



INICIATIVA DE PARTE Y OPOSICION A LA DEMANDA EN LAS CAUSAS MATRIMONIALES

CONSIDERACIONES MORALES ANTE
EL FUTURO CONTEXTO LEGISLATIVO ESPAÑOL

LEON DEL AMO

SUMARIO: 1. *La iniciativa en el litigio matrimonial.*—2. *Las acciones matrimoniales.*—3. *La demanda.*—4. *La iniciativa en el proceso de casos especiales.*—5. *La iniciativa en la acción incidental póstuma.*—6. *Oposición a la demanda.*—7. *Los presupuestos procesales.*—8. *Las excepciones.*—9. *La excepción de incompetencia.*—10. *La reconvencción.*—11. *Recursos.*—12. *Responsabilidad moral.*—13. *La iniciativa y contestación a la demanda de divorcio.*

1. LA INICIATIVA EN EL LITIGIO MATRIMONIAL

1.1. *Acción y excepción.*

Según la definición clásica, que vale para nuestro intento, la *acción* es «*ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*»¹. Es el derecho de pedir en juicio lo que se nos debe. En concreto, es el ejercicio de ese derecho con un contenido determinado ante un órgano jurisdiccional, a quien corresponde la debida tutela jurídica.

Esto equivale a la demanda, la cual de suyo, junto con la litiscon-

1. *Inst.* 1. 4, tit. 6.

testación, contiene la pregunta a la que ha de responder la sentencia o resolución concreta del órgano jurisdiccional.

La *excepción*, que no debe confundirse con la contestación a la demanda, según Ulpiano, «est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet»². Es, pues, la exclusión de la acción, absoluta o dilatada. El término excepción con frecuencia suele tomarse en el sentido amplio de la defensa del demandado contra el actor.

1.2. *Bilateralidad de la acción y objeto del proceso.*

Es de advertir que la acción misma de suyo tiene carácter bilateral en el sentido de que la función jurisdiccional de los tribunales exige que se oiga a la otra parte y que el juez responda no sólo al actor que pide, sino al demandado que se defiende negando, excepcionando o reconviniendo.

Esta idea sugiere la del objeto del juicio, por cuanto sustancialmente no se constituye por la simple demanda del actor, sino que ha de concretarse por lo que resulta de aquello que diga el demandado contestando y oponiéndose a la demanda, sea en relación con la *causa petendi*, sea respecto a los límites, efectos y accesorios del *petitum*.

Sin la contradicción procesal no hay objeto del litigio.

1.3. *Paralelismo entre acción y excepción.*

Dentro de la concepción del proceso, serie sucesiva y ordenada de actos para resolver controversias judiciales, la *acción* representa el ataque del actor que reclama la tutela de un derecho; la *excepción* viene a ser la defensa del demandado contra la petición del actor.

El actor pide al juez justicia reclamando la tutela de un derecho; a su vez el demandado también pide justicia solicitando que la controversia se resuelva o rechazando la demanda o dando respuesta conforme a sus alegatos.

«Todo derecho está protegido no sólo por la acción; sino también por la excepción, la cual siempre puede oponerse y es perpetua por su naturaleza»³.

2. Ulp. 1. 2 de except. 44, 1.

3. C. 1667.

«La carga de la prueba incumbe a quien afirma»⁴, sea actor sea demandado. «Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est»⁵.

Vistas así las cosas, no deja de haber cierto paralelismo entre la acción y la excepción, salva la diferencia, entre otras, de que el actor tiene la iniciativa del litigio, y el demandado se ve en la precisión de defenderse, a no ser que se avenga a lo pedido por el actor.

1.4. *Iniciativa privada y pública.*

En el derecho procesal se habla de acciones públicas y acciones privadas, división que se hace no por el derecho sustantivo que se pide y se controvierte, no por la pretensión o por el proceso, sino más bien por el sujeto a quien corresponde la iniciativa del proceso.

Son acciones públicas las que promueve el promotor de la justicia⁶, y privadas, las que ejercen sujetos privados⁷.

En las causas que interesan sólo a los particulares, por ejemplo, la separación de los cónyuges, el juez únicamente puede proceder a instancia de parte; mas en los delitos y en aquellas causas que atañen al bien público de la Iglesia o a la salvación de las almas, también puede hacerse de oficio⁸.

Aplicación de esta forma es que las acciones penales se promueven por el promotor de la justicia⁹; las acciones de nulidad de matrimonio, que son contenciosas, pueden ser promovidas o por los cónyuges o por el promotor de la justicia, según los casos¹⁰.

1.5. *Iniciativa en la disolución del vínculo.*

En derecho canónico al término *causa matrimonial* se le concede un sentido menos riguroso o más amplio, de modo que comprende no sólo las causas matrimoniales en sentido estricto, es decir, las controversias judiciales sobre la validez del vínculo¹¹ o cohabitación

4. C. 1748, § 1.

5. *Ulp.* 1. 2 de except. 44, 1.

6. Cc. 1971 § 1, 2.º; 1955.

7. Cc. 1668-1670.

8. C. 1618.

9. C. 1955.

10. C. 1971 § 1, n. 1 y 2.

11. C. 1960.

de los cónyuges¹²; sino también las que se ventilan en procesos administrativos de causas de separación¹³, de dispensa de rato¹⁴, de privilegio paulino¹⁵, de las demás disoluciones del vínculo por la potestad vicaria del Papa¹⁶.

De las acciones en los juicios hablaremos luego; ahora interesa indicar que las *preces*, la súplica o petición de gracia, no la acción o demanda de justicia, ha de partir de los esposos, a quienes únicamente corresponde implorar la gracia de la dispensa¹⁷, que por concesión benigna puede conceder el Sumo Pontífice¹⁸.

Adviértase el contraste absoluto entre divorcio y disolución del vínculo por el Papa; entre demanda de divorcio interpuesta por los cónyuges y las *preces* que uno o ambos esposos elevan al Papa; entre el derecho que se alega demandando justicia y la gracia que se implora suplicando al Papa que haga uso de sus poderes no meramente humanos para disolver un vínculo concreto en atención a causas graves relacionadas con el bien espiritual de las almas.

El legislador civil contra el derecho divino, natural y positivo, al legalizar el divorcio concede positivamente a los casados el derecho a divorciarse y la facultad de casarse de nuevo¹⁹. Este derecho es el que reclama el actor cuando intenta divorciarse²⁰.

En cambio, quien implora ante el Papa la gracia de la disolución

12. C. 1128.

13. *Provida Mater*, art. 6 § 2; c. 1131; *Schema de process.* c. 354-361.

14. Cc. 1119; 1973; 1962; 1967; 1975; 1985. *Dispensationis matrimonii*, 7 marzo 1972, n. II.

15. Cc. 1120-1124; 1962.

16. C. 1125. *Schema de process.* c. 373-376.

17. C. 1973. D.M. I, b'.

18. D.M. I, a).

19. Constitución española de 1978, art. 32.

20. En el *Proyecto de ley* española de 13 de marzo de 1980 se indica que la *disolución* del matrimonio se produce por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio (art. 85). La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, aunque se haya producido después de interpuesta la demanda. Pero si la reconciliación fuese posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (art. 88).

El divorcio es disolución del vínculo y concesión de facultad para poder contraer otras nupcias. Tan claro es esto que una disposición transitoria dice: Los divorciados por sentencia firme al amparo de la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 podrán contraer nuevo matrimonio, salvo si la sentencia fue anulada judicialmente. B. O. de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 13 marzo 1980, n. 123-I, p. 855-867. Se mantiene la misma doctrina con los artículos citados de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

del vínculo, no actúa como litigante ni es actor, sino simplemente *Orator*²¹.

Valgan las consideraciones hechas para ver con mayor claridad, por un lado, que la iniciativa en las disoluciones del vínculo siempre corresponde al cónyuge interesado y que la intervención del Papa se legitima por la potestad no meramente humana de la que goza el Vicario de Jesucristo; por otro lado, que la iniciativa también es de los esposos, pero que la participación positiva de la autoridad civil dando derecho al divorcio y disolviendo el vínculo ni es simple tolerancia ni es ejercicio de poder legítimo²².

2. LAS ACCIONES MATRIMONIALES.

2.1. *Sus características.*

El matrimonio crea un estado especial en las personas con graves repercusiones en los intereses de los individuos, de la familia, de la sociedad y de la salud de las almas. Nada tiene de extraño que las acciones matrimoniales tengan sus propias características.

1.^a *Pertenecen al estado de las personas.* Son matrimoniales tanto las de nulidad del matrimonio como las de separación de los cónyuges²³.

Si son causas de bautizados, corresponden por derecho propio a la competencia de la Iglesia²⁴.

2.^a *No se extinguen nunca.* Porque los estados, como el de los casados, y sus correspondientes derechos, son de suyo perpetuos e inalienables y, según aforismo clásico, siguen a la persona como la sombra al cuerpo²⁵.

3.^a *No son prescriptibles.* Así en la legislación vigente. Quiere decir que para acusar el matrimonio no cuenta el tiempo pasado después de su celebración o desde que se supo su nulidad.

21. *Doctrina catholica*, n. 5; *Sollicitudinem Nostram*, c. 480; *Dispensationis matrimonii*, I, b'.

22. LEÓN XIII, *Arcanum*, 20, y la continua enseñanza pontificia sobre la indisolubilidad del vínculo y sobre los efectos deletereos del divorcio, en especial para los hijos, la familia y la sociedad.

23. C. P. Interp., 8 abril 1941: AAS 23 (1941) 173.

24. C. 1960. C. M., n. I.

25. C. 1701.

4.^a *No admitten transación.* Según el canon 1927, no se puede transigir válidamente en las causas sobre disolución del vínculo. Los cónyuges no pueden convenir acerca de la nulidad del matrimonio celebrado, ni es de ellos resolver si se casaron válida o inválidamente. Distinto de esto es la posibilidad de que los esposos puedan convalidar su matrimonio si adoleció de nulidad subsanable, o puedan acusar o denunciar la nulidad, o renunciar a la instancia ²⁶.

5.^a *Nunca pasan a cosa juzgada.* Siempre pueden tratarse de nuevo bajo ciertas condiciones ²⁷.

6.^a *Sólo se ejercitan mientras viven los cónyuges.* El matrimonio que no se acusó viviendo los cónyuges, de tal manera se presume válido después de la muerte de uno de ellos o de ambos que no se admite prueba contra esa presunción, a no ser que la cuestión surja incidentalmente ²⁸. Acerca de la iniciativa en la acción incidental póstuma hablaremos más adelante.

2.2. «*Ius agendi*», «*Ius flagitandi*» y acción de divorcio.

Hoy resulta claro que en el Acuerdo jurídico entre la Santa Sede y el Estado Español, art. VI, 2, después de «Los contrayentes» ha de haber coma, tal como aparece en el texto español e italiano en la BAC ²⁹ y en el Boletín Oficial del Estado ³⁰, y no sin ella como en el texto difundido por PPC ³¹.

En consecuencia el sentido no es «Los contrayentes a tenor de las disposiciones del derecho canónico», es decir: quienes han contraído matrimonio canónico; sino más bien: «Los contrayentes podrán acudir a tenor de las disposiciones del derecho canónico».

De todas formas el AJ reconoce el *ius accusandi* la nulidad del matrimonio y el *ius flagitandi* la dispensa del matrimonio rato a los *contrayentes*, ¿será que no reconoce el derecho de acusar la nulidad del matrimonio al promotor de la justicia, que no es contrayente? ³².

26. C. 1740.

27. Cc. 1903; 1989.

28. C. 1972.

29. AA. VV. *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, BAC, 1980, p. 780.

30. B. O. del E., n. 300, 15 diciembre 1979, p. 28782.

31. PPC. *Acuerdos Iglesia-Estado en España*. Madrid, 1979, p. 12.

32. C. 1971.

A las declaraciones de nulidad dictadas por los tribunales eclesiásticos y a las dispensas de rato concedidas por el Papa, según el AJ, se les conceden efectos civiles, si esas resoluciones se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por tribunal civil competente.

Ahora bien, decimos nosotros: Si las sentencias para ser congruentes necesitan ajustarse a los elementos de la demanda, cuando el tribunal civil resuelva que la sentencia no se ajusta al derecho del Estado, ¿quiere decir que las peticiones y los títulos jurídicos de la petición (*causae petendi*) han de ser no los que la Iglesia considere legítimos, sino los que el Estado establezca?

Esta condición, admitida en el AJ, a más de vejatoria para la Iglesia, ¿no es perturbadora de todo el derecho procesal canónico en materia matrimonial? Claro que sí, y se hace patente en el *Proyecto de ley* de 13 de marzo de 1980, según el cual ya la inscripción del matrimonio canónico es condicional, pues puede denegarse «cuando conste auténticamente que el matrimonio no reúne los requisitos de validez exigidos en este título»³³.

En el mismo *Proyecto*, al tratar de las disposiciones adicionales y del procedimiento que deberá seguirse para decidir sobre la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, expresamente se expone el objeto del juicio: «Examinar si la resolución es auténtica y si se ajusta al derecho del Estado»³⁴.

La acción del divorcio va incluida en el capítulo VII bajo el epígrafe: «De la disolución del matrimonio». Puede pedir el divorcio cualquiera de los consortes casado según cualquiera de las formas del matrimonio. Para que prospere la acción se ha de alegar causa de cese efectivo de la convivencia y no haber perjuicio de especial gravedad para los hijos o el otro cónyuge. La acción de divorcio se extingue por la muerte o por la reconciliación, aunque se haya interpuesto la demanda. Si la reconciliación fuese posterior a la

33. B. O. de las Cortes Generales, Congreso de Diputados, n. 123-I, p. 859, art. 63. La Ley 30/1981, de 7 de julio (B. O. E. núm. 172, de 20 de julio de 1981) en el art. 63 dice rotundamente: «La certificación de la Iglesia... habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título».

34. B. O. de las Cortes, Disposición adicional 1.ª, 2, 1. c., p. 866. La Ley citada, Disposiciones adicionales, 2.ª, 2, mantiene el mismo objeto de la revisión judicial: «Apreciar que la resolución es auténtica y ajustada al derecho del Estado».

sentencia no produce efectos legales, aunque a los divorciados les queda el remedio de volverse a casar por lo civil³⁵.

2.3. La «*actio separationis coniugum*» y el silencio en el AJ.

Hay en el AJ un silencio elocuente que muchos no han entendido o han interpretado erróneamente: El silencio sobre las causas de separación. Son dos cosas distintas: una la *actio separationis* y la competencia del tribunal o autoridad eclesiástica; otra el reconocimiento de efectos civiles a las decisiones eclesiásticas sobre esta materia.

Ningún jurista ignora la importancia que tienen los silencios y cuánto hay que ponderar su significado, si se quiere conocer el alcance de la norma y la verdad íntegra de la realidad histórica. Igualmente nadie desconoce la importancia de la convivencia de los cónyuges para su propio bien, para la educación de los hijos y para el bien común de la sociedad.

Admitimos como innegable el hecho del silencio que guarda el AJ sobre las causas de separación. También es cierto que las controversias de separación de los cónyuges son verdaderas causas matrimoniales³⁶ cuya competencia corresponde a la Iglesia³⁷.

Es verdad que en algunos Concordatos modernos expresamente se ha dicho: «La Santa Sede *consiente* que las causas matrimoniales de separación sean juzgadas por los tribunales civiles»³⁸; «Las altas partes contratantes *convienen...*»³⁹. Pero es indiscutible cuánto cuesta a la Iglesia *consentir* que las causas de separación de los cónyuges bautizados sean tramitadas en los tribunales civiles; porque, aun cuando quede a salvo la permanencia del vínculo⁴⁰, siempre llevan tras de sí consecuencias graves de orden espiritual respecto a los derechos y deberes de los cónyuges, a los fines del matrimonio, a la educación de los hijos, a la salud de las almas⁴¹.

35. Proyecto de ley, l. c. arts. 85-90. El art. 87 prevé la posible denegación del divorcio, si se prueba que éste ocasiona a los hijos o al otro cónyuge perjuicios de especial gravedad; en cambio, la Ley quita toda excepción y se limita a regular el cese efectivo y la interrupción de la convivencia conyugal.

36. Cc. 106; 1128-1132; 1699 § 3; 1971 § 1; 1903. C. P. Interp. 8 abril 1941: AAS 33 (1941) 173. Conc. Trid., Ses. 24, c. 5 y 8.

