

VALORACION DE LOS TESTIMONIOS EN EL PROCESO CANONICO

VII.—LAS MAXIMAS DE EXPERIENCIA

A) LAS REGLAS JURÍDICAS

Hemos dicho antes que los cánones vigentes sobre valoración de los testimonios (cc. 1.789-1.791) no imponen al juez sino una orientación valiosa y segura en el camino que se ha de seguir para examinar y apreciar con acierto y según la propia conciencia, los testimonios que figuren en los autos¹.

a) *Naturaleza y especies de las Reglas de Derecho.*—Son sentencias que expresan brevemente el contenido del derecho. “Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat: non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat”².

Unas son *comunes*, en cuanto se extienden a todo el campo del derecho; otras, suelen decirse *especiales*, por limitarse a determinada materia jurídica.

Las hay *auténticas*, por haber estado incorporadas en colecciones legales auténticas, y las hay puramente *doctrinales*, en forma de principios, axiomas o máximas.

Todas ellas, en cuanto aplicables al derecho procesal en lo tocante a la valoración de las pruebas, carecen, como es manifiesto, de fuerza vinculante de ley; pero pueden ser útiles en cuanto *reglas de sana crítica*, en frase del derecho procesal español³.

Sustancialmente no son otra cosa que máximas de experiencia, ofrecidas al juez, a modo de instrucciones o recomendaciones, sin privarle de su libre discrecionalidad a la hora última de valorar tal o cual testimonio concreto, cuando cuenta con la luz que le ofrecen todas las circunstancias del caso, todas las demás pruebas que concurren y que pueden, o coadyuvar, o contraponerse, cada una con su mayor o menor eficacia.

b) *Su funcionamiento.*—Precisamente por ser normas de experiencia tienen el carácter general de axiomas o principios, deducidos de la observación constante de hechos particulares. Las excepciones que sufren estas normas, no impiden su enorme utilidad; porque la excepción no invalida la regla, sino la limita o restringe en su universalidad, la explica determinando su alcance, la confirma respecto al común de los casos no exceptuados.

De suyo no es preciso probar estas reglas o máximas; basta alegarlas o aplicarlas el juez, ya que su función propia en el proceso no es probar, sino

¹ ROBERTI: *De process.*, II, nn. 353, 354.

² PAU. L. 1 D. de R. J. 16, 17.

³ Cód. civ., art. 1.248; L. E. C., art. 659.

servir de orientación prudencial o de medio apto y racional para ir por buen camino y llegar a una conclusión práctica sobre el examen de los hechos y la valoración de los medios instructorios.

En efecto, no habiendo norma jurídica imperativa, el juez recurre más o menos a una especie de silogismo: *Por premisa mayor* toma la *regula juris*, norma de experiencia o máxima de vida real. *Por premisa menor*, el hecho, según lo actuado y probado en autos. *Por fin deduce en conclusión* que fuerza debe darse a la prueba respecto a la controversia concreta que hay que resolver⁴.

c) *Uso razonable y abuso reprochable*.—La utilidad práctica de estas máximas o normas de experiencia es innegable, no porque tengan valor preceptivo, o porque deban en absoluto aplicarse siempre; sino porque llevan consigo la sabiduría humana de muchos siglos, que ellas compendiosamente recuerdan al juez. No son una conclusión arbitraria, antes lógica y sacada racionalmente de la psicología experimental⁵.

Sin embargo, para que estas normas directivas sean realmente provechosas, no debe abusarse de ellas, aplicándolas sin tino, sin concierto alguno; antes al contrario con sabia discrepción, para lo cual es preciso comenzar por conocer previamente su naturaleza, su significado genuino, su alcance.

Hecho esto, todavía falta examinar en concreto:

1.º Si en este caso particular se da la razón que tuvo la norma o la máxima, para formularse en sus términos generales.

2.º Si el caso presente no es uno en los que falla la norma general, ora por imperio particular de la ley, ora por otro motivo que exija una conclusión distinta⁶.

Debido a corruptelas y abusos se lamenta Lega de que algunos insistan en preferir la valoración legal a la del libre convencimiento. Contra estas preferencias están no sólo las máximas de la experiencia sino las mismas leyes eclesiásticas que siempre han mantenido el predominio de la libre discrecionalidad, tal cual la Iglesia lo aprendió del Derecho romano, el cual no se aviene con limitaciones imperiosas, las cuales han sido producto no de la ley, ni de las reglas jurídicas, ni menos de las máximas directivas de experiencia; sino más bien del abuso forense y de las corruptelas de los pragmáticos⁷.

⁴ PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1964, nn. 271, 314.

