

§ 95 bis.

Procesos con normas especiales (1).

1. *Tema y división.*—Muy diferentes de los procesos especiales ahora examinados, en los cuales las particularidades del proceso dependen *de la especialidad del conocimiento*, son los *procesos con normas especiales*, de los que vamos a hacer una rápida reseña. Aquí se trata de procesos *instituidos por particulares acciones* y en los cuales el conocimiento es ordinario, pero al mismo tiempo se encuentran normas especiales, sugeridas por las particulares acciones y concernientes a los presupuestos procesales, las formas, los poderes del juez, el procedimiento, los medios de impugnación, etc., de manera de constituir particulares desviaciones más o menos importantes, de los principios comunes y de los tipos generales de procedimientos, instituidos *por grandes grupos de acciones*, que en su lugar hemos estudiado, como el proceso formal, sumario, pretorial, etc. (§ 44 bis).

La materia de este párrafo no coincide más que en parte con la del libro tercero del Cód. proc. civ. intitulado precisamente *«de los varios procedimientos especiales»*. De un lado se encuentran en este libro procedimientos de los cuales o no debemos ocuparnos porque salen de la esfera del proceso civil, como las materias de *mera jurisdicción voluntaria* (§ 14 bis) (2), o nos ocupa-

(1) En general, los tratadistas y comentaristas sobre el libro III del Cód. proc. civ. Pero, como ya se ha explicado en el texto, la materia que es objeto de este §, no coincide con la contenida en el libro III del Código.

(2) Cuando fué examinada la naturaleza de la ley procesal (§ 4, I), vimos que el *Código de procedimiento civil* no es sino el cuerpo más importante de normas procesales, pero que el derecho procesal civil va reconstruído en su unidad tomando su materia en los más diversos cuerpos de leyes. La lectura de la obra espero que haya evidenciado esta verdad fundamental.

Aquí se manifiesta la necesidad de un trabajo contrario (que ya debió aparecer de cuanto quedó dicho en el § 14 bis sobre la jurisdicción volun-

remos en otro lugar, porque no pertenecen al proceso de conocimiento, como aquellos que no persiguen la declaración sino sólo la *aseguración y conservación*, como las *denuncias* y los *embargos* (art. 921 y sgs., 924 y sgs., 938 y sgs; § 9), la aposición de sellos, el inventario (art. 847 y sgs., mas ad. §§ 115 y 116) o, en fin, nos hemos ocupado ya en otros lugares, según lo requería la exposición de la materia, como *la acción civil contra la autoridad judicial y los funcionarios del Ministerio público* (art. 783 y siguientes; § 25, V, c) las *disposiciones relativas a los ausentes* (artículo 793 y sgs. § 94 V) y el *juicio de reconocimiento* (art. 941 y sgs; § 81) (1). De otro lado encasillamos aquí los procesos especiales que no se encuentran en el libro tercero, sino diseminados en el Código, como el *juicio de rendición de cuentas* (mal colocado por el Código entre los incidentes, art. 319 y sgs.) y el *procedimiento para la expedición de nuevas copias ejecutivas* (art. 557) o también reguladas en otros Códigos o leyes especiales, como las resoluciones relativas a la *expropiación por utilidad pública*, a la *estimación de los inmuebles en las transmisiones gravadas con tasa de registro*, a las *cancelaciones hipotecarias* y a las *operaciones de la Deuda Pública* y, finalmente, a los *accidentes del trabajo*.

La materia de este párrafo podría ser considerablemente aumentada con la atracción de otros procedimientos especiales no regulados por el Código, si por no exceder los límites impuestos por la naturaleza de la obra no fuese más conveniente escoger algunos de los más típicos, en cuanto baste a hacer más comprensible la complejidad del derecho procesal civil en su unidad. Así también hemos dejado fuera del tratado los numerosísimos procedimientos especiales creados *para los jueces especiales*, conten-

taria), esto es, el de excluir del tratado las materias de mera jurisdicción voluntaria, que solo por razones de oportunidad se encuentran reguladas en el Código de proc. civ. Ejemplos de ésto hallamos entre las normas relativas al matrimonio, a los menores, a las sucesiones. Estas normas, como pertenecen a nuestro tema por la parte que tiene naturaleza contenciosa, deben, por lo demas, ser remitidas al estudio del derecho civil; puesto que el recurso al magistrado y las formas que lo rodean no son en esta materia sino la necesaria integración de instituciones de derecho sustancial.

(1) Otros procedimientos especiales, pero coordinados al proceso ordinario que hemos examinado en otro lugar, son la regulación de competencia (§ 32) y la recusación de los jueces (§ 33).

tándonos con las alusiones hechas a medida que el tema lo aconsejaba (§ 20, VII; § 44 bis, IV y *passim*. en el curso del trabajo).

En cuanto al orden, siguiendo en parte el del libro tercero, distribuiremos la materia como sigue:

A) *Procesos relativos al estado y a la capacidad de las personas*, esto es:

a) Pleitos matrimoniales (oposiciones al matrimonio; consentimiento; acciones de nulidad del matrimonio; separación personal; autorización a la mujer casada).

b) Pleitos relativos a la filiación;

c) Pleitos relativos a la tutela del menor.

d) Interdicción e inhabilitación.

B) *Procesos relativos a las sucesiones*, y precisamente:

a) Al beneficio de inventario;

b) A las divisiones.

c) A la separación de los muebles del difunto, de los del heredero.

C) *Procesos relativos al cumplimiento de obligaciones en general*, esto es:

a) Ofrecimiento de pago y depósito;

b) Juicio para la liquidación de relaciones que impliquen una obligación de rendir cuentas.

D) *Procesos relativos a prestaciones de funcionarios públicos*, esto es:

a) Expedición de nuevas copias ejecutorias;

b) Copia y colación de documentos públicos;

c) Rectificación de los actos del estado civil;

d) Cancelaciones de inscripciones hipotecarias y de transcripciones;

e) Operaciones de la Deuda pública;

f) Atestados de privativa.

E) *Procesos relativos a valoración de inmuebles*:

a) En la expropiación por utilidad pública;

b) En las transmisiones de propiedad gravadas con tasa de registro.

F) Finalmente, como ejemplo de juicios influenciados por consideraciones de orden social, *los procesos derivados de accidentes del trabajo*.

II. *Normas comunes para las materias a tratar en Cámara de consejo.*—En muchos de los procesos que aquí son objeto de examen, como en algunos ya examinados, (v. el § precedente), y en otros que serán examinados más adelante (§§ 115 y 116), está prescrita la tramitación «en Cámara de consejo». Si bien esta expresión se deriva de las normas propias de las autoridades judiciales *colegiales*, las cuales, debiendo por su naturaleza proceder a la formación de la voluntad colegial (deliberación) tienen una cámara donde tiene lugar la sesión y la discusión (§ 58, III); sin embargo, cuando la ley habla de «*tramitación* (tratado) en *Cámara de consejo*» sólo pretende contraponer este modo particular de tratar los pleitos al común *que se desarrolla en la audiencia* (§§ 43, IV, C; 44 bis, IV; 45). Por tanto, la expresión en sí puede ser usada también para materias de competencia del juez único (presidente, pretor, conciliador) y de ello hemos visto ejemplos en el § precedente. La tramitación en Cámara de consejo no excluye por sí la audición oral de las partes ni el contradictorio; pero una y otro, cuando son prescritos, ya por la libre disposición del juez, teniendo lugar fuera de audiencia y sin la solemnidad de la discusión ordinaria, proceden en una forma más reservada, más simple y familiar que la ley estima más adaptada a la naturaleza de la relación.

La tramitación en Cámara de Consejo, según el art. 778, es exigida: 1.º En materia de jurisdicción voluntaria, salvo que la ley establezca otra cosa; 2.º En las *otras* materias a tratarse *sin contradictor*; 3.º En los *otros* casos determinados por la ley. Las materias, pues, de jurisdicción *contenciosa* en las cuales se procede en Cámara de Consejo son en general aquellas a tratar *sin contradictor*, y además algunas materias a tratar *con contradictor*, particularmente determinadas por la ley (1). Sabemos que en la jurisdicción contenciosa hay siempre una persona que pide algo frente a otra (§ 13, I; § 14 bis, I), y que esta otra debe ser normalmente oída

(1) Dado que por expresa disposición de ley existen procedimientos de jurisdicción contenciosa que se desarrollan con *formas* especiales, y algunas propias de la jurisdicción voluntaria, es evidente que la especialidad del procedimiento no puede dar ningún elemento para negar su naturaleza contenciosa. Las formas propias de la jurisdicción contenciosa ordinaria (procedimiento en audiencia) pueden, por el contrario, ser argumento para afirmar la naturaleza contenciosa de la materia (§ 14 bis, I).

o citada (art. 38); pero hay procesos, o fases de procesos en los cuales esta otra persona no es llamada (así hemos visto que sucede en el proceso monitorio, § 8 bis, IV; § 41, I; § 94); o también es llamada en forma impropia, como hemos visto en el edicto (§ 95); por ésto la ley habla de procedimiento *sin contradictor* y es natural que en estos casos deba procederse en Cámara de Consejo, no siendo posible una discusión en la audiencia. Otras veces se procede en Cámara de Consejo, pero llamando también a la persona frente a la cual viene propuesta la demanda (*con contradictor*); la discusión tiene lugar, pero no en audiencia pública (1).

