

En torno al mutuo acuerdo de las partes para apelar a la Rota Romana

Juan Goti Ordeñana

I. EN TORNO AL MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES PARA APELAR A LA ROTA ROMANA

El tema del conocimiento de las nulidades matrimoniales siempre es de actualidad, especialmente en estos momentos de gran evolución social en España, que ha llevado consigo el recargar de trabajo a nuestros Tribunales. Por ello tratar un punto problemático de competencias resulta interesante, y para ello nos da pie un Decreto coram Serrano, decidiendo sobre la competencia de la Rota Romana en un tema que hasta estos momentos estaba comprendido en el Concordato con el Estado español, y que aunque las relaciones de la Santa Sede y España han sufrido alguna variación con los nuevos acuerdos parciales del 3 de enero de 1979, sin embargo, permanecen íntegras las jurisdicciones eclesíasticas, y la problemática de competencias entre la Rota Romana y Española tienen plena actualidad, aún más, en este momento, pueden aparecer con mayor claridad como problema de competencia entre ambas Rotas, sin un fondo concordatario.

No han sido muchos los casos problemáticos en su apelación a la Rota Romana, después de haberse visto en primera instancia ante un Tribunal diocesano español. El ponente, normalmente en estos supuestos, advirtiendo la necesidad del mutuo acuerdo, suele señalarlo expresamente¹, pero en el caso del decreto, que examinamos, se presenta una apelación en la que falta el consentimiento de uno de los cónyuges, por causa de la contumacia de la parte demandada, lo que lleva al Auditor a realizar una hábil argumentación, para declarar la competencia del Tribunal de la Rota Romana.

El tema estimo que es interesante, sobre todo, desde un punto de vista procesal, aunque tiene también algunas implicaciones en materia de relaciones Iglesia-Estado, como se apunta en el mismo decreto, al intentar definir la competencia de la Rota Romana, en los supuestos de apelaciones, que en primera instancia se han visto en un Tribunal eclesíastico español. El caso, como puede verse en la exposición de hechos, fue muy atormentado y anduvo de un lugar a otro, sin que se

1. Coram FILIPIAK, 1 de febrero de 1964, Vol. 56, D. 17, n. 1, p. 83; Coram CANALS, 27 de marzo de 1964, Vol. 56, D. 78, n. 1, p. 433.

llegara a resolver por dos cuestiones fundamentales: por la duda que planteaba sobre la competencia del Tribunal de la Rota Romana; y por las implicaciones políticas que podía tener, pues comprendía una interpretación del Concordato entre la Iglesia y el Estado Español.

Este decreto, supone una innovación en la forma como se ha venido interpretando el artículo 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, por lo que estimamos que debemos hacer una profunda reflexión sobre la argumentación que hace, pues en realidad su postura crea doctrina jurisprudencial para apelar directamente a la Rota Romana a todo aquel que, estando la parte demandada en contumacia, prefiera que su causa se vea en apelación ante este Tribunal; a lo que hay que añadir, que una vez declarada la competencia por el Tribunal, la sentencia será válida, aunque resulte que en el caso se diera una incompetencia relativa².

En los preliminares se señala, cómo la causa fue admitida en la Rota Romana, sin que el Decano pusiera ninguna tacha conforme a las normas de este Tribunal³, por las que el Decano tiene facultades especiales para rechazar por Decreto, con exposición de motivos y oídos dos de los Auditores más antiguos, aquellos libelos o apelaciones en los que sin ninguna duda le consta de la incompetencia de este Tribunal⁴. Aún más, el Defensor del Vínculo, no puso ninguna objeción, sino que dio su voto previo de que se podía proceder adelante, sin embargo, el ponente propuesto, después de un prolongado examen, que causó una queja del apelante, remitió al Decano el expediente aconsejando que por prudencia no se dignara proveer por motivo de las implicaciones políticas, que podría traer, pero sin que

entrara en el examen de la competencia. Y, aún recibida la información del consejo de Negocios Públicos de la Iglesia el ponente, que en un principio dirigía la causa, estudiadas las actas mandó remitir los autos al Tribunal competente. El patrono del actor, no se somete a esta decisión y apela indebidamente a la Signatura Apostólica, pues no actúa conforme a las normas del Tribunal de la Rota Romana, que de los Decretos y rescriptos del Juez instructor da recurso al Turno, por el que se juzga la causa⁵; ni conforme a la normativa general, pues la Rota Romana es Tribunal Supremo y no cabe apelación a la Signatura Apostólica contra sus resoluciones. Por lo que, habiendo decidido la Signatura Apostólica sobre su competencia, responde que se debe apelar conforme a Derecho. Estando las cosas en esta situación, el Decano de la Rota Romana cambia de ponente en este Turno⁶, quien examina la competencia del Tribunal y resuelve afirmativamente en base a los argumentos que vamos a pasar a examinar.

Lo primero que se presenta en el estudio de este caso es el problema de la legitimidad del actor a apelar a la Rota Romana, conforme al canon 1599 § 1, 1.º, una vez vista la causa ante el Tribunal diocesano de primera instancia español, ya que se encuentra con una ley particular, el Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, que en el artículo 39 establece: «Podrán siempre las partes, cuando mediare acuerdo mutuo para ello, llevar directamente a la Sagrada Rota Romana mediante apelación legítima, las causas que hayan sido juzgadas en primera instancia por los Tribunales de cualquier Ordinario». Conforme a esta norma reconocida en el Concordato de 1953, art. XXV, que confirma la existencia de la Rota

2. Canon 1609 § 1.

3. Art. 60, *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis* AAS 26 (1934) 466.

4. Coram JULLIEN, Decreto 19 octubre de 1953. Ci-

tado por Del Amo, En la *Defensa del Vínculo* (Madrid, 1954) p. 466, nota 15.

5. Art. 96. N.S.R.R.Tr. ASS 26 (1934) 474.

6. Art. 16. N.S.R.R.Tr. AAS 37 (1934) 455.

de la Nunciatura en España y la competencia de este Tribunal, las apelaciones de los Tribunales de las Diócesis españolas seguirán su camino hacia la Rota Española, en lugar de hacia la Rota Romana, exceptuadas aquellas que de mutuo acuerdo las partes apelen a este Tribunal. Sin embargo, en el decreto que comentamos se hace una interpretación propia, que abre un nuevo cauce para apelar directamente a la Rota Romana apoyándose en dos puntos básicos: una la contumacia del demandado, que es causa de la imposibilidad del mutuo acuerdo; y otra en la naturaleza privilegiada de la norma establecida en el Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio.

II. EL PROBLEMA DE LA CONTUMACIA

Son frecuentes las causas matrimoniales que se llevan estando una de las partes en contumacia y, aunque va contra el principio de que han de ser oídas ambas partes, a ello obliga el hecho de que si se impidiera la marcha normal del proceso, por falta voluntaria de una de las partes, quedaría sin hacerse justicia a unas legítimas pretensiones. Por ello ya desde el Derecho romano se impusieron penas o cargas a quien no quisiera presentarse en juicio. En el proceso canónico la ausencia no ofrece gran dificultad, puesto que hay sobre ello una amplia legislación y jurisprudencia, que ha solucionado estas situaciones mediante la declaración de contumacia y siguiendo la causa por los cauces normales del proceso, sin que desde ese momento el contumaz sea parte activa en el juicio, hasta que no purgue su situación en rebeldía. Únicamente se requiere, y sobre ello toma el Derecho canónico mucho cuidado, de que el Juez tenga una fuerte presunción de la firme voluntad del contumaz de no presentarse en juicio. En este caso la causa no encuentra ninguna traba para llegar hasta el final y con todas las apelaciones

requeridas en la causa, aún en aquellas que nunca pasan a cosa juzgada.

En el caso que se resuelve en el Decreto, en realidad no se estudia un caso en el que el actor tenga dificultades para apelar, sino en el que quiere evitar la apelación a la Rota Española, vía normal, y prefiere llevarlo directamente a la Rota Romana, apoyando su argumentación en el canon 1599 § 1, 1.º, según el cual pueden ser juzgadas por la Rota Romana «en segunda instancia las causas juzgadas en primera por los Tribunales de cualesquiera Ordinario y llevados a la Santa Sede en legítima apelación».

Ello hace que en este caso se plantee un problema de competencia entre ambas rotas, pues el art. 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, sólo concede apelación a la Rota Romana «cuando mediere acuerdo mutuo de las partes», y como se trata de un supuesto en el que esto es imposible porque la parte demandada se encuentra en contumacia, se pretende interpretar la norma, como si ello supusiera una renuncia del derecho del demandado a oponerse a que la causa vaya a la Rota Romana, y se llega a sostener que como con la contumacia se ha renunciado al derecho de defensa, el actor podría usar del derecho de apelación directa al Tribunal de la Santa Sede.

Esto nos lleva a hacer una discusión sobre la contumacia, para lo que debemos examinar qué es la contumacia en el Derecho canónico, y qué consecuencias reporta en orden a privar de sus derechos a quien se le declara contumaz en el proceso canónico.

A) *La contumacia*

a) *Concepto.*

Los juicios en contumacia representan una modalidad que se puede dar en todo tipo de causas, sobre todo en las penales y declarativas, siempre que el demandado citado de forma legal, no com-

parezca dentro del término de emplazamiento para contestar u oponerse a la demanda.

Tiene por fundamento la necesidad de que no se paralicen las actuaciones judiciales a causa de la incomparecencia de una parte, y produce el efecto de contrarrestar el principio de que nadie puede ser condenado ni vencido en juicio sin ser oído, ya que con la declaración de contumacia se limita el derecho de defensa del ausente, y se remite al principio de justicia, que rige las actuaciones del Tribunal, quedando obligado el contumaz a respetar, como cierto, los hechos alegados y probados por el demandante, que integran la relación jurídica procesal, sancionada por la sentencia, como único medio para que no sufran menoscabo los derechos del actor.

Los canonistas entienden la contumacia, ya en un sentido amplio, como nos lo define Lega-Batocchetti: «toda desobediencia al juez eclesiástico cometida en juicio cuando manda legítimamente»⁷; ya en un sentido estricto, como lo entiende el Codex, no comprendiendo cualquier desobediencia, sino la incomparecencia de las partes citadas en el juicio, sin que haya justa causa que lo excuse⁸.

Para conocer su naturaleza en el momento actual, nos ayudará mucho el adelantar unas notas históricas, pues en esta figura el Derecho canónico es tributario en sus líneas generales del Derecho romano, modificado luego por la naturaleza singular del Derecho eclesial, que ha elaborado una concepción propia de esta institución. Por lo que conforme el canon 6 del C.I.C. se debe interpretar esta materia, teniendo en cuenta la doctrina anterior y de aquí que en estos momentos nos veamos obligados a dar una breve reseña de la evolución histórica que ha sufrido la institución.

b) *Evolución histórica.*

1) *En el Derecho romano.* El juicio contumacial nace en una época avanzada y se crea para la defensa de los derechos del ausente o para que el juicio no sea tan severo con él. En la larga evolución que ha sufrido la institución, se ha ido pasando gradualmente de una condena por la sola ausencia a conceder únicamente aquello que en justicia corresponde a quien pretende algo en juicio.

En el tiempo de las *legis actiones* o del *ius quiritium*, el proceso está dominado por la norma decenviral, que condena automáticamente al ausente⁹. La contumacia en el Juicio adquiere diversa fuerza según se dé la ausencia en un momento o en otro. Para que se iniciase el proceso era necesario la presencia de ambas partes, por lo que la no asistencia a la primera llamada, no podía tener consecuencia procesal alguna, pero por otra parte tal ausencia no se podía ni imaginar por el carácter estrictamente personal de la *in ius vocatio*.

Después de la primera audiencia, si en el proceso *in iure*, se preveía que no se iba a poder llevar adelante la causa por la ausencia del demandado, se le hacía prestar la *vadimonium* por el que se evitaba que el demandado no acudiera a las sucesivas audiencias, pues si no se presentaba se daba el *vadimonium desertum* y se perdía la lite.

Una vez en la fase *in iudicio*, era necesario la presencia de ambas partes tanto en la *causa coniectio*, como en la *peroratio*, la ausencia de una de las partes hacía imposible el desenvolvimiento del proceso *in iudicio*, y el dar la sentencia por parte del juez. Entonces la causa volvía al pretor, que en base a su *imperium* y conforme a una disposición positiva de las XII Tablas, concluía con la *addictio* de la lite a favor de la parte presente¹⁰.

7. LEGA-BARTOCCHETTI. *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, II (Roma, 1950) p. 862.

8. C. 1842.

9. L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, (Roma, 1971, p. 215.

10. *Ibidem*, p. 36.

En el período formulario, que es un tiempo intermedio de la evolución, pero muy interesante para examinar la orientación que toman las instituciones, el concepto de ausente en el proceso se va cambiando con la pérdida del carácter personal de la *in ius vocatio*, al mismo tiempo que se afirma la profunda diferencia entre acciones reales y personales.

En cuanto a las acciones reales, como no existe obligación a la defensa, se sanciona con la *traslatio possessionis*, con lo que se invertía la posición de las partes en la causa, sistema que dura hasta el Bajo Imperio. En las acciones personales es donde propiamente se dan los antecedentes del juicio en contumacia. Abandonado el carácter personal de la *in ius vocatio* se da la posibilidad de la ausencia de las partes, y por ello surge la obligación de la *defensio* y el reglamento de la *indefensio*, que es obra del pretor, que da el edicto de ausencia o de ocultamiento. Se trata de institutos similares en cuanto a sus elementos objetivos pues mientras en el ausente no se detecta *animus* delictivo, en relación a la lesión de los intereses del adversario, en el ocultamiento, se incluye este *animus* delictivo. El estudio del elemento subjetivo, que va marcándose cada vez más a medida que pasa el tiempo, es para Aru, a quien seguimos en este resumen, el origen del procedimiento contumacial¹¹.

En el campo del procedimiento *in iudicio*, en todo este tiempo domina aún la regla de la condena automática del ausente, aplicado por el juez y no por el magistrado, decayendo la norma de que en la *peroratio* habían de estar presentes ambas partes.