⁵ G. DEL VECCHIO: *La verdad en la Moral y el Derecho*. En "Revista de Derecho español y americano", Madrid 1966, págs. 11-47, particularmente el apartado V.º: Obligación jurídica de la veracidad especialmente en el proceso civil, págs. 25-34. MICHIELS: *Normae Generales*, vol. I, ed. 2.ª, 1949, págs. 609, 616. CABREROS: *Derecho Canónico Fundamental*, Madrid 1960, n. 231.

⁶ VERMEERSCH-CREUSEN: *Epitome Juris Canonici*, I, n. 99. OJETTI: *Commentarium in Codicem Juris Canonici*, Lib. I, can. 20, pág. 151, nota 8.

⁷ LEGA-BARTOCETTI: *l. c.*, vol. II, pág. 735, n. 2, y pág. 740, n. 9, nota 3, en la cual se lee: "Regula magis derivat ex naturali jure, ex logicae principiis, quam ex positiva lege". En la pág. 744, n.º 11, escribe que nunca la valoración de las pruebas

B) ALGUNAS REGLAS DE DERECHO

No es nuestro intento recoger y comentar ni todas las reglas jurídicas, ni todas las máximas de experiencia; que esto sería demasiado y desbordaría los límites que nos hemos propuesto al estudiar la valoración de los testimonios. Pero para ésta es de sumo interés el no pasar por alto la enseñanza que alguna de estas reglas puede ofrecer al juez en el desempeño de su misión altísima.

El comentario de ellas puede verse en los autores antecodiciales. Para nuestro fin, bastará enunciarlas añadiendo las notas que juzguemos más útiles en relación con la prueba testifical⁸.

a) *En lo ambiguo, dudoso u oscuro.*

1. "In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset" (MARC. 1. 96 D. de R. J. 50, 17).

En las expresiones ambiguas, se debe mirar sobre todo a lo que intentó decir quien usó las palabras.

2. "Commodissimum est in ambiguis id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat" (JUL. 1. 12 D. de rebus dubiis, 34, 5; ULP. 1. 80 D. de V. S., 45, 1).

Es razonable que siendo el sentido de las palabras ambiguo, éstas sean interpretadas de modo que puedan tener un significado congruo con el objeto del que se trata.

3. "Dubia in meliorem partem interpretari debent" (c. 2, X, V, R. J. 41).

En lo dudoso debe adoptarse la interpretación más favorable.

4. "In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est quam tutius" (MARCEL. 1. 192, § 1, D. de R. J. 50, 17).

En los casos de duda el adoptar la interpretación más benigna, no sólo es lo más justo, sino lo más seguro.

5. "In obscuris minimum est sequendum" (R. J. 30 in VI^o; ULP. 1, 9 de R. J. 50, 17).

Se debe seguir lo menos gravoso en los puntos oscuros.

debe hacerse ni con medida física ni con sumas matemáticas, sino moralmente bajo la dirección de los sagrados cánones, los cuales han separado con claridad el elemento subjetivo, del elemento objetivo, que corresponden a la certeza moral del juez.

⁸ ZECH: *Institutiones Juris Canonici*, tit. 22, § 427 y sig. REIFFENSTUEL: *Tractatus de regulis juris*, en apéndice al libro V. BARBOSA: *Collectanea Doctorum in Lib. V Sexti Decretalium, De regulis juris*. MASCHAT: *Cursus Juris Canonici*, lib. V, tit. XLI *De regulis juris*. BARTOCETTI: *Le Regole canoniche del Diritto*, Roma 1939. MAURI: *Regulae Juris*, Milán 1928. Respecto a máximas: BARBOSA: *Axiomata*.

6. "Inspicimus in obscuris quod est verisimilius vel quod plerumque fieri consuevit" (R. J. 45 in VI°).

En lo oscuro o dudoso debemos ver lo que resulte más verosímil o que acontezca de ordinario.

Notas:

1.ª El significado de todas estas reglas es amplísimo, y aunque se haya formulado la regla por uno u otro motivo distinto y especial, cabe aplicarlas, verificado el supuesto, a la interpretación que deba darse a declaraciones o testimonios que adolezcan de ambigüedad, considerando que lo más suave o benigno es aquello en lo que se evite el perjurio, la mentira o la contradicción, y aquello con lo que se salve, siendo posible, la concordia de los testimonios.

2.ª Valen también estas reglas para en casos dudosos favorecer al reo, lo mismo en lo pertinente a sus medios de defensa, que en la interpretación de las pruebas en orden a la resolución final de la contienda; a no ser que se ventilen causas privilegiadas. Sobre casos de derechos o facultades del actor y del reo, veremos luego reglas más a propósito.

