

PREJUDICIALIDAD DE LA CAUSA DE NULIDAD DE MATRIMONIO CON RESPECTO A LA DE SEPARACION

Una mujer pide la separación judicial de su marido. Este se persona en el pleito de separación; deja que vaya desarrollándose el proceso en el cual interviene activamente como demandado, y al conocer que la prueba le es adversa, plantea él la cuestión de nulidad ante el mismo Tribunal y pide que se suspenda la causa de separación en tanto no haya sentencia ejecutiva (dos sentencias conformes) en la de nulidad. Otro caso más grave, pero muy real: deja el marido que en primera instancia se falle contra él la causa de separación; apela contra la sentencia e interviene también en segunda instancia, y antes de que el Tribunal de apelación dicte sentencia, promueve en el Tribunal de primera instancia la causa de nulidad y pide al Tribunal de apelación que se abstenga de conocer en la causa de separación hasta ver lo que resulte en la de nulidad. Se nos pregunta si en estos casos es obligatorio sobreseer la causa de separación hasta que exista sentencia firme en el pleito de nulidad.

* * *

Se trata en el presente caso de un intento de inserción de un pleito de nulidad en una causa de separación. Esta inserción revestirá la forma de excepción o de incidente en la pretensión de separación deducida primeramente en juicio. Tal inserción sería imposible de no mediar entre ambas pretensiones una relación que permita o que exija la reunión de una y de otra en el mismo proceso, ante el mismo juez, mediante la acumulación de autos. La sola identidad del juez, si los procesos son distintos, no implica acumulación de autos ni por consiguiente conexión o continencia de causas. Para llegar a una solución del caso tenemos que examinar el tipo de conexión que vincula entre sí las dos pretensiones y luego señalar los efectos procesales de la conexión identificada.

CONEXIÓN DE CAUSAS

Las frases que el Código emplea para significar la conexión son harto vagas e imprecisas. Las encontramos en el tit. "de foro competente" y en el cap. "de ordine cognitionum". El c. 1.567 establece que

de no existir otro precepto legal que lo impida, todo juez es competente en las causas conexas con la suya "ratione connexionis seu continentiae". El c. 1.632 concede prioridad de trámite a la causa prejudicial "ex cuius solutione pendeat solutio quaestionis principalis", y el 1.633, a los incidentes "quorum solutio viam sternat ad aliarum (quaestionum) solutionem". Sobre estos textos tenemos que trabajar para buscar solución.

El Código, al atribuir efectos procesales a la conexión de causas, no ha precisado el concepto de la vinculación que ha de producir tales efectos, ni contiene normas para medir esa conexión, limitándose a una alusión genérica al concepto de conexión. Evidentemente, un concepto tan vago como el de conexión o relación no sería utilizable si no lo determinaríamos con más precisión. Por citar un ejemplo, también el parentesco produce efectos jurídicos. Las leyes deciden cuáles son esos efectos en cada caso de parentesco, para lo cual comienzan por dar normas para medirlo. Si estas normas no existieran, el jurista carecería de base para señalar la esfera de eficacia del parentesco. Uno diría que sólo la línea recta, otro que sólo la consanguinidad, otro replicaría que en Adán todos somos hermanos. Pero la ley suprime los motivos de duda con las normas que da para definir y medir el parentesco. No así en nuestro asunto. La palabra "conexión" es sumamente elástica. Los modos de conexión entre causas judiciales pueden ser innumerables; en un sentido amplísimo todas las causas se relacionan entre sí en el concepto general de servicio a la justicia y de tutela del orden jurídico de la Iglesia. A falta de leyes codiciales, tenemos que recurrir a la doctrina, que en este caso es medio legítimo para colmar la laguna de la ley. La doctrina antigua y moderna ha trabajado sobre el concepto de conexión, y sobre su clasificación para dar a estos conceptos contenido jurídico y utilidad procesal¹.

Tres elementos determinan e individualizan una acción (cfr. c. 1.708); los sujetos entre los cuales existe la relación procesal, el contenido de la petición del actor (*petitum*), y el título o hecho jurídico invocado por él mismo para apoyar su pretensión (*causa petendi*).

En todo rigor, cada acción exigiría un proceso autónomo, el cual se tramitaría siguiendo el turno que le correspondiera según el orden de presentación. Este sistema de un juicio para cada acción, tiene los inconvenientes de ser costoso y lento. La doctrina y la práctica han buscado soluciones a esa lentitud dispendiosa de los procesos sin po-

¹ F. ROBERTI, *De processibus*, vol. I, Roma 1941, pag. 215; F. DELIA ROCCA *Instituciones de Derecho procesal canónico* (versión española) Buenos Aires s. f., pag. 47; LEGA-BARTOCETTI *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. I, Roma 1938, pag. 77; WERNZ-VIDAL *Ius canonicum de processibus*, Roma 1927 pags. 66 y 145; NOVAL *de processibus*, vol. I, Roma 1920, pag. 48; CARNELUTTI *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1936, pag. 357; GUASP, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil*, vol. I, Madrid 1943 pag. 514 ss; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, vol. I, Zaragoza 1946, pag. 145 y vol. II, págs. 232 ss, 235 s, 419; CABRFROS *Estudios canónicos*, Madrid 1956 pag. 531 ss.

ner en riesgo la justicia de los procedimientos. De estas soluciones nos interesan para el caso algunas figuras procesales nacidas de la relación de las acciones entre sí. El principio que las rige es el llamado de economía procesal, que tiende a evitar la multiplicidad innecesaria de procesos y sus gastos correspondientes, y a la vez a evitar sentencias disconformes o contrarias acerca de un mismo asunto.

Ahora bien, esta conexión de dos causas puede consistir en identidad parcial de los elementos integrantes de dos pretensiones, o en una relación procesalmente eficaz que vincula dos causas distintas entre sí en cuanto a los elementos de que constan. Llamaremos a la primera *material* o *interna*, y a la segunda, *accesoria* o *extrínseca*.

CONEXIÓN MATERIAL

Dos acciones pueden ser o totalmente iguales, o del todo diversas, o en parte iguales y en parte distintas.

Si son iguales, es decir, en el caso de identidad de los tres elementos esenciales —sujetos, materia y causa— no son en realidad dos acciones, sino una sola. No hay peligro de que una pueda injertarse en la otra en un mismo proceso, sino al revés, que puedan llevarse a distintos jueces, planteando dos pleitos para lo que es una sola pretensión (“bis de eadem re ne sit actio”). El derecho protege de este peligro al demandado por segunda vez mediante la excepción de cosa juzgada si el primer juicio terminó con sentencia firme, o por excepción de litispendencia en caso contrario.

Si las acciones son del todo diversas, se mantiene firme el principio de un proceso autónomo para cada acción.

Cuando las causas, sin ser idénticas, tienen algún elemento común, estamos en el caso de la conexión material. La zona de contacto entre dos acciones puede encontrarse en los sujetos, en los objetos o en la causa; de ahí las tres formas de conexión; subjetiva, objetiva y causal.

La conexión es subjetiva cuando dos (o más) acciones tienen los mismos sujetos, actor y reo. Esta figura de conexión, si es única, no interesa en nuestro caso porque, aunque tiene otros efectos importantísimos no puede dar lugar a una acumulación de autos, sino sólo a una acumulación de procesos autónomos en el mismo tribunal².

² Con razón ROBERTI (o. c., pág. 215, nota 6) tacha de precipitado este párrafo de WERNZ VIDAL (o. c., pag. 60): “Causae quae inter se sunt connexae, sive ratione personarum, sive ratione rei, sive ratione quaestionis praeiudicialis, sive ratione actionis generalis, ab uno eodemque iudice ecclesiastico cognoscendae sunt”. En efecto, la conexión meramente subjetiva no exige acumulación de autos ni siquiera unidad de tribunal, sino que cada proceso sigue las normas comunes de competencia. Los casos de reconvenção y de incidentes no son conexiones meramente subjetivas; sin alguna conexión en el objeto, no se dan estas figuras.

La conexión objetiva se basa en el contenido de la demanda. Comúnmente se llama también objetiva a la conexión causal, es decir, la que resulta del título o *causa petenti*. Puede asociarse a la subjetiva, y en este caso se llama conexión subjetivo-objetiva.

Los casos de conexión meramente objetiva (por ejemplo, acumulación de acción posesoria contra un demandado con petitoria contra otra; c. 1.670 § 1, petición dirigida a varios demandados obligados *in solidum*, ú obligados *pro rata parte* en virtud del mismo título, etc), producen figuras procesales que no interesan en nuestro caso ya que aquí las dos acciones, la de nulidad y la de separación, se dan entre los mismos sujetos. Prescindiendo, pues, de la conexión meramente subjetiva, y de la meramente objetiva, porque ninguna de las dos es aplicable al caso propuesto, veamos la conexión subjetivo-objetiva. Se da esta conexión entre dos acciones, cuando siendo los mismos los sujetos, tienen además algunos (no todos) elementos objetivos comunes. Siendo esta conexión subjetivo-objetiva, es claro que su existencia supone dos condiciones; una por parte de los sujetos y otra por parte de los objetos.

La primera condición —identidad de sujetos— no presenta en nuestro caso dificultades, pues se trata de personas físicas, perfectamente identificables, dotadas de derechos procesales, legitimadas “ad procesum” y actuando en nombre propio. Eliminemos pues ulteriores explicaciones que no hacen al caso.

