

Presentación de tres resoluciones del Tribunal de la Rota de la Nunciatura en España sobre temas procesales en separación de cónyuges

CARMELO DE DIEGO-LORA

Las tres resoluciones, que se dan a conocer a continuación, se refieren a temas procesales, y de aquí su presentación conjunta. Las tres han tenido como Ponente al Auditor Ilmo. y Revdmo. Sr. D. Santiago Panizo. Las tres son denominadas «Resoluciones», aunque el Código de Derecho Canónico no conozca otros actos judiciales de decisión judicial que las Sentencias, sean definitivas o interlocutorias, y los Decretos (c. 1868), pudiendo éstos, cuando son dictados incidentalmente, ser simples Decretos, o Decretos razonados —dictados tras seguir la llamada forma judicial—, según permite deducir el c. 1840. Distinción paralelamente repetida en los artículos 196 y 190-194 de la Instrucción *Provida Mater Ecclesia* (15. VIII.1936). Esta Instrucción, en su art. 73, al reseñar las funciones del Actuario, añade otras formas de resolución, si bien carentes de especificidad propiamente judicial, cuando expresamente indica: *rescripta, decreta, decisiones curare, ut ad executionem mandentur*. Vuelve por tanto a mencionarse los decretos, y se citan ahora los rescriptos, entendiéndose este tipo de actos del órgano judicial como idóneos para dictar órdenes no de naturaleza estrictamente procesal, sino disciplinarias o de organización del propio tribunal (vid. F. Roberti, *De Processibus*, In Civitate Vaticana, 1956, pp. 488-494).

La palabra «decisiones» es demasiado genérica, como la misma palabra «Resolución» que se utiliza, en estas ocasiones, por el Tribunal de la Ro-

ta de la Nunciatura Apostólica en España. Quizá hubiera sido más adecuada la denominación, para este tipo de resoluciones, de Decretos, aunque decretos fundados en razonamientos de hecho y de derecho por ser decisorios de incidentes; o bien, dada la importancia de estas resoluciones, y la terminología e intención que manifiestan los arts. 190 y 191 de la Instrucción citada, dada además la gravedad de los temas planteados incidentalmente, que se hubiera utilizado la forma más solemne de «Sentencia interlocutoria». En esto mostramos conformidad con la doctrina de L. DEL AMO en «*Las decisiones judiciales*» (Revista de Derecho Privado, Madrid, LII (1968), pp. 393-395).

Una vez salvada esta dificultad terminológica, o, quizá mejor, de nomenclatura de las decisiones que, con este texto, se publican, se ha de añadir unos comentarios a esta presentación, no carentes de algún aspecto crítico:

I. *El cambio de demanda en el proceso de separación de cónyuges*

a) La primera «Resolución» que comentamos lleva fecha de 20 de noviembre de 1976. Se pronuncia sobre el derecho de apelar de una esposa demandada, en proceso de separación conyugal planteado por su marido, de un Decreto de 8 de mayo de 1976 por el que se admitió la ampliación de la demanda, tras la contestación y reconvencción

de dicha esposa. Recurrido por ésta dicho Decreto, por otro de 28 de mayo de 1976, se declara por el Juez no haber lugar a la apelación pretendida. Esta resolución última es la que mueve a que la esposa demandada —que se opuso al Decreto de admisión de la ampliación de la demanda, de 8 de mayo de 1976—, recurra al Tribunal que ahora dicta la resolución en «incidente *de iure appellandi*» sobre ampliación de demanda. En el incidente, como es obligado en hipótesis que se refieren a cuestiones relativas a las normas procesales, es oído el Promotor de Justicia, que emite su correspondiente dictamen.

b) Desde el punto de vista de la fundamentación jurídica se plantea la «Resolución», objeto del presente comentario, el problema de si el Decreto de 8 de mayo de 1976, que admitió la ampliación de la demanda, era apelable, y expone la tesis, a *contrario sensu*, del c. 1880, núm. 6.º, de que sólo cuando el Decreto o la Sentencia interlocutoria tienen *vim definitivae sententiae*, tales resoluciones son susceptibles de apelación.

La categorización de resolución interlocutoria con fuerza definitiva ha llevado a la «Resolución» comentada a un estudio y exposición detenida de la doctrina procesal en algunos autores, unos recientes, otras de mayor antigüedad. Esta exposición le conduce a concluir y expresar un concepto de resolución interlocutoria con carácter definitivo. Viene a entender por tal aquella cuya trascendencia consiste en alteraciones sustanciales, de elementos constitutivos del proceso, de modo «que o se prejuzga la sentencia definitiva o se altera el contenido que deberá tener de acuerdo con el objeto litigioso o se produce un gravamen definitivo, que no puede ser reparado por la sentencia».

El concepto me parece satisface un deseo de necesaria precisión exigida por el tema. Aunque no lo cite como fuente legal del concepto, no deja de estar en él presente, en su último inciso, el parágrafo 2 del art. 214 de la Instrucción *Provida* de 1936. También estimamos que quizá hu-

biera sido conveniente precisar más el alcance del término «prejuzgar» utilizado, no sólo entendiéndolo en el sentido de prejuzgar hasta el punto de hacer innecesaria ya la sentencia de fondo, sino como decisión antecedente e incidental que condicionará ya, de algún modo, dicha sentencia definitiva, que es, a nuestro juicio, la hipótesis que en abstracto está contemplando, y califica de prejudicial, el c. 1632. Con esta aclaración última —quizá innecesaria en el intento de ofrecer un concepto conciso— se ha de admirar aquí la corrección con que se define lo que debe entenderse como resolución —sea decreto o sentencia— interlocutoria con carácter definitivo formulada.

c) Otro tema jurídico estudiado, en relación con la apelabilidad del decreto de admisión de la ampliación de la demanda, es el relativo al tiempo en que se propuso, es decir, si fue hecha tal ampliación en momento procesal oportuno. No podía faltar, en este caso, la cita obligada del c. 1731, núm. 1.º.

Para la «Resolución» comentada, «cambio propiamente dicho de la demanda se produce cuando se altera la sustancia de la petición del actor o cuando se altera el objeto de la controversia». Y añade, en cuanto a la oportunidad para la ampliación de la demanda, que ese cambio «es posible sólo hasta la contestación del pleito».

La doctrina jurídica ha sido proclamada, con carácter general, pero ¿qué ocurre en la hipótesis concreta en que esta «Resolución» se pronuncia? En su apartado III, bajo el título «APLICACION A LOS HECHOS», núm. 2, se esclarece la postura del tribunal judicial al respecto.

En rigor, la aceptación de la ampliación de la demanda no se resuelve por la vía de su oportunidad de planteamiento, tal como fue al parecer planteado en la fundamentación *in iure*, sino por la vía más expedita de haber sido consentida por la parte demandada y autorizada por el tribunal de instancia anterior.

Tal aceptación, y correspondientes autorización del órgano judicial, son deducidos por el Tribu-

nal rotal del «Acta de contestación de la demanda» y del escrito de la demandada, de fecha 25 de marzo de 1976, oponiéndose, al objeto pretendido en la ampliación de demanda, por varias razones: falta del requisito «*fumus iuris*», que la hace merecedora de desestimación *a limine*, o bien que se le conceda un nuevo plazo para que el nuevo libelo acusatorio sea presentado con debida fundamentación, o bien desista definitivamente de dicha acusación.

Indudablemente, aunque tantas sean las opciones con que se presenta la oposición de la demandada a la ampliación de la demanda, algo queda evidente: que no se opuso realmente al hecho mismo de la ampliación por extemporánea y tardía, es decir, que el hecho mismo del cambio, aunque disintiera sobre si la razón del cambio estaba fundada, no fue especialmente impugnado. Y que el tribunal juzgador, ante tal falta de oposición expresa al cambio, lo entendió aceptado por la parte demandada. Y así estima también, el tribunal de apelación, correcto dicho cambio.

Personalmente, quien comenta la «Resolución» no deja de experimentar ciertas dudas que aquí desea hacer patente. Sin querer entrar a fondo, que llevaría muy lejos del propósito pretendido en las presentes consideraciones, cabe preguntarse: ¿Esas palabras, *reo consentiente*, del núm. 1.º del c. 1731, para la licitud del cambio de demanda por el actor, una vez contestada la demanda, puede suplirse por el Juzgador, a través de una interpretación derivada de la conducta del demandado, que lleve a concluir por una presunción de aceptación tácita por éste? O, por el contrario, ¿dicho cambio tiene tal trascendencia para el objeto litigioso y la sentencia futura, y, por tanto, para el interés litigioso de la parte demandada, que sólo una declaración expresa de voluntad por ésta, a favor del cambio, puede legitimar la admisión de la misma por el juez?

Mas, de otra parte, el Decreto del órgano judicial sobre admisión de la ampliación de la demanda, ¿no pudo ser impugnado ante el Tribunal

de apelación por falta de causa justa para admitir dicha ampliación? Porque el papel del Juzgador no se reduce en esta hipótesis a aceptar lo que las partes declaran a favor del cambio. También él está integrado en la relación procesal y debe velar por el mantenimiento del objeto procesal en la configuración con que ha quedado delineado, tras la contestación, una vez producida la situación de *litis-contestatio*. Por esto, el papel del Juez en la admisión del cambio de demanda no es meramente pasivo, de aceptación de lo que las partes litigantes le ofrezcan de común acuerdo, sino activo y bien condicionante del cambio: en primer lugar, porque sin su autorización no puede producirse; y, en segundo lugar, porque sólo puede autorizarlo *iustus de causis*, es decir, fundadamente, con causa razonable en justicia, conveniente y querido tanto para una parte como para la otra. Y evitando a la vez cualquier perjuicio económico que pueda sobrevenir al demandado por el cambio: *salva semper reo compensatione damnorum et expensarum, si qua debeatur*. ¿Puede calificarse que hay una justa causa para el cambio de la demanda cuando el propio tribunal del incidente para la apelación, en el punto 3 de sus pronunciamientos, o parte dispositiva, considera que la ampliación de la demanda carece en su relato de aquellas circunstancias fácticas que permitan considerarla dotada de *fumus iuris*?

El Tribunal rotal de Madrid admite, en efecto, el hecho de la ampliación misma, aunque no la ampliación tal como ha sido formulada. ¿Cabe esta disociación? Se admite la posibilidad de ampliar la demanda, pero no se admite la ampliación hecha. Mas entendemos que aquella admisión era posible porque la ampliación formulada, por apoyarse en una causa justa, merecía ser atendida. ¿Cómo lo que no merece ser admitido, por falta de *fumus iuris*, puede, de un lado, vincular a una parte que, si tácitamente aceptó una determinada ampliación, no aceptó otra, aunque luego en su escrito de oposición a la ampliación propusiera diversas soluciones; y, de otro lado, vincular tam-

bién a un órgano judicial que, para admitir el cambio, había de hacerlo con base a *causa adecuada y razonable*? Estos últimos términos subrayados no son nuestros: son de L. DEL AMO que, al plantearse el tema del cambio de la demanda tras la *litiscontestatio* (*La demanda judicial en las causas matrimoniales*, Pamplona 1976), opina que, a partir de tal momento, ese cambio ya no depende del arbitrio de las partes, sino que requiere «la debida autorización del juez, quien procederá discrecionalmente examinando y ponderando los motivos que puedan justificar el cambio» (p. 78).

d) Aún cabe que sea planteado un nuevo problema, que, aunque parezca secundario y de procedimiento, merece la pena tenerlo en cuenta. Y lo merece para evitar estos interminables recursos que por vía incidental suelen plantarse en sede judicial canónica, no siempre ajustados a unos cauces legales suficientemente tipificados. Es lo que lleva, a veces, a la inseguridad jurídica y a la implantación de un cierto arbitrio en un sistema, como el procesal, que debe ser de *garantías*.

