

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL *METUS*
INDIRECTUS EN EL MATRIMONIO

ANTONIO CARRETERO PÉREZ

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCESO INTERNACIONAL



VOL. XXXII - CURSO 1958-59
CUADERNO III - DERECHO

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Edita el Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria.

Aparece cada curso un volumen que comprende fascículos correspondientes a las distintas Facultades.

DIRECCIÓN:

Magnífico y Excmo. Sr. Rector de la Universidad.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Filosofía y Letras.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Ciencias.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Medicina.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

ILMO. SR. PROF. JOSÉ SANTA CRUZ TELJEIRO, Director del Secretariado.

VOCALES:

PROF. ENRIQUE COSTA NOVELLA, de la Facultad de Ciencias.
PROF. ANTONIO LLOMBART RODRÍGUEZ, de la Facultad de Medicina.
PROF. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, de la Facultad de Derecho.
PROF. MIGUEL TARRADELL MATEU, de la Facultad de Filosofía y Letras y Secretario del Secretariado.

Dirección para canje y obtención de publicaciones: SECRETARIADO
DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTÍFICO Y EXTENSIÓN UNIVERSITARIA.
Universidad de VALENCIA.
(España)

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL *METUS*
INDIRECTUS EN EL MATRIMONIO

ANTONIO CARRETERO PÉREZ

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCESO INTERNACIONAL



VOL. XXXII - CURSO 1958-59
CUADERNO III - DERECHO

CON LICENCIA ECLESIASTICA

Depósito Legal. V. 745 - 1960

Tipografía Moderna - Olivereta, 30 - Teléfono 25 07 52 - Valencia - 1960

VÍCTOR SEBASTIÁN IRANZO

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL *METUS*
INDIRECTUS EN EL MATRIMONIO

NOCIONES JURÍDICAS Y DOCTRINALES

Entre los posibles vicios del consentimiento matrimonial encontramos la fuerza y el miedo. Dentro de este último hemos de considerar en este trabajo una figura muy discutida por la doctrina: el "metus indirectus aut inconsultus" (miedo indirecto o inconsulto), llamado también preterintencional.

No serán frecuentes, ni mucho menos, en la práctica los casos en que se plantee la cuestión de la eficacia invalidante o no del miedo indirecto,¹ pero sin embargo este trabajo servirá para valorar una cuestión interpretativa y para afianzar una doctrina con posibles repercusiones prácticas y tan vitales como lo son todas las relativas al matrimonio canónico.

Antes de entrar en el tema estricto del presente trabajo precisa que pongamos de relieve los conceptos básicos de la teoría de la fuerza y el miedo en el matrimonio.

A) *La fuerza y el miedo.*

Fuerza y miedo son dos términos correlativos, aunque a veces se hayan usado como palabras sinónimas. Una y otro tienen la relación de causa y efecto. La fuerza es la causa, el miedo el efecto producido por ella.

La fuerza existe, como algo externo, en aquel sujeto o cosa que nos infunde el miedo. Los romanos la definieron como "el ímpetu de algo contra lo que no cabe resistencia" (*maioris rei impetus qui repelli non potest*).²

El miedo es el efecto que en nuestro ánimo produce la fuerza: *Instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*, o sea, la trepidación del espíritu.

¹ A este respecto decía VERMEERSCH-CREUSEN: "Raro tamen metus simul iniuste incutietur ac talis ut solo matrimonio removeatur, nisi incutiat ad extorquendum consensum", *Epitome iuris canonici*, t. II, Mechliniae-Romae, 1940, pág. 365.

² L. I, 2, D. IV, 2.

a causa de un peligro actual o futuro.³ Este efecto, como reza la definición romana, se traduce en una conmoción o trepidación de nuestro espíritu, que nos induce a realizar algo que sin aquella amenaza no hubiéramos realizado.

En tal estado del espíritu, unas veces ocurre que la razón del sujeto que sufre el “metus” queda de tal modo oscurecida, que el sujeto queda sin libertad de obrar. Otras veces no sucede esto, y la voluntad del sujeto, aunque coaccionada, sigue gozando del don de la libertad (*Voluntas etsi coacta, tamen voluntas est*).

Teniendo en cuenta todo esto, la fuerza se clasifica en absoluta o física y causativa o moral (llamada también compulsiva). La fuerza absoluta consiste en la coacción operada sobre el cuerpo del sujeto, mediante la cual se le obliga a éste a realizar materialmente un acto externo, sin contar con el disentimiento interno del sujeto, y pese al mismo. También se da este nombre a aquella fuerza que, sin compeler directamente la materialidad del sujeto, le infunde un miedo tal o trepidación en su espíritu, que llega a privarle del uso de razón. Por eso, en cuanto que el efecto final de ambas es el mismo, se equiparan una a otra.

La fuerza causativa o moral, como su denominación lo indica, es la causativa o productora del miedo, cuando éste no llega a privar del uso de la razón, aunque disminuya la libertad del acto.

La “vis phisica” en el matrimonio difícilmente puede darse, sobre todo en la hipótesis normal de celebración con expresión verbal del consentimiento. Otra cosa quizá puede ocurrir cuando la expresión del consentimiento se hace por medio de signos.

B) *Clasificación del miedo.*

Desde diversos puntos de vista puede hacerse la clasificación del “metus”.

a) Por razón de la causa eficiente puede el miedo ser inferido “ab extrinseco” o “ab intrinseco”. No coinciden los autores en el modo de hacer la aplicación de esta distinción.

El miedo se dice “ab extrinseco” cuando procede de fuera del sujeto que lo padece, es decir, de una causa externa, sea libre (el hombre), sea necesaria (una tempestad, p. ej.). Se llama “ab intrinseco” cuando dimana del

³ *Ibídem.*

interior del sujeto, o sea, de causa interna y por tanto necesaria (una enfermedad nerviosa).

Hay autores que, siguiendo sin duda a SÁNCHEZ y a la jurisprudencia rotal, identifican el miedo "ab extrinseco" con el que procede de causa libre,⁴ y el "ab intrinseco" con el que se origina de causa necesaria. No parece exacta la delimitación de uno y otro, pues, según ella, el miedo "ab extrinseco" siempre procederá de causa libre, cuando la realidad demuestra que hay causas externas no libres (el peligro de un naufragio, por ejemplo) que pueden infundir efectivamente un miedo.

b) Por razón de la justicia con que se infunde, puede ser el miedo justo o injusto, según que haya o no razón para infundirlo. El miedo injusto puede serlo en cuanto a la *substancia* o en cuanto al *modo*, pues puede darse el caso de un miedo justo en sí y por su naturaleza, e injusto en cuanto al *modo* de infundirlo. En estos casos especiales, empleando el adjetivo diremos que el *metus* es "iustus", pero, sin embargo, calificando con adverbio modal la acción por la cual se infunde ese miedo justo en sí, diremos que es "iniuste incusus", injustamente infundido; v. gr., si la amenaza, justa en sí, la infunde un sujeto incompetente, o si, aun siendo competente, no observa el orden procesal.

c) Por la intensidad con que opera la amenaza, causa del "metus", éste puede ser grave o leve. Grave, cuando la trepidación del espíritu reconoce una amenaza que pueda calificarse de mal inminente o futuro y grave (muerte, mutilación, infamia, destierro, desheredación). Leve en caso contrario.

Como es lógico, el miedo que se deriva de la "vis phisica", a la cual no se puede normalmente resistir, o aquel otro que priva del uso de razón, hay que calificarlos de graves. Por el contrario, el llamado miedo reverencial (que es aquel que puede inspirar la persona a cuya potestad se halla sometido el sujeto pasivo del miedo) ha de presumirse en el fuero externo como miedo leve, aunque, por las circunstancias concretas, puede en algún caso tratarse de verdadero miedo grave.

El miedo grave puede serlo *absoluta* o *relativamente grave*. El primero perturbaría gravemente el ánimo de cualquier persona, aunque fuese un varón fuerte. Por eso decían las Decretales y los canonistas de él que es

⁴ "Ab extrinseco seu a causa libera" dice la dec. rotal XVI, coram Jullien, 23 de marzo de 1946, *Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, vol. XXXVIII, pág. 170.

qui cadit in virum constantem. El segundo no es grave en sí, es decir, en cuanto a la amenaza que se infiere, pero lo es en cuanto a la persona que sufre esa misma amenaza, habida consideración de las circunstancias en que se encuentra; así, este miedo haría temblar no a un “vir constans”, sino a una mujer, a un niño o a un hombre enfermo o delicado.

d) Por último, consignemos la clasificación que directamente afecta al estudio presente, que es la que atiende al fin propuesto por el agente que infunde el miedo. Este miedo, según tal criterio distintivo, puede ser directo (llamado también *consultus*) o indirecto (*inconsultus*). El primero lo infiere el sujeto activo con intención de arrancar al sujeto pasivo un consentimiento matrimonial. El miedo indirecto lo infunde con otra intención distinta (por eso recibe también la denominación de preterintencional), aun cuando el sujeto pasivo se vea en la alternativa de, o sufrir la amenaza, o elegir el matrimonio que sin ésta no hubiera elegido.

Así como el concepto de miedo directo atiende a la intención del agente (*metum incutiens*), el de miedo indirecto se circunscribe a la persuasión del paciente (*metum patiens*), que cree efectivamente que sólo dando su consentimiento en el matrimonio podrá librarse del mal amenazado.

Aunque a primera vista pudieran confundirse los conceptos de miedo indirecto y miedo “ab intrinseco”, es cierto que no coincide un concepto con otro; pues así como el “ab intrinseco” procede de una causa interna, el miedo indirecto tiene que ser necesariamente extrínseco, o sea, proceder de causa externa y además libre, ya que por eso se llama indirecto, es decir, no directamente infundido por el agente en orden a arrancar el consentimiento matrimonial.

C) El “metus” en el Derecho matrimonial del Código.

El canon 1.087 declara inválido el matrimonio celebrado por fuerza o por miedo grave, inferido del exterior e injustamente, para librarse del cual se vea uno obligado a elegir el matrimonio. Ningún otro miedo —sigue diciendo el canon—, aunque sea causa del contrato, lleva consigo la nulidad del matrimonio.

Es nulo el matrimonio celebrado mediante la fuerza (*vis phisica*), a la cual se equipara la especie del miedo que priva del uso de razón.

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL “METUS INDIRECTUS” EN EL MATRIMONIO

Si el miedo deja al sujeto con el uso de razón suficiente para que el acto sea verdaderamente deliberado, sólo anulará el matrimonio cuando, como exige el canon 1.087, sea:

a) Grave, absoluta o relativamente. Nada importa que el daño grave amenace al contrayente o a algún pariente suyo consanguíneo o afín, o que la amenaza sea inferida por el otro contrayente o por un tercero.

b) Injustamente infundido por el sujeto activo. El Codex emplea la partícula adverbial “iniuste”, que comprende tanto al miedo injusto en cuanto a la sustancia como al injusto en cuanto al modo de inferirlo. El miedo injusto en cuanto a la sustancia lo es también “iniuste incusus”, injustamente infundido.

c) “Ab extrinseco”, procedente de causa externa y libre ya que una causa necesaria no puede obrar injustamente.

El cometido de este trabajo se polariza en torno al problema del *metus indirectus*, que puede plantearse diciendo:

Este miedo indirecto o inconsulto, no inferido por el agente en orden a arrancar el consentimiento matrimonial, cuando reúne los demás requisitos exigidos por el canon 1.087 ¿lleva consigo la ineficacia del consentimiento matrimonial? En otras palabras: para que sea nulo el matrimonio según los términos del citado canon ¿es preciso el miedo directo o basta el indirecto?

¿Qué alcance tiene, por consiguiente, la última frase del párrafo primero de dicho canon: “a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium”?

ALGUNAS NOCIONES HISTÓRICAS

Excepción hecha de ciertos cánones de los primeros concilios, y que tan sólo se refieren a las penas contra los raptos de mujeres, no encontramos en la primera etapa del Derecho Canónico normas relativas a la nulidad del matrimonio por causa de miedo. Son aquellos cánones el 67 de los Apóstoles, el 11 del Concilio de Ancira (año 314) y el 27 del de Calcedonia (año 451).

La Iglesia estuvo atenta siempre a asimilar los principios e inspirarse en la construcción jurídica romana, salvo cuando había en el Derecho Romano alguna incompatibilidad con el dogma o la ética cristiana.

El Derecho Romano no reconocía la indisolubilidad del vínculo matrimonial, indisolubilidad que, por el contrario, es esencial al concepto jurídico

cristiano del matrimonio consumado, según se desprende de las mismas fuentes de la Revelación: *Quod ergo Deus coniunxit homo non separet.*⁵

Las leyes romanas no reconocieron el impedimento de fuerza y miedo en el matrimonio, pero sin embargo admitieron la acción y excepción *quod metus causa* para obtener con ella la rescisión del contrato matrimonial celebrado mediante coacción.

Pero en el Derecho de la Iglesia, supuesta la indisolubilidad del vínculo matrimonial, no podía hablarse de acción rescisoria aplicable al matrimonio, pues, o éste fue nulo desde el primer momento, o, si fue válido, no podía ser rescindido. Luego, a falta de leyes eclesiásticas escritas y no siendo aquí canonizable por la Iglesia la ley romana, el vicio consensual y la nulidad del contrato matrimonial por este motivo del *metus* había que cimentarla, en los primeros siglos, en la costumbre apoyada en el Derecho Natural.

En el Bajo Imperio solían los particulares obtener cartas o privilegios del príncipe ordenando a los padres de alguna joven el casarla con una persona determinada. Este abuso fue condenado por una constitución de Honorio y Teodosio, que pasó a la *Lex Romana Wisigothorum*.⁶ Mas, como muchas veces suele ocurrir, esta disposición quedó prácticamente sin efecto.