La nueva forma de proceso, la *cognitio extra ordinem*, tiene un claro matiz administrativo y ha convivido por algún tiempo con el procedimiento

formulario, pero ha cambiado profundamente la parte del juicio que se desarrolla ante el pretor, ya en cuanto a las medidas de llamada al juicio y del reglamento de ausencia y ocultamiento, ya en cuanto al principio del conocimiento de la causa. En este tiempo surge el que el magistrado para asegurar la presencia de las partes y que no falte ninguno de ellos, salvo legítima excusa, considera la ausencia como una resistencia a los poderes públicos, dando lugar a un verdadero procedimiento de contumacia, que modificado muchas veces durante el Bajo Imperio llega hasta Justiniano¹².

El proceso en contumacia, como examen unilateral de la causa, se configura solamente en este período, cuando decae la importancia de la litis contestación, y el conocimiento de la causa es llevado todo él por un órgano del Estado. Permanece la *traslatio possessionis* en las acciones reales, pero en las personales se hace una diferencia entre la contumacia del actor y del demandado. En el caso del primero está aun en vigor, hasta Valentiniano III, el principio de que el actor contumaz pierde la causa, en cuanto al segundo, sólo si el actor consigue probar la legitimidad de su derecho¹³.

En el Derecho Justiniano se devuelve su importancia a la litis contestación, pero le da un nuevo significado, esto es, lo considera como «la formulación y definición por parte de los contendientes de los términos de la controversia sobre la que debe pronunciarse el magistrado»¹⁴. Por lo que en este tiempo el juicio está dividido también en dos períodos *ante litis contestationem* y *post litis contestationem*.

Justiniano concluye la fusión del derecho pretorio y el vigente de la *cognitio extra ordinem*. En caso de contumacia ante *litis contestationem* se

11. Ib. pp. 216-219.

12. L. CHAVERT, La Contumace en Droit Romain, En D.D.C., IV, Col. 506-507.

13. L. ARU, l.c. pp. 219-220.

14. E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (Roma, 1918) pp. 159-160.

distingue entre acciones reales en las que se concede la *traslatio possessionis*, pero que era posible revocarlo si el demandado antes del año prestaba suficiente caución, y acciones personales, en las que se daba también posesión de bienes muebles y en su falta de inmuebles para asegurar el cumplimiento de las obligaciones. En el caso de contumacia después de la litis contestación, en el nuevo proceso contumacial, como aparece en la Nov. Val. III, 35, que se modifica sólo en parte en la *lex Properandum*, se da igual tratamiento a las acciones reales y personales, y si es del demandado, se añade una relevante innovación, la posibilidad de que éste pueda resultar vencedor en la causa. Por lo que en el proceso contumacial justinianeo, que es el último momento de la evolución del juicio romano, puede definirse como: «un procedimiento con examen unilateral de la causa y con posibilidad de que el demandado contumaz pueda resultar vencedor en ella»¹⁵.

De todo ello podemos concluir que el juicio contumacial ha surgido en el proceso romano para la defensa de los derechos del contumaz y para que no sean conculcados los principios de justicia. Principios que pasan al Derecho canónico y que los desarrollará poniéndolos con mayor relieve. Entre estos debemos citar: la distinción entre contumacia simple y cualificada; la condena de la mala voluntad, cuando se presume con certeza, de quien no se presenta a la llamada del Juez; y se tiende a que preponderen los principios de justicia frente a las exigencias de la parte más diligente.

2) *Derecho canónico antiguo*. Expuesto la evolución del juicio contumacial romano, porque marca una serie de instituciones, que han pasado

íntegramente al Derecho canónico antiguo y que con importantes innovaciones han llegado hasta nuestros días, vamos a exponer, como continuación de la evolución histórica, la doctrina canónica antigua tanto del Decreto y las Decretales, como la interpretación que ha hecho la doctrina.

En el Decreto de Graciano se recogen textos de tiempos anteriores referentes a la contumacia. Se trata de una época en la que no se había creado en la Iglesia un procedimiento propiamente dicho para la resolución de derechos litigiosos, pero en el que se da un procedimiento para condenar los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los miembros de la Iglesia, por ello todas las normas que se dan tienen un marcado carácter penal. Por este carácter que se advierte en sus textos, se sirve de la idea del Derecho romano, cuando considera la contumacia como una resistencia a la autoridad pública y una obstaculización al ejercicio de la justicia; «si adesse neglexerit dilacionem sententiae de absentia non lucretur»¹⁶, y aún la no presencia por mala voluntad será interpretada como confesión del delito: «nihil interest utrum in praesenti examine non omnium quae dicta sint comprobentur, cum ipsa quoque pro confessione procurata toties absentia»¹⁷.

En conclusión podemos resumir la doctrina del Decreto con Torquebiau¹⁸, diciendo que se indican tres formas de contumacia: rehusar a comparecer¹⁹, a ejecutar lo prescrito por el Juez²⁰, el abandono de la instancia²¹, y en una forma menos propia se suele decir también rehusar obedecer a las prescripciones del Juez²². La contumacia es considerada como un delito por el que se pueden imponer sanciones muy duras. La pena aparece

15. L. ARU, l.c. pp. 219-220.

16. *Decreto*, C. 16, q. 9, c. 10.

17. *Ibidem*.

18. P. TORQUEBIAU, *Contumacia*, D.D.C. Vol. IV. Col. 507-510.

19. *Decreto*. C. 3, q. 9, c. 10; C. 24, q. 3, c. 21; C. 11, q. 3, c. 43; y *Dist.* 74, c. 8.

20. *Ib.* *Dist.* 74, c. 8.

21. *Ib.* C. 11, q. 3, c. 43.

22. *Ib.* C. 2, q. 6, c. 19; y C. 11, q. 3, c. 43.

como una presión para vencer la resistencia del reo²³, y como un castigo por una desobediencia²⁴. Pero la ausencia del reo, no entraña un obstáculo a la marcha del procedimiento, al menos en materia penal, el cual no se para si el reo ha sido suficientemente citado con tres citaciones o una perentoria o por edicto solemne²⁵.

En el Derecho decretal se hace referencia al procedimiento canónico en general y se establecen las normas de proceder en las causas contenciosas, cuando alguna de las partes citadas no se presenta en el tiempo y en el lugar señalados por el juez. Habiendo recogido el Derecho canónico los principios rectores del Derecho romano de la última época en esta materia, la ausencia de una parte en el juicio se encuentra reducido, si se trata del actor a la pérdida de la instancia y a la condena en costas; si del demandado el poder seguirse la causa con la presencia sólo del actor, y con la posibilidad de no ser condenado si la parte presente no prueba su mejor derecho.

En todo este tiempo la contumacia tiene un marcado carácter penal, por tratarse de una desobediencia o desprecio del Juez, que legítimamente le cita. Su calificación de delito, lleva a estudiar ampliamente si se trata de una ausencia justificada o injustificada. Como en muchos supuestos no se puede llegar a conocer directamente la voluntad del rebelde, se crea una presunción sobre su voluntad, lo que se consigue mediante la certeza de que ha sido citado, que conoce la citación, y que no ha querido acudir. Para llegar a esta seguridad, se manda que se hagan varias citaciones²⁶, que la doctrina ha señalado que se deben hacer tres con algún espacio de tiempo entre ellas,

aunque no se determina el lapso de tiempo que debe mediar, o sustituirse todas ellas por una citación muy cualificada con la determinación de que es perentoria o por edicto, y si no se ha comparecido por justa causa se da la oportunidad de presentarse en el tiempo más breve que le sea posible²⁷. Si se constata el hecho de la ausencia, el Juez debe resolver el incidente, que con ello se ha producido, mediante decreto. Este carácter de incidente viene claramente marcado, ya que el Juez debe proceder a petición de parte y de oficio en caso de bien público²⁸.

La ausencia de la parte en el juicio puede adoptar diversas formas, que tanto las decretales como la doctrina han tratado de determinar, así se enumera la contumacia en no venir al juicio, en no comparecer²⁹, en esconderse intencionadamente para no recibir la citación y utilizar maniobras fraudulentas para impedir que la citación llegue a su destino³⁰, en no responder, en responder oscuramente, marcharse del juicio sin licencia, etc.³¹.

La contumacia como consiste en una ausencia injustificada y conlleva una carga de delito, la doctrina se ha esforzado siempre en descubrir si es intencionada o no, lo que ha llevado a clasificar varios tipos. Los glosadores llamaban contumacia notoria aquella que habiendo recibido la citación el demandado declaraba terminantemente que no se presentaría ante el Juez; verdadera, la que consta que ha sido hecha la citación pero no ha respondido de ninguna forma a la llamada; presunta es la de aquel que no comparece, pero no se tienen noticia cierta si ha recibido o no la citación o si por causa justificada no contesta; y la ficticia o interpretativa aquella que intencionalmente se im-

23. Ib. C. 24, q. 3, c. 21; y C. 2, q. 6, c. 19.

24. Ib. C. 11, q. 3, c. 43; C. 24, q. 3, c. 6, y Dist. 74, c. 9.

25. Ib. c. 24, q. 3, c. 6.

26. X, 2, 6, 5.

27. REINFESTUEL, *Ius canonicum Universum*, 1. 2, t. 14, n. 107.

28. Ib. n. 59.

29. X, 2, 14, cc. 1, 2, 3, 6, 7, 8.

30. X, 2, 6, 5.

31. REINFESTUEL, l.c., n. 45.

pide que la citación llegue a su destino³². La doctrina posterior mirando el aspecto práctico suele gustar más de dividir en dos formas: verdadera o voluntaria la que sin justa causa una vez conocida la citación no acude a la llamada del Juez; y fingida o presuntiva la que se hace por el derecho y que se deduce de la no presencia de hecho de la parte y de la realización de los actos procesales, al menos hasta que no se justifique. Esta segunda tiene gran importancia, pues si se presenta más tarde y prueba que se ha dado causa justificada no se le ha de tener por contumaz³³.

En toda esta materia ocupa el primer plano el principio de la *equitas canónica*, como nos recuerda una sentencia coram Lega: «quomodo autem haec praxis, aequitati canonicae innixa, invaluerit in Curia Romana, patet ex auctoritate Card. De Luca»³⁴. Principio que rige todo el proceso canónico, pero, sobre todo, en el juicio contumacial, que exige que se proceda con rígidas normas, que lleven a presumir con una certeza moral la voluntad contumaz de quien no se presenta en juicio, teniendo en cuenta que se ha hecho la citación, que no ha querido obedecer al juez y que con su actitud, al menos implícitamente, desprecia la autoridad judicial.

En el supuesto de la contumacia del demandado antes de la litis contestación, tratándose de una acción real, el juez puede decretar la posesión a favor del actor diligente³⁵. En las acciones personales puede darse la posesión de bienes muebles y si estas faltaren de bienes inmuebles por el valor de lo sometido a litigio, pero con ello no se da una verdadera posesión sino que se entre-

gan *rei servandae causa o custodiae causa*³⁶. El actor a quien se le confiere la posesión no adquiere el dominio sobre ellos, por lo que no tiene derecho a percibir los frutos o el derecho a prescripción hasta que pase el año³⁷. Si el demandado se presentare antes del año y diere suficiente caución y satisfacción de las expensas hechas, recupera la posesión³⁸, y si se negare a dar caución dentro del año, el actor pasa a tener una verdadera posesión aunque la otra parte mantiene legítimo derecho a defender la propiedad. Por lo que la primera posesión que también suele llamarse por primer decreto, era como dar la cosa en prenda y por tanto sin propiedad, ni frutos. Pero la posesión dada después del año por el segundo decreto, era una posesión a modo de dominio, aunque al demandado le quedaba la posibilidad de reclamar en legítimo juicio la propiedad³⁹. Si la contumacia del reo era después de la litis contestación, y al juez le constaba suficientemente sobre el mérito de la causa, podía terminar la causa mediante sentencia; si la cuestión no estaba suficientemente clara podía dar la posesión al actor teniendo, sin embargo, el demandado capacidad para litigar sobre la propiedad⁴⁰. Si la naturaleza de la cosa impedía dar la posesión al actor el Juez podía disponer de otros caminos para tratar de deponer la voluntad contumaz del demandado, bien recurriendo al secuestro del objeto⁴¹, bien, en algunos supuestos, decretando penas canónicas⁴². Las cuales se pueden considerar «tanto penas *ferendae sententiae* como *latae sententiae*, pero para cuya ejecución ha de preceder una declaración»⁴³.

32. TORQUEBAU, D.D.C. col. 514-5.

33. DURANDO, *Speculum Iuris*, Pars II De contumacia, citado por TORQUEBAU, En D.D.C. col. 515.

34. Coram LEGA, 31 de mayo de 1912, Vol. 4, D. 23, n. 16, p. 284.

35. X, 2, 14, cc. 1, 2, 8; X, 2, 6, 5.

36. X, 2, 14, 1; X, 2, 15, 1-2; X, 2, 6, 3; X, 2, 15, 3-4; X, 2, 16, 2.

37. X, 2, 14, 9.

38. X, 2, 6, 3.

39. WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, De Processibus (Roma, 1949) p. 521.

40. Ib. p. 521.

41. X, 2, 14, 2.

42. X, 2, 14, 8.

43. Coram LEGA, 31 de mayo de 1912, Vol. 4. D. 23, n. 16, p. 285.

Estas tres medidas que encontramos: dar la posesión preventiva, el secuestro y las penas canónicas, aparecen como medios de castigo del delito de desobediencia, que ha de pesar sobre el demandado, para que se vea costreñido a comparecer en juicio y se pueda resolver el asunto con una mayor justicia. El recurso a estas medidas, cuando tiene lugar antes de la litis contestación, es al objeto de solucionar una grave dificultad del proceso, consistente en la necesidad de delimitar el *dubium* u objeto de discusión, y que sin una participación del demandado difícilmente se pueden definir en sus justos límites. Si se produce la contumacia, por el contrario, en el transcurso del pleito una vez señalado el *dubium*, las dificultades son menores, puesto que solamente resta probar el mejor derecho que le asiste a la parte, y por ello las penas son más pequeñas pues el ausente únicamente se expone a que la parte más diligente pruebe con menor dificultad, pero el pleito sigue su curso hasta la sentencia. En todo momento se da opción al ausente a presentarse, purgar la contumacia y defender su mejor derecho.