La segunda condición —identidad parcial de objetos— supone que el contenido de ambas pretensiones es en parte el mismo para la una y para la otra³; por ejemplo si dos personas piden la misma casa, una por compraventa y otra por testamento (identidad de objeto) o si dos personas piden en virtud de un mismo testamento, una cosa distinta cada una de ellas (identidad de título).

El c. 1.567 equipara la conexión a la continencia. La identidad de los efectos procesales en la mayoría de los casos justifica suficientemente esa equiparación; aunque en el concepto, conexión y continencia son cosas distintas. Como en nuestro caso no hay problema de continencia sino de conexión, soslayaremos este asunto de la continencia.

El efecto principal de la conexión de acciones se cifra en la norma del mencionado canon 1.567, según el cual dos causas conexas tienen que ser juzgadas por el mismo juez⁴. El sentido de la norma es que las dos causas conexas quedan acumuladas no sólo ante el mismo juez o tribunal, sino también en el mismo proceso (acumulación de autos), de modo que los dos juicios se juntan el uno y con el otro y avanzan si-

³ ROBERTI o. c., pag. 115.

⁴ Parécenos cierto que, dados los términos absolutos que emplea la ley en el can. 1567, no es posible invocar el derecho antiguo en el cual esa obligación era dudosa, pretendiendo que tampoco en el derecho actual consta de esa obligación, como sostiene CORONATA *Institutiones iuris canonici*, vol. III Turín 1941 pag. 19. —

multáneamente hasta la sentencia final que, materialmente será única pero virtualmente múltiple, ya que pronuncia sobre los dos dubios acumulados. Contra la separación de ambas causas en dos procesos diversos se da la *exceptio connexionis* declinatoria del fuero, y la obligación del juez de no aceptar una causa conexas con otra pendiente ante otro tribunal. El juez competente en una causa conexas con otras, al citar al reo, localiza en sí, en virtud del principio de prevención, la competencia que pudieran tener otros jueces en causas conexas con la suya; y en virtud de las normas de prórroga de la competencia, adquiere ésta sobre dichas causas, si es que carece de ella.

CONEXIÓN EXTRÍNSECA

Se da esta conexión entre dos pretensiones cuando, sin tener elementos materiales comunes, están enlazadas mutuamente, de tal modo que la solución dada a una de ellas influye en la que ha de recaer sobre la otra. El c. 1.633 nos habla en general de "quaestiones quarum solutio viam sternat ad aliarum solutionem". Este tipo de conexión tiene una realización conspícua en las causas prejudiciales cuya definición da el texto del c. 1.632; aquella "ex cuius solutione pendeat solutio quaestionis principalis". La nota común de este tipo de conexiones reside en que una de las dos causas es antecedente lógico de la otra⁵; así la filiación es prejudicial en la causa de herencia, la clericatura en la del valor de una suspensión, la intimidación del superior en la validez de la absolución de una censura, etc. (decimos que consiste en un antecedente lógico acomodándonos al modo corriente de expresarse la doctrina de la prejudicialidad. Pero expresándonos con propiedad, la prejudicialidad no es una relación lógica, sino una relación real; precisando más, añadiríamos que se trata de una relación predicamental; que también la conexión y continencia son relaciones reales predicamentales —el derecho no se alimenta de abstracciones—; pero difieren en la diversidad de sus fundamentos, porque en la conexión interna —la continencia es un modo de conexión interna—, el fundamento estriba en la coincidencia o identidad parcial de ingredientes de la pretensión, y en cambio en la prejudicialidad el fundamento consiste en la dependencia de una acción respecto de la otra).

Aparte de los efectos precesales de acumulación de autos y de prórroga de la jurisdicción que son comunes a cualquier conexión objetiva de causas⁶, la prejudicialidad influye en el orden de conocimiento y

⁵ Aparte de la prejudicialidad, existen otros tipos de conexión extrínseca (v. DELLA ROCCA. o. c., pag. 47 s.) de los cuales no hablamos por no tener lugar en nuestro caso.

⁶ Es de notar que, según la ley, la conexión intrínseca prórroga, si es preciso, la jurisdicción; pero no así la mera prejudicialidad. La prórroga de competencia en los casos de incidentes y de reconvenções no puede tener lugar si no existe de alguna manera la conexión objetiva.

resolución de las causas. Por ley general, los Tribunales tramitan los pleitos en el orden cronológico en que se han presentado (“eo ordine quo fuerunt propositae” can. 1.627) porque *qui prior est tempore potior est iure*. En las causas conexas con este tipo de vinculación lógica a que estamos aludiendo, sería un contrasentido procesal imponer el orden cronológico de presentación. La ley establece que se tramiten en el orden exigido por la relación existente entre las distintas pretensiones, conociendo por delante aquellas cuya solución desbroza el camino de las otras (c. 1.633 § 1). Tratándose de prejudicialidad, la norma del c. 1.632 es terminante; la cuestión prejudicial “ante omnia a iudice cognoscenda est”. Porque, qué sentido tendría, por ejemplo, discutir en un pleito la insordescencia en la suspensión, habiéndose planteado un incidente prejudicial que niega la condición clerical del reo? Si el delincuente no es clérigo, es ocioso hablar de suspensión.

CONEXIÓN ENTRE LA CAUSA DE SEPARACIÓN Y LA DE NULIDAD.

De los dos tipos de conexión explicados, examinaremos en primer lugar si entre la causa de nulidad y la de separación existe conexión interna y, a continuación, si aquella es prejudicial con respecto a ésta.

A.—*Conexión interna*. De las dos condiciones señaladas, la primera se cumple sin duda alguna. En efecto, las partes en litigio son las mismas en una y otra causa. Pero en cambio no vemos identidad de *petitum* ni de *causa petendi*.

a) El objeto de la pretensión es distinto en uno y en otro caso. En la causa de nulidad estamos ante un matrimonio aparentemente válido, pero tenemos motivos para sospechar o afirmar que en realidad es nulo por existencia de un impedimento dirimente o por defecto de consentimiento o de la forma jurídica requerida *ad valorem*. El planteamiento judicial es “an constet de matrimonii nullitate in casu”; la pretensión del actor es en este caso la afirmación de que el matrimonio es nulo; el objeto de esa pretensión, es decir la conclusión de su demanda o *petitum*, es una sentencia declaratoria de nulidad del matrimonio.

El supuesto en las causas de separación es totalmente distinto. Aquí la validez del matrimonio está *extra quaestionem*; implícitamente el vínculo se supone válido y se debate sobre la existencia de los deberes conyugales, sobre la permanencia de la vida en común y de los efectos civiles separables del matrimonio. El planteamiento es: “an locus sit separationi a thoro, mensa et cohabitatione in casu”. La pretensión del actor es la afirmación de que ha cesado la obligación de la vida en común, y el *petitum* u objeto de su pretensión es una sentencia de se-

paración (nótese la analogía con la causa de nulidad de ordenación y de nulidad de cargas; cc. 214 y 1.993).

b) También la causa *petendi* es diversa en uno y otro caso. En la causa de nulidad, el título será uno de los tres arriba mencionados; “porro nemo ignorat causas unde initarum nuptiarum invalida celebratio dimanat, ad tria capita reduci, nempe, impedimentum matrimoniale proprie sumptum, vitium consensus, defectus formae canonicae”.

En la causa de separación el título es el adulterio de uno de los cónyuges o el peligro grave nacido de la cohabitación (cc. 1.129 y 1.131).

c) Los caracteres particulares de las causas de separación y de nulidad vienen a confirmar esta *ausencia* de conexión sustancial entre ambas. En efecto 1) la acción de nulidad puede proponerse incidentalmente incluso después de la muerte de los esposos (c. 1.972); la de separación es inconcebible entre aquellos a quienes ya separó la muerte para siempre; 2) la acción de nulidad es imprescriptible: “acciones de statu personarum numquam extinguuntur”, dice el c. 1.701. Al contrario la separación por adulterio prescribe en seis meses; por otras causas, en cuanto éstas dejan de existir; 3) la sentencia de nulidad es declarativa, la de separación es constitutiva (tal es nuestro sentir, que no todos comparten, pero no es esta ocasión de tratar el tema); 4) en las causas de nulidad no cabe transacción válida “si agitur de matrimonio dissolvendo” (c. 1.927). Este último verbo es poco preciso, y podría significar (algunos así lo entienden) también las causas de separación. Pero no es ese el sentido de la ley. En el art. 1 § 3.º de la Constitución “Provida” de la S. C. de Sacram. de 15 de agosto de 1936, se dice: “Causae matrimoniales *respicientes vinculum* nequent dirimi partium seu coniugum transactione”. Ya LEGA-BARTOCETTI había escrito: “Salvo matrimoniali vinculo, transigitur quodalia iura conexa, videlicet quad individuum vitae consuetudinem, dotem, bona communia, etc.”⁷.

B.—Eliminada la conexión intrínseca, tenemos que averiguar ahora si la causa de nulidad es prejudicial con respecto a la de separación.

1.—*Breve indicación de la doctrina antigua.* La encontramos en los comentaristas al tit. “de ordine cognitionum” (Lib. II de las Decretales, tit. X, principalmente en los caps. 1 y 3) y en el tit. “de restitutio-

⁷ Instrucción de la S. C. de Sacram. 29 junio 1941; AAS, 1941, pg. 298. No tratamos de los casos posibles de procesos de disolución vincular originados por profesión solemne o por dispensa “super rato” (cc. 1.119 y 1.120); prácticamente el problema se reducirá a una cuestión sobre existencia del impedimento de ligamen.