También los jueces imperiales abusaban con frecuencia de su influencia, para imponer a las partes ciertos matrimonios, según puede colegirse de una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio que prohibía tal abuso y que pasó también a la *Lex Romana*.⁷

En este sentido aún fue más grave la corrupción entre los pueblos germanos, cuyos reyes, atribuyéndose un derecho, imponían matrimonios a sus súbditos.⁸

Los Concilios cuarto de Orleans y tercero de París, celebrados en los años 541 y 556, respectivamente, castigaron con excomunión a los que *per imperium potestatis* pretendieran imponer su voluntad en los matrimonios contra la libertad de los contrayentes.

En España, el Concilio tercero de Toledo (589) establece, en su canon 10, y bajo pena de excomunión, que no se ejerza ninguna violencia para obligar

⁵ Math., XIX, 6.

⁶ L. I., C. Theod. III, 10.

⁷ L. I., C. Theod. III; II; HANEL, *Lex Romana Wisigothorum*, pág. 88.

⁸ Cfr. FREISEN, *Geschichte des Kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glosse litteratur*, 1893, págs. 253 y sigs. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. II, Paris, 1891, pág. 256. LÖNING, *Geschichte des deutschen Kirchenrecht*, II, p. 605.

a contraer matrimonio a las viudas que prefieran guardar castidad; pero que si, antes de profesar la castidad, se deciden por el matrimonio, debe dejárselas en libertad para elegir al marido que quieran. Del mismo modo —según diciendo el Concilio—, cuando se trate de doncellas, no puede obligárseles a contraer matrimonio contra su voluntad o la de sus padres.⁹

La sociedad feudal conoció en sus costumbres otra manera de atentar a la libertad de los matrimonios; y, así, cuando los feudos pasaban al usufructo de una mujer, los señores feudales, ante la imposibilidad de que la mujer pudiera rendir los servicios propios del vasallo, y velando aquellos señores por sus propios intereses feudales, en ocasiones imponían a la feudataria determinado matrimonio, presentándole un pretendiente, o varios a elegir, para que, de esta manera, el consorte pudiera ser persona del agrado del señor en orden a los servicios feudales. Igualmente, en este sentido, la mujer que había adquirido un feudo no podía contraer libremente matrimonio, necesitando el consentimiento de su señor, al cual interesaba antes valorar las cualidades de la persona que aquella elegía como esposo.

Todos estos abusos desaparecieron con el sistema feudal.¹⁰

Urbano II, en un texto recogido en el Decreto de Graciano, declara la nulidad del matrimonio coaccionado.¹¹

Yvo de Chartres, siglo XI, en una de sus cartas, trata de una causa matrimonial donde uno de los motivos invocados para hacer pronunciar la nulidad del matrimonio era la violencia ejercida por el contrayente sobre la mujer.¹²

Las Decretales gregorianas, después de proclamar el carácter consensual del matrimonio, afirman rotundamente la necesidad de la plena seguridad de que debe gozar el contrayente, no sea —dicen— que por temor diga que le place lo que en realidad aborrece, y de ello se sigan las consecuencias que suelen derivarse de las nupcias coaccionadas ("Matrimonium autem solo consensu contrahitur: et ubi de ipso quaeritur, plena debet securitate ille gaudere, cuius est animus indagandus, ne per timorem dicat sibi placere, quod odit; et sequatur exitus, qui de invitis solet nuptiis provenire").¹³ En

⁹ Francisco Antonio GONZÁLEZ y Juan TEJADA y RAMIRO, *Colección de Cánones de la Iglesia Española*, t. II, pág. 233.

¹⁰ ESMEIN, ob. cit., pág. 257.

¹¹ C. I. C. XXXI, q. 2.

¹² Ep. CLXVI, pág. 284; ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. I, París, 1891, pág. 309.

¹³ C. 14, X (IV, 1).

cuanto a la naturaleza del *metus* para que anule el matrimonio, se dice en ellas que ha de ser tal que haga vacilar a un varón fuerte.¹⁴

El Concilio de Trento (siglo XVI) no introduce modificación alguna en esta materia, dictando tan sólo dos disposiciones destinadas más bien a asegurar la plena libertad consensual de los contrayentes. La primera y más importante —como dice ESMEIN—¹⁵ es la creación o, mejor aún, restauración del antiguo impedimento de raptó, que hasta entonces, en el derecho de las Decretales, había estado confundido con el de fuerza y miedo.¹⁶ La otra disposición no constituía en realidad ninguna novedad. Se trataba simplemente de la excomunión en la que habían de incurrir *ipso facto* aquellos señores o magistrados, cualquiera que fuese su grado, dignidad o condición, que, abusando de su autoridad, impusieran de una manera directa o indirecta a sus súbditos o a otros coactivamente el matrimonio para dar con ello satisfacción a intereses temporales.¹⁷ Como hemos indicado antes, ya otros concilios habían decretado la misma pena para casos semejantes.

Como conclusión de esta reseña histórica, y en relación al problema del que vamos a tratar en este estudio, digamos que, de la consideración de las normas del Derecho antiguo sobre el *metus*, no se podía deducir ninguna conclusión segura y tajante acerca de la relevancia invalidante o no del miedo indirecto en el matrimonio. De ahí la divergencia doctrinal en torno al problema en aquel Derecho.

EL MIEDO INDIRECTO

LA DOCTRINA ANTERIOR AL CÓDIGO

Como acabamos de apuntar, en el Derecho anterior al Código, encontramos los dos bloques doctrinales sobre la cuestión: de un lado, el de aquellos que sostienen que el miedo indirecto no anula el matrimonio (tesis tradicional), y de otro, el de los que opinan lo contrario.

¹⁴ Cc. 15, 28, X (IV, 1).

¹⁵ ESMEIN, ob. cit., t. II, pág. 249.

¹⁶ Ses. XXIV, cap. 6 de ref. matrimonii.

¹⁷ Ses. XXIV, cap. 9, de ref. matrimonii.

A) *Doctrina de Sánchez (tesis tradicional).*

Como más característico representante, en el antiguo Derecho, de la teoría de la inoperancia del miedo indirecto respecto del consentimiento matrimonial, consignemos al insigne jesuita Tomás DE SÁNCHEZ (1616), cuya doctrina tomamos de su magistral tratado sobre el sacramento del matrimonio.

Distingue este autor dos clases de miedo, uno inferido "ab intrinseco", otro "ab extrinseco". El primero es infundido por causas naturales, *ut a morbo, tempestate, feris animalibus*. En esta enumeración se echa de ver cómo muchas de estas causas son realmente externas: así, la tempestad, los animales fieros y aun la misma enfermedad cuando no obedece a un estado anímico del sujeto. El autor, pues, considera "ab intrinseco" el miedo producido *per modum naturae*, no por acto libre.

El miedo "ab extrinseco" es el que procede de causa libre, como el que infieren unos ladrones que amenazan la muerte al sujeto (*ut dum quis incidit in latrones, mortem comminantes*).

El miedo extrínseco puede ser de dos clases, según que la causa libre que lo produce se proponga arrancar el consentimiento matrimonial al sujeto pasivo, u otro fin distinto del matrimonio. El primero se infunde precisamente por aquella intención de obtener el matrimonio (*incusus gratia extorquendi matrimonium*); el otro, por otra intención diferente (*incusus a causa libera, sed non gratia matrimonium extorquendi*).

Existe un miedo justamente infundido, *hic potest incuti iuste* (la amenaza de acusación justa de un delito); otro, injustamente infundido, *ut si malum iniuste inferat, ut privata auctoritate necare* (la amenaza de muerte hecha por autoridad privada).

Llega el autor a la conclusión de que, siempre que el miedo no sea infundido para obtener el consentimiento en el matrimonio, ya provenga de causa natural, ya libre, y aunque sea gravísimo, no anula el matrimonio.

Hac ergo in re est quaedam conclusio certissima apud omnes, nempe, quoties metus non est incusus ad extorquendum matr. sive provenit a causa naturali, sive libera, quantumvis gravissimus sit, non reddit irritum matrim.

Y prueba esta conclusión con las siguientes consideraciones:

1) En el caso del miedo inferido no para arrancar el consentimiento matrimonial (indirecto), el hombre no es impelido por otro al matrimonio, sino por sí mismo. Nadie exige entonces el matrimonio, sino que el con-

trayente lo elige voluntariamente como medio para evadirse del peligro de alma o de cuerpo.

2) Lo involuntario que hallamos en ese matrimonio no es intentado por el que infunde el miedo, sino que sólo encuentra ocasión en la maldad del mismo sujeto que infunde el miedo (*involuntarium quod in eo matrimonio invenitur, non est intentum ab incutiente metum, sed tantum habet occasionem ex ipsius nequitia*).

3) El voto emitido por semejante miedo es válido como consta en las Decretales, donde se dice que obliga el voto emitido por un enfermo por temor a la muerte.¹⁸ El pueblo de Israel, vencido por el cananeo, se obligó con un voto, el cual se juzga válido. Y de cualquier tribulación dice David: *Reddam tibi vota mea, qua locutum est os meum in tribulatione mea* (Elevaré a Ti mis votos que pronunció mi boca en mi tribulación).

Y termina SÁNCHEZ exponiendo unos corolarios que vienen a ser como ejemplos concretos que ilustran la teoría general.

He aquí los que interesan a la tesis suya del valor del matrimonio contraído por miedo indirecto:

1) El matrimonio contraído, por miedo, por el encarcelado, siempre que no haya sido reducido a tal estado con intención de obtener de él un consentimiento matrimonial, será válido, ya que el miedo no se le infiere *gratia matrim. extorquendi*.

2) Es válido el matrimonio celebrado por un condenado a muerte quien, para librarse de esta pena, se casa con una meretriz, ya que en este caso el miedo no va dirigido a que contraiga matrimonio dicho condenado, sino que es él quien, por propia voluntad, elige este medio de evasión. Igualmente habrá de decirse que vale el matrimonio en el caso de que no sea el condenado el que ofrezca el matrimonio, sino que sea otro el que le prometa la inmunidad de la pena a cambio del matrimonio con determinada mujer, pues en este caso tampoco el miedo se le infunde *ad extorquendum matrimonium*, sino que, por el contrario, se le quita el que por otra parte le había sido inferido, a condición de que contraiga matrimonio con esa mujer.

¹⁸ C. 17, X (III, 31). Es lógico que el miedo a la muerte por causa de enfermedad grave no anule el voto, como tampoco el matrimonio, ya que tal "metus" no es "iniuste incussus" al no proceder de causa libre. Por tanto, como dicen los adversarios, tal texto no está bien aducido en esta cuestión.

3) Por idéntica razón valdrá el matrimonio si, en este caso, es el juez mismo quien promete al reo perdonarle la pena de muerte a cambio de que contraiga con la hija de aquél o con otra mujer determinada.

¿Importa en estos casos que la sentencia de muerte sea justa o injusta? SÁNCHEZ cree que no, opinando que en ambos supuestos es válido el matrimonio. Otros autores, como Veracruz, opinan que el matrimonio sería nulo si la sentencia fuera injusta.¹⁹

4) Si, al homicida que ha de ser castigado con la pena de muerte o con otro grave suplicio, los consanguíneos del difunto le perdonan la vida a condición de que contraiga con la hija del muerto o con otra mujer consanguínea de éste, el matrimonio vale, ya que el miedo se infunde no para arrancar el consentimiento matrimonial, sino para castigar el delito.

5) Si el príncipe sitiado se ofrece en matrimonio a la hija del sitiador para así apaciguar los ánimos de éste y conseguir sea levantado el asedio, dicho matrimonio sería válido, con tal, por supuesto, que el asedio no estuviera dirigido precisamente a obtener el consentimiento matrimonial.

6) También resulta válido el matrimonio del estuprador con la estuprada cuando aquél, sorprendido en el delito por los padres o consanguíneos de ésta, espontáneamente ofrece dicho matrimonio por miedo a la muerte con que éstos le amenazan. Tampoco aquí la amenaza se dirige al matrimonio, sino a castigar el delito.

7) Ultimamente, vale también el matrimonio que con la hija del médico contrae el enfermo afecto de una dolencia mortal, cuando dicho enfermo da el consentimiento ante la amenaza del médico de negarle sus servicios. El médico tan sólo pide sus honorarios, y, si acepta el matrimonio, lo hace *tanquam stipendium* (como merced o estipendio).²⁰

B) *Tesis contraria.*

SCHMALZGRUEBER, siguiendo a DE LUGO,²¹ sostiene como más probable que también es nulo el matrimonio aunque el miedo sea sólo indirecto.

¹⁹ VERACRUX, *Speculum coniugiorum*, Mediolani, 1599, P. I, art. VII, dub. 3.

²⁰ Véase en SÁNCHEZ, *De Sancto matrimonii Sacramento disputationum tomus primus*, Venetiis, 1726, págs. 269-270. Vid. también GUTIÉRREZ, *Canonicarum utriusque fori tam exterioris quam interioris animae quaestionum liber tertius*, Salmanticae, 1617, pág. 403.

²¹ DE LUGO, *De iustitia et iure*, Lugduni, 1642, Disp. XXII, sect. 7.

He aquí las razones en que apoya su opinión este sector doctrinal:

1) En el cap. "Cum locum" de las Decretales,²² Alejandro III exige en el contrayente plena inmunidad de miedo injusto, sin distinguir entre miedo directo e indirecto. "Ratio legis" que da el Papa: evitar las tristes consecuencias de los matrimonios coaccionados.

Falta la plena seguridad de que debe gozar el contrayente, y pueden temerse las tristes consecuencias, aunque el matrimonio se haya contraído por miedo indirecto.

2) La profesión religiosa, emitida a causa del miedo inferido injustamente por otro fin distinto del de arrancar el consentimiento en aquélla, es nula *ipso iure* según se desprende del cap. "Perlatum I. de his, quae vi, metusve causa" de las Decretales.²³ Dada la semejanza que existe entre el matrimonio carnal y el espiritual, se deduce que, si esto ocurre con la profesión religiosa o matrimonio espiritual, lo mismo sucederá con el consentimiento matrimonial; es decir, que será igualmente nulo el matrimonio si fuera dado el consentimiento por miedo injusto inferido por un fin distinto del de arrancar al sujeto pasivo dicho consentimiento.