Por lo que en conclusión hemos de señalar que en la doctrina hay dos principios derivados de la *aequitas canónica*, que rigen todo el proceso en contumacia: uno ordenado a la defensa de los derechos de quien comparece reclamando su mejor derecho, ya que la contumacia no ha de ser obstáculo, para la evolución normal del proceso⁴⁴; y otro tendente a asegurar que, por la ausencia del demandado, el actor no vaya a exigir más allá de lo justo, por lo que el Juez ha de cumplir todas normas procesales, para asegurar una sentencia justa.

Por el principio de la actuación en justicia, el Juez adopta unas medidas para asegurar los derechos de la pretensión, lo que comprende una

limitación de los derechos del contumaz, que sabe que en su ausencia la parte presente va a tener más facilidades de prueba, pero no se da una presunción de mejor derecho, por lo que el Juez ha de proceder en justicia hasta la sentencia y dar la decisión conforme a lo alegado y probado. Ello impone una forma especial de actuación, por el que el Juez toma medidas y priva de ciertos derechos al ausente, pero sólo en tanto en cuanto impide la marcha del proceso, sin que por ello se concedan actuaciones privilegiadas a la parte presente, que el principio de justicia impediría, pues se enfrentaría con el bien público que debe proteger el proceso.

En cuanto a los principios que señala Lega-Bartocchetti, que rigen en el proceso antiguo, estimamos que aparece claro la consideración de la contumacia como desobediencia y desprecio a la autoridad del Juez, por lo que es calificado como un delito personal⁴⁵, pero en cuanto a la renuncia al derecho a defenderse, no aparece tan fácilmente en el derecho decretal, y ello lo reconoce el mismo autor cuando dice: *attendi debuit*, lo que indica que en realidad no llegó a advertirlo, aunque debió hacerlo; y a su vez esta nota lo deduce de la forma lógica de actuar y de su analogía con el proceso civil, de donde concluye que también en el Derecho canónico *congruit*, que la contumacia tenga ambos efectos, porque respondería perfectamente al orden canónico procesal y a la autoridad y reverencia debida al juicio eclesiástico⁴⁶, pero no se afirma que este segundo principio de hecho se haya valorado en la doctrina anterior.

c) Normativa vigente.

En el proceso canónico actual rige, como principio fundamental, el contradictorio de las partes,

44. X, 2, 14, 3; y X, 2, 6, 5.

45. LEGA-BARTOCCHETTI, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, II, (Roma, 1950) p. 863.

46. Ib. p. 864.

por lo que el Juez no puede dictar sentencia si éstas no han sido citadas al menos. Ello no impide el que una de las partes esté ausente y por tanto inactiva. De este supuesto de incomparecencia, que presume una desobediencia al mandato del Juez, se derivan determinados efectos procesales, mientras queda a salvo la posibilidad del proceso, sin el efecto contradictorio de las partes⁴⁷.

Siguiendo la doctrina tradicional, los autores dividen la contumacia en verdadera y ficticia o presuntiva, según que venga determinada por la voluntariedad o no voluntariedad de la misma. Aquella incluye el conocimiento de la citación y la expresa voluntad de desobediencia; ésta puede hacer referencia a supuestos de una imposibilidad justificada para comparecer en el día y hora señalado por el Juez⁴⁸. Hoy día tiene gran importancia esta división, pues en la declaración formal de la contumacia se va dejando de lado, al menos en las causas contenciosas el elemento subjetivo de la imputabilidad y se va marcando cada vez más el motivo objetivo, que determina la declaración de la contumacia y que radica en el hecho de la no comparecencia en el juicio⁴⁹.

En la actual normativa canónica los autores suelen señalar como relevante que la contumacia lleva implícito el desprecio del Juez y su autoridad, por lo que se considera como un delito de Derecho público de carácter personal⁵⁰ y que comprende una renuncia del Derecho a defenderse con los debidos medios procesales, lo que consideran como una consecuencia lógica y que tiene vigencia tanto en el Derecho civil, como en el canónico⁵¹. Esta segunda nota se afirma cada vez más

fuertemente en la doctrina en la que se ve una clara influencia del proceso civil, como dice Lega-Bartocchetti⁵² y que algunos lo deducen además de la regla 26 n. 6 de la Sagrada Rota Romana⁵³. En la que se afirma que la ausencia del contumaz se debe equiparar a la del que renuncia a la defensa remitiéndose a la justicia del Tribunal⁵⁴.

Quienes por influencia del procedimiento civil hablan de renuncia del derecho a defenderse del contumaz, no advierten la gran diferencia que se da en uno y otro procedimiento, por lo que estimamos, que no se puede trasvasar el concepto de rebeldía del proceso civil, al de contumacia del canónico. En el proceso civil la rebeldía se califica como una ficción legal, mediante el cual a través de todas las notificaciones en estrados —en audiencia pública y con testigos— se supone que el rebelde puede estar presente en la Sala del Juzgado y por consiguiente enterarse de las diferentes resoluciones, que en el curso del proceso se van dictando, hasta llegar a la sentencia, teniendo ésta ciertas limitaciones para el litigante que obtenga la resolución a su favor, ya que no podrá disponer libremente de las cosas de que se le ha dado posesión, hasta que transcurran los términos en que el rebelde pueda dejarse oír a través del recurso excepcional de audiencia⁵⁵. El Derecho canónico, por el contrario, exige una declaración de contumacia, lo que supone una verdadera causa incidental, que se debe hacer a instancia de parte, salvo que se trate de interés público que se puede hacer de oficio, al objeto de declarar el derecho de la parte que ha recurrido al Tribunal, aunque la otra no se encuentre presente⁵⁶. Y que

47. F. DELLA ROCA, *Manual de Derecho Canónico*, (Madrid, 1961) p. 113.

48. LEGA-BARTOCCHETTI, l.c., p. 864; WERNZ-VIDAL, l.c. p. 518; M. MORENO HERNÁNDEZ, *Derecho procesal Canónico*, (Barcelona, 1975) I. p. 320.

49. F. DELLA ROCA, l.c., p. 113.

50. M. MORENO HERNÁNDEZ, l.c., p. 319.

51. WERNZ-VIDAL, l.c., p. 522.

52. LEGA-BARTOCCHETTI, l. c., p. 863.

53. AAS 2 (1910) 792-3.

54. WERNZ-VIDAL, l.c., p. 522, MORENO HERNÁNDEZ, l.c., p. 320, nota 9.

55. LEGA-BARTOCCHETTI, l.c., p. 864.

56. MIGUEL-DE MIGUEL, *Derecho Procesal Práctico*, (Barcelona 1967), pp. 209-210.

se ha de resolver por decreto o sentencia interlocutoria, que se debe notificar al demandado, para que éste pueda proponer las excepciones pertinentes y por cuanto presupone el no ejercicio de un derecho, es necesario que conste claramente la voluntad del ausente, mas ello no es presunción de renuncia de lo no contenido en la causa principal⁵⁷. Como efecto de la declaración de la contumacia no se notifican al ausente los sucesivos actos procesales, pierde el derecho a la apelación si no purga su contumacia, y es condenado a las costas judiciales del incidente, además de estar obligado a indemnizar los daños emergentes estimables en dinero y el *lucrum cesans*⁵⁸. Si se procede hasta la sentencia definitiva estando en contumacia el demandado, habrá que llegar a ella guardando fielmente todos los trámites procesales ordinarios, incluso el de la prueba de la que no se libera el actor; y si se trata de un bien público el Juez debe suplir de oficio las pruebas de hecho, tanto las que favorecen a la parte presente como contumaz⁵⁹. La sentencia sólo podrá recaer sobre el *dubium* concordado. Si la contumacia ha sido antes de la litis contestación sólo podrá recaer sobre lo pedido en la demanda, si después de la litis contestación, también sobre el objeto de la contestación⁶⁰.

En muchos supuestos de las causas eclesiásticas se trata de nulidades matrimoniales, en las que sólo impropriamente se puede hablar de renuncia del derecho a defenderse, pues en realidad lo que se da es un deber de participar en el juicio. Se trata de un bien público y se ha de mostrar la verdad de los hechos, por lo que no se puede hacer referencia a la rebeldía del proceso civil, pues en éste como dice Guasp: «la comparencia

es un derecho y no una obligación, la rebeldía no equivale nunca, en el derecho procesal civil, al incumplimiento de un deber, sino al no desembarazarse de una carga, la rebeldía supone que la ausencia de la parte no podrá ser nunca corregida por la fuerza, sino, tan sólo, que el rebelde soportará el riesgo de que, por su misma falta, no tendrá la oportunidad de realizar los actos procesales que a su interés convengan»⁶¹, mientras en la contumacia canónica, sobre todo en las causas de nulidad matrimonial, se da el deber de colaborar con la justicia, pues se trata de resolver un supuesto de bien público, y el juez debe dar la sentencia, con independencia de la postura de las partes, conforme a la certeza moral que se forme sobre la existencia o no del matrimonio, por lo que sin duda se acerca en gran medida a la rebeldía penal, puesto que puede obstaculizar grandemente la administración de la justicia. Por ello es lógico que el Codex en el canon 1845 abra al Juez otra vía de actuación, propia para aquellos supuestos en que se trata del bien público, y que se dirija a quebrantar la contumacia del demandado con aplicación de penas eclesiásticas. Ello no es efecto de la potestad propiamente judicial, que como tal no puede establecer penas, únicamente aplicarlas⁶², sino más bien de la potestad disciplinaria y coactiva por la que puede establecer penas canónicas por las infracciones que se cometan durante el proceso obstaculizando la administración de la justicia, como se prescribe en los cánones 1845 y 1625⁶³, pero «si quiere aplicar penas, ha de reiterar la citación del reo conminándolo con penas; y en tal caso, ya no le es lícito declarar la contumacia, o, después de declarada, aplicar las penas, de no probarse que tampoco esta segunda

57. LEGA-BARTOCCETTI, I.c., p. 865.

58. MORENO HERNÁNDEZ, I.c., p. 322.

59. C. 1844 § 1.

60. C. 1844 § 2; c. 1726.

61. J. GUASP, *Derecho procesal civil*, (Madrid 1968), p. 197.

62. C. 2220 § 1.

63. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico* (Madrid 1964), III, p. 590.

citación surtió efecto»⁶⁴. Aplicadas las penas establecidas por el Codex, el Juez si permanece la contumacia proseguirá por los medios normales del proceso.

Dos son los remedios que el Derecho canónico concede al demandado para poder purgar la contumacia: la deposición de su actitud mediante la comparecencia antes de la sentencia⁶⁵ y la *restitutio in integrum ad appellandum*⁶⁶. En cuanto al primer remedio la tardía comparecencia del demandado, se da cuando purgada la contumacia se presenta en juicio antes de la definición de la causa por sentencia firme, lo que comprende la presencia del demandado en la causa aún en el caso de que se haya seguido la conclusión, pudiendo volver el pleito al momento de la prueba, si presentare alguna, y el poder hacer las conclusiones. El Juez en todo ello ha de cuidar de que no se trate de demorar el juicio de forma innecesaria⁶⁷.

En cuanto a la condición del demandado que depone su contumacia después de la sentencia definitiva, es de aplicación el canon 1880, n.º 8, que no concede apelación a quien no purgue a tiempo su contumacia, empero, no por ello, es privado en el derecho canónico de todo medio de defensa, ya que el canon 1847, le concede un recurso extraordinario la *restitutio in integrum ad appellandum*, que se presenta ante el Juez que vio la causa y ha de ser concedido por el mismo Juez *a quo*, pero una vez otorgado, la causa se ve ante el Juez *ad quem*. Señalándose un plazo de tres meses, para este remedio especial, diferenciándose de la *restitutio in integrum* del canon 1688 que da un plazo de cuatro años. Por las particularidades que tiene esta *restitutio in integrum ad appellandum*, como dice Cabrerros de Anta⁶⁸, más que una *restitutio in integrum* propiamente dicho, se trata de una verdadera apelación. Diferencián-

dose empero de la simple apelación en dos cosas: una en que para conceder el beneficio de la *restitutio in integrum* se requiere justa causa, lo que no es necesario en la apelación propiamente dicha, y otra por razón del tiempo que se concede que es un trimestre mientras que para la apelación es de diez días.

En cuanto a la contumacia del actor, que tiene poca relevancia en el caso que estudiamos, no vamos a describirlo en este momento, el Codex lo trata en los cánones 1849-1851. Sobre ello es digno de remarcar que si se diera en una causa matrimonial el demandado puede pasar a ser parte más activa y seguir el pleito, y en otros casos el Promotor de Justicia se puede ver obligado, si se trata de impedimento público por su naturaleza⁶⁹, a proseguir la acusación.

De todo lo expuesto debemos concluir, que el procedimiento en contumacia es la aplicación de la équitica canónica a supuestos concretos existenciales. De donde se deducen los siguientes principios:

1) El reconocimiento del valor justicia, por el que las partes no pueden demandar más allá de su derecho, y el Juez ha de dictaminar sobre lo alegado y probado, y sin que por ello conceda privilegios a la parte más diligente.

2) La actitud del contumaz, que en principio imposibilita el juicio en contradictorio y dificulta la administración de justicia, no ha de ser un obstáculo insalvable para declarar el mejor derecho, por lo que se han de tomar todas y sólo aquellas medidas, que sean necesarias para llevar hasta el fin la causa.

3) En la legislación canónica se advierte en esta institución dos notas: una que supone un

64. C. 1845 § 2.

65. C. 1846.

66. C. 1847.

67. C. 1846.

68. CABRERROS DE ANTA, I.C., p. 590.

69. C. 1971 § 1, 1.º.

desprecio de la autoridad del Juez, aspecto que tiene mayor importancia en las causas de bien público, pero que también han tenido valoración en todas las causas contenciosas, por lo que el canon 1845 establece como una vía que puede adoptar el Juez con las debidas cautelas.

