

**GHERRO, Sandro, *Diritto Canonico.III. Sul processo matrimoniale*, 2ª ediz., Cedam, Padova 2007, XIV+276 pp.**

### **I.- consideraciones generales**

1.- El Profesor Sandro Gherro es catedrático del Departamento de Historia y Filosofía Jurídica y de Derecho canónico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Padua. Además de su actividad docente universitaria mantiene su dedicación a su especialidad jurídica en sus numerosísimas publicaciones, así como en su intervención y organización de Convenciones y Congresos en particular de Derecho matrimonial canónico de lo que esta recensión es un sumario muestreo.

2.- Tema cultivado por el Profesor Gherro es todo lo referido al proceso matrimonial canónico, como se constata en esta peculiar publicación.

La Primera Parte la conforman unas nociones en torno al proceso matrimonial, resumen sumario que ocupa 60 páginas y que resulta incompleta, lo que unido al estilo y lenguaje alejado del elemental de los manuales dirigidos a los alumnos de Derecho canónico, nos da a entender que el autor no se ha propuesto una presentación didáctica de la materia; más nos parece una introducción a los ensayos de la Segunda Parte que parecen ser el núcleo de la publicación.

3.- La Segunda Parte la constituyen once capítulos de reflexiones, (dos son continuación de lo mismos temas), que ocupan desde la pág. 61 a la pág 276. Referidos a cuestiones heterogéneas del proceso matrimonial canónico, corresponden a Comunicaciones o Ponencias del autor que ahora recoge en conjunto en una misma publicación. (Del último capítulo puesto como un apéndice “La sentencia de 20-VII-2001 de la Corte Europea”, dado su carácter marginal nos limitamos a su referencia).

Se trata de una serie de ensayos de actualidad sobre cuestiones álgidas del proceso matrimonial canónico, dirigidos más bien a jueces y abogados que se mueven en la práctica diaria, a los que no dudo en recomendar tan sabrosa lectura que nos interna en la filosofía de los principios.

De las aportaciones del Profesor Gherro, cabe decir que la mayoría de ellas son iluminadoras, pero que no todas tienen la misma consistencia, siendo varias ciertamente discutibles y no faltando alguna en que parece más fundada la interpretación contraria. Téngase en cuenta que algunas de sus reflexiones son anteriores a la Instrucción “*Dignitas connubii*” verdadera pauta orientadora.

### **II.- Los temas de reflexión**

Nos detenemos en algunas cuestiones de cada una de las Comunicaciones y Ponencias que nos parecen más relevantes:

1.- Entre la “Certeza y formalismo” es Comunicación en torno a “El juicio en la nulidad matrimonial después de la Instrucción *Dignitas connubii*”, leída el 6-IX-2006 en la Convención de la Sociedad canonística italiana en Baia delle Zagare.

Recordando que la sentencia del juez no es un oráculo pues no impide dudar y aun disentir de su contenido, plantea la cuestión siempre actual de las relaciones entre el foro interno y el externo.

El juez debe seguir un camino tipificado por la ley, pasos ineludibles en la adquisición de la certeza moral. El profesor de Historia jurídica pone de relieve la evolución progresiva de los principios que garantizan las normas procesales, y cómo el proceso matrimonial canónico en la reforma del Codex ha recibido orientaciones del todo nuevas respecto al pasado, que se pueden calificar sin exageración de revolucionarias.

Así, todos los protagonistas de la reivindicación procesal incluso el demandado acatólico tienen garantizada la misma expectativa en la búsqueda de la verdad, persiguiendo el ordenamiento la certeza no sólo formal de lo juzgado. Por otra parte según el art. 102 de la *Dignitas connubii*, “cuando ambos cónyuges piden la declaración de nulidad pueden nombrar procurador y abogado en común”, lo que se puede considerar ejemplo de cómo la necesidad de la forma no debe ser confundida con el formalismo.