3.ª Se dice verosímil a lo que tiene apariencia de verdadero y, por esto, es más creíble. Como lo verosímil está tan conforme con lo que sucede en tales o cuales circunstancias determinadas, por lo que acontece de ordinario y normalmente (*Quod plerumque fieri solet*); de aquí que sea razonable y muy prudente tener lo verosímil como *casi* verdadero: *Verisimilitudo pro veritate habetur*.

4.ª En consonancia, pues, con la Regla de Derecho 45 en el VI° se formaron estos axiomas más acomodados al objeto de nuestro estudio:

"Testibus deponentibus verisimilia magis creditur quam deponentibus inverisimilia". Y al contrario:

"Testes deponentes non verisimilia praesumuntur falsi vel saltem de falso suspecti; ac proinde illis ex justa causa minime credendum".

5.ª La citada Regla 45 se aplica a los hechos, atendiendo a lo que dicta la experiencia sobre ellos: "Experientia rerum est mater et magistra de iis qui videmus observari".

b) *Sobre derechos inciertos del actor y del reo.*

1. "Cum sunt partium jura obscura, reo favendum est potius quam actori" (R. J. 11 in VI°).

Permaneciendo oscuros los derechos de las partes, se ha de favorecer más bien al reo que al actor.

2. "Favorabiliores rei potius quam actoris habentur" (GAIUS, I. 125 D. R. J. 50, 17).

Es más favorable la parte del reo que la del actor

3. "Promptiora sint jura ad absolvendum, quam ad condemnandum" (c. Ex litteris 3. de probat.).

Estén más dispuestos los derechos a absolver que a condenar.

Notas:

1.ª Concuerdan con estas reglas los principios axiomáticos:

"Affirmanti incumbit probatio".

"Onus probandi incumbit ei qui asserit".

"Actore non probante, reus absolvitur" (c. 1.748).

"Reo favendum est potius quam actori in ambiguis".

2.ª Entendemos aquí por *derechos* de las partes todo lo tocante a pruebas y defensas, a los medios instructorios que se proponen: testigos, peritos, escrituras públicas y privadas, examen de las partes, juramentos judiciales. Creemos que alcanzan igualmente a las leyes que se invocan respecto a las pruebas.

3.ª Son *jura obscura* las pruebas, documentos y cualesquiera otros argumentos que, aducidos a favor o en contra por las partes, dejan en el ánimo del juez duda fundada, la cual le impide estar cierto de la verdad objetiva de los hechos.

4.ª Cuando hay *pruebas opuestas* entre sí la oscuridad o duda puede estar en cuál de ellas vence a las demás hasta el punto de disipar la duda y no quedar en el ánimo del juez sino certeza moral.

5.ª La razón de *favorecer al reo* es de suma equidad, porque éste viene al juicio citado, no espontáneamente, ni preparado; sino por obligación de responder a la demanda del actor, quien previamente preparó lo necesario y lo útil para la defensa de su pretensión. Añádase a todo esto que, mientras el actor no pruebe con certeza, el reo debe ser absuelto.

c) *Sobre casos de malicia, culpa, fraude, negligencia.*

1. "Semel malus, semper praesumitur malus" (R. J. 8 in VIº).

Quien fue una vez malo, siempre se presume malo.

2. "Malitiis non est indulgendum" (CELSUS, 1. 38 D. 6, 1).

Nunca debe haber condescendencia con artimañas ilícitas.

3. "Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti" (POMP. 1. 36 D. de R. J. 50, 17).

Es culpa el meterse en cuestiones que ni a sí ni al asunto atañen.

4. "Imperitia culpa adnumeratur" (GAJUS, 1. 132 D. de R. J. 50, 17).

Hay que contar la impericia entre las causas culpables.

5. "Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt" (ULP. 1. 145 D. de R. J., 50, 17).

No se considera engañados a quienes saben y consienten.

6. "Scienti et consentienti non fit injuria neque dolus" (R. J. 27, in VI°).

A quien sabe y consiente no se le hace ni injuria ni dolo.

7. "Juris executio non habet injuriam" (ULP. 1. 13, § 1 D. 47, 10).

Quien usa de su derecho, a nadie hace injuria.

Notas:

1.ª Todas estas normas, amplísimas en su contenido, pueden aplicarse con discreción a la prueba testifical, para que no permita el juez artimañas que falsean o adulteran los exámenes judiciales, por ejemplo, dando a conocer los interrogatorios, preparando o previniendo a los testigos, ora con instrucciones especiales del abogado, ora con otras declaraciones escritas hechas ante notario civil o ante dos testigos, o simplemente redactándolas con anterioridad.