Otra que parte de la sentencia interlocutoria, que limita los derechos de contumaz, en tanto en cuanto son necesarios para la prosecución de la causa. Pero esta limitación no aparece como una renuncia, sino como una condena de la sentencia interlocutoria, por lo que el contumaz no puede reintegrarse al pleito sin purgar la contumacia, lo cual supone una excusa y demostración de carencia de mala voluntad.

4) Por todo lo cual se trata de una normativa limitadora de derechos y con un claro carácter penal, por lo que debe interpretarse estrictamente⁷⁰, y no se debe ampliar a nuevos supuestos. Las limitaciones han de estar expresamente indicadas en la legislación sin que se pueda pasar a una interpretación extensiva, sino que se han de entender según el significado de las palabras, consideradas en su texto y contexto, y sólo se podrá dar otro tipo de interpretación si las palabras permanecen oscuras, por lo que toda limitación de derechos, que se afirma por razón de la contumacia, ha de considerarse en un sentido estricto.

B) *Consecuencias*

Las notas históricas han descubierto la naturaleza, el contenido y los principios que rigen esta institución, y que tienen vigencia en la actual normativa. Por ello al examinar la argumentación que hace el decreto, que comentamos, por razón de la contumacia, hemos de ver la influencia que ésta tiene en la resolución del problema, lo que

nos induce a considerarlo desde dos ángulos: uno cómo incide la contumacia en la necesidad del consentimiento de que habla el art. 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio; otra la influencia precisamente por cuanto se trata de una acción procesal.

a) *Contumacia y necesidad de mutuo acuerdo.*

A través de la historia hemos hallado dos principios que han tendido a salvar los obstáculos que se oponen a un juicio en contradictorio: uno que aparece definido desde los primeros tiempos del Derecho canónico, el considerar la contumacia como un delito personal; otro la privación de unos derechos, como consecuencia de la sentencia interlocutoria o del decreto declarando la contumacia, lo que se ve más claramente en las causas penales y en aquellas que miran al bien público, pero aún también en todos los asuntos contenciosos.

Ciertamente se da en la doctrina canónica actual una fuerte inclinación a afirmar, que en el juicio contumacial prepondera la renuncia del derecho a defenderse. Ello es una clara influencia del derecho procesal civil, en el que sin duda prepondera este principio, pero puede haber serias dudas, que se trate de un principio del Derecho procesal canónico, puesto que el proceso civil y el canónico difieren esencialmente en el planteamiento de la ausencia del demandado.

En el proceso civil no se trata de un incidente como en el proceso canónico, sino de una ficción jurídica. En el proceso canónico se avanza en el juicio con una sentencia interlocutoria o un decreto, mientras que en el proceso civil no se da ninguna declaración de rebeldía, sino que se le considera como si estuviera presente. Por ello en el proceso canónico una vez declarada la contumacia no se le vuelve a citar ni se le comunica la

marcha del proceso; en tanto que en el civil se le hacen citaciones y se le comunican los diversos pasos del proceso, aunque no personalmente, sí en estrados y ante testigos. Así pues en el proceso civil el rebelde puede hacerse presente en el momento en que se encuentra el juicio, pero en el canónico ha de purgar la contumacia y puede volver el juicio al momento de la prueba. En cuanto a la sentencia ha de ser notificada en ambos procesos, si se hallare al demandado se ha de hacer personalmente, de otra forma por edicto, pero mientras al rebelde se le concede el recurso de apelación y casación, cuando sean procedentes, en el canónico se le niega la apelación ordinaria y se le concede la *restitutio in integrum ad appellandum*, que es un recurso excepcional con características propias.

Así pues la tendencia a atribuir a la contumacia en el Derecho canónico la renuncia del derecho a defenderse, es más bien una influencia del proceso civil⁷¹, mientras que en el proceso canónico aparece esta limitación para defenderse, como consecuencia de la sentencia interlocutoria o del decreto que declara la contumacia. De donde es más fácil deducir un carácter de condena que la simple renuncia, aunque ello suponga consecuentemente unas limitaciones del derecho a defenderse. Este diverso planteamiento en el proceso civil y en el canónico, hace que la comparecencia en aquel se considere como un «derecho y no una obligación»⁷², en tanto que en el proceso canónico comprende también una obligación por lo que puede ser corregida con penas y sanciones⁷³.

Esta diferente forma de actuación en ambos procedimientos, puede tener su fundamento en que en el juicio civil se juzgan intereses privados, en tanto que en el canónico muchas veces, como en el caso de nulidad matrimonial, se trata de

bien público, por lo que la presencia del demandado puede ser hasta necesaria para la marcha del proceso, como sucede en el caso de impotencia, amencia, etc. Ciertamente muchas veces se hace necesario en el juicio canónico que se promuevan con mayor fuerza la presencia del demandado, pues suele ser causa de que haya procesos que se retrasan y aún quedan sin llegar a una sentencia justa, por la falta de fuerza en el Juez para urgir que se presenten a unas declaraciones o pruebas periciales, que son absolutamente necesarias para dar una sentencia conforme a la verdad.

Por todo ello no hay, según se ha desarrollado la legislación canónica, una ligazón entre la voluntad del contumaz de no presentarse en juicio y la renuncia a un derecho concreto a defenderse que no esté incluido, al menos implícitamente, en la sentencia o decreto que la declara, ya que la contumacia no es una renuncia genérica, sino un acatar la condena o limitación que le impone la declaración de la contumacia. La necesidad de mutuo acuerdo exigido en el art. 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, no aparece en ningún sentido como una consecuencia de las limitaciones que el contumaz tiene por razón de la sentencia interlocutoria o decreto, por el que se le ha declarado contumaz, por lo que la falta de consentimiento para apelar, no se puede considerar como uno de los derechos de los que ha sido privado por razón de la contumacia.

b) *La contumacia y el ejercicio de la acción.*

Otro punto sobre el que tenemos que hacer alguna referencia para plantear rectamente el tema es sobre la naturaleza de la acción y la exigibilidad de que la otra parte colabore en el ejercicio de la acción, puesto que la apelación

71. LEGA-BARTOCETTI, l.c., p. 863.

72. J. GUASP, l.c., I, p. 197.

73. C. 1845 § 1.

no es más que el seguir la acción en una segunda instancia, por lo que tiene su misma naturaleza y que en el caso de una nulidad matrimonial es el ejercicio del *Ius accusandi*⁷⁴.

Sin entrar en la intrincada polémica sobre la naturaleza de la acción, los autores suelen entenderla como una facultad o potestad a promover la incoacción de un proceso o su prosecución en la apelación, y que luego discuten si se ordena a la tutela del derecho subjetivo⁷⁵, o a la tutela del orden jurídico⁷⁶. Aspecto este último que aparece como muy propio en el Derecho canónico, sobre todo cuando se examina una causa de nulidad matrimonial. Así pues la acción es un derecho potestativo en el que el sujeto tiene la facultad de obtener para sí un efecto jurídico, con alguna obligación para otro sujeto, pero no crea obligaciones de dar o hacer una prestación en la otra parte, sino que se dirige a un órgano público, quien podrá tomar todas las medidas necesarias para la buena marcha del proceso y podrá imponer todas aquellas obligaciones que sean necesarias para ello. Pero el actor no puede exigir nada del demandado directamente, aunque con una petición al Juez, éste pueda obligar a que el demandado realice algo que sea necesario o conveniente para la resolución del pleito.

Considerado así la acción la no colaboración del demandado, aún en la prosecución de una apelación, no se puede calificar de renuncia de un derecho a defenderse, sino simplemente el ejercicio de una acción hacia el que no tiene obligación de colaborar, y que el actor no le puede

exigir directamente, ya que en el proceso toda relación pasa por el Juez, sin que las relaciones directas actor-demandado, se puedan requerir bajo ningún concepto, por lo que la norma del art. 39 del Motu Proprio, es una actuación de buena voluntad de las partes, y sin que, la colaboración de cualquiera de las partes, sea exigible. Por lo que no se ve, que en caso de imposibilidad de conseguir este acuerdo mutuo, por causa de contumacia, se ha de presumir la renuncia de un derecho que siempre es facultativo, y que en ningún caso se puede obligar a dar.

c) *La contumacia y el fuero elegido por las partes.*

Es excepcional, en el actual derecho procesal canónico, el fuero acordado por las partes, y entre estos casos, creo que se puede citar, el que nos plantea el art. 39 del Motu Proprio Apostolico Hispaniarum Nuntio. Lo normal en la apelación, como prosecución de una acción, es que sea una facultad que se concede a una parte sin contar con la otra, ya que en principio el llamado a juicio, viene forzado por el interés del titular de una pretensión. Sin embargo, no es la única norma que establece un fuero por mutuo acuerdo de las partes, como supuestos análogos podemos citar el fuero de la anuencia de las partes en el Derecho antiguo y el fuero elegido en el momento de realizar el contrato⁷⁷. En cuanto al primero, admitido plenamente en el Derecho decretal⁷⁸, ha sido reformado en el Derecho codicial⁷⁹. Pero aunque ha sido suprimido⁸⁰, se puede dar, como

74. J. GOTI, El promotor de Justicia como acusador del matrimonio canónico, *En B.I. Colegio de Abogados de Oviedo*, (1976), p. 16.

75. LEGA-BARTOCETTI, l.c. I. p. 356; WERNZ-VIDAL, l.c., p. 224; ROBERTI, *De Processibus* (Roma, 1956) I, p. 572; REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, (Santander, 1963) I. p. 299.

76. CABEROS DE ANTA, l.c., p. 404; MORENO HERNÁNDEZ, l.c., pp. 173-4.

77. C. 1565 § 2; Codex pro Ecclesia Orientali, de Iudiciis art. 28 § 2.

78. X, 2, 2, 17; «Qui se certo loco adversariis respondere vel solvere promiserunt ibi et ubi domicilium habent valore conveniri».

79. Coram SABATTANI, 13 de marzo de 1958, V. 50, D. 47, n. 9, p. 145.

80. C. 1559 § 1.

prorrogación de fuero, en algunas ocasiones, por ejemplo en aquellos casos en que habiéndose declarado competente el Juez, la otra parte se aviene, no oponiendo excepción de incompetencia⁸¹. Condición para ello es la aquiescencia del demandado, ya que quien es llevado a juicio puede oponerse al inicio de la lite, si se trata de fuero relativamente incompetente puesto por el actor, o aceptarlo sin ninguna dificultad, en este caso tendríamos una prorrogación inicial; y en el caso que el demandado después de haber puesto excepción de incompetencia se acalle a la declaración de competencia del Juez, en cuyo caso tenemos la aquiescencia sucesiva⁸². En cuanto al fuero elegido por las partes, se trata de un fuero especial, y en el caso del canon 1565 § 2, como señala Roberti, se trata de fuero concurrente con otros fueros⁸³, pende absolutamente del acuerdo de las partes y toda interpretación que aparezca como contraria a la ley no se debe admitir⁸⁴. Lo que parece lógico, pues las leyes que coartan el libre ejercicio de los derechos o contienen excepciones de la ley deben interpretarse estrictamente⁸⁵.

Por lo que si aplicamos la norma canónica que el codex establece para los casos de fuero elegido por las partes, conforme a las normas de interpretación⁸⁶, al art. 39 del referido Motu Proprio, hemos de considerar que se trata de un fuero especial, concurrente con otros fueros, que pende absolutamente del acuerdo de las partes y que toda interpretación que aparezca contraria a la ley no se debe admitir. Por todo lo cual no se puede interpretar más allá de lo que expresamente dice la norma y el mutuo acuerdo de las partes. Y no se puede ampliar un fuero, que el Derecho canónico tiende a eliminar o concederlo

de una forma restrictiva, a supuestos a los que expresamente no se haga referencia en la norma.

C) Conclusiones

De la naturaleza de la institución de la contumacia y de los principios que rigen en el proceso canónico, debemos deducir las siguientes conclusiones:

1) Que en el proceso canónico la contumacia no supone una renuncia del derecho de defensa, sino que es el resultado de la declaración de contumacia, por lo que la ley o el Juez, han de determinar en cada caso, hasta dónde se deben limitar los derechos, para llevar hasta el final la causa. Y como norma limitadora se ha de interpretar estrictamente.

2) Por ser un proceso nos encontramos dentro del orden público, en el que se reconoce una facultad para obtener un efecto jurídico, pero no surge directamente obligación en la otra parte, por lo que no puede exigirse bajo ningún concepto. La actuación conjunta de las partes es algo absolutamente voluntario, y la no actuación o renuncia a actuar, no se puede referir a una presunción de renuncia de un derecho, sino únicamente a la no existencia de un presupuesto exigido para una determinada acción pero su falta no perjudica al otro, que tiene cauce para ejercitar su acción.

3) Por tratarse de una facultad que tienen ambas partes, se exige la existencia de la voluntad positivamente, siendo irrelevante el motivo por el que no se dé, y por tratarse de una facultad de derecho procesal tiende a prevenir la seguridad jurídica del proceso y no a dar una situación más favorable a una parte.

81. LEGA-BARTOCETTI, I.c., I, p. 41.

82. CORAM SABATTANI, I.c., p. 145.

83. F. ROBERTI, I.c., p. 195.

84. Ib. p. 196.

85. C. 19.

86. C. 18.

4) Se trata de un fuero voluntario, especial y concurrente con otros fueros, y que se tiende a suprimir en el derecho codicial, por lo que toda interpretación que aparezca contraria a la ley no se debe admitir, y por tanto se ha de hacer de una forma estricta.

5) En el art. 39 del Motu Proprio, se exige el mutuo acuerdo de las partes para poder apelar directamente a la Rota Romana lo que no se da en caso de contumacia, pero no se puede decir que se trate de una laguna de derecho puesto que la expresión es taxativa: Existencia de mutuo acuerdo, sin que se especifique ni una sola excepción. Y ciertamente se pueden dar casos peores que la contumacia, como cuando se haga por dañar la causa o perjudicar a la otra parte, y sin embargo no habría apelación a la Rota Romana, según la citada norma, luego tampoco se ha de ampliar al caso de contumacia, por cuanto por tratarse de una excepción, el fuero voluntario hay que interpretarlo estrictamente.