La *demanda* se propone con *recurso* depositado en secretaría con los correspondientes documentos. La demanda se comunica por decreto del presidente al Ministerio público, si se piden sus conclusiones (éstas se entienden al final del decreto) y después al juez delegado para referir (arts. 779, 780). El día establecido en el decreto, el juez delegado refiere en Cámara de Consejo; la autoridad judicial *da las resoluciones de derecho* (art. 781). Estas resoluciones pueden ser:

a) *Preparatorias*.—Por ej.: puede ser ordenada la comparecencia de otras partes interesadas; en este caso, la autoridad judicial señalará también el modo y forma para proveer a esta comparecencia, la audiencia, etc. A veces el procedimiento continúa en Cámara de Consejo, no obstante la comparecencia de las nuevas partes (por ej.: Cód. proc. civ. art. 845); otra vez esta resolución transforma el procedimiento y lo envía a desarrollarse en audiencia pública (ej.: Cód. civ. art. 2.039).

b) *Interlocutorias*.—La autoridad judicial puede proveer a la instructoria ordenando la exhibición de documentos, la inspección de libros (Cód. com. art. 153), la presentación de un dictámen (Cód.

(1) La audición de las partes en Cámara de Consejo puede, a veces, tener lugar, como vimos también en el proceso ordinario (Regl. pen. judicial art. 259, ley 31 Marzo 1901, art. 11; § 47, III, B, 6; § 48, III, 64). En algunas curias (Nápoles), la discusión en audiencia pública es sustituida en muchos pleitos por la discusión en Cámara de Consejo. Es un remedio seleccionado por la practica para atemperar los inconvenientes de nuestro proceso (§ § 44 y 44 bis); las partes encuentran en Cámara de Consejo a la autoridad judicial ya informada del pleito, y en tales condiciones la discusión resulta más ventajosa.

digo proc. civ. art. 845), etc. Las facultades del juez no tienen en esta materia los límites ordinarios (§ 47; las mismas exigencias de estas relaciones jurídicas especiales, que aconsejan normas especiales de procedimientos, sirven para conferir al magistrado mayores iniciativas para la formación del material de conocimiento.

c) *Definitivas*.—La autoridad judicial estatuye sobre la relación procesal (por ej.: declarándose incompetente) o sobre el fondo, estimando o rechazando la demanda. La resolución puede ser *sentencia* (por ej.: Cód. proc. civ. art. 846), o *decreto* (Código proc. civ. art. 915).

Contra las resoluciones producidas en Cámara de Consejo, pueden usarse varias formas de oposición. *Si la ley no dispone otra cosa*, se puede proponer *reclamación* a la autoridad *judicial superior*, y ésta es el tribunal respecto del pretor, la Corte de apelación respecto del presidente del tribunal, puesto que el presidente, considerado como juez, encuentra como autoridad superior en la jerarquía de los jueces al presidente del Colegio Superior. La reclamación se propone en las mismas formas establecidas para el primer grado, esto es, mediante recurso en Cámara de Consejo (art. 781 Cód. proc. civ.). Este remedio especial, por lo demás de muy rara aplicación, no está sujeto a ningún término. Pero a veces la ley se refiere a los medios comunes para impugnar las sentencias, como la apelación y el recurso de casación; y sujeta a veces estos medios a las mismas formas del procedimiento en Cámara de Consejo (art. 2.039 Cód. civ.); otras veces, en cambio, a las formas comunes, de manera que la relación procesal en la fase de la impugnación se encuentra restituida al procedimiento ordinario (artículo 153 Cód. com., (1) donde la apelación y la oposición son admitidas contra un «decreto» emanado del tribunal en Cámara de Consejo. En estos casos los remedios están sujetos a los términos acostumbrados (si bien ordinariamente el defecto de una parte interesada en la notificación de la resolución mantendrá en suspenso indefinidamente el transcurso del término).

(1) V. CHIOVENDA, *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti emessi dal tribunale in base all'art. 153 Cód. comm.* en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1912, p. 173 y sgs.

III. *Procesos relativos al estado y a la capacidad de las personas.*—Las particularidades de estos procesos tienen su principal y común fundamento en el hecho de que en ellos el Estado no solamente está interesado, como en todo proceso, en el mejor ejercicio posible de la función jurisdiccional (§ 4, II), sino que lo está en las relaciones mismas que son objeto de proceso. Este interés se manifiesta, ante todo, con el cuidado puesto por la ley en asegurar a estas relaciones el mejor juez, sustrayendo su conocimiento en vía principal a los jueces inferiores (art. 81), a los tribunales consulares (art. 49, ley 28 Enero 1866) y sustrayendo el conocimiento, también incidental, de algunas cuestiones de estado al juez penal (art. 2, Cód. proc. pen.): § 93. Aquí vemos desaparecer la presunción de que las partes sean los mejores jueces de su defensa, y que el contraste de los intereses de las partes sea la mejor garantía para la declaración de la verdad, presunción que domina ordinariamente el proceso civil e inspira muchas de sus normas § 47). Aquí encontramos, de un lado, la frecuente participación del Ministerio público en el proceso, como actor o como conclusionante (§ 23, II, B), y de otro, encontramos limitada la consideración de la voluntad de las partes para impedir que posibles acuerdos de los litigantes realicen a través del proceso resultados contrarios al interés público. Por consecuencia, está prohibido el arbitraje (artículo 8, Cód. proc. civ.); se restringe el número de las normas *dispositivas* (§ 4, II); la competencia territorial es, de ordinario, competencia funcional, y por tanto improrrogable (§ 29, IV), y, lo que más importa, viene limitada la aplicación del *principio dispositivo* (§ 47) (1). Ya hemos visto cómo en estos pleitos se ha modificado la eficacia de la confesión judicial, la cual, aún conservando importancia como medio de prueba, no vincula al juez en todos

(1) Conforme CICU, *Il diritto di famiglia*, 1915, pág. 177, libro notable, con el cual veo afirmarse cada vez más en nuestra doctrina de derecho civil el concepto fundamental de la «autonomía de la acción» (pág. 40 y siguientes; 54, 97, 137, 160, 184, 205, 300, 757 de la 2.^a ed., y págs. 48 sigs., 66 nota 2, 120, 172, 200, 276, 244, 358, 904 de la 3.^a ed.). Pero debo hacer alguna reserva frente a la afirmación de CICU, que reduce a «simples acciones todos los derechos subjetivos públicos» (pág. 66) y la mayor parte de los derechos familiares (págs. 100, 121, 189).

los casos en que el Estado tiene interés en que un hecho no sea estimado por verdadero sólo porque fué confesado.

Por tanto, no vincula al juez la confesión de la impotencia como motivo de nulidad del matrimonio; del abandono, como motivo de separación judicial; del adulterio, como motivo de desconocimiento del hijo (art. 165, Cód. civ.), mientras que tiene en eficacia común la confesión de haber probado el matrimonio (artículo 109), la confesión de la reconciliación (art. 153), de la reunión (art. 163), del conocimiento del embarazo (art. 161, número 1), etc. (§ 47, IV) (1). Dentro de los mismos límites tendrá efecto la *ficta confessio* (§ 49, III, al final). Dentro de iguales límites, se podrá deferir el juramento decisorio (2). Otro residuo de «prueba legal», que aquí desaparece, refiérese al examen testifical; son capaces de testificar también los parientes y afines en línea recta (art. 236, Cód. proc. civ., § 59, I). Análogamente los vínculos que por razones de oportunidad rodean comúnmente la iniciativa del juez civil en la selección de los hechos influyentes en la decisión (§ 47 III) se debilitan, el deber de investigación se refuerza, y también el impulso procesal a veces (proc. de interdicción e inhabilitación) es confiado al juez antes que a la parte.