2.- El tema del “Derecho a la defensa en el proceso matrimonial canónico en la Reforma Codicial de 1983”, en la Comunicación a la Convención de la Sociedad canónica italiana en Gallipoli en septiembre de 1987 (publicada en en “Monitor Ecclesiasticus”), nos muestra el acercamiento al sistema procesal del Estado democrático, respecto al histórico del derecho procesal canónico.

La reforma no ha provocado una “revolución jurídica” porque no ha supuesto una ruptura puesto que el proceso matrimonial canónico se sitúa entre la innovación y la tradición, ya que la normativa procesal reformada deriva de la doctrina de los derechos de la persona puesta a punto por el Vaticano II.

Consideración particular le merece la tutela procesal que se da ahora al convenio. Destaca el reconocimiento en el can. 1481 & 1 de la autonomía de la parte, su derecho a estar en juicio en las causas matrimoniales sin la intervención de un abogado. El juez además se debe hacer garante de que en el proceso matrimonial las partes puedan asumir las iniciativas procesales en su búsqueda de la verdad, resultando el actor y el convenio sus colaboradores; el reconocimiento de los derechos subjetivos y la función inquisitoria encuentran su armonización en una serie de normas.

3.- Las consideraciones que el Profesor hace “Sobre la figura del abogado rotal” en la Relación leída en la Archiasociación de la Curia Romana en 1996, (publicada en “Las normas del Tribunal de la Rota Romana” de AA. vv.), comienzan refiriéndose a la función pública que éste desenvuelve, y al mismo tiempo a la privatística representada por el encargo de su cliente.

En la consideración del interés público, la figura del abogado asume su cometido como un “munus”; a ello caminaría la sustitución del abogado por la figura de patrono público del can. 1490. Dicho “munus” y el del Defensor del vínculo se desenvuelven en colaboración con el juez.

La actividad del abogado es función muy específica en todas las fases del procedimiento, particularmente en la Defensa. Las normas sin embargo regulan la materia del patrocinio de modo fragmentario, incidental y superficial. Parece al autor llegado el momento de dar acogida jurídica en el ordenamiento de la Iglesia a aquellos “colegios” de abogados con su normativa, que ya Constantino tenía en el Estado.

4.- La Relación del Prof. Gherro sobre la “Confesión y declaración de las partes” reviste singular interés. Su arriesgada propuesta viene encabezada por un título eufemístico que trata de autorizarla: “La *caritas* criterio interpretativo del can. 1536 & 2”, Introducción al Congreso de 10-V-2001 en la Universidad de Estudios de Verona y publicada en Padua en 2003.

Para él significativamente la importante reforma del can. 1536 & 2 todavía no se ha completado. Se trata de una innovación como se advierte en la comparación entre el texto del nuevo Código para el cual “las confesiones y declaraciones de las partes pueden hacer prueba plena corroboradas del todo por otros elementos”, y la disposición del art. 117 de la *Provida Mater* interpretando y aplicando el can. 1751 del viejo Código, según el cual “la declaración judicial de los cónyuges no es apta para constituir prueba contra el valor del matrimonio”.

El derecho del litigante a ser creído por la Iglesia se sigue de la "caritas" que ha de ser traducida en términos jurídicos relevantes.

Parece al autor que la correspondiente disciplina normativa del sistema probatorio no está del todo acorde con la "caritas". De ella se debería deducir la consideración de honradez y sinceridad de la parte, por lo que se le debe creer caritativamente en el proceso de modo directo y no presuntivamente.

En el proceso diseñado en la Codificación se hacía prevalecer la sospecha a la presunción de honradez; basta recordar el desequilibrio de posiciones entre el Defensor del vínculo y las partes procesales. No estando en vigor el divorcio, ni la concurrencia de otras jurisdicciones en esta materia, se sospechaba que ciertas demandas de nulidad matrimonial no eran introducidas por razón de conciencia, sino como tentativa de eliminar las cargas económicas.

La confesión y la declaración de las partes estaban excluidas en la anterior normativa de la calificación de pruebas. Para el nuevo can. 1536 & 2, la confesión y las declaraciones entran en la categoría de pruebas, a las que se debe creer directamente y no presuntivamente si se dan "otros elementos", referidos al objeto del proceso.