III. COMPETENCIA EN LAS CAUSAS ESPAÑOLAS

En el decreto, que comentamos, se declara competente la Sagrada Rota Romana por primera vez, en una causa en la que de hecho falta la voluntad de la parte demandada, que es exigida en el Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio⁸⁷. Ello se hace mediante una interpretación singular de la expresión «cuando mediante mutuo acuerdo entre ellos»⁸⁸, y que en ninguna ocasión hasta este caso se había interpretado en este sentido.

Examinar su competencia, es uno de los pasos preliminares más importantes que ha de hacer el Juez, tanto en la primera instancia como en la

apelación. En este caso al Turno se le había hecho problemático declarar su propia competencia, a pesar de que no se habían opuesto a ello ni el Defensor del Vínculo del Tribunal diocesano, donde se había visto en Primera instancia, a quien correspondía velar por la observancia de las normas procesales⁸⁹, y por tanto debía haber informado sobre ello; ni al Decano de la Rota Romana, que conforme a las facultades que tiene⁹⁰ podía haber rechazado por decreto la admisión de la apelación, y haber apoyado su argumentación en el precedente de otra causa, que siendo Decano Jullien no se admitió⁹¹ y en otra que siendo también Decano Jullien se rechazó por decreto de 19 de octubre de 1953⁹², y aunque en éste se trata de distintos artículos del mismo Motu Proprio, sin embargo, guarda una clara analogía; ni el Defensor del Vínculo de la misma Rota Romana, quien ateniéndose en la normativa vigente podía poner reparos a la competencia del Alto Tribunal.

La declaración de competencia de la Rota nos plantea en este momento determinar la legislación vigente sobre la materia y la prelación de fuentes.

A) *Examen de la legislación vigente en las causas españolas.*

La publicación del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, ha venido a modificar sustancialmente las vías que ha de seguir la apelación en las causas españolas, estableciendo un orden distinto del derecho común en la Iglesia.

a) *Orden procesal en las apelaciones de las causas españolas.*

Dado el Primado Romano no se ha suprimido el seguir la vía normal en algunos supuestos, por

87. AAS 39 (1947) 155.

88. Ib. art. 39.

89. DEL AMO, *La Defensa del Vínculo*, (Madrid 1954), p. 314; GOTI, l.c., p. 9.

90. Art. 60 Normae S.R.R.T. AAS 26 (1934) 466.

91. Cfr. decreto coram. Serrano que comentamos, n.º 10.

92. DEL AMO, l.c., p. 466, nota 15.

lo que podemos indicar que se han establecido dos caminos para las causas españolas.

1.—Se sigue el orden establecido en el Derecho codicial en los siguientes supuestos:

1.º En todos aquellos casos que «por razón de Primado de Romano Pontífice puede cualquier fiel del orbe católico llevar o introducir ante la Santa Sede una causa» en cualquier grado y cualquiera que sea la naturaleza y el estado del pleito⁹³, pues en esta materia se reproduce casi con las mismas palabras lo mandado en el Codex⁹⁴.

2.º Quedan también excluidas de la competencia de la Rota Española, todas las causas reservadas al Romano Pontífice y a los Tribunales de la Sede Apostólica⁹⁵. Donde se comprenden las causas que corresponden por derecho exclusivo al Romano Pontífice⁹⁶, así como las causas mayores⁹⁷, que a su vez están fuera de la competencia de la Rota Romana, sin especial delegación del Romano Pontífice. Y las causas reservadas por el mismo derecho a los Tribunales de la Santa Sede⁹⁸ y las que juzga en primera instancia la Rota Romana. A los que hay que añadir toda clase de causas que el Romano Pontífice *Motu Proprio* o a instancia de parte avoque a sí, quien puede encomendar a cualquier Tribunal su conocimiento⁹⁹, siendo con frecuencia el Tribunal designado la Rota Romana, pero que puede ser otro cualquiera y, por tanto, también el de la Nunciatura Apostólica de Madrid.

3.º Tienen fuero distinto, quedando fuera de la competencia de los Tribunales de jurisdicción ordinaria, las causas administrativas, es decir, las apelaciones o recursos contra decretos de los ordi-

narios¹⁰⁰, los cuales siguen una vía administrativa a las Sagradas Congregaciones y una vez terminada la vía administrativa, se puede apelar a la Segunda Sección de la Signatura Apostólica¹⁰¹.

4.º La Rota Romana mantiene su competencia conforme al canon 1599 § 1, 1.º, en todas aquellas causas españolas, en las que mediando mutuo acuerdo entre las partes se apelare a ella, por lo que se requiere como condiciones: que se haya visto en primera instancia por un Tribunal de cualesquiera Ordinario, que medie legítima apelación a la Rota Romana, y que se dé mutuo acuerdo de las partes¹⁰².

2.—Se establece un procedimiento especial para las causas españolas en los siguientes casos:

1.º La Rota de la Nunciatura Apostólica, aunque es Tribunal de apelación, conoce en primera instancia «las causas que el Nuncio Apostólico a petición de cualquier Obispo con jurisdicción en España, le confíe por graves razones»¹⁰³. Esta competencia de la Rota Española modifica el orden normal de la jerarquía de los Tribunales¹⁰⁴. Es un supuesto, por otra parte, que guarda analogía con la Rota Romana, quien también puede examinar las causas en primera instancia en los supuestos del canon 1557 § 2 y 1599 § 2. Se da, no obstante, una diferencia entre ellos, pues la Rota Romana tiene reservas hechas por el mismo derecho, mientras en la Rota Española procede siempre mediante encomienda de asuntos por el mismo Nuncio cuando se dan graves razones. Pero ambos conocen causas que les confían a aquella el Romano Pontífice y a ésta el Nuncio a petición de un Obispo con jurisdicción en España.

93. C. 1569; art. 35 de la Intruc. Provida Mater Ecclesiae.

94. Art. 35 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

95. Ib. art. 35; c.c. 1557 § 1-2 y c. 1600.

96. C. 1557 § 1.

97. c.c. 220 y 1600.

98. C. 1557 § 2.

99. C. 1557 § 3.

100. Art. 37 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio; y c. 1601.

101. R.E.U. art. 106-107. AAS, 59 (1967) 921-922.

102. Art. 39 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

103. Ib. art. 38.

104. C. 1559 y 1594.

2.º «En segunda instancia, conoce las causas que fueron juzgadas en primera por cualesquiera Tribunal metropolitano de España o inmediatamente sometidos a la Sede Apostólica, quedando por tanto suprimidos los Tribunales que de una vez para siempre se designaron para recibir las apelaciones»¹⁰⁵. Artículo que viene a marcar las vías que han de seguir las causas en España en la apelación, modificando el Derecho Común¹⁰⁶.

3.º Puede también conocer en segunda instancia las causas que el Nuncio le encomiende «a petición de ambas partes, por graves y convincentes razones y con el consentimiento del Metropolitano competente», que en primera instancia hubieran sido examinadas por un Tribunal sufragáneo¹⁰⁷. Este número del artículo ciertamente pretende salvaguardar el orden normal de apelación y la preeminencia de los Tribunales metropolitanos, para que no se salte este paso sin justa y razonable causa, por lo que establece algunas dificultades para poder apelar, de un Tribunal de diócesis sufragánea a la Rota Española, mayor que para ir directamente a la Rota Romana, como es el que se trate de una causa matrimonial, sobre lo que hay que resaltar cómo esta normativa cuando trata de saltar algún paso en la apelación tiene especial interés en señalar que ha de hacerse por acuerdo de las partes litigantes, por graves y convincentes razones cuya valoración queda al prudente arbitrio y conciencia del Nuncio, y consentimiento del Metropolitano a quien correspondería juzgar.

4.º En tercera instancia, si hubiera lugar a ella¹⁰⁸, conoce las sentencias juzgadas en segunda instancia ante los Tribunales metropolitanos, o ante el primer Turno de la misma Rota española.

Con ello se determina la vía normal de apelación ante la Rota Española.

5.º En ulterior instancia, las causas vistas por la Rota Española se han de examinar en un nuevo Turno de la misma Rota, cualquiera que sea la instancia en que se examina si hay nuevo Turno para ello. Pero hay que señalar que dado el número de miembros de que está compuesto la Rota Española, solamente se puede ver en dos Turnos, teniendo que devolverse la causa de la Sede Apostólica conforme al artículo 41, del Motu Proprio, que comentamos, cuando ya no se puede formar nuevo Turno.

b) *Naturaleza del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio.*

1.—*Carácter de privilegio.* Si queremos afirmar el carácter de la norma que ha restaurado el Tribunal de la Rota Española y ha establecido el orden a seguir en las apelaciones en España aparece como un verdadero privilegio.

En primer lugar, hemos de considerar la Rota antigua, que ya desde el siglo XVI, con diversas alternativas y estructuras, ha venido siendo un Tribunal de apelación y ha tenido un marcado carácter de privilegio, como lo calificó expresamente el Nuncio Apostólico en Madrid, Mons. Tedeschini, quien en carta de fecha 1 de agosto de 1933, dirigida a los Obispos españoles, lo consideró como «privilegio secular, extraordinario y único»¹⁰⁹.

Luego, también es clara la calificación de privilegio, que se hace en el mismo Motu Proprio que comienza: «sabido es que el Nuncio Apostólico de las Españas gozaba ya desde el siglo XVI, por concesión de los Sumos Pontífices, del privilegio singular de conocer y definir las causas ecle-

105. Art. 38 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

106. C. 1594 § 2.

107. Art. 38/3 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

108. Ib. art. 38/b.

109. Citado por V. M. ARBELOA Y MURU, *La Supresión de la Rota en España*. En REDC 30 (1974) 374.

siásticas»¹¹⁰, cuya manifestación no se puede olvidar que aún guarda resabios de la antigua concepción de los concordatos como concesiones del Romano Pontífice en beneficio de la nación¹¹¹.

Y por último claramente aparece como un privilegio singular concedido a España en el art. XXV del Concordato entre la Santa Sede y el Estado Español¹¹².

Este carácter privilegiado es también comúnmente admitido por los autores que lo califican de privilegio en extremo favorable¹¹³, secular, extraordinario, único, perpetuo¹¹⁴, y singular¹¹⁵. Y es claro que desde un principio ha interesado al legislador hacer notar el carácter de privilegio pontificio¹¹⁶.

2.—*Es ley particular.* Se trata por otro lado de una ley particular como se afirma en la primera parte expositiva del Motu Proprio cuando dice: «como lo constituimos por las presentes letras y damos normas oportunamente acomodadas a las condiciones de nuestro tiempo, los cuales tendrán fuerza de ley»¹¹⁷. Así pues la Rota Española es un privilegio concedido mediante una ley particular¹¹⁸, a pesar de haber precedido petición de los preladados españoles «la ley resulta ser una ley meramente pontificia»¹¹⁹, y tampoco desvirtúa esta calificación el que hubiera sido publicada en el Boletín oficial del Estado, en el que se inserta un Decreto-Ley de 1 de mayo de 1947¹²⁰ reco-

nociendo esta jurisdicción, lo que hace que tenga un barniz de norma concordada¹²¹ pero todo ello no merma la naturaleza de ley pontificia, ya que en el mismo concordato en el que se introduce esta norma, art. XXV, se reconoce su carácter de privilegio concedido por el Romano Pontífice. Por lo que estimamos con Bonet que se trata de «una norma eclesiástica, que ha sido publicada en el A.A.S., sin salvedad ninguna en cuanto a su carácter de norma canónica, resultando ser una ley pontificia particular»¹²². Y que ahora al suprimirse el artículo XXV del Concordato, por los nuevos acuerdos del 3 de enero de 1979, aparece más claro su carácter de ley particular.

Consecuencia de esta naturaleza de ley es por lo que no debe considerarse como directamente concedido a los particulares, sea a la persona del Nuncio Apostólico o a los Auditores¹²³, sino al Nuncio Apostólico como tal y a la comunidad o nación española¹²⁴. Por tanto, el orden de apelación establecido en esta normativa constituye un privilegio obligatorio, que no puede renunciarse ni en cuanto a su existencia ni en cuanto a su uso¹²⁵, quedando directamente sometido a su observancia todos aquellos para los que se ha dado la ley¹²⁶, por tratarse de una ley fundada «en la voluntad del Supremo legislador, el cual procede —*motu proprio, certa scientia ac matura deliberatione*—¹²⁷. No se trata en esta ley de una mera aprobación en forma común o aún específica de

110. Art. 39 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

111. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE. Concordato, aniversario. En *Nuestro Tiempo*, 231 (1973) 131.

112. AAS 45 (1953) p. 643.

113. P. CANTERO, *La Rota Española*, (Madrid 1946), p. 126.

114. M. CABREROS DE ANTA, *Estudios canónicos*, (Madrid 1956), p. 486.

115. REGATILLO, *El concordato español de 1953*, (Santander 1961), p. 386; MIGUÉLEZ, *La Rota Española, El Concordato de 1953*, (Madrid), p. 353.

116. M. BONET, *El restablecimiento del Tribunal de*

la Rota de la Nunciatura Apostólica, en REDC, 2 (1947) 509.

117. AAS 39 (1947), p. 155.

118. CABREROS DE ANTA, l.c., p. 487.

119. BONET, l.c., p. 503.

120. B.O.E. de 6 de mayo de 1947.

121. BONET, l.c., p. 503.

122. Ib.

123. C. 72 § 2 «In sui tantum favore constituto».

124. C. 72 § 3.

125. CABREROS DE ANTA, l.c., p. 487.

126. C. 13 § 2.

127. AAS 39 (1947), p. 163.

una disposición sino de una aprobación plenísima que da a la ley toda la fuerza de su Suprema Autoridad Apostólica. Las cláusulas de confirmación son las de los documentos más solemnes y llega el Papa a dar a la ley un absoluto valor irritante»¹²⁸.