⁸ LEGA-BARTOCETTI *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica* vol. III, Roma 1941, pg. 126; v. en sentido contrario el comentario del Código de la BAC al c. 1.127.

ne spoliatorum" (ib., tit. XIII), principalmente en el cap. 13. Interesa también el c., X, de *divortis*, IV, 19. Un rápido recorrido por los autores del siglo XVI en adelante, nos llevará a la conclusión de que nuestro tema no ha sido tratado de propósito en la doctrina de esa época; bien es verdad que tampoco existe en los textos que comentan, aunque sí dan pie para ello, sobre todo los cap. 1-3, X, II, 10. A pesar de ello encontramos en dichos autores elementos doctrinales que inclinan hacia la solución afirmativa, es decir, a admitir la prejudicialidad en cuestión.

P. FAGNANI⁹ se detiene a explicar los distintos sentidos en que una causa puede llamarse prejudicial con respecto a otra; todavía WERNZ VIDAL recoge parte de esa doctrina, tomándola de LEUREN¹⁰. En lo referente a la dependencia de una causa con respecto a otra (esta es la prejudicialidad que nos interesa), el cap. *Tuam* dice:

"Tuam non credimus latere prudentiam, causam natalium reginae Cyprici, ad examen nostrum (upote quae ad forum Ecclesiasticum pertinet) esse delatam. *Et infra*. Quia vero antequam natalium causa terminata esset, dependentem ex illa successionis causam incipere, nihil aliud esset, quam diversis processibus intricare negotium, et confusione quadam iudicii ordinem perturbare: mandamus, quatenus, si forte ab ipsa Regina fueris super hoc requisitus, donec jam dicta causa natalium Apostolico iudicio finem acceperit patienter expectes". c. 3, X, II, 10.

Aquí está la prejudicialidad, pero envuelta en un asunto de derecho público (también es pertinente observar que la causa de efectos civiles se plantea en dependencia de juicio de nulidad, hipótesis inversa a la de nuestro caso). El juez secular no debe actuar mientras el Papa, o el juez eclesiástico está conociendo de un asunto relacionado con el del juez secular. Los comentaristas admiten como es lógico esta prejudicialidad, pero escriben preocupados por el problema de la preeminencia eclesiástica sobre la civil. Es interesantísimo constatar este particular punto de vista de la doctrina para no dar a ciertas frases un valor que solo tendrían si las separáramos de su contexto¹¹. La misma advertencia vale para los comentarios del cap. *Intelleximus* (c. 1, X, II, 10) que deben interpretarse en relación con el supuesto de la Decretal, en la cual se resuelve que es prejudicial la excepción de consanguinidad opuesta por el varón contra una mujer que pide que el varón le sea entregado (hipótesis inversa a la de nuestro caso que es de separación).

⁹ in. cap. I, lib. II, tit. X, de *ordins cognitionum*, Colonia 1676, pag. 128.

¹⁰ WERNZ-VIDAL, o. c., pag. 145, n.º 70.

¹¹ FAGNANI o. c., pag. 133 ss.; GONZÁLEZ TELLEZ *Commentaria perpetua*, vol. II Macerata 1.737 pag. 529; *ibid.*, in cap *intellexibus*, Macerata 1.737 vol. II pag. 140; LEUREN *Forum ecclesiasticus* vol. II, Venecia 1.729, cuestion 110, pag. 127; PIRHING *Ius canonicum* vol. II, tit. X § 2; ENGEL *Collegium universi iuris canonici*, in tit. X, Mantua 1.779, pag. 133.

Como norma general la doctrina establece la necesidad de tramitar la causa prejudicial antes que la subordinada; "quotiescumque de duabus causis in eodem iudicio propositis una pendet ex alia, primo cognosci et pronunciari debet super causa a qua dependet altera": esto es "regula universalis"¹². Esta norma encuentra algunos casos de aplicación literal, por ejemplo la filiación con respecto a la herencia¹³. Pero en cuanto a nuestro caso concreto las alusiones son raras y sobre todo imprecisas. El más claro texto que hemos visto es de LEUREN; que la propone a modo de ejemplo, sin pararse a estudiar especialmente el asunto:

"sic, si in iudicium deducta causa devortii, incidat quaestio de valore matrimonii, haec utpote praeiudicialis, prius cognoscenda"¹⁴.

2.—*Debilidad del argumento de razón.* En la doctrina tanto antigua como moderna, la prejudicialidad de la causa de nulidad con respecto a la de separación se apoya en una razón de lógica abstracta, sobre todo cuando se trata de separación por adulterio. En efecto, sin vínculo matrimonial no hay adulterio¹⁵. Síguese de aquí que es totalmente imposible llevar adelante una causa de separación por adulterio sin que conste previamente de la existencia del vínculo. Si este es dudoso, el adulterio hipotético también sería dudoso; si el vínculo es inexistente, también lo será el adulterio. Y así como sería improcedente acumular actuaciones y practicar pruebas de que un arrendatario ha deteriorado la cosa arrendada, sin estar seguro de que el arrendamiento existe, así también carece de sentido intentar la prueba de un adulterio sin previo pronunciamiento acerca de la validez del matrimonio violado por ese adulterio.

Esta argumentación es inatacable en el orden lógico, tanto que parece decidir la cuestión por sí sola. Con todo, no nos parece que sea tan decisiva como para dar la cuestión por resuelta, renunciando a ulteriores consideraciones. En asuntos jurídicos la solución más lógica

¹² REIFFENSTUEL *Jus Canonicum universum*, in tit. X de Ordine cognitionum; vol. II Paris 899 pag. 325; SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, comentario al mismo título, núm. 2.

¹³ "Et quidem si causa haereditatis dependeat a valore matrimonii aut eius effectu, v.g. si dicatur *matrimonium* ex quo filius petens haereditatem natus est, propter certum impedimentum canonicum non valuisse, remittenda erit ad iudicem ecclesiasticum et interim iudex saecularis in causa principali supersedebit" ENGEL *Collegium universi iuris canonici*, in tit X de ord. cogn. Mantua 1779, pag. 133.

¹⁴ LEUREN, *Forum ecclesiasticum*, vol. II Venecia 1.729, cuestion 108 pag. 127.

¹⁵ Se entiende que no hay adulterio con relación al matrimonio respecto del cual funciona la causa de separación, aunque puede haberlo con respecto a un segundo matrimonio acerca del cual no existe pleito alguno en nuestro caso. Caya ha demandado a Ticio por adulterio de éste, pidiendo la separación perpetua. Si Ticio exceptúa que no está casado con Caya, su adulterio es cosa inconcebible, y sería impertinente alegar que la cómplice de Ticio era casada, porque este adulterio nada tiene que ver con Caya, la demandante de Ticio. Tal adulterio de Ticio podría ser fundamental en causa de separación entre la cómplice de Ticio y su marido, pero no entre Ticio y Caya. Si Caya no es mujer legítima de Ticio, no puede acusar a éste por sus relaciones sexuales ya que, teniéndolas con quien quiera, no viola derechos de Caya. La malicia específica del adulterio, lo que añade sobre la violación de la castidad, es el quebrantamiento de la justicia, es decir del *ius in corpus* recíproco perpetuo y exclusivo que caracteriza el vínculo matrimonial. Donde éste falta el adulterio es totalmente imposible.

no es siempre la mejor; el derecho no es geometría¹⁶. Claro que lo que es absurdo *in terminis* no puede ser jurídicamente lógico, porque el orden no puede construirse sobre el absurdo. Pero, dejando de lado este solemne tema, y volviendo a nuestro problema de prejudicialidad, podríamos formular así la cuestión: lo que es un *prius* lógico, es siempre forzosamente, ineludiblemente, un *prius* procesal?

Como es sabido, el primitivo proceso no fue escrito sino oral. Las solemnidades y sobre todo el sistema de la apreciación legal de las pruebas que introduce la Edad Media en el proceso trae como consecuencia el empleo de la escritura cada vez en mayor medida, hasta convertir el proceso en escrito y por tanto, en un ser objetivado y despersonalizado; *quod non est in actis non est in mundo*. En el sistema canónico la escritura fue impuesta definitivamente por Inocencio III en el concilio IV de Letrán¹⁷ y continúa vigente en el Código (cc. 1642 § 1; 1.585 § 1) aunque con excepciones importantes (cc. 1778 y 1.866 § 4).

Estos dos sistemas procesales, el escrito y el oral, están regidos por principios fundamentales opuestos, de los cuales interesa en nuestro caso la llamada concentración del proceso que tiene lugar en el sistema oral y está ausente en el escrito. En éste, es esencial la realización de períodos sucesivos (introdutorio, probatorio, discusorio, decisorio) que se producen en orden inalterable. La ley o los decretos judiciales jalonan la línea procesal separándola en etapas; cada actuación puede practicarse solamente mientras dura el período a que corresponde. Así p.e., el juez abre (c. 1731 n.º 2) y cierra (c. 1.860 §3) el período probatorio, fuera del cual no cabe normalmente practicar probanzas (c. 1861 § 1).