Los principios sobre la carga de la prueba conservan su importancia; pero en estos procesos desaparece el principio por el cual también la desestimación de la demanda de declaración por simple *defecto de pruebas* por parte del actor, implica declaración positiva o negativa de derechos (§ 11, I), puesto que también por esta vía podría llegarse con un proceso simulado, por ejemplo a la anulación arbitraria de un matrimonio: la sentencia desestimato-

(1) CICU, *Op. cit.*, pág. 178; HELLWIG, *System*, II, pág. 23 y sigs. El interés del Estado toma varios aspectos según el resultado que podría tener la confesión. En los casos enumerados en el texto, diremos que el Estado tiene interés en que no se llegue a disolver o modificar el vínculo matrimonial o a negar el estado de hijo legítimo, sino cuando concurren *realmente* los extremos legales alucidos por el actor, mientras que no tiene interés contrario a la consolidación de aquel vínculo o de aquel estado por las causas confesadas por el actor, aun siendo *insubsistentes*.

(2) LESSONA, *Prove*, II (3.^a ed.), núm. 200 y sigs; CICU, *Op. cit.*, página 179. El juramento decisorio es vinculativo por definición; por esto la naturaleza del hecho a jurar influye directamente en su admisibilidad.

ria por lo tanto no producirá declaración de la existencia o inexistencia de los derechos, sino en cuanto contenga su explícita declaración (1) y en la rebeldía del actor será de ordinario, simple absolución del seguimiento del juicio (§ 50, III).

Otra fuente de particularidades procesales se encuentra en la naturaleza enteramente personal de las relaciones que son objeto de estos procesos. Esto da lugar de un lado a cierta *extensión de la capacidad procesal*, como se ve en el derecho de algunos incapaces, de defender personalmente su capacidad interdicto e inhabilitado (§ 35, II), y de proponer personalmente la acción de nulidad del matrimonio (art. 112, Cód. civ., § 35, II, b, 3), y de otro lado da lugar a cierta *limitación de la posibilidad de obrar por representantes*. A este respecto es preciso distinguir entre los derechos que coinciden con un interés individual del titular, y derechos en los cuales esto no sucede porque son conferidos al titular sólo como *poderes* necesarios para la función que les está encomendada (2): los *primeros* pueden ser ejecutados también por medio de representantes, como en particular por los órganos de tutela (así la acción de nulidad del matrimonio puede ejercitarse por el tutor del cónyuge interdicto, con arreglo al art. 112, Cód. civ., otro tanto debe creerse de la acción de separación; la acción para impugnar la paternidad puede ejercitarse por el tutor del marido interdicto; la acción para impugnar la legitimidad del hijo, ex artículo 169, puede proponerse por el tutor del interesado; la acción para reclamar el estado de hijo legítimo puede proponerse por el tutor del hijo, etc.); los *segundos*, en cambio, no pueden ser ejercitados más que por su titular, y cuando éste no sea capaz, no son ejercitados por los órganos de tutela del titular; pero si la ley lo consiente por los órganos de tutela de la persona a quien el poder se refiere, como ocurre tratándose del consentimiento para el

(1) Así, como hemos visto, sucede para la «declaración de verdad» del documento impugnado por falsedad (§ 66, III, B). El proceso simulado (§ 2, III; y añadir HEIM, *Die Fertstellungswirkung des Zivilurteils*, Munich, 1912, pág. 190 y sigs.) es siempre contrario al destino del proceso, y la intención de simular si aparece manifiesta al juez, le impide en todo caso pronunciar sobre la demanda; pero en estos casos debe proveerse a impedir los efectos de una simulación, incluso no manifiesta.

(2) Para esta distinción véase CICU, *op. cit.*, pág. 142 y sigs.

matrimonio (art. 63 y sigs., Cód. civ.). En cambio, en ambas categorías se excluye la *sustitución procesal*, punto que también los derechos de la primera categoría son «inherentes exclusivamente a la persona» en el sentido del art. 1.234, Cód. civ. (§ 36, I, 50). Finalmente también el *jus postulandi* recibe importantes modificaciones puesto que en algunos de estos procesos (art. 67, Cód. civ.) o en algunos momentos de ellos (art. 807, Cód. proc. civ.) está prohibida la presencia de *procuradores*, defensores y consejeros (§ 37, II).

La naturaleza personalísima de las relaciones hace intransmisibles la mayor parte de las acciones de que aquí se trata (1). Y esto (aparte la influencia sobre la *legitimatío ad causam*) tiene importancia para la sucesión procesal; la muerte de la parte aquí extingue de ordinario la relación sustancial, por eso la relación procesal pierde su principal objeto y puede proseguir únicamente con el fin que sea decidido sobre la transmisibilidad de la acción y sobre las costas (§ 71, II, B).

Las relaciones de que se trata no tienen una posición especial respecto del litisconsorcio necesario (2). Aquí también vale el principio de que, cuando la ley con norma expresa no dispone otra cosa (ej. art. 168, Cód. civ.), el litisconsorcio es necesario sólo en la esfera de las sentencias constitutivas (art. 104, Cód. civ., § 88). Es verdad que esta esfera es aquí notablemente ampliada, puesto que, siempre por la naturaleza especial de las relaciones, es ampliado el campo de las personas legitimadas para impugnarlas (ej. arts. 104, 188, 260, 329, Cód. civ.).

Análogamente para la cosa juzgada. Las sentencias de estado no tienen un valor distinto de los demás, ni mayor (§ 80, II). Sabemos que lo que es sentencia entre las partes, vale—como sentencia entre aquellas partes—para todos; y si entre las partes ha sido juzgado sobre la relación de que ellas son sujetos (por ejemplo propiedad), esta relación queda, por consecuencia, declarada para todos, sin perjuicio de los terceros que pretendan a su vez ser titulares de aquella relación. Así en los juicios de estado, cuando el hecho de donde deriva el estado (filiación, matrimonio) sea

(1) CICU, *op. cit.*, pág. 275 y sigs.

(2) En contra: REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, cit., pág. 91 y sigs.

examinado frente a las *personas que se afirman partícipes de la relación*, sea que el juicio se ha desarrollado entre ellas, sea que se ha desarrollado entre ellas y un tercero (ej. art. 169, Cód. civil) (1). Ciertamente frente a una sentencia de estado el número de los interesados es mucho mayor que frente a una sentencia ordinaria; pero esta mayor suma de intereses encuentra protección (además de en las instituciones ordinarias de tutela de terceros, § 80, IV) en los principios antes enunciados sobre los poderes del juez en estos procesos y en la participación frecuente del ministerio público. En cambio, cuando ambas partes entre las cuales se pronunció sobre la cuestión de estado son *extrañas al hecho de donde deriva el estado*, o alguno solamente de los partícipes de la relación está en el pleito, el estado no queda declarado para los terceros, lo cual vemos normalmente en las cuestiones concernientes al estado de ciudadanía. Si una o todas las personas partícipes de la relación han fallecido, el estado quedará declarado para los terceros cuando la cuestión haya sido decidida frente a los partícipes supérstites (2) o (si existen) frente a las personas legitimadas por la ley para comparecer en juicio *en lugar de las fallecidos*. Para la legitimación *activa* tenemos dos normas: fallecido el marido, la acción para impugnar la legitimidad del hijo corresponde a los herederos en los términos establecidos en el art. 167 (art. 161 y 167). Muerto el hijo, la acción para reclamar el estado legítimo corresponde a los herederos o descendientes en los términos y límites marcados en el art. 178, Cód. civ. En cuanto a la legitimación *pasiva* no tenemos ninguna norma de ley, ni podrían aplicarse aquí los principios comunes en materia de sucesión, tratándose de relaciones intransmisibles.

Con los mismos principios se determinará la eficacia de la sentencia, en el caso de que una acción corresponda simultáneamente

(1) No ha de entenderse de otro modo la norma del art. 402, Código civ., por la cual «la sentencia de rectificación de los actos del estado civil no podrá nunca ser opuesta *a aquellos que no concurrieron a pedir la rectificación o no fueron regularmente llamados a juicio*».

(2) Así justamente REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, cit. pág. 103. REDENTI añade que la sentencia en este caso será oponible de tercero por cualquier interesado; pero esto es propio de cualquiera sentencia.

a *varios* extraños al hecho de donde deriva el estado; como la acción para impugnar un matrimonio (art. 104, Cód. civ.) o la acción para discutir la legitimidad del hijo (art. 169, Cód. civ.): la sentencia que estima o rechaza la acción de uno excluye la acción de los demás, cuando todos los partícipes de la relación, o todos los súperstites entre ellos, estuvieron en juicio.