En efecto, un Decreto por el que se admite una demanda, es de por sí irrecurrible. Así se apercibe de lo que expresamente se deriva del texto de los cc. 1610 § 2 y 1709 § 3, respectivamente, que disciplinan hipótesis diversas, aunque no carentes de cierta analogía. Y esta característica no sólo se da por imperio de esos preceptos, sino también por razón del núm. 6.º del c. 1880. Y es que un decreto que afirme la competencia de un juez y que rechace la excepción de incompetencia relativa, por lo que queda por él admitida la demanda e iniciado el proceso, de análogo modo a cualquier otro decreto que se dicte admitiendo la demanda presentada, son resoluciones judiciales que abren el camino a la función de justicia en cuanto a la acción que se ejercita. Y, por tanto, difícilmente se producen, con tales resoluciones, gravámenes definitivos carentes de reparación en la sentencia futura; como tampoco modifican en nada el objeto litigioso, ya que en esa demanda comienza su determinación;

así como tampoco sientan prejuicio alguno respecto a la sentencia definitiva que en su día se dicte, que podrá adoptar todas aquellas decisiones concretas que la congruencia permita.

Todo lo contrario sucede cuando un juez se declara incompetente y deja de conocer (c. 1610, § 3) o cuando rechaza a *limine litis* (c. 1709, § 3). Y de aquí la posibilidad de apelar, dentro de los diez días, este tipo de decisiones. No compartimos, por ello, el criterio de L. DEL AMO —ob. y ed. ult. citds., p. 120—, que afirma lo siguiente: «como es manifiesto, la norma regula expresa y directamente el trámite de la no admisión de la demanda; pero vale lo mismo para la cuestión correlativa de ataque razonable contra la admisión injusta». No explica del Amo la razón de su postura, consistente nada menos que en ofrecer la misma solución para hipótesis tan dispares, que exigen soluciones sometidas a distinta y contrapuesta *ratio*.

Pues bien, el cambio de demanda, una vez que se entiende legítima, porque se estime por el tribunal que reúne los requisitos necesarios para su admisión, conforme al c. 1731, núm. 1.º, no deja de ser, en principio, un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa. El libelo de ampliación de la demanda, tal como se observa en la presente resolución, no deja de ser, en rigor, una nueva demanda que se plantea ante el mismo Juez, teniendo como sujetos activo y pasivo de la relación procesal los mismos que ya venían siéndolo en el proceso incoado. Pero se amplía con una nueva acción; si antes fueron las sevicias, ahora es además la de adulterio de la esposa. Ante el nuevo objeto procesal, derivado del cambio de demanda, del nuevo *petitum*, que es ahora la llamada separación perpetua, queda abierto el camino para que sobre él se ejerza la función judicial. Su admisión no produce efecto definitivo alguno si no se hace en perjuicio de alguna de las partes que ya están en el proceso y éstas lo aceptan. No ocurre lo mismo, en cambio, si contra la voluntad del juzgador, o de la otra parte, se logra tal ampliación. Hipó-

tesis, estas dos últimas, que no se dieron al parecer en el Decreto de admisión impugnado, pues la actual supuesta parte perjudicada se estima que expresamente no se opuso al cambio y el órgano judicial lo admitió.

Por consiguiente, el Decreto de admisión de la ampliación de la demanda, al igual que el Decreto de admisión de una demanda, es en principio irrecurrible en apelación en tales hipótesis, que son las que presupone el decreto y así lo determina al menos, expresamente, el texto legal antes citado. Por este motivo fue, a nuestro juicio, legalmente correcto el Decreto de 28 de mayo de 1976 por el que se rechazó la apelación contra el anterior Decreto de 8 de mayo de 1976, independientemente de cómo éste quedara fundamentado, ignorado para quien lee la «Resolución». La instancia, al ser admitida la ampliación de la demanda, quedaba abierta a la justicia en toda su amplitud, y la decisión era de las que, por no producir en principio perjuicio o gravamen no reparable, carecía de apelación.

Con tal motivo, la parte demandada, a la que se le rechazó la apelación interpuesta contra el Decreto de admisión de ampliación de la demanda, intenta romper —y lo logra— la clausura al recurso de la apelación que la preclusión legal le impone, mediante ese «incidente *de iure appellandi*», como lo llama la «Resolución» comentada.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, la solución que propugnamos no deja de mostrarse en contradicción con el número 1 de la parte dispositiva de dicha «Resolución», que reza así: «El decreto del Tribunal de fecha 8 de mayo de 1976 es apelable».

Nosotros hemos opinado que no lo era. Hay una contradicción evidente entre lo que el Tribunal sienta y lo que el comentarista opina. Esta opinión ninguna importancia tendría frente a una decisión judicial bien pensada, como ocurre en este caso, bien hecha, con fuerza de obligar, ¿inapelable a su vez? (¿y por qué no apelable siguiendo ese juego iniciado del recurso planteado ini-

cialmente, ante el Tribunal de la Rota española, por vía incidental?).

Pero la contradicción, aunque patente en sus resultados, es sólo aparente en cuanto a los razonamientos. El Tribunal de la Nunciatura sostiene que esa resolución es apelable por el motivo núm. 1 del apartado «III. APLICACION DE LOS HECHOS»: Un decreto que admite la ampliación de la demanda, con un nuevo título de separación, tiene *vim sententiae definitivae*.

Quien comenta sostiene otra opinión desde otro punto de vista: por importante y trascendente que sea el fenómeno de la mutación producida por la ampliación de la demanda, al ser admitida tal ampliación y abrirse la instancia judicial a un nuevo objeto del proceso, no se produce ningún efecto definitivo porque nada se prejuzga con ello; la alteración del contenido del objeto litigioso, al ser aceptado por la demandada, según la versión de la «Resolución» y por el Tribunal que lo admitió, no se hace en perjuicio de nadie. Nada hay que no se pueda reparar en la sentencia definitiva, puesto que la expectativa, ante ésta, afecta a un contenido muy amplio de peticiones, todas en condiciones de ser resueltas por la sentencia futura.

El único gravamen que de la admisión de esa ampliación de demanda puede colegirse es el del enfrentamiento del demandado con un nuevo ejercicio de acciones, frente a él planteadas, que ha influido en la modificación de un objeto litigioso que, en principio, parece que aceptó. Ahora bien, aunque no se entendiera que lo aceptaba —en cuanto se opuso luego y recurrió por vía de incidente más tarde—, sin embargo, tal perjuicio, de existir, siempre podrá ser reparado en la llamada sentencia definitiva que se dicte. Por el momento está el proceso iniciándose únicamente y abierta, a todos sus posibilidades, la función de justicia, apta para desenvolverse plenamente mediante ese planteamiento judicial. Sucede todo lo contrario en el Decreto del Sagrado Tribunal de la Rota Romana, C. LEFEBVRE, 6.IV.1974, que si

bien admite la *quaestio de iure appellandi*, lo hacía porque el Decreto de 25.VIII.1973, rechazaba la admisión de un recurso planteado. Si lo hubiera admitido, ¿se hubiera planteado siquiera el tema de la admisibilidad? (Cfr. *Ephemerides iuris canonici*, XXXI (1975), pp. 152-163).

A nuestro juicio, pues, no cabía la formulación del incidente *de iure appellandi*, pues no cumple otro servicio que el de ser medio jurídico hábil para obtener lo que no se podía por la vía prescrita de los recursos; un modo astuto —y quizá desesperado— de obtener por vía indirecta un recurso que la ley escrita niega proponer directamente. La misma «Resolución» comentada, a pesar del principio que sienta, realmente no acepta la impugnación, sino que —en el núm. 2 de su parte dispositiva— lo que acepta es la legitimidad del Decreto recurrido por vía incidental, aunque en el núm. 3 lo modifique, creando una situación aún más favorable para la parte demandada en el incidente, y actora en la causa principal, al otorgarle una nueva opción para subsanar su propio acto.

Mas nos preguntamos: ¿qué hubiera ocurrido si se hubiera revocado de un modo efectivo y real el Decreto de 8 de mayo de 1976? Simplemente que una demanda admitida por un determinado tribunal, podría haber quedado rechazada y cerrado, con ello, el ciclo procesal abierto. Y esto se habría obtenido a través de una «Resolución» incidental, es decir, mediante una vía indirecta, con lo que se hubieran conculcado los cánones relativos a admisión de la demanda, que establecen el principio de que tal tipo de decisiones judiciales no son recurribles. Pero más aún, en tal hipótesis posible, la «Resolución», al resultar denegatoria de la admisión —léase ampliación— de una demanda, sí que produciría un efecto definitivo, al causar, a la parte actora, un gravamen irreparable, pues al cerrarle hipotéticamente el camino del proceso, que le había sido antes abierto, quedaría cerrado también para ella la posibilidad hipotética

de una reparación en la ya imposible sentencia definitiva.

No, a nuestro juicio, ese decreto de admisión de la ampliación era irrecurrible, y el Decreto de 28 de mayo de 1976, rechazando la apelación, no carecía de corrección. Sin embargo, hubiera quedado sin resolver un tema: el de si indebidamente se procedió, por el Decreto de 8 de mayo de 1976, al cambio de la demanda contra la voluntad de la parte demandada y en perjuicio de ésta. Ya que no resultaba posible el recurso de apelación contra el Decreto, ¿tendría esta presunta parte perjudicada, por ese cambio que estimaba lesivo a su interés, algún instrumento jurídico que le permitiera impugnar lo acordado por el Tribunal de primera instancia, al admitir un cambio de demanda, aprobado pretendidamente contra su voluntad y en su perjuicio? Pues sí, la ley canónica posee un instrumento jurídico adecuado y específico para este tipo de impugnaciones: es el llamado *Recurso de Atentado*.

e) Como dice la «Resolución» comentada, una alteración del objeto litigioso, por el cambio de demanda, incide en el proceso produciendo un cierto efecto definitivo. Pero sólo si se hizo contra la voluntad de una de las partes en el proceso. En efecto, para la parte demandada no deja de suponer un gravamen que va a determinar incluso el contenido de la sentencia, pues, de no haberlo aceptado, se le plantea en el proceso una petición nueva, que no existía en la *litis-contestatio*. Es, pues, un efecto limitado a su situación procesal, a los derechos procesales adquiridos de la situación surgida de la *litis-contestatio*. Lo cual tiene su específica tutela procesal también. Por el contrario, si esta parte aceptó el cambio, como entiende el juzgador de primera instancia y el de la segunda también, por lo que procedieron a su aceptación y admisión consiguiente de la ampliación, no cabe hablar de que se ha producido Atentado. A la vez resultará que el Decreto de admisión —como se ha señalado— se presenta como irrecurrible.

Ahora bien, si, con postura distinta, la parte

demandada sostiene que dicho cambio se hizo contra su voluntad, el único procedimiento hábil que tenía a su favor para impugnar el Decreto de admisión de la demanda, no era la apelación de tal decreto, porque este es irrecurrible, sino la tutela específica que la propia ley procesal prevé para tales casos: el llamado recurso de atentado disciplinado en los cc. 1854-1857, independientemente de la necesidad de calificar como definitivo o no el efecto de dicho decreto.