37. C. 1960; *Schema de process.*, c. 335.

38. Italiano, art. 34; Instr. 7 mayo 1929; Austriaco, 5 jun. 1933, art. VII § 2.

39. Colombiano, 12 julio 1973, art. 9.

40. Cc. 1128-1131.

41. Así lo repite constantemente la jurisprudencia, por ejemplo, SRRD, 5 julio 1910 c. LEGA, vol. 2 dec. 24, p. 244, n. 10; 6 agosto 1930, c. JULLIEN, vol.

No siempre los autores que escriben sobre las separaciones consideran suficientemente las diferencias que median entre las separaciones concedidas en el fuero eclesiástico y las que pueden concederse en el fuero secular. Es muy distinta la *ratio legis* en una y en otra legislación: El derecho civil mira principalmente a la vida de relación social, a la no alteración del orden público, al arreglo de cuestiones económicas, al auxilio de alimentos, al desamparo de los hijos; la Iglesia, en cambio, no puede prescindir de la salud de las almas, de la integridad de la fe, de la conservación de la vida religiosa en los hijos, de la honestidad de las costumbres⁴².

Es preciso insistir en estas verdades al enjuiciar la iniciativa de las partes en la *actio separationis* y en las competencias de la Iglesia y del Estado. Interesa mucho ponderar que la jurisdicción eclesiástica tiene en primer plano la razón de pecado, el peligro de alma, la vida sobrenatural, la defensa de la familia, que es la «Iglesia doméstica», el «santuario permanente de santidad»⁴³.

El silencio dicho en el AJ nosotros creemos que no fue inadvertencia ni de una ni de la otra parte, sino más bien omisión elocuente con la que el Estado muestra tener posición ya tomada, a tenor del artículo 32 de la Constitución de 1978 o voluntad de sólo reconocer efectos civiles a las sentencias de nulidad, y la Iglesia preferencia por no pactar sobre si consiente o no, por norma general, en que los tribunales civiles conozcan las causas matrimoniales de separación.

Tan ajeno es de la Iglesia el desentenderse de juzgar acerca de la separación de los cónyuges que en la reforma del *Codex* se incluye todo un título: *De causis separationis coniugum*, que corresponden a causas sobre el estado de las personas, causas públicas en las que siempre ha de intervenir el promotor de la justicia⁴⁴.

2.4. La «*actio nullitatis*» del matrimonio canónico.

«Nullus actore, nullus iudex». Sin iniciativa de parte privada o pública ni hay demanda o acusación ni hay proceso. «Nemo iudex

22, dec. 47, n. 2, p. 524; 28 mayo 1952, c. FELICI, vol. 44, dec. 53, n. 3, p. 344; 19 noviembre 1960, c. FIORE, vol. 52, p. 503, n. 3; 20 mayo 1964, c. DE JORIO, vol. 56, p. 395, n. 6.

42. O. DI JORIO, *De potestate iudiciaria Ecclesiae in M. p. «Causas matrimoniales»*, en «Periodica», 63 (1974) p. 331 nota 55.

43. *Lumen Gentium*, n. 11 y 41.

44. *Schema de process.*, cc. 356-361. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El futuro régimen jurídico de la separación conyugal en España*, en «Jus Canonicum», XII, n. 24 (1972) p. 166.

sine actore». Por tanto, para acusar la nulidad de un matrimonio, cualquiera que fuere el capítulo, sólo son hábiles los cónyuges, salva la facultad del promotor de la justicia en los casos de nulidad fundada en hecho por su naturaleza pública y salvo el derecho de denuncia de la nulidad⁴⁵.

«El tribunal colegiado no puede conocer ni sentenciar ninguna causa matrimonial, si no ha precedido acusación legítima o petición hecha conforme a derecho»⁴⁶.

La iniciativa de parte aún es más necesaria en las peticiones de separación conyugal, pues nadie fuera de ellos, ni siquiera el promotor de la justicia, con o sin previa denuncia, puede incoar este proceso. No importa que la acción sea pública, porque a pesar de ello en lo tocante a los derechos y deberes de los cónyuges debe prevalecer su propio interés particular⁴⁷.

El AJ, art. VI, n. 2, dice: «Los contrayentes...podrán acudir...». Según esto, se admite que los contrayentes tienen facultad para acusar la nulidad de su matrimonio ante los tribunales eclesiásticos a tenor de los sagrados cánones. Pero no se excluye que igualmente puedan acusar la nulidad de su matrimonio religioso ante los tribunales civiles.

Así lo comprende el *Proyecto de ley* de 13 de marzo de 1980. En la disposición adicional 7.^a regula así el *ius accusandi matrimonium canonicum*: «Los jueces civiles no podrán conocer una controversia sobre nulidad de matrimonio celebrado en forma canónica mientras la misma cuestión esté pendiente ante un órgano eclesiástico, al que de común acuerdo se hubieren sometido expresamente las partes».

Dicho de otra forma el significado real es: Los casados por la Iglesia pueden acusar la nulidad de su matrimonio ante los jueces civiles y éstos pueden conocer estas causas, a no ser que concurren estas dos condiciones: 1.^a, que la cuestión esté pendiente ante órgano eclesiástico; 2.^a, que al órgano eclesiástico se hayan sometido expresamente las partes⁴⁸.

45. C. 1971, § 1 y 2.

46. C. 1970.

47. P. GASPARRI, *De matrim.*, ed. 1932, vol. II, n. 1262; M. CABREROS, *Com. al Cód. Der. Can.*, vol. III, n. 403.

48. *Proyecto de Ley*, 13 marzo 1980, l. c., p. 867. La Ley 30/1981, de 7 de julio, elimina hasta esta simple apariencia de respeto a la competencia de los tribunales eclesiásticos.

2.5. El «*ius accusandi matrimonium*».

¿Quiénes pueden acusar el matrimonio? Digamos esquemáticamente que son hábiles para acusar el matrimonio.

1.º *Los cónyuges*, católico o acatólicos bautizados o no bautizados⁴⁹, con tal que no hayan sido causa culpable, directa y dolosa del impedimento; aunque hoy esta condición apenas si se tiene en cuenta por los tribunales, y menos aún después de ver que en la reforma del *Codex* se guarda sobre ella un silencio absoluto⁵⁰.

2.º *El promotor de la justicia*, en defensa del bien público, cuando la nulidad se deba a hecho por su naturaleza público, si el matrimonio no puede o no conviene ser convalidado⁵¹.

La *Provida Mater*, interpretando y exponiendo el canon 1971, distingue las condiciones requeridas para que pueda o deba el promotor de la justicia acusar el matrimonio en tres especies de casos:

—Sin previa denuncia y por derecho propio en los impedimentos públicos por su naturaleza.

—Con previa denuncia de cualquiera otro que no sea uno de los cónyuges, si la nulidad se ha hecho pública y por interés público debe removerse el escándalo.

—Con previa denuncia del cónyuge culpable, inhabilitado para acusar su matrimonio, si la nulidad está bien fundada, el matrimonio no pueda o no deba convalidarse y exista el deber público de remover el escándalo.

En realidad, el requisito básico en todas las tres especies de casos se reduce a que los esposos no acusen ellos la nulidad y deba ser acusada por interés del bien público, cuya tutela por oficio corresponde al promotor de la justicia. De aquí que juzguemos un acierto la reforma del citado canon 1971, según la cual es necesaria la acusación: o la *privada* de los cónyuges, culpables o no de la nulidad, o la *pública* del promotor de la justicia con o sin previa denuncia⁵².

49. Com. Pont. interp. Decretos Conc. Vat. II, 8 enero 1973: AAS 1973, p. 59.

50. *Schema de process.*, 1976, c. 338, n. 1.

51. *Schema de process.*, c. 338, n. 2.

52. *Provida Mater*, arts. 34-42.

2.6. Privación de la acción.

Al lado de la norma general sobre la protección de cualquier derecho por medio de acción, se pone una condición: «A no ser que otra cosa expresamente se determine»⁵³, como sucede en el caso de la promesa de matrimonio, de la cual no se origina acción para exigir la celebración del matrimonio.

Distinta de esta falta absoluta de protección es la inhabilidad para acusar el matrimonio, sea a los extraños o personas distintas de los cónyuges, por el respeto a la acción personal correspondiente a derechos y deberes personalísimos de los casados, sea a los mismos cónyuges si fueron causa directa y dolosa de la nulidad⁵⁴; porque obrando con tan mala voluntad, no es justo ni que se aprovechen de su mala acción ni menos que ella les valga para protección procesal⁵⁵.

Sin embargo, resultaría duro y de consecuencias perjudiciales para el bien de las almas, si a estos esposos culpables se les privase hasta de la facultad de poder denunciar la nulidad. No es poco inhabilitarles para que puedan en el proceso ser parte actora, de lo cual dista mucho el poder denunciar la nulidad.

La denuncia no es premio alguno a la malicia de los cónyuges, ni siquiera una seudo misericordia por la situación angustiosa que ellos se crearon con daño para sí y para la sociedad; es simplemente un remedio al que acude la Iglesia para en casos como éstos, que afectan a la salvación de las almas y al bien común, se halle vía expedita para declarar judicialmente nulo el matrimonio, cuya invalidez es pública y cuya convivencia conyugal es escandalosa.

La incapacidad de ser parte actora en el juicio⁵⁶ se reduce aquí a una incapacidad moral que no invalida ni la aceptación de la demanda, ni el proceso, ni la sentencia. No es, pues, falta ni de capacidad jurídica, ni de *legitimatio ad processum*, ni de *legitimatio ad causam*, ni de *ius postulandi*⁵⁷.

En la reforma del *Codex* desaparece esta prohibición en gracia a una norma más clara que acaba con muchas disputas y que no deja de atender al bien espiritual de las almas⁵⁸.

53. C. 1667.

54. C. P. Interp., 27 jul. 1942: AAS, 34 (1942) 241.

55. «Fraus et dolus nomini debet patrocinari». «Ex malitia sua nemo commodum reportare debet».

56. Cc. 1646; 1609 § 2; 1709 § 1.

57. C. P. Interp., 4 enero 1946: AAS 38 (1946) 162.

58. *Schema de process., Praenotanda*, n. 52.

2.7. *La denuncia como medio para introducir la acusación.*

La denuncia ni es la acción ni es la demanda; pero puede ser un medio lícito para que se llegue a introducir en los tribunales eclesiásticos la acción de nulidad de matrimonio.

En el derecho canónico rigen estos dos principios: 1.º, No se admite acusación si no la entabla persona hábil, privada o pública; 2.º, Cualquiera puede denunciar la nulidad. Miran uno y otro a la *salus animarum*, pues en modo alguno puede fomentarse el comercio carnal ilícito entre hombre y mujer bajo apariencia de conyugio.

La denuncia no es acto procesal ni propiamente iniciativa del proceso; es la noticia, escrita u oral, que se da a la autoridad competente o promotor de la justicia acerca de un delito o de la transgresión de una ley⁵⁹.

Quien acusa el matrimonio ejercita en juicio la acción con todos los derechos que corresponden a las partes; en cambio, quien denuncia no puede hacer sino dar ocasión para que la cuestión de la nulidad pueda ser llevada a juicio si alguna persona capaz ejercita la acción.

Para que las denuncias sean atendibles es preciso que reunan determinadas cualidades, que respecto a nuestra materia podemos reducir a las siguientes:

1.ª Si es oral, que se haga al Ordinario o al promotor de la justicia, quienes apreciarán si tiene o no fundamento.

2.ª Si se hace por escrito a los dichos sujetos, la denuncia tiene que estar firmada con indicación de fecha y de lugar: domicilio o residencia del denunciante, su naturaleza y profesión, por si procede interrogarle personalmente.

3.ª No se toman en consideración las denuncias sobre hechos de nulidad no pública, o las anónimas a no ser que acompañen pruebas positivas y graves acerca del hecho público de la nulidad⁶⁰.

3. LA DEMANDA.

3.1. *Concepto y especies.*

A tenor de los cánones 1.706 y 1.707, la demanda no es otra cosa que un escrito corto o una manifestación oral consignada por es-

59. C. 2195.

60. *Provida Mater*, art. 41.

crito que una persona, privada o pública, llamada actor, presenta al juez competente, para solicitar que la jurisdicción intervenga y ampare aquello que se pide con título legítimo frente a otra persona, que es la parte demandada.

En los casos de petición oral está preceptuado que el provisor mande al actuario que levante acta por escrito con gran fidelidad, la cual se garantizará leyéndola al demandante, quien la aprobará con su firma o con la señal de la cruz, si no sabe firmar⁶¹. Incluso en los casos de libelo, para no dudar de su adulteración, se interroga al actor, y después de haberlo interrogado en forma legítima, se le leerá el escrito de demanda y se le preguntará si se ratifica o no en cada una de sus partes⁶².

A falta de libelo real puede bastar el libelo equivalente en orden a la validez del proceso y de la sentencia pronunciada⁶³.

3.2. *Sus elementos.*

Aunque pueden sustancialmente reducirse a dos los elementos de la demanda: La proposición del objeto o acción, y la invocación del ministerio judicial⁶⁴; sin embargo, en las demandas bien hechas no debe faltar:

- El nombre del tribunal al que se acude;
- La designación de quién pide o actor y contra quién pide o demandado;
- La petición u objeto de la demanda;
- La exposición sucinta de fundamentos fácticos y jurídicos;
- La súplica junto con las solemnidades de lugar, fecha y firma del actor o de su procurador legítimo⁶⁵.

3.3. *Su trascendencia procesal.*

La trascendencia de la demanda en el proceso es evidente si se considera:

61. C. 1707 §§ 1 y 3.

62. *Provida Mater*, art. 113 § 1.

63. SRRD, 12 nov. 1949, c. WYNEN, vol. 41, dec. 82, n. 8, p. 505-516; 16 enero 1952, c. FELICI, vol. 44, dec. 4, n. 2, p. 25.

64. C. 1706.

65. Cc. 1708; 1659; 1660.



- Que inicia la exposición de hechos y la proposición de prueba;
- Que es la base en la que se apoya el juez para dirigir el proceso;
- Que con la presentación del libelo surge entre el actor y el juez una relación procesal con derechos y deberes;
- Que el juez por deber de su ministerio tiene que admitir o rechazar el libelo, no a su arbitrio, sino según proceda en derecho;
- Que a partir del momento en el que la demanda por medio del juez se comunica a la otra parte, la relación procesal se extiende al demandado.

La controversia se concreta y determina con la litiscontestación sin necesidad de escritos de réplica, dúplica y ampliación⁶⁶.

De los elementos de la demanda depende:

- La individualización de la acción;
- La admisión o repulsa del libelo;
- La unión de causas⁶⁷;
- La invariabilidad de la petición y la excepción de prevención o litispendencia⁶⁸;
- La oposición de excepciones dilatorias o perentorias⁶⁹;
- La pertinencia de las pruebas⁷⁰;
- La congruencia de la sentencia⁷¹.

3.4. *Derecho potestativo de demandar.*

Expusimos la necesidad de la acción para que haya proceso y sentencia; ahora conviene no omitir que en el ejercicio del derecho quien tiene facultad para demandar, igualmente la tiene para no hacerlo, porque este ejercicio del derecho es facultativo.

En el derecho matrimonial la demanda de separación siempre se considera facultativa; la de nulidad igualmente, a no ser en casos en los que sea preciso remover el escándalo de una convivencia ilícita por estar fundada la nulidad en un hecho público⁷².

66. Cc. 1726-1729.

67. C. 1567.

68. C. 1568.

69. Cc. 1628; 1629.

70. C. 1749.

71. Cc. 1873; 1874.

72. C. 1971.

Deducimos de aquí una consecuencia que a veces se olvida por algunos jueces: Si el juicio pende de la petición del demandante, es lógico que el juez no conozca ni decida aquello que no ha sido sometido a su jurisdicción: «Ne eat iudex ultra vel extra petita».

En los pleitos matrimoniales eclesiásticos la petición de los litigantes es o la nulidad del vínculo o la separación de las personas. En unas y en otras demandas, aunque de causas muy diferentes por su naturaleza y por sus consecuencias, se deben precisar los límites de la petición y el título jurídico por el que se pide. La mayor o menor amplitud del objeto de la acción concuerda con la libertad del titular del derecho para ejercer o no su facultad de pedir.

La S. Rota Romana en nuestros días ha tenido expresamente que lamentar y reprobar el abuso que se va generalizando de sustituir los títulos jurídicos de pedir, coherentes con la ley eclesiástica, por otros nuevos que responden a cuestiones disputadas en psicología o psiquiatría, por ejemplo, en vez de pedir la nulidad de matrimonio por falta o vicio del consentimiento, se pide por «inhabilitas ad relationes interpersonales», «incapacitas assumendi onera coniugalia», «impotentia psychica aut moralis», «et ita porro»⁷³.