A) *Pleitos matrimoniales*.—Son «pleitos matrimoniales» los que conclernen a la formación, existencia, nulidad, modificación, cesación del matrimonio, y al ejercicio de los derechos no patrimoniales que de él derivan (1).

a) *Denegación de consentimiento para el matrimonio* (2).—Si aquéllos (ascendientes consejo de familia o tutela) cuyo consentimiento es necesario para el matrimonio (art. 63 y sgs. Cód. civ.) lo deniegan, se da acción contra la negativa (art. 67 Cód. civ.). La acción corresponde a quien tiene necesidad del consentimiento si es mayor (ésto refiérese sólo al *hijo*); en otro caso corresponde (no en representación del menor sino directamente) a los parientes, a los afines y al M. p. Es competente en grado único la Corte de apelación. La demanda debe proponerse contra *las personas* que han negado el consentimiento; sin embargo el litisconsorcio no es *necesario*, porque los consentimientos son actos autónomos aun antes de la ley 31 Marzo 1901; excluida la *publicidad de las audiencias* y la intervención de *procuradores* y de otros *defensores* (artículo 67, 2.º y 3.º párr.). La presencia personal de los interesados da al procedimiento naturaleza sencilla e íntima, que permite dis-

(1) Como faltan en nuestra ley normas comunes a los «pleitos matrimoniales», la determinación de este concepto no tiene tanta importancia como en otras leyes. Sin embargo, también nuestra ley habla de «pleitos matrimoniales» a propósito de la necesidad de la participación del m. p. (ley 28 Noviembre 1875), CICU, *op. cit.* p. 175, extiende la expresión a todos los pleitos de estado; pero él mismo reconoce que esta interpretación es contraria al espíritu y a la letra de la ley.

(2) Según ZANOBINI, *Amministrazione pubblica di diritto privato*, en la *Riv. di dir. publico*, 1918, pág. 169 y sgs., éste vería procedimiento de jurisdicción voluntaria, según el mismo autor, sería jurisdicción verdadera y propia «*aunque no contenciosa*» (p. 184, núm. 2, pág. 187), por acto jurisdiccional, debiendo, a su entender, aplicarse genéricamente aquello «que provee a la actuación de la justicia y a la protección de los intereses recíprocos entre los varios sujetos (p. 187)».

cutir familiarmente los motivos de la negativa y puede tener por resultado el consentimiento dado ante la Corte misma.

La resolución de la Corte, que no puede ser sino una sentencia, hace mención del consentimiento eventualmente dado ante la Corte. En otro caso la sentencia declara, *sin motivación*, aceptar o rechazar la demanda y, si es favorable, tiene valor de consentimiento (art. 70 R. D. 15 Noviembre 1865, núm. 2.602, sobre el estado civil). La sentencia favorable tiene pues, naturaleza constitutiva (§ 8, V, A, a).

Tratándose de *sentencia*, se admite el recurso de casación (§ 87, I, b); pero la falta de motivación restringe necesariamente su esfera a los vicios de actividad (§ 87, II, B).

b) *Negativa de publicaciones y celebración del matrimonio.*— Contra la negativa del funcionario del estado civil a proceder a las publicaciones o a la celebración del matrimonio, expresada en un certificado *que indica las razones* de ella, el requirente puede recurrir al tribunal civil, que proveerá, previas las conclusiones escritas, del m. p., en Cámara de Consejo (art. 75 y 98 Cód. civ.; artículo 798 Cód. proc. civ.). El procedimiento tiene naturaleza contenciosa; son partes el recurrente y el funcionario del estado civil; pero el ser ya expresadas en el certificado con razones de aquel último, y el ser prescrita la forma del recurso, sin que se mencione la necesidad de oír al funcionario del estado civil (a diferencia de lo que ocurre en el caso análogo del art. 2.039 Cód. civ.), induce a estimar que el tribunal no tiene obligación de llamar a Cámara de Consejo al funcionario mismo, sino facultad de hacerlo cuando las razones expuestas en el certificado requieran aclaraciones. Contra la resolución del tribunal se admite la apelación del interesado o del m. p., por las facultades concedidas a éste por el art. 139 ley sobre org. jud.; y no puede negarse el derecho de reclamación al funcionario del estado civil, ya porque es parte, ya porque está interesado en defender el propio operado de la acusación de injusticia. La apelación se propone siempre en forma de reclamación o recurso y es tratada en Cámara de Consejo. La resolución tiene naturaleza de sentencia; por ésto la de la Corte podrá impugnarse mediante recurso en casación.

c) *Oposiciones al matrimonio.*— Realizada la publicación del matrimonio (la cual tiene carácter de edicto público meramente administrativo, esto es, no conducente a declaración judicial de los

efectos de la falta de oposición, § 95, I), las personas legitimadas por los arts. 82 y 87 Cód. civ., pueden oponerse al matrimonio. La competencia (funcional) corresponde al tribunal del lugar donde debe celebrarse el matrimonio (art. 88 Cód. civ.).

La oposición debe contener citación y notificarse a los esposos y al funcionario del estado civil (art. 89); este último es *llamado a juicio* y es parte porque trátase de impedir un acto de Estado que él anuncia querer realizar; los esposos son ambas partes en juicio en relación de litisconsorcio necesario, querido por la ley, porque el oponente tiende a impedir un acto común a ambas, como el matrimonio (§ 89, III, d; § 88, IV) (1). De otro lado si varios proponen la oposición *ex eadem causa*, las oposiciones deben ser reunidas, y los oponentes se encontrarán en relación de litisconsorcio necesario (en el segundo momento, esto es, no respecto de la *proposición*, sino de la tramitación: § 88, IV). Es objeto del juicio no el derecho genérico del Estado y de los esposos a proceder al acto del matrimonio, sino el derecho del oponente de impedirlo, *por una determinada causa*, la voluntad de ley naciente de esta causa; por esto el acto de oposición, y simultánea decisión (en audiencia fija, incluso antes de la ley de 31 Marzo 1901: art. 797 Cód. procesal civ.), debe expresar la *calidad* que atribuye al oponente el derecho de hacerla y las *causas* de la oposición (art. 88). Debe contener, además, elección de domicilio en el municipio donde tiene residencia el tribunal (art. 89: § 41, V, A, 1.º). Contra la sentencia que estima la oposición pueden apelar los esposos, y en abstracto, también el funcionario del estado civil, si bien la actividad de éste quede de hecho subordinada necesariamente a la actividad de los primeros; contra la sentencia que desestima la oposición puede apelar el oponente, pero en este caso el término para apelar, al fin de abreviar el juicio en favor de los esposos, se reduce a quince días, y la audiencia ante la Corte debe ser fijada a un plazo no menor de cinco ni mayor de quince días (art. 797 Cód. proc. civ.). La sentencia desestimatoria devenida definitiva excluye cualquiera otra oposición *ex eadem causa*, incluso de otra persona, puesto

(1) Conforme por otros motivos: CICU, *op. cit.* pág. 190; en contra Cas. Roma 6 Julio 1911 (*Foro it.* 1911, p. 1.248), que niega la calidad de parte, y por tanto el derecho de apelar, al esposo al cual no se refiera el motivo de oposición.

que estando juzgado *frente al Estado y a los esposos* que el matrimonio no puede ser impedido *por aquella causa*, éste debe ser reconocido por todos. Si la oposición es rechazada, el oponente, cuando no haya un ascendiente o el m. p. podrá ser condenado al resarcimiento de daños (art. 91 Cód. civ.); § 48, III, *a*. El efecto de la oposición, con tal que sea hecha por quien tenga *facultad* para ello, por *causa* admitida por la ley y, ya se comprande, en la forma prescrita por ella, esto es con *citación*, es el de suspender la celebración del matrimonio hasta que haya *sentencia firme* (1) con la cual se renueva la oposición. Este aspecto es propio de la *pendencia del juicio* de oposición; por tanto una oposición sin citación no podría valer *directamente* para suspender el matrimonio, sino solo en cuanto, descubriendo un impedimento al funcionario del estado civil, podría determinar la negativa de éste para la celebración (arts. 98, 124 Cód. civ.). Por otro lado la pendencia del juicio prohíbe al funcionario del estado civil celebrar el matrimonio, pero no a los esposos; por esto no constituye *por sí misma* un impedimento y mucho menos que un impedimento dirimente del matrimonio. Si, por tanto, no obstante la pendencia del juicio, se hubiese celebrado el matrimonio, no solo no sería nulo por ese solo hecho, sino que el funcionario del estado civil no podría sujetarse más que a las disposiciones penales del art. 126 del Código civ. En este caso el juicio de oposición desaparecería por terminar la materia de la contienda, salvo renovarse como juicio de nulidad (2).

d) Impugnación del matrimonio.—El matrimonio puede ser nulo (inexistente) o anulable (§ 8, V, B); de ahí derivan acciones de

(1) Sobre el concepto de *sentencia firme* v. § 82, II. En ese caso, la circular ministerial 4 Mayo 1871 ha prescrito a los funcionarios del estado civil esperar el vencimiento del término para el recurso en casación o la decisión de éste.