En rigor, la función del recurso de atentado tiene, como principal objetivo, a nuestro parecer, la protección de la inmutabilidad del objeto litigioso, cuando tal cambio —lo cual sobre todo se muestra como evidente desde el momento de la *litis-contestatio*— tiene lugar contra la voluntad de una parte y en perjuicio de ella (vid. c. 1854). Todo cambio de demanda, si es esencial, por afectar a los «elementos constitutivos» de la relación procesal, al introducirse mediante la ampliación de la demanda una nueva acción y una petición concreta que el primitivo libelo de demanda no contenía, significa cambio del objeto litigioso. Así ocurrió al pronunciarse el Decreto de 8 de mayo de 1976, cuya impugnación se pretende por la vía indirecta del «incidente de *iure appellandi*». Si en rigor, por este decreto, se entendiera que fue admitida una ampliación de demanda en perjuicio de la parte demandada, con infracción del c. 1731, n.º 1.º, no será el recurso de apelación el instrumento apto para su impugnación, sino, como hemos dicho, el recurso de atentado. A este respecto, y en relación con la inmutabilidad del objeto litigioso, estimo fundamentales las pp. 97-140 de la monografía de A. QUINTELA, *El Atentado en el proceso canónico*, Pamplona, 1972.

Este recurso de atentado fue el que la parte demandada debió promover, y, dentro de la vía procesal que el mismo prevé, era el camino apto para intentar demostrar que tal decreto de admisión de la demanda podía resultar *ipso iure* nulo (c. 1855 § 1). Su razón sería el haberse dictado sin consentimiento de dicha parte y en su perjuicio.

O también sin que mediara causa justa para que el juzgador aceptara la ampliación. Esto hubiera reclamado, sobre todo, en el trámite procesal del recurso de atentado, una investigación judicial acerca del alcance de los actos presuntivos de aceptación del cambio, de los que el tribunal de primera instancia dedujo consentimiento de la demandada a la ampliación de la demanda hecho por el actor. Y, a su vez, si tal consentimiento se entendiera probado, el tribunal habría de entrar en la valoración y juicio acerca de la justa causa por la que se aprobó el cambio de demanda.

Aunque la reconvencción tenga señaladas y notorias diferencias con la ampliación de la demanda, sin embargo, si ésta ampliación influye de tal manera en el objeto litigioso fijado en la *litis-contestatio*, puede decirse, a su vez, que, desde este punto de vista, guardan entre sí grandes similitudes. Ambos fenómenos, en tales casos, pueden suponer, como dice J. GARCÍA FAILDE para la reconvencción, en Comentario a la sentencia de la Rota Romana, c. Bonet, 23.V.1953, «innovaciones» que «constituyen verdaderos atentados» (cfr. en Revista Española de Derecho Canónico, XIX (1964), pp. 429-432). El tema del Atentado, aunque por motivos diversos, no ha dejado de estar presente en las últimas resoluciones del Tribunal de la Rota de la Nunciatura en España, de las que, por su publicación impresa para ser divulgadas, hemos podido conocer (vid. Sentencia interlocutoria, de 4.XII.1972, comentada por L. DEL AMO, en Revista de Derecho Privado, Madrid, LVIII (1974), pp. 61-68; y los resúmenes de las sentencias también del Tribunal rotal de la Nunciatura en España, c. García Failde 31.V.76 y c. Aisa 2.XII.76, publicadas recientemente en Boletín Informativo de Derecho Canónico —Asociación española de Canonistas, Madrid—, Enero 1977, n.º 1, pp. 15-16 y 17-18 respectivamente).

En resumen, el Decreto de 8 de mayo de 1976, que admitió la ampliación de la demanda, a nuestro juicio y contra lo que señala la «Resolución» rotal, no era recurrible en apelación por virtud de im-

perio legal. Sin embargo, podía ser impugnado en recurso de atentado por aquella parte que se estimara perjudicada por el cambio de demanda, con base a sustentar la postura de que había sido dictado sin su consentimiento o con falta de justa causa en la apreciación hecha por el tribunal que lo admitió.

El Tribunal rotal de Madrid ha entrado a conocer, sin embargo, mediante el recurso incidental *de iure appellandi* sobre ambos extremos, es decir, tanto sobre el tema del consentimiento de la parte demandada, como sobre el de la justa causa, si bien ha concedido un plazo de quince días para que por el propio actor, que formuló su ampliación, sea presentado nuevo libelo fundando debidamente los hechos relativos a la ampliación del objeto litigioso. Mas, para pronunciarse en este sentido, ha tenido —en el n. 3 de la parte dispositiva de su «Resolución»— que disponer una decisión intermedia, que literalmente dice: «desestimamos la ampliación de demanda presentada por falta de los requisitos mínimos necesarios desde el punto de vista de la circunstanciación del objeto litigioso».

f) Si se hubiera seguido el incidente derivado del recurso de atentado, el tribunal que conociera de éste, se hubiera tenido que reducir a pronunciarse sólo por la validez o nulidad de la ampliación admitida. El c. 1855 § 2, proporciona, en estos casos, la acción de nulidad a favor de la parte perjudicada. El c. 1857 § 1, utiliza los términos revocación o purgación. Ante la aparente contradicción de ambos preceptos cabe aceptar el término que consagra A. QUINTELA —ob. y ed. ctds., pp. 191-192—, «reintegración a la situación originaria». Pero el tribunal tendría, de todos modos, que haberse reducido a la estimación o desestimación de la pretensión impugnatoria de atentado; además, de la posibilidad de imponer una condena de resarcimiento por violencia o dolo si hubiera sido pedida.

Por otra parte, del proceso de impugnación por atentado no hubiera conocido el tribunal de instancia ulterior como en el de la apelación, sino

el propio tribunal que dictó el Decreto de admisión de la ampliación de la demanda, según dispone el c. 1855 § 3; y sólo cabría, en todo caso, la excepción de sospecha, que afectaría, como es lógico, a los miembros componentes del tribunal, pero no a la competencia del tribunal mismo. La decisión de éste sería a su vez apelable como sostiene QUINTELA (*ibid.*, pp. 193-194).

Al seguirse, por la parte recurrente, el camino procesal del incidente *de iure appellandi* del Decreto de 28 de mayo de 1976, que denegó el recurso de apelación contra el Decreto de 8 de mayo —por aplicación extensiva del art. 215 § 2 de la Instrucción *Provida* de 1936—, el tribunal competente ha sido el de la Rota de la Nunciatura de España, como superior jerárquico del tribunal de la anterior instancia, más no sólo se ha juzgado sobre si procedía la apelación interpuesta, sino también, entrando en la cuestión de fondo, sobre si medió o no consentimiento en la parte demandada para el cambio de demanda; y además, en tercer lugar, se entra a resolver el tema de si tal ampliación de demanda portaba el *fumus iuris*, que la hiciera «eficazmente» admisible.

Hemos utilizado este término *eficazmente*, subrayado en su intención, porque resulta que, de un lado —en el pronunciamiento 2 de la parte dispositiva—, se admite el cambio y ampliación de la demanda, y aunque no se utiliza el término admisión, sino otros que hacen relación a la legitimidad del cambio y de la admisión decretada, el hecho es que, por tal resolución, se admite que haya cambio del objeto litigioso por ampliación de la demanda, y, desde este punto de vista, queda rechazada la petición de fondo del sujeto apelante, esposa demandada, que impugnó el Decreto de 8 de mayo de 1976. Por consiguiente, estar «perfectamente legitimado» el cambio y ampliación «en cuanto al fondo», debe entenderse como aceptación del pronunciamiento de este primer Decreto, por haber sido dictado legítimamente. Esto quiere decir, a nuestro juicio, que esa ampliación

tardía de la demanda, tras la *litis-contestatio*, se entendió posible y legítima en cuanto que la demandada, ahora recurrente, no se opuso en el momento procesal oportuno, y el tribunal, ante el que se formuló tardíamente la nueva causa de separación, la aceptó en su formulación.

Sin embargo, el Tribunal de la Rota española, a su vez, *no acepta la ampliación hecha en cuanto fundada*. Dice que, tal como se ha planteado y ha sido admitida, queda desestimada tal ampliación «por falta de los requisitos mínimos necesarios» para «la circunstanciación del objeto litigioso». Y entonces la misma «Resolución», que no ha dejado de aceptar la ampliación admitida por el tribunal inferior, para obviar esta extraña decisión, al parecer contradictoria con la anterior, vuelve —tras su repulsa— a tender un puente con el núm. 2 de sus pronunciamientos, de tal manera que, sin dejar sin efecto la ampliación ya admitida, la suspende en su eficacia por un plazo de 15 días. Plazo que se otorga para que por el actor se presente nuevo libelo, que permita, a la ampliación efectuada, quedar dotada del *fumus iuris* convincente para que produzca el efecto procesal deseado por la parte que la formuló. Plazo que, adopta un tono monitorio y perentorio, pues si transcurre sin que el actor haga la aportación de los datos necesarios, que lleve a revestir tal ampliación del adecuado y necesario *fumus iuris*, se entenderá que se ha producido un desistimiento del cambio propuesto, por lo que *resulta concedido con sometimiento a condición* dependiente de una conducta procesal impuesta al actor durante cierto plazo.

¿Cuál ha sido la razón de estos aparentemente contradictorios pronunciamientos contenidos en el n. 3 de la parte dispositiva de la «Resolución»? De la desestimación proferida en cuanto al fondo, es que «la ampliación del objeto litigioso no contiene en grado mínimo la descripción o relato de las circunstancias fácticas, que permitan considerarla dotada de *fumus iuris*», reza ese mismo n. 3; de la aceptación sometida a condición y sujeta a

plazo, consistente en exigir una actividad subsanadora a cargo del propio demandante, el hecho de que, en el n. 2, el Tribunal haya acordado que tal cambio era legítimo.

Con ello parece que se modificó, por el tribunal, el supuesto que sustentaría la parte recurrida, que suponemos quedaría reducido a negar que el Decreto de 28 de mayo fuera apelable, y, por consiguiente, que el de 8 de mayo, aceptando la ampliación, resultaba firme, e inmodificable por tanto. Tampoco se aceptó totalmente por el Tribunal aquello que el Fiscal —según resulta de la «Resolución»— pretendió del tribunal: admisión de la apelación —a lo que el tribunal accede—, y revocación del Decreto de 8 de mayo de 1976, por el que se admitió la ampliación de la demanda, a lo que el tribunal ha respondido contrariamente, aunque la decisión judicial no carezca de complejidades al respecto, en vez de ser respuesta sencilla —en este caso sería negativa— a lo que se pidió en el llamado dictamen fiscal.

Mas también suponemos que el tribunal no ha respondido al interés del recurso incidental mismo, en cuanto a la cuestión de fondo, en la medida y alcance con que lo debió plantear la propia recurrente. No conocemos, del texto de la «Resolución», los fundamentos del recurso. Sólo sabemos que se pretendía que se aceptara la apelación interpuesta, para pasar luego a la revocación del Decreto de 8 de mayo de 1976, por entender la parte apelante que había sido dictado sin que mediara su personal consentimiento a la ampliación de la demanda y sin que el tribunal de admisión invocara «justa causa» par aceptar tal admisión. Así al menos lo colegimos según cabe deducir de la lectura de la propia «Resolución».

La esposa recurrente hubiera tenido también, en su mano, para impugnar el Decreto citado de 8 de mayo, un instrumento jurídico más sencillo: el que le ofrecía el c. 1690 § 2. Precisamente J. J. GARCÍA FAILDE, en sus comentarios a «Las sentencias de la Rota Romana en 1966» (Revista española de Derecho Canónico, XXIII, 1967, p.