¿Por qué se condena este proceder? Por varias razones muy atendibles:

- Porque tales títulos ponen en grave peligro tanto la verdad como la recta administración de la justicia;
- Porque son títulos fundados no en verdades inconcusas, sino más bien en opiniones o cuestiones disputadas por los doctores en el campo de la psicología o psiquiatría;
- Porque la falta de certeza en el título no sólo atenta contra la certeza del derecho, tan unida a la salud de las almas, sino que enerva las leyes de la Iglesia que expresan y defienden la dignidad y santidad del sacramento del matrimonio⁷⁴.

En conclusión, la Rota Romana manifiesta que tales títulos deben rechazarse desde el primer momento por los tribunales eclesiásticos, al menos mientras la ciencia psiquiátrica o psicológica no nos ofrezca argumentos y conclusiones ciertas. Las deducciones inciertas de la psicología no pueden generar nulidad cierta del matri-

73. Sentencia rotal de 20 febrero 1979, c. AUGOSTONI, en «Monitor Ecclesiasticus», 104 (1979) p. 303.

74. Sentencia rotal citada, n. 5, p. 303.

monio, ni la Iglesia puede supeditar a esas conclusiones inciertas los principios que fluyen de la institución matrimonial, dada por la naturaleza para todo el género humano⁷⁵.

4. LA INICIATIVA EN EL PROCESO DE CASOS ESPECIALES.

4.1. *¿Corresponde de oficio al Ordinario?*

Comentando las normas X-XIII del *Motu proprio* «Causas matrimoniales» algunos autores opinan que en el proceso de casos especiales no hay propiamente acusación, sino más bien denuncia o comunicación⁷⁶; por lo cual alguien ha afirmado que tanto los esposos, partes privadas, como el promotor de la justicia y el defensor del vínculo, partes públicas, siempre tienen posición de demandados⁷⁷; porque siempre es del Ordinario la iniciativa y a él corresponde de oficio comenzar y tramitar el proceso⁷⁸.

Pero la opinión común, al defender la naturaleza jurídica de estos procesos, a pesar del inciso *praetermissis sollemnitatibus*, cuenta entre los trámites fundamentales: La acusación del matrimonio, la admisión del libelo, la citación de las partes, del defensor del vínculo y del promotor de la justicia, si éste acusa el matrimonio o si el Ordinario juzga prudente oírlo, la prueba documental y sus posibles impugnaciones, la conclusión, la sentencia y la posible apelación a juez superior⁷⁹.

Aunque la norma 40 de la *Provida Mater* no se da explícitamente para los casos exceptuados hoy llamados especiales; sin embargo, su razón de ser vale también para éstos, pues se trata de casos en los que denuncian quienes no pueden acusar, a fin de que lo haga quien pueda o deba. He aquí el tenor de la norma:

75. Sentencia rotal de 26 de abril de 1977 (N. 11.008) c. FIORE, citada por AUGOSTONI, l. c., p. 303.

76. M. CABREROS, *Reforma del proceso en las causas matrimoniales*, en «Jus Canonicum», XII, n. 24 (1972) p. 250.

77. P. A. BONNET, *Il giudizio di nullità matrimoniale nei casi speciali*. Roma Officium libri catholici, 1979, p. 275-278; 294.

78. P. A. BONNET, l. c. p. 303-309.

79. J. NOVAL, *De iudiciis*, Roma 1920, p. 581; J. JOHNSON, *De natura processuum matrimonialium exceptorum*, en «Apollinaris», IX, (1936) p. 375; V. BARTOCETTI, *Processus matrimonialis*, p. 230, al art. 227 de la *Provida Mater*. C. DE DIEGO-LORA, *Naturaleza y supuesto documental del proceso «in casibus specialibus»*, En «Jus Canonicum», XIV, n. 27 (1977), p. 239.

«Jamás entablará el Ordinario mismo la acusación, aunque se le haya hecho a él la denuncia, sino que pondrá el asunto en manos del promotor de la justicia».

Nosotros creemos que si esto vale para los casos ordinarios, debe valer con mayor motivo para los casos especiales, en los que ha de actuar el Ordinario como juez. Si en este proceso el Ordinario es juez y la tramitación un juicio, no es fácil comprender que las partes privadas y públicas tengan que ser necesariamente demandadas y el juez a la vez pueda ser parte actora y juez o que pueda ser posible un juicio verdadero sin acción. Y si hay en realidad acción para que pueda haber controversia y decisión judicial, es imprescindible que haya los tres elementos que especifican la acción: la petición, las personas (actor y demandado) y la razón de pedir⁸⁰.

4.2. *No hay ley que prohíba la acusación.*

Fuera del inciso *praetermissis sollemnitatibus* de la norma X.^a del M. p. «Causas matrimoniales», el cual no excluye algo tan importante como la demanda de la cual depende la sentencia, ninguna ley existe que prohíba a los esposos o al promotor de la justicia acusar la nulidad del matrimonio en los casos especiales.

Por lo demás, son perfectamente compatibles el hecho de la denuncia, que no es acto procesal, y la demanda o acusación pública por el promotor de la justicia, o la que, con ocasión de la denuncia, entablan luego ambos cónyuges o uno de ellos.

4.3. *La intervención del provisor no es trámite judicial.*

Según el artículo 226 de la *Provida Mater*, la intervención del provisor no es propiamente trámite judicial, ni siquiera decreto que decida sobre la admisión de la demanda, sino simplemente una revisión previa de persona técnica acerca de si en el caso concurren los requisitos para poder proceder según la tramitación de los casos especiales. Para De Diego-Lora con acierto la actuación del provisor se reduce a ver si la demanda y el *factum juridicum* alegado tienen o no *fumus boni iuris*⁸¹.

80. Sentencia de la Rota Romana, 12 nov. 1977, c. DI FELICI, en «Monitor Ecclesiasticus», CIV (1979) p. 405.

81. C. DE DIEGO-LORA, I. c. p. 336-339.

4.4. *¿En qué ha de ponerse la iniciativa del Ordinario?*

A nuestro modo de ver, la iniciativa del Ordinario no está en ejercer él la *actio iudicialis* y sustituir al actor, sino en dirigir el proceso con actos propios de juez, en los cuales entran el admitir o rechazar la demanda, el citar a las partes, el impulsar el proceso, el declarar negligente a la parte, el superar las fases del juicio, el moderar las actividades de los litigantes, el llegar al término del juicio.

En el canon 1.618 aparece claro que en las causas que atañen al bien público de la Iglesia el juez puede proceder de oficio, y el canon siguiente 1.619 manda que se abstenga el juez de aducir pruebas o de contraponer excepciones, a no ser en causas públicas que afecten a la salud de las almas, porque cuando así ocurra puede y debe suplirlas.

Por tanto, a tenor de las normas X-XII del M.p. *Causas matrimoniales* corresponde a la iniciativa del Ordinario-Juez aquello que es propio de los actos del juez en causas que afectan al bien común y a la salud de las almas; mas no lo característico y exclusivo de las partes, privadas o públicas.

4.5. *Procedimiento para comprobar el estado libre de católicos casados sólo por lo civil.*

Distinta de la demanda y de la denuncia en sentido propio es la simple *comunicación*, la cual se reduce a informar o hacer saber algo a otra persona. Puede ser oral o escrita.

Pues bien, hay casos en los que al párroco o al Ordinario se le comunica o manifiesta el hecho público de la nulidad de un matrimonio que celebraron sólo civilmente contrayentes obligados a la forma sustancial canónica.

¿Se necesita para declarar su nulidad una denuncia, una acusación, un proceso ordinario o de casos especiales con intervención del defensor del vínculo? ¿Basta que, recibida la comunicación, se investigue la verdad íntegra del hecho y se averigüe si no hubo ni siquiera apariencia de matrimonio canónico, como se hace normalmente en los expedientes prematrimoniales o de soltería?⁸²

Conforme con una interpretación auténtica⁸³, la Instrucción *Pro-*

82. C. 1019.

83. P. C. Interp., 16 octubre 1919: AAS 11 (1919) 479.

vida Mater, después de regular el modo de proceder en los casos exceptuados, dice en el artículo 231: «§ 1. Si alguien que estaba ciertamente obligado a observar la forma canónica de celebración del matrimonio contrajo solamente matrimonio civil o celebró el matrimonio ante un ministro acatólico, o si los apóstatas de la fe católica se unieron en la apostasía civilmente o en rito extraño, no se requieren trámites judiciales ni intervención del defensor del vínculo a los efectos de comprobar el estado libre de los mismos; sino que estos casos ha de resolverlos el Ordinario mismo o el párroco, consultando al Ordinario, en la investigación que precede a la celebración del matrimonio, de que tratan los cánones 1.019 y siguientes». «§ 2. Si queda alguna duda acerca de las condiciones expresadas en el § 1, se resolverá la cuestión por los trámites del proceso ordinario».

Pablo VI en su M. p. «Causas matrimoniales», de 28 de marzo de 1971, reordenó por completo el proceso para casos especiales, y por la norma XI.^a incluyó en el objeto de los casos especiales la invalidez por defecto de forma canónica. En gracia a esta disposición algún comentarista⁸⁴ ha opinado que hoy, para declarar la nulidad del matrimonio civil de los obligados claramente a la forma sustancial canónica, es preciso el proceso de casos especiales.

Nosotros siempre creímos⁸⁵ que los casos especiales por falta de forma no son los contemplados en la «Provida Mater», art. 231; sino otros en los que haya habido defecto de forma sustancial, o porque no hubo testigos⁸⁶, o porque no asistió el párroco o el Ordinario local dentro de los límites de su territorio⁸⁷, o porque faltó la delegación debida en la forma ordinaria⁸⁸, o porque no existía peligro de muerte o incomodidad alguna, o porque habiéndolos no asistieron testigos, en forma extraordinaria⁸⁹.

Pero con lo afirmado no decimos que carece de importancia el matrimonio civil de los católicos o que a éstos sin más se los considere solteros sin obligaciones legales o naturales para con su consorte civil y para con los hijos, lo cual es inadmisibile, como es claro.

84. P. A. BONNET, l. c., cap. II.

85. L. DEL AMO, *Nueva tramitación de las causas matrimoniales*, Salamanca 1971, p. 132. En el mismo sentido C. DE DIEGO-LORA, *Naturaleza y supuesto documental del proceso «in casibus specialibus»*, en «Jus Canonicum», vol. 14, n. 27 (1974) p. 231-234.

86. C. 1094.

87. C. 1095 § 1.

88. C. 1095 § 2; 1096.

89. C. 1098.

Al contrario, pensamos que todo esto debe ponderarse mucho por el Ordinario antes de autorizar otro matrimonio canónico con tercera persona. Pero esto es distinto de exigir un proceso judicial para declarar que el casado sin forma sustancial canónica, estando obligado a ella, se casó inválidamente.

Si hubiese alguna duda sobre la validez del acto, si no constase satisfactoriamente la nulidad con prueba documental calificada, en estos casos es claro que no es suficiente ni el *processiculus praematrimonialis*, ni el proceso de casos especiales, sino que se requiere el proceso contencioso ordinario.

En suma, a tenor de la legislación hoy vigente pueden darse casos de nulidad de matrimonio por falta de forma, a los que sea aplicable uno de estos tres modos de proceder: 1.º, El ordinario; 2.º, El propio de casos especiales; 3.º, El de investigación prematrimonial.

Sin embargo, es de advertir que la resolución del párroco o del Ordinario acerca de la nulidad del matrimonio civil no es suficiente para obtener eficacia en el orden civil⁹⁰.

5. LA INICIATIVA EN LA ACCIÓN INCIDENTAL PÓSTUMA.

5.1. *Acciones intransmisibles.*

Por razón de la transmisibilidad hay acciones transmisibles e intransmisibles, según puedan o no pasar a los herederos. En la relación procesal, como en toda relación jurídica, puede haber sucesión: «Acciones heredi et in heredem competunt»⁹¹.

En la sucesión a título universal la muerte de un sujeto de derecho trae consigo la sucesión de los herederos en todas las relaciones que no se extingan con su desaparición. Por tanto, también en las relaciones en que se hallase como sujeto.

Respecto a las acciones que son intransmisibles, aunque se hagan valer en juicio, a pesar de no haber sucesión en la relación sustantiva, no obstante, en la relación procesal se sigue procediendo en orden a obtener la declaración de la intransmisibilidad de la acción y la regulación de las costas de la litis⁹².

90. Signatura Apostólica, 8 enero 1972, en X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, IV, n. 4023, col. 6221; S. Congr. de Sacram., *Instr.*, 25 marzo 1955 a los Ordinarios y párrocos de la República Dominicana en relación con el Concordato de 16 de junio de 1954, n. 20: AAS, 47 (1955), 628-654.

91. *Inst.* IV, 12.

92. G. CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal*. Ed. Madrid 1954, vol. III, n. 361, p. 322.

Decimos, pues: 1.º, Que las acciones en general pueden pasar a los herederos; 2.º, Que hay relaciones jurídicas que se extinguen con la muerte del sujeto; 3.º, Que cuando la acción es intransmisible y se ha ejercitado, la sucesión se reduce a poder continuar el proceso para declarar la intransmisibilidad de la acción y para regular las costas del juicio.

5.2. *Criterio para discernir la intransmisibilidad.*

El criterio para discernir si una acción es o no transmisible consiste en atender a *lo que disponga la ley*; por ejemplo, respecto a la acción criminal el canon 1.702 establece que caduca por muerte del reo; y a *la naturaleza misma de la acción*, según permita o no la sucesión en el derecho controvertido⁹³.

Ejemplos de acciones intransmisibles por su naturaleza son las de separación de los cónyuges y las de nulidad de matrimonio, pues en unas y en otras, al morir los esposos, o uno de ellos, desaparece el objeto litigioso, que es elemento esencial de la acción y del juicio⁹⁴. De aquí que no sea lícito acusar la nulidad del matrimonio después de haber muerto uno o ambos cónyuges, a no ser que la cuestión surja incidentalmente⁹⁵.

5.3. *Acción originaria de nulidad de matrimonio y acción incidental póstuma.*

Estamos ante un tema interesante y no exento de utilidad práctica en los tribunales eclesiásticos. En la *acción primigenia* la iniciativa parte o de los cónyuges o del promotor de la justicia⁹⁶. Su objeto directo e inmediato es pedir la declaración de la nulidad por uno o varios capítulos concretos y determinados. Esto supone en la relación jurídica y en la litis un conflicto de intereses: El propio del actor, que es un derecho, y el correspondiente al demandado,

93. WERNZ-VIDAL, *De process.*, n. 411 y 22, nota 118. SRRD, 11 enero 1933, c. JULLIEN, vol. 25 dec. 1. n. 2, p. 2.

94. T. MUNIZ, *Procedimientos eclesiásticos*, vol. III, n. 254, nota 2; WERNZ-VIDAL, *De process.*, n. 411; GOYENCHE, *De process.*, vol. I, p. 7; ROBERTI, *De process.*, vol. I, ed. 1941, p. 625; F. BLANCO NÁJERA, *Una incidencia en los pleitos de divorcio*, en «Revista Eclesiástica», julio 1930, p. 404-415.

95. C. 1972.

96. C. 1971.

el cual equivale a una obligación. El interés directo y actual es la existencia o no existencia del vínculo; la base del interés en conflicto radica en la validez o nulidad actual del matrimonio, de la cual penden los derechos y deberes de los cónyuges que son propios y exclusivos de sus personas.

Al contrario, en la *cuestión incidental*, que surge después de la muerte de uno de los cónyuges, no se entabla controversia entre cónyuge y cónyuge con intereses contrapuestos (actor y demandado), sino entre el viudo y los que se dicen herederos o sucesores del cónyuge difunto. Por consiguiente, la controversia no puede tener por objeto, al menos directo e inmediato, la declaración de la nulidad del vínculo, el cual, si de hecho existió, en la actualidad ha desaparecido. El conflicto de intereses entre el viudo y los herederos del difunto tampoco pueden ser los derechos y obligaciones de los cónyuges, en los cuales por la naturaleza del objeto no cabe sucesión. Se trata, pues, directa y actualmente de otro interés distinto del propio y exclusivo del cónyuge en cuanto tal, y ajeno al vínculo actualmente inexistente. Por tanto, la base para litigar no está ni en el vínculo ni en la acusación de nulidad, sino únicamente en la ley⁹⁷ que permite el incidente en gracia a una razón grave, por ejemplo, la legitimidad de la prole.