(2) Con mayor razón no podría considerarse nulo el matrimonio celebrado estando pendiente el plazo para el recurso de casación o del juicio correspondiente, cuando la sentencia que había desestimado la oposición fuese casada; el art. 543 Cód. proc. civ. no se refiere a este caso, puesto que la sentencia casada ha servido únicamente de justificación al funcionario del estado civil y no *de base* a la celebración del matrimonio (BIANCHI, *Diritto civ.*, V, 1.^a, núm. 137 bis).

nulidad y de *anulación*. Las acciones de nulidad suponen un acto con apariencia de matrimonio, al que falte un elemento esencial del matrimonio, de manera que, *aun independientemente de una impugnación*, sus efectos jurídicos no puedan producirse ni pueda el acto valer como matrimonio putativo (art. 116). Tal es, por ejemplo, el matrimonio celebrado por quien, aún siendo funcionario público, no lo sea del estado civil. Estas son acciones de *mera declaración*, dadas a cualquiera que tenga interés, y sobre las cuales el tiempo no tiene influencia alguna. Las acciones de *anulación*, que la ley llama impropriamente acciones de nulidad (art. 104 y siguientes Cód. civ.) suponen, por el contrario, un matrimonio defectuoso, pero esto para producir los efectos jurídicos del matrimonio, *mientras no sea declarado nulo*, y para producir los efectos civiles como matrimonio *putativo* después de declarado nulo (art. 116). Pero estas acciones de acumulación tienen diversa naturaleza según que se conceden al M. p., a los esposos, a los ascendientes próximos (1), al cónyuge precedente y a todos los que en ello tienen un interés legítimo y actual, llamadas nulidades *absolutas*; por defecto de edad de los esposos; vínculo de precedente, matrimonio, parentesco, o afinidad, o vínculo de adopción entre los esposos en los casos previstos por los arts. 58, 59, 60; condena por homicidio, consumado, o en tentativa, o frustrado en la persona de uno de uno de los cónyuges; incompetencia del funcionario del estado civil; falta de los testigos, nulidades que, a su vez, pueden ser *subsanas*, por ratificación, transcurso de tiempo, embarazo sobrevenido, o *insubsanas*); o también reservadas a determinadas personas (llamadas nulidades *relativas*; por vicio de voluntad, falta de consentimiento de los padres al matrimonio, impotencia, interdicción o enfermedad mental; nulidades todas subsanas). Todas estas acciones de anulación, incluso aquéllas por nulidades absolutas insubsanas, que más se acercan a las

(1) La ley no menciona el consejo de familia o de tutela, el cual por lo tanto no puede entenderse legitimado para obrar en estos casos. Del art. 111 no se saca lo contrario; es sólo la integración del art. 108, por el cual el matrimonio del menor *no consentido* por el consejo de familia o de tutela puede ser impugnado por éste y es natural que al consejo se le conceda acción en este caso para la defensa de su función; en los demás casos de nulidad absoluta, podrá únicamente hacer representaciones al m. p.

acciones de nulidad, son acciones *constitutivas*, puesto que sólo se verifica con la sentencia que declara la nulidad, aunque retroactivamente (*ex tunc*), la cesación de los efectos jurídicos del matrimonio o la limitación a los *efectos civiles* (1). Este cambio jurídico tiene lugar también aquí, como en toda sentencia constitutiva, en virtud de la sentencia y no de la simple demanda judicial (2). Es objeto del proceso, no ya la sentencia del matrimonio, sino el derecho a su anulación por el motivo hecho valer por el actor. La demanda, por tanto, debe indicar el motivo de anulación. Si la de-

(1) La ley habla muchas veces exactamente de sentencias *de anulación*, y a ellas liga el cambio del estado jurídico (art. 112, 116, 169, Código civil; Org. est. civ., art. 72).

(2) Sobre la sentencia constitutiva, v. § 8, I y II, CICU, *Diritto de famiglia*, cit. p. 198, y CALAMANDREI P., *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile* (*Riv. di dir. commerciale*, 1917, pág. 759 y sigs.) aceptan el concepto de «sentencia constitutiva», pero—como DONATI, *Il problema delle lacune dell'ord. giur.*, p. 216 (contra cuyo concepto envió a mi nota p. 184 de la tercera ed.)—encuentra en la sentencia constitutiva, además de la declaración del derecho una actividad «*administrativa*» de actuación del derecho declarado al cambio jurídico. Para mí la actuación tiene lugar *ope legis* (p. 182 y sigs. de la tercera edición, págs. 146 y sigs. de la segunda edición.)

Pero admitido este acto autónomo de voluntad, no podría llamarse «administrativa» sólo por ser análogo a actos que pueden realizar funcionarios administrativos, sino «jurisdiccional» (§ 18, I). CICU y CALAMANDREI parten de un concepto de jurisdicción que, indudablemente frente a las sentencias constitutivas, como ellos las entienden, presenta alguna incertidumbre. Sin embargo, no basta observar (CALAMANDREI, loc. cit., página 773) que la actividad del juez que realiza el cambio jurídico no puede ser cumplida más que por el juez, para excluir en este caso aquella «sustitución» que es característica del acto jurisdiccional, pues lo que todas las actividades del juez, como tales, no pueden ser realizadas sino por el juez (piénsese en la expropiación forzosa, en la misma actividad de declaración). Ahora bien, cuando el acto de ejecución *del derecho de una parte contra la otra* es confiado al juez, de manera de ser compenetrado y fundido en la misma sentencia, dudo que sea conceptualmente posible y prácticamente útil aislarlo del acto jurisdiccional.

La misma objeción puede hacerse al concepto de ZANOBINI, *Amministrazione pubblica di diritto privato*, cit., según la cual la sentencia constitutiva sería acompañada de un *acto de jurisdicción voluntaria* (p. 213).

manda indica varios motivos tenemos acumulación objetiva (§ 91, II, c). El pasar de un motivo a otro es cambio de demanda (s. 121, 41, 42, 6.º). Por otra parte, el demandado, a su vez, puede hacer valer reconventionalmente un motivo de anulación distinto del de actor. La demanda propuesta por un cónyuge va dirigida contra el otro, propuesta por un tercero va dirigida contra los dos cónyuges, en relación de litisconsortes necesarios. Si un cónyuge ha fallecido, se dirige contra el supérstite, y si ambos han muerto, contra las personas respecto de las cuales se intenta realizar ésta o aquella nulidad. Si obran varios para la nulidad *ex eadem causa* las demandas serán unidas y los actores se encontrarán en relación de litisconsorcio necesario (respecto del trámite y a la decisión); la sentencia pronunciada sobre la acción de nulidad excluirá toda otra acción *ex eadem causa* incluso de otras personas, con tal que la decisión sea producida frente de los cónyuges o del cónyuge superviviente.

Cuando el juicio de nulidad sea promovido por uno de los cónyuges el tribunal puede ordenar (incluso de oficio si los cónyuges o uno de ellos son menores) una importante medida de cautela, esto es, la *separación personal temporal* puesto que la prosecución de convivencia puede ser inoportuna durante el conflicto entre los cónyuges y perjudicial si la anulación fuese pronunciada en consecuencia.

La *muerte* de uno de los cónyuges, cuando el actor es el M. P., produce extinción de la acción (art. 114, Cód. civ.).

No obstante la anulación, el matrimonio contraído de buena fé (*matrimonio putativo*) produce los efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges (o del cónyuge) de buena fé, como en cuanto a los hijos, incluso nacidos antes del matrimonio con tal que sean reconocidos antes de la anulación (esto es, de la sentencia definitiva de anulación) (art. 116, Cód. civ.). Es, por tanto, indispensable que el magistrado, en el acto de anular un matrimonio, pronuncie también de oficio sobre la buena fé de los cónyuges, debiendo conocerse por la sentencia misma cuál es la condición jurídica que se deriva para los cónyuges y para los hijos, de la nulidad.