En consecuencia el derecho subjetivo a tener crédito en las confesiones y declaraciones no es un camino excepcional a seguir cuando no resultan las otras pruebas, sino un modo ordinario de proceder. Lo que es más, para el autor este medio no se coloca a la par de los otros modos que se practican para reunir las otras pruebas. Éstas por tanto tienen valor de confirmación del medio previsto por el can. 1536 & 2, ("no necesitan prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra, a no ser que a pesar de ello lo exija el derecho o el juez"). Y ellas por lo general son el "medio probatorio principal" actualmente adoptado por el Código. Nos parece una interpretación poco realista pues como advierte G. Failde (*Manual de Psiquiatría forense canónica*, pág. 451) el hecho hipotético de que las partes sean veraces no garantiza que sus declaraciones respondan a la verdad objetiva, ya que sugerencias, ilusiones y mecanismos de defensa pueden conducirles a deformar y tergiversar la verdad, por lo que el canon lo deja al parecer del juez.

Además se aviene mal con lo dispuesto en el can. 1679 y art. 180, 2 de la *Dignitas Connubii*, de donde se deduce que para completar la declaración de las partes y obtener prueba plena no bastan los testigos de credibilidad, sino que el juez "usará también otros indicios y adminículos" (G. Failde, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, pág. 205).

5.- Sobre "Peritos y pericias en las causas canónicas de nulidad matrimonial", Comunicación al Congreso de Verona el 26-V-1992 (publicada en las Actas del Congreso en Turín 1992), parte de unas consideraciones preliminares de la Pericia poniendo de manifiesto la conciencia que la canonística ha tenido de la cuestión, haciéndose eco de cuanto explica la filosofía, la antropología, la psiquiatría y la psicología. Verificable en las fuentes más antiguas, se hace evidente en la jurisprudencia más reciente y en la enseñanza de los últimos Pontífices.

Pero hay que tener en cuenta previamente que el fracaso de la unión conyugal no es en sí mismo una prueba para demostrar la incapacidad de los contrayentes (Juan Pablo II, Alocución a la Rota, 5-I-1987).

Las normas del can. 1095 por su derivación del derecho natural no caen bajo la disponibilidad del legislador eclesiástico y en consecuencia la Iglesia solo ha ofrecido una enunciaci3n, indicando una clave, que va coordinada con otras del Magisterio, señaladamente con las intervenciones conciliares que identificaron el matrimonio como "íntima comunidad de vida" (*Gaudium et spes*, I, 1, 48).

La referencia prioritaria a la “relación conyugal” ofrece un criterio para orientar al juez y a los peritos en la línea de su competencia.

Resulta relevante la advertencia de Juan Pablo II sobre la “normalidad” en cuestión (Alocución a la Rota, 25-I-1988) para que el perito no confunda “dificultad” e “incapacidad”. En la hipótesis de la incapacidad preocupa definir la imposibilidad de ser verdadero consorte de las personas que se eligen para vivir en intimidad. La posibilidad concreta de su relación es presupuesto necesario para la validez jurídica de su negocio matrimonial. ¿Por qué no puede considerarse ahora científicamente verificable el caso por el que dos personas sean entre sí incompatibles en virtud de su estructura personal? El autor consciente del problema afirma que se trata de dificultades de prueba, que se refieren a la ciencia psiquiátrica y psicológica, más que a la canónica.

6.- “Publicación de los autos”, es Comunicación leída en la Convención de Vicarios judiciales de Suiza en Lugano el 14-X-1993 (publicada en “El Derecho eclesiástico”, I, 1994).

En la revisión codicial se estableció en el can. 1598 además de la necesidad de la publicación de los autos “bajo pena de nulidad” de la sentencia, la licencia para las partes de acceder a las actas del proceso, a pesar de “gravísimos” peligros, pues el demandado ciudadano civil, puede llevar al juez estatal, determinada noticia que a él le parece “delictiva”.