Fluye de estas consideraciones que no hay sucesión en la acción originaria, la cual cesa; sino más bien una sustitución procesal, en la cual el llamado heredero sustituye, hace las veces o reemplaza al difunto, para solucionar por medio de esta sustitución en el juicio de nulidad (incidente) la causa principal entablada acerca de la legitimidad de la prole y de la herencia⁹⁸.

5.4. *Iniciativa y admisión de la acción póstuma.*

Dispone el canon 1.972: «El matrimonio que no se acusó viviendo los dos cónyuges, de tal manera se presume válido después de la muerte de uno de ellos que no se admite prueba contra esta presunción, a no ser en el caso de que la cuestión surja incidentalmente».

En la reforma del citado canon la excepción se formula con estas otras palabras: «Nisi quaestio de validitate sit praeiudicialis

97. C. 1972.

98. Signat. Apost. 12 julio 1971, en «Jus Canonicum», XIV, n. 27 (1974) p. 395.

ad aliam solvendam controversiam sive in foro canonico sive in foro civili»⁹⁹.

Esta redacción, si llega a ser definitiva, no cambia sustancialmente la norma precedente, sino hace su sentido más claro: Se trata de una causa distinta de la de nulidad de matrimonio, pero conexas con ella y que no puede resolverse sin solucionar antes la de nulidad matrimonial. No cambia lo referente al valor de la presunción; únicamente mejora lo referente a la norma procesal.

La *prejudicialidad* en los cánones 1.632 y 1.633 aparece regulada únicamente como cuestión incidental, que resuelve el mismo juez antes de resolver acerca de la *principal*, con lo cual concuerda nuestro canon 1.972. En cambio, la reforma intenta, según parece, evitar el carácter de *cuestión incidental* y darle en toda su amplitud la modalidad de *cuestión prejudicial*, que ha de tramitarse y resolverse previamente como *causa independiente y principal*, por el mismo o por distinto órgano jurisdiccional, con su objeto propio y con el efecto de cosa juzgada o cuasijuzgada, a instancia de parte.

Esta interpretación disipará problemas que antes parecían insolubles. En el derecho codicial sólo se admite prueba contra la validez del matrimonio que no se acusó durante la vida de los cónyuges, si surge incidentalmente en otra causa principal, por ejemplo, la sucesión en el derecho de patronato, la herencia, la legitimidad de la prole, entablada ante tribunal eclesiástico o civil. Pero siendo así, es lógica la consideración que hacía la Rota Romana en la sentencia de 20 de junio de 1936: «Sat dubitatum est, an causa nullitatis matrimonii in ecclesiastico tribunali instituta haberi possit tamquam incidentalis causae de hereditate in foro civili motae. Quidquid sit, iudex ecclesiasticus admittere vel reicere debet causam iuxta normas in iurisprudencia canonica stabilitas»¹⁰⁰.

Según creemos, los tribunales civiles ni pueden ni deben juzgar las causas de nulidad matrimonial de los católicos, aunque éstas surjan como mero incidente en otra cuestión litigiosa civil. El Proyecto de ley de 13 de marzo de 1980 por encima de toda justicia regula el proceso de nulidad matrimonial, incluso de las causas correspondientes al matrimonio canónico¹⁰¹.

99. *Schema de process.*, c. 339: *Communicationes*, XI, n. 2 (1979), p. 260.

100. SRRD, 20 junio 1930, c. HEARD, vol. 28, dec. 42, n. 13, p. 401.

101. Art. 80 y disposición adicional 7.ª: B. O. de las Cortes Generales. Congreso de diputados, 13 marzo 1980, n. 123-I, pp. 861, 867. Según la Ley 30/1981, de 7 de julio, la competencia de los jueces civiles para conocer controversias sobre nulidad de matrimonio celebrado canónicamente, no tiene cortapisa al-

Igualmente estimamos que los tribunales eclesiásticos no deben dejar sin resolver las cuestiones de nulidad de matrimonio que tengan que estar resueltas para que los tribunales civiles cuenten con base sólida que les permita juzgar causas, cuya resolución dependa de la validez o nulidad del matrimonio canónico.

Pero esto sólo obliga a que el tribunal eclesiástico diga al civil si el matrimonio en cuestión ha de ser tenido en el foro externo por válido o nulo; mas no a tener que instaurar un proceso para decidir en todo caso judicialmente que el matrimonio impugnado en lo civil es o no válido. Queremos decir que la excepción del canon 1972 ha de ajustarse al estilo de la jurisprudencia canónica y a la doctrina común de los autores. Por tanto, en el fuero eclesiástico se procederá conforme a las normas canónicas respecto a la acusación del matrimonio, al valor de las presunciones y al favor que el derecho concede al matrimonio. De no ser así, podría darse la incongruencia de poder acusar en todo caso y tiempo el matrimonio, porque siempre sería fácil acudir a los tribunales civiles con causas que hicieran surgir como cuestión prejudicial la nulidad del matrimonio, lo cual es inadmisibile.

Al tribunal civil, para que resuelva las causas de su pertenencia, le es suficiente que auténticamente la autoridad eclesiástica le garantice que el matrimonio del caso o ha sido declarado nulo, o hay que tenerlo como válido, sea porque fallada la causa se declaró con sentencia firme que no consta la nulidad, sea porque no corresponde admitir la acusación.

También interesa este otro problema: Cabe que el incidente prejudicial se promueva para un fin *favorable*, verbigracia, para probar la legitimidad de la prole o los derechos de la viuda, para desvanecer el prejuicio que haya contra la validez del segundo matrimonio; o bien para un fin *desfavorable*, por ejemplo, para demostrar la ilegitimidad de la prole, para denegar a la viuda sus derechos, para obtener ganancias materiales.

Pues bien, tanto la costumbre y el derecho antiguo, como la jurisprudencia y la doctrina anterior y posterior al Código, rechazan que se admita la *quaestio praeiudicialis*, si se acusa la nulidad del matrimonio: «Ob interesse et lucrum», «ad quaestum», «ad effectus praesertim patrimoniales», «ad effectus solos patrimoniales», «ad docendum prolem illegitimam»; al contrario, la admiten, si es «in

guna por razón de hallarse pendiente la causa ante órgano eclesiástico. Véanse en la citada Ley los arts. 73-80 y las disposiciones adicionales.

favorem legitimitatis prolis», «ad praeiudicium tollendum de nullitate alterius matrimonii»¹⁰².

6. LA OPOSICIÓN A LA DEMANDA.

6.1. *La bilateralidad en los juicios matrimoniales.*

Vista la iniciativa del actor en el proceso y examinada la aplicación del principio dispositivo en las causas matrimoniales, debemos en seguida volver los ojos al principio de igualdad o bilateralidad, que también se llama contradictorio, de audiencia, de dualidad de las partes, sea ésta real de un cónyuge contra el otro, sea equivalente entre la parte actora con la que se aviene el otro cónyuge, y el defensor del vínculo; o entre el promotor de la justicia que acusa y los cónyuges si se oponen o el defensor del vínculo en las causas de nulidad de matrimonio; o entre el promotor de la justicia y los cónyuges si ambos están de acuerdo en la separación.

En consonancia con esta bilateralidad, las peticiones o pretensiones de una de las partes han de comunicarse a la contraria, para que ésta pueda oponerse y defenderse. Desde el procedimiento experimental norteamericano de 28 de abril de 1970 comenzó a establecerse suma paridad de facultades entre la defensa de la libertad contra el vínculo encomendada al abogado de la parte y la defensa del vínculo que corresponde hacer al ministerio público por razón del cargo¹⁰³.

En la misma línea sigue el *Schema* procesal del año 1976, en cuyo canon 342 aparece una paridad grande entre el defensor del vínculo y los patronos de las partes¹⁰⁴. Acaso por intentar tanta paridad se llegue a algo menos acorde con las funciones propias de las partes privadas y las de un ministro del tribunal con misión propia de tutelar el bien público. Puede ser que por forzar la igualdad intentada se pasen por alto las exigencias técnicas del proceso, que aconsejan determinadas diferencias entre las partes y el ministerio público, no incompatibles con la observancia del principio de bilateralidad.

102. C. 11, X, IV, 17. GASPARRI, *De matrim.*, ed. 1904, n. 1482 en donde se citan diversas causas; WERNZ-VIDAL, *Jus matrim.*, ed. 1928, n. 698 en el texto y en la nota 39, p. 835. SRRD, 20 jun. 1936, c. HEARD, vol. 28, dec. 42, n. 13, p. 401.

103. Consilium pro Publicis Ecclesiae Negotiis, N. 3320/70, 28 de abril 1970: Normas 8-11. AA. VV. *Lex Ecclesiae*, Salamanca 1972: L. DEL AMO, *Procedimiento matrimonial canónico en experimentación*, p. 461-542.

104. *Communicationes*, vol. XI, n. 2 (1979), p. 262-263.

En las causas matrimoniales el defensor del vínculo propiamente no es parte, y si se pretende medir y contar sus facultades hasta dejarlas igualadas del todo con las de parte privada en el litigio, se puede caer en el peligro de desequilibrar hasta la misma paridad razonable que se intenta; porque si se pierden de vista las diferencias objetivas procesales entre actor y demandado, entre interés privado e interés público, entre parte personalmente interesada por librarse de la carga del vínculo existente socialmente, al menos en apariencia, y una persona pública sin otro interés ni otro estímulo que los de cumplir con los deberes de su cargo; es fácil comprender que estas mismas diferencias exijan, por principio de igualdad, que haya en el procedimiento cierta desigualdad que compense la disparidad de esas dos posiciones procesales diferentes.

6.2. *La litiscontestación.*

Son conceptos distintos el de oposición y el de contestación a la demanda. La contestación es algo puramente formal: se reduce a tomar posición respecto a la demanda. Cabe en la contestación o allanarse u oponerse. La contestación es lo que responde el demandado al actor.

La relación jurídico-procesal es independiente de la respuesta que dé el demandado, o de que la dada sea oral o escrita. El principio de contradicción o audiencia bilateral no exige sino que al demandado se le conceda oportunidad para contestar.

En derecho canónico la litiscontestación es la contradicción formal del demandado a la petición del actor hecha al juez con ánimo de litigar¹⁰⁵. Para hacerla no es precisa formalidad alguna; es suficiente comparecer en juicio e insertar en autos la petición del actor y la contradicción del demandado, de modo que conste el asunto del que se trata y cuáles son los términos de la controversia¹⁰⁶.

6.3. *Actitudes del demandado ante la citación.*

6.3.1. *Silencio y no comparecencia.*

Después de admitido el escrito de demanda o la petición oral, sigue el llamamiento a comparecer: *Audiatur et altera pars*, que hace

105. C. 1726.

106. Cc. 1727; 1728.

el juez al demandado¹⁰⁷ y al defensor del vínculo¹⁰⁸. A la citación legítima el demandado cabe que responda no compareciendo y guardando absoluto silencio.

El remedio procesal contra esta actitud es declarar negligente o contumaz al demandado citado a juicio, quien se desentiende de su deber¹⁰⁹.

Después de esta declaración se fija el dubio a petición del actor y se notifica al demandado por si quiere proponer excepciones y purgar su contumacia¹¹⁰.

6.3.2. *Conformidad con la demanda.*

En este caso el demandado ni excepciona ni contesta al pleito; pero no por ello el juez accede sin juicio a la declaración de la nulidad solicitada¹¹¹ o de la separación pedida¹¹². En uno y otro caso habrá la oposición que haga el ministerio público en defensa del bien común.

Esta actitud del demandado se denomina allanamiento a la demanda, con lo cual se indica no querer discutir el título de lo pedido. Implica una renuncia a litigar judicialmente. Pero no es una confesión judicial u otra prueba eficaz respecto a los hechos en que se apoya la demanda matrimonial.

6.3.3. *Negación de los hechos.*

Puede el demandado limitarse a negar los hechos constitutivos alegados por el actor para justificar su petición. Puede hacerlo rechazando la *causa petendi*, o por falta de norma aplicable al hecho alegado, o por falta de hecho apto que se ajuste a la norma jurídica invocada.

Basta esto para la verdadera oposición y contradicción procesal¹¹³. No debe confundirse lo esencial de la oposición a la demanda con la forma solemne de la fijación del dubio, pues son cosas distintas¹¹⁴.

107. C. 1711 § 1.

108. *Provida Mater*, art. 74 § 1. *Schema de process. Communicationes*, X, n. 2 (1978) c. 33, p. 238.

109. Cc. 1842; 1844 § 2.

110. *Provida Mater*, art. 89 §§ 2-3.

111. Cc. 1586; 1590; 1967-1970.

112. Cc. 1013; 1014; 1128-1131.

113. C. 1726.

114. Cc. 1727-1728.

6.3.4. Alegación de otros hechos.

Cuando el demandado hace esto, directamente no contradice a la demanda, sino más bien afirma hechos distintos, con los cuales modifica o enerva la eficacia de los hechos que aduce el actor como constitutivos de su derecho.

Los hechos que puede alegar el reo suelen ser:

— *Extintivos*, si extinguen o hacen cesar la fuerza de los hechos de la demanda, por ejemplo, contra el adulterio para pedir la separación, otro adulterio de la parte actora, con el cual hay compensación y extinción del derecho.

— *Impeditivos u obstativos*, si estorban la eficacia de los hechos alegados por el actor en la demanda, verbigracia, cuando contra la acusación del adulterio, el demandado alega que fue cometido porque el actor lo motivó y consintió.

— *Modificantes*, si no excluyendo ni impidiendo totalmente la eficacia especial de los hechos de la demanda, reducen su virtud a límites justos.

— *Excluyentes*, son los hechos que excluyen la pretensión del actor, sea en cuanto al ejercicio de la acción, sea en cuanto a su mérito. En juicio se los propone a modo de excepciones o derechos del demandado, que anulan o excluyen la acción del demandante ¹¹⁵.

6.3.5. Acción del demandado contra el actor.

Frente a la demanda del actor el demandado también puede reconvenir, es decir, ejercitar una acción del demandado contra el actor. La reconvencción no es un presupuesto procesal, no es una excepción, es una demanda nueva que el demandado, conocido el libelo del actor, entabla ante el mismo juez y en el mismo juicio contra el actor a fin de neutralizar o aminorar su demanda ¹¹⁶.

La acción del demandado o *mutua petitio* no intenta ni excluir la acción del demandante, ni impedirla o retardarla, sino *directamente* conseguir la petición que hace, y mediante esto, neutralizar o aminorar de algún modo el efecto de la demanda del actor.

Contra la acción cabe la *exclusio actionis*; contra la excepción, la *exclusio exceptionis*; pero contra la reconvencción no se admite re-

115. C. 1667.

116. C. 1690. DEVOTI, *Inst. Can.*, lib. IV, tit. XII, § 1. Madrid 1885, p. 97.

convención ¹¹⁷. Las excepciones pueden oponerse siempre ¹¹⁸, por tanto, en cualquier grado del juicio; la reconvencción no se admite en grado de apelación ¹¹⁹.

El actor puede acumular acciones, con tal que no sean contradictorias entre sí, ni excedan la competencia del tribunal al que se acude ¹²⁰; al demandado no se le prohíbe acumular excepciones aunque sean contrarias ¹²¹ ni acompañar a éstas acción reconvenccional.

Más adelante nos detendremos en el examen de la reconvencción en las causas matrimoniales.

7. LOS PRESUPUETOS PROCESALES.

7.1. *No son excepciones ni acciones.*

Los presupuestos procesales, según la doctrina, son requisitos previos o condiciones necesarias para que se constituya debidamente en cada proceso la relación jurídica procesal, para luego poder resolver favorable o desfavorablemente acerca del mérito de la demanda ¹²².

No son la acción, y por esto el negarlos no es negar la existencia de la acción, y el juzgar acerca de ellos no es juzgar ni prejuzgar lo concerniente al mérito de la acción ¹²³.

Las condiciones de la acción afectan al fondo de la causa; los presupuestos, a los elementos esenciales necesarios para que se forme la relación jurídica.

Tampoco son la *excepción* en sentido propio, que es *exclusio intentionis*, la cual no debe ser suscitada por el juez, a no ser que medie interés del bien público o la salud de las almas ¹²⁴. En cambio, el juez de oficio puede hacer valer las exigencias de los presupuestos procesales.

117. C. 1690 § 2.

118. C. 1627.

119. C. 1891.

120. C. 1669 § 1.

121. C. 1669 § 2.

122. G. CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid 1954, vol. I, n. 21-22, pp. 77-80.

123. Decreto de la Rota Romana, 14 julio 1965, c. BRENNAN, Decano, Prot. N. 8137. En L. DEL AMO, *Sentencias, casos y cuestiones en la Rota española*, Pamplona 1977, n. 44, p. 335.