Frente a esta dispersión por etapas del proceso escrito, el sistema oral se caracteriza por su concentración. Aquí el juez dirige la controversia sin trabas ni hitos legales; va derechamente al fondo del asunto, escucha, se forma rápidamente idea de la controversia y decide. La causa queda así *concentrada* en una o en poquísimas audiencias, al cabo de las cuales, el juez está en condiciones de emitir sentencia. Aquí no hay incidentes de previo pronunciamiento, ni apelación de sentencias interlocutorias, a no ser que se haga junto con la de la sentencia principal. Y por la misma razón, aquí no hay prejudicialidad,

¹⁶ Para regular la vida social en orden al bien común, tanto el juez como el legislador utilizan a veces normas "inelegantes", es decir, carentes de lógica. O si se prefiere la lógica de estas normas en las que a primera vista aparece una "inelegantia iuris" está conectada con exigencias de principios generales de ordenamiento que no se descubren en la superficie de las normas concretas, o tal vez con exigencias de la vida humana. Y esto, que vale para toda norma jurídica, tiene aplicación *a fortiori* en el Derecho procesal cuya naturaleza instrumental nos parece patente, a pesar de los esfuerzos modernos por elevar el proceso a la categoría de ciencia autónoma en el árbol del Derecho.

¹⁷ c. 11, X, II, 19; cfr. LEGA-BARTOCETTI *Commentarius in iudicia ecclesiastica* vol. I, Roma 1938, p. 283.

sino que el mismo juez decide, en su sentencia, de la totalidad de los puntos controvertidos.

Se me dirá que esta consideración es ociosa e inútil, porque nuestro caso debe resolverse por las normas procesales del Código latino, informado todo él por el principio de escritura y de dispersión en períodos. A lo cual he de contestar, en primer lugar que mi pretensión por el momento es solamente mostrar que un *prius* lógico no es forzosa-mente un *prius* procesal, dado que existe un sistema procesal sin prejudicialidad. Y como el argumento lógico arriba expuesto es de naturaleza abstracta, creo que alegar la posibilidad de un proceso en el cual la prejudicialidad no existe, deja al descubierto la debilidad de aquel principio y lo convierte en problemático y necesitado de puntualización. Pero además, es de advertir que el principio de oralidad, aunque ausente de nuestro Código, no es *terra incognita* en el ordenamiento canónico. La más importante reforma introducida por el M. P. *Sollicitudinem nostram*¹⁸ en el proceso oriental es la sección titulada "de iudicio contentioso coram unico iudice" (cc. 453- 467) en la que se acepta el sistema oral para toda causa que no requiera un tribunal colegiado. En estas causas no existe la prejudicialidad, por lo cual "Sententiae interlocutoriae a iudice unico prolatae impugnari nequeunt nisi una cum sententiis definitivis, atque modis ad impugnandas sententias definitivas admissis". (c. 465).

La misma ley contiene una importante excepción al principio de la prioridad lógica en las acciones de despojo (cc. 1.633 § 3 y 1.699 § 3). En el canon 1.633 § 3 aparece como una excepción a la regla de prioridad lógica contenida en los §§ 1-2. En un litigio sobre propiedad de una cosa o titularidad de un derecho, la causa de propiedad es prejudicial a la de posesión, ya que la cosa debe estar en posesión de aquél a quien pertenece, por ser él el *dominus*. Pero nadie debe tomarse la justicia por su mano. Ya los romanos habían establecido el interdicto *unde vi*: en nuestra ley española se sigue hablando de interdictos posesorios. Quien despoja a otro de su posesión, debe restituir al desposeído, y no le vale la excepción de propiedad, la cual, aunque lógicamente anterior, pero procesalmente es posterior por muchas razones que no es del caso explicar aquí.

En las excepciones dilatorias, la norma del Código es examinarlas "ante litis-contestationem" (c. 1.628 § 1), sin embargo la regla no es absoluta y, como dice ROBERTI, "iurisprudentia Rotae has quaestiones incidentes etiam dilatorias cum merito unit"¹⁹, aunque por ser dilatorias, son prejudiciales.

Podemos aún hacer otra consideración que extenua la robustez

¹⁸ AAS 42 (1950) 1-120.

¹⁹ ROBERTI O. C., p. 462.

aparente del argumento. Como dice PRIETO CASTRO²⁰, “la fuente de los mayores abusos desde la institución del proceso se halla en la facilidad que da la ley para plantear cuestiones prejudiciales, pues con ella se puede retardar el procedimiento y entorpecer la justicia con burla de litigante contrario y uso indebido de la energía de los tribunales, sin que deban olvidarse tampoco los innecesarios dispendios que provocan”. Palabras estas perfectamente aplicables a nuestro caso, y que hacen sumamente sospechosa la validez del argumento basado en el *prius* lógico para un sistema como el canónico, profundamente penetrado del sentido de equidad.

Por todo lo cual es forzoso admitir que las conclusiones sacadas del principio de prioridad lógica no pueden admitirse sin más análisis, mientras el ordenamiento no nos dé la conclusión en forma de ley, y que dicho argumento no decide por sí solo la cuestión.

3.—*Elementos de solución.* Tan vaga e imprecisa como la noción de conexión y continencia es la norma legal que define la prejudicialidad: “ex cuius solutione pendat solutio quaestionis principalis” (c. 1.632). Estas palabras aparecen ya en el esquema B del Código y se mantienen sin variación en todos los esquemas siguientes hasta el Código²¹. Por lo cual necesitamos elementos capaces de concretar esa norma y fijarla en el campo del Derecho para poder utilizarla con fines jurídicos. El c. 18 nos suministra tres procedimientos o recursos utilizables cuando la ley es oscura o dudosa: los pasajes paralelos del Código, el fin y circunstancias de la ley y la mente del legislador. Los dos primeros sirven en definitiva para averiguar el último, ya que interpretar es averiguar lo que el legislador ha querido. Nos servirá además la doctrina, como es obvio.

a) *La doctrina.*—Ya hemos insinuado que los doctores antiguos guardan un significativo silencio en nuestro problema concreto. Escritores como RODRÍGUEZ FERROSINI, autor de un amplio tratado “de ordine cognitionum”²² o TONDUTI, que escribió con abundancia y erudición “de preventione iudiciali”²³, no solo no estudian la prejudicialidad de la causa de nulidad con respecto a la de separación, pero ni siquiera la mencionan entre los muchísimos ejemplos que alegan. Los modernos no son más expresivos; sólo WERNZ VIDAL²⁴ la men-

²⁰ PRIETO CASTRO *Derecho Procesal Civil*, vol. II Zaragoza 1946, p. 232.

²¹ ROBERTI *Codicis Iuris Canonici schemata: lib. IV*, Roma 1940, p. 115.

²² RODRÍGUEZ FERROSINI *Tractatus XV ad librum II Decretalium* (el de ordine cognitionum) es el VIII) Lyon 1867.

²³ TONDUTI Francisco de, *Tractatus de praeventione iudiciali*, Lyon 1678.

²⁴ “in iudicium deducta causa divortii, si incidat quaestio de valore matrimonii, est evidenter causa praeiudicialis, cum declarato nullo matrimonio causa divortii fundamento careat”. WERNZ-VIDAL *De processibus*, Roma 1927, p. 145, n.º 170. También alude a nuestro caso, aunque de un modo vago y fugaz, CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, vol. III, Roma 1948, n.º 37.

ción de paso y como ejemplo, pero sin estudiarlo²⁵.

Tampoco la doctrina civil contiene elementos de solución clara, lo cual no es de extrañar, porque el concepto de prejudicialidad aparece en las leyes civiles tan vaporoso e impreciso como en las canónicas; se observa en ellas cierta tendencia a dejar la prejudicialidad a la apreciación del juez²⁶. Pero la doctrina no suministra a este más que "criteri di ordine logico", como dice REDENTI²⁷.

²⁵ Con el silencio de los canonistas acerca de nuestra cuestión contrasta la abundancia de las publicaciones realizadas por los eclesiasticistas italianos (v. bibliografía en E. MAZZACANE *La separazione personale dei coniugi in pendenza dei procedimenti canonici de nullità e di dispensa*, Nápoles, 1954, pág. 4). En estos trabajos se discute el problema planteado por el art. 34 del Concordato de Italia, según el cual la Iglesia reivindica para sí las causas de nulidad, cediendo las de separación a los tribunales del Estado: el art. 295 del *Codice di procedura civile* establece: "Il giudice dispone che il processo sia sospeso nel caso previsto nell'art. 3 del codice di procedura penale e in ogni altro caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia... dalla cui definizione dipende la decisione della causa".

El problema está en determinar si ese *altro giudice* es también el juez eclesiástico que tramita un pleito de nulidad. Gran parte de esos trabajos se refieren a ese problema (v. CAPPELLO *Il diritto matrimoniale canonico e la legislazione concordataria* en "Chiesa e Stato", Milán 1939, pag. 261), el cual no es un mero problema de prejudicialidad, sino también de relación entre el poder judicial civil con el canónico, como ya lo hemos observado en los comentaristas arriba aludidos del cap. *Tuam* (c. 3, X, II, 10).

