tramitación independiente» (fol. 221); inserta este apartado para tratar de dar respuesta a la razón principal que el no menos ilustre Asesor jurídico de la esposa aduce para enraizar su pretensión (sentencia de separación anticipada a la instrucción del nuevo capítulo de nulidad introducido por el varón) (fols. 217 y 218). Intenta aquél enervar las razones del segundo; pero no lo consigue, a nuestro juicio; porque se limita a hacer el enunciado, pero sin razonarlo adecuadamente (porque es, a nuestro entender, imposible de razonar) desviándose, nuevamente, a los conceptos de «reconvención» y al de «prejudicialidad», conceptos ambos que ya dejamos clarificados a lo largo de este ya largo decreto.

E) En su afán de amontañar «razones» en pro de su tesis, la parte actora en nulidad no repara en afirmar que «los retrasos que conlleva la tramitación conjunta de la nulidad y la separación no son imputables a esta parte» (fol. 222). ¡Sic! Da la impresión de que la parte se ha olvidado de que fue ella misma quien pidió la ampliación del objeto del proceso (acumulando una nueva acción) (fols. 196-98) y de que esa misma parte ha pedido valerse, de cara a la prueba de esta nueva acción, de unos medios instructorios (fols. 205-15) tanto o más amplios —y más difíciles de practicar; porque propone una Pericial Psicológico-Psiquiátrica que casi siempre, teste experientia, es más lenta que las normales declaraciones de partes y testigos— que los que ministró para la acción basada en simulación (fols. 46-52) ¿y dice que no es la causa del retraso? No lo entendemos.

Cosa distinta es que no sea causa culpable. Tiene dere-

cho a acumular acciones. Lo que no tiene derecho es, con esa acumulación serótina, a perjudicar a la parte adversa.

Perjuicios que a dicha parte opuesta en este incidente no le pasa desapercibido el mentar, dando su propia visión de los mismos: «que la tramitación y resolución conjunta de la doble causa (nulidad-separación) «no causa un serio perjuicio a la demandada» (a la esposa doña M) (fol. 222) porque, añade, disfruta ya la «separación provisional acordada por la Jurisdicción civil, teniendo en su compañía a los hijos del matrimonio» (ibid.).

Suponiendo, entendemos los jueces, que las medidas provisionales hayan sido adoptadas (en autos no está adve- rado) y que lo estén en ese sentido que la representación de don V expone, no hay duda de que:

a) Se trata de eso: de unas medidas «provisionales» (art. 68 del Código Civil español; y arts. 1886 ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil); modificables (art. 1893 de la pre- citada Ley de E. c.).

b) Sus acuerdos no agotan, ni con mucho, las relacio- nes entre cónyuges ni respecto a los hijos comunes:

c) En cualquier caso, el Tribunal no ha de atender sola- mente a los perjuicios de las partes sino al legítimo interés que cada una pueda tener en el proceso.

La esposa invoca, en favor de su pretensión en este incidente, las razones apuntadas (supra, n. 4.) y el análisis que dejamos realizado a lo largo del presente apartado n. 11. Consideramos innecesario martillear en lo mismo.

Es solamente hora de sopesar razones y de decidir.

III.—PARTE DISPOSITIVA

Por todo lo expuesto, atendidas las razones de derecho y de hecho, oída la Defensa del vínculo, Decretamos: Que se discuta y defina la causa de separación instada por doña M, sin esperar a terminar la instrucción del nuevo

capítulo de nulidad de matrimonio (incapacitas adimplendi onera coniugalia ex parte viri) acumulado por don V. Prosigase la tramitación según los proveídos del Ilmo. señor Instructor.

Satisfará las tasas devengadas por este incidente el marido.