3) El miedo grave, sea o no directo, hace rescindibles los actos y contratos,²⁴ porque en ambos supuestos se ha inferido una injuria al sujeto pasivo; y siendo así que el sujeto activo está obligado en justicia a resarcir el daño, no cabe otra solución que permitir al primero la rescisión del acto o contrato. Pero tratándose del matrimonio, contrato irresoluble, es lógico que en los dos casos sea nulo por el mismo derecho.

4) La razón por la cual es nulo el matrimonio contraído por miedo grave y directo es la injuria inferida al sujeto pasivo, a quien se da causa para que preste un consentimiento que de otro modo no habría prestado. Siendo esto así, no menos injuria sufre el sujeto pasivo de un miedo indirecto, ya que este miedo es igualmente causa, o al menos ocasión, de que aquél dé el consentimiento matrimonial.

5) El Derecho declara nulo el matrimonio contraído por miedo, injustamente infundido, de muerte u otro mal grave, para de este modo velar por la libertad del que sufre el miedo y castigar la malicia e injusticia del

²² C. 14, X (IV, 1).

²³ C. 1, X (I, 40).

²⁴ L. 7, D. IV, 2.

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL "METUS INDIRECTUS" EN EL MATRIMONIO

que lo infiere, y evitar así que el primero sufra, a causa de la injuria ajena, un daño irreparable, y que el segundo, a causa de su iniquidad, reporte un lucro. Estas razones militan igualmente para el miedo indirecto.²⁵

De estos argumentos deduce SCHMALZGRUEBER que serían *nulos* los siguientes matrimonios:

1) El contraído con la hija del juez por miedo a una sentencia injusta de éste, aunque el juez no haya pretendido, con injusta sentencia, tal matrimonio.

2) El contraído por el inocente que teme a una sentencia dada no obstante según lo alegado y probado.

3) El que contrae un joven con la cómplice por temor a la muerte o mutilación con que le amenaza el padre de ella a fin de vengar el delito.²⁶

4) El contraído por una enferma con su médico por temor a que éste deje de prestarle los auxilios de la ciencia que, de otro modo, a causa de odio o pereza, dejaría de prestarle.²⁷

LA DOCTRINA POSTERIOR AL CÓDIGO

La controversia en cuestión continúa en pie después del Código, pues éste, en la fórmula utilizada por el canon 1.087, § 1.º, aparentemente acoge las dos interpretaciones: la tradicional y la que admite además el efecto invalidante del miedo indirecto.²⁸

²⁵ Ved en SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum seu Lucubrationes canonicae*, t. IV, P. I, vol. VIII, Romae, 1844, n. 399, págs. 184-185.

²⁶ Nótese que el miedo es injusto, o, al menos, injustamente inferido, porque el padre no tiene autoridad para tomar la justicia por su mano.

²⁷ SCHMALZGRUEBER, ob. cit., n. 400, págs. 185-186.

²⁸ Propugnan la tesis tradicional, entre otros:

LEITNER, *Lehrbuch d. Kath. Eherechts*, 1920, pág. 99; VLAMING, *Praelectiones iuris matrim. ad normam C. I. C.*, Bussum, 1921, t. 2, págs. 158; BLATT, *Comment. totius Codicis I. C. lib. III*, 1924, P. I, pág. 611; FOURNERET, *Le mariage chrétien*, 1925, pág. 132; DE SMET, *Tractatus theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, 1927, n. 537, pág. 471; HILLING, *Das Eherecht des C. I. C.*, 1927, pág. 91; KNECHT, *Derecho matrimonial canónico*, trad. Gómez Piñán, Madrid, 1932, pág. 444; FEDELE, *Metus ab extrinseco, iniuste incussus, consulto illatus*, "Il Diritto ecclesiastico", 1935, págs. 152-60; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia católica*, Madrid, 1943, pág. 208; DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1943, págs. 220-1; WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *Ius canonicum*, t. V, *Ius*

A) *Doctrina tradicional.*

Expongamos en primer lugar los argumentos en que apoyan su tesis los seguidores de la tendencia llamada tradicional:

1) El Padre REGATILLO, uno de los más conspicuos defensores de la sentencia tradicional, afirma que “parecería extraño que el c. 1.087 resolviese la cuestión en contra de la doctrina casi universal y de la constante jurisprudencia; y en contra de lo que de primera intención se propuso”.²⁹

Aquí podríamos ir presentando todos los argumentos de la doctrina antigua que cimentan esta opinión tradicional, a la vista de los cuales y de la prestigiosa autoridad de los doctores que la sustentaron (SOTO, SÁNCHEZ, WERNZ), parecele extraño al preclaro canonista que el canon 1.087 tenga intención de apartarse de esa tesis, que además fue avalada por la casi constante jurisprudencia rotal. Igualmente, como hace notar REGATILLO, esa doctrina fue la que primeramente se propuso a los consultores para la redacción del Código, según la letra del primitivo esquema del canon, que decía así:

matrimoniale, Romae, 1946, n. 501, pág. 632; REGATILLO, *Interpretatio et iurisprudencia Codicis Iuris Canonici*, Santander, 1949, pág. 369; *Ius sacramentarium*, vol. 2, 1946, n. 498-501; *El miedo indirecto en el matrimonio*, “Revista Española de Derecho Canónico”, 1946, págs. 49-65; DE LUCA, *La nullità “ex metu” del matrimonio degli orientali*, “Ephemerides Iuris Canonici”, 1949, págs. 202-216; GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, pág. 111; JUBANY, “Revista Jurídica de Cataluña”, año LIII, 1954, pág. 396; MANS PUIGARNAU, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona, 1956, pág. 219.

Sostienen la tesis contraria:

CERATO, *Matrimonium a C. I. C. integre desumptum*, Patavii, 1918, pág. 86; EICHMANN, *Manual de derecho eclesiástico*, trad. Gómez Piñán, t. 2, 1931, pág. 121; GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. 2, 1932, pág. 61; WYSZYNSKI, *Utrum metus indirecte incussus dirimere possit matrimonium*, “Jus Pontificium”, an. XIII, 1933, pág. 61; ROBERTI, *De metu indirecto quoad negotia iuridica praesertim matrimonium*, “apollinaris”, 1938, págs. 557-561; D’AVACK, *Sul metus consultus nel C. I. C.*, Milano, 1938; VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Mechliniæ-Romæ, 1940, pág. 264; BLANCO NÁJERA, *El Código de Derecho Canónico*, t. 2, Cádiz-Madrid, 1945, pág. 338; CAVIGIOLI, *Derecho Canónico*, trad. Lamas, Madrid, 1946, pág. 242, not. 14; CHELODI, *Ius canonicum de matrimonio*, Vicenza, 1947, pág. 144; CAPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. V, De Matrimonio, 1947; pág. 591; RODRÍGUEZ, *Nullidad por miedo grave*, “Las causas matrimoniales”, Salamanca, 1952, págs. 333-365; JONE, *Commentarium in Codicem I. C.*, t. 2, Paderborn, 1954, pág. 318; MONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Madrid, 1954, pág. 275.

²⁹ REGATILLO, *El miedo indirecto en el matrimonio*, en “Revista Española de Derecho Canónico”, 1946, pág. 61.

Nullum quoque est matrimonium initum ob metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum in ordine ad extorquendum consensum matrimonialem.

2) La necesidad de que el miedo sea "consultus", de que la amenaza sea inferida con el fin de obligar al "metum patiens" al matrimonio, dice GIACCHI que coincide plenamente con la necesidad (que su teoría exige), de parte del contrayente que sufre el miedo, de que se aperciba de que su propia elección acerca de contraer o no el matrimonio, o al menos aquel determinado matrimonio, viene sustituida por la elección que, en este punto, hace el que infiere el temor ("metum incutiens").³⁰ Si no es el "metum incutiens" el que realiza esta elección, sino el "metum patiens" el que por su propia voluntad convierte el *metus* en causa (o en ocasión, como dicen otros) del matrimonio, ese *metus* ya no procede "ab extrinseco" como exige el precepto legal.³¹

3) Si la interpretación legítima del canon es la que admite además el miedo indirecto como invalidante del matrimonio, según afirma el Cardenal GASPARRI,³² en cuya autoridad no sólo se ha querido ver al doctor privado, sino más bien al Presidente de la Comisión pontificia para la elaboración del Codex:³³ "¿Cómo —pregunta el P. REGATILLO—, sabiendo el Eminentísimo Gasparri que la mayoría de los autores y la Rota seguían adheridos a la (opinión) contraria, tradicional; cómo el Cardenal Gasparri, presidente de la Comisión pontificia para la interpretación del Código, no dio, *como tal presidente*, una interpretación auténtica, que cortara de raíz la otra interpretación falsa?"³⁴ Y añade: "Esto pudiera haberlo hecho tanto más fácilmente cuanto que en la sesión de 9 dic. 1919 los eminentísimos padres de la Comisión de Intérpretes declararon que las dudas de menor momento o *de no gran dificultad* pueden ser resueltas por el eminentísimo presidente de la Comisión."³⁵

4) Dice DE LUCA³⁶ que, si la fórmula del canon 1.087 "a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium" quiere entenderse en el sentido de

³⁰ Cfr. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, págs. 111-112.

³¹ Cfr. DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Milano, 1943, pág. 220.

³² *Tractatus canonicus de matrimonio*, 1932, vol. 2, pág. 61.

³³ WYNEN en "Causa Linciese, 5 dic. 1933, S. R. Rotae Decisiones seu Sententiae", vol. XXV, dec. 72, pág. 608.

³⁴ REGATILLO, *trab. cit.*, pág. 63.

³⁵ A. A. S. 1919, pág. 480; REGATILLO, *ibidem*.

³⁶ DE LUCA, *La nullità ex metu del matrimonio degli orientali*, en "Ephemerides iuris canonici", an. V, 1949, pág. 205.

que el matrimonio debe presentarse como “unicum effugium” a la mente del “metum patiens”, deberá reconocerse que el legislador canónico, en el mismo párrafo 1.º de dicho canon 1.087, ha repetido dos veces un mismo requisito. Pues cuando tal canon sanciona la nulidad del matrimonio “initum ob vim vel metum”, ya dicta que el matrimonio en tanto es nulo en cuanto reconoce como causa, y única causa, el miedo. Entender la fórmula en cuestión —sigue diciendo— en el sentido de que el matrimonio deba aparecer al sujeto paciente como el único medio para evitar el mal que amenaza, equivale a decir que el matrimonio fue contraído como consecuencia del temor y no por otros motivos distintos de éste. En efecto, si aquel que se halla bajo la influencia del temor no se encuentra en la situación psicológica de imaginarse el matrimonio como el único medio de huir del mal amenazado (es decir, ve también otros medios de evitar el mal), y, no obstante, se decide por el matrimonio, no podría afirmarse en este caso que el temor fue la única causa del matrimonio. Si el contrayente, entre los varios medios que aparecían ante sí como idóneos para evitar el mal amenazado, se decidió por el matrimonio, evidentemente lo hizo tanto por el miedo como por otros motivos. Así, pues, si se entiende en aquel sentido la fórmula del canon, ha de concluirse que dicha fórmula constituye un pleonasma.³⁷

5) Uno de los argumentos en apariencia más fuertes para apoyar la tesis tradicional es, sin duda, el que proporciona el canon 78, § 1.º, del Código matrimonial oriental, aprobado por el *motu proprio* “Crebrae Allatae” (22 de febrero de 1949).³⁸

“Los cánones del Código oriental relativos al matrimonio —dice JUBANY— (no sin razón pueden ser considerados como una segunda edición del Código latino) usan una fórmula que excluye totalmente el miedo indirecto: *Metus extrinsecus et iniuste incussus ad extorquendum consensum.*” Y sigue diciendo: “Las razones que puedan oponerse a este argumento, a nuestro entender, no le quitan nada de su fuerza.”³⁹

“No creo —sostiene DE LUCA— que en este caso se trate de una de aquellas causas de nulidad que proceden de ciertas costumbres o civilizaciones, de manera que pueda aparecer justificada una diversa disciplina

³⁷ DE LUCA, *trab. cit.*, pág. 206.

³⁸ A. A. S. XLI, 1949, págs. 89-119.

³⁹ JUBANY, en “Revista Jurídica de Cataluña”, año LIII, julio-agosto, vol. LXXI (Sección Revista de Libros, recensión de “Las causas matrimoniales” de la Cuarta Semana de Der. Canónico, 1953), pág. 396.

jurídica según que se trate de fieles de la Iglesia latina o de la Iglesia oriental.” “La confrontación (de una legislación con otra) de la disciplina relativa a los vicios del consentimiento, confirma, a nuestro entender —sigue diciendo—, la tesis de la intención del legislador de dictar también para el miedo una idéntica reglamentación jurídica.”⁴⁰

6) Supuesta la ambigüedad del canon 1.087, sostiene el P. REGATILLO la necesidad de acudir al criterio interpretativo del canon 6, n. 4. Y dice textualmente: “Es evidente que la redacción del canon no es clara, como consta por las disputas que acerca de él se vienen sosteniendo; ahora bien, en la duda de si algún canon discrepa de la antigua disciplina, no hay que apartarse del Derecho antiguo.”⁴¹

7) Tomando la palabra *impedimento* en sentido amplio, equivalente también a defecto de consentimiento, tenemos que el canon 1.087 contiene en este sentido un impedimento matrimonial dudoso, y por tanto tendrá lugar el adagio: *Impedimentum dubium, impedimentum nullum*.⁴² El *favor iuris* del matrimonio exige que se reconozca en este caso el valor del matrimonio (*in dubio standum est pro valore matrimonii*).⁴³

B) *Tesis contraria.*

El Cardenal GASPARRI, narrándonos la elaboración del actual canon 1.087, nos dice: “Como se lee en las actas preparatorias del Código, se propuso al examen de los consultores el canon favorable a la primera sentencia (tradicional), en cuyo párrafo 1.º se leía: *Nullum quoque est matrimonium initum ob metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum in ordine ad extorquendum consensum matrimonialem*. El Presidente de la Comisión recordó la grave controversia que existía en esta materia entre los canonistas; y el P. PALMIERI propuso que se aceptase la fórmula que él había insertado en su propio voto y que comprende ambas opiniones (la tradicional y la otra), a saber: *Metus debet esse ab extrinseco, iniuste incussus, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium*. La fórmula fue, en efecto, aceptada. Por consiguiente, por derecho del Código es nulo el matrimonio, tanto si

⁴⁰ DE LUCA, trab. cit., págs. 202-203.