También hallamos en esos trabajos errores de bulto. En efecto, el matrimonio canónico sólo produce en Italia efectos civiles a condición de que sea inscrito en el Registro Civil; los AA mencionados no están de acuerdo acerca del valor de esa transcripción en orden a producir efectos civiles, ya que algunos, p. e. AZOLINA consideran que la transcripción es vestidura necesaria para que el matrimonio canónico se presente en el ordenamiento civil, siendo esta inscripción la causa de los efectos civiles (v. sobre esto BORROLOTTI S. I., *La formazione degli effetti civili del matrimonio nel regime concordatorio italiano*, Roma, Universidad Gregoriana 1956). Hay también en dichos trabajos ideas aprovechables sobre prejudicialidad, ya para afirmarla ya para negarla. Estas ideas se deducen a muy pocas, y están —si no nos equivocamos— recogidas sustancialmente en nuestro texto.

²⁶ En la Ley de Enjuiciamiento civil, arts. 744 y 746 se establece de una manera general que los incidentes que, por exigir un pronunciamiento previo sirvan de obstáculo a la continuación del pleito, se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando mientras tanto en suspenso el curso de la demanda principal; los que no opongan obstáculo al seguimiento de la demanda principal, se sustancian en pieza separada, sin suspender el curso de aquella. La aplicación de la norma depende del juez, pero cabe recurso (v. MANRESA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil* vol. III Madrid 1910, p. 508 y ss.) Si la sentencia depende de un delito, se suspende hasta juzgar de éste (*ibid.* arts. 362 y 514). En el art. 154 n.º 1 se nos enseña que son incompatibles las pretensiones que se excluyen mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra. Concretando un poco más el art. 161 nos dice que dos pleitos se acumulan, si la sentencia en uno de ellos produce excepción de cosa juzgada en el otro y también cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se divide la sentencia de la causa (la frase "contención de la causa" es del Derecho romano: "nulli prorsus audiencia praebetur qui causae continentiam dividit": C. 1, 3, 10, y la explican ampliamente los canonistas; cfr. REIFFENSTUEL in lib. II, tit. II, § VII, n.º 144). Pero ya hemos visto que esta doctrina no contiene las necesarias precisiones para nuestro asunto. El art. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la validez del matrimonio se difiere al tribunal competente "cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su superación (art. 3).

En el Código Vaticano se deja a merced del juez apreciar la prejudicialidad: en tales casos "il Giudice ne può ordinare, con sentenza, una speciale trattazione e può ordinare la sospensione del procedimento principale" (Codice de Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano, art. 247 § 2.º; cfr. art. 197, 4.º y 295).

El Código francés nos dice con la misma imprecisión y generalidad que "les demandes incidentes seront jugées par préalable s'il y a lieu" (Code de procédure civile art. 338). Criterios igualmente imprecisos sobre excepciones en el art. 184.

En la ley alemana, la suspensión del proceso por incidente condicionante se hace de oficio facultativamente, obligatoriamente a instancia de parte o si se trata de existencia, inexistencia, nulidad o anulabilidad de un matrimonio ("Zivilprozessordnung" §§ 148, 152, 153, 154; v. Leo ROSENBERG *Tratado de derecho procesal civil*. Traducción española; Buenos Aires 1955, vol. I, p. 363 y vol. II p. 299.

²⁷ E. REDENTI *Diritto processuale civile*, vol. II, Milán 1957 p. 276 ss.

b) *Lugares paralelos* no hay en el Código.. Sin embargo, abajo hemos de citar pasajes que, sin ser paralelos, nos indican la mente del legislador o espíritu del Código en la materia.

c) *El fin de la ley*. Las leyes se dan para promover determinados fines sociales. Estos fines sociales o bienes jurídicos que la ley protege son una guía preciosa para el intérprete: así lo exige la naturaleza del acto legislativo²⁸ y lo admite el c. 18. Afortunadamente nuestro caso no pertenece directamente al espinoso problema de la influencia de la *ratio legis* en la extensión o restricción del sentido que las palabras de la ley envuelven²⁹; pretendemos más bien dar contenido concreto a las imprecisas expresiones que hallamos en la noción de prejudicialidad, por lo cual el recurso a la *ratio legis* está en nuestro caso muy justificado. Por fortuna también, la doctrina no vacila en la designación de los motivos que subyacen a la norma de prioridad procesal concedida a las cuestiones prejudiciales. En este punto la doctrina antigua y moderna es unánime³⁰. Parece pues legítimo concluir que donde tales motivos existen, habrá prejudicialidad y que esta faltará cuando aquellos estén ausentes. Tales motivos son:

1) *La posibilidad de conflicto o contradicción entre las sentencias*. Es el caso del incidente sobre legitimidad en causa de herencia, tan trillado por los antiguos³¹. Se discute la parte que corresponde a Ticio en la partición de una herencia: alguien exceptúa la ilegitimidad de Ticio. Es caso de prejudicialidad, porque de la solución que se dé al incidente de ilegitimidad depende que Ticio participe o no en la herencia. Llevado cada proceso separadamente, podría ocurrir que un juez asigne a Ticio una determinada parte del caudal relicto, mientras el otro al pronunciar contra la legitimidad de Ticio, le niega toda parte de la herencia. Esta es la razón primera y fundamental de la prejudicialidad, tanto que sin ella no cabe hablar de cuestión prejudicial, a no ser en un grado muy bajo cuya apreciación y consecuencias quedarían a merced del juez³².

²⁸ Sobre este asunto diserta admirablemente SUÁREZ *De Legibus*, lib. VI, cap. 3-6.

²⁹ TOMÁS GARCÍA BARBERENA *La interpretación extensiva y restrictiva*; GOMMARÓ MICHIEIS OFM. Cap. *De interpretatione declarativa legis in iure canonico*. Ambos trabajos están publicados en "Investigación y elaboración del Derecho canónico". Trabajos de la V Semana de Derecho Canónico.—Barcelona 1956.

³⁰ "Quod si inverso ordine procederet iudex, cognoscendo prius de questione principali et mox de exceptione, potest accidere quod, probata postea exceptione, sententiam retractare teneatur et exitus iudicii esset diuturnior et processus implexus obscurus et contrarius evaderet"; P. MURILLO VELARDE S. J., *Cursus iuris canonici hispani et indici*, ed. II, Madrid 1763, pág. 244; "Ratio est quia omne superfluum in iudiciis est rescandum" REIFFENTUFL o. c., in tit. cit. X, n. 4; o. c., vol. II Amsterdam 1755, pag. 109. Cfr. TONDUTI, *De praeventione iudiciali*. Lyon 1673, parte I, cap. 3, pag. 38 ss (con bibliografía antigua sobre el tema); LEGA *De Iudiciis* vol. I, n.º 314; ROBERTI O. C., n.º 78, 3; LEGA-BARTOCETTI, O. C., p. 77; WERNZ-VIDAL O. C., n.º 170, p. 145.

³¹ Cfr. Comentarios in cap. *Tuam*, c. III, X, II, 10.

³² La prejudicialidad, en sentido estricto y pleno existe cuando sea posible la aparición de dos sentencias incompatibles, de tal manera que la una produce excepción de cosa juzgada en

Ahora bien, en nuestro caso no existe posibilidad de sentencias contradictorias, porque las causas de separación y de nulidad tratan de distinto asunto, como arriba hemos explicado. Cualquiera que sea la sentencia que los jueces den en sus respectivas causas nunca habrá "affirmatio et negatio eiusdem de eodem secundum idem". Esto es claro y no hace falta insistir en ello. Pero tampoco habrá un conflicto jurídico entre ambas sentencias. Para demostrarlo, analicemos los casos que pueden presentarse al sustanciarse separadamente las dos causas; la de nulidad y la de separación.

El matrimonio es o válido o nulo. En cualquiera de las hipótesis, la sentencia de separación puede ser afirmativa o negativa. Si el matrimonio es válido, cualquiera que sea el sentido de la sentencia de separación, se llega a una situación jurídica perfectamente normal: matrimonio válido con separación de cuerpos o sin ella. Y si es nulo? En tal caso, si la sentencia de separación es favorable a la pretensión del actor, no existe conflicto alguno: tal sentencia no hace sino anticipar un resultado justo que se produciría más tarde al final del laborioso proceso de nulidad. Se me dirá que en este caso la sentencia de separación es inútil; pero esto pertenece a otro capítulo de la prejudicialidad del que enseguida nos ocuparemos.

Veamos ahora la última de las cuatro hipótesis anunciadas; matrimonio nulo con sentencia denegatoria de separación. Es en esta hipótesis y sólo en ella, donde a primera vista aparece el conflicto; por eso hemos de examinarlo con más pausa. Observemos ante todo la excepcionalidad del caso, la cual salta a la vista. Observemos además que en tales casos la separación existe de hecho: la mujer está depositada. Claro que no existe la liquidación de la sociedad legal de gananciales, pero tampoco existiría si la causa de nulidad fuese prejudicial a la de separación. Tampoco hay ventaja procesal alguna en establecer la prejudicialidad, porque la causa de nulidad, al tramitarse separadamente y sin estorbo llegará a la sentencia de nulidad sin pérdida de tiempo. La sentencia denegatoria de separación, si llegara a producirse no tendría efectos, pues la mujer continuaría depositada en expectativa de la sentencia de nulidad³³. No aparece, pues, el peligro de conflicto entre las sentencias aunque ambas causas se tramiten separadamente³⁴.

la otra causa. Pero no es necesario tanto; basta que una sentencia de incidente condicionante o prejudicial tenga fuerza de sentencia definitiva. El c. 1880 n.º 6 establece que no hay apelación contra el Decreto del juez que determina el orden de conocimiento (ROBERTI O. C., p. 459) ni de la sentencia interlocutoria, a no ser que tenga fuerza de definitiva "nisi cumuletur cum appellatione a sententia definitiva"; en efecto, no teniendo fuerza definitiva no puede ser contradictoria con esta.