417), conceptúa la reconvencción como «una nueva acción independiente de la acción principal y exige, por tanto, una nueva demanda, una nueva citación, una nueva litiscontestación». Como «su admisión entraña... la yuxtaposición, a la acción principal, de una acción independiente», entiende que su admisión tardía en primera instancia, no cambia sustancialmente la demanda ni el dubio concordado referentes a la acción principal, por lo que si no cabe formularla en segunda instancia, sí es aceptable en primera instancia, incluso presentándola después de la litiscontestación. Tesis que sostiene en el comentario a la sentencia de la Rota Romana c. Bonet, de 23.V.1953, ya antes citada. La tesis así sustentada puede ser discutible, pero lo que no cabe duda es que en los procesos de separación matrimonial se presentan, de ordinario, reconvencciones por parte de los cónyuges que se ven demandados, en las que es ejercitan acciones propias de separación frente al actor, con ese carácter de acción independiente, originando, con la «nueva demanda», la nueva citación y la nueva litiscontestación, mencionadas por GARCÍA FAILDE. La propia «Resolución», objeto del presente comentario, califica de reconvencción a las causas alegadas en pro de la separación por parte de la esposa demandada.

Si tal actitud de pretensión por la demandada se califica de reconvencción, en rigor, en tal contexto, lo que la propia «Resolución» llama ampliación de la demanda no sería otra cosa que la *reconventio reconventionis*, prohibida su proposición de modo absoluto por el c. 1690 § 2. La demanda de separación del marido se basó en las sevicias, y sólo ante la reconvencción de la mujer, con base a tres causas de separación —adulterio del marido, grave peligro para el alma y sevicias—, vuelve el marido a reconvenir (?), con esa supuesta ampliación de demanda y con base a su vez en el supuesto adulterio de la mujer demandada, y añadiendo —como es lógico deducir—, a la petición de separación temporal, la de separación perpetua.

Ahora bien, ni el Promotor de Justicia, ni la recurrente parece que alegaran, en el incidente *de iure appellandi*, tal infracción legal; ni el Tribunal rotal tampoco se detuvo en este hipotético vicio procesal, que, a nuestro juicio, de haberse producido, podría haberse apreciado de oficio. Y no lo hicieron así, quizá porque entendieron que este tipo de pretensiones reconvenccionales, tan aceptados en la práctica forense canónica, no se corresponde exactamente con la figura de la reconvencción contemplada por los cc. 1690-1692, sino que encuentran su amparo legal en otros fenómenos de conexión de acciones como ha puesto recientemente de relieve P. A. PERLADO en su trabajo *¿Es posible la reconvencción en las causas matrimoniales de separación?* («Revista Jurídica de Cataluña», III, 1974, pp. 217-238).

Sea la que fuere la razón de no haberse tenido en cuenta el tema de la *reconventio reconventionis*, así como de que no se haya accedido a la petición de la recurrente en el incidente, ni totalmente a la petición final, ni siquiera a la plena confirmación del Decreto de 8 de mayo de 1976, como entendemos debió pretender el demandado en el incidente y actor en el proceso principal, cabe preguntarse lo siguiente: ¿qué criterio, en definitiva, ha seguido el Tribunal de la Rota de la Nunciatura de España en su «Resolución»?

De un lado, el criterio de no impedir que la ampliación de la demanda hecha quede sin efecto. De otro, el de ordenar que se intente subsanar el vicio de carencia de *fumus iuris* —mejor, a nuestro parecer, de *fumus boni iuris*—, que tal ampliación de demanda se estimaba adolecía, bajo la advertencia de entenderse por el tribunal desistida por el actor tal ampliación de demanda.

Es decir, a lo que aspira el Tribunal rotal de España es a proporcionar una solución práctica para que la justicia de la situación se realice de manera que ninguna causa de separación que se haya alegado en este proceso dejara de atenderse judicialmente; a la vez que, con el señalamiento del término para la subsanación del vicio, se

buscaba evitar que una causa de separación alegada pueda ser sólo motivo de complicación procesal, de dilación y, en definitiva, contraria a la economía del proceso, si no se presenta debidamente fundada.

Ciertamente, en esta «Resolución», pensamos que el tribunal ha tenido más en cuenta el que se debe acceder a las peticiones de parte para que sean juzgadas, aunque con ciertos condicionamientos, e incluso llegando a facilitar que pueda la parte subsanar sus propias omisiones, que de atenerse estrictamente a las exigencias del rigor procesal. Este de la separación matrimonial es un tema que, en anterior trabajo, tuvimos ocasión de pronunciarnos. Y lo hicimos en el sentido de entender que es un amplio sector sometido al ordenamiento canónico que merece ser tratado y sometido, a la hora de tomar decisiones, bajo la influencia de una dominante intención pastoral, más que por el de una sujeción estricta al Derecho procesal. Es el de la separación de cónyuges un campo de acción directa para los Pastores en beneficio de las almas. Como Pastores actúan los jueces eclesiásticos a la hora de ofrecer soluciones a los conflictos surgidos en este área del Derecho, pues actúan en servicio directo de las almas de los cónyuges. Por este motivo, sostuvimos en anterior ocasión [*Función pastoral y separación de cónyuges*, IUS CANONICUM, XIII (1973), núm. 26, pp. 260-284], una postura muy favorable a que estos temas sean resueltos jurídicamente en ámbitos de administración eclesiástica, y expresamos también el temor de que la competencia jurisdiccional sobre la separación de cónyuges, que contrajeron matrimonio canónico, pueda pasar a los tribunales del Estado en un futuro concordato. Temor que no deja de acrecentarse a medida que el tiempo avanza y nos vamos acercando al posible momento en que los instrumentos jurídicos, que lo contengan, terminen de ser elaborados y suscritos convenientemente. En aquella ocasión expusimos también las razones de nuestra repugnancia a esa cesión jurisdiccional, aun-

que se trate de una cesión legítima si se acuerda por las autoridades competentes.

Decía Pablo VI, en su Discurso al Tribunal de la Sagrada Rota Romana, de 8.II.1973 [AAS, LXV (1973), pp. 95-103] que, tanto «en el trabajo del legislador canónico, como en la obra del juez eclesiástico, la «aequitas canonica» sigue siendo un ideal sublime y una regla preciosa de conducta», añadiendo cómo durante la preparación del Concilio Vaticano II se había esto recordado muy claramente. Y a la vez que insistía, el Pontífice en su discurso, en el valor pastoral del *munus iudicandi*, señalaba cómo la «aequitas» era a su vez el instrumento —no ajeno al Derecho mismo, a nuestro parecer—, que sirve para corregir el «rigor iuris», encarnando, de esta manera, «las aspiraciones humanas hacia una justicia mejor». Y agregaba con rigor: «En el Derecho canónico, la «aequitas», que la tradición cristiana recibió de la jurisprudencia romana, constituye la cualidad de sus leyes, la norma de su aplicación, una actitud de espíritu y de ánimo que modera el rigor del Derecho. La presencia de la «aequitas» como elemento humano correctivo y factor de equilibrio en el proceso mental que debe conducir al juez a pronunciar la sentencia, se encuentra en las Decretales y en toda la historia del Derecho canónico, si bien con denominaciones diversas».

La cita ha sido larga, pero creemos merece la pena poner de relieve esta doctrina, ya que la materia jurídica de la separación matrimonial, por su naturaleza, es de las que gozan de mejor aptitud para ser tratada judicialmente con un criterio de mayor flexibilidad, y con la adopción de soluciones elásticas al caso concreto. Este tema de la «aequitas» canónica exige de los tribunales de justicia de una atención llena de sabiduría. La virtud de la prudencia requerida a los jueces canónicos, a este respecto, ha de ser notable. Porque no cabe confundir la función pastoral del ministerio judicial, para lo que ha de servirse el Juzgador de la «aequitas», con la desobediencia a la ley escrita o la conculcación de la misma por

las sentencias judiciales. En el III Congreso Internacional de canonistas, celebrado en Pamplona (10-15 octubre de 1976), el Card. S. BAGGIO, en el discurso de clausura, al poner de relieve «la naturaleza pastoral de la normal canónica», denunció los abusos del pastoralismo que intenta hacer olvidar el Derecho. Desgraciadamente, a veces puede contemplarse una cierta corriente jurisprudencial, procedente de algunos tribunales eclesiásticos, que, concretamente en materia de nulidad de matrimonio, parecen intentar, más que atenerse a las causas de nulidad previstas por el Supremo Legislador, a crear, por esta vía, una especie de legislación paralela, inspirada en una supuesta adecuación a necesidades contingentes de las personas en el presente tiempo, o inspirada en conocimientos científicos no sedimentados suficientemente y sometidos a revisiones y críticas muy fundadas.

En la Iglesia ha de quedar siempre la función judicial bien sujeta a la ley porque la función de los órganos judiciales queda estrictamente ceñida a la solución judicial del caso concreto, sin ser fuente general del Derecho, pues significaría atribuirse los tribunales funciones que no le han sido otorgadas por quien tiene el oficio capital en la Iglesia y concentra en su persona todos los poderes jurisdiccionales. De aquí que el ejercicio de la virtud de la prudencia requiera de un especial cuidado en este ámbito de la justicia canónica, y así poder ensamblar con acierto Ley y equidad.

El Tribunal de la Rota de la Nunciatura de España, por último, no ha dejado tampoco, en este caso, de tener presente, a nuestro juicio —y aunque no conste expresamente en la fundamentación de su «Resolución»—, el criterio admitido por el *usus fori* de los tribunales eclesiásticos españoles, de aplicar por analogía preceptos del proceso de nulidad de matrimonio a los de separación de cónyuges, siempre que tal analogía sea de posible y adecuada aplicación. Tratamiento jurídico extensivo que tuvo especial consagración en la *Respuesta de la Comisión de Intérpretes del Código de Derecho Canónico, de 8 de abril de 1941*

(AAS XXXIII [1941], p. 173), en relación con la eficacia de la cosa juzgada en causas de estado de las personas.

Permitida, por el art. 219, § 1 de la Instrucción *Provida* de 1936, la introducción *litependente* de un nuevo capítulo de nulidad, ¿hay especiales dificultades para aplicar el mismo criterio en casos de separación matrimonial? DEL AMO (*La demanda judicial...*, ob. y ed ctds., p. 83) no ve especial dificultad para aplicar tal criterio de analogía a las causas de separación, siempre que existan aquellas «circunstancias que aconsejen esa adición pedida, la cual contribuya a la economía procesal y responda a la verdad histórica de los hechos ya probados o de rápida comprobación dentro del proceso que se tramita».

El Decreto dictado por el Tribunal rotal de España, al no aceptar el escrito de ampliación de la demanda tal como se presentó, y reclamar al actor nueva presentación del libelo de ampliación de demanda en un determinado plazo, con una base fáctica suficiente para que acredite con cierta seguridad el *fumus bonis iuris* de su ampliación —que no es más que ejercicio de una nueva acción, y, por tanto, nueva demanda introducida en un proceso pendiente y en trámite—, no toma otra determinación que aplicar moderadamente —sometiendo a plazo tal aportación fundante— el art. 64 de la referida Instrucción *Provida* de 15 de agosto de 1936, aquí también aplicable por razón analógica.

No ha faltado, a esta «Resolución» rotal española, sometimiento al ordenamiento jurídico, aunque el rigor procesal haya padecido en su rígido esquema, en aras de ofrecer una solución de mayor idoneidad para que todos los problemas de la separación de cónyuges, que se plantean en concreto en un determinado matrimonio, puedan tener acogida en un sólo proceso y ser resueltos, en su día, en una sola sentencia. El bien objetivo de esta completa solución de los problemas, en un sólo *iter* procesal, es ejemplo concre-

to de cómo el espíritu pastoral puede influir adecuadamente en el proceso.

II. *Inadmisión de apelación y querrela de nulidad acumulada*

La segunda «Resolución» que se publica lleva fecha 13 de diciembre de 1976. En ella el Tribunal de la Nunciatura en España decide sobre dos temas distintos, ambos de naturaleza procesal.