124. Cc. 1618; 1619.

Si el demandado después de citado rehuye comparecer o sólo comparece para alegar incompetencia del juez, o para proponer cuestiones accesorias relativas a las personas o a la forma del juicio, en realidad no comparece para tratar la causa con ánimo de litigar o para contestar a la demanda ¹²⁵.

El demandado para reclamar alguno de los presupuestos procesales, puede valerse en derecho canónico de las llamadas excepciones dilatorias ¹²⁶. Los presupuestos procesales en sentido propio son más bien los referentes a la relación procesal. Algunos los extienden a la caducidad de la pretensión o pérdida de ejercer el derecho y a las condiciones para la validez sea del proceso sea de la sentencia.

7.2. *Su amplitud y eficacia.*

Conviene limitarlos a los presupuestos en sentido estricto. Atendiendo, pues a los distintos elementos de la relación jurídica, los hay que afectan al juez, otros a las partes, y otros a las solemnidades exigidas por el derecho positivo bajo pena de nulidad.

7.2.1. *Los relativos al órgano jurisdiccional.*

A ellos pertenecen la jurisdicción, la competencia, la inhabilidad por motivo legítimo de sospecha. Los que no son jueces no tienen jurisdicción; por consiguiente es inútil acudir a ellos, y es inútil que ellos llamen a juicio. El juez a más de jurisdicción necesita competencia: «Iudici incompetenti impune non paretur».

7.2.2. *Los relativos a las partes.*

En estos presupuestos entran la capacidad legal o procesal, la ilegalidad del poder, sea por incapacidad del poderdante, sea por defecto en el contenido o forma del mandato. Sin capacidad de las partes no hay habilidad ni para accionar ni para comparecer en juicio. Lo que hagan los incapaces no será acción, ni contestación, ni proceso.

125. Cc. 1711; 1726.

126. C. 1628.

7.2.3. *Los relacionados con las condiciones necesarias para iniciar el proceso.*

Se trata de condiciones exigidas bajo pena de nulidad del acto. Este es nulo, no sólo cuando le faltan los elementos esenciales que lo integran, sino cuando no tiene las condiciones o formalidades requeridas por los sagrados cánones bajo pena de nulidad¹²⁷.

«Quod nullum est, nullum producit effectum». Esta norma cabe aplicarla a la demanda¹²⁸, a la citación¹²⁹, a la litispendencia¹³⁰ al pleito acabado¹³¹, a la conexión de causas¹³², a la cosa juzgada¹³³.

El acto procesal puede ser acto *inexistente* si carece de algún elemento esencial o de algún presupuesto completamente necesario para la existencia física o jurídica del acto, o acto *nulo*, írrito, inválido, si está falto de alguno de los requisitos que la ley positiva exige para que el acto procesal esencialmente existente, pueda producir efectos jurídicos¹³⁴.

7.3. *Su carácter propio.*

El carácter de los presupuestos es preliminar y excluyente, como pide su misma naturaleza. Por esto, deben ser tratados en una primera fase anterior al juicio sobre el fondo de la causa. Se los examina en incidente de previo pronunciamiento sin tener que contestar a la demanda.

Para tratarlos no es precisa instancia de parte; porque el juez, pídalo o no la parte, no puede atribuirse la jurisdicción o competencia que no tiene, ni reconocer a las partes la capacidad de la que carecen, ni suplir una petición inexistente o falta de las solemnidades que la impidan ser eficaz.

127. C. 1680, § 1.

128. C. 1708.

129. Cc. 1711-1723.

130. C. 1725 n. 5.

131. C. 1629 § 1.

132. Cc. 1567; 1628 § 1; 1632; 1633.

133. C. 1629 § 1.

134. G. MICHIELS, *Principia*, ed. 2.ª, p. 596; O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, ed. 2.ª, 1964, p. 189.

8. LAS EXCEPCIONES.

8.1. *Diversas acepciones de la palabra excepción.*

En sentido impropio a veces se llama excepción a cualquiera de los modos de defensa en manos del reo para oponerse a la petición del actor, por ejemplo, la negación de los hechos, cuyo efecto es por lo menos obligar al actor a que los pruebe¹³⁵.

En sentido menos propio se denominan excepciones ciertos tipos de defensa procesal, que sin afectar a la sustancia de la acción, con ellos el demandado solicita del juez o que le absuelva de la demanda, o que le libere de tener que contestarla. Se refieren al procedimiento o tramitación de la causa (presupuestos procesales).

En sentido propio amplio recibe el nombre de excepción cualquier objeción que haga el demandado alegando contra la pretensión del actor hechos, o *extintivos* del derecho, o *impeditivos*, que estorban la eficacia de la acción.

En sentido propio estricto la palabra excepción se limita a la oposición que hace el demandado al actor proponiendo hechos *excluyentes* de la pretensión.

8.2. *Excepciones dilatorias.*

El Código de Derecho canónico a los presupuestos procesales llama excepciones dilatorias¹³⁶, porque se han de proponer y fallar antes de la contestación a la demanda. A ellas pertenecen, por ejemplo, las llamadas excepción de incompetencia¹³⁷, de sospecha contra el juez¹³⁸, de falta de personalidad en la parte¹³⁹, de inhabilidad contra el actor por excomunión¹⁴⁰, de falta de poder en el procurador¹⁴¹, de litispendencia¹⁴².

Directamente contra la demanda pueden oponerse, verbigracia, las excepciones de imprecisión en lo pedido o en las causas de pe-

135. C. 1748.

136. C. 1628.

137. C. 1610.

138. C. 1613.

139. Cc. 1709; 1971.

140. Cc. 1628 § 3; 1654; 2263.

141. Cc. 1659; 1662; 1708.

142. C. 1725.

dir¹⁴³; de omisión absoluta de fundamentos¹⁴⁴, de falta de firma o de otros requisitos fundamentales¹⁴⁵.

8.3. *Excepciones perentorias.*

Las perentorias son distintas de las procesales, contrapuestas a las sustanciales, y son diferentes de las dilatorias, cuyo carácter preventivo tiende a dilucidar cuestiones previas.

Corresponden a la afirmación de hechos extintivos, impeditivos a perpetuidad, excluyentes de la acción.

El canon 1.629 distingue entre excepciones perentorias, como las de pleito acabado, de cosa juzgada, etc. que se han de proponer y fallar antes de la litiscontestación, y otras que se proponen después de la contestación.

Supuesta la alegación de hechos en estas excepciones, se sigue la obligación de probarlos: «Qui excipit probare debet quod excipitur»¹⁴⁶, «Reus excipiendo fit actor»¹⁴⁷.

El efecto típico de la excepción propiamente dicha es excluir la pretensión del demandante¹⁴⁸. Al ampliar el concepto de excepción también se amplía su efecto en el sentido de impedir, diferir, frustrar de algún modo la acción.

8.4. *Excepciones mixtas.*

Pueden considerarse como excepciones mixtas de dilatorias y perentorias las que se plantean como cuestión previa al principio del juicio; pero que pueden poner fin al proceso.

Tienen forma de dilatorias y efecto o eficacia de perentorias. Así son, por ejemplo, las excepciones de pleito acabado, cosa juzgada, litispendencia.

No entran en el mérito de la demanda; objetan una situación jurídica, la cual tiene virtud para impedir que se entre a conocer el fondo del derecho que se pide en la demanda.

143. C. 1708 n. 1.

144. C. 1708 n. 2.

145. C. 1708 n. 3.

146. 1. 9 de probat.

147. ULP. 1. 1 de except. 44, 1.

148. «Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve inductum est» (ULP. 1. 2 de except. 44, 1.

8.5. *El poder facultativo de excepcionar.*

Así como el actor no está obligado a demandar, del mismo modo el demandado, que tiene derecho a defenderse, puede no hacerlo. Si lo hace, tiene que cargar con las consecuencias propias del ejercicio de su derecho.

Pero dado que nuestro estudio tiene por objeto la acción y la excepción en los procesos de causas matrimoniales, que son públicas, es preciso advertir cuán limitado queda ese ejercicio facultativo de oponerse a la acción matrimonial; porque siempre hay una parte pública que por oficio defenderá la validez del matrimonio (defensor del vínculo) o la obligación que los cónyuges tienen de hacer vida en común (promotor de la justicia)¹⁴⁹.

No sólo esto, sino incluso el mismo juez, en atención al bien público de la Iglesia y a la salvación de las almas, puede proceder de oficio¹⁵⁰, puede y debe suplir pruebas y oponer excepciones que ni el demandado ni la defensa pública contrapongan¹⁵¹.

Por consiguiente, el juez no se extralimita, si resultando necesario, por inercia del adversario o de la parte pública, opone excepciones procesales *dilatorias*, referentes a las personas o al procedimiento¹⁵², o *perentorias*, por ejemplo, de pleito acabado¹⁵³, o *sustanciales*, si constan en autos hechos impositivos o excluyentes que anulen la fuerza de la acción.

9. LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

9.1. *Incompetencia absoluta y relativa.*

Nadie ignora la relación y la diferencia existentes entre jurisdicción y competencia. La *jurisdicción* es la potestad de juzgar que tienen los jueces en general, prescindiendo de cualquier otra referencia ulterior a causas concretas. La *competencia* es la atribución que por razón de un título legítimo tiene un juez para tramitar y juzgar

149. *Schema de process.* c. 360; *Communicationes*, vol. XI n. 2, (1979) p. 274.

150. C. 1618.

151. C. 1619.

152. C. 1628.

153. C. 1629.

un asunto concreto, habida cuenta de la causa que se ha de conocer, de la persona a quien se ha de llamar a juicio y del grado del juicio.

La incompetencia puede ser absoluta¹⁵⁴ y relativa¹⁵⁵. Es juez *absolutamente incompetente* el que carece totalmente de jurisdicción en la causa litigiosa por razón o del asunto, o de la persona, o del grado del juicio. Así es incompetente el juez civil en las causas que la Iglesia juzga por derecho propio¹⁵⁶. Al contrario, es *relativamente incompetente* el juez que teniendo jurisdicción supuesta la clase del asunto, de las personas, del grado del juicio, sin embargo, no puede ejercerla porque le falta título apto que legitime su actuación.

La *incompetencia absoluta* es una consecuencia resultante de principios del derecho público, el cual exige que no juzgue sino la autoridad judicial. Implica incapacidad plenamente inhabilitante. De aquí que:

- No haya lugar a prórroga de jurisdicción;
- El juez de oficio tenga obligación de declarar su incompetencia en cualquier período de la causa¹⁵⁷;
- Siempre pueda ser excepcionado el juez por las partes en cualquier situación y grado en que se halle la causa¹⁵⁸;
- La sentencia pronunciada sea completamente nula y su defecto insanable¹⁵⁹;
- Contra esta sentencia nula siempre quepa tanto acción como excepción de nulidad¹⁶⁰.

La *incompetencia relativa*, en cambio, proviene del derecho privado, al cual toca velar por una administración de la justicia ordenada, fácil y económica. No incapacita al juez, el cual goza de jurisdicción; pero le prohíbe que la ejerza mientras no tenga título legítimo de atribución. Por esto:

- Cuando es cierta y clara, el juez mismo debe declararse incompetente¹⁶¹;
- Si no fuere clara, el juez de oficio no está obligado a declararse incompetente;

154. Cc. 1556-1558.

155. Cc. 1560-1568.

156. Cc. 1553; 1960. M. p. «Causas matrimoniales», n. I; *Schema de process.*, c. 335; *Communicationes*, vol. XI, n. 2, (1979) p. 256.

157. C. 1611.

158. C. 1628 § 2.

159. C. 1892 n. 1.

160. C. 1843.

161. C. 1609 § 1.

— La pueden excepcionar las partes antes de la litiscontestación ¹⁶²;

— Si las partes la excepcionan y el juez se declara competente, su fallo es inapelable ¹⁶³, salva la impugnación que pueda hacerse a tenor del canon 1.880, n. 6.

— Si fuere preciso, el Derecho prorroga la competencia, cuando el juez se haya declarado indebidamente competente, o cuando ni el juez de oficio se haya declarado incompetente ni la parte haya excepcionado la incompetencia.

— Por incompetencia relativa del juez su sentencia no es nula.

9.2. *Incompetencia del poder civil en las causas matrimoniales de los bautizados.*

Aunque anteriormente en el número 2.4. hemos tocado este punto, es preciso insistir en este problema candente para aclarar ideas y defender los derechos de la Iglesia.

En el Acuerdo jurídico, art. VI, n. 2, se lee: «Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del derecho canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad...»

Las palabras podrán acudir son ambiguas, porque pueden significar:

a) El *ius accusandi matrimonium* de quienes se casaron canónicamente;

b) La falta del *ius accusandi* en cuantos no se casaron canónicamente, aunque bautizados y súbditos de la Iglesia;

c) El *ius accusandi* de los casados ante los tribunales de la Iglesia, pero no exclusivamente sino también ante los tribunales del Estado.

El proyecto de ley de 13 de marzo de 1980, en la disposición adicional 2.^a, propone: «Será juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal...». Si, pues, el legislador entiende que sus jueces gozan de competencia para los divorcios y las separaciones de todos sus súbditos, estén o no bautizados, parece lógico que se mantenga la misma competencia para las nulidades de matrimonio canónico.

162. C. 1628 § 1.

163. C. 1610 § 2.

Efectivamente, en la disposición adicional 7.^a se afirma abiertamente que los casados canónicamente pueden pedir la nulidad de su matrimonio al juez civil, el cual puede conocerla, a no ser que la cuestión esté pendiente ante órgano eclesiástico, al que ambas partes expresamente se hayan sometido¹⁶⁴.

La competencia que aquí se atribuye al Estado sobre causas matrimoniales de bautizados es una *usurpación sacrílega*, en frase de León XIII¹⁶⁵ y contraria al sentir doctrinal de la Iglesia¹⁶⁶.

Lo que no está en el Acuerdo jurídico, cuyos términos son ambiguos, se introduce claramente en el Código civil español mediante la reforma que se propone en el citado proyecto y se verifica en la Ley 30/1981 de 7 de julio.

9.3. *La revisión de las decisiones eclesiásticas por jueces civiles.*

Otra nota disonante en el Acuerdo entre España y la Santa Sede es que «las resoluciones eclesiásticas, tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el tribunal civil competente»¹⁶⁷. Tal como entienden esto las autoridades civiles, se trata de un verdadero juicio ante las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales. Hay demanda, se oye a las partes y al ministerio fiscal por término de nueve días, y la decisión versa acerca de si las resoluciones eclesiásticas son auténticas y ajustadas al derecho del Estado¹⁶⁸.

Cabe preguntar: ¿Tiene competencia el Estado y sus tribunales para juzgar sobre causas matrimoniales de bautizados, en especial

164. Proyecto de ley, 13 marzo 1980, l. c. p. 867. Véase lo dicho anteriormente en la nota 101.

165. Letras Apostólicas a los Obispos de la Provincia Veneta, 8 febrero 1813.

166. Cc. 1016; 1038; 1040; 1960; 1961. Conc. Trid., Ses. 24, c. 12: BENEDICTO XIV, Const. «Singulari Nobis», 9 febrero 1749; Pío VI, Const. «Auctorem fidei», prop. 58-60; *Syllabus*, prop. 68, 69, 74; LEÓN XIII, «Arcanum», 10 febrero 1880; Pío XI, «Casti connubii» 31 diciembre 1930; PABLO VI «Causas matrimoniales», n. I.

167. AJ, art. VI, n. 2.

168. Proyecto de ley, 13 marzo 1980, Disposición adicional 1.^a 1. c., p. 863. Según la Ley 30/1981, de 7 de julio, Disposición adicional segunda, «Uno, Corresponderá el conocimiento de las demandas de solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado al Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal, y si los cónyuges residieran en distintos partidos judiciales, al de la misma clase

de nulidad de matrimonio y de dispensa de rato, para conceder o denegar a las decisiones eclesiásticas efectos civiles, según decida el juez civil si se ajustan o no al Derecho del Estado? ¿No es absurdo someter el orden jurídico espiritual y sacro de la Iglesia, tal como se muestra en sus decisiones jurisdiccionales, a una supervisión de los tribunales civiles?

Si se responde que este superjuicio no es para decidir sobre la nulidad o la disolución dadas por la autoridad competente de la Iglesia, sino sólo acerca de si tales resoluciones son o no auténticas y ajustadas a la legislación civil en orden al reconocimiento de efectos civiles; todavía replicamos que la aclaración no resuelve el problema de la competencia ni aminora la ofensa e injusticia que se hace a la Iglesia que conoce por derecho propio sobre materia sobrenaturalizada.