⁴¹ REGATILLO, trab. cit., pág. 62.

⁴² REGATILLO, ibídem.

⁴³ REGATILLO, trab. cit., pág. 64.

el miedo grave es directamente inferido para arrancar el consentimiento matrimonial, como si no es directamente infundido para ello pero la parte que lo sufre está persuadida de que no puede librarse de él si no contrae el matrimonio. Así, pues, según el derecho del Código, es ciertamente inválido el matrimonio en los casos siguientes: 1.º Si Ticio intenta matar a Caya; ésta, para librarse de la muerte, le ofrece el matrimonio, y Ticio acepta. 2.º Si el padre de Ana quiere matar a Ticio, estuprador de su hija, en venganza del crimen y de la ofensa; pero Ticio, para librarse de la amenaza, propone el matrimonio con Ana, y el padre acepta. 3.º Si una mujer enferma, ante la actitud del médico, que por odio o pereza se niega a curarla debidamente, promete el matrimonio al mismo médico o a su hijo, para así inducir a aquél a que le preste la curación, y el médico consiente en el matrimonio; y lo mismo se diga de otros casos semejantes.”⁴⁴

Esta tesis atiende, en oposición a la tesis tradicional, a la intención del que sufre el miedo, y no a la del que lo infunde. Es preciso, según ella, que el matrimonio, a los ojos del que sufre la intimidación, aparezca como único remedio para librarse de la amenaza.

CHELODI⁴⁵ había llegado a afirmar que “se consideran coaccionadas, y consiguientemente írritas, las nupcias que han sido elegidas bajo el influjo de un miedo grave, como remedio contra un mal mayor” (*nuptiae coacte habentur et inde irritae quotiescumque sub influxu trepidationis gravis, ut remedium contra maius malum, electae sunt*). Esta idea resultaba incompleta, ya que el matrimonio debe aparecer a la consideración del sujeto que sufre el miedo, no sólo como remedio de éste, sino como remedio único. De lo contrario, el matrimonio no sería verdaderamente coaccionado.

Si existiesen otros remedios, y son también desfavorablemente graves para el sujeto, pueden constituir, como veremos, causa del miedo indirecto, para librarse del cual el sujeto se vea obligado a elegir el matrimonio.

El fin pretendido por el que infunde el miedo es algo que, sobre no tenerlo en cuenta el legislador, no tiene conexión o relación con esa trepidación de espíritu sufrida por el sujeto paciente, y que es originada por la conminación injusta del mal.

La trepidación anímica se produce siempre, tanto si el fin propuesto por el agente es arrancar el consentimiento matrimonial, como si es otro dis-

⁴⁴ GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. 2, 1932, pág. 61.

⁴⁵ *Ius canonicum de matrimonio*, Vicenza, 1947, pág. 144.

tinto; es decir, tanto si el miedo es directo como si no lo es. En ambos casos existe la misma relación causal entre el miedo y el matrimonio.⁴⁶

C) *Nuestro particular punto de vista.*

Coincidiendo nuestra tesis con la de los autores que sostienen la relevancia del "metus indirectus" en la nulidad del matrimonio, séanos permitido trazar aquí algunas objeciones a los argumentos de la tesis tradicional aducidos en un principio.

1) Digamos ante todo que no ha de parecer extraño que el canon 1.087 se pronuncie por una solución distinta de la que doctrinalmente fue, antes del Codex, la interpretación tradicional. Y ello precisamente porque había una "ratio legis" que avalaba tal solución y que sin duda estaba por encima de la mayoría numérica de los tratadistas que sustentaban la otra opinión.

2) El argumento del Prof. GIACCHI tampoco es suficiente, pues todo él se apoya en una concepción subjetiva y opinable acerca del fundamento de la nulidad del matrimonio por violencia.

Sostiene el referido profesor que, para dar una explicación de por qué el legislador otorga un trato distinto a la violencia (declarando nulo el matrimonio) que al error o dolo (declarándolo válido cuando no recae sobre la sustancia, sobre la condición servil o sobre el derecho), hay que atender a la situación psicológica del sujeto que contrae; situación distinta en un caso que en otro, pues mientras en el caso del error o dolo el contrayente no se apercebe del estado anormal en que se encuentra y dirige de este modo su voluntad al matrimonio "sic et simpliciter", en el caso de la violencia, por el contrario, el contrayente conoce perfectamente esa anormalidad y debido a ella precisamente elige el matrimonio, no como fin, sino como medio para huir del mal con que injustamente se le amenaza.

Hasta aquí estamos de acuerdo con la tesis sustentada por el Profesor GIACCHI, considerándola como admisible dentro del campo de las teorías que pretenden dar con la verdadera "ratio legis" de las normas que regulan estos vicios del consentimiento matrimonial.

⁴⁶ Cfr. ROBERTI, *De metu indirecto quoad negotia iuridica praesertim matrimonium*, en "Apollinaris", 1938, pág. 559, que recoge los principios enunciados por D'AVACK, *Sul metus consultus nel Codex iuris canonici*, in Studi Besta, Milano, 1938.

Sin embargo, el citado profesor exige algo más para caracterizar toda la posición del "metum patiens". No basta, según él, que el sujeto pasivo del miedo quiera el matrimonio y lo quiera precisamente como medio para huir del mal con que se le amenaza, sino que precisa además un tercer elemento, a saber, la noción que el sujeto ha de tener del origen anormal de la constrictión o presión bajo la que es colocado. Ha de saber el "metum patiens" que aquella situación anormal en que él se encuentra, y que le obliga a elegir el matrimonio como mal menor, es debida a la *imposición de otro sujeto*.⁴⁷ Pero, como puede apreciarse, este último requisito es totalmente postizo por lo que respecta a la situación psicológica del sujeto que sufre el miedo, la cual queda suficientemente caracterizada con los otros dos elementos volitivo e intelectual. Este último consiste, escueta y únicamente, en la noción que el sujeto tiene de la situación psicológica anormal en que se encuentra; elemento éste intelectual que, a su vez, condiciona al elemento volitivo, por cuanto, precisamente por causa de esa noción que el sujeto tiene de su situación psicológica, se determina a dar un consentimiento matrimonial que tiene carácter de medio y no de fin; consentimiento que tiene mucho de *involuntario*, es decir, de vicio, y que el legislador lógicamente tiene en cuenta para considerar, en tales circunstancias, nulo el matrimonio.

Ahora bien, si la nulidad depende del consentimiento en cuanto viciado en la voluntad, y el vicio se explica lógicamente por el *conocimiento* que el sujeto tiene de su estado, ¿a qué querer introducir un nuevo elemento en el entendimiento, si, de todos modos, la volición queda igualmente afectada por el vicio? ¿Qué más da que el sujeto paciente conozca o no el origen de la amenaza, o sepa o no que el sujeto activo quiere con ello obligarle al matrimonio, si, en definitiva, la voluntad quedaría igualmente viciada? Basta tan sólo, en la parte intelectual del sujeto, el conocimiento de la anomalía en que se halla. Ni la lógica exige más, ni, como luego veremos, la letra de la ley tampoco. De lo cual se deduce que, fallando la teoría de este ilustre canonista en este punto, falla también la tesis de que sólo el miedo directo, y no el indirecto, es causa de nulidad del matrimonio.

Se ha dicho que el miedo indirecto no procede "ab extrinseco", que es la propia voluntad del contrayente la que halla ocasión en el "metus" para contraer así el matrimonio, y otras ideas por el estilo, carentes de lógica y de realidad. Mas preguntemos: si el miedo se origina de una amenaza

⁴⁷ GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, págs. 103 y sigs.

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL "METUS INDIRECTUS" EN EL MATRIMONIO

infundida por un sujeto activo "metum incutiens", que obra injustamente, empleando unos medios que, de suyo o relativamente a la persona del paciente, son suficientes para provocar en éste un estado psicológico de conturbación grave, ¿dejará este metus de ser "ab extrinseco", de proceder del exterior? ¿Dejará de ser causa del matrimonio? ¿Por qué decir que el miedo es *causa* del matrimonio y, sin embargo, emplear otra expresión para el miedo indirecto diciendo que es mera *ocasión* del matrimonio?

Si un sujeto, en circunstancias adversas graves, provocadas injustamente por otro, contrae un matrimonio que, no obstante, no es el único remedio para salvar su situación angustiosa, por tener a su alcance otros remedios no perjudiciales para sí, ese matrimonio es perfectamente válido, por la razón de que el sujeto tenía a mano otros medios no enojosos de escapar del aprieto. Entonces sí podríamos decir con toda verdad que aquel matrimonio fue querido por el sujeto, que encontró su *ocasión* en aquella situación penosa en que se encontraba. El matrimonio sería "simpliciter" voluntario, y válido por tanto.

Pero este no es el caso del que *sólo* mediante el matrimonio puede escapar de su angustiosa situación, pues entonces el matrimonio se convierte en el efecto moralmente ineludible de aquella situación angustiosa. Dicha situación no es entonces mera *ocasión*, sino verdadera *causa* del matrimonio que no se quiere sino como medio de evasión. El matrimonio es entonces voluntario "secundum quid" y por consiguiente inválido, ya la situación sea provocada (injustamente se entiende) por el agente con el fin de arrancar el consentimiento matrimonial (miedo directo), ya lo sea con un fin distinto (miedo indirecto). En ambos supuestos el matrimonio es consecuencia, o sea, efecto del "metus".

3) El P. REGATILLO pregunta por qué el Cardenal Gasparri, Presidente de la Comisión pontificia para la interpretación del Código, no dio una interpretación auténtica que cortara de raíz la interpretación tradicional. Sencillamente, porque el intento de los codificadores no era dirimir la cuestión doctrinal, sino dejarla en los mismos términos de antes del Código. Lo cual, sin embargo, no empece para que, lejos de dejar subsistente la ambigüedad, la fórmula adoptada por el canon 1.087 sea en definitiva favorable a una determinada tesis: precisamente a la que, como doctor privado, sostuvo GAS-PARRI, a saber: la que considera también miedo invalidante el indirecto. Tal vez por ser clara la expresión del canon no se creyó necesario dar la interpretación auténtica.

4) DE LUCA apoya la tesis tradicional en la consideración de que, de admitir la otra interpretación (la amplia) de la frase “a quo ut quis se libere, eligere cogatur matrimonium”, tendríamos que reconocer una redundancia en el texto del § 1.º del canon 1.087. La fórmula en cuestión, interpretada como que el matrimonio deba aparecer únicamente al “metum patiens” y no al “metum inferens” como único remedio para evitar el mal amenazante, sería, según aquel autor, un pleonasma. Sin embargo, el argumento, a nuestro parecer, tiene muy poca fuerza, pues, una de dos, o sobra el pleonasma, o faltan unas palabras para completar la frase del canon, o sea, para que en lugar de decir “cogatur matrimonium” diga “cogatur (ab alio) ad matrimonium”. Según una interpretación, hay un pleonasma; según la otra, se echan de menos en el canon palabras que completen el sentido del mismo. Puestos en esta alternativa, creemos que es más lógico pensar que existe el pleonasma y que el legislador ha insistido innecesariamente en una frase, que no suponer que el legislador ha dejado incompleta la frase del canon contra lo que era su intención al redactarlo.

Afirma también DE LUCA que entender la fórmula en cuestión en el sentido de que el matrimonio deba aparecer al sujeto paciente como el único medio para evitar el mal que amenaza, equivale a decir que el matrimonio fue contraído como consecuencia del temor y no por otros motivos distintos de éste. “Infatti —dice literalmente— se costui, pur essendo sotto l'influenza de timore, non si trovasse nella condizione di raffigurarsi il matrimonio come unicum effugium e ciò nonostante si decidesse alle nozze, non potrebbe certo dirsi che il timore fu l'unica causa del matrimonio.”⁴⁸ Pero esta afirmación parece entrañar un contrasentido, pues hace suponer que el autor piensa en la posibilidad de concomitancia del *temor* con otros motivos diferentes del mismo temor, es decir, motivos que pudiéramos llamar positivos, cuya índole sea conseguir un bien (fijémonos en las palabras “non potrebbe certo dirsi che il timore fu l'unica causa del matrimonio”). Mas, como afirma la jurisprudencia rotal, el miedo no invalida el matrimonio sino cuando es eficaz, a saber, si “consensum vere extorqueat”. Por tanto, “si quis matrimonium libere eligat et celebret, et insimul minae in eum exercentur ut matrimonium illud contrahat, matrimonium non fit invalidum, quia non est initum ob metum; sed tales minationes considerari non possunt nisi concomitantes, ac nullius efficientiae in matrimonii electione et celebratione;

⁴⁸ DE LUCA, *trab. cit.*, pág. 206.

et ideo matrimonium ipsum invalidare non valent. (Cfr. sent. coram Morano, vol. XVII, dec. XXVIII.)⁴⁹

A continuación dice DE LUCA que si el contrayente "tra i vari mezzi che si prospettavano alla sua mente come idonei ad evitare il male minacciato, si decise per il matrimonio, evidentemente ciò fece, oltre che per il metus, anche per altri motivi".⁵⁰ Aquí el autor, al hablar de medios idóneos para evitar el mal amenazado, parece quiere referirse al miedo indirecto; es decir, que aquí esos "altri motivi" tienen carácter negativo (evitar un mal). En este caso sería nulo el matrimonio tanto por el miedo directo como por el indirecto, con lo cual el autor confirmaría, sin pretenderlo, la sentencia contraria. En efecto, ¿qué razón habría entonces para no equiparar ambos miedos derivados de una misma amenaza? Pero obvio sería decir que, si esos "altri motivi" fueran de índole positiva, si se quisiera positivamente por ellos el matrimonio (es decir, "sic et simpliciter"), no podría hablarse ya de matrimonio nulo, al ser entonces el miedo irrelevante en el consentimiento matrimonial, como se desprende de la sentencia rotal aducida.