La afirmación de que se trata de un privilegio dado por ley particular tiene graves consecuencias en orden a la interpretación de esta norma, pues no se regirá por lo establecido para la interpretación de los privilegios sino de las leyes¹²⁹. Pero antes de sacar las conclusiones que se siguen de la afirmación de su naturaleza privilegiada debemos adelantar el concepto y la naturaleza de privilegio para que luego veamos la conexión y relación que se da entre la ley común y esta norma privilegiada.

3.—*Forma de concesión.* Calificada de privilegio la normativa que ha restaurado el Tribunal de la Rota de la Nunciatura y el orden procesal que se ha de seguir en las apelaciones en España, debemos encuadrar esta normativa dentro de la naturaleza jurídica del privilegio si queremos delimitar con claridad y precisión la vida y alcance del sistema establecido para las causas en España.

Conforme al concepto que se ha creado por la tradición canónica del privilegio podemos definirlo con Cicognani-Staffa como «un derecho objetivo especial que concede un peculiar favor»¹³⁰. El carácter de Derecho objetivo se reconoce en el mismo Código¹³¹, lo que claramente se ve si se adquiere por ley y costumbre, que es forma de constituir derecho objetivo en el ordenamiento canónico¹³², por lo que no se puede dudar, que los

privilegios generales que se dan por ley o se adquieren por legítima costumbre, tienen esta naturaleza¹³³. Y concede una gracia o favor, ya eximiendo de una ley, que de otra forma le obligaría, ya concediendo algo que la ley ni manda ni prohíbe¹³⁴. Pero constituye un derecho objetivo especial, por cuanto concede un beneficio positivo o una condición jurídica diversa de la que le impone la normativa general¹³⁵, y tiene por sujeto pasivo, si se toma en un sentido estrictísimo, una o varias personas físicas o morales pero concretamente determinadas; y en un sentido menos estricto, cuando se da por ley o legítima costumbre, a toda una comunidad capaz de recibir leyes, siempre que no sea la comunidad total a quien el superior dirige su complejo legislativo¹³⁶.

Por todo ello, el Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, es una legislación favorable a la nación española y que la Santa Sede califica de «la más conveniente y fácil administración de justicia en los asuntos españoles: para que en adelante se administre el derecho a cada una de las causas más madura y cómodamente, se diría en el Breve de Clemente XIV, y lo mismo debe afirmarse de la moderna Rota restablecida por Pío XII»¹³⁷. En cuanto al sujeto pasivo de este privilegio, «no es una concesión a personas particulares, sino que en cuanto se establece a modo de ley por el superior competente, está concedido a una comunidad de personas capaz de recibir leyes»¹³⁸.

En conclusión hemos de señalar que se trata de una ley particular, que para los privilegiados es una norma legal, ya que nadie pone en duda, que el privilegio concedido por ley general o particular o adquirido por legítima costumbre, consti-

128. BONET, l.c., p. 504.

129. CABREROS DE ANTA, l.c., p. 487.

130. CICOGNANI-STAFFA, *Commentarium ad Librum primum* C.I.C., (Roma 1942), II, p. 460. Cfr. MICHIELS, *Normae Generalis*, (Paris-Turnaci-Roma) II, pp. 490 ss.

131. C. 63 § 1.

132. CICOGNANI-STAFFA, l.c., p. 460.

133. MICHIELS, l.c., pp. 501-2; VAN HOVE, *De Privilegiis*, (Malinas 1939), n. 23.

134. CICOGNANI-STAFFA, l.c., p. 462.

135. c.c. 68-69.

136. MICHIELS, l.c., p. 497.

137. CABREROS DE ANTA, l.c., p. 488.

138. *Ib.*, p. 487.

tuye una verdadera y propia norma objetiva en atención a que toda ley o costumbre es esencialmente constitutiva de derecho objetivo cuando el sujeto pasivo es capaz de recibir verdaderas leyes¹³⁹. Por lo que la posición de Motu Proprio apostólico Hispaniarum Nuntio, en relación a la disciplina general, supone una excepción, pues crea un Tribunal *sui generis*¹⁴⁰, que puede ver asuntos en primera instancia, en diversos grados de apelación, que es supremo en cuanto a recibir apelaciones, pues de él no se apela a ningún otro, y altera para España la organización judicial eclesiástica general.

4.—*Interpretación.* La institución de este privilegio, como viene indicada en la misma forma de concesión es de Motu Proprio, en la que en una primera parte se justifican los motivos de la concesión; en una segunda se establece la normativa por la que se rige el nuevo Tribunal; y en una última parte se contiene la confirmación pontificia de la ley expresada en forma solemne. Tiene, por tanto, todas las características internas y externas de la ley, está dirigida a una comunidad para recibir leyes, aunque por ser privilegio es más limitada que la comunidad total a la que se extiende la potestad del superior, ordenada al bien común, promulgada en forma de ley y dotada de la estabilidad correspondiente a la ley. Este carácter aparece en el mismo preámbulo del Motu Proprio: «lo constituimos por las presentes letras y damos normas oportunamente acomodadas a las condiciones de nuestro tiempo, las cuales tendrán fuerza de ley¹⁴¹».

En relación a la ley, es cierto que se trata de un privilegio concedido a España, pero no se

puede decir que es totalmente contrario a ninguna ley general y, por lo mismo, no puede decirse que todo él sea excepción de la ley canónica, en principio debe considerarse como privilegio *praeter ius*, aunque en algunos puntos puede decirse que es *contra ius*¹⁴².

La calificación de este privilegio dado a modo de ley particular, es sumamente interesante, pues ello condicionará las normas de interpretación y su obligatoriedad. Normalmente los autores indican cómo la forma de concesión de un privilegio se ha de tener en cuenta en su interpretación, pues «las normas de interpretación contenidas en los cánones 67 y 68 se aplican de ordinario únicamente a los privilegios concedidos por acto particular del superior»¹⁴³. Si el privilegio se adquiere por ley, por costumbre o por prescripción ha de interpretarse teniendo en cuenta primeramente la naturaleza de esos medios de adquisición y lo que nos advierte Cicognani-Staffa¹⁴⁴ «porque estos derechos por su naturaleza son leyes y accesoriamente privilegios y por tanto hay que interpretarlos como leyes», lo cual lo califica como doctrina común entre los autores anteriores y posteriores al Código¹⁴⁵. Por lo que teniendo en cuenta esta naturaleza de ley, únicamente se han de aplicar «las normas de interpretación de los privilegios, en tanto en cuanto, lo consientan las normas de interpretación de las leyes y no estén en discordancia con ellas; pero no se aplican si son contrarias o añaden algo que se excluye por las reglas de interpretación de las leyes. Esta sentencia se confirma por el texto del canon 19, que no excluye ninguna ley»¹⁴⁶.

La calificación de Ley particular del Motu Pro-

139. MICHIELS, l.c., p. 501.

140. BONET, l.c., p. 510.

141. AAS 39 (1947) 155.

142. CABREROS DE ANTA, l.c., p. 488; Cfr. Del mismo autor, *Código de Derecho canónico*, comentarios c.c. 63 y 66.

143. CABREROS DE ANTA, *Derecho Fundamental canónico*, (Madrid 1960), p. 436.

144. CICOGNANI STAFFA, l.c., p. 515.

145. *Ib.*, p. 515, nota 2.

146. *Ib.*, p. 515.

prio, tiene gran transcendencia en el momento de su interpretación, pues no se hará conforme a los cánones 67 y 68, sino con arreglo a las normas de interpretación de las leyes que se establecen en los cánones 17, 18 y 19, «cabén, por tanto todas las especies de interpretación incluso la extensiva y la restrictiva. La interpretación declarativa estricta debe seguirse tan solo respecto de aquellos artículos que pertenecen a alguna de las tres categorías de las que habla el canon 19. Fuera de este caso, la interpretación, en caso de duda, debe ser amplia conforme a la conocida regla de derecho: *odia restringi, et favores convenit ampliari*»¹⁴⁷. Una objeción que se puede hacer a esta interpretación es que se considera como una exención de la ley general y que por ello debe tenerse en cuenta el canon 19. Es cierto que por tratarse de un privilegio supone alguna excepción, pero ello no quiere decir, que sea contrario de la ley común: en general la concesión de la Rota Española debe considerarse como un privilegio *praeter ius*, aunque en algunos puntos, bien puede considerarse como contrario a la ley. Cuando simplemente es *praeter ius*, debe interpretarse ampliamente, en caso de duda, por ser una ley favorable; cuando es un privilegio contrario al derecho común, por contener una verdadera excepción, entonces, debe interpretarse estrictamente¹⁴⁸. Sin embargo, por tratarse de un privilegio, si se opta por una interpretación restrictiva ésta ha de tener sus límites, pues ha de hacerse de modo que aparezca que los privilegios son en realidad alguna gracia concedida por el otorgante.

En relación al uso de un privilegio, que ha sido concedido por ley, contiene una obligación para todos aquellos a quienes ha sido dado, y también para los demás a respetarlo, por lo que no puede

eximirse de su cumplimiento un miembro de la comunidad, ni puede renunciarlo ni en cuanto a su existencia ni en cuanto a su uso¹⁴⁹.

La ley tanto particular como general, depende únicamente de la voluntad del legislador y el pueblo no tiene facultad de renunciar a él, desde un principio, ni de rechazarlo en el transcurso del tiempo; se trata de un vínculo puesto por el legislador para el bien común, y no puede ser liberado de él por su propia voluntad¹⁵⁰. Así pues, el privilegio dado por ley no admite renuncia por parte de la comunidad, sino solamente revocación por parte del legislador, pues ello conlleva un perjuicio para la Iglesia o para otro miembro y contiene derechos para terceros, y nadie puede renunciar a derechos que no son propios.

En resumen el Tribunal de la Rota Española y el actuar conforme a la competencia establecida para España, es un privilegio obligatorio, que no puede renunciarse, ni en cuanto a su existencia ni en cuanto a su uso por ningún miembro de la comunidad y que los demás tienen obligación de respetarla¹⁵¹.

B) Prelación de fuentes

En el examen del decreto, que comentamos, debemos indicar las fuentes que son de aplicación en el régimen procesal a que se han de atener las causas españolas:

En primer lugar el artículo 41 del Motu Proprio afirma que la única normativa procesal que se admite en la Rota española es el orden judicial establecido en el Derecho canónico, cuando dice: «decidimos constituir nuevamente la Rota de la Nunciatura Apostólica... para tramitar las causas eclesiásticas según el Derecho canónico»¹⁵², por lo

147. CABREROS DE ANTA, *Estudios Canónicos*, p. 487; Cfr. *Regulae Iuris* 15 in VI°.

148. *Ib.*, p. 488.

149. cc. 72 § 3; y 69.

150. CICOGNANI-STAFFA, l.c., p. 539.

151. CABREROS DE ANTA, l.c., p. 487; L. DE ECHEVERRÍA, *Rote Espagnole*, en DDC VII Vol. 739.

152. AAS 39 (1947), p. 156.

que se excluye expresamente la aplicación de normas procedentes del ordenamiento procesal civil, el cual no actúa ni siquiera como fuente supletoria del derecho.

En segundo lugar, debemos plantearnos el problema de prelación de fuentes, ya que no son de igual rango todas las normas sino que se ha de seguir un orden de aplicación. Esta prelación guarda su vigencia en orden no sólo a las leyes existentes en el momento de su publicación, sino también en orden a las leyes, que se den en el futuro, a no ser que la ley general posterior expresamente revoque lo dispuesto en este Motu Proprio, o en una ley particular pontificia se declare expresamente derogado, o sea directamente contraria a él, o reorganice por completo la materia.

Por lo que debemos señalar el siguiente orden de prelación de las normas que rigen la Rota de la Nunciatura de Madrid:

- 1.º Las normas contenidas en el Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio.
- 2.º Las normas de procedimiento y organización de los Tribunales que hayan surgido, como reforma del código después del Concilio Vaticano II.
- 3.º El código de Derecho canónica, teniendo en cuenta las interpretaciones auténticas que se hayan hecho de él.
- 4.º Las normas que se habían dado con anterioridad al Concilio Vaticano II, para la buena marcha de los Tribunales de la Iglesia.

C) Conclusiones

Expuesto todo esto, debemos adentrarnos en el análisis de los argumentos de técnica jurídica, que nos aporta el decreto:

1.º) En relación a los privilegios, el decreto que comentamos se inclina por interpretarlos en sentido estricto conforme al canon 68 en relación al canon 50, «por tanto el consentimiento requerido, que obstaculiza que los fieles españoles usen el derecho conforme al canon 1599 § 1, 1.º, se ha de interpretar en sentido estricto»¹⁵³.

Ciertamente es diversa, como hemos dicho, de la postura de los autores, pues es frecuente, entre los de más nota, hacer la distinción entre los privilegios dados a particulares y los dados a modo de ley. Los primeros, como es normal que se den por rescripto, es lógico que se interpreten conforme al canon 68 y con remisión al canon 50, pero los autores adoptan otra postura cuando se han dado de otra forma, por ley, costumbre, etc.¹⁵⁴; aunque mantiene una sentencia contraria Michiels, que defiende que se deben guardar las normas de interpretación del canon 68 en relación con el 50, ya que el canon no distingue, y en realidad no se da contradicción teniendo en cuenta las normas de interpretación que indica el canon 19.

La interpretación de los primeros, estimamos más acertada, puesto que por su naturaleza intrínseca se trata de una ley aunque se haya dado a modo de privilegio; y en este caso viene remarcada, porque ha sido incorporado a un concordato con una motivación concreta, y toda forma de interpretación puede ser ocasión de problemas entre las partes contratantes.

2.º) La consideración de ley particular concordada tiene especial importancia y es interesante «subrayar este concepto porque de él se desprenden las normas que han de observarse en la interpretación del Motu Propio constitutivo de la Rota Española. Si este privilegio ha sido concedido por ley particular, su interpretación ha de regirse por los cánones 17, 18 y 19; si por simple acto del

153. Decreto, coram Serrano que comentamos, n. 7.

154. CICOGNANI-STAFFA, l.c., p. 515.

superior conforme a las normas de los cánones 67 y 68¹⁵⁵. Es este caso, por tratarse de una ley, se debe interpretar según la normativa establecida para las leyes, aunque no se debe perder de vista lo establecido para interpretar los privilegios conforme a los cánones 67 y 68.