A nuestro modesto entender, lo acordado en este punto arguye prejuicios infundados y confusión de ideas acerca de la potestad de la Iglesia y de la potestad del Estado en materia matrimonial. A la Iglesia por derecho propio, nativo e independiente compete regular cuanto concierne a la válida y lícita celebración del matrimonio de los bautizados¹⁶⁹, y con el mismo derecho lo perteneciente a la competencia sobre las causas matrimoniales¹⁷⁰.

Al Estado le corresponde la regulación de los efectos meramente civiles¹⁷¹. Ahora bien, *regular y juzgar* acerca de los efectos civiles

del último domicilio del matrimonio o del lugar de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante».

«Dos. Presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por el plazo de nueve días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al derecho del Estado, acordará por auto la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica, procediendo a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código civil sobre las causas de nulidad y disolución».

«Tres. Contra el auto que dicte el Juez no se dará recurso alguno, pero si fuera denegatorio o se hubiera formulado oposición, quedará a salvo el derecho de las partes y del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento correspondiente».

169. Cc. 1012; 1016; Conc. Trid., Ses. 24, can. 3, 4, 12; LEÓN XIII «Arcanum» 10 febrero 1880; Pío XI «Casti connubii», 31 diciembre 1930.

170. C. 1960; *Causas matrimoniales*, n. I.

171. Cc. 1016; 1961; *Causas matrimoniales*, n. II. Creemos que la Iglesia cuando pacta con el Estado y desea que los matrimonios canónicos gocen en la sociedad civil de efectos civiles, no mira en particular a los efectos espirituales ni siquiera a los temporales canónicos (cc. 1111-1117), de cuya eficacia no tiene cuestión; sino más bien a todos los efectos civiles, sean los llamados *meramente civiles*, sean los *temporales inseparables* de la sustancia del matri-

no es ni puede ser concederlos o negarlos conforme al criterio de normas que violen los derechos, leyes o jurisdicción de la Iglesia¹⁷².

Según el AJ. art. VI, para reconocer efectos civiles al matrimonio canónico sólo se exige «presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio» y la «inscripción en el Registro civil». De ser congruente el AJ. parece que lo razonable hubiese sido exigir una certificación fehaciente de las resoluciones eclesiásticas para concederles los efectos civiles correspondientes; mas no someter la decisión eclesiástica al juicio superior de un tribunal del Estado.

Este juicio de revisión en el texto del AJ. aparece ilógico, absurdo, vejatorio para la Iglesia, a más de ni proteger el orden público que aquí nadie perturba, ni ser comparable al control de legalidad o *exequatur* referente a las sentencias de divorcio dadas por tribunales extranjeros, sino más bien al *regium exequatur* o al recurso de fuerza en alguna de sus modalidades.

Compone esta discordancia del AJ. el Proyecto de ley de 13 de marzo de 1980, con nueva traba para la Iglesia, cuando en el artículo 63 manda al encargado del Registro que deniegue la inscripción del matrimonio canónico «cuando conste auténticamente que el matrimonio no reúne los requisitos de validez exigidos en este título»¹⁷³.

9.4. Competencia territorial por residencia no precaria.

En el año 1970 accedió Pablo VI a la súplica de la Conferencia Episcopal de Estados Unidos de América del Norte acerca de un procedimiento en experimentación para conocer las causas matrimoniales de nulidad. En su norma 7.^a se determinaba la competencia relativa de los tribunales por tres títulos, uno de los cuales era la «residencia de uno o del otro cónyuge».

Con ello se abandonaba la forma clásica de fuero por razón del

monio, con tal que lo legislado por la potestad civil no contenga en sus deducciones, reafirmaciones, determinaciones, desarrollo y aplicaciones cosa alguna que desvirtúe, merme o quite la fuerza o vigor de la ley divina o natural, pues, si fuera así, la ley humana civil en esto sería injusta y no obligaría. Cfr. S. TH., *Summa*, 1-2, q. 95, a.2; 2-2, q. 60, a. 5, ad 1.

172. CAPPELLO, *Summa Iuris Publici Ecclesiastici*, Roma 1936, nn. 351; 563-569.

173. Proyecto de ley, art. 63, l. c., p. 859. La Ley citada, en el mismo art. 63, introduce algunas modificaciones más disconformes aún con el art. VI del AJ. Véase anteriormente la nota 33.

domicilio o cuasidomicilio¹⁷⁴ y se adoptaba la forma más simple de *residencia*, antes tan evitada en las causas matrimoniales, con la particularidad de que esta residencia puede ser de una cualquiera de las partes, actor o demandado.

Si el título del cuasidomicilio se había prestado a graves y fáciles abusos, que intentó cortar la S. Congregación de Sacramentos¹⁷⁵, eran de prever y temer abusos mayores, por ejemplo, que cualquier actor buscara y eligiera la residencia que le conviniera, según su interés, para vencer en juicio dificultando al demandado su defensa, o evitándola manifestando que se halla en ignorado paradero, o eligiendo de común acuerdo un lugar en el que fuera fácil ocultar la verdad de los hechos a base de testigos de complacencia que falseasen la realidad¹⁷⁶.

Tal como se temía, así ha acontecido desgraciadamente con mucho escándalo y gran perjuicio para la salud de las almas. El M. p. «Causas matrimoniales» de 28 de marzo de 1971 mejoró un poco el procedimiento norteamericano en este punto exigiendo que la residencia había de ser *no precaria*, y del demandado, y que pudiera probarse con documento eclesiástico o de otro modo legítimo¹⁷⁷. Pero con ello no se evitaban los peligros, porque el término *residencia no precaria* es vago y se presta a fraudes con los que fácilmente se crean residencias ficticias.

El 14 de diciembre de 1977 el Prefecto de la Signatura Apostólica en carta al Presidente de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos de América del Norte le pide que informe acerca de quejas e injusticias cometidas en la tramitación de causas de nulidad por algunos de los tribunales pertenecientes a su Conferencia. Acompañaba un *Memorandum* sobre casos concretos¹⁷⁸.

También se publican, en los lugares citados, otra carta de la Signatura Apostólica al Presidente de la Conferencia Episcopal Mexicana de 12 de abril de 1978, en la cual se le comunica que la norma 7ª del proceso norteamericano ha de aplicarse *únicamente* a las causas «*quarum partes ambo commorantur in ambitu Statuum Feederatorum Americae Septentrionalis*». La interpretación esta es de la Signatura Apostólica y fue aprobada por Pablo VI en audiencia de

174. C. 1964; *Provida Mater*, arts. 3-7.

175. Instr. 23 diciembre 1929: AAS, 22 (1930) 490; 28 (1936) 365.

176. L. DEL AMO, *Lex Ecclesiae*, Salamanca 1972, p. 488.

177. *Causas matrimoniales*, n. IV § 1 b.

178. Estos documentos se publicaron en «The Jurist», 38 (1978) p. 218-224, y traducidos al español en la REDC, 35 (1979), p. 379-383.

29 de marzo de 1978 al Secretario de Estado¹⁷⁹. El mismo Supremo Tribunal comunicó esa su carta y esa interpretación en 13 de abril de 1978 al Presidente de la Conferencia Episcopal Norteamericana¹⁸⁰.

Después de todo lo anterior la Asignatura Apostólica envió otro *Memorandum* al Presidente de la Conferencia Episcopal española, con fecha 21 de marzo de 1978 sobre abusos graves en la cuestión de la fuga de causas. Esta memoria particular no se ha publicado; pero las anomalías en ella recogidas son de dominio público, pues se trata de hechos que con mucho daño de las almas conocen no sólo los tribunales y abogados, sino el común del pueblo, ya que todo se ha relatado, reprobado y hasta ridiculizado con noticias, artículos, chistes y caricaturas en revistas y prensa diaria.

Como remedio al grave abuso de obtener nulidades de matrimonio de españoles en tribunales eclesiásticos extranjeros, competentes por residencias simuladas, algunos Ordinarios de diócesis españolas se han negado rotundamente a ejecutar las sentencias y la Signatura Apostólica en decreto de 15 de diciembre de 1979 ha dispuesto: «Cum agatur de causis definitis in primo et altero gradu, ad executionem ne procedatur, sed, si qua pars actrix instet pro nullitate declaranda, causa committitur Rotae Nunciaturae Apostolicae in Hispania, quae primum videat de nullitate praecedentium decisionum et dein de merito causae in primo vel tertio iurisdictionis gradu pront constet vel minus de nullitate earumdem decisionum»¹⁸¹.

Los abusos, empezando por la falta de oposición a la demanda y la absoluta inercia de los defensores del vínculo en el deber de excepcionar de oficio, han sido tan numerosos y tan sonados que Pablo VI en 28 de enero de 1978 deploraba amargamente las facilonerías y permisividades que prácticamente han llevado a una evasión de la ley canónica¹⁸².

Gracias a Dios, la reforma del *Codex* se propone acabar de una vez con el título de la residencia no precaria, volviendo al «tribunal loci in quo pars conventa domicilium vel quasidomicilium habet»¹⁸³. A pesar de esto, seguimos temiendo que no faltarán abusos en la tramitación de las causas matrimoniales mientras no haya más respeto a las leyes sustantivas y procesales, no se atiende debidamente a las cualidades del personal, no se exija la dedicación plena o la nece-

179. *Communicationes*, X n. 1 (1978) p. 21.

180. *Communicationes*, X n. 1 (1978) p. 20.

181. Prot. N. 11667/79 V. T.

182. Discurso a la Rota Romana: AAS 70 (1978), 181-186: REDC, 34 (1978) p. 59-102.

183. *Communicationes*, XI n. 2 (1979) p. 258.

saría para el cumplimiento fiel de los deberes del cargo, no se observe la colegialidad en los tribunales colegiados, no se apliquen como corresponde los principios procesales de honestidad, igualdad, inmediación y economía.

10. LA RECONVENCIÓN.

10.1. *Es una acción defensiva del demandado.*

La Comisión Pontificia para la reforma del *Codex*, examinando el capítulo «De actionibus et exceptionibus in genere», acuerda que a continuación de las normas generales sobre las acciones y excepciones se coloquen tres cánones reguladores de la reconvencción, porque ésta no tiene objeto propio y específico, sino que constituye cierto mecanismo procesal de defensa, parecido a las excepciones¹⁸⁴.

La reconvencción podría describirse diciendo: Es una acción recíproca que ante el mismo juez y en el mismo inicio entabla el demandado contra el actor para destruir o aminorar la eficacia de su demanda¹⁸⁵.

Decimos *acción recíproca*, pues se añade a un juicio ya promovido. No es presupuesto previo, ni propiamente excepción, ni simple defensa, ni pura contradicción a la controversia suscitada; es una acción nueva, propuesta con modalidad propia, de suyo independiente y compatible con los demás medios de defensa o de excepción que pueda proponer el demandado contra el actor.

10.2. *Modo de proponerla y su efecto inmediato.*

Se puede proponer en forma absoluta, prescindiendo de las excepciones o en forma subsidiaria, es decir, sólo para el caso de no prosperar las excepciones. De suyo no hay inconveniente procesal en que el título jurídico que vale al demandado para una reconvencción, por ejemplo, el adulterio para pedir la separación conyugal, pueda utilizarse únicamente como excepción contra el actor que pida separación perpetua por adulterio de su consorte.

El efecto inmediato de la reconvencción es hacer que el juicio

184. *Communicationes*, XI n. 1 (1979) p. 71.

185. C. 1690 § 1; Pío XII, M. p. «Sollicitudinem Nostram», 6 enero 1950, c. 210; *Communicationes*, XI, n. 1 (1979) p. 71, c. 124.

simple se convierta en juicio *doble*, en el que la sentencia final tenga que comprender las mutuas peticiones del demandante y del demandado.

La reconvencción es acción, pero precisamente del demandado, por lo cual son cosas distintas: una, la acumulación de acciones con las que pide el actor¹⁸⁶, y otra, la acción o acciones acumuladas con las que reconviene el demandado. Por virtud de la acción reconvenccional el demandado pasa a ser también actor, y análogamente el demandante primero queda dentro del mismo juicio en la postura de demandado.

Precisamente *ante el mismo juez y en el mismo juicio*. De no ser así, por ejemplo, en las causas matrimoniales, si un cónyuge pide la separación por sevicias de la mujer al juez, y el otro cónyuge pide la separación por sevicias del marido al juez Z, habría conexión de causas, pero no acción y reconvencción. El que se verifique juicio doble ante el mismo juez no impide, antes origina por la reconvencción una nueva litispendencia, con sus consiguientes efectos.

10.3. *Nexo entre convención y reconvencción.*

El legislador eclesiástico usa estas palabras latinas: «Ad submoventam vel minuendam eius petitionem»¹⁸⁷. Indiscutiblemente, si la reconvencción tiene esta finalidad, es necesario que entre convención y reconvencción medie algún nexo o relación en sentido amplio, por cuya virtud sea posible que la acción reconvenccional destruya o debilite la petición del actor.

La reforma del *Codex* propone la fórmula siguiente: «Pars conventa potest coram eodem iudice in eodem iudicio contra actorem vel propter causae nexum cum actione principali vel ad submoventam vel ad minuendam actoris petitionem actionem reconventionalem instituere»¹⁸⁸.

Según esta modificación, mantenido lo fundamental de la acción reconvenccional, se amplía el motivo por el cual puede el demandado reconvenir: o por conexión entre la acción del demandante y la acción del demandado, o porque habiendo entre ambas alguna

186. C. 1669.

187. C. 1690 § 1.

188. *Communicationes*, XI, n. 1 (1979) p. 71, c. 124. Este canon tiene a la vista el c. 210 § 1 del ya citado *De iudiciis pro Ecclesia Orientali*.

relación el demandante puede con la suya defenderse destruyendo o aminorando la petición del actor.

A nuestro parecer, con esta fórmula desaparecerán las ambigüedades que antes podían producirse pensando en exigencias de compensación rigurosa o de nexo correspondiente a causas conexas¹⁸⁹.

10.4. *Sujeto activo y pasivo.*

Es condición necesaria la petición recíproca de las partes: que en la convención pida el demandante al demandado, y que en la reconvencción sea precisamente el demandado quien pida al actor de la acción primera ya en juicio.

10.5. *El objeto.*

Tiene que ser distinto del propio de la demanda, aunque ha de corresponder al proceso con el que tiene que tramitarse el objeto de la demanda principal. Por ejemplo, en el juicio sumario de la demanda del actor no cabe añadir la reconvencción que necesite un juicio ordinario solemne.

Por razón del objeto el demandado puede reconvenir pidiendo:

— O un objeto conexo con el de la acción, sea por el *petitum* sea por la *causa petendi*¹⁹⁰.

— O un objeto que no teniendo esa conexión propia con el objeto de la acción, sin embargo, tiene con él alguna vinculación pudiendo influir algo en él para destruirlo o aminorarlo.

— O un objeto que por la oportunidad de traerlo a juicio frente al objeto de la acción, contribuye al mejor conocimiento de ambas pretensiones y no deja de causar en la del actor el perjuicio de eliminarla o minorarla.

Si los objetos de ambas peticiones fueren tan dispares o divergentes que la pretensión del demandado, lejos de ilustrar la causa, la entorpeciera o embrollara sin influjo alguno respecto a lo pedido por el actor, estaríamos en caso ajeno a las *mutuas peticiones*, ya que contra el espíritu y la razón de la ley, el juicio doble de acción y

189. C. 1567.

190. C. 1567 sobre causas conexas.

reconvención agravaría el trabajo forense, entorpecería la administración de la justicia y aumentaría los gastos sin ventaja alguna.

10.6. *Causa motiva.*

Las razones motivas de las mutuas peticiones, aunque análogas a las de la unión de causas, que son la economía procesal y la garantía de evitar conflictos judiciales provenientes de sentencias dispares u opuestas en causas conexas; sin embargo, no coinciden del todo ni en todo con ellas, pues los motivos propios y peculiares que justifican las mutuas peticiones ante el mismo juez y en el mismo juicio, a más de la economía procesal y menor número de conflictos, es típicamente la *oportunidad* que ofrece el proceso incoado para que el demandado reconvenga al actor pidiendo algo con lo que se frustre o merme la pretensión del demandante («vel ad submovendam vel ad minuendam actoris petitionem»), y para que el juez, conociendo a la vez las mutuas peticiones, descubra mejor la verdad íntegra de lo controvertido y con mayor facilidad y seguridad de acierto, resuelva el conjunto de las peticiones coherentemente con justicia y equidad («vel propter causae nexum cum actione principali»).