5) Por lo que se refiere al argumento proporcionado por el canon 78 del *motu proprio* "Crebrae allatae", digamos que carece dicho precepto de valor interpretativo auténtico respecto de una norma del C. I. C. como es el canon 1.087. Así lo reconocen autores como DE LUCA, que, no obstante alinearse en las filas de la opinión tradicional, ha apoyado principalmente su tesis en otros argumentos, pero no en el citado canon 78, al cual, según expresamente confiesa, no puede atribuirse fuerza vinculante respecto al ordenamiento de la Iglesia latina.⁵¹

En cuanto al abandono que el canon oriental hace de la fórmula usada en el canon 1.087 latino, estriba quizá en la circunstancia de que en las fuentes del derecho oriental relativas al miedo en el matrimonio se contienen generalmente expresiones semejantes a la que ahora adopta el canon 78 del *motu proprio* para la disciplina del matrimonio en la Iglesia oriental.⁵²

Y ¿qué decir de la afirmación de DE LUCA: "il raffronto poi della disciplina relativa agli altri vizi di consenso conferma, a mio avviso, la tesi della intenzione del legislatore di dettare, anche per il metus, una identica regola-

⁴⁹ Dec. LXVII, 20 dic. 1944, S. R. *Rotae Decisiones*, vol. XXXVI, 1954, pág. 732.

⁵⁰ DE LUCA, *ibidem*.

⁵¹ DE LUCA, *trab. cit.*, pág. 205.

⁵² Cfr. DE LUCA, *trab. cit.*, pág. 203; HERMAN, *Adnotationes ad motu proprio "Crebrae allatae"*, en "Periodica de re morali, canonica et liturgica", 1949, pág. 108.

mentazione giuridica”? El autor examina a continuación el dolo y el error, idénticamente reglados en la disciplina de ambas Iglesias. Pero preguntamos nosotros: ¿Qué nos diría este autor de la condición puesta al matrimonio, al comparar el canon 1.092 latino y su acabado detalle, con el canon 83 oriental que tan escuetamente dice que “Matrimonium sub condicione contrahi nequit”?

La diferencia disciplinar del *metus* tiene su explicación en el carácter eclesiástico de la norma reguladora de dicho vicio consensual.

6) Se ha querido ver una ambigüedad en la expresión gramatical del canon 1.087. Se ha dicho, en efecto, que la fórmula adoptada en dicho canon daba cabida a las dos interpretaciones. Y ello afirmado por autores no meramente privados, sino por el propio Cardenal GASPARRI, que tan activa parte tomó en la redacción del Código.

El que GASPARRI patrocinase después la opinión que toma en consideración el miedo indirecto a efectos de anular el matrimonio, no es un argumento *concluyente* para poder sostener dicha tesis, pues, como ya acertadamente hacen notar los adversarios, la autoridad de GASPARRI, por más activa intervención que tuviese en la codificación, no pasa de ser una autoridad meramente particular. Él no fue el legislador, sino el preparador del Código. Pero es que hay algo más. El hecho de que el Emmo. GASPARRI, al referirnos la historia de la redacción del canon 1.087, nos dé a entender cuál fue el propósito de los codificadores, a saber, dejar la controversia doctrinal en los mismos términos en que estaba planteada antes del Código, tampoco, a nuestro juicio, constituye argumento para sostener la creencia de que el canon pueda dar base a dicha controversia. La controversia subsiste, pero no porque el Código quiera o dé a ello pie.

El canon 1.087 está redactado con toda la amplitud necesaria para entender también, en la letra del mismo, al miedo indirecto como invalidante del matrimonio, pues no toma en consideración la intención del “*metum incutiens*”, al que ni siquiera menciona, sino sólo la del “*metum patiens*”, del que sí que hace mención cuando dice “*quis se liberet*”.

El canon no ofrece, pues, ambigüedad. En todo caso, podría hablarse de una ambigüedad que pudiéramos llamar extrínseca, es decir, no deducida de la letra de la ley, sino determinada por la consideración y peso que en el ánimo del intérprete supone el hecho real, histórico y actual, de la divergencia de opiniones de los autores sobre el particular. Pero intrínsecamente el canon no presenta duda ni distingue un miedo de otro. “*Ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus*”.

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL "METUS INDIRECTUS" EN EL MATRIMONIO

Aun cuando otra hubiere sido la intención de los codificadores, el canon, una vez redactado y aprobado, junto con los demás del Código, por Su Santidad, adquirió un valor independiente de la intención del codificador, valor del cual es portador el mismo texto legal, cuya literalidad no es lícito retorcer en un caso, como éste, en que el texto no ofrece ambigüedad gramatical que nos permita el paso al terreno de la interpretación lógica.⁵³

Sobran, pues, los criterios interpretativos, aducidos por la sentencia opuesta, para dar solución a una duda legal que no existe. Ya vimos cómo el P. REGATILLO proponía la consideración del n. 4 del canon 6, según el cual, en la duda acerca de si una norma del Codex, en este caso el canon 1.087, discrepa o no de la antigua disciplina, no nos debemos apartar del antiguo Derecho. Pero, aparte de que el canon en cuestión no ofrece, como hemos visto, duda en su redacción, ¿a qué acudir al Derecho antiguo, si en torno a él estaba planteada la misma controversia doctrinal que lo está actualmente en nuestro Derecho?

Como dice WYSZYNSKI, en vano trabajaron aquellos que intentaron resolver la cuestión a base de los textos del antiguo Derecho canónico, pues ninguno de los cánones antiguos que tratan del matrimonio contraído por miedo sirve para probar expresamente o excluir la eficacia del miedo indirecto, ni por vía de deducción puede obtenerse de ellos ningún argumento perentorio para probar una u otra sentencia.⁵⁴

7) Igualmente se adujo por REGATILLO el axioma *Impedimentum dubium, impedimentum nullum*. A lo cual podemos contestar diciendo que carece de realidad la premisa, ya que no existe tal impedimento dudoso.

CONCLUSIÓN

El criterio rotal no nos sirve para buscar una pauta en la solución del problema que la doctrina se ha planteado en torno al miedo indirecto como causa de nulidad matrimonial, pues la jurisprudencia de tan alto tribunal se ha mostrado dispar en su doctrina. En el presente trabajo nos hemos asido, como no cabían otros medios, primordialmente a un criterio interpretativo

⁵³ Cfr. canon 18.

⁵⁴ WYSZYNSKI, *Utrum metus indirecte incussus dirimere possit matrimonium*, "Jus Pontificium", an. XIII, 1933, pág. 52.

literal, avalado además por la consideración lógica de lo que el *metus* representa en el matrimonio canónico como tal vicio del consentimiento, y tras ello hemos creído llegar a la conclusión de que también el miedo indirecto anulará el matrimonio si se dan las demás condiciones del c. 1.087. Tengamos en cuenta que el canon habla no del “*quis infundat metum, et qua intentione*”, sino del “*quis se liberet a metu*”...

ANTONIO CARRETERO PÉREZ

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN
EL PROCESO INTERNACIONAL**

INTRODUCCIÓN

Ante todo, para el mejor entendimiento y exposición de las cuestiones relacionadas con las medidas cautelares, proceso cautelar, pretensiones cautelares y otras expresiones en las que vienen a explicarse conceptos relacionados, es preciso hallar el punto de partida institucional, que pueda dar sentido unitario a todos ellos y que se enraíce a una base jurídica fundamental.

El cumplimiento de la finalidad del Derecho, dirigida al logro de un ideal de Justicia, impone una actividad encaminada a establecer un orden, que puede llegar a exigirse coactivamente y que ha de ser mantenido en forma que se desarrolle el plan normativo, no solamente para proclamación y reconocimiento de derechos, situaciones e instituciones, sino para su mantenimiento, de modo, que pueda procurarse hasta el máximo la estabilidad del orden jurídico y puedan reducirse al mínimo los efectos perjudiciales de su posible violación.

Ello origina el desenvolvimiento de una actividad jurídica en cuanto a sus medios y fines, unas normas y unas instituciones que se refieren a la prevención, conservación de tal orden, tendente a orillar no solamente los efectos de la violación, cuando se produzca y se haya determinado sobre ella, sino al robustecimiento del orden, para que se restablezca o establezca la situación presumiblemente justa, mientras se determina sobre la violación del Derecho.

Tal concepto de prevención o cautela, tiene un valor institucional, siendo fecundo en consecuencias, dentro de la doctrina, en todos los aspectos y en todas las ramas del Derecho. Por ello puede hablarse del derecho de cautela, objetivo—normas encaminadas a ello—o subjetivo,¹ y de su desarrollo dentro del derecho público² o privado.³

¹ D'ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, en Riv. Dir. proc. civ. 1935, I, citado por CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelare*, CEDAM, Padova, 1936. XIV, pág. 4, nota 1.

El derecho de cautela agota, pues, su contenido, sirviendo a la posibilidad de realización del Derecho, de modo que, en su propio concepto, tiene una finalidad instrumental para cubrir la situación que se crea por la posible violación y durante la fase en que la actividad jurídica se dirige a declararla y repararla.

Por esta razón tiene, en principio, una realidad siempre subordinada a la naturaleza del derecho que se trata de defender y al medio adecuado para la defensa de ese derecho y, por tal razón, ni tiene sustantividad ni naturaleza propia, perteneciendo a la esfera de actividades mediales, con una significación peculiar, pero que, en cada caso concreto, toma el color del interés protegido y no puede decirse que pertenezca a una actividad o función, como la administrativa, determinada genéricamente, puesto que el desarrollo normal y anormal de los derechos sólo compete a la Administración y al orden administrativo, cuando afecta al interés general primariamente, y no siempre sucede así, sino que las situaciones de daño temido o las transitorias de reparación pueden producirse en el orden privado, sirviendo como criterio distintivo el corriente en la doctrina, dentro de la imprecisión propia de categorías históricas, más que de escuela.

DESARROLLO DEL DERECHO DE CAUTELA DENTRO DEL PROCESO

El proceso es una institución instrumental en función del acto jurisdiccional (decisión),⁴ actuación de la jurisdicción y tal acto jurisdiccional se dirige al derecho desconocido o controvertido y, consistiendo en una actividad que se produce en ese estado de incertidumbre que media entre la denuncia de violación, su declaración y reparación, es lógico que el derecho de cautela haya de tener en el proceso una importancia extraordinaria, en cuanto, con su aplicación, pueda llegar a evitarse que la decisión no se convierta, entretanto, en una romántica declaración carente de posibilidad de cumplimiento y, por ello, juntamente con el derecho que se trata de man-

² Así, entiende GUGGENHEIM, que corresponde este carácter al estado de sitio, o suspensión de garantías constitucionales, etcétera. *Les mesures provisoires de procédure internationale, et leur influence sur le développement du Droit des Gens*. Sirey., S. A. Paris, 1931. 5.º, pág. 8.

³ Entienden los autores aplicable el concepto a notificaciones, requerimientos civiles, reservas, protestas, etcétera.

⁴ CALAMANDREI, obra citada, pág.-5.

tener, aparece el de cautela, para evitar el riesgo del tiempo intermedio y lo mismo que se habla de la acción, para promover la actuación jurisdiccional, en este mismo terreno de la acción-poder de provocar un acto jurisdiccional, se encuentra el que produzca efectos determinados para la protección provisional, amparando la pretensión cautelar, cuyo fin es que se declaren o impongan (declaración o ejecución),⁵ extremos relacionados con la pretensión principal y que son, respecto a ella, instrumentales.

El contenido de tales pretensiones cautelares está constituido por las medidas cautelares con una doble base: por una parte, el derecho a la tutela provisoria y, por otra, el derecho concreto que fundamenta la pretensión principal.

Como el derecho que fundamenta la pretensión principal pende hasta el final del proceso de una declaración sobre su realidad y efectividad, y la idea cautelar se fundamenta en la necesidad de una protección hasta entonces, para examinar la pretensión cautelar ha de existir el proceso cautelar, cuya naturaleza permita llegar prontamente a una decisión sobre la pretensión, y que se agota en su estimación o desestimación y ejecución en su caso.

De lo expuesto anteriormente se derivan los caracteres de las resoluciones cautelares —que presuponen el proceso y la medida cautelar— dentro del marco del proceso general; caracteres que, en parte, derivan del derecho de cautela, y, en parte, del derecho sustantivo al que concretamente se trata de servir. CALAMANDREI⁶ señala como caracteres distintivos: a) La provisionalidad, en forma tal que va implicada en su finalidad, de modo que la providencia cautelar está encaminada a no llegar a ser, ni en potencia, definitiva. b) Peligro en la mora, bien de infructuosidad, bien de retraso, debiendo acreditarse, en todo caso, la urgencia. c) Que esta situación de peligro se produzca durante la necesaria espera del proceso principal. RODRÍGUEZ VALCARCE⁷ señala como notas las de: a) instrumentalidad; b) provisionalidad, y c) caducidad. Todos estos caracteres tienen su base en el derecho a la tutela provisoria y constituyen otros tantos requisitos de su fundamento. DOS REIS⁸

⁵ CALAMANDREI, obra citada, pág. 7.

⁶ Obra citada, págs. 13 a 26.

⁷ RODRÍGUEZ VALCARCE, *Las medidas cautelares*. "Revista de Derecho Procesal", 1947, pág. 293.