³³ Ley de Enjuiciamiento civil art. 1.880.

³⁴ Dice a este propósito MAZZACANE o. c., p. 27 "D'altra parte non é chi non veda l'assurdo della tesi contraria della possibile coesistenza di due giudizi. Entrambi, quello di nullità e quello di separazione, riguarderebbero il matrimonio ma l'uno avrebbe ad oggetto la nullità e quindi l'inesistenza del matrimonio, cioè lo stato libero degli attuali coniugi, l'altro la validità e quindi l'esistenza con il solo temperamento della separazione". Pero no es exacto decir que el

II. *Peligro de inutilidad de sentencias.*—(Economía procesal). Es la segunda razón de la prejudicialidad: ahorrar trabajo al tribunal y dispendios a los litigantes. Si el matrimonio es *válido* la sentencia de separación, cualquiera que sea su sentido nunca será inútil. Esta observación, aparentemente fútil y banal, es en realidad muy importante, porque las sentencias en favor de la nulidad son comparativamente escasas, en fuerza del *favor iuris* de que goza el matrimonio. Es sabido que las normas de derecho contemplan el caso común y cotidiano, más bien que el excepcional y episódico.

Ahora bien, si el matrimonio es *nulo*, el litigio sobre separación puede parecer inútil y vacío de sentido. Para qué hacer esfuerzos baldíos si luego la sentencia de nulidad producirá automáticamente todos los efectos de la separación perpetua?

Para pesar debidamente la fuerza de este argumento hay que distinguir entre los dos sentidos posibles de la sentencia de separación; concesivo y denegatorio. Si la sentencia concede la separación perpetua por adulterio, que es el caso corriente³⁵, no es inútil, no sólo porque anticipa una solución justa, sino además porque anticipa los efectos civiles de la separación. Las causas de nulidad son con frecuencia largas y difíciles; el tribunal es colegial de tres jueces, el defensor del vínculo apela *ex officio* y la sentencia no es firme hasta que se producen dos sentencias conformes en favor de la nulidad. El demandante en la causa de separación puede tener grande interés en que esos efectos civiles se produzcan cuanto antes, supuesta la existencia de causa canónica para obtener la separación; trátase a veces de razones económicas de enorme importancia (abarcadas en las palabras "aliaque id genus", c. 1131) que el juez eclesiástico no puede ignorar (arts. 23 y 24 del Concordato); otras veces entran en juego intereses morales gravísimos (cfr. cit. c. 1131 § 1.º). La mera posibilidad de la existencia de esos intereses inclina resueltamente a un ánimo recto a rechazar la prejudicialidad de la causa de nulidad.

Veamos por fin el último caso: cuando hay sentencia denegatoria de la separación y, después, sentencia denegatoria de la nulidad. Aquí la inutilidad de la primera sentencia es patente. Ahora bien, no hay que sacar conclusiones generales de esta posible aunque infrecuente inutilidad. Creemos que esta posibilidad constituye un apoyo blandísimo para la prejudicialidad que estamos discutiendo frente a las siguientes razones de carácter general:

juicio de separación tenga por objeto la validez, y por tanto la existencia del matrimonio, con el solo temperamento de la separación. Las causas de separación tratan sobre separación: no sobre validez del matrimonio.

³⁵ Huelga decir que nos referimos al caso de que la sentencia de separación se pronuncie antes que la de nulidad. Si esta llegara antes, se extinguiría la acción de separación al extinguirse el derecho que dicha acción tutela.

1) Arriba hemos insinuado que una de las características que separan las causas de nulidad de las de separación es la imprescriptibilidad de las primeras, en virtud de la cual, nunca pasan a cosa juzgada (cc. 1701 y 1903). Por eso, aun en el caso excepcional indicado, la sentencia denegatoria de separación puede ser útil si posteriormente se revocara la sentencia de nulidad. No se nos oculta que la probabilidad del caso es escasísima, pero no nos parece ilógico contestar con una probabilidad mínima a una razón cuya probabilidad de hecho es también sumamente tenue. Es más, puestos a basar la doctrina sobre probabilidades lejanísimas, habríamos de decir que toda causa de separación debe ir precedida de un examen de la validez del matrimonio, para evitar que aparezca posteriormente una causa de nulidad que haría inútil la sentencia de separación.

2) El c. 1.016 deja a la potestad secular los efectos meramente civiles del matrimonio, aunque estos dependen del vínculo acerca del cual sólo la Iglesia podría juzgar. Ahora supongamos que se promueve un pleito acerca de esos efectos meramente civiles, por ejemplo, sobre alimentos, sobre entrega al marido de los bienes dotales, etc. Si durante ese pleito se introdujera en el tribunal eclesiástico la causa de nulidad de ese matrimonio, tendría el juez civil que suspender sus actuaciones hasta que se produjera sentencia en el pleito de nulidad? Creo que nadie admitiría esa consecuencia. Pues si se puede pleitear sobre algunos efectos del matrimonio en pendencia del juicio de nulidad, por qué no sobre todos?

3) Por lo demás, estas ligeras anomalías resultantes de la posibilidad del cuarto caso citado, tiene su explicación cumplida en una ley de carácter superior, con relación a la cual, lo que parece "aporía" en el sistema, no lo es. Esta ley superior es la presunción o *favor iuris* protector del matrimonio, que flota por todo lo largo y lo ancho del Derecho matrimonial canónico. Aun planteada la causa de nulidad, el matrimonio, antes de la sentencia de nulidad, sigue siendo válido y continúa produciendo todos los efectos que corresponde al matrimonio válido. En virtud de ello, la causa de separación puede intentarse siempre que no haya sentencia de nulidad. Pero parécenos que el orden de las ideas exige que hablemos de esto más adelante.

d) *La mente del legislador*.—Intentemos, para terminar, acercarnos a la mente del legislador tan sobria y escuetamente formulada en los textos del Código.

Las consideraciones arriba hechas sobre la razón de la ley nos han inclinado a negar la prejudicialidad de la causa de nulidad con respecto a la de separación, quedando solamente algo indeciso el caso (no previsible ni identificable *a priori*) de matrimonio nulo con sentencia denegatoria de separación. Nada nos dice el Código directamente acer-

ca del caso. Y no es extraño: "iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato" (D. 1, 3, 3, *Pomponius*). Donde la ley calla, lo que el legislador ha querido es lo más verosímil y más conforme a equidad: "deficiente aequitate scripta locus est aequitati non scriptae", dice acertadamente REIFFENSTUEL³⁶. Cuando la formulación de una norma jurídica queda reducida a la enumeración de un principio general y abstracto, como ocurre en nuestro caso, su aplicación rígida tropieza con razones de justicia superior plateadas por las circunstancias concretas de los casos a que se aplica. En una *coram Romano* se lee: "Praecipua igitur aequitatis norma haec est ut in tantum locus fiat aequitati in quantum desit expresum et clarum legis praescriptum"³⁷. Los romanos formularon las normas de equidad³⁸ que el ordenamiento canónico aceptó ampliamente en su seno³⁹, incluso en Derecho procesal⁴⁰. En particular, es norma común que las excepciones (de ello se trata en nuestro caso) se fundan en razones de equidad⁴¹. El citado RODRÍGUEZ FERMOINI advierte a este propósito que la congñición de la causa es de derecho divino, pero el orden de conocimiento es de Derecho eclesiástico⁴².

Ahora bien, parece evidente que las razones de equidad no apoyan la prejudicialidad que discutimos, al menos en los casos corrientes, sino al contrario. Qué ventajas hay en sobreeser la causa de separación cuando se exceptúa la nulidad? Las únicas ventajas están de parte del litigante de mala fe que, por conveniencia propia o para molestar al contrario, pretende con argucias retardar la sentencia de separación. *Malitiis non est indulgendum*⁴³. El demandado en causa de separación, que exceptúa la nulidad, en la gran mayoría de los casos no obra de buena fe. Si cree que su matrimonio es nulo, por qué hasta ser demandado vivía como casado? Y si ahora, al ser demandado, ha llegado al convencimiento de la nulidad de su matrimonio (cosa rara!) por qué pretende retardar la separación? La única razón alegable

³⁶ *in lib. I, tit. 2, n.º 417.*

³⁷ *Sacrae Romanae Rotae decisiones 27 (1935) 200.*

³⁸ "in summa, aequitatem quoque ante oculos debet iudex" D. 13, 4, 4, 1 (Ulpianus); cfr. D. 50, 17, 90; 50, 17, 183; C. 3, 1, 8; etc.

³⁹ BIDAGOR *El espíritu del Derecho canónico* en "Revista Española de Derecho Canónico" 13 (1958) 14 ss.; SUÁREZ *De legibus* lib. VI, C. 6-8; MICHIEIS *Normae generales*, vol. I, 1949, pag. 558 ss.; RODRIGO *De legibus* Santander, 1944, n.º 390 ss.; LEFEBVRE *Les pouvoirs du juge* París 1938, pag. 69, 75, 86-88.

⁴⁰ CH. LEFEBVRE *Equité* en "Dictionnaire de Droit Canonique" vol. V, col. 401-402; "L'equità potrebbe anche chiamarsi giustizia del giudice in antitesi con la legge, come giustizia del legislatore" CARNELUTTI "Sistema del dir. process. civ." Padova 1936, pag. 70. "La equità fu detta giustizia del caso singulo" (ibid).