2.ª Se presume malo siempre a quien una vez fue malo, pero dentro del mismo pecado cometido antes, o dentro del campo de la misma mala voluntad respecto a la misma especie de actos malos, verbigracia, el perjurio, en perjurar; el mentiroso, en mentir, etc.

3.ª Adviértase sobre esta maldad que se trata de una presunción, contra la que puede oponerse prueba sobre la verdad del testimonio; aunque es cierto que con la regla no se mira tanto a que pueda el testigo decir verdad, cuanto a que no merece crédito.

4.ª La razón para presumir en el presente o en el futuro se apoya en el indicio cierto del acto malo anteriormente realizado, según estos versos antiguos que los canonistas conocían muy bien en otros tiempos:

"Rumor de veteri facit ventura timeri:
Cras poterunt fieri turpia sicut heri".

5.ª En los juicios y en la instrucción de la causa no deben admitirse ni cuestiones ajenas a los dubios propuestos, ni preguntas impertinentes o inútiles.

6.ª Tampoco debe reputarse engañado quien conociendo a tiempo los nombres de los testigos y sus testimonios, fuera de plazo pretende tachar una cosa u otra, queriendo aportar medios improcedentes.

7.ª Quien por impericia deja pasar los plazos, cúlpese a sí mismo del perjuicio que haya; pero no pida prórrogas improcedentes y retardatorias, porque "Non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis" (PAU. 1. 16, D. 4, 6).

d) *Sobre facultades del actor comparado con el reo.*

1. “Non licet actori quod reo licitum non existit” (R. J. 32, in VI°).

No es lícito al actor aquello que al reo no es lícito.

2. “Non debet actori licere quod reo non permittitur” (ULP. 1. 41, D. de R. J. 50, 17).

No será lícito al actor aquello que no se permite al reo.

3. “Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat” (PAU. 1. 2, D. 22, 3).

La carga de la prueba incumbe a quien afirma, no a quien niega.

Notas:

1.ª Se intenta recoger y sintetizar con estas reglas una doctrina muy práctica: Que aquello que no es lícito al reo, tampoco lo es al actor. En sentido afirmativo esto otro también es importante: Lo que es lícito al actor, es lícito asimismo al reo. Con ello se mantiene el principio general de que en el juicio no es de mejor condición el actor que el reo.

2.ª Al contrario, es falso lo siguiente: “Es lícito al actor, lo que es lícito al reo”. En confirmación de ello véase lo dispuesto en el canon 1.669. Por otra parte, es consecuencia de la Regla 11 en el VI°, que antes hemos visto y que reconoce al reo mayor favor que al demandante, a no ser que éste defienda causas privilegiadas.

3.ª Teniendo el actor que venir a juicio preparado: “Actor venire debet instructor quam reus” (L. 2 C. III, 11), es razonable y equitativo que se favorezca más al reo en cuanto a dilaciones y pruebas, al modo que se hace con las excepciones: “Nullus pluribus uti defensionibus prohibetur” (R. J. 20, in VI°). Con ello concuerda el canon 1.669 citado anteriormente.

e) *Cuando hay algo inútil o vicioso.*

- “Utile per inutile non debet vitari” (R. J. 37, in VI°).

No se vicia lo útil por lo inútil.

Notas:

1.ª Muchas veces ha de aplicarse esta regla en los juicios. Procede en los medios instructorios cuando éstos contienen materias que admiten división, descripción y separación; con tal que no sean cosas contrarias, o materia inseparable, o el documento adolezca de vicio o error sustancial que lo torne inválido.

2.ª En los testimonios admite la jurisprudencia con buena razón que, careciendo de valor las respuestas a preguntas sugestivas, las declaraciones

no dejan por ello de ser provechosas en aquello que refiera el testigo independientemente de la sugestión⁹.

3.^a La regla falla, si hay falsedad notable en el testimonio del declarante o en el documento del notario público; porque "etsi partes tam testimonii quam instrumenti separabiles existant; tamen *fides* notarii et testis indivisibilis est, indeque si falsitas in una parte apparet, totius testimonii vel instrumenti labefactam fidem illudque suspectum reddit"¹⁰.

f) *En casos de impugnación.*

"Ex eo non debet quis fructum consequi, quod nisus extitit oppugnare" (R. J. 38, in VI^o).

Quien se esforzó impugnando una prueba, no debe sacar provecho de ella.

Notas:

1.^a Se trata de impugnación hecha en juicio. Puede ser contra la persona de un testigo, contra un testimonio, un documento o cualquier otro medio de prueba.