10.7. *El órgano jurisdiccional.*

La figura jurídica de la reconvenición se forma del conjunto de su naturaleza y condiciones típicas, entre las cuales una de ellas es que se haga la reconvenición ante el mismo juez y en el mismo juicio en el que se tramita la acción primera. Entiende, pues, en la reconvenición el juez competente que está conociendo acerca de la acción principal, en orden a que ambas mutuas peticiones sean examinadas y resueltas por el mismo juez y en el mismo juicio.

Resulta de ello la prórroga de la competencia del juez que entiende en la causa principal¹⁹¹ y la inserción de la causa reconvenicional en el proceso de la primera, la ampliación del objeto del juicio y una nueva litispendencia a partir de la citación hecha al actor para que conteste a la demanda del demandado¹⁹².

191. C. 1692.

192. C. 1725.

10.8. *Momento procesal y trámites.*

«Las acciones reconventionales es mejor proponerlas inmediatamente de contestado el pleito; pero pueden proponerse útilmente en cualquier momento del juicio, antes de la sentencia»¹⁹³.

La reconvencción se tramita a una con la acción reconventional, es decir, al mismo tiempo que ella (reconvencción propia), a no ser que sea necesario tramitarlas por separado o el juez lo creyere así más oportuno (reconvencción impropia)¹⁹⁴.

Hay, pues, dos modos de tramitar la reconvencción: *simultáneo*, que es el propio, y otro menos propio o *sucesivo* y por separado, primero la convención y después la reconvencción.

Pero es requisito indispensable que la reconvencción se proponga antes de la sentencia, según el canon 1.630 § 1. Después de haber pronunciado la sentencia no cabe la reconvencción, ni es posible hacerla en la instancia de apelación, pues se han de respetar los criterios procesales entre graduación de jueces y competencia de tribunales.

Precisamente en esto hay otra gran diferencia entre las excepciones y las reconvencciones. Estas, por ser acción, no pueden admitirse en grado de apelación¹⁹⁵; en cambio, las excepciones sí, porque dada su naturaleza miran a la acción propuesta y a esclarecer la controversia debatida, no otra acción o controversia distinta y nueva.

10.9. *¿Hay reconvencción en las causas matrimoniales?*

En la realidad nos hallamos con un hecho elocuentísimo: Ni antes ni después del Código de Derecho canónico se ha excluido la posibilidad de reconvenir en los pleitos de causas matrimoniales, sean de nulidad, sean de separación¹⁹⁶.

En la práctica de los tribunales eclesiásticos es conocida la frecuencia de los casos de mutuas peticiones de separación conyugal

193. C. 1630 § 1. En la reforma se propone esta fórmula: «Acciones reconventionales proponi valide nequeunt nisi intra triginta dies a lite contestata» (*Communicationes*, XI n. 1 (1979) p. 86-87). Será una norma acertada y contribuirá no poco a evitar las llamadas reconvencciones impropias.

194. C. 1630 § 2.

195. C. 1891.

196. C. 1691. SANTI-LEITNER, *Praelectiones Jur. Can.* lib. 2, tit. 4, en la ed. 1898, p. 41.

por determinados capítulos, verbigracia, por sevicias del uno y del otro, o uno por sevicias y otro por peligro de alma; o petición de separaciones distintas: una temporal por abandono malicioso, otra perpetua por adulterio; incluso casos de nulidad de matrimonio pedida por el actor invocando un capítulo, y el demandado a su vez acusando la nulidad por capítulo diverso del alegado por el actor; finalmente otros casos de acción de nulidad y reconvencción subordinada de separación o viceversa, actor que pide la separación y demandado que reconviene acusando la nulidad¹⁹⁷.

A pesar de este uso procesal continuo de la acción y la reconvencción en los juicios matrimoniales, no falta quien lo impugna con las siguientes objeciones¹⁹⁸.

1.ª objeción: Se acumulan acciones contradictorias, si se pide separación perpetua y temporal. *Respuesta:* Serían peticiones contradictorias, si un litigante pidiera a la vez separación perpetua por adulterio y separación temporal por adulterio, o separación temporal por sevicias y separación perpetua por sevicias. Pero es claro que no hay contradicción entre petición de separación perpetua por adulterio y separación temporal por sevicias, vida criminosa e ignominiosa y odio implacable. Según la lógica las proposiciones contradictorias sólo son aquellas en las que una afirma lo que la otra niega.

2.ª objeción: La petición de la reconvencción amplía sustancialmente el objeto material de la demanda inicial, lo cual viene a suponer que la acción del demandado no es reconvenccional, sino más bien convencional. *Respuesta:* En derecho procesal canónico no hay reconvencción que no amplíe el objeto de la demanda inicial con otra petición distinta, y por esto se habla de peticiones mutuas. Si se pretende que la reconvencción propiamente no amplíe la demanda inicial, en esto se confunde la litiscontestación o las excepciones, de las que puede valerse el demandado para defenderse, con otra defensa distinta: la de reconvenir o de proponer una nueva acción ante el mismo juez y en el mismo juicio.

197. WERNZ-VIDAL, *De process.* n. 328; CAPPELLO, *Summa Jur. Can.* III n. 37; E. EICHMANN, *El Derecho Procesal*, Barcelona 1931, p. 156; CABREROS, *Comentarios al Cód. de Der. Can.*, vol. III, n. 454. L DEL AMO, *Sentencias, casos y cuestiones en la Rota Española*, nn. 21, 114, 129, 130, 133, 162, 169.

198. PEDRO A. PERLADO, *¿Es posible la reconvencción en las causas matrimoniales de separación?*, en «Revista Jurídica de Cataluña», abril-junio 1976, pp. 217-238.

3.^a *objeción*: La finalidad de la reconvencción es la de *compensar* la eficacia de la acción con otros argumentos de similar naturaleza hasta restar efectividad en todo o en parte a la acción del actor (c. 1.690). *Respuesta*: Ni el canon citado mienta expresamente la compensación, ni ésta en sentido propio puede admitirse por el hecho de que la reconvencción influya en la convención destruyendo o aminorando su eficacia. En rigor procesal no es preciso que el objeto de las mutuas peticiones tenga que tener tal nexo que lleve necesariamente consigo el efecto de poder igualar en sentido opuesto un objeto con otro objeto, que es lo propio de la compensación en sentido estricto: «Compensatio est debiti et crediti inter se contributio»¹⁹⁹. «Placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso iure compensari»²⁰⁰.

11. RECURSOS.

11.1. *Son una defensa contra las faltas procesales.*

Entendemos por *falta procesal* en sentido estricto la inobservancia de la forma debida con la que se deben realizar los diversos actos del proceso. El efecto de ella puede ser un acto procesal ilícito o nulo o inexistente, según los casos.

La palabra *defecto procesal*, de significado amplísimo en los juicios eclesiásticos, comprende cualquier vicio del orden que sea y que afecte a los actos procesales.

Pues bien, así como la defensa contra los defectos son las excepciones, de modo parecido contra las faltas de forma en las actuaciones judiciales disponemos de los recursos. En éstos lo característico es la elevación del asunto del juez inferior al superior²⁰¹.

11.2. *Recurso contra la morosidad del juez.*

A pesar de las acusaciones contra los tribunales de la Iglesia por su morosidad; a pesar del aforismo «Iustitia retardata est iustitia denegata»; a pesar de las palabras pontificias: «Ogni colpevole

199. MOD. 1. 1 D *de compensatione*, 16, 2.

200. 1. 27 *de compensatione*.

201. Cc. 1709 § 3; 1710; *Provida Mater*, arts. 69, 95 § 2, 178 § 2; 188, §§ 2-3.

ritardo, causato da negligenza o da estranee occupazioni, nel fare o nell'eseguire la giustizia é già di per sé una ingiustizia, che ogni membro dei Tribunali ecclesiastici deve accuratamente studiarsi di evitare anche da lontano»²⁰²; a pesar de todos los pesares no faltan todavía hoy tribunales lentísimos y a veces, lo que es peor, agilísimos en unas causas y eternos en otras.

Respecto a la demanda manda la ley que el juez debe cuanto antes admitir o rechazar el escrito²⁰³. La parte interesada *puede instar* para que cumpla el juez con su deber, si ha dejado pasar inútilmente un mes después de presentado el escrito; y si, no obstante la instancia, el juez sigue callando, puede la parte, pasados cinco días de haber instado, interponer recurso ante el Ordinario de lugar o ante el tribunal superior, para que se obligue al juez a fallar la causa o se le sustituya por otro²⁰⁴.

En la reforma del *Codex* se resuelve expeditamente el trámite de la admisión: «libellus pro admissio habeatur»²⁰⁵. Pero hecho esto a los diez días de la instancia ¿el juicio procederá? El legislador propone en la reforma: «Decretum citationis in iudicium fieri debet intra viginti dies a facta instantia»²⁰⁶. El mal estaría en que aquel que fue moroso y no admitió ni rechazó la demanda *quamprimum*, igualmente sea moroso en citar y en tramitar la causa.

11.3. *Recurso contra la denegación de la admisión.*

Damos por supuesta la posibilidad de enmendar el escrito de demanda²⁰⁷. El juez que rechaza el libelo debe razonar su decreto indicando el vicio del que adolece sea en la forma, sea en la sustancia, sea en la ineficacia de los hechos verdaderos alegados.

La reforma del *Codex* propone expresamente cuándo puede rechazarse el libelo:

- 1.º Si el juez o el tribunal es incompetente;
- 2.º Si consta sin duda que el actor no tiene capacidad procesal;
- 3.º Si la demanda no dice ante qué juez acude o qué pide o a

202. PABLO VI, Alocución a la Rota, 11 enero 1965: AAS 57 (1965) 235.

203. C. 1709.

204. C. 1710.

205. *Communicationes*, XI, n. 1 (1979), c. 142 § 1, p. 87.

206. *Communicationes*, 1. c. c. 143 § 2, p. 88.

207. Cc. 1708; 1709 §§ 1-2; *Provida Mater*, arts. 62; 64.

quién pide, o carece de fecha y del lugar en que habita o reside el actor o su procurador;

4.º Si por el libelo es manifiesto con certeza que ni hay fundamento para la petición ni es posible que del proceso salga fundamento alguno ²⁰⁸.

La importancia de la no admisión del libelo es manifiesta, aunque ella no implique denegación del derecho de acusar el matrimonio. Por esto es razonable que la ley conceda al actor facultad de legítima defensa, en orden a que ni siquiera parezca que su derecho injustamente ha quedado sin la debida tutela.

El canon 1.709, § 3, dispone: «Contra la no admisión del escrito de demanda, la parte tiene siempre derecho a interponer recurso al tribunal superior dentro del plazo útil de diez días, y este tribunal oyendo a la parte y al promotor de la justicia o al defensor del vínculo, resolverá con la mayor celeridad la cuestión de la no admisión» ²⁰⁹.

11.4. *Recurso contra la admisión de la demanda.*

A falta de ley explícita creemos que, por analogía y por principio de igualdad, así como corresponde al actor poder impugnar el decreto de no admisión de la demanda, de igual modo debe corresponder al demandado en justa defensa impugnar el decreto de admisión, si ésta no se ajusta a derecho. Contra la demanda se oponen excepciones; contra el decreto de admisión, recurso.

Esta impugnación es una cuestión prejudicial que debe tramitarse ante el tribunal superior en contradictorio. Los plazos han de ser muy breves ²¹⁰. Se interpone ante el tribunal *a quo*, pero teniendo que proseguir ante el tribunal *ad quod* dentro del plazo útil de diez días ²¹¹.

Se entiende *útil* en su comienzo y en su continuación conforme al canon 35, y es *fatal* a tenor del canon 1.634. Comienza a partir de la notificación del decreto de admisión. Al escrito de recurso debe acompañar copia del decreto apelado, constancia de la fecha de noti-

208. *Communicationes*, I. c., c. 141 § 2, p. 84.

209. En la reforma se propone suprimir las palabras «audita parte, promotore iustitiae aut vinculi defensore». *Communicationes*, I. c., p. 85.

210. Cc. 1840 § 2; 1709 § 3.

211. *Provida Mater*, art. 66 § 1.

ficación y copia del escrito de apelación presentado al juez *a quo*, si así se hizo.

El juez *a quo*, recibida la apelación, transmitirá al superior sin tardanza alguna copia o el original de la demanda y de todo lo actuado. El juez *ad quem*, constituido el tribunal, cita a las partes, establece el dubio, oye a los litigantes, al promotor de la justicia o al defensor del vínculo, si éste interviene, y resuelve con decreto que no es apelable²¹².

12. RESPONSABILIDAD MORAL.

12.1. *En los tribunales de la Iglesia.*

Como requisito previo para admitir las demandas en las causas matrimoniales de los bautizados, es necesario que el tribunal al que se acude cuente con jurisdicción y competencia. Aun cuando se tenga jurisdicción, si falta competencia²¹³, no deja de haber usurpación y pecado grave, si a ciencia y conciencia se admite indebidamente una causa²¹⁴.

De esta responsabilidad no se libran quienes afectan ser competentes sin serlo, o se dicen competentes por título ficticio, proveniente de fraudes, que se disimulan o que pudieron y debieron ser descubiertos.

Esta moral cristiana en ciencia e integridad de costumbres no es menos exigente con abogados y procuradores a quienes se permite actuar en los tribunales de la Iglesia²¹⁵. Sin duda, pecan gravemente y causan grave perjuicio a la Iglesia y a las almas los letrados que falsean hechos y defienden causas injustas, sea por no avenirse a la ley positiva y a la jurisprudencia, sea por ofender a la ley de Dios y a la moral cristiana. El abogado ha de rehusar cuantas causas el cliente no pueda mover sin hacerse reo de pecado, pues de lo contrario se hace cómplice y cooperador del pecado de la persona a quien patrocina²¹⁶.

Santo Tomás con su característica precisión enseña: «Es evidente que el abogado (igual se diga del procurador) presta auxilio

212. C. 1880 n. 7. *Provida Mater*, art. 66 § 1.

213. *Causas matrimoniales*, n. I-IV.

214. S. TH., 2-2, q. 60, a. 6; q. 67, a. 1.

215. C. 1657. *Provida Mater*, art. 48.

216. Sobre cooperación formal y material véanse los teólogos moralistas.

y consejo a la persona cuya causa patrocina; luego si a sabiendas defiende una causa injusta, peca sin duda gravemente y está obligado a restituir a la otra parte el daño que con quebranto de la justicia le ha ocasionado; y si por ignorancia defiende una causa injusta creyendo que es justa, se excusa en la medida en que sea excusable su ignorancia»²¹⁷.

Por consiguiente, es injusto valerse de títulos ficticios de competencia territorial, o de documentos o testigos falsos. En todo esto se peca mucho con grave daño para los cónyuges litigantes, para las familias, para la educación de los hijos, para el bien común tanto de la sociedad civil como de la Iglesia.

12.2. *En los tribunales del Estado.*

12.2.1. *La iniciativa de pedir la separación.*

Las causas matrimoniales de los cónyuges bautizados, incluso las de separación, corresponden por derecho propio a la competencia de la Iglesia²¹⁸. Por tanto, allí en donde la Santa Sede no haya consentido que estas causas las conozcan los tribunales civiles, es natural, lógico y correcto que las partes litigantes, sus procuradores y abogados acudan a la autoridad eclesiástica, la cual dirá cómo ha de procederse.

De no hacerlo así, obran mal y pecan gravemente tanto el cónyuge actor como el procurador y abogado que le aconsejan y dirigen, pues cooperan en el pecado de su patrocinado²¹⁹.

El acudir sin previa autorización del Ordinario, en causas matrimoniales de la competencia de la Iglesia, a tribunales civiles es lesionar los derechos de la misma Iglesia y no sin grave perjuicio para la salud de las almas, para la integridad de la fe, para la protección que dispensa la Iglesia a la familia, para la reconciliación de los esposos, para la educación religiosa de los hijos.

Por estas razones puede ser medida pastoral saludable prohibir la práctica de actos legítimos eclesiásticos a quienes, violando los derechos de la Iglesia, acudan al juez civil para obtener la separación legal. No ignoramos que a la pregunta del Obispo *Southwar-*

217. S. TH., 2-2, q. 71, a. 3.

218. Cc. 1016; 1128-1132; 1699 § 3; 1971 § 1, n. 1; 1903. C. P. Interp., 8 abril 1941: AAS, 33 (1941), 173; Conc. Trid. Ses. 24, c. 5,8 *Schema de process*, c. 356: *Communicationes*, XI n. 2, (1979) p. 272.