⁸ DOS REIS, *A figura do processo cautelar*. Lisboa, 1947. Separata del Boletín del Ministerio de Justicia portugués. Citado en recensión en la "Revista de Derecho Procesal", 1948, pág. 384.

entiende que deben de producirse cuando se acredite la urgencia y la apariencia del derecho que se trata de tutelar, aspecto más relacionado de los caracteres, con el derecho principal, al que cabría añadir que la medida que se pretenda o adopte tenga relación con ese derecho, apreciada lógicamente la cuestión, dentro de una cierta libertad.⁹

TIPICIDAD, ATIPICIDAD, INDEFINICIÓN EN MATERIA DE CAUTELA PROCESAL

Se han establecido bastantes criterios para la clasificación de las medidas cautelares, referentes a su repercusión sobre el orden anterior (conservativas o innovativas), a su objeto (materiales o patrimoniales y formales o personales) y varias más desde otros puntos de vista; pero se estima interesante examinar esta materia en relación con la tipicidad o atipicidad y advirtiendo que la tipicidad tanto puede referirse a la medida en sí como al proceso en que se ha de adoptar, y tiene trascendencia especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no existe una norma de carácter general¹⁰ que permita cualquier actuación de índole cautelar; cuestión que ha promovido en la doctrina opiniones distintas que, sin embargo, parece resolverse en favor de la admisibilidad del poder genérico de adoptar medidas cautelares,¹¹ aun cuando en aquellos ordenamientos en los que existan medidas y procesos típicos quepa preguntarse por qué medio procesal se puede llegar a la declaración y ejecución de tales medidas, si aplicando un criterio de analogía o de libre aplicación del derecho. Sin embargo, parece que, en todo caso, el proceso cautelar ha de ser un reflejo, en lo sustancial, del tipo procesal general, o, más bien, ha de reflejar la aplicación de los principios fundamentales que lo sustentan, de una forma abreviada y acelerada.¹²

Frente a esta situación de tipicidad o atipicidad, surge la de indefinición en los ordenamientos en que nada se diga en absoluto, o bien en aquellos que se limitan a enunciar la existencia de la potestad cautelar genérica, que

⁹ Criterio manifestado por el T. I. J. en el asunto "Interhandel", y en el de la cuestión noruego-danesa por el T. P. J. I.

¹⁰ CALAMANDREI, obra citada, pág. 47.

¹¹ Como facultad inherente, accesoria y necesaria a todo derecho, el de su protección. CHIOVENDA, *Ist.*, tomo I, pág. 256; POLLAK, *System*, tomo III, parágr: 208, págs. 1.039-1.040, citados junto con D'ALLORIO, ob. cit. n. 7, por CALAMANDREI, obra citada, pág. 49.

¹² CALAMANDREI, ob. cit., pág. 147.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

permite la adopción de cualquier medida dentro de los requisitos y por un cauce procesal que concreta el principio fundamental de la actividad procesal general.¹³

De modo que en aquellas legislaciones en las que existe un criterio legislativo estricto, por imprevisión, inadaptado a nuestro tiempo, debe regir, ante la imposibilidad de cambiar la Ley por quien ha de aplicarla, un amplio criterio interpretativo que permita encajar las situaciones imprevistas dentro de los cauces existentes, salvando en todo caso las orientaciones fundamentales rectoras del proceso. Las legislaciones amplias tienen, por el contrario, que tratar de deslindar, en la aplicación, las medidas cautelares de aquellas otras que, con apariencia cautelar, no responden a los caracteres que han sido expuestos, definiéndolos, con cierta amplitud, a través de la práctica.

LAS INSTITUCIONES CAUTELARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Todos los problemas jurídicos adquieren, al ser aplicados al Derecho Internacional, una importancia extraordinaria que deriva no solamente de que tal disciplina se ocupe de cuestiones cuya satisfactoria solución habría de producir la apetecida paz y concordia de la humanidad, sino de que el Derecho Internacional es una realidad indiscutible sobre bases discutidísimas, y tan pronto se le presenta como el débil reflejo de unas circunstancias sociales determinadas, como una ciencia basada quizá en raíces más hondas y más puras que el resto de las ramas del Derecho, quizá porque, a través del Derecho de Gentes, en su acepción común, presenta un lazo de parentesco inmediato con el Derecho Natural. De aquí que cualquier cuestión jurídica, en los aspectos de su establecimiento y aplicación, por reducido que sea su alcance, originó el encadenamiento de problemas de todo orden hasta remontarse a las cuestiones de principios. Los conceptos de comunidad internacional, sus proyectos concretos de realización, la soberanía, los Estados, los principios políticos, salen a relucir junto con los de norma, coactividad, fuerza, justicia y seguridad, ante cualquier problema; y es constante la agonía del Derecho Internacional que quiere ser una disciplina rigurosa-

¹³ Situación que aparece en el proceso internacional a consecuencia del art. 41 del Estatuto del Tribunal y 61 del Reglamento, conteniendo el primero un poder general cautelar y el segundo estableciendo un procedimiento abreviado en él que concurren, en resumen, los mismos principios que regulan el proceso principal.

mente positiva, con sus propias bases que se pierden en las más intrincadas especulaciones.

De todas formas, es evidente que la noción de cautela jurídica, en el orden internacional, no es una institución extraña; más bien podría decirse que tal institución es una de las ideas rectoras del Derecho Internacional, que, a través de sus manifestaciones, ha mantenido la tendencia constante de la prevención de conflictos entre los sujetos. Por eso, en las concreciones históricas de tentativas de fijación de relaciones entre los Estados, siempre se ha concedido una especial importancia a las medidas preventivas, enderezadas a evitar, en su origen, los mismos conflictos, o a disminuir, en lo posible, sus consecuencias.

GUGGENHEIM¹⁴ ha estudiado las medidas cautelares en los distintos organismos internacionales, en los convenios entre las naciones y su posible repercusión en los principios que dominan la materia, señalando incluso los posibles peligros de su aplicación, aun cuando la realidad demuestra que tales medidas han seguido aplicándose y han venido plasmándose en las distintas esferas de actuación de los nuevos organismos internacionales creados por la Organización de las Naciones Unidas.¹⁵

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA INTERNACIONAL

El Tribunal Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas, proclamado como tal, en el art. 7 de la Carta de las Naciones Unidas, con carácter judicial (art. 92), capaz de emitir resoluciones que han de ser aca-

¹⁴ GUGGENHEIM, obra citada, dedica apartados distintos a la aplicación de medidas por tribunales arbitrales (cap. II), en las convenciones americanas (cap. III), en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (cap. IV), en los tratados de reglamentación judicial y arbitraje (cap. V), en el desarrollo de la Sociedad de Naciones (cap. VI), en el Pacto de Asistencia Mutua, Protocolo de Ginebra (cap. VII); en el memorándum de Brouckère y Comité del Consejo (cap. VIII), en los trabajos del Comité de Arbitraje y Seguridad (cap. X) y en el Pacto Kellogg (cap. XI).

¹⁵ Es, en el orden de reglamentación de las Naciones Unidas, principio, el de la posibilidad de aplicar medidas cautelares en las relaciones internacionales, y no solamente a través del proceso, sino del desarrollo de la actividad general. Así se desprende de la declaración que precede a la Carta de las Naciones Unidas y apartado 1 del artículo primero; en consecuencia, a través principalmente del Consejo de Seguridad (arts. 36, 37, 38, 39, 40...), cabe el ejercicio de medidas de seguridad, provisionales, cautelares pues, no debiendo olvidarse que, a través del art. 14, la Asamblea puede llamar la atención del Consejo sobre cualquier punto.

tadas y, en su caso, ejecutadas forzosamente (art. 94); participa, en su actuación, de los designios creadores de todas las instituciones en que se concreta el último ensayo de sociedad de naciones, siguiendo precedentes de la organización inmediatamente anterior y tratando, por ello, de ordenar en sus intervenciones lo necesario a que los principios puedan desarrollarse para la eficaz protección de los intereses que se trata de salvaguardar en la O. N. U., y por ello la actividad cautelar viene claramente conferida en el correspondiente Estatuto (art. 41), y desarrollada en forma clara, con una amplitud extraordinaria, en el Reglamento (art. 61). Sin embargo, la cuestión de la cautela procesal en el proceso internacional, medio de actuación de la jurisdicción internacional, presenta ciertas dificultades, aun cuando existe, sin duda, base suficiente para el desarrollo de una teoría completa.

Debemos aceptar lo anteriormente expuesto como manifestaciones de la existencia de un proceso internacional, no solamente por la dicción clara de los artículos citados, que confieren al Tribunal un rango judicial, que equivale a jurisdiccional, sino porque lo que ante este Tribunal se desarrolla es el conocimiento de una pretensión, en forma que se cumplen todos los presupuestos y diferentes requisitos de un verdadero proceso; o, por lo menos, tal es la tendencia, aunque los resultados puedan ser otros, puesto que, al fin y al cabo, lo que importa, al estudiar las instituciones, es la idea que les da vida; bien entendido que, de todos modos, ha de advertirse que las discusiones acerca de las bases de la jurisdicción no se pueden dar por finalizadas, puesto que, en primer lugar, el mismo concepto de jurisdicción se revisa constantemente, aunque hay que reconocer que, hoy día, se concibe a la jurisdicción como una de las funciones estatales, directamente emanadas de la soberanía. A partir de esta realidad, los autores acatan en general el principio de que los Estados no tienen ni pueden reconocer una autoridad superior a ellos mismos (WITENBERG, SCERNI),¹⁶ ni tal autoridad puede dimanar de una comunidad internacional, que nunca ha tenido realidad histórica (MONACO),¹⁷ no existiendo poder, órgano ni voluntad que sea distinta a

¹⁶ WITENBERG, *L'Organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*; colab., Jacques Desrioux. Paris. 1937. Ed. Pedone (pág. 4). SCERNI, *La procédure de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Rec. de Cours. Acad. Droit Int. 1938. III, 65, pág. 568.

¹⁷ MONACO, *Manuale di Diritto Internazionale pubblico e privato*. Ed. Torinense. Turín. 1949. Pág. 395.

las partes que intervienen en el proceso. BOS¹⁸ considera tal jurisdicción emanada de poder distinto, como posible, pero no en tanto la comunidad internacional se ciña a la actual realidad de comunidad mundial, porque en ella el poder que se atribuye para actuar (para juzgar) no se recibe de la comunidad, sino de un tratado.

De modo que los autores tienden a negar la jurisdicción internacional si ha de tomar base en la existencia de un poder superior a los Estados; aunque, en definitiva, le buscan otras explicaciones, tales como la de que la jurisdicción se manifiesta por la aceptación de las partes y que, en todo caso, difiere de las consecuencias de un simple arbitraje, sin olvidar tampoco que existe un organismo —las Naciones Unidas— que tiene una personalidad distinta y que, a través del Tribunal Internacional, se desarrolla, por su contenido, una actividad que es procesal, en cuanto tiende a concretar la regla abstracta en un punto de controversia y sucede delante del Juez, para servir a la idea de realización del Derecho en tal punto, por un poder que el proceso presupone —la jurisdicción— dimanante de la fuerza de la comunidad, cualquiera que sea la forma en que se pueda concretar.¹⁹

En conclusión, puede establecerse que, si bien no es claro el fundamento de la jurisdicción internacional si se aplica un criterio tradicional sobre instituciones pensadas en derecho interno, tampoco es claro que tales bases de la jurisdicción sean las doctrinalmente correctas cuando existe un conjunto de acuerdos en que se reconoce llanamente esta función y cuando esta función se desempeña como realidad. De modo que, en el plano de las realidades, existe. Y, en el plano de la teoría, es posible que exista, y, aún más, que no se haya juzgado la cuestión con el método apropiado.

Por la razón misma de tantas discusiones sobre la jurisdicción internacional, se ha advertido que las medidas provisionales, cuya tendencia es de extensión de la jurisdicción, presentan numerosos peligros, entre los que apunta GUGGENHEIM²⁰ que, así como el proceso internacional impone siempre un sacrificio a un Estado, que puede ir preparando la opinión, con las

¹⁸ BOS, *Les conditions du procès en droit international public*. Leiden, Holanda. 1957. Biblioteca Visseriana. XXXVI, pág. 22.

¹⁹ Bos, ob. cit., págs. 13, 22, 11. SCERNI, ob. cit.: pág. 569, diferencias con arbitraje; pág. 579, personalidad de la Sociedad de Naciones. WITENBERG, ob. cit., pág. 6, evolución concepto arbitraje al arbitraje forzoso y de éste a jurisdicción.

²⁰ GUGGENHEIM, ob. cit., págs. 1, 2, 5, 6, 7 y 11.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

medidas cautelares se le impone más de un sacrificio e igualmente se contra- viene el principio de no intervención, así como el procesal de contradicción faltando límites precisos de la actuación del Tribunal en materia cautelar, por lo que se produce o se puede producir la desigualdad entre las partes, la introducción de elementos extraños en el Estado, con la consiguiente merma en la confianza que debe inspirar a los ciudadanos, y asimismo concurre el temor a que se introduzcan subrepticamente demandas cautelares de contenido distinto, que se produzcan por este camino exclusiones de asuntos que debieran ser materia de proceso completo y que se coarte a las partes con el temor de una guerra.

Ninguno de estos peligros apuntados por el autor citado tiene base procesal. Se trata de cuestiones de política jurídica internacional, hoy día completamente abocada al principio de intervención y con tendencia a mayores intervenciones; y si tal forma de actuar es principio en la concreción actual de comunidad de Estados, nada de particular tiene que lo sea de uno de sus órganos, puesto que la jurisdicción es función investida de las mismas orientaciones en las que tiene su origen, y los peligros de intervención de las Naciones Unidas serán más o menos exactos, pero no son especialmente vitandos para ninguno de sus órganos en especial, cuando son poderes, mediales a su función final. Por otra parte, los peligros de errónea aplicación solamente pueden llevar al ánimo de los jueces la cautela y equidad, con la que deben obrar; pero, estando en sí misma justificada la institución de la cautela, concretado el concepto de medidas cautelares y con las garantías correspondientes a un proceso, tales peligros, inherentes a la función jurisdiccional, tampoco pueden justificar la obstaculización de su desarrollo.