⁴¹ D. 44, 4, 12; I. 4, 13, 1.

⁴² RODRÍGUEZ FERMOINI *Tractatus XV ad lib. II* Lyon 1657 pag. 322. En *Ad rubricam de ord. cogn.*, n.º 9 llega a admitir, claro que para el derecho vigente en su tiempo, que incluso el "stylus loci in quo lis ventilatur" es motivo para invertir el orden prescrito para el conocimiento de las causas.

⁴³ El citado TONDUTI, *oc.*, pag. 38 s. afirma que la prejudicialidad es beneficio del demandado y que puede renunciar a ella; claro está que está hablando del Derecho vigente en el siglo XVII.

de evitar dos juicios cuando basta uno (“*frustra fit per plura quod fieri potest per pauciora*”), se verifica en casos excepcionalísimos y sería contrario a equidad establecer la prejudicialidad como norma válida en todos los casos, cuando sólo puede valer en poquísimos. Y buena parte de esos poquísimos entrarán en los casos de excepción que enseguida señalaremos, para los cuales debe admitirse la norma de prejudicialidad.

2.—Los cánones 1.671 § 3 y 1.699 § 3 nos suministran nuevos elementos de juicio para nuestro problema. Salta a la vista la analogía existente entre los binomios vínculo-habitación por una parte y propiedad-poseción por otra⁴⁴ (recuérdese las doctrinas medievales que identificaban el *ius in corpus* con el derecho de propiedad). La regla “*spoliatus ante omnia est restituendus*” tiene también su aplicación en el campo matrimonial. El derecho consagra esta analogía en varios pasajes, p. e., la decretal *Ex conquestione* (c. 10, X, II, 13) y el c. 1.699 § 3, cuyo texto nos sugiere, más que una analogía, una aplicación directa del concepto de posesión a la cohabitación matrimonial efecto del vínculo, como la posesión lo es de la propiedad. En abstracto, la causa de propiedad es prejudicial con respecto de la posesoría, de tal modo que los argumentos que se pueden excogitar para sostener la tesis de la prejudicialidad de la causa de nulidad con respecto a la de separación, son igualmente aplicables a la causa de propiedad respecto de la posesoria. Ahora bien, el c. 1.671 § 3 nos da la norma para establecer el orden de conocer en las cuestiones posesorias y petitorias⁴⁵. La norma no está inspirada en un concepto de prejudicialidad, sino que, con un parecer más ecuánime, se deja al criterio discrecional del juez, “según le pareciere convenir mejor a la más rápida y plena defensa de los derechos”. Este canon ha venido a derogar la regla antigua según la cual “*cum super possessorio et petitorio simul est actum, utrumque una sententia debet terminari*”; esta ley de libertad nos da una recta norma de interpretación de las palabras “*quarum solutio viam sternat ad aliarum solutionem*” (c. 1.633 § 1), lo cual se ha de entender no precisamente en el orden sugerido por la lógica abstracta, sino en relación con la más rápida y plena defensa de los derechos.

El mismo criterio de libertad y prudencia judicial, guiado por razones de equidad, aparece en el caso de restitución del despojado (c. 1.699 § 3). Ya hemos dicho que contra el despojado no puede oponerse la excepción de propiedad, sino que aquél, para que se le reponga en la posesión, solo tiene que aprobar el hecho del despojo. Tal norma es una excepción legal al criterio de prejudicialidad. Con todo ni

⁴⁴ Más que de analogía se trata de una extensión de la tutela jurídica de la posesión a los derechos personales y espirituales; cfr. *Lega De Iudiciis ecclesiasticis*. Roma 1898, vol. I, n.º 222, pag. 264.

⁴⁵ Cfr. *NOVAL De Iudiciis*, Roma 1920, n.º 310, pag. 204.

esa norma excepcional es fija e inmutable porque, si la restitución del despojado envuelve algún peligro, puede el juez suspenderla. *A sensu contrario* cabe decir que, si los intereses graves del demandante en causa de separación exigen que ésta se pronuncie sin demora, no es posible esperar a que termine el proceso de nulidad planteado por el demandado como excepción a la demanda de separación; es el juez quien ha de determinar qué es lo más justo y práctico en cada caso.

3.—Las normas sobre incidentes de los cc. 1.837 ss. parecen también incongruentes con la teoría de la prejudicialidad. En la definición de este canon encontramos el adverbio “plerumque” como dando a entender que no hay causas que por su género deban examinarse “semper” antes que las de otro de determinado género. El c. 1.840 § 2 contiene una recomendación de brevedad en los incidentes inaplicable a los procesos de nulidad que por su importancia no pueden sentenciarse sin un examen diligente y minucioso de las pruebas, ni sin practicar con la detención debida todas las actuaciones judiciales que son del caso.

4.—En el fondo de todo este problema está latente el principio del *favor iuris* del matrimonio, que subyace a todas las consideraciones anteriores. Este *favor* no puede reducirse a las presunciones de validez del c. 1.014, sino que contiene un gran número de normas que abarcan incluso las que favorecen la comunidad conyugal¹⁶. Pero aun cuando admitamos con la doctrina más autorizada esa extensión del *favor iuris* a la “individua vitae consuetudo”, es claro que el *favor* recae con mayor intensidad sobre el vínculo que no sobre la cohabitación. El matrimonio es indisoluble, pero la cohabitación no lo es; es pues lógico que el Derecho protegerá con más cuidado aquél que no ésta. Puesto en litigio el uno y la otra, el Derecho no se apresurará a discutir el primero, ni tendrá empacho en conceder la separación salvando, al menos, el vínculo. La cohabitación es, al fin y al cabo, efecto separable del vínculo conyugal. En virtud de ello, el matrimonio, una vez contraído, tiene en su favor una fuerte presunción de validez, y por ello, *aunque litigioso, continúa produciendo todos sus efectos posibles, mientras no se declare nulo por doble sentencia conforme*. Por eso dice SÁNCHEZ que el pleito no concede ni quita derechos y que en orden a juzgar del débito conyugal, el estado litigioso del matrimonio es totalmente inoperante. No así si la causa es de separación. Refutando a Enríquez, que asimilaba ambos casos de nulidad y de separación, piensa SÁNCHEZ que la concesión del débito durante el pleito

¹⁶ Véase L. MIGUÉLEZ *El “favor iuris” en el matrimonio* en “Revista Española de Derecho Canónico” 3 (1948) 353 ss. El examen de este asunto nos llevaría demasiado lejos, por lo cual remitimos al lector al excelente estudio de Mons. MIGUÉLEZ.

de separación "esset iniuriae remissio iusque divortii amitteret"⁴⁷. Por la misma razón, según el mismo SÁNCHEZ, *lite pendente*, no se puede contraer otro matrimonio ni usar del segundo matrimonio contraído "quia cum possessio stet pro priori, interdicatur posterioris usus, dum de prioris valore disceptatur"⁴⁸.

La Comisión Pontificia de Intérpretes publicó el 26 de junio de 1947 la siguiente declaración:

Dub. An stante positivo et insolubili dubio de validitate primi matrimonii, invalidum, vi can. 1.014, declarari debeat secundum matrimonium.

Resp. Afirmative dummodo causa definiatur ad ordinarium tramitem iuris.

En el caso resuelto por esta respuesta se trata de dos matrimonios dudosos; la duda del segundo depende de la del primero, porque el impedimento de ligamen del segundo depende en cuanto a su existencia de la validez del primer matrimonio. En tal caso, el derecho protege preferentemente al primer matrimonio dándolo por válido con todos los efectos mientras no conste por sentencia firme de su nulidad⁴⁹.

Síguese de aquí que están equivocados los que arguyen en favor de la prejudicialidad apoyándose en que, al ser acusado el matrimonio, éste deja de ser *res integra* (c. 1.725, 1.^o), por lo cual no tiene sentido el discutir la separación siendo dudoso el vínculo del cual procede aquella. No hay tal, sino que en virtud del *favor*, el matrimonio en la práctica no es dudoso; objetivamente será válido o nulo, pero el derecho lo tiene como válido mientras no conste legítimamente de su nulidad⁵⁰.

5) *Si de iure illico constet*.—Es doctrina común de los antiguos que la causa de propiedad debe preceder siempre a la posesión cuando aquella no exija un desarrollo normal, porque el que ha exceptuado la propiedad tiene a mano las pruebas; como dice REIFFENSTUEL⁵¹ si "probationes in continentibus afferantur". Cuando la prueba está a mano se omite incluso la restitución del despojado⁵², cosa que ROBERTI admi-

⁴⁷ SÁNCHEZ *De matrimonio* 2, 41, 50; "lis nec concedit nec aufer ius, sed perinde censendum est ac si ea mota non esset ad iudicandum utrum in eo dubio licitum sit petere et reddere". Cfr. c. 2, X, II, 17; "Laudabilem (et infra) Quaeris, quando matrimonium accusare contingit, an statim sit carnale commercium suspendendum: (et infra) Ad quod breviter respondemus, quod conjugum alteruter accusatus, ante probatam accusationem jure, quod habet in altero, privari non possit".

⁴⁸ SÁNCHEZ o. c., 7, 2, 15.