Al precisar el can. 1598 que los abogados de las partes pueden pedir copia, queda a la vista la discriminación de la parte a la que se le ha reconocido el derecho de constituirse en juicio sin abogado, pues consecuentemente quedará excluida de esta posibilidad, discriminación muy gravosa para su derecho de defensa. Una consideración de la función de publicidad lo reclama; pero la *Dignitas connubii* es terminante en excluirlo (art. 225).

En la entrega de copia de los autos a los abogados por el juez, por más que estando bajo su autoridad hay que suponer que tendrán un comportamiento correcto aunque no sea más que para no ser privados de su habilitación, el legislador receloso deja al juez en cada caso ver si el abogado ofrece la suficiente garantía y “*si casus ferat*”, es decir si las circunstancias lo aconsejan, pudiendo condicionar la entrega de copias a ciertas cautelas. La posibilidad de la negativa del juez de entregar copia al objeto de evitar gravísimos daños, implica una fuerte limitación para la defensa al tener que citar de memoria los resultados instructorios leídos en un momento.

7.- “La nulidad sanable y la falta de motivación”, es Comunicación leída en la Rota el 16-XII-2004 en el encuentro organizado por la Archiasociación de la Curia Romana (publicada en “La querrela de nulidad en el proceso canónico”, 2000, de AA. vv.)

a) Por lo que hace a la nulidad insanable de la sentencia, los casos vienen enumerados por el canon 1620. Son actos de clara invalidez, comenzando por la sentencia dada por un juez absolutamente incompetente (1º) o constreñido por violencia o temor grave (3º) y la dada sin efectivo contradictorio (4º, 5º, 6º, 7º y 8º).

El autor se detiene en la figura del nº 2 la “dada por quien carece de potestad de juzgar en el tribunal que dicta la sentencia”. Entendemos que confunde esta figura con el caso del juez relativamente incompetente (can. 1407, en que se trata de verdadero juez pero que no es competente en razón del domicilio o quasidomicilio, ni del lugar del contrato, ni por conexión). El juez relativamente incompetente si juzga en el caso lo hace validamente aunque incurra en un ilícito legal, y si la parte interesada no opone la excepción de incompetencia relativa, el juez se hace competente (G. Failde *Tratado*

de *Derecho Procesal Canónico*, pág. 388). En cambio en el caso del nº 2 no es juez en ningún lugar y si lo fuere en alguno, no lo es en el lugar donde ha sentenciado aunque allí tenga alguna función (notario, defensor del vínculo, etc.).

b) La nulidad sanable de la sentencia, la dispone el can. 1622 en distintos casos de defectos derivados de prescripciones legislativas.

Previamente el autor señala lo paradójico de la expresión “nulidad sanable”; el legislador siguiendo la sugestión de un principio “económico” secunda las razones que aconsejan “la conservación de los actos” ante causas que no afectan a la validez. Cree que los casos del can. 1622 describen en realidad fenómenos jurídicos que parecen delinear no tanto la nulidad de la sentencia sino su validez condicionada con suspensión durante tres meses, dentro de los cuales puede sanarse por actuación del juez que la ha pronunciado.

Asimismo califica de poco afortunada la reglamentación común unitaria del can. 1622, pues disciplina en su mayoría vicios de orden formal (así sobre todo los vicios del nº 3 y 4, falta de las firmas y datación de la sentencia). Pero la inclusión en él, del caso de número insuficiente de jueces (nº 1), con la posibilidad introducida en la Reforma de “sanar” este vicio, le parece que introduce una alternativa poco congruente con el precepto del can. 1425 & 1 al que se remite, que impone los tres jueces, incluyendo el canon un vicio muy otro que “formal” y más bien de sustancia.

Como es sabido el primer Código sancionaba en el can. 1892 en este caso la nulidad prevista para la incompetencia absoluta, no ciertamente sanable. Creemos que el autor no tiene en cuenta que el nº 3 del can. 1425, admite para las causas que requieran tres jueces, encomendarla un juez único con permiso de la Conferencia Episcopal, donde no pueda constituirse el Colegio.

c) La cuestión de la nulidad de la sentencia por falta de “motivación” (nº 2), al que dedica la segunda parte de esta Comunicación, es tema clave para el autor en su empeño por recoger los progresos de la jurisprudencia civil.