El primero de sus pronunciamientos consiste en decidir la no admisión de una apelación interpuesta contra sentencia dictada por el Primer Turno rotal de fecha 11 de junio de 1976, por existir dos sentencias conformes.

El segundo rechaza también la querrela de nulidad interpuesta contra la misma sentencia, por no apoyarse, esta querrela, en ninguno de los supuestos del c. 1894, y más concretamente en el previsto en el núm. 2.º de este canon.

Ambas peticiones se formularon acumuladamente en escrito de fecha 14 de octubre de 1976, tras recorrer un largo itinerario de intentos y fracasos relacionados con la referida doble impugnación.

Nuestra intención, al exponer esta resolución de doble pronunciamiento, es ajustarnos únicamente al contenido de la misma, sin detenernos, sino lo imprescindible, en aquello que especialmente llame nuestra atención.

a) La «Resolución», respecto al primero de los pronunciamientos, realiza un estudio notable acerca de la identidad de las sentencias. Cuándo, doctrinalmente y legalmente, se produce, pues, la cosa juzgada formal, conforme al c. 1902, núm. 1.º, que otorga firmeza a la sentencia y la hace inapelable. Se ha servido la «Resolución» del criterio de la triple identidad, típico para la *exceptio rei iudicatae*, a efectos de determinar el criterio de la conformidad entre ambas sentencias, que hace a la segunda firme e inapelable.

Sin embargo, lo que más me ha llamado la

atención es la relación que establece entre *dubium*, como concreción y delimitación del objeto del proceso, y conformidad de las sentencias. La fijación del *dubium* se considera siempre de trascendencia procesal, al ser determinante del objeto del proceso, y limitar, por esta vía, el ámbito del objeto de la sentencia, es decir, condicionar su congruencia. Y, con ello, la imposición al juzgador del sometimiento más exacto al precepto contenido en el c. 1873, núm. 1.º.

La presente «Resolución» va más allá, sin que, a nuestro parecer, sea ese texto de Lega Bartocetti, que se cita —al final del n. 2 del «II. EL DERECHO», apartado A—, coincidente con dicho criterio. A nuestro juicio, este texto citado sólo enfoca parcialmente el tema cuestionado, intentando dar unas reglas para evitar en adelante los problemas que surjan en relación con la doble conformidad de la sentencia o con la cosa juzgada: que el juez se limite a satisfacer o responder *aquellos* artículos contenidos en el *dubium*. Es decir, lo que se propugna, por estos autores, es el respeto al *dubium* por la sentencia, el sometimiento de ésta a aquél, en definitiva; lo que postulan —si no nos equivocamos— es que el Juzgador dicte resoluciones congruentes con el objeto litigioso, según ha quedado configurado en el *dubium*. Así se evitarán —entienden— esos problemas futuros.

La «Resolución», por el contrario, va más allá: sienta el principio —y recojo literalmente sus palabras— siguiente: la «conformidad de dos sentencias —desde el ángulo del objeto-contenido de las mismas—, ... se producirá siempre que el objeto, tal como viene expresado en la litiscontestación-concordancia del Dubio, sea uno y el mismo en las dos».

Y añade inmediatamente: «La fórmula del dubio presta, por lo mismo, la clave de la extensión necesaria y obligada de la parte dispositiva de la sentencia».

Pienso que ambos párrafos son bien distintos. El segundo responde efectivamente a la cita de

Lega-Bartocetti que lo sigue, y juzgo a su vez que es un tema pacífico en buena doctrina procesal. Ahora bien, el que la fórmula del dubio sea la clave —y límite— de la parte dispositiva de la sentencia, no quiere decir, necesariamente —a mi juicio—, que la conformidad de dos sentencias dependa de que ambas coincidan en sus respuestas a la misma concordancia del dubio.

Esto ocurrirá cuando ambas sentencias se limitan de igual manera a ofrecer su igual respuesta al dubio. Mas, ¿qué ocurre si las sentencias resuelven sobre temas no contenidos en el *dubium*, y en relación con lo no contenido en el *dubium* ofrecen soluciones distintas ambas sentencias? ¿Son inapelables dichas sentencias porque el objeto sobre el que decidieron en distinto sentido no estaba contenido en el *dubium*? ¿Pero no cabe —ante la parcial disconformidad— la apelación limitada o parcial de la sentencia, conforme al c. 1887 § 2? La doctrina de la «Resolución» —con base a ciertos precedentes jurisprudenciales canónicos—, sería en principio negativa a estas preguntas.

No deseo, en este comentario, tomar una postura al respecto, aunque ya pudiera deducirse. Sólo intento exponer la doctrina del Tribunal rotal. Y la de éste, en la presente «Resolución», consiste en que no cabe la apelación siquiera limitada o parcialmente, porque de lo resuelto en las sentencias, que responde a su vez a lo contenido en el *dubium*, según quedó determinado el objeto litigioso, resulta existir dos sentencias plenamente conformes, independientemente de que éstas hayan resuelto disintiendo sobre otro distinto objeto litigioso no contenido en dicho *dubium*.

Entonces, ¿qué cualidad posee en la sentencia el pronunciamiento relativo a tutela y custodia de los hijos en una causa de separación conyugal? La «Resolución» comentada nos precisa que, en estas causas, «el objeto es la separación conyugal... la ruptura legal de la comunidad de lecho, mesa y habitación». Por consiguiente, deduce ser éste «el contenido directo del pronunciamien-

to: si procede o no la separación entre determinadas personas y por determinado título jurídico».

Reconoce la «Resolución» que la parte dispositiva de una sentencia puede contener elementos distintos del que constituye el objeto principal del proceso. Así ocurre con el pronunciamiento sobre costas procesales, que tiene su específico recurso regulado en el c. 1913 § 1. Sólo cuando se apela de la sentencia, será posible la apelación a su vez del fallo sobre las costas (c. 1913 § 2). Así, a juicio de la «Resolución», surge una clara distinción entre lo que es objeto de la causa principal, y lo que es objeto directo de las cuestiones accesorias. Y una afirmación tajante como consecuencia: «La diversidad en cuestiones accesorias, aun incluidas en la parte dispositiva de la sentencia, no produce diversidad de la sentencia». Sólo diversidad sobre «elementos marginales, secundarios y no constitutivos del objeto directo y principal del litigio».

Para la «Resolución» comentada, «la tutela y custodia de los hijos es una cuestión de naturaleza distinta de la separación conyugal». El tema de la tutela y custodia de los hijos —según el parecer de la «Resolución»— más que a la relación conyugal pertenece a la relación paterno-filial o familiar. No cabe, pues —dice—, confundir ambas problemáticas, pues el interés jurídico que se protege, con la separación, «se sitúa más en línea de cónyuges... que en línea de hijos». Y terminamos nuestra exposición al respecto con el siguiente argumento del Tribunal rotal de Madrid: «La tutela y custodia de los hijos es, por tanto, algo no principal en línea de separación».

La argumentación del tribunal está bien trabada, aunque no me deja de ofrecer serias dudas. Por ejemplo, la que se refiere al tema de la congruencia o incongruencia de una sentencia que decide sobre un tema no contenido en el objeto litigioso. O si la específica disposición canónica sobre el recurso contra el pronunciamiento relativo a costas, si bien por hacer relación a un tema claramente secundario y accesorio a todo proceso

de separación, al igual que a todo proceso en general —siendo, además, un pronunciamiento necesario—, sea susceptible de aplicación analógica a un tema de tanta trascendencia para los cónyuges separados, para la sociedad civil y para la misma institución eclesiástica, como es el ejercicio del poder que al tribunal otorga el c. 1132 en relación con los hijos de los cónyuges.

Por último, se ha de destacar que la presente «Resolución» cita una jurisprudencia de la que se afirma sustentar el mismo criterio en relación con este importante tema. Por consiguiente, que no hay novedad en lo que se decide. Concretamente el Decreto del Tribunal rotal de Madrid, c. López Ruyales, 9.XII.1961 (ctd. por L. DEL AMO, *Revista Española de Derecho Privado*, Madrid, XLVI [1962], pp. 690-692: con base a la afirmación de que los accidentes no se pueden separar de su sustancia, declara la no apelación del fallo contra costas, a no ser que se interponga también apelación de la causa principal (sin embargo, no excluye tal identidad de suertes, de lo esencial y accidental —a nuestro juicio y en observancia del c. 1913 § 1—, el recurso específico contra el pronunciamiento relativo a costas).

Este Decreto, citado por la «Resolución» comentada, me interesó especialmente por sentar la afirmación de que, al margen de la separación misma de los cónyuges, declarada en la sentencia respondiendo al *dubium*, los demás pronunciamientos, contenidos en dicha sentencia, son «remedios provisorios que miran a la ejecución de la sentencia pronunciada» (¿Y no son —nos preguntamos— efectos de ejecución resultantes de lo antes declarado en la sentencia, y por tanto, susceptibles de impugnación como declaraciones de voluntad del tribunal, aptas de ser apeladas o recurridas de algún modo, y evitar su ejecución, si se está en desacuerdo con tales pronunciamientos?). La sentencia —añade este Decreto— ya existe, es «jurídicamente perfecta en su género», y los otros remedios provisorios relativos a la ejecución es algo que se le agrega, «así como obligaciones mo-

dales sobreañadidas para regular las futuras relaciones de los esposos separados en cuanto al pago de las costas, abono de alimentos, guarda y educación de los hijos, y otros efectos, sean civiles y canónicos» (Sin embargo —volvemos a insistir—, todos esos llamados diversos efectos provisorios —casi tan provisorios como, por ejemplo, la situación surgida de la separación temporal misma una vez hecha ejecutiva—, ¿merecen un mismo tratamiento de secundariedad? ¿Interesan unos y otros «efectos» de igual modo a los propios cónyuges, a su situación de separados, a la misma sociedad eclesiástica? Son preguntas que me hago, las anteriores, que no creo sea este el adecuado momento para poderlas contestar quien hace estos comentarios). En cambio, lamentamos que la referencia que en la «Resolución» se hace a «SRRD, c. Lefebvre, vol. 57, p. 481, núm. 30», no haya podido ser consultada, al no manifestarse coincidentes estos datos con lo resultante en la colección *Decisiones seu sententiae* LVII (Typis Polyglotis Vaticanis 1974). De las otras resoluciones que se citan, no se indican si fueron divulgadas.

b) El segundo pronunciamiento rechaza la petición de nulidad pretendida con base a la querrela de nulidad interpuesta acumuladamente a la apelación, como permite el c. 1895. El motivo de la nulidad fue el c. 1894, núm. 2.º, es decir, *motivis seu rationibus decidendi est destituta*.

La doctrina de la «Resolución», a nuestro juicio, es irreprochable: «la nulidad de la sentencia solamente se produce cuando carece totalmente de motivaciones o si la motivación ofrecida es tal que equivale a una falta de motivación». No faltan, en apoyo de la tesis sostenida, la exposición doctrinal de autores anteriores al *Codex* como Altissimi o Reiffenstuel, así como referencias a ediciones de obras posteriores en fecha al Código canónico, como son las que se exponen de Lega-Bartocetti, o a la edición del *Ius Canonicum* de Wernz-Vidal o al manual de Roberti o a la monografía de Ghidotti. Tampoco faltan citas de juris-

prudencia rotal romana relativas a la interpretación restrictiva del tema de la nulidad.

En consecuencia, termina la «Resolución» afirmando que, independientemente del valor que puedan tener algunas afirmaciones de la parte querellante, o del hecho de que la sentencia impugnada —de 11 de junio de 1976— pueda adolecer de alguna incongruencia o insuficiencia en su motivación, son tales el cúmulo de razones que se exponen para la decisión, «que no cabe pensar en incongruencia, ineptitud o contradicción. La parte dispositiva aparece suficientemente apoyada en razones».