⁴⁹ c. 47, X, II, 20; SÁNCHEZ o. c. 1, 18, nn. 5-7; 7, 93 nn. 14-16; 7, 99, 6; REIFFENSTUEL o. c. in lib. II, tit. 12 n. 46; tit. 19 n. 83; RODRIGO *De conscientia* nn. 1.007-1.009.

⁵⁰ LEUREN *Forum ecclesiasticum* vol. II, cuestion 110 (Venecia 1729) pag. 127, "quia vi possessionis illius praesumitur esse validum".

⁵¹ REIFFENSTUEL in lib. II, tit. 13, n. 88 (vol. 2, París 1889 p. 430), cfr. SÁNCHEZ o. c. 10, 12, 23, el cual dice que *lite pendente* la mujer se ha de restituir cfr. c. 3, X, II, 13) "nisi probationes in continentibus offerantur; incontinentibus autem offerri credo si intra triduum offerantur. En otro lugar dice que in continentibus es "breve temporis spacium arbitrio iudicis taxandum".

⁵² C. 13, X, II, 13; c. 4-5, X, IV, 19; c. 6, X, V, 16; LEGA *De iudiciis ecclesiasticis*, Roma 1898, vol. I, n. 230 p. 265; REIFFENSTUEL in lib. II, tit. 13, n. 88.

te "ex natura rei, si de iure illico constet" en el nuevo Código a pesar del silencio de los cánones⁵³. En el mismo principio se inspira el c. 1.990 que permite al Ordinario sustanciar sumarisísimamente⁵⁴ una causa de nulidad cuando la existencia del impedimento dirimente consta por un documento indudablemente cierto y auténtico o cuando palmariamente se omitió la forma canónica requerida⁵⁵. Aplicada esta doctrina a nuestro caso se puede concluir que, si el demandado en la causa de separación presentara un documento cuyas características corresponden a lo preceptuado en el c. 1.990, estaríamos en la situación que los antiguos designaban con la frase "nisi probationes in promptu habeantur", por lo cual sería el caso de detener la causa de separación hasta que el Tribunal de segunda instancia (si el defensor del vínculo apelase) confirmara la sentencia de nulidad dada por el Ordinario. Pero si este Tribunal de segunda instancia decidiera que hay que proceder por la vía ordinaria judicial⁵⁶, normalmente habría que reanudar la causa de separación.

CONCLUSIÓN.—Creemos que las anteriores reflexiones, no exhaustivas, llevan a la conclusión de que, como ley general, la causa de nulidad no es prejudicial a la de separación, salvo el caso exceptuado del c. 1.990 y el caso que pudiera presentarse de un *fumus boni iuris* palmario que induce a sospecha violenta de verdad, en un caso de demanda de separación en la que no se ven inconvenientes en diferir la sentencia, p. e., si los cónyuges están separados de hecho desde hace tiempo. Creemos que el ámbito de la discrecionalidad judicial admitida en el Código de Derecho canónico nos autoriza a hacer esta afirmación. La prudente discreción del juez dará o no precedencia a la causa de nulidad según le parezca más conducente a la mejor tutela del Derecho.

Nuestra conclusión, la que consideramos más conforme al espíritu del Derecho y a la equidad natural, es negar la conexión intrínseca entre las causas de separación y de nulidad, y admitir la conexión extrínseca de prejudicialidad sólo en casos excepcionales⁵⁷. Para estos ca-

⁵³ ROBERTI, o. c. n. 273, IV, 2; p. 723. Incluso en las legislaciones modernas se admite lo mismo: cfr. *Codice di procedura civile*, art. 35; "se la domanda e é fondata su titodo non controverso o facilmente accertabile...". Desde luego que con más razón habría de admitir esto mismo si se exceptuara un hecho notorio puesto que los hechos notorios no exigen prueba.

⁵⁴ Instrucción *Provida* S. C. de Sacram. 15 agosto 1936, art. 227.

⁵⁵ Ins. *Provida*, art. 231 § 1.

⁵⁶ Ins. *Provida*, art. 230.

⁵⁷ Adviértase sin embargo que la prejudicialidad requiere alguna conexión objetiva, pero más débil que la que hemos llamado conexión intrínseca. Las opiniones de los autores y de la jurisprudencia difieren como es lógico al apreciar esta conexión en orden al mencionado c. 1.567. A modo de ejemplo citaremos una sentencia *coram Parrillo* de 29 de diciembre de 1931 (S. R. R. *Decisiones...* 23 1931) 527 "Ad normam can. 1567 (copia el canon) haec continentia seu connexio, prout perstrictum refert card. De Luca, habetur, quando "cognitio unius ad cognitionem alterius confert vel sententia lata in una esset alteri praeiudicialis, aut contradictionem parere potest cum ea per alterum iudicem ferenda" "De iurisdic. disc. 76, 5). Potissimum vero in continentia...".

Lo que dice De Luca (*Theatrum veritatis et iustitiae*, lib. III, Venecia 1759, pág. 178) es lo

sos, la proposición de nulidad habrá de tratarse como una excepción perentoria, puesto que paraliza el efecto de la acción de separación al afirmar que el demandante está desprovisto de acción, ya que pide separación en un matrimonio inexistente.

El momento de proponer la excepción de nulidad es antes de la *litis contestatio*, puesto que es preliminar o prejudicial a la separación. Pero por esta misma razón es necesario admitirla aunque se proponga más tarde, incluso después de la causa concluida (c. 1.861); mientras el demandado pueda presentar documentos al tribunal, podrá presentar, p. e., un documentos en el que conste de un modo irrefragable que él es consanguíneo con su mujer en grado dirimente y que el matrimonio se celebró sin dispensa. En tal caso es lógico presumir que el demandado ha obrado con malicia, por lo cual tiene que demostrar que no ha podido presentar antes ese documento. Si esta prueba no se presenta, o no es convincente, el juez tiene que condenarlo a pagar las costas de todo lo actuado. Tampoco existe obstáculo fundamental en que la excepción de nulidad se proponga en la segunda instancia de la causa de separación, siempre que, según lo dicho, hubiera sido posible proponerla en la primera instancia. Pero en tal hipótesis, la presunción de mala fe contra quien exceptúa la nulidad es, lógicamente mucho mayor; por otra parte habrá que aplicar por analogía las normas que restringen la ampliación del dubio en la segunda instancia.

En efecto, cabe ampliación del dubio a otro capítulo de nulidad en un pleito mientras se tramita la primera instancia⁵⁸, pero en la apelación, el tribunal colegiado solo puede admitir a discusión el nuevo capítulo de nulidad aducido, "nemine contradicente", es decir, si no se opone a ello ni el demandante ni el demandado, ni el defensor del vínculo, ni el fiscal si es que interviene en la causa⁵⁹. Y aun cuando nadie se oponga a esa admisión, pero el tribunal no está obligado a aceptar el nuevo capítulo de nulidad; así se desprende de la redacción del art. 219 § 2 de la Instrucción que acabamos de citar. Si el tribunal se decidiera a aceptarlo, se tramitaría "tanquam in prima instantia", es decir, que el tribunal, aunque de apelación, sería para el caso de primera instancia. Pero el paciente lector que nos ha seguido en las reflexiones hechas a lo largo de este artículo para la primera instancia, deducirá

siguiente: (Se trata de una causa en la que se niega la conexión contra dos hermanos que quieren juntar todos sus pleitos sucesorios) "clarius quia cessabat ratio ob quam ad causarum unionem devenira solet, ubi scilicet ita connesae atque ab uno eodemque fonte dimanantes ut cognitio unius etc". Se trata pues de una conexión causal objetiva.

Por lo demás los autores antiguos admiten incidentes con conexión muy débil; cfr. por ejemplo GRAÑA NIETO *Catena iurium utriusque iurisprudentiae* Colonia 1738 pag. 71; trata de la dote en la causa matrimonial; caso que recoge el c. 1.961 al atribuir al juez eclesiástico potestad para tratar incidentalmente sobre los efectos meramente civiles del matrimonio.

⁵⁸ Ins. *Provida*, art. 219 § 1.

⁵⁹ *Ibid.* § 2: cfr. TORRE, *Processus matrimonialis*, ed. 3.^a, Nápoles, 1956, pag. 460.

que la admisión de una excepción de nulidad en la segunda instancia de una causa de separación, es cosa de la que solo podemos decir que no está totalmente fuera de los límites de la mera posibilidad legal⁶⁰.

TOMÁS G. BARBERENA

⁶⁰ Las indicaciones de este breve estudio se refieren únicamente al caso planteado y la doctrina en él expuesta no puede, sin más, llevarse a otros casos posibles en los cuales los diversos supuestos de hecho y la razón de equidad pueden matizar las soluciones en otro sentido. Nuestro caso se refiere únicamente a un demandado en juicio de separación que exceptúa o promueve un pleito de nulidad. Pero pudiera darse el caso de que fuera el demandante de la separación quien simultáneamente, o después de la litis contestación, o en la segunda instancia, promoviera un juicio de nulidad, y que lo hiciera en el mismo tribunal o en otro distinto. También puede darse el caso inverso; que en pendencia del juicio de nulidad se pretenda por el demandante o por el demandado promover una causa de separación, ya antes ya después de la litis contestación, ya en el mismo tribunal o en otros distintos. Cada uno de estos casos aun considerados en abstracto, desnudos de las circunstancias peculiares que pueden revestir en la práctica, requiere un delicado estudio, para el cual el trabajo presente solo da algunos principios fundamentales.