Como en el caso anterior considera la falta de motivación de la sentencia, como un vicio no formal que trastoca la razón unificadora de la norma.

La exigencia de motivación de la sentencia encuentra paralelo en los sistemas civiles democráticos actuales que la consideran como una derivación necesaria del principio superior de la soberanía popular. La motivación de la sentencia permite el control público de la actividad del juez.

En el siglo XIX se estableció la necesidad de motivar las sentencias de nulidad matrimonial canónica, pero la sanción de nulidad de la sentencia por falta de este requisito fue establecida sólo el 29-VI-1908 en el art. 32 & 3 de la “Lex Propria” de la Rota y de la Signatura.

El “por qué” de la nulidad, tiene como respuesta de orden técnico “intraprocesal” el sistema de garantías; motivar la sentencia significa “justificar” la decisión del juez. Pero esta actividad del juez eclesiástico corresponde a su propio “munus” y no es reconducible al control del “pueblo de Dios”, en razón de que su función no deriva de la voluntad del pueblo sino de la “missio” de la autoridad superior.

El can. 1622 sanciona la falta total de motivación, en cuyo caso para el autor no hay sentencia pues no sería un acto de jurisdicción sino un acto arbitrario, suscitando en consecuencia su perplejidad el poder que el can. 1626 & 1 asigna al juez para “retractare vel enmendare” la propia sentencia nula antes de que se proponga la querrela de nulidad. A nuestro entender hay que afirmar que dicha nulidad no es jurídicamente radical por lo que el Código la ha incluido coherentemente entre las nulidades sanables.

El autor concluye finalmente que la motivación por contribuir a formar la sentencia ha de ser expuesta de modo explícito y en documento único sin que se admita remisión a otro lugar; que debe desenvolverse lógicamente, sin saltos, como ocurre cuando se transcriben las conclusiones del Perito y se sentencia de modo contrario sin especificar por qué; y finalmente que la sentencia ha de ser comprensible sobre todo para las partes en la causa, siendo derecho de éstas el tenerla en la propia lengua o en una traducción fidedigna.

8.- En la Comunicación a la Convención de Ascai de Trano en septiembre de 2002 (publicada en "La doble conformidad en el proceso matrimonial, problemas y perspectivas" 2003, de AA. vv.) el autor ha unido el tema de la "doble sentencia conforme" y la "potestad episcopal", estudiándolo dentro de la relación pastoral en el derecho matrimonial procesal. Ello significa para el autor que la cuestión está llamada a reforma ya que tanto la eficiencia instrumental como la aplicación pastoral imponen ajustamiento y progreso, no debiéndose eludir el estudio de fondo de la problemática que plantea la exigencia de la "doble sentencia conforme" en relación con la jurisdicción del Obispo.

El can. 1419 que declara que el Obispo es "juez de primera instancia" en su Diócesis, repite la doctrina de la *Lumen Gentium*, según la cual la potestad del Obispo es "propia, ordinaria e inmediata" aun cuando su ejercicio sea regulado por la suprema autoridad del Papa "dentro de ciertos límites en vista de la utilidad de la Iglesia".

El régimen normativo de la "doble conformidad" que limita la eficacia de la *iurisdictio* episcopal y la subordina a la de otro obispo, es establecido por el Código; pero es preciso examinar si no pueden ser alumbradas otras soluciones igualmente idóneas para obtener la verdad, mas congruentes con la tutela de los derechos subjetivos.

El can. 1682 que repite la normativa de *Causas matrimoniales* de Pablo VI, establece que un segundo juez controle el modo de proceder y juzgar, sopesando la primera sentencia en un segundo grado de apelación automática, lo que presupone la jerarquía y superioridad del segundo sobre el primero. Se subraya que esta normativa es poco acorde con el "habitual y cotidiano cuidado de la grey que corresponde al Obispo propio".