Por consiguiente «no procede admitir querrela de nulidad contra la sentencia..., ni tal sentencia ha de considerarse nula».

c) Por último, una referencia a ese largo itinerario que la «Resolución» describe en relación con los precedentes de la doble pretensión que la antecedieron, y del que hicimos mención al comienzo de nuestra exposición.

La sentencia que fue objeto de la presente apelación, con querrela de nulidad acumulada, se notificó el 22 de junio de 1976. La apelación, juntamente con la querrela, se presenta dentro de plazo, el 28 de junio. El 5 de julio del mismo año, el competente turno rotal, al estimar ambas sentencias plenamente conformes y fútiles y temerarias las razones que apoyan la nulidad, rechaza por Decreto ambas reclamaciones, aparte de amonestar al Abogado y al Procurador apelantes —y a la vez formuladores de la querrela—; de cuya amonestación no nos hemos hecho eco en esta exposición por considerarla tema de importancia menor y secundaria.

Nuevamente, en 14 de julio del mismo año de 1976, se vuelve a pretender del Superior Turno rotal que se tenga por admitida apelación contra este último Decreto de inadmisión de la apelación y querrela respectiva. El Turno rotal, con fecha 25 de setiembre de 1976, pronuncia nuevo Decreto rechazando la apelación interpuesta contra el Decreto de 5 de julio de 1976, pero con la si-

guiente reserva que recoge la «Resolución» que exponemos: «sin que ello obste a que pueda solicitar del Turno rotal *ad quem* la admisión de la apelación contra la sentencia de 11 de junio de 1976, juntamente con la querrela de nulidad».

No conocemos la argumentación que pudiera apoyar lo que acaba de expresarse. Por ello no comprendo esta reserva de derechos, aunque sea a ejercitar ante otro turno rotal, a fin de que se pueda plantear de nuevo una pretensión de apelación, que había sido ya rechazada en 5 de julio, y confirmada tal inadmisión en 25 de setiembre. Con estos criterios, ¿cuándo se estima agotada la posibilidad de pretender que una apelación sea admitida? ¿En qué precepto legal se apoyó el turno rotal para hacer esa reserva acerca del derecho a la apelación? ¿Qué sentido y alcance tiene entonces el c. 1603, § 1, núm. 5.º, reiterado posteriormente en el art. 17 § 2, núm. 3, *Normae speciales in Supremo Tribunali Signature Apostolicae ad experimentum servandum post Constitutionem Apostolicam Pauli PP. VI Regimini Ecclesiae Universae*, 23 enero 1968? ¿Es que esta norma sólo es aplicable a las inadmisiones de apelación del Tribunal de la Rota Romana, y el de la Nunciatura de España tiene otro régimen de recursos en esta concreta problemática? Porque ateniéndonos estrictamente al *Motu Proprio* PP. Pío XII *Apostolico Hispaniarum Nuntio*, 7.IV. 1947 (AAS XXXIX [1947], p. 155), no vemos para este tema una regulación específica como se hizo, por ejemplo, en su art. 28, con la excepción de sospecha. El Decreto SRR c. Lefebvre, 9.III.1974 (*Ephemerides Iuris Canonici*, XXXI [1975], pp. 148-152) ha dejado clara la posibilidad de acudir, con base al citado c. 1603 § 1, núm. 5, al Sagrado Tribunal de la Signatura Apostólica cuando median dos sentencias conformes de la Sagrada Rota Romana, y esta segunda ya es inapelable ante el mismo tribunal.

Pensamos que hubo una excesiva condescendencia por aquel turno rotal al hacer dicha reserva de derechos tan inexplicable, a pesar de las

amonestaciones que se le unieron. Contemplamos ahora, otra vez de nuevo, a un apelante —que tiene en su contra ya dos Decretos por los que se le rechaza la apelación— presentando su recurso ordinario nuevamente con fecha 14 de octubre de 1976. No conocemos, por la «Resolución», la fecha en que a esta parte apelante se le notificó el último Decreto, pero, desde luego, nos vemos sorprendidos, no ya sólo por la reserva antedicha de que se admita, ante un turno *ad quem*, la apelación, sino que ésta consiga producir el efecto de su admisión, cerca de los cuatro meses transcurridos desde que se notificó la sentencia —22 de junio—, que ahora en 14 de octubre se apela de nuevo y se admite su interposición. ¿Qué valor tiene, pues, el plazo de apelación del c. 1881, que, además, por imperio legal (c. 1634 § 1), resulta ser perentorio?

La apelación no podía admitirse porque resultaba —tras esas inadmisiones precedentes— fuera de plazo, y el tribunal que hizo la reserva del derecho carecía de facultades para hacerla. Si no fuera así, ¿en qué precepto legal se apoyó al concederla? Por tanto, la querrela de nulidad subsanable no podía seguir ya la suerte de la apelación. Y, sin embargo, como se admite esa apelación tardía y excedentaria, también se admite indebidamente la querrela de nulidad que se le acumula. Ciertamente que tanto la una como la otra no han prosperado, en esta «Resolución» de 13 de diciembre de 1976, mas no por la razón que aquí denunciábamos, sino por los motivos de fondo —si bien sean de naturaleza procesal— en que ambas pretensiones se apoyaban, los cuales fueron desestimados.

También la querrela de nulidad, amparándose en esa concedida reserva de derechos, ha resultado interpuesta bien pasados esos tres meses que el c. 1895 establece para la querrela que se presenta aisladamente de la apelación. Si se hubiera seguido el criterio riguroso de entender que esta demanda de apelación, de fecha 14 de octubre, no procedía ser admitida, por el turno rotal, por exis-

tir dos decretos rechazándola, tampoco hubiera sido admitida la querrela de nulidad acumulada a la apelación. Entonces, sólo hubiera sido posible presentarla separadamente, pero, en tal caso, habría también precluido sus posibilidades de planteamiento por haberse agotado el plazo improrrogable de tres meses previsto para estas hipótesis.

La «Resolución» comentada ha decidido acertadamente los temas propuestos en fecha 14 de octubre de 1976; ha mantenido también la amonestación impuesta, por el anterior turno rotal, al Abogado y al Procurador de la parte apelante, y a su vez querellante de la nulidad. Mas yo me pregunto si con un más estricto rigor procesal, en la admisión de estas impugnaciones acumuladas, no hubiéramos evitado esta misma «Resolución» que se comenta..., y además si se hubiera logrado el mismo resultado.

III. Ejecución de sentencia y congruencia.

La tercera «Resolución» que se publica lleva fecha 19 de enero de 1977.

En esta ocasión, el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España, ha redactado una diáfana exposición de su fundamentación jurídica y de los fundamentos fácticos, que le llevan a unas conclusiones de gran coherencia en su parte dispositiva, aunque éstas no dejen de ofrecer algunos problemas. El mejor elogio que podemos hacer, de esta claridad, es remitir al interesado a la lectura directa del texto judicial.

a) Se plantea el problema de la interpretación de un fallo de sentencia de separación matrimonial, concedida por tres años, porque se le había añadido una cláusula, adjunta al mismo texto del pronunciamiento, que decía: «Y al término de ellos, el esposo deberá haber ofrecido garantía suficiente de que ha cesado la causa en que se funda el derecho de la esposa a la separación».

Al objeto de resolver el problema interpretativo planteado, la «Resolución» estudia teoré-

tica y legalmente el tema del cese de la situación jurídica de separación, cuando haya transcurrido el plazo fijado por la sentencia, y se pronuncia, en tal caso, por el automatismo en el restablecimiento de la comunidad de vida.

Es decir, la sentencia que establece una situación jurídica de separación de cónyuges por un tiempo determinado, exige de una ejecución de tracto sucesivo, cuyo término significa el agotamiento de las posibilidades ejecutivas de dicha sentencia, y los cónyuges tienen de nuevo en su poder el derecho a reclamar la restauración de la comunidad de vida, y se engendra a su vez el deber de llevar a cabo aquella actividad que la reintegre a su situación matrimonial originaria. La constitución jurídica creada por la sentencia de separación temporal cesa automáticamente, viene a decir la «Resolución».

¿Qué significa, entonces, para el Tribunal rotal de la Nunciatura de Madrid, la cláusula antes citada? Cabe dos interpretaciones, dice: o separación por tiempo, *absolute*, de tres años, o condicionamiento de este plazo a que el esposo ofrezca la garantía suficiente de que cesó la causa de la separación.

La «Resolución» se pronuncia por la relación temporal *pro exacto tempore*. Entiende que la fijación del plazo por la sentencia de separación es tajante.

Pero se hace necesario interpretar la cláusula añadida a la limitación de plazo, pues, en otro caso, podría pensarse que se está ante una sentencia de separación temporal con doble vertiente: por un lado, fijación de un plazo tajante, que ambos cónyuges conocen y les obliga; de otro, la prolongación indeterminada de la constitución jurídica de separación conyugal, pendiente de la voluntad y posibilidades del cónyuge culpable, que ha de prestar una garantía suficiente, que le otorgue el derecho a obtener del juzgador el cese de la constitución jurídica de separación. Suficiencia que el órgano judicial habrá de estimar prudentialmente. Se convertiría a partir de los tres años,

una vez agotados en su tracto temporal, en una sentencia de separación virtualmente indefinida, aunque pendiente de cumplimiento de condición resolutoria, previa aceptación, de dicho cumplimiento, por el juzgador.

Seguir esta segunda solución pienso que podría haber supuesto para el tribunal conculcar una sentencia que señala con claridad un plazo perfectamente delimitado. Por otra parte, decir que estábamos ante una sentencia de separación por tiempo indefinido, pendiente de la condición de prestar fianza suficiente de la cesación de la causa, hubiera hecho innecesaria la determinación del plazo.

Por eso, el Tribunal rotal atiende principalmente al plazo señalado de modo inequívoco. Y entonces, a su entender, estima que si la sentencia ordena que «al término» de los años de la separación acordada, «el esposo deberá haber ofrecido garantía suficiente de que ha cesado la causa en que se funda el derecho de la esposa a la separación», lo que ha de entenderse es que si cesó la causa de la separación debe reanudarse la convivencia conyugal; si, por el contrario, no ha cesado, no significa que pueda a continuación pasarse a un pronunciamiento de separación por un plazo ulterior o por un tiempo indefinido, porque esto requeriría de «un nuevo planteamiento procesal». Esto es lo que siguiendo a Miguélez viene a entender, con carácter general, J. L. SANTOS DÍEZ, «*Disolución y separación del matrimonio*», en la obra conjunta de los Catedráticos de Derecho Canónico de las Universidades españolas, «*Derecho Canónico*», Pamplona 1975, pp. 540-541, cuando afirma lo siguiente: «Si la separación ha sido decretada por sentencia judicial, lo normal será que una nueva sentencia declare la cesación de la causa de separación, pues el estado jurídico dimanante de sentencia judicial no puede ser alterado si no es mediante otra sentencia judicial de tribunal competente». Tal doctrina ha necesariamente de matizarse con la doctrina que con claridad sienta A. BERNÁRDEZ CANTÓN —«*Curso de Derecho matrimonial canónico*», Madrid 1966, p. 420— cuando precisa que si la separa-

ción decretada por la autoridad eclesiástica —y lo mismo se ha de aplicar para el caso de una sentencia judicial— es «por tiempo definido el restablecimiento del régimen conyugal está condicionado al transcurso del plazo señalado».