La sentencia *irrevocable* de nulidad es transmitida por copia auténtica a cuidado del canciller del tribunal o de la Corte que la ha pronunciado, y a costa del actor, a la oficina del estado civil del

municipio en donde el matrimonio fué celebrado y anotada al margen el acta del matrimonio (art. 384, Cód. civ.) (1).

e) Declaración de la existencia o inexistencia del matrimonio.—Aquí se trata de meras acciones de declaración positiva o negativa, en las cuales el interés en obrar puede nacer de variadísimas circunstancias: de la existencia de una *apariencia* de matrimonio, esto es, de alguno de los elementos del matrimonio, faltos de un elemento esencial (acciones de nulidad propiamente dichas); o de la incertidumbre sobre la identidad de los cónyuges; o de la afirmación (jactancia) de la nulidad del matrimonio hecha por el demandado antes del juicio; o de las incertidumbres sobre la celebración misma del matrimonio. Esta última, normalmente está probada por los registros del estado civil, pero esta prueba puede faltar porque haya sido destruída o perdida, o por interrupción en la tenencia de los registros (art. 364, Cód. civ.), o porque el acto de matrimonio, aunque celebrado, no haya sido inscrito en los registros por culpa o dolo del funcionario público (art. 121, Código civil); todas estas circunstancias (destrucción, pérdida, dolo o culpa) son, en los respectivos casos, hechos *constitutivos* de la acción y deben ser afirmados y probados por el actor, y a ellos se añade en la hipótesis de dolo y culpa el hecho de las publicaciones (proclamas) realizadas o de la dispensa de las mismas, y la posesión de estado (art. 121). En todo caso, el *dolo* del requirente obra como hecho *impeditivo* (art. 364). La acción se propone en estos casos contra el funcionario del estado civil; y también es admitida sin límites la prueba por testigos (art. 121, 364).

f) Separación personal (y divorcio).—Aunque nuestra ley no admite otra causa de disolución del matrimonio que la muerte (art. 148 (Cód. civ.), también ante los tribunales del reino han te-

(1) La anulación del matrimonio implica anulación del acto administrativo con el cual se ha pronunciado, en nombre de la ley, que las partes están unidas en matrimonio (art. 94, Cód. civ.) Esta entra en las limitaciones del principio formulado en el art. 4 de la ley 20 Marzo 1865, ap. E (§ 16, III). V. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica di diritto privato*, cit., p. 226 y sigs. Sobre el carácter constitutivo de la participación del Estado en el acto de matrimonio, v. ZANOBINI, allí, pág. 215 y sigs., y (desde un punto de vista opuesto) CICU, *Matrimonium seminarium republicæ* en el *Archivio giuridico*, 1921, I, p. 125 sigs.

nido lugar juicios de divorcio, cuando el magistrado entendió que no obstaban a la demanda razones de competencia ni de orden público (1). La Convención de La Haya, 12 Junio 1902 (ley italiana, 7 Septiembre 1865) al dejar imprejuizadas estas últimas (art. 1) ha eliminado la cuestión de competencia, en cuanto a los extranjeros pertenecientes a un Estado contratante, *que tengan o hayan tenido domicilio en el Reino*, con tal que su ley nacional no considere como *exclusiva* en materia la jurisdicción de su Estado (2). Dado que en Italia puedan tener lugar juicios de divorcio, faltando sobre esto normas procesales, deberían aplicarse por analogía las normas sobre el juicio de separación personal.

La acción para la separación personal tiende a modificar el vínculo matrimonial, eliminando o reduciendo derechos y deberes derivados del matrimonio y en particular la obligación de la cohabitación, y es por esto *constitutiva*, así como la sentencia que la estima (§ 8). El objeto del juicio no es ni la existencia de la relación matrimonial ni el derecho genérico a modificarla, sino el particular derecho potestativo («derecho de pedir la separación») fundado en una de las causas de separación admitidas por los artículos 150, 151, 152 Cód. civ. que se especificarán en la demanda (art. 806, Cód. proc. civ.). Pueden hacerse valer varias causas de separación, en cuyo caso tendremos *acumulación objetiva* (§ 91). La acción para la separación puede también acumularse en vía eventual a la acción de nulidad o de anulación del matrimonio (§ 91, II b). El demandado puede *reconvencionalmente* pedir la separación por culpa del actor (§ 92); puede también reconvencionalmente impugnar por nulidad el matrimonio, o pedir la *declaración incidental* sobre su existencia (§ 93).

La acción, aunque concerniente a un interés individual del titular, tiene naturaleza *personalísima*, por eso, como queda visto, podrá ejercitarse por los representantes del titular, pero no en vía de sustitución personal, por los acreedores, ni, por sucesión, por un derechohabiente. Si ocurre durante el proceso, el fallecimiento

(1) C. ap. Ancona 22 Marzo 1884 *Giurisp. it.*, 1884, II, p. 347); C. ap., Milán 24 Noviembre 1898. (*Annali*, 1899, III, p. 36); Trib. Génova 7 Junio 1894 (*Legge*, 1894, II, p. 231).

(2) V. ANZILOTTI, *El riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio en los Atti della R. Accademia di Bologna*, 1908, pág. 60 del extr.

de una de las partes, desaparece el objeto del juicio; sólo sobrevive la relación procesal con el fin de obtener la declaración de la cesación del objeto y la de las costas (§ 71, II, B, 1.º) (1) regulación

Es exclusivamente *competente* el tribunal, y precisamente el del fuero general del demandado (esto es, del domicilio o residencia del marido, si éste es demandado; del domicilio del marido o de la residencia de la mujer, si ésta es demandada). Pero el art. 806 Cód. proc. civ. al pedir que la demanda sea propuesta al tribunal *competente* no ha hecho una vana repetición de la norma del artículo 35, sino que, por el contrario, ha dejado *inderogable* en este caso la competencia territorial (haciéndola así *funcional*); y la disposición es racional puesto que, dada la naturaleza del pleito, sería absurdo pensar que la acción pudiese proponerse ante cualquier tribunal, cuando sólo aquél o aquéllos del fuero general pueden tener el conocimiento de las personas y de los hechos que es necesario en este juicio para un justo ejercicio de la función jurisdiccional. Además, la atribución confiada al presidente, de examinar la demanda antes de la notificación exige que su competencia esté seguramente determinada y no dependa de la futura actitud del demandado.

La *forma* de la demanda judicial es el *recurso*, que debe exhibirse en la secretaría con los documentos (art. 896); el presidente establece con decreto la audiencia para comparecer y el término, dentro del cual, el recurso con el decreto deben ser notificados a la otra parte. También esta forma excepcional (§ 41, V, B) establecida para la demanda responde a la naturaleza especial de este juicio, y a la intervención que tiene en él el magistrado, especialmente, el presidente. Este debe estar en situación, mediante la previa comunicación de la demanda y el arbitrio de fijar la audiencia para comparecer, de asumir las oportunas informaciones con el fin de ejercitar con conocimiento de causa, las delicadas atribuciones que el art. 808 le confía (intento de conciliación, resoluciones urgentes en interés de los cónyuges y *de la prole*). En cuanto al momento cons-

(1) Regulación de las costas no quiere decir *condena*, la cual supone el vencimiento, imposible en este caso (art. 370 Cód. proc. civ. § 77), sino que significa reparto, según las circunstancias del pleito (especialmente con relación a las costas anticipadas por una parte para medios instructorios).

titutivo de la relación, valgan las observaciones hechas, en términos generales, sobre esta forma de demanda (§ 41, I).

El procedimiento se divide en dos fases. La *primera* se abre con la comparecencia ante el presidente, quien debe, ante todo, oír a uno y otro cónyuge, y después hacer a los dos las amonestaciones que estime conducentes a reconciliarlos. Si la conciliación se consigue se levanta acta. Si no se logra, o el demandado no comparece, el presidente, mediante decreto, remite a las partes ante el colegio y da las resoluciones temporales urgentes en interés de los cónyuges y de la prole (art. 808). El poder del presidente no tiene límites ni acerca de las resoluciones (que pueden atañer, tanto a la convivencia, como a los alimentos, como al cuidado de los hijos, etc. (1), ni acerca de la iniciativa, ni acerca de los medios de investigación; impera aquí por la naturaleza de la relación, el principio inquisitorio (§ 47, III). Pero la comparecencia de las partes tiene una importancia especial, porque es indispensable para la tentativa de conciliación y puede procurar elementos valiosísimos al presidente para las resoluciones futuras, particularmente en interés de la prole; así que la vemos caracterizada por dos importantes excepciones a los principios comunes, en cuanto que debe ser *personal*, con exclusión de los procuradores y asesores (§ 37, II) y es *obligatoria* para el demandado, cuya ausencia injustificada es castigada con una pena pecuniaria (§ 48, II). Con el decreto del presidente que remite las partes ante el tribunal (y que va notificado con citación para comparecer *únicamente* cuando una de las partes no haya estado presente a su pronunciamiento) se abre la *segunda* fase.