219. GASPARRI, *De matrim.*, ed. 1932, vol. II, n. 1238, p. 281.

censis en 19 de diciembre de 1860: «Si es lícito actuar como abogado y actor ante tribunal civil para obtener únicamente la separación», el Santo Oficio respondió: «Puede tolerarse al católico y su abogado que pidan ante el tribunal civil la mera separación, con tal que:

- No haya otro tribunal al que pueda acudir;
- La sentencia del juez civil no tenga otro efecto que la separación;
- A juicio del Obispo haya causas justas de separación.

Una solución semejante a la anterior fue la dada por el Santo Oficio para los franceses en 29 de junio de 1885, según refiere Gasparri²²⁰, quien advierte que la gracia de la tolerancia no se extiende a otras naciones, sino que hay que pedirla y obtenerla, conforme a la regla 74 en el VIº: «Quod alicui gratiose conceditur trahi non debet aliis in exemplum».

Si, obtenida la separación por autoridad eclesiástica, fuera preciso acudir al tribunal civil para contar con efectos civiles, será lícito al cónyuge y su abogado pedir ante el juez civil la separación legal, no la nulidad del matrimonio y menos el divorcio²²¹.

El cónyuge demandado en causa de separación civil, puede acudir lícitamente al juicio y oponerse a la demanda valiéndose de procurador que le represente y abogado que le defienda.

12.2.2. *La iniciativa de pedir la nulidad del matrimonio canónico.*

Nos referimos a quienes por el bautismo son súbditos de la Iglesia y se casaron válidamente, según es de presumir por el acto de la celebración. Su matrimonio es sacramento por la presunción de la validez del contrato; pero acusan la nulidad por título legítimo, no ante la Iglesia, cuya competencia es clara, sino ante el tribunal civil pidiendo la declaración de la nulidad del contrato-sacramento.

La incompetencia del tribunal civil en esta materia sacramental es manifiesta y la usurpación de jurisdicción innegable. Por consiguiente, pecan gravemente el actor y su procurador y abogado por llevar a juicio civil una causa que es de la competencia propia, nativa y exclusiva de la Iglesia²²². No peca el demandado ni quien le

220. GASPARRI, l. c., n. 237, p. 280.

221. GENICOT-SALMANS, *Inst. Theol. Mor.*, ed. 14, vol. II, n. 562.

222. Cc. 1016; 1012; Conc. Trid., ses. 24, c. 3, 4, 12; Pío VI, *Auctorem fidei*, prop. 59; LEÓN XIII, *Arcanum*, 12 febrero 1880; Pío XI, *Casti connubii*, 31 diciembre 1930; *Syllabus*, prop. 74.

represente y aconseje, si llamado a juicio comparece y se opone a la petición del actor, con tal que conste al Obispo la probidad del abogado y éste no falte en sus actuaciones a las exigencias de los principios del derecho natural y eclesiástico ²²³.

¿Es lícito al juez civil conocer estas causas de nulidad de matrimonio celebrado canónicamente? Sin duda, una ley civil, cuyo objeto comprenda esta materia sacramental es inicua y contraria al derecho divino de la Iglesia. Así lo es el Proyecto de ley sobre matrimonio, de 13 de marzo de 1980 en su disposición adicional 7.^a, la cual explica y confirma la disposición adicional 2.^a ²²⁴.

Un juez católico en conciencia no puede fallar a favor de casos contrarios a la ley divina o eclesiástica. Sin embargo, no pocos moralistas juzgan, considerando la poca libertad que las leyes modernas conceden a los *jueces*, que, si hay causas graves y urgentes, como pérdida del cargo u otras semejantes, pueden prestar simple cooperación material decidiendo en el caso concreto que hay lugar para la aplicación de la ley ²²⁵.

De todas formas, el juez evitará cuanto pueda declarar la nulidad, si no consta que tal matrimonio canónico es nulo por derecho natural o por derecho eclesiástico. Esto no quiere decir que cuando sentencie afirmativamente, ya por ello el juez civil haya tenido competencia y la usurpación de poder no vicie la sentencia, según el derecho de la Iglesia ²²⁶.

13. LA INICIATIVA Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE DIVORCIO.

13.1. *El divorcio ¿es intrínsecamente malo?*

Hemos de partir de la base cierta de que la ley de divorcio que concede a los cónyuges válidamente casados el derecho a disolver el vínculo y a volverse a casar es ley inicua, porque el vínculo es indisoluble, porque usurpa facultades que sólo competen al Papa por su potestad vicaria, y porque del divorcio provienen consecuencias funestas de grave perjuicio en especial para los hijos, para las familias y para la sociedad.

223. S. Off., 22 mayo 1860, y 3 abril 1877. Cfr. CAPPELLO, *De matr.* n. 836.

224. B. O. de las Cortes Generales. Congreso de Diputados, 13 marzo 1980, p. 866-867. Igual se debe juzgar de la Ley citada en aquello que dispone sobre causas matrimoniales canónicas en Disposiciones adicionales 1.^a y 3.^a.

225. GENICOT-SALMANS, l. c. n. 562.

226. CAPPELLO, *De matrim.*, n. 839, nota 16.

Pero ¿es intrínsecamente malo? Así lo han defendido algunos autores²²⁷, los cuales apoyan su aserto en que las leyes de divorcio conceden tal libertad a los cónyuges casados que dejan en lo sucesivo de tener entre sí los derechos y deberes de casados, de modo que sus relaciones conyugales serán ilícitas y, si procrean, sus hijos ilegítimos, y si vuelven a casarse con tercera persona, ésta su unión es válida y lícita y sus relaciones matrimoniales lícitas, y sus hijos legítimos, etc.

Todo esto, dicen, habiendo vínculo verdadero del primer matrimonio, es de suyo malo, y por consiguiente, ni al juez le es lícito conceder el divorcio, ni a la parte o a su procurador y abogado pedirlo. No cabe libertad de partes allí en donde haya vínculo indisoluble.

Sin embargo, otros teólogos y canonistas niegan esa malicia intrínseca del divorcio civil, y admiten en la práctica la posibilidad de pedirlo y concederlo lícitamente en circunstancias especiales en las que haya motivo muy grave para ello²²⁸. Fundan su opinión en que de suyo la petición de divorcio civil y su concesión no afecta al vínculo sacro del matrimonio válido, sino sólo al vínculo civil y a los efectos civiles que de él provienen. Reconocen que es cierto que privar al matrimonio canónico de efectos meramente civiles ya es contrario al derecho divino; pero que también es verdad que no deben confundirse la intención que da una ley inicua en sí y gravemente perjudicial en sus efectos, y la intención de quien se vale de la ley o la aplica prestando una cooperación no directa ni inmediata, sino indirecta y mediata por motivos proporcionadamente graves de bien mayor en casos concretos²²⁹.

El motivo que legitime esta cooperación puede ser o ausencia de efectos malos en el caso y un bien muy importante privado, o un bien público que interesa mantener, o un mal mayor que sea preciso evitar, por ejemplo, el que no cesen en su oficio todos los jueces probos o católicos, si se les pone en el aprieto de hacer incompatible el ejercicio de su profesión con la vigencia de la ley del divorcio.

Esta razón excusante de bien público para los jueces, la cual

227. BUCCERONI, *Instit. Theol. Mor.* ed. 6.º vol. II n. 983; ROSSET, *De sacram. matrim.*, n. 4085-4094.

228. LEHMKUHL, *Theol. Mor.*, ed. II, vol. 2, n. 921 nota; DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio*, ed. 3.ª n. 394; GENICOT-SALMANS, l. c. n. 561; CAPELLO, *De matrim.*, n. 837.

229. Véanse las diversas opiniones en P. M. ABELLÁN, *De sententia fundata in lege iniusta*, en «Periodica», 39 (1950) p. 17-33.

compense el daño contra el bien común que causa la ley del divorcio, es más difícil que se verifique en la parte actora que pide el divorcio y en el procurador y abogado que voluntariamente y por lucro asume la representación y defensa de quien intenta divorciarse, sin autorización del Ordinario y con la intención de verse libre del vínculo sagrado con el consiguiente escándalo para los fieles²³⁰.

El canonista dominico P. Bender admite que la sentencia de divorcio no es intrínsecamente mala; pero que a él no acaban de convencerle los argumentos que se aducen para probarlo: ni el de las formalidades civiles, ni el de la cooperación en el pecado de otro. Aduce él esta otra razón que funda en la naturaleza del acto del juez, el cual es instrumento de la ley, pero instrumento dotado de razón y de voluntad, de modo que puede aplicar la ley o totalmente o sólo en parte distinguiendo entre efectos a los que tiende la ley y efectos a los que, según la intención del juez, se extiende la sentencia, porque si bien la intención no restringe los efectos reales de la misma ley; si hace que el acto del juez no sea contrario a la ley divina o eclesiástica²³¹.

Nosotros no sabemos si esta distinción sutil será aceptada como objetiva y buena por los procesalistas, para quienes la sentencia no es otra cosa que la resolución del juez que acogiendo o rechazando la demanda del actor afirma la existencia o inexistencia de una *voluntad concreta de la ley* que garantiza un bien²³². A nuestro juicio, la clave para la solución de casos concretos ha de buscarse en la doctrina de la cooperación, del voluntario indirecto y del principio del doble efecto, tal como lo exponen los moralistas.

13.2. Normas fundamentales sobre sentencias para jueces.

Sea lo que fuere acerca de la razón por la cual no es intrínsecamente mala la *sentencia* de divorcio, interesa tener en cuenta las normas prácticas que regulen la aplicación a casos concretos. Las proclama Pío XII «para iluminar la conciencia de los juristas católicos»²³³.

230. B. H. MERKELBACH, *Summa Theol. Mor.* ed. 8.^a, vol. III, n. 977.

231. VLAMING-BENDER, *Praelectiones Jur. Matrim.*, ed. 4, p. 557-560.

232. G. CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid 1954, vol. I, p. 184.

233. Pío XII, Al I Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos de Italia, 6 noviembre 1949: AAS 41 (1949) 597.

«1.^a Para toda sentencia vale el principio de que el juez no puede, pura y simplemente, apartar de sí la responsabilidad de su decisión para hacerla recaer toda sobre su ley y sus autores. Ciertamente son éstos los principales responsables de los efectos de la misma ley. Pero el juez, que con su sentencia la aplica a cada caso particular, es concausa y, por lo tanto, corresponsable de sus efectos.

2.^a El juez no puede nunca en su decisión obligar a nadie a un acto intrínsecamente inmoral, es decir, contrario por su naturaleza a las leyes de Dios y de la Iglesia.

3.^a El juez no puede en ningún caso reconocer y aprobar expresamente la ley injusta...

4.^a No toda aplicación de una ley injusta equivale a su reconocimiento o su aprobación. En este caso el juez puede —y a veces acaso debe— dejar seguir su curso a la ley injusta siempre que sea el único medio de impedir un mal mucho mayor...

5.^a En particular, el juez católico no podrá pronunciar, sino por motivo de gran importancia, una sentencia de divorcio civil (donde éste rige) para un matrimonio válido ante Dios y la Iglesia. El no debe olvidar que tal sentencia prácticamente no viene a anular sólo los efectos civiles, sino en realidad conduce a hacer considerar erróneamente el vínculo actual como roto, y el nuevo como válido y obligatorio».

13.3. *Criterios para cónyuges, procuradores y abogados.*

13.3.1. *Sobre eficacia del divorcio en cuanto al valor del matrimonio.*

El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio sacramento, ni el del matrimonio válido entre bautizado y no bautizado, ni el del matrimonio legítimo entre no bautizados.

Si recae la sentencia sobre casados inválidamente o en casos de haber sido legítimamente disuelto, los así divorciados recuperan la libertad de estado civil con sus consiguientes efectos.

Si la sentencia de divorcio se pronuncia respecto al matrimonio de católicos casados sólo civilmente, tiene eficacia y disuelve el contrato civil y los efectos civiles que de él provenían.

13.3.2. *Sobre la licitud de la demanda y de la contestación.*

1.º Perteneciendo por derecho propio las causas matrimoniales a la Iglesia, no es lícito a sus súbditos acudir a los tribunales civiles

en petición de separación, nulidad o divorcio, sin antes contar con la correspondiente resolución eclesiástica, o la autorización del Ordinario.

2.º A los cónyuges no les es lícito pedir el divorcio, si la finalidad legítima que intentan puede obtenerse con demanda de separación o con acción de nulidad de matrimonio.

3.º No es lícito pedir el divorcio intentando disolver el vínculo y pasar a otras nupcias, pues se pide algo contrario al derecho divino.

4.º A los obligados a la forma sustancial canónica del matrimonio que sólo se casaron por lo civil, se les aconseja pastoralmente que legitimen por la Iglesia su situación conyugal, y si esto no fuera posible o no procediera en el caso, salvo el cumplimiento de sus deberes naturales, les es lícito pedir el divorcio en orden a obtener la libertad de estado y los correspondientes efectos civiles.

5.º Igualmente es lícito pedir el divorcio a quienes teniendo legítimamente disuelto su matrimonio por el Papa, o habiendo sido declarado nulo por la competente autoridad eclesiástica, no tienen otro medio en la sociedad civil para estar libres y volver a casarse, si les place, que obtener sentencia de divorcio civil, con tal que siempre se procure evitar el escándalo²³⁴.

6.º Al cónyuge que pidiendo el divorcio no intente ni disolver el vínculo ni pasar a otras nupcias, sino únicamente dejar sin efectos civiles a su matrimonio para librarse así de un mal grave que no puede evitar de otro modo, verbigracia, la educación impía de la prole, el impedir que hijos adulterinos entren como legítimos en la familia, etc., le es lícito solicitarlo, particularmente si procede contra el otro reconviniendo²³⁵.

7.º En los juicios de divorcio la parte demandada puede moralmente o mantenerse en actitud pasiva u oponerse a la petición del actor, si hay entre ellos vínculo verdadero, con tal que no falte a las exigencias de los principios del derecho natural y eclesiástico²³⁶.

8.º A los procuradores y abogados les es lícito intervenir en cuantos casos presten sus servicios a litigantes que lícitamente pue-

234. S. Off., 9 septiembre 1823.

235. S. Penitenciaría, 30 julio 1892, en CAPPELLO, I. c., n. 835, 4.º.

236. S. Off., 20 mayo 1860; 13 abril 1877; 24 junio 1885.

den tener la iniciativa en el proceso o contestar a la demanda dentro de los límites de la moral cristiana²³⁷. Los procuradores y abogados católicos, conscientes de la dignidad de su profesión y de las obligaciones morales suyas y de sus clientes, aconsejarán y dirigirán a éstos de modo que en las causas matrimoniales se respete la competencia de la Iglesia, se observen sus leyes y no se valgan de los tribunales civiles en contra de la indisolubilidad del matrimonio.

9.º No por el hecho de que uno de los cónyuges, católico o acatólico, crea de buena fe que es lícito pedir el divorcio y que obra legalmente, puede ya el procurador o el abogado representar o defender al cliente, pues se trata de una causa objetivamente inicua, y el defenderla no deja de ser un acto de suyo gravemente ilícito. Y no se cohonestan ni por el perjuicio económico que se siga, ni por perder al cliente. Para que en casos concretos pudiera ser lícita su intervención, tendría que haber causa muy grave de bien público, por ejemplo, el verse obligado por el juez a la representación o defensa de su litigante so pena de quedar excluido del censo de abogados en activo.

10.º De ningún modo son válidos para excusar de pecado a procuradores y abogados algunos motivos de interés privado que a veces se aducen para introducir causas de divorcio civil, por ejemplo, ésta es mi profesión; obro legalmente con arreglo a la ley civil; si yo rehúso la causa otro la toma, etc. La ineficacia de tales motivos es clara, porque la profesión ha de ejercerse dentro de los límites de lo lícito y moral. No siempre lo legal en el orden civil se ajusta a la ley moral que obliga a todos. El rehusar una causa de divorcio, aunque otro la tome, no es un acto estéril socialmente, sino más bien fructuoso, porque nunca deja de ser un ejemplo edificante y una incitación a proceder rectamente.

11.º No siempre son suficientes ni están debidamente fundadas las razones de bien público o de interés privado que aducen las partes para pedir lícitamente el divorcio y los procuradores y abogados para prestar su cooperación profesional; por lo cual antes de acudir a los tribunales civiles se debe solicitar del Ordinario su autorizado juicio sobre la gravedad de la causa excusante en el caso, si es que se quiere introducir la demanda de divorcio con garantía de licitud y con seguridad de conciencia recta²³⁸.

237. S. Off., 22 mayo 1860, en CAPPELLO, I. c., n. 836, 1.º.

238. MERKELBACH, I. c., III, n. 977; VLAMING-BENDER, I. c., p. 562.