El Tribunal de instancia del Arzobispado dictó Decreto de fecha 16 de octubre de 1975, transformando en indefinida una separación concedida —en sentencia de 27 de febrero de 1971— por tres años, a la que se añadió una cláusula de difícil interpretación. Lo más, a lo que hubiera podido acceder el Decreto recurrido —a nuestro juicio—, era a no dar por ejecutada la sentencia, a pesar del transcurso del plazo de tres años, por entender que no habían cesado las causas que dieron motivo a la separación, o por no haber ofrecido el esposo la garantía suficiente de que cesaron esas causas. Y, por consiguiente, que continuaba en suspenso la vida conyugal y prolongada la actuación jurídica de separación mientras no se cumpliera con el condicionamiento que, para su terminación, se había impuesto el esposo.

A pesar del contenido de la sentencia, el Decreto, dictado en un indudable trámite de ejecución de sentencia, destinado a comprobar si aquella había agotado o no su tracto temporal ejecutivo, comprobación que sólo el tribunal que dictó el decreto ejecutorio podría verificar —pues lo que pide, en definitiva, el esposo es una certificación de haberse cumplido el plazo de separación—, lleva al tribunal, que recibe dicha solicitud, a decidir nada menos que la elevación de la separación temporal, acordada por sentencia, a separación indefinida. Incurre, pues, en una flagrante incongruencia, tal decreto, con la sentencia cuya ejecución debió limitarse a constatar. El tema de la incongruencia de la sentencia ha sido objeto de atención reciente por la jurisprudencia rotal del Tribunal de la Nunciatura en España. Basta ver las exposiciones de L. DEL AMO, en relación a diversas decisiones rotales, en «Revista de Derecho Privado», Madrid LII (1968), pp. 1115-1124; LV (1971), pp. 690-701; y LVII (1973), pp. 1046-

1052. Aunque enfocadas en relación con el contenido de las sentencias y los pedimentos de los sujetos litigantes, es decir, en la adecuada respuesta a lo pedido —conforme también al c. 1873, § 1, núm. 1.º—, no repugna, sin embargo, que este concepto se extienda a todo fenómeno de interpretación de la sentencia que tienda, en fase ejecutiva, a proporcionarle una extensión o unos contenidos dispositivos que no contenía, o reducirle, por el contrario, el pleno efecto de sus pronunciamientos. Y esta posibilidad, de que pueda plantearse ante el órgano judicial, es perfectamente compatible, a nuestro parecer, con la naturaleza administrativa que la ejecución de sentencia tiene para el ordenamiento canónico (Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, «La ejecución de sentencia y sus aspectos civiles», Revista española de Derecho Canónico, XXVI (1970), pp. 280-328.

La apelación del Decreto es planteada, por consiguiente, por el esposo, quien se presenta como perjudicado por la novación que el Decreto supone en relación a la sentencia, a la que había de ajustarse el tribunal en todo momento. Y la impugnación del referido decreto —aunque expresamente no se recoja en la «Resolución» del Tribunal rotal— suponemos que debió formularse pretendiendo solamente su revocación. Pues quien había solicitado un certificado del cumplimiento de la sentencia, se encuentra con el perjuicio de un decreto de separación indefinida que no es pensable pudiera pretender jamás. Su interés legítimo, para apelar de este decreto, era evidente, según el c. 1879. Y que se trataba de un decreto que producía efecto definitivo, conforme al c. 1880, núm. 6.º, apelable por ende, era más evidente aún.

Con tal apelación, el *dubium* quedó fijado simplemente sobre la disyuntiva de si procede ratificar o no el referido Decreto de 16 de octubre de 1975. Y la respuesta de la «Resolución» del Tribunal de la Rota de Madrid, no podía ser otra: debe quedar sin efecto.

Y, por consiguiente, habida cuenta de las ra-

ziones antes expuestas, se declara, en segundo lugar, que los cónyuges, al cesar automáticamente la separación judicial concedida, por haber transcurrido los tres años para los que se otorgó, se encuentran «desde el punto de vista sustantivo conyugal», en condiciones de «normal» matrimonio.

Por último, hay un tercer pronunciamiento ordenando que se retrotraigan «las cosas al estado en que se encontraban» en la fecha en que el apelante solicitó del tribunal inferior la certificación del cese de los efectos de la sentencia.

Con estos dos últimos pronunciamientos se entiende que responde la «Resolución» al interés de la parte apelante, en cuanto fue también quien promovió, con su solicitud, el procedimiento que dio lugar a que se dictara el Decreto apelado. De manera que, en la «Resolución», no sólo se resuelve sobre lo que fue objeto litigioso según el *dubium* —formulado el 6 de julio de 1976, en la apelación planteada ante el Tribunal rotal— es decir, si era o no ratificable dicho decreto—, sino que se decidió sobre los extremos que, una vez éste revocado, se estimaban contenidos en la solicitud que lo había promovido.

¿No estaban esos pronunciamientos en el objeto litigioso definido como fórmula de dudas? Habían de estar al menos implícitamente. La doctrina reconoce dos formas distintas de producirse la *litis-contestatio*: la solemne y la simple (El valor de esta distinción es sólo externo, por el modo de ser determinado el *dubium*, pero no hay duda de que resulta haber dos formas de expresarlo: Vid. M. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, III, Madrid 1974, pp. 501-502).

La primera exige, conforme al c. 1728, ser plasmada mediante la concordia de las dudas en la propia causa y luego el Decreto judicial la sancionará (c. 1729, §§ 2 y 3). La simple surge de la propia contestación, cuando conste de la comparecencia y alegaciones, realizadas según el c. 1727, *qua de re agatur seu quinam sint controversiae termini*.

En esta apelación, que dio lugar a la «Resolu-

ción» que damos a conocer, el Tribunal rotal fijó solemnemente la fórmula de dudas en relación con el Decreto impugnado. Pero en ella latía implícitamente que si tal decreto era revocado, el tribunal se habría de enfrentar con tener que decidir sobre lo que simplemente había quedado determinado como objeto de la petición que provocó la actuación del tribunal *a quo*. A esto respondió el segundo de los pronunciamientos de la «Resolución», aunque no llegara a sus últimas consecuencias.

Y un tercer aspecto conclusivo tenía que afrontar seguidamente el tribunal por la misma naturaleza de los objetos litigiosos, tal como habían quedado planteados y resueltos: el valor de las actividades procedimentales (*acta processus* llama a este tipo de actividades el c. 1642 § 1, frente a los *acta causae*) realizadas por el tribunal de instancia precedente, a partir del escrito presentado por el marido en fecha 18 de marzo de 1975, pidiendo la certificación del cese de los efectos de la separación temporal antes acordada.

Contemplando *los diversos pronunciamientos* de la «Resolución» y siguiendo su propia ordenación, que es, al mismo tiempo, su propio orden lógico, se observa: *primero*, que se deja sin efecto el Decreto por el que se declaró separación indefinida *la que* por sentencia había sido declarada temporalmente limitada; *segundo*, la necesidad de adentrarse, tras aquella revocación, en la interpretación del pronunciamiento de la sentencia de separación, lleva al Tribunal rotal a pronunciarse por la cesación automática de la situación de separación conyugal; y *tercero*, si la sentencia de separación temporal había cesado en sus efectos, y quedó agotada por tanto toda posibilidad de ejecución, ¿qué alcance podía tener el escrito de solicitud de fecha 18 de marzo de 1975 en petición de que se le expida al marido solicitante, y vencido por el proceso de separación, una certificación de ese cese ejecutivo de la sentencia?

De este tercer pronunciamiento de la «Resolución» se aprecia que, para el Tribunal de la Rota española, toda la actividad procedimental genera-

da con posterioridad a dicha solicitud había sido inadecuada, y, por tanto, improcedente, inútil.

Llega a decir: «debiera haber partido de la situación real de los cónyuges al haber cesado los efectos de la sentencia de 27 de febrero de 1971; situación conyugal de no separación legal».

Por consiguiente, la decisión correspondiente es ordenar que se retrotraigan todas «las cosas» —la actividad procedimental, podríamos quizá indicar para mayor claridad— a la fecha en que el marido solicitó la certificación citada. Mas, tal declaración, ¿no significa una declaración de nulidad de todo lo actuado?, nos preguntamos. Pero esta pregunta nos sitúa ante los aspectos procedimentales que la «Resolución» contiene, y ésto lo trataremos —por razones de claridad metodológica—, a continuación, por separado.

b) Pasados los tres años de la separación acordada por la sentencia, que fue firme y ejecutiva, el marido acude el Tribunal de la Archidiócesis solicitando se le expida certificación de haberse cumplido dicho plazo. La razón era porque habiendo acudido al tribunal civil, pidiendo la reanudación de la vida conyugal, este órgano de justicia requiere del marido que le acredite haber ofrecido la garantía establecida por la sentencia canónica de que ha cesado la causa de la separación. Garantía sobre la que había de certificar el órgano judicial en sede de jurisdicción eclesiástica.

Este tribunal eclesiástico, ante la solicitud referida, procede a su arbitrio, sin sujetarse a formas procesales conocidas. No se atiene siquiera a los trámites propios de los incidentes (cc. 1837-1841), y termina por pronunciar ese Decreto, que luego fue recurrido en apelación ante el Tribunal rotal y que éste, en la «Resolución» comentada, ha dejado sin efecto por otorgar más de los que la sentencia concedía.

Uno de los temas que nos ocultan los cc. 1879-1891 es realmente el trámite a seguir en la apelación, una vez que ésta ha sido interpuesta y seguida debidamente. La unidad procedimental —no absoluta, pero sí de muy amplio alcance— del pro-

ceso canónico, permite que, en general, se siga en la práctica el mismo trámite que el de la primera instancia, si bien con mayor celeridad y simplificación. Esto viene fundamentalmente condicionado, de un lado, por la limitación temporal de un año de duración al procedimiento que impone el c. 1620 para la segunda instancia (y ulteriores, se ha de entender); y, de otro, porque los autos se remiten, por copias o en original, con tales garantías (vid. cc. 1643 y 1644) al Tribunal Superior, que en éste se hace innecesario reproducir una prueba ya practicada en instancia anterior, y sólo cuando se presentan documentos nuevos y pruebas nuevas, se produce la eventualidad de practicar pruebas en esta instancia ulterior, si bien con las limitaciones prescritas por el c. 1891, § 2.

De manera que si el trámite fue el del proceso ordinario, se seguirá en la segunda instancia las normas del contencioso ordinario. Si fue el de incidentes, la tramitación seguirá también las normas propias del proceso incidental. En ambos casos, imprimiendo mayor aceleración a la actividad procedimental, y con supresión del período probatorio si no se aportan nuevas pruebas en la segunda instancia.

Mas, en nuestra hipótesis, parece que el Tribunal rotal siguió el trámite de incidentes, al tomar la decisión del tribunal la forma de «Resolución», aunque no se utilizara exactamente el nombre de Decreto; se planteó un contradictorio en que la apelada se remitió a la justicia del tribunal; quedó fijado el *dubium*, y abierto el período de pruebas las partes no proponen ninguna. Por último, se dice en la «Resolución» que hubo dictamen del Promotor de Justicia, actuación necesaria por versar la apelación sobre cuestiones de orden procesal (vid. art. 16 de la Instrucción *Provida Mater Ecclesia*). Indudablemente, el olvido de un *modus procedendi* conforme a la ley procesal, en la primera instancia, no puede servir de antecedente que determinara el trámite a seguir en la apelación.

En los fundamentos de Derecho de la «Resolu-

ción» no se hace referencia a las normas procedimentales seguidas por el Tribunal de la Archidiócesis que conoció de la instancia anterior: sólo se recogen unas alegaciones sobre el tema, procedentes del apelante, en las que se denuncian las graves anomalías de la conducta procesal del tribunal *a quo*. Anomalías que son rechazadas muy acertadamente por el tribunal de apelación en el apartado 2 de sus fundamentos jurídicos, sin que vuelva ya sobre ellas en adelante, y sin que se pronuncie, en este apartado, sobre los defectos de procedimiento, que son los que importan y los que el tribunal de apelación no va a dejar de tener en cuenta en sus pronunciamientos.