En el canon 18 se establece, como regla fundamental de interpretación que «las leyes eclesiásticas deben entenderse conforme a la significación propia de sus palabras considerándolas en su texto y contexto», lo cual no está en contradicción con lo establecido en el canon 67 para los privilegios, que han de ser interpretados según su propio tenor, sin extenderlos ni restringirlos¹⁵⁶. Ambos se refieren a que en primer lugar se debe utilizar la interpretación gramatical fijando el sentido de las palabras, previo estudio crítico del texto y de sus fuentes, y sólo si éstas no fueren suficientes para eliminar las ambigüedades y dudas, pasarse a otros tipos de interpretación.

En este supuesto no nos podemos contentar con las normas de carácter general, sino que tenemos que tener en cuenta el canon 19 por tratarse de una ley particular, que supone una excepción a la norma general del canon 1599 § 1, 1.º, y por ello se ha de hacer una interpretación estricta, pero considerando que es un favor, por lo que hay que aplicar el principio de si lo odioso conviene restringir, los favores deben ser ampliados¹⁵⁷.

3.º) Es propio del derecho del demandado oponerse a las pretensiones del actor, y el que esta oposición sea por estar en contumacia o por negativa, no altera la naturaleza de lo exigido por la ley, por lo que no se puede calificar de fraude, cualquier postura que se adopte. Y en especial haciendo referencia a la contumacia, que la Re-

gla § 26, 6 de la Rota Romana¹⁵⁸ lo asimila a la remisión del demandado a la justicia del Tribunal, estimamos que la falta de la defensa, que supone la remisión a la justicia del Tribunal, no puede llevar a estimar que es una renuncia hasta el punto de dar libertad a la otra parte para apelar sin el mutuo acuerdo. Por lo que el no dar el consentimiento cualquiera que sea la causa, aún por contumacia, es únicamente el ejercicio del legítimo derecho de oposición del demandado, sin que ello cause ninguna presunción de mejor derecho de la parte presente, sobre todo en las causas matrimoniales, que miran al bien público.

IV. PROBLEMA DE COMPETENCIA ENTRE AMBAS ROTAS

Al entrar en el examen de si se podía llevar esta causa a la Rota Romana, nos parece que debemos estudiar algunas nociones de competencia y cómo se distribuyen entre ambas Rotas en las causas españolas.

A) Examen de la competencia

Antes de que un Tribunal entre en el examen de una causa debe definirse sobre su propia competencia, labor que se hace en este decreto, y que nos lleva a estudiar las bases, sobre las que se ha apoyado para afirmarla. Ello es una labor de gran transcendencia, ya que puede ser causa de que se den excepciones de nulidad del proceso¹⁵⁹. La competencia se suele considerar como la porción de jurisdicción asignada a cada Juez, por lo que objetivamente designa la esfera

155. CABREROS DE ANTA, I.c., p. 487.

156. In VIº 5, 7, 9: «Privilegium tantum valet quantum sonat».

157. In VIº Regulae Iuris 15.

158. AAS 2 (1910), p. 792-3.

159. C. 1709 § 1.

de actividad de cada uno de los tribunales¹⁶⁰, y que constituye el primer presupuesto de la sentencia de mérito.

Tiene especial interés, en estos momentos fijar la atención en la competencia de los Tribunales por razón de la función y estudiar los límites que les impone para conocer las causas: «El criterio de distinción tomado por razón de la función mira a la naturaleza de la actividad, que, acerca de una misma causa perteneciente a una esfera de potestad, debe ejercerse por varios Tribunales»¹⁶¹. Este criterio de delimitación de la competencia, que no es muy estudiado por los canonistas se deduce fácilmente del Codex y comprende principalmente el grado de jurisdicción, el remedio contra las sentencias, ejecución de sentencias y algunos otros casos¹⁶².

Este criterio funcional de determinar la competencia preceptúa seguir todas las instancias señaladas en el Derecho, marca taxativamente los Tribunales en que se ha de ver en segunda y ulterior instancia, y establece estos límites de manera absoluta, de forma que se trata de sentencias nulas si el Juez de apelación se arroga causas vistas en Tribunales que no le están sometidos¹⁶³. El seguir las líneas de apelación determinadas por la ley, se ha de considerar como absoluta, pero a ello no obsta que el Codex, conceda competencia en apelación, en algunos casos, a varios Tribunales, los cuales pueden ser a la vez causas que vistas en primera instancia ante el Tribunal de Ordinario, se pueden llevar en apelación ante el metropolitano o ante la Rota, tanto Romana como Española, si se dan las condiciones exigidas en la normativa existente.

La Rota es competente cumulativamente por norma general con todos los Tribunales de apelación en segunda instancia de la Iglesia¹⁶⁴, y

tiene competencia cumulativa con los Tribunales metropolitanos y con la Rota Española, sobre las causas vistas en los Tribunales eclesiásticos de primera instancia de España; por la normativa singular de esta nación, sólo en el caso de que haya mutuo acuerdo entre las partes. La competencia cumulativa de la Rota Romana con los demás Tribunales de apelación es un postulado fundamental de la misma estructura interna del poder judicial de la Iglesia, y revela la preeminencia y supremacía de la Romana Rota, como Tribunal universal de apelación de la Santa Sede, sobre todo los Tribunales ordinarios de apelación, que si bien pueden compartir con la Rota Romana las funciones jurídicas en grado de apelación, nunca lo hacen en exclusiva. En España, ciertamente, la Rota Romana no queda privado de este derecho a conocer en segunda instancia sentencias dictadas en primera por Tribunales de los Obispos, pero tiene alguna limitación a tenor del artículo 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, que exige para ello el mutuo acuerdo de las partes¹⁶⁵.

B) *No se trata de competencias excluyentes*

Al final del artículo 39 de Motu Proprio, se cita el canon 1599 § 1, 1.º y ello nos plantea la cuestión de si se trata de una simple aplicación de la norma general, o de una clara excepción del canon. Pues mientras éste da opción al apelante a que cuando quiera pueda recurrir a la Rota Romana, sin limitación alguna, aquél exige que medie mutuo acuerdo de las partes. Se trata de dos círculos de competencias uno más amplio el de la Rota Romana, y otro menor el de la Rota Española, pero todo él dentro de la primera com-

160. ROBERTI, *De Processibus*, (Roma 1956), p. 163.

161. *Ib.*, p. 165.

162. *Ib.*, p. 170.

163. C. 1594 § 1-4.

164. C. 1599 § 1, 1.º.

165. CABREROS DE ANTA, *I.c.*, p. 495.

petencia, y por ello la limitación en los casos españoles no es algo sustancial o absoluto.

En relación a ello, y como lo apunta el decreto, que comentamos, hay que indicar, que los motivos que dieron lugar a este Motu Proprio, no han sido causa de enfrentamiento, sino que se han negociado en un campo de mutua amistad y con el único objeto de favorecer a la nación española en un tema que tan íntimamente la afecta, ya por su sentimiento religioso, ya por el gran número de causas que se tramitan y que, ciertamente en estos años, hubieran supuesto una enorme dificultad el acudir a Roma. Por lo que estimamos como acertadamente dice el decreto: «lo que no quiere decir que la mente de la Santa Sede, tal como se manifiesta en el Motu Proprio Hispaniarum Nuntio, sea opuesta a que las causas españolas se lleven directamente en apelación a la Rota Romana, sino que la Santa Sede, no obstante la indiscutible preeminencia y suprema autoridad de la Rota Romana, benignamente concede que las causas españolas puedan tramitarse generalmente hasta su conclusión en España. Esta limitación del derecho de apelación a la Rota Romana, favorece a la parte peor dotada de recursos económicos y que tal vez por no poder costear las expensas de la apelación a la Rota Romana veríanse precisado a renunciar su Derecho»¹⁶⁶. Idea que ya aparecía en el Breve de Clemente XIV, «Administratione iustitiae celus», en el que se establecía la Rota Española: «ut... maturius et commodius in causis praedictis ius unicuique tribuatur»¹⁶⁷.

Debemos también tener en cuenta, lo que hemos dicho del carácter privilegiado de esta norma, pero el mismo tiempo que es un privilegio concedido al Nuncio en España en cuanto función y a la nación española, no para el bien privado de cada uno, sino en cuanto comunidad ecle-

sial. A lo que hay que añadir como afirma el mismo decreto¹⁶⁸ que se ha dado *ad modum legis* y que ha sido aprobado en concordato, lo cual aunque no nos lleve a pensar que puede ser objeto de litigio, puesto que se trata de un verdadero privilegio, hay que resaltar que la Santa Sede ha querido dejar bien claro, como antes hemos dicho, que la interpretación de este privilegio, aunque se dé en concordato, compete a la Santa Sede en exclusiva. Y que nos encontramos ante una interpretación judicial, que se ha de realizar aplicando la ley a un caso concreto, teniendo en cuenta todas las circunstancias, que rodean el hecho sometido a examen, y que como tal interpretación, tiene fuerza para obligar únicamente a las personas y afectar a las cosas para las que se dio. En esta interpretación hay que tener en consideración los motivos de la ley puesto que al no existir en España jurisdicción civil, que examine las causas de nulidad, sino que es competencia de los Tribunales eclesiásticos, y que, sin embargo, aquella jurisdicción tiene que ejecutar estas sentencias, hace que la limitación, que se ha puesto en el art. 39, tenga una motivación especial, por lo que hay que considerarlo dentro del enmarcado jurídico en el que se da en la legislación española, y aunque no comprende una transgresión del concordato, supone abrir una puerta para apelar con mayor facilidad a la Rota Romana.

Teniendo en cuenta todo esto, creemos que nos encontramos ante un fuero cumulativo: el del Tribunal metropolitano, la Rota Española y la Rota Romana, y ninguno de ellos elimina los demás. Lo normal es apelar al Tribunal metropolitano, pero ello no hace incompetente a los otros dos, pues se puede apelar a los otros, cuando se dan ciertas circunstancias y únicamente se puede discutir si esas circunstancias producen algún tipo de incompetencia, pues para apelar a la Rota Ro-

166. CABREROS DE ANTA, *Commentarios al Código D. C.*, (Madrid 1964), III, p. 308.

167. *Ib.*, p. 308.

168. Decreto coram Serrano que comentamos, n. 8.

mana se exige el mutuo acuerdo de las partes y para apelar a la Rota Española «graves y probadas razones; mutuo acuerdo de las partes; que dé su consentimiento el Metropolitano respectivo y que el Nuncio lo acepte, según su prudente juicio y conciencia, y en causas de nulidad matrimonial»¹⁶⁹. Estimamos que no se puede hablar de incompetencia de la Rota Romana, como luego veremos, aunque sí en relación a la Rota Española, ya que se habla de condiciones que son demostrativas de incompetencia absoluta, como el que medien graves y probadas razones, el consentimiento del Metropolitano y la aceptación del Nuncio, condiciones las tres que en realidad hacen referencia a una incompatibilidad total, sobre todo la aceptación del Nuncio, sin el que no se pueden llevar estas causas a la Rota Española.

El citar el canon 1599 § 1, 1.º en el Motu Proprio, sin que expresamente se diga que es una excepción se debe interpretar, dado las motivaciones del decreto, que más que una verdadera oposición, es una aplicación singular para España.

C) Condición «mutuo acuerdo de las partes»

Ciertamente todas las causas españolas tienen vía para apelar a la Rota Romana o a la Rota Española. Ahora bien, la normativa establecida en el Motu Proprio Apostolico Hispaniarum Nuntio, es que ordinariamente se tome la vía de la Rota Española y en un supuesto el de la Rota Romana, es decir, cuando se da mutuo acuerdo de las partes. Con ello no se cierra el camino de aquellos que quieran usar el Derecho común de la Iglesia, pero al mismo tiempo aparece claro, que dado la singular situación de España, que las sentencias de los Tribunales Eclesiásticos, tienen efectos civiles, es lógico que haya una preferencia a que no salgan normalmente fuera, por lo

que la voluntad del legislador parece tener una línea, que se siga una tramitación para España, aunque no se prejuzga la facultad de todo fiel de acudir a los Tribunales de la Santa Sede, por cuanto el Romano Pontífice tiene jurisdicción sobre todos los Tribunales y los fieles pueden apelar siempre a la jurisdicción de los Tribunales de la Santa Sede.

La normativa general de interpretación tanto de la ley como del privilegio es que se haga según la significación propia de las palabras consideradas en el texto y en el contexto y conforme a su propio tenor¹⁷⁰, por lo que la expresión «cuando mediante acuerdo mutuo de las partes», se ha de entender conforme a estas normas. Y dos son los problemas sobre los que pudieran surgir dificultades, una la extensión de la existencia o no del mutuo acuerdo y otra quienes se entienden por partes.

a) Necesidad del mutuo acuerdo.

El problema que se estudia en el decreto es sobre la existencia o no del mutuo acuerdo. El sentido gramatical o el tenor de las palabras indican la necesidad de existencia de consentimiento mutuo de las partes, de lo que se deduce, que si ésta falta por el motivo que sea, no se puede apelar, cualquiera que sea la causa de esta carencia, ni aún en el caso que dicho consentimiento no se dé para perjudicar a la otra parte.

Además estimamos, que los actos procesales exigidos por la ley, como derechos facultativos, únicamente son exigibles por el juez, pero no por la otra parte, por lo que si una parte pide colaboración a la otra, ésta no está obligada a prestarlo, y por tanto el que la falta de colaboración sea debido a mala voluntad o a ausencia, no se puede considerar, como facultad concedida al actor de que actúe de determinada manera pro-

169. Art. 38 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

170. cc. 18 y 67.

cesalmente. Cuando en este caso, se exige un acto positivo, no se puede considerar que está quitado el óbice, para actuar, si en realidad el acto no se pone, cualquiera que sea el motivo de ello.