EL PROCESO CAUTELAR INTERNACIONAL

Como en la teoría general del proceso cautelar se indicaba, el proceso cautelar internacional se encuentra establecido sobre los mismos principios del que tiende a asegurar, y ello se manifiesta a través del examen de sus presupuestos, procedimiento y efectos.

En cuanto a los presupuestos personales, que afectan al Tribunal, examinada la cuestión de la jurisdicción, se plantea la de la competencia, con la circunstancia de que tal concepto no es admitido por todos los tratadistas,

puesto que MERIGNHAC²¹ entiende que el concepto de competencia es inaplicable al proceso internacional, en donde se encuentra embebido en la cuestión de la jurisdicción, puesto que el Tribunal Internacional de Justicia no compete con nadie de su rango jurisdiccional en el conocimiento de los asuntos: de modo que si tiene jurisdicción para el caso es competente, y si no la tiene no es competente. Tal problema es extraordinariamente espinoso, dado el concepto corriente de competencia, que, evidentemente, está encaminado a deslindar la esfera de acción de organismos iguales en jurisdicción, aun cuando los criterios por razón de la materia y por razón de las personas, invocados por BOS,²² puedan servir a la distinción, con la reserva de que tales puntos de vista puedan afectar también a lo que se llama ámbito de la jurisdicción. WITENBERG²³ entiende que entre las cuestiones propiamente de competencia debe tratarse de los diversos medios de acceso de la cuestión al Tribunal (cuestiones de sumisión o de extensión de los convenios), y estudia asimismo los problemas que afectan a litispendencia y conexión. Así comprendido y, en ciertas circunstancias, cuando haya un principio de sumisión o de conexión en virtud del que el Tribunal esté conociendo un asunto, las determinaciones del alcance del conocimiento del Tribunal son cuestiones de competencia, pero igualmente son cuestiones de jurisdicción cuando afectan a la aceptación.

Más interés tiene sobre la cuestión la afirmación de que, en todo caso, el Tribunal debe examinar su competencia, con efectos vinculantes; en contra de la opinión que mantiene que, dudándose de la competencia, ya debe el Tribunal abstenerse de actuar, ante la posición que adopta la parte que interpreta sus propios actos, con lo que aparece que incluso se ha debatido sobre si el Tribunal tiene competencia para determinar sobre su competencia. Hoy día no ofrece duda que sí que la tiene, ya que le está atribuido al Tribunal el conocimiento de un número de cuestiones sobre cuyos extremos, como es lógico, totalmente, ha de extenderse su función. En lo que se refiere a medidas cautelares, la única regla de competencia es que se dirijan las

²¹ MERIGNHAC, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international*. París. 1895. Pág. 254. Citado por WITENBERG, ob. cit., pág. 102, en que cita igualmente a MAX HUBER, I. D. I., I, 77. (Anuario del Instituto D. I.)

²² BOS, ob. cit., págs. 49, 90 y 106. WITENBERG, ob. cit., págs. 102, 103, 104, 107, 108 y 136.

²³ WITENBERG, ob. cit.: 102, posibilidad de competencia; 103, condiciones; 104, cuestiones de interpretación de los tratados en tal extremo; 107, sumisión; 108, competencia para determinar sobre ella; 136, litispendencia y conexidad.

peticiones o resoluciones a la resolución final de un asunto sometido a la decisión del Tribunal, y no obsta a la aplicación de la medida, previa su normal tramitación, el hecho de que el proceso principal ofrezca dudas en cuanto a la competencia del Tribunal. Ha quedado clara la cuestión en las decisiones del Tribunal en los asuntos "Interhandel"²⁴ y en "Anglo-Iranian Oil Co."²⁵

La composición del Tribunal para adoptar estas medidas no difiere de la general sino en cuanto, por aplicación del propio art. 61 del Reglamento, se atribuyan facultades excepcionales al Presidente, para que las pueda disponer, aun cuando no se haya reunido el Tribunal; por lo que el requisito de la aptitud de las personas que sirven el órgano se interpreta en el amplio sentido que impone la institución. Queda fuera de toda duda que no puede basarse ninguna reclamación en el hecho de que no exista juez nacional de alguna de las partes que intervienen en el objeto del proceso.

Las partes en el proceso cautelar son, en principio, las mismas que en el proceso principal; claro está que como, según el art. 61, núm. 1, del Reglamento, las medidas pueden pedirse o manifestarse su oportunidad en cualquier momento de su curso, no es preciso que la parte que deba sufrirlas haya comparecido y aceptado su carácter de tal para que el Tribunal, si lo estima oportuno, dicte la medida correspondiente, con tal de que, conforme al número 8 del citado precepto, se le haya dado oportunidad de manifestar sus observaciones en el caso, use o no use de este derecho (art. 53 del Estatuto). A ello se refiere la opinión disidente en el asunto de la "Anglo-Iranian Oil Co."²⁶

²⁴ "...Considerando que la demanda de medidas cautelares debe ser examinada conforme al procedimiento fijado por el art. 61... Considerando que la decisión en tal proceso no prejuzga en nada la cuestión de competencia del Tribunal para conocer el fondo del asunto y deja intacto el derecho del demandado para hacer valer sus medios para discutir esta competencia..." *Vid. Bos, ob. cit., en la misma opinión, página 316.*

²⁵ "Considerando que la indicación de las medidas no prejuzga en nada la competencia del Tribunal para conocer el fondo del asunto y deja intacto el derecho del demandado para hacer valer sus medios al efecto de discutirla."

²⁶ Opinión de WINIARSKI y BADAWI PASHA, basada en que la dureza y el carácter excepcional de las medidas de seguridad deben orientar al Juez a la abstención cuando el caso no sea extraordinariamente claro, debiendo examinar minuciosamente la competencia, sobre todo en los casos de sumisión, puesto que si el demandado no quiere ser tenido por parte, no acepta en absoluto el poder del Tribunal, no puede verse perjudicado por una medida que se le impone sin atender su voluntad de no reconocer la legitimidad del proceso ni querer tomar parte en el mismo.

Lo más importante en este tipo de proceso es lo referente a su requisito objetivo concretado en la pretensión cautelar y su contenido. En cuanto a la primera, debe advertirse que puede no producirse, ya que el Tribunal tiene facultad para acordar de oficio medidas conservatorias (art. 61, núm. 6, Rglto.), como también puede producirse en un sentido, sin que al Tribunal le vincule para nada, puesto que puede adoptar medidas diferentes a las solicitadas (art. 61, núm. 4, Rglto.), como también puede suceder que, acogida la pretensión, se varíe de oficio posteriormente la naturaleza de las medidas a adoptar (art. 61, núm. 7, Rglto), por lo que debe concluirse que la pretensión, como requisito objetivo, carece de la relevancia y fijeza que en otros tipos procesales, pese a que, si se formula, ha de estar suficientemente razonada y concretada.²⁷ De modo que, en principio, la pretensión viene en este punto a representar para las partes el ejercicio de un derecho potestativo que puede tener como fin el que se acoja la pretensión como otra cualquiera o, si concurren méritos suficientes, poner eventualmente en acción las potestades que al Tribunal corresponden de oficio. En todo caso, la pretensión debe indicar el asunto principal y qué medidas son aquellas que se estiman adecuadas al caso.

Ni el art. 41 del Estatuto, ni el art. 61 del Reglamento, indican sino en términos de gran vaguedad las condiciones que se refieren al contenido de la pretensión cautelar, es decir, a las medidas cautelares, pues en el Estatuto se dice que se adoptarán medidas “si las circunstancias lo exigen”, y el art. 61 del Reglamento se refiere a que se enuncie cuál es el derecho que se trata de asegurar (para comprobar si existe una relación eficaz entre la medida

²⁷ Esta fue la causa de que no se adoptaran medidas de seguridad en el asunto de la reforma agraria, ya que, al parecer, la demanda de medidas de cautela pretendía más allá de la demanda principal, que solamente enunciaba violación de un tratado de minorías, sin indicar las personas concretamente perjudicadas, y la correspondiente demanda de medidas cautelares hubiera tenido que ser aplicada individualmente al efecto de detener las expropiaciones para ciertas personas; al Tribunal le pareció que la petición implicaba detener la reforma agraria y que no era, en realidad, cautelar; existiendo opiniones disidentes, señaladamente la de ANZILOTTI, que entendía que, de haber existido mayor precisión en los derechos que se trataba de garantizar, el supuesto era apropiado para la adopción de medidas cautelares, de modo que quedaba al Gobierno alemán vía para presentar nueva demanda principal más precisa, y consecuentemente otra de medidas cautelares. Por ello BECKETT obtiene la conclusión de la precisión del derecho a proteger. (BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice International*. Recueil des Cours. A. D. I, 1934. IV, 50, pág. 293.)

y el mantenimiento del derecho), y se refiere igualmente a que se tomarán las que parezcan necesarias con el fin de poder proveer en forma útil.

Por ello, para establecer las condiciones que deben reunir las peticiones de medidas de seguridad debe recurrirse a la teoría general del proceso sobre la materia, y con esta base cita GUGGENHEIM a GOLDSCHMIDT,²⁸ para indicar que los problemas planteados por las medidas cautelares están en relación con las condiciones en que se pueden admitir, su naturaleza, procedimiento y ejecución, para establecer respecto al primer problema que se exige la concurrencia de una relación provisoria, es decir, que exista una cuestión relativa a un derecho principal a cuyo servicio y mantenimiento deba establecerse una medida provisional y las razones en las que se apoya la relación entre la medida y el derecho, concluyendo²⁹ que deben exponerse las medidas acreditando: a) peligro irreparable; b) concreción; extremos que en todo caso se refieren a la petición. Por el propio texto de los arts. 41 del Estatuto y 61 del Reglamento, que dotan a estas cuestiones de carácter urgente y con rango de prioridad sobre otras cuestiones, puede deducirse también que deben referirse a un peligro urgente y real, cuando menos, que no pueda ser evitado con el proceso principal, y que han de ser adecuadas al caso y oportunas, puesto que pueden modificarse y pueden al propio tiempo rechazarse, sin que ello implique que no puedan volverse a pedir ésas u otras si los hechos cambian. Por su parte, la escasa jurisprudencia relativa a la cuestión indica, en primer lugar, que las medidas, sean propiamente cautelares, no de ejecución provisional o de otra naturaleza parecida pero distinta al propio ámbito de lo cautelar dentro del proceso.³⁰ Así se pronunció el tribunal en el asunto de la reclamación alemana por la fábrica Chorzow. Han de pedirse en forma concreta al caso discutido en el asunto principal, como el Tribunal manifestó al desestimar la demanda alemana en el asunto de la reforma agraria polaca. Y ha de existir un peligro cierto para la pérdida del derecho que se trata de conservar, como el Tribunal estableció en los asuntos de "Interhandel" y de "Anglo-Iranian", así como anteriormente en el de Dinamarca y Noruega sobre Groenlandia, en el que

²⁸ GUGGENHEIM, ob. cit., pág. 8, nota. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*. Berlín, 1929, pág. 319.

²⁹ GUGGENHEIM, ob. cit., págs. 61-62.

³⁰ WITENBERG, ob. cit., págs. 387 y ss. GUGGENHEIM, ob. cit., págs. 54 y ss. Asimismo CALAMANDREI, ob. cit., págs. 91 y ss, ocupa el capítulo IV de su obra en distinguir las medidas cautelares, de instituciones afines (acciones posesorias, ejecución provisional, condena genérica de daños, etc.).

además se enunció que no se trataba sino de prevenir violaciones jurídicas, no incidencias desagradables de otro carácter.

Por otra parte, y no estando establecida limitación alguna, siempre que se refieran a asuntos que por razón de la materia correspondan al Tribunal (art. 36 del Estatuto), éste puede, juzgando conforme a sus fuentes (art. 38 del Estatuto), adoptar las medidas que estime convenientes, de naturaleza varia, según la interpretación del tratado que se discuta, el punto de derecho internacional de cualquier orden, la violación de un convenio o la reparación debida por tal razón.

Se apunta también doctrinalmente³¹ la necesidad del examen, por el Tribunal, de la competencia, siquiera sea de una forma también provisional, para evitar que se tomen medidas cautelares en casos de manifiesta incompetencia; e igualmente que se trate de evitar con la intervención el agravar más que aclarar la situación; razones éstas que no difieren de las expuestas ya, puesto que, en el fondo, son razones de oportunidad.

Los requisitos de la actividad no ofrecen particularidades relevantes, puesto que el lugar es el común a todas las actuaciones: ordinariamente, La Haya; extraordinariamente, cualquier otro lugar (art. 22 del Estatuto); el tiempo hábil para la petición de medidas conservatorias es, según el núm. 1 del art. 61 del Reglamento, cualquiera en el curso del proceso, predominando la forma escrita.

El procedimiento es elemental, siguiendo las orientaciones de los principios procesales de elasticidad, oficialidad, contradicción y libertad que señala SCERNI,³² producto de una síntesis del derecho procesal continental y el anglo-americano que, según LALIVE,³³ está tan bien hecha que a todos les parece que se han tomado más elementos extraños que propios. En resumen, tiene una fase de iniciación, que puede ser de oficio o a consecuencia de una demanda, comunicándose su contenido a ambas partes y citándolas para que tenga lugar el único trámite forzoso —la audiencia establecida en el art. 61, núm. 8, del Reglamento—, sin perjuicio de que, si se estima conveniente, se haga alguna comprobación, aun cuando sobre ello no haya nada

³¹ Opiniones disidentes en el asunto de "Interhandel" (WELLINGTON KOO, KLAES-TAD, LAUTERPACHT) y "Anglo-Iranian Oil Co." (WINIARSKI y BADAWI PASHA).