Pero no obstante esta división el procedimiento es uno, y pertenece, en su integridad a la jurisdicción contenciosa. En efecto, se desarrolla, también en la primera fase, sobre la demanda con que una parte *hace valer contra la otra el derecho* de pedir la separa-

(1) En el derecho común y en algunas legislaciones modernas se halla admitida—entre estas resoluciones temporales—el anticipo de las costas para el pleito (*provisto ad litem*) que el cónyuge más pudiente ha de hacer al otro (de ordinario el marido a la mujer). V. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiziali*, núm. 179 y nota. Añadir, para la práctica germánica actual: HELLWIG, *System*, II, p. 27. Falta entre nosotros una práctica segura sobre esto.

ción personal. La tentativa de conciliación y la producción de medidas de seguridad y urgentes tienen lugar *en el curso* de un procedimiento contencioso, como medio para el fin de estatuir sobre el derecho del actor y de regular las relaciones familiares *durante el juicio* y se encuentran en otros casos pertenecientes a la jurisdicción contenciosa (art. 379, 417, 182, 927, 938 Cód. procesal civ.; art. 39, 40, R. D. 31 Agosto 1901). Los poderes atribuidos al presidente son, por la naturaleza especial de la relación, excepcionales, pero esto no excluye que sean ejercitados con ocasión de una demanda judicial, la cual es propuesta en el recurso, no en la citación (no siempre necesaria) con que el pleito es resumido y proseguido ante el Colegio. Que la resolución del presidente se llame *decreto* y no *ordenanza* es muy débil argumento para que pueda deducirse de ahí la naturaleza voluntaria del procedimiento; la terminología de la ley es muy incierta (§ 58, IV) y, en este caso, aparece contraria a la definición del art. 50 (1).

De todo esto es consecuencia que, contra las resoluciones dadas por el presidente, podrá proponerse reclamación al Colegio, no al presidente de la Corte de apelación, puesto que se trata de proceso, no de jurisdicción voluntaria, y de proceso que no pertenece a la competencia exclusiva del presidente (§ 20, V). Sustancialmente, y salvo las particularidades debidas a la naturaleza de la relación, la función del presidente no es aquí diferente de la que normalmente le compete en materia de medidas de seguridad y urgentes con arreglo al art. 182 Cód. pro. civ. y 40 del R. D. 31 Agosto 1901.

La reclamación debe, por esto, proponerse dentro del término señalado en el art. 183, Cód. proc. civ. (art. 40, R. D. 31 Agosto 1901). Si independientemente de la impugnación de la primera resolución presidencial, por *nuevas circunstancias*, se hacen necesarias nuevas medidas de seguridad y temporales, éstas se piden en vía incidental, siempre con arreglo a los arts. 39 y 40 del Real

(1) Conforme: DIANA, *Le funzioni del presidente*, cit. p. 100 y siguientes; cas. Turín, 11 Febrero 1910 (*Rivista di diritto civile*, 1910, p. 427). En contra: MORTARA, V, núm. 508 y sigs: CICU, *Diritto di famiglia*, cit. página 169, nota 2; Cas. Roma, 16 Agosto 1917, en la *Giuri Ital.* 1917, página 1.090.

decreto, 31 Agosto 1901 (demanda al presidente y reenvío al Colegio, salvo la posible resolución de urgencia del incidente).

En la segunda fase, el proceso se desarrolla, según las normas comunes y según las particulares de los juicios de estado en general. Una particularidad ya mencionada presenta el examen testifical; también son capaces para testificar los parientes y afines en línea recta (art. 236, Cód. proc. civ.). La naturaleza del juicio dará fácilmente ocasión de excluir la publicidad de la audiencia (artículo 52, Cod. proc. civ.; § 45, II.)

La sentencia que estima la demanda (principal o reconvenicional):

1.º Pronuncia la separación: el cambio en el vínculo matrimonial tiene lugar con el paso a cosa juzgada de la sentencia, pero las disposiciones que ésta contiene pueden ser realizadas también antes, esto es, cuando la sentencia va provista de ejecución provisional o también es pronunciada en segundo grado (1).

2.º Declara que la separación es pronunciada por *culpa* de uno u otro cónyuge o de ambos.

Esta declaración es necesaria, aunque no sea pedida, puesto que la condición jurídica de los cónyuges varía, según la razón por la cual se ha pronunciado la separación (2), y esta condición

(1) La comunidad de bienes entre cónyuges no se puede disolver más que por la separación personal *definitiva* (art. 1.441, Cód. civ.). La pérdida de los derechos sucesorios supone también una sentencia *pasada en calidad de cosa juzgada* (art. 757, 812, Cód. civ.). La pérdida del derecho a pensión supone una sentencia *definitiva* (art. 104, ley 21 Febrero 1895).

(2) El cónyuge culpable de la separación incurre en la pérdida de las ganancias dotales, de lo que el otro cónyuge le hubiere concedido por el contrato matrimonial y también del usufructo legal. El otro cónyuge conserva el derecho a las ganancias y a cualquier otra utilidad que dependa del contrato del matrimonio, aunque hayan sido estipuladas con reciprocidad. Si la separación fué pronunciada por culpa de los dos, ambos incurren en la pérdida supradicha, salvo siempre el derecho a los alimentos en caso de necesidad (art. 156, Cód. civ.). Si la separación fué pronunciada por culpa del marido, la mujer no necesita autorización, marital ni judicial, lo cual, hoy, desde la ley 17 Julio 1919, ha perdido importancia (art. 135, 136, Código civ.). El cónyuge *contra* quien fué pronunciada la separación pierde los derechos sucesorios respecto al otro cónyuge (art. 757 y 812). La mu-

debe aparecer de la sentencia en interés del Estado y de los terceros. Si el demandado ha pedido reconvenzionalmente la separación por culpa del actor, puede suceder que la sentencia estime sólo la acción principal o sólo la reconvencción, o estime ambas, declarando así la culpa sólo del demandado o sólo del actor, o de ambos. Pero cuando el tribunal, aun estimando la demanda del actor, reconoce también culpa en él debe declararlo independientemente de toda reconvencción, precisamente por la necesidad de regular la posterior condición jurídica de las partes.

3.º Declara cuál de los cónyuges debe tener consigo a los hijos y proveer a su alimentación, educación e instrucción, salvo que por graves motivos ordene que la prole sea ingresada en una institución de educación o cerca de tercera persona (art. 154, Código civil); determina la manera de suministrar los alimentos *habida cuenta de los motivos de la separación* (art. 810, Cód. procesal civil). Con esto dejan de regir las resoluciones temporales producidas durante el juicio.

En cambio, la sentencia puede rechazar la demanda. En este caso, con la cesación del juicio desaparecen las resoluciones temporales. Y lo mismo sucede cuando el juicio se cierra de otra manera que por la sentencia, esto es, por caducidad o por renuncia a los autos; en efecto, aquellas resoluciones son producidas durante la pendencia de un juicio y en vista de éste (1).

Acerca de los medios para impugnar la sentencia sirven las normas comunes, y lo mismo para la cosa juzgada. Pero la indiscutibilidad de lo decidido en relación con el momento de la decisión, no impide que las disposiciones que acabamos de indicar (2)

jer del empleado contra quien se haya pronunciado la separación personal, no tiene derecho a la pensión de viudedad (art. 104, texto único, 21 Febrero 1895 sobre pensiones).

(1) En contra: Cas. Palermo, 29 Julio 1915 (en el *Foro ital.*, 1915, página 1.282, y en el *Diritto e giur.*, 1916, n. 3); DIANA, *Le funzioni*, cit. página 101.

(2) Esto es propio de todo pronunciamiento que deba entenderse producido con la cláusula *rebus sic stantibus*. Como la sentencia de condena a prestar alimentos; la sentencia de interdicción o inhabilitación (artículo 338, Cód. civ., mas adición en este mismo núm., al final). Así también, la sentencia en materia de accidentes del trabajo (mas ad. en este §, al final).

puedan siempre, a instancia de una de las partes, ser *revocadas o modificadas* por el tribunal, según las circunstancias (art. 810, Código procesal civil), esto es, por ocurrir después *nuevas* circunstancias (1).

Del mismo modo, la autoridad de la cosa juzgada no impide que los cónyuges, de *común acuerdo*, hagan *cesar los efectos* de la sentencia de separación con una declaración expresa o con el hecho de la cohabitación, sin que sea necesaria la intervención de la autoridad judicial (art. 157, Cód. civ.). Ya se entiende que los efectos cesan *para el porvenir*, y, por lo tanto, la cesación no puede referirse a los efectos *ya verificados* durante la separación a menos que tengan naturaleza continuativa. Así, si el efecto de la separación consistía en la pérdida de utilidades concedidas en virtud del contrato de matrimonial, por ej., una donación, la reconciliación hace cesar la pérdida y restituye al cónyuge donatario el derecho de reclamar la cosa donada con tal que todavía se encuentre en poder del donante (2). En cambio, el efecto consistente en la disolución de la comunidad no puede cesar más que por un nuevo acto de restablecimiento de la comunidad (arts. 1.441, 1.443, Código civil). La cesación verificada puede ser objeto de una acción de declaración.