No parece al autor que la solución del can. 1682 sea exigencia de mayor garantía de la segunda declaración respecto a la primera. Se pregunta si otros modos como la ampliación del "munus" del Defensor del vínculo, no pueden resultar análogamente eficaces, más útiles en la economía general de los juicios matrimoniales y más acordes con los derechos constitucionales. Así se accedería al juez superior por apelación del Defensor de vínculo caso de considerarlo éste necesario, como en el caso del "proceso documental" (can. 1687).

Para el autor el mecanismo del can. 1682 proveyendo la vía breve de la confirmación por decreto, introducida por Pablo VI que fue un notable progreso en la administración de la justicia eclesiástica, se ha vuelto un mecanismo estéril, inútil, si no perjudicial; no nos explica ni comprendemos el por qué.

A la vista de todo ello, se pregunta si no se pueda eliminar la norma de la "doble sentencia conforme". No hay al menos en nuestro ambiente, por qué dudar de la preparación, honestidad y seriedad con la que proceden los Tribunales eclesiásticos. Los problemas de la justicia eclesiástica son de otro género y guardan relación con el amontonamiento de las causas. Ciertamente que la supresión de la doble conformidad se ensayó en los Estados Unidos pero como el experimento resultó fallido, hay quien considera que no debe repetirse lo que no deja de ser una deducción superficial y equivocada para nuestro autor.

Concluye auspiciando el que se reconsidere jurídica y pastoralmente “la doble conformidad”: Se podría pensar en un Tribunal de segunda instancia que reciba su legitimación de la autoridad del Obispo de la primera instancia. Al presidente del mismo se podría atribuir el dictaminar el “*exequatur*” de la sentencia de nulidad. Un colegio de jueces de este Tribunal podría ser competente para el nuevo examen. Habría una relación jerárquica entre los jueces de primero y segundo grado pero en la unidad de una misma potestad episcopal.

Pensamos que la existencia ya de Tribunales Regionales con las dos secciones de primera y segunda instancia en una buen número de Diócesis, que salvan las dificultades que el autor presenta aunque conlleven otras. En España además el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica es tribunal de apelación en segunda instancia sin menoscabo de la jurisdicción de los Obispos.

ENRIQUE VIVÓ

**MANTECÓN SANCHO, Joaquín, *La restauración del Tribunal de la Rota de la Nunciatura en 1947*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander 2007, 207 pp.**

1.- He leído con gusto está lección magistral, segundo ejercicio de la habilitación como catedrático del Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado, Dr. Joaquín Mantecón Sancho, y con el mismo gusto redacto mi recensión, entendiéndome que me habilita para ello el haber sido 25 años Defensor del Vínculo en el Tribunal de la Rota Española y Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Se trata de un trabajo documentado desde su primer original latino, lengua que como su autor dice es garantía de precisión jurídica al mismo tiempo que ocasión para gustar del vehículo en que se fraguó el Derecho de Occidente.

2.- El autor nos ofrece Bibliografía en la que no falta el *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, del Auditor Rotal J. Vales Failde, (Madrid 1920), y la imprescindible tesis doctoral de P. Cantero Cuadrado, *La Rota Española*, (Madrid 1946).

La introducción histórica de sus vicisitudes resulta a nuestro entender incompleta: El autor la inicia con la creación de Clemente VII ante la petición de Carlos V en 1529 y la posterior intervención de Julio III concediendo que los jueces fuesen siempre españoles.

Sentimos la omisión de otra etapa de situaciones críticas después del Concilio de Trento, achacadas al Tribunal de la Nunciatura por atraerse las Causas, queja reflejada en el *Memorial de su Magestad Católica que en 1636* Pimentel y Chumacero presentaron al Papa Urbano VIII, y en la *Concordia del Nuncio Fachenetti* (9-X-1640), una vez reintegrada la Nunciatura que Felipe IV había cerrado. En esta se acordaba que los Nuncios no avocasen a su Tribunal el conocimiento en la primera instancia y que las Causas se sometiesen a seis jueces de elección real.

El autor se detiene como era de esperar a propósito del *Motu proprio* “*Administrandae iustitiae zelus*” de Clemente XIV de 20-III-1771, por el que se reorganiza toda la estructura del Tribunal de la Rota Española.