³² SCERNI, *ob. cit.*, pág. 632.

³³ LALIVE, *Quelques remarques sur la preuve, devant la Cour Permanente et la Cour Internationale de Justice*. Anuario Suizo de Derecho Internacional. Zürich. Vol. VII, año 1950, pág. 79.

preceptuado, pero se desprende de los poderes habituales del Tribunal y se dicta la resolución correspondiente, motivada, acogiendo, rechazando o modificando la pretensión. No existe fase de impugnación prevista especialmente, ni estaría justificada, por razón de la materia, ya que, si añadimos a la irrecurribilidad de las decisiones del Tribunal el que las providencias cautelares caducan con el proceso principal a su terminación, y además el que la decisión sobre ellas no crea una situación comparable a la cosa juzgada, se entiende el recurso impropio para situaciones que pueden modificarse no solamente a instancia de parte, sino también de oficio.

La ejecución de las medidas de seguridad adoptadas por acuerdos del Tribunal, o de su Presidente, en su caso, corresponde, en primer lugar, a la conformidad de las partes establecida en el art. 94, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, y, en caso de que una de las partes no se avenga a cumplir una disposición del Tribunal, la otra recurrirá, si lo estima oportuno, al Consejo de Seguridad, quien, si lo estima necesario —cuestión de política internacional— y dentro de las posibilidades de su funcionamiento, puede hacer las recomendaciones al caso o decidir las medidas a tomar hasta lograr la ejecución de la resolución (art. citado, párrafo 2); por ello dispone al art. 41 del Estatuto en su núm. 2, que, dispuesta la medida, el Tribunal la notificará a las partes y al Consejo de Seguridad. Hay, como se puede apreciar, una fase indeterminable, margen de confianza en la buena voluntad de las partes, y otra, coactiva, a petición de la agraviada, para llevar a efecto el acuerdo con medios adecuados según el caso y las circunstancias. Y tal relación entre el Tribunal y el Consejo de Seguridad, resultante de la idea aceptada en el bloque normativo de las Naciones Unidas de que la ejecución es función administrativa y no judicial, aclara alguna cuestión de las que suelen introducirse en los procesos internacionales, como es la de que la actividad del Tribunal puede, en lugar de suavizar las relaciones, agravarlas. Constando, como consta, que en todo caso el Consejo de Seguridad puede decidir, si lo estima necesario, la actividad coactiva, única que puede agravar las cosas, es claro que el Tribunal, al juzgar, puede hacerlo con entera independencia, examinando libremente la cuestión jurídica, con la amplitud necesaria, puesto que el hecho de que sus decisiones sean o no oportunas, según la situación, ya concierne al Consejo de Seguridad. Las partes están en libertad para convenir por convenios diplomáticos lo que estimen conveniente; pero entretanto, la ejecución de las medidas que establece el Tribunal pueden ser ejecutadas en la misma forma establecida que, no constando otra cosa,

forman un cuerpo normativo, no modificable por las partes. Esto se estableció en las medidas acordadas en el asunto de la violación del tratado chino-belga, lo que, evidentemente, se dirige a que los poderes de disposición de las partes no afectan a la cosa juzgada.

Los efectos procesales de las medidas de seguridad adoptadas por el Tribunal son el de producir una resolución que no afecta para nada a lo que es objeto de la cuestión principal, ni en sus presupuestos, ni en su contenido, guardando siempre la relación instrumental propia de la institución, subordinada a la decisión por naturaleza, incapaz de subsistir por sí misma, aun cuando, como resolución procesal, adquiera firmeza y sea ejecutable; y, por otra parte, a tal firmeza y ejecutabilidad no corresponde la imposibilidad de modificación, cuando las circunstancias que han aconsejado la medida desaparecen o cambian, para imponer la adopción de otra distinta o la supresión de la anterior, o su simple modificación.

En relación a los derechos que trata de tutelar, quedan afectados por la resolución, en los límites de su propio dictado, en tanto la situación de hecho o la fundamentación jurídica no cambie o se altere, bien entendido que al derecho en sí, en cuanto a su consistencia, no le afecta, pero evidentemente afecta a su eficacia.

EXPOSICIÓN INDICATIVA DE ALGUNOS CASOS DE APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR EL TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL Y POR EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*Asunto chino-belga.*³⁴ Los antecedentes consisten en la reclamación presentada por Bélgica ante el Tribunal, por violación, por parte de China, de un tratado de comercio y navegación concertado entre ambos países. El Tribunal, en 8 de enero de 1927, dictó una resolución disponiendo medidas de seguridad con arreglo a unas bases normativas, no modificables por las partes en su aplicación, que debieran regir las relaciones durante el proceso, si bien

³⁴ Todas las referencias a este asunto, directamente de GUGGENHEIM, ob. cit., pág. 60; WITENBERG, ob. cit., págs. 387 y 393, y BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Recueil des Cours. Academia de Derecho Internacional. 1932. I, 39, págs. 252-253.

tales medidas no llegaron a aplicarse porque las partes, finalmente, concluyeron un nuevo tratado.

*Asunto Chorzow.*³⁵ Consistente, en cuanto al proceso principal, en una reclamación de cantidad presentada por el Estado alemán y en la que, a título de medida cautelar, pretendía que se llevase a efecto la ejecución provisional. El Tribunal, en resolución de 21 de noviembre de 1927, denegó la medida cautelar solicitada, por entender que no se trataba propiamente de una medida cautelar, sino de una ejecución provisional, que tiene una naturaleza procesal diferente.

*Asunto Alemania-Polonia de la reforma agraria polaca.*³⁶ En el que el asunto principal concernía a la protección de súbditos de origen alemán que parecían injustamente afectados por la reforma agraria, en contradicción con lo pactado entre ambos Estados y en desigualdad de trato con los súbditos polacos. En resolución de 3 de mayo de 1933, el Tribunal denegó las medidas de seguridad que solicitó Alemania, consistentes en que el Gobierno polaco suspendiese toda actividad en la que, con ocasión de la reforma agraria, resultarían perjudicados súbditos de origen alemán. Se estimó la existencia del peligro a la indemnidad final de los perjudicados, pero se dijo que con la medida de seguridad quedaba afectada toda la reforma agraria correctamente dispuesta en principio por el Gobierno polaco, y que, por lo tanto, la demanda carecía de la necesaria concreción propia de toda petición de medidas provisionales. Se discutió esta resolución en el seno del mismo Tribunal, entendiéndose que, apareciendo claramente el peligro a la indemnidad final de los perjudicados, debió haberse adoptado la medida, ya que la concreción era suficiente o, en todo caso, podría haber sido sustituida por la actividad del Tribunal, o, cuando menos, parece que se indicó que, al rechazarse la medida, debió haberse acogido el Tribunal a una fundamentación diferente.

*Asunto Noruega-Dinamarca.*³⁷ Sobre actos de soberanía indebidamente ejercidos por Noruega en Groenlandia. La demanda de medidas cautelares se dirigía a evitar los desagradables incidentes que durante el pleito se pudieran producir. El Tribunal, en virtud de resolución de fecha 3 de agosto

³⁵ Las referencias a este asunto, en los lugares citados en la nota anterior.

³⁶ Referencias: WITENBERG, ob. cit., pág. 393, y BECKETT, *Les questions d'intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*. Rec. 1934. IV, 50, págs. 285 y ss.

³⁷ Iguales referencias que en la nota anterior.

de 1932, entendió que las medidas cautelares estaban dispuestas para casos en los que apareciera un peligro cierto y real, no para prevenir posibles desagradables incidentes que todavía no se habían producido ni era de temer que se produjeran.

*Asunto Anglo-Iranian Co.*³⁸ Sobre la nacionalización del petróleo en el Irán, contraviniendo lo contraído por tal Gobierno con la empresa citada, concesionaria de tal explotación y cuya actividad se desarrollaba normalmente hasta la nacionalización. Las medidas de seguridad se dirigían a que el Gobierno iraní no entorpeciera las prospecciones y demás trabajos, ni expropiara bienes, ni actuara sobre las acciones correspondientes a la empresa en vista de los graves perjuicios que con tales actos podrían causarse de forma irreparable. A lo que se opuso el Gobierno del Irán, entendiendo que la cuestión se trataba de su exclusiva competencia, por razones de soberanía, por lo que ni en este ni en ningún otro extremo de la cuestión reconocía la jurisdicción del Tribunal, ni pensaba ante el mismo mostrarse parte. En resolución de 5 de julio de 1951 el Tribunal accedió a dictar medidas de seguridad, si bien no se atemperó a la pretensión, sino que fijó obligaciones para ambas partes, nombrando una comisión que vigilara durante el proceso la marcha de la sociedad, cuyas actividades continuarían constatando sus rendimientos y resultados.

La opinión conjunta disidente de los jueces WINIARSKI y BADAWI PASHA rechaza el criterio adoptado por el Tribunal, entendiendo que si en Derecho Interno, en el que se pone especial atención a la competencia, siempre, en definitiva, resulta que algún Tribunal es el competente, en Derecho Internacional, en el que la jurisdicción es producto convencional, cuando una parte se ha manifestado contraria a ligarse como tal en el proceso y no reconoce tal jurisdicción, no puede examinarse la competencia partiendo de una presunción de competencia, sino de incompetencia; por lo que, de no aparecer muy clara, siquiera sea sumariamente, debe abstenerse de toda intervención. Tal argumentación no es convincente, puesto que la eficacia de la institución no puede, en rigor, verse mermada por una actitud rebelde.

*Asunto de "Interhandel"*³⁹ Reclamación suiza para que el Gobierno de U. S. A. se abstuviera de tomar medidas sobre bienes objeto del proceso de

³⁸ *Affaire de l' "Anglo-Iranian Oil Co."*. Ordonnance du 5 juillet 1951. C. I. J. Recueil 1951, pág. 89.

³⁹ *Affaire de l' "Interhandel"* (Mesures conservatoires), Ordonnance du 24 octobre 1957. C. I. J. Recueil 1957, pág. 105.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

propiedad suiza de la sociedad indicada, vender acciones de una de las entidades comprendidas y, en general, abstenerse de todo acto que pudiera perjudicar la ejecución de la sentencia que se pretendía obtener finalmente, favorable al reconocimiento de los derechos suizos con todas sus consecuencias. Se opuso a lo alegado, en previsión de una eficaz ejecución, que el Gobierno americano había considerado como de su exclusiva atribución de soberanía lo relativo a sociedades comprendidas en la reclamación, condicionando a tal reserva la aceptación de la jurisdicción, alegando además que el asunto se estaba conociendo en tribunales nacionales sin haberse agotado la vía judicial interna, no teniendo por tanto previsto ni fijado el supuesto de las ventas que se trataba de cortar. La resolución de 24 de octubre de 1957 denegó las medidas, porque no se había acreditado el peligro, ya que U. S. A. había manifestado que no se tenía pensada la enajenación de bienes ni acciones.

Tal resolución originó diversas opiniones disidentes. Así, WELLINGTON KOO indicó que, con la reserva sobre competencia indicada por los Estados Unidos, el Tribunal debía haberse abstenido de dictar medidas, pero no por falta de peligro, sino de competencia. KLAESTAD, en general, manifiesta la misma opinión, y LAUTERPACHT entiende que, producida la reserva, debió el Tribunal haber rechazado la medida por falta de competencia clara, sin entrar en la cuestión del peligro, sino examinando su competencia primero para, de un modo provisional, haber dado valor a tal reserva, que, en realidad, era nula, anulando la propia aceptación. Las razones son igualmente débiles, partiendo de un principio de presumida incompetencia que no hay por qué admitir y que contraviene la propia esencia del acto cautelar.

CONCLUSIÓN

Puede advertirse cómo el Tribunal Internacional ha atendido en todo momento solamente al examen de las circunstancias que han de concurrir, en la naturaleza de la medida —que sea realmente una medida cautelar— y en la del peligro a los derechos que pueda originar el que tales medidas no se adopten, manteniendo, con un procedimiento sencillo, la imposición de medidas, examinando el proceso cautelar con entera independencia del principal, a fin de no producir prejuicios sobre aquél, dada su naturaleza provisoria, en la que se basa un criterio doctrinal muy extenso, aun cuando sea parco en aplicaciones, manteniendo la corriente doctrinal favorable a las

medidas cautelares, que pueden, de raíz, eliminar males irreparables o difícilmente reparables. Esto se consigue a través de la propia indeterminación de las medidas, de la sencillez del procedimiento y de la libertad de actuación dentro del proceso cautelar, en donde su provisionalidad permite entrar, también provisionalmente, en todas las cuestiones que puedan surgir, de cualquier género.

Tal criterio es de perfecta conformidad con la institución, siendo de apreciar el valor doctrinal de esa libertad de acción y de su mira finalista.

ÍNDICE

DOCTRINA CANÓNICA SOBRE EL *METUS INDIRECTUS* EN EL MATRIMONIO

	<i>Págs.</i>
Nociones jurídicas y doctrinales	7
A) La fuerza y el miedo	7
B) Clasificación del miedo	8
C) El "metus" en el Derecho matrimonial del Código	10
Algunas nociones históricas	11
El miedo indirecto	
La doctrina anterior al Código	14
A) Doctrina de Sánchez (tesis tradicional)	15
B) Tesis contraria	17
La doctrina posterior al Código	19
A) Doctrina tradicional	20
B) Tesis contraria	23
C) Nuestro particular punto de vista	25
Conclusión	31

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO INTERNACIONAL

Introducción	35
Desarrollo del derecho de cautela dentro del proceso	36
Tipicidad, antipicidad, indefinición en materia de cautela procesal	38
Las instituciones cautelares en el derecho internacional	39
Las medidas cautelares en el Tribunal de Justicia Internacional	40
El proceso cautelar internacional	43
Exposición indicativa de algunos casos de aplicación de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia Internacional y por el Tribunal Internacional de Justicia	50
Conclusión	53