Enteramente distinta de la institución procesal hasta aquí examinada, y perteneciendo en todo a la jurisdicción voluntaria es la *separación voluntaria* de los cónyuges, que tiene lugar por consentimiento dado, mediante acta ante el presidente, y que deviene eficaz con la comprobación por el tribunal (art. 158, Cód. civ.; artículo 811, Cód. proc. civ.)

g) *Causas concernientes a derechos no patrimoniales nacidos del matrimonio. Autorización judicial.*—Aquí la relación matrimonial no está en el pleito, desde el punto de vista de su existencia, validez o modificación, sino como nacida de los derechos fundamentales contenidos en él. Ejemplo: la acción para el cumplimiento de la obligación de cohabitación, la acción de la mujer contra el marido que rechace fijar una residencia de manera conveniente a su condición (arts. 130, 131, 152, Cód. civ.), etc.

(1) En contra: BIANCHI, *Corso di Cód. civ.*, vol. V, parte II, n. 340.

(2) Sobre la institución y los proyectos de abolición, v. por último, M. D'AMELIO, en la *Riv. di dir. comm.*, 1918, I, pág. 218 y sigs.

La violación de estas obligaciones da derecho también a pedir la separación personal, pero nada impide al interesado limitarse a una acción de declaración o de condena, aunque por la naturaleza del derecho, ésta no puede dar lugar después a ejecución forzosa. Es, naturalmente, objeto de la demanda y de la sentencia el derecho particular, no la existencia o validez del matrimonio, a menos que una decisión a este respecto haya sido provocada con una reconvención o con una declaración incidental.

A una *acción constitutiva* importante podía dar lugar la institución de la *autorización marital* (art 134 y sigs.; § 8 V, A, a) (1); esto es, la acción para obtener la autorización judicial. No obstante haber sido derogada la institución por la ley 17 Julio 1919, la exposición de las normas que lo regulaban conserva notable interés. La autorización judicial era necesaria cuando el marido *rehusaba* la autorización, ya en alguna de las situaciones en que *no podía* darla (por oposición de intereses o por tratarse de cónyuges separados por culpa de la mujer o de ambos o por mútuo consentimiento). Pero los casos, si bien unidos en el art. 136, Cód. civ., eran muy diferentes: cuando el marido *no podía* dar la autorización, la tutela del interés familiar era confiada directamente por la ley al tribunal, y era, por sí misma, función de jurisdicción voluntaria (§ 16, bis, I y II); cuando el marido *rehusaba*, la mujer recurría al tribunal contra tal oposición que estimaba injusta y lesiva de su derecho a la autorización; aquí se trataba de acción de jurisdicción contenciosa (1). Pero ya se entiende que también cuando el marido no podía dar la autorización, por el interés que tenía en el acto, podía oponerse a que la autorización fuese dada por el tribunal, y también, en este caso, se daba un conflicto entre cónyuges, determinado ya por la oposición de sus intereses personales, ya por las divergencias de apreciación del interés familiar, conflicto que pertenecía a la jurisdicción contenciosa (§ 14, bis. II,

(1) Conforme: MATTIROLLO, I, n. 536; CICU, *Dir. di famiglia*, cit. página 188, 189, afirmando también que aquí existe solamente un contraste de apreciación del único interés familiar, y que la mujer tiene, por lo mismo, una «simple acción». Asignan a la jurisdicción voluntaria también el caso de negativa de autorización: MORTARA, V. núm. 504 y sigs.; BIANCHI, *Corso di Cód. civ.* V. parte segunda, p. 319; DIANA, *La giur. volont.*, 1904, p. 100 y sigs.

segunda nota). Esto explica por qué de un lado el art. 136 del Código civil exige que sea oído el marido en cada uno de los casos en él previstos; y por otra parte, el procedimiento *contencioso* regulado por los arts. 799 y sigs. del Cód. proc. civ. se refiere a todas las hipótesis previstas por el art. 1.360, pero suponiendo constantemente una *negativa* del marido (art. 800). Por tanto, el caso de que el marido *pudiendo dar* la autorización, la *negase*, pertenecía siempre a la jurisdicción contenciosa y estaba siempre sujeto a las formas exigidas por los arts. 799 y sigs. del Cód. proc. civ.; lo mismo debe decirse del caso en que el marido no pudiese dar la autorización y se opusiese a la demanda de autorización judicial; en cambio, el caso en que el marido, aun no pudiendo dar la autorización, consintiese en la autorización judicial, era de mera jurisdicción voluntaria, y *no estaba sujeto a las formas contenciosas reguladas por los arts. 799 y sigs.*; en este tercer caso, teniendo lugar el acuerdo antes de la demanda, el recurso debía presentarse *por los dos cónyuges* y sobre él proveerse *con decreto* (1). Cuando antes de la demanda no se verificase el acuerdo, el conflicto se presumía, y el procedimiento era contencioso, a menos que se cerrase con amigable composición, mediante acta en cámara de consejo (§ 73), en cuyo caso, la autorización podía darse con decreto.

La forma de la demanda era el *recurso*; el presidente establecía el día de la comparecencia, y en término, dentro del cual, el recurso y el decreto debían notificarse al marido en la forma de las citaciones (art. 800). La comparecencia era *personal*, pero no se prohibía la asistencia de defensores (2). El pleito se tramitaba, sin formalidades, en cámara de consejo. Las respuestas del marido, cuando hubiese comparecido, eran recogidas en acta y después recogidas en la sentencia (art. 801, n. 2). Las conclusiones del Ministerio público eran exigidas bajo pena de nulidad (art. 801,

(1) Cuestión discutidísima: V. sobre el estado de la misma MONTARA, v. núm. 507; BIANCHI, v. parte segunda, p. 315 y sigs.; DIANA, *La giurisprudenza vol.*, cit. p. 106 y sigs., y los comentaristas de los dos Códigos sobre los artículos citados, particularmente CUZZERI, *Sull art. 800*, núm. 1.

(2) No obstante la obligación de la comparecencia personal ya se entiende que el recurso debía ser firmado por un procurador, según la regla general del art. 50, párrafo segundo, Cód. proc. civ. (V. para el recurso de apelación, art. 802, primer párrafo).

n. 3 y últ. párr.). La sentencia contenía los motivos de hecho y de derecho y las demás indicaciones prescritas por el art. 801, además del nombramiento de un curador especial a la mujer, cuando ésta fuese menor y la autorización fuese concedida por negativa del marido o por haber oposición de intereses (art. 804). La sentencia no estaba sujeta a oposición. La *apelación* de la sentencia que *concedía* la autorización estaba sujeta a un término especial de quince días, que transcurrían desde la proclamación (publicación: § 50, II; § 681, a) de la sentencia, si el marido había estado presente, y en otro caso, desde la notificación; la apelación de la sentencia que *negaba* la autorización se entendía sujeta al término ordinario. También la forma de apelación era el recurso, al cual la otra parte podía responder contra el recurso en el término establecido para comparecer por el art. 148, Cód. procesal civ.; § 44, bis, IV, a).

El procedimiento era distinto en caso de urgencia (art. 136, Cód. civ.): la citación del marido no era necesaria y la autorización podía concederse *inoida parte*. El contradictorio se limitaba, en este caso, al juicio de apelación. La sentencia podía ser declarada por el tribunal provisionalmente ejecutiva, cuando la cosa fuese prácticamente útil (por ej., para proponer con urgencia una acción en juicio).

El procedimiento para la autorización quedaba absorbido por el procedimiento principal cuando se trataba de demandar en juicio a la mujer casada. El actor debía citar para la autorización al marido en el mismo juicio. La autorización se reputaba concedida si el marido no declaraba negarla. En otro caso era concedida por la misma autoridad judicial ante la cual pendía el pleito y también con la sentencia que pronunciaba sobre el fondo (art. 803): lo mismo sucedía en los otros casos en que la autorización era necesaria, pero no podía ser dada por el marido (art. 136, Cód. civ.).

B) *Pleitos relativos a la filiación*.—Pertencen a este grupo las acciones *que tienen por objeto la existencia o la legitimidad de la filiación y el ejercicio de los derechos no patrimoniales que de ella se derivan*. Tales son:

a) *La acción para la declaración del estado de hijo legítimo*. El interés en esta acción puede nacer de la falta de posesión de estado o de la falta de un acta de nacimiento y más de la falta de ambos. La acción es de mera declaración y es normalmente propuesta contra el padre y la madre, si ambos viven.