Este tema del vicio de procedimiento seguido por el tribunal inferior hasta dictar su Decreto, no es objeto de consideración por el de la Rota española hasta el último apartado de sus fundamentos de hecho. Mas lo hace con una estimable prudencia, no señalando los vicios de procedimiento, sino, por el contrario, indicando positivamente cómo debió actuarse.

El Tribunal rotal ha entendido previamente que averiguar el alcance de la cláusula, añadida a la sentencia de separación por tres años, exige de «un nuevo planteamiento procesal», por convertir una separación por tiempo definido en indefinido, lo que «precisa de un nuevo proceso ordinario y completo, que puede llevarse a cabo ciertamente en forma muy sumaria... pero que ha de contener todos los elementos esenciales del proceso en cuanto se requieren para la validez del mismo». No cabe extrañeza, pues, que en ese apartado último señalado, relativo a los Hechos, diga cómo procedía actuar ante la petición del solicitante y luego parte apelante: «Debió tramitarse un proceso contencioso ordinario y concluirse por medio de sentencia como es obligado en España para que la separación surta efectos civiles».

Y por este camino se desenboca en el núm. 3 de los pronunciamientos de la «Resolución». A saber, retroacción de «las cosas» a la fecha de presentación de la solicitud de apelante ante el tri-

bunal inferior; necesidad de verificar la cláusula contenida en el fallo de la sentencia, antes de acceder a la petición del solicitante, sobre expedición de certificado acerca del cese de los efectos de la sentencia; y acuerdo de que, a partir de tal petición, se proceda en contradictorio a fin de que se pronuncie nueva sentencia sobre si cesó la causa de separación, o si dicha causa ha de considerarse permanente, y si la separación habrá de prorrogarse «por tiempo determinado (sería mejor hablar de nueva concesión) o se dicta por tiempo indefinido». Así, al menos, entendemos este pronunciamiento 3.º de la parte dispositiva de la «Resolución» comentada.

La apelación, como tal, ha agotado todas sus posibilidades, pero, sobre todo —a nuestro entender—, ha servido de vehículo a una nulidad pretendida de actividad procedimental efectuada por el tribunal de instancia inferior. Ha venido a cumplir la función propia de un incidente de nulidad —más que apelación— de actuaciones, planteado ante instancia superior del tribunal que incurrió en la nulidad. La causa de la nulidad ha sido la incongruencia de este inferior tribunal al pronunciar un decreto dirigido a interpretar una sentencia, modificándola en perjuicio del propio solicitante, yendo más allá —*ultra petita*— de lo que la sentencia constituía, y sirviéndose —para efecto tan novador y trascendente— de un procedimiento arbitrario, nulo radicalmente por no responder a ningún sistema de ordenación procedimental reconocido en la Ley canónica.

Por esta vía no explicitada de la nulidad, sirviéndose de una apelación, se evitó a su vez la *querela nullitatis*, lo cual no dejó de ser acertado habida cuenta de que los vicios que hacían nulo el Decreto dejado sin efecto, así como la actividad procedimental que lo antecedió, no respondían a ninguno de los supuestos de los cc. 1892 y 1894.

Sobre el problema de la amplitud o restricción con que estos dos cánones han de ser interpretados en relación con otros fenómenos ajenos a ellos, pero causas posibles de nulidad también, tuvimos

ocasión de pronunciarnos en nuestro anterior trabajo «*La Jurisdicción y su ejercicio extraprocesal; la nulidad procesal*», «IUS CANONICUM», X (1970), pp. 465-528. Allí hacíamos referencia a obras generales como las de Roberti, Lega-Bartocetti, etc., así como a las conocidas monografías sobre el tema de la nulidad de O. ROBLEDA y E. GHIDOTTI. Recientemente hemos podido observar un Decreto de la Rota de la Nunciatura en España —c. García Failde—, dado a conocer por L. DEL AMO en «Revista de Derecho Privado», Madrid, LVIII (1974), p. 66. Sobre la admisión de la acción de nulidad junto con la apelación: «Lo apelado —se dice— constituiría la causa principal, y la acción de nulidad un incidente». En un Decreto de la Rota española, de 5.II.1973 —asimismo publicado por L. DEL AMO, en «Revista de Derecho Privado», Madrid, LVIII (1974), páginas 261-263—, se rechaza la querrela de nulidad por incongruencia *ultra petita* de la sentencia. Luego, según el orden lógico de la sentencia, se entra en el tema de la formulación del dubio de la apelación.

También J. GARCÍA FAILDE, en comentarios a sentencias de la Sagrada Rota Romana —publicados en «Revista Española de Derecho Canónico», XX (1965), pp. 117-121— estudia el problema de si es cuestión prejudicial el tema del carácter exhaustivo de los cánones relativos a la nulidad. Pero el comentario de este autor interesa aquí especialmente por exponer una relación de autores y de sentencias de la Rota Romana, clasificados ora por la postura afirmativa, ora por la negativa (páginas 120-121), que muestra un resumen muy completo y compendiado de las diversas corrientes de opinión en este tema. El mismo se pronuncia en un sentido muy favorable a la opinión afirmativa.

La nulidad encubierta permitió, de una parte, dejar sin efecto el mencionado Decreto, y retrotraer «las cosas» a la fecha de presentación de la solicitud del cese de los efectos de la sentencia.

La apelación expresa, en cambio, permitió, de

otra parte, pronunciarse sobre la interpretación del fallo de la sentencia de separación, y sancionar su cese automático por transcurso del plazo explícito y taxativo de concesión.

Hasta aquí de acuerdo con la «Resolución». Las dudas que dejo formuladas son las siguientes: La de si esa nulidad encubierta y a la que, en definitiva, se accedió por el Tribunal rotal, retrotrayéndose todas las actuaciones al momento de la presentación del escrito del esposo, permite convertir, por decisión judicial, la voluntad de éste, de mero solicitante que fue en petición de una certificación, en actor de un proceso ordinario, como parece decidir el núm. 3 de los pronunciamientos de la «Resolución». ¿No hubiera sido más ajustado responder exactamente a lo que se pedía en aquella solicitud, aunque fuera denegándola?

La otra duda es la de si esa expresa apelación, por la que se llegó a interpretar el fallo de la sentencia de separación, en uno de sus aspectos —el más tajante y preciso—, no obligaba al tribunal, ante el que se había solicitado la certificación de que transcurrió el plazo acordado por la sentencia de separación, a ordenar una certificación en tal sentido, independientemente de la posible interpretación de la cláusula añadida, según permita una futura separación indefinida, o una nueva prórroga limitada por medio de un nuevo libelo de demanda, un nuevo proceso y una nueva sentencia; cuestión esta que, en principio, no deja de mantener en situación de suspensión lo que se dice automáticamente extinguido.

En uno y otro caso, en rigor, el Tribunal rotal, habida cuenta de los diversos aspectos de su «Resolución», ¿no ha venido acaso a decidir algo que ya estaba decidido: que la sentencia de separación temporal se constituyó con un plazo limitado de tres años, que ha sido ya cumplido; y, por otro, la efectiva prolongación en su permanencia mientras no se ofrezcan las garantías de que, por el esposo culpable, se asegure que cesa la causa origen de la separación? ¿No se está verdaderamente dilatando esa reintegración a la comunidad de vida

conyugal, a pesar del reconocimiento de su automática cesación, si no se puede acceder por completo a ella, porque, en razón a la cláusula discutida, ésta requiere de nueva sentencia a obtener en un futuro proceso ordinario? *Quid* si el esposo no impulsa el nuevo proceso, o renuncia a la acción que le otorga la «Resolución»: la nueva sentencia, no se obtendría; la separación permanecerá a pesar de los tres años transcurridos. Y si impulsa el proceso para la interpretación de esa cláusula, ¿tiene el solicitante interés en obtener la prórroga del anterior plazo constituido, o en obtener una separación indefinida, cuando el interés que ha demostrado tener es por la remoción de esa cláusula que suspende de momento la reanudación de su vida conyugal?

El Tribunal de la Rota de la Nunciatura en España, en esta «Resolución», ha cuidado por la observancia de las normas procesales y ha hecho retrotraer toda la actividad procedimental al momento en que la solicitud del actor se presentó ante el órgano judicial; pero, contra el interés del apelante, aunque haya dejado sin efecto el Decreto apelado, ha terminado protegiendo el interés de la apelada, que confió en la justicia del tribunal: porque la vida conyugal no puede ser de nuevo respuestas de hecho a su primitiva situación —anterior a la separación judicial—, mientras, en definitiva, no ofrezca el marido la garantía que la sentencia de 27 de febrero de 1971 estableció como condición para la reanudación de la vida común. Sólo si la mujer, con base a lo pronunciado en esta «Resolución», promueve de nuevo —y con base a la causa del proceso anterior y a no haber desaparecido o prestado el marido la fianza de no haber cesado— proceso de separación conyugal, cabe pensar que ésta se prorrogue o se convierta en indefinida. Este derecho, aunque aparentemente otorgado al marido, partiendo de su solicitud, es, en verdad, un derecho de acción que favorece —y por esto le pertenece— a la mujer.

En efecto, un derecho para la «actuación en contradictorio... hasta pronunciamiento de nueva

sentencia en que se dictamine si ha de considerarse cesada la causa que determinó la separación o por el contrario ha de considerarse permanente», como establece el tercero de los pronunciamientos de la «Resolución» comentada, interesa más a la mujer que al marido. Este, como consecuencia de la cláusula, añadida al plazo determinado de separación temporal, tendrá que acudir a un proceso ordinario, en contraste con la interpretación que se ha venido dando al decreto de cesación de la separación, el cual se venía entendiendo procedía de modo judicial, pero «al modo adoptado para las cuestiones incidentales»: la aceptación de la caución ofrecida, con arreglo a esta postura, quedaba dependiendo de una estimación dejada «a la discrecionalidad del juez, a quien corresponde considerar y pesar con diligencia la índole y condición de las personas, así como el conjunto de toda clase de circunstancias que concurran en cada caso» (Vid. L. DEL AMO, «*La ejecución de la sentencia y la cesación de la separación conyugal*», Revista de Derecho Privado, Madrid LV (1971), p. 783.

Pero la mujer tampoco parece que promoverá la acción de separación para prorrogar el plazo de tres años ya extinguido, o para convertir la separación temporal en definitiva. Porque, mientras no medie sentencia en juicio ordinario interpretando la cláusula tantas veces referida, ella se encuentra en la situación cómoda de que el tribunal civil no adoptará ninguna medida en relación con la separación prolongada de hecho, pues el tribunal eclesiástico no podrá expedir la certificación solicitada por el marido, y que fue origen del presente incidente ante la Rota española, mientras no exista una sentencia dictada en proceso ordinario reconociendo que la cláusula añadida deja de producir efectos.

Parece que la presente «Resolución» ha querido evitar lo que J. J. GARCÍA FAILDE hizo notar al comentar una sentencia del Tribunal de la Rota Romana, C. Wynen, 25.VI.1955 —vid. «*Las sentencias de la Rota Romana en 1955*», Revista

Española de Derecho Canónico, XXI (1966), páginas 582-584—, que la separación por tiempo *determinado* es más gravosa para el cónyuge inocente, el cual, al transcurrir el plazo, se verá forzado de acudir de nuevo al juez para obtener la prórroga

de la separación. En este caso, pensamos que se ha evitado esta necesidad, pues el cónyuge inocente se halla cómodamente instalado en su separación tras la «Resolución» que ha sido objeto del presente comentario.