La situación de contumacia, como se deduce de lo que anteriormente hemos dicho, no afecta en nada a que se valore de distinta forma la falta de voluntad, pues no priva al actor de los derechos que tiene para ejercitar su acción, y ciertamente no se da el consentimiento requerido. Esto tiene especial relevancia en el proceso canónico, en el que la contumacia supone una cierta pena, que se impone a quien no se presenta en juicio, por lo que la pérdida o renuncia a sus derechos habrá que interpretarse en sentido estricto y por tanto no se debe suponer que consiente más allá de lo expresamente señalado en la ley. Por otra parte se da mediante sentencia interlocutoria o decreto, que restringe derechos del ausente, y no se debe ir en la interpretación de esa sentencia interlocutoria o decreto más allá de lo estrictamente necesario para la marcha del proceso, como exige el principio de administración de justicia.

De todas formas ir una causa a Roma, supone un gravamen para el demandado, pues por principio el reo va siempre forzado a la causa, luego no se puede ampliar la interpretación del sentido estricto de las palabras en el que se contiene unas condiciones para la apelación.

El proceso contumacial, en toda su evolución histórica, ha sido una búsqueda de un equilibrio entre los derechos del actor y la obligación de cooperar del demandado, y una equitativa defensa de los derechos del demandado para que el actor no abuse de las facilidades que le proporciona la ausencia de su adversario, por lo

que debe atenerse a lo expresamente indicado, pues se da perjuicio para una de las partes.

b) *Quién se entiende por parte.*

Me parece que es interesante determinar si en la expresión «cuando mediere mutuo acuerdo entre las partes»¹⁷¹ puede entenderse por parte el Promotor de Justicia y el Defensor del Vínculo. Partes son aquellos que en el proceso piden la ejecución de una ley en nombre propio y aquellos contra los que se pide. Por lo que la cualidad de parte es una relación jurídica procesal, no una relación jurídica sustancial, aunque suele suceder que, en muchas ocasiones, subyace entre las partes una relación jurídica sustancial, pero en alguna no se da, como en el caso del Promotor de Justicia y del Defensor del Vínculo cuando en el proceso hacen las veces de parte¹⁷².

Como se trata de dos figuras distintas, el del Promotor de Justicia y el del Defensor del Vínculo, que participan en el juicio eclesiástico y tienen atribuciones propias de las partes, debemos diferenciarlas, puesto que mientras el Promotor de Justicia realiza funciones propias esencialmente de las partes, al Defensor del Vínculo, a quien sólo se confiere actuaciones para mejor llevar el proceso, no defiende derechos en nombre propio. Por lo que algunos estiman que no es parte, porque no propugna directamente intereses particulares opuestas al interés privado de los cónyuges en la relación procesal del pleito¹⁷³, y «es innegable que no hay canon en el Código, ni artículo de las Instrucciones de la Santa Sede que bajo el nombre de partes se sobreentienda al Defensor del Vínculo»¹⁷⁴. Pero a ello se puede oponer que aunque sea de forma obligatoria realiza alguna función propia de las partes, sobre todo la apelación, que es propio del *Ius accusandi* y

171. Art. 39 del M. P. Apost. Hisp. Nuntio.

172. ROBERTI, l.c., pp. 501-2.

173. DEL AMO, l.c., p. 285.

174. Ib., pp. 291-2.

ello es función de parte, y por tanto se le suele calificar como tal. Es más clara, en este sentido, la figura del Promotor de Justicia, que conforme al canon 1971 § 1, realiza la función esencial de parte, el *Ius accusandi*, comprendiendo tanto la primera acusación como la apelación, y quien, por derecho representa a las partes, cuando por tratarse de un impedimento público por su naturaleza o por ser inhábiles los cónyuges acusa de matrimonio. Y mientras de la postura del Defensor del Vínculo hay duda que se le pueda considerar como parte, no así del Promotor de Justicia, quien en ocasiones asume las veces de los cónyuges en las causas de nulidad matrimonial y actúa necesariamente en las causas criminales.

Por todo ello, parece claro, que el mutuo acuerdo requerido en el artículo 39 del Motu Proprio, no hace referencia al Defensor del Vínculo, pues aunque tenga obligación de apelar, cuando se da una primera sentencia favorable a la nulidad del matrimonio, realiza un trámite para asegurar el mejor estudio de una causa de interés público, por tanto no se trata de una facultad sino de una obligación.

En relación al Promotor de Justicia, el planteamiento parece que debe ser distinto, pues en realidad es parte, por cuanto tiene funciones principales como solicitar en juicio la nulidad del matrimonio, por tanto es propiamente parte. Pero aunque se dé esta cualidad en las causas que interviene, se puede poner en duda, que le competa el referido mutuo acuerdo de las partes, ya que el espíritu de la ley, por cuanto se ha dado en beneficio de la sociedad española y para que los económicamente débiles no sean gravados con una gran carga, parece que se concede a los particulares que litigan, no a quien ejerce la función de oficio. Sin embargo, estimo que debe compren-

derle cuando siendo acusador del matrimonio y actuando por el cónyuge inhábil, los cónyuges quieran apelar a la Rota Romana. Pues por tratarse la apelación del ejercicio del *Ius accusandi*, la parte inhábil no puede ejercer tal actuación, por lo que el Promotor de Justicia debe suplirle aún en este acuerdo de voluntades para apelar.

D) *Antecedentes*

Hasta este decreto, la postura de la Sede Apostólica y del Tribunal de la Rota Romana, no se ha inclinado a admitir causas españolas, como ha sucedido en los conflictos surgidos con motivo de los artículos 28, 29, 34 y 41 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, aunque se trata de resoluciones, que no se han publicado para haber podido crear una doctrina de interpretación.

En relación a estos artículos, sin embargo, podemos decir, que está clara la postura de la Rota Romana y de la doctrina que ha tratado el tema, no se da entre ambos Tribunales una relación de subordinación, aunque, sin ninguna duda, la Rota Romana tiene preeminencia sobre la Rota Española, pero el Motu Proprio, que restaura la Rota de la Nunciatura, expresamente calla la apelación a la Rota Romana contra sentencias dictadas por la Rota Española y habla en todos los casos de devolución a la Santa Sede, por lo que los autores con excepción de Bonet¹⁷⁵, estiman que «devolver no es apelar y Santa Sede no es Rota Romana»¹⁷⁶. Y parece que ha quedado resuelto definitivamente el asunto por una respuesta dada a la Rota de la Nunciatura en España por la Secretaría de Estado del Vaticano de fecha 22 de enero de 1954¹⁷⁷ en el que el Romano Pontífice se ha dignado disponer, que en los casos de

175. BONET, I.c., p. 552.

176. DEL AMO, I.c., p. 468, nota, 18; L. DE ECHEVERRÍA, *Rote Espagnole*, en DDC VII, col. 740.

177. Prot. n.º 419/54, Citado por DEL AMO, I.c., p. 469, nota 15.

los artículos 28, 29, 34 y 41 del Motu Proprio se deberá elevar una instancia al Santo Padre, quien decidirá oportunamente sobre el caso¹⁷⁸.

En cuanto a la problemática del artículo 39, también podemos encontrar algunas resoluciones, como expresamente dice el decreto que comentamos: una Oriolanen coram Lamas (Prot. n.º6314/55) en relación a la cual el entonces decano Jullien decía: «En el caso propuesto, la parte demandada es contumaz por lo que viene a faltar el mutuo consentimiento requerido» y por ello se rechaza la apelación hecha al Tribunal. Y hay que reconocer, que por tratarse de una resolución en la doctrina canónica no crea jurisprudencia, y es lícito con una lógica argumentación separarse de su interpretación¹⁷⁹.

Y en cuanto a la carta de la antigua Sagrada Congregación para Negocios Extraordinarios de la Iglesia de fecha 22 de diciembre de 1955 se expresaba en un caso: «conforme al citado art. 39, para que en un caso de apelación de una causa tratada en primera instancia ante un Tribunal diocesano, puede ser interpuesto ante la Sagrada Rota Romana, en lugar de ante el Tribunal Metropolitano, se exige el precedente mutuo acuerdo de las partes. Y si tal acuerdo no se da, no se puede tratar en apelación la causa ante el Tribunal de la Rota Romana¹⁸⁰. Como acertadamente dice el decreto, esta carta plantea el problema de la fuerza obligatoria y cómo hay que interpretarlo. En cuanto a la fuerza obligatoria, aunque se guarda un ejemplar auténtico en el archivo de la Rota Romana, no ha creado derecho, ya que no se ha publicado, por lo que en una recta interpretación tuvo fuerza para aquel caso en el que se dio, pero sin que haya creado una doctrina ju-

risprudencial. Sin embargo, ya aparece esta actitud, como forma de actuar de la Rota Romana, pues en las sentencias españolas suelen apuntar, que se ha recibido la apelación por llevar el acuerdo de las partes¹⁸¹, y en el índice de las sentencias del año 1964, que publica la misma Rota Romana, el anotador dice que en España rige un sistema particular de apelación en virtud del Motu Proprio Apostolico Hispaniarum Nuntio de 7 de abril de 1947, art. 39: «et quamvis Vinculi Defensor ad S.R. Rotam appellationem interposuerit. Si partium consensus vel ob contumaciam partis conventae obtineri non potuit appellatio ad S.R. Rota non procedit»¹⁸².

Estos supuestos que se han planteado, en relación al art. 39 del Motu Proprio, nos manifiestan, que aunque se refiera a unas relaciones en materia concordada, por tratarse de un privilegio, no deben valorarse más que como problema de competencia entre dos Tribunales de la Iglesia, teniendo en cuenta la normativa privilegiada del Tribunal español; y que nos encontramos ante una materia, que aún no ha sido definida, y que la doctrina no ha creado una forma de interpretación, por lo que hay que dar cauce a una mayor reflexión sobre el tema.

V. SOLUCIÓN

La solución del problema estimamos, como venimos diciendo, que no puede provenir ni de la consideración de la contumacia, pues no limita los derechos de defensa del contumaz más allá de lo que comprende la sentencia interlocutoria o el decreto por el que se le declara; ni de una estricta

178. CABREROS DE ANTA, Comentarios al Código de D. C. III, p. 311; DEL AMO, l.c., p. 469, nota 18.

179. Decr. coram Serrano, n.º 10.

180. Ib.

181. Coram FILIPIAK, 1 de febrero de 1964, Vol. 56,

D. 17, n. 1, p. 83; Coram CANALS, 27 de marzo de 1964, Vol. 56, D. 78, n. 1, p. 433.

182. SRR Decisiones seu Sententiae, 1964, Vol. 56, p. 974.

interpretación del art. 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio, por cuanto es una ley privilegiada, pues la exigencia del mutuo acuerdo no se contrarresta por la imposibilidad de conseguirlo y ello no modifica el contenido de la falta de consentimiento; ni de la renuncia del actor a la ley privilegiada para seguir la norma común, puesto que no es facultativo del miembro de una comunidad renunciar al privilegio que se ha dado a una comunidad por ley. La solución proviene, a nuestro juicio, de la función que realiza el Tribunal de la Rota Romana, en cuanto Tribunal de la Santa Sede, y que como dice Roberti: «la delimitación funcional de los Tribunales Apostólicos, esto es, la Signatura Apostólica y la Rota Romana, en relación con los Tribunales inferiores, no es absoluta, por lo que si los Tribunales Apostólicos retienen causas que de suyo corresponden a Tribunales inferiores, v.gr., si la Rota Romana juzga una causa, que le ha llegado por una cuestión incidental, en cuanto al mérito, como algunas veces se ha acostumbrado hacer, no se puede acusar de nulidad a estas sentencias, ya que estos Tribunales juzgan en nombre del Romano Pontífice que tiene una jurisdicción inmediata sobre todas las causas eclesiásticas»¹⁸³.

La Rota Romana es un Tribunal ordinario de apelación por lo que conoce en segunda instancias las causas, que llegan en legítima apelación a la Santa Sede. En este término de Santa Sede se comprende también el Tribunal de la Rota Romana¹⁸⁴, quien tiene la prerrogativa de participar del privilegio del Romano Pontífice, por lo que todo fiel puede optar por apelar al Tribunal de la Rota Romana, y éste no puede rechazar cuando mediere legítima apelación. Considerando como tal, por razón del objeto la que se hace contra una sentencia definitiva o interlocutoria¹⁸⁵, que

el derecho consienta apelar¹⁸⁶, por razón del modo dentro del tiempo establecido y demás condiciones¹⁸⁷ requeridas¹⁸⁸. Estando expresamente determinados en el Codex las limitaciones de su competencia¹⁸⁹.

En relación al artículo 39 del Motu Proprio Apostólico Hispaniarum Nuntio ciertamente no se establece una incompetencia absoluta de la Rota por razón de la función, pues si en este caso hay alguna limitación es *per accidens* no *per se*. Aún más, estimamos que no se da tampoco una incompetencia relativa y basamos esta afirmación:

— Primero, porque la Rota Romana ejerce una prerrogativa propia del Pontífice Romano, y que no ha sufrido ninguna limitación en el referido Motu Proprio.

— Segundo, el artículo 39 establece un fuero de mutuo acuerdo, el cual, por la consideración que tienen los fueros de convención de las partes en el actual código canónico hay que considerarlo como excepcional y concurrente con otros, y por tanto se debe interpretar como no excluyente de los fueros dados por el derecho común.

— Tercero, el artículo 39 dice literalmente: «que las partes tendrán íntegramente su derecho, poniéndose de acuerdo, a apelar a la Rota Romana». La forma de expresión es indicativa de la voluntad del legislador de reconocer el Derecho común de las partes a apelar a la Rota Romana pues se afirma que mantendrán íntegramente su derecho. Y en cuanto a la exigencia del mutuo acuerdo, no haberse puesto como oración condicional, es indicativo que no se trata propiamente de una condición, sino de una cierta genérica exigencia, para que las causas españolas no salgan de esta nación, pero sin que ello suponga una incompetencia de la Rota Romana.

183. ROBERTI, l.c., p. 173.

184. cc. 1598 § 1, 1.º.

185. C. 1879.

186. C. 1880.

187. C. 1881-1886.

188. LEGA-BARTOCETTI, l.c., p. 181.

189. cc. 1557 § 1 y 3; 1600 y 1601.