2.^a Es razonable que quien excepciona o impugna una prueba, sea constante, y no le sea lícito ni se le permita, por un lado, impugnarla y, por otro, querer aprovecharse de ella para defensa propia. "Quod quisque juris in alterum statuit, eodem et ipse uti debet" (L. 1. D. 2. 2).

g) *Sobre omisiones y silencio.*

1. "Qui tacet consentire videtur" (R. J. 43, in VI^o).

Quien calla, parece consentir.

2. "Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare" (PAU. 1. 142 de R. J., 50, 17).

Quien calla no confiesa, pero tampoco niega.

3. "Sibi damna debet imputare is qui in perniciem suam gesta taciturnitate firmavit" (L. 11 C. 7, 10).

A sí mismo debe imputarse el daño quien aprobó con su silencio actos que le perjudicaban.

Notas:

1.^a Se presume que asiente, si pudiendo la parte contradecir no lo hace. En el proceso tiene importancia la conducta de las partes con su actividad

⁹ SRRD., 6 mayo 1941, c. WYNEN, vol. 33, dec. 33, n. 18, pág. 381. JORDANUS BISHOP: *De interrogationibus conficiendis in processu canonico*, en "Ephemerides Juris Canonici", 1958, págs. 83-85.

¹⁰ REIFFENSTUEL: *De regulis juris*, R. 37, n. 13.

o inactividad: no sólo por lo que hacen, sino por lo que dejan de hacer; por lo que dicen y por lo que no dicen. Sus manifestaciones pueden ser de orden opuesto: positivas y negativas; actividades y omisiones. Sin duda, se concede valor, por ejemplo, a la negativa a responder en el examen (c. 1.743, § 2), o a prestar juramento supletorio o decisorio (cc. 1.831, § 2; 1.836, § 3), o a exhibir documentos (c. 1.824, § 2).

2.^a El problema de las omisiones es interesante procesalmente y está muy relacionado con la preclusión. Si el actor no prueba, se absuelve al reo (c. 1.748, § 2).

3.^a En otros campos del derecho, distintos del procesal, el silencio es considerado en relación con los modos de manifestar la voluntad; mas en el área de la instrucción de la causa lo que interesa es descubrir la verdad de los hechos, y por esto al silencio se le considera más bien como reconocimiento cognoscitivo de hechos pasados o permanentes¹¹.

4.^a *Consentir* en sentido propio, es permitir una cosa o condescender en que se haga; en materia de contratos y obligaciones consentir es otorgar, obligarse por acto de la voluntad (consensus). En cambio, reconocer los hechos expresa o tácitamente en juicio, es *asentir*, dar asenso, admitir como cierta una verdad histórica, lo cual pertenece a una operación del entendimiento (c. 1.750).

5.^a Pueden citarse como figuras procesales de silencio, verbigracia, la falta de oposición o contradicción, la contumacia o ausencia en el juicio (c. 1.842-1.851), la renuncia tácita (c. 1.788), la caducidad (cc. 1.736, 1.850), el abandono tácito (cc. 1.886, 1.732, 1.727, n. 5, 1.740, § 1)¹².

6.^a A las reglas sobre silencio podrían añadirse como ilustración y complemento los siguientes axiomas:

“Obscure respondere et nihil respondere, paria sunt”.

“Loquens obscure aequiparatur tacenti verum”.

C) EJEMPLOS DE AXIOMAS DOCTRINALES

a) *La verosimilitud, la verdad, la certeza.*

1. “Verisimilitudo est cognata naturae”.

La verosimilitud se asemeja mucho a la naturaleza.

2. “Arguens a verisimile dicitur arguere a ratione naturali”.

Quien argumenta a base de lo verosímil, puede decirse que funda su argumento en razón natural.

¹¹ C. FURNO: *La teoría de la prueba legal*, Madrid 1954, pág. 79 y sigs.

¹² Sobre caducidad, abandono, renuncia y confumacia hemos escrito en la “Revista de Derecho Privado”, año 1961, pág. 1.099; año 1962, págs. 175, 245.

3. "Argumentum a verisimile optimum est".

La razón de verosimilitud es óptima.

4. "Verisimile quod non est praesumitur falsum".

Lo que no es verosímil se presume falso.

5. "Remotum a verisimili imago est falsitatis".

Lo alejado de lo verosímil es retrato de lo falso.

6. "Efficacior probatio requiritur ab eo qui probare vult illud quod non est verisimile" (Alejandro III, c. *Quia verisimile*, 10 *De praesumptionibus*, II, 23).

Quien intenta probar lo que no es verosímil, necesita una prueba más eficaz.

Notas:

1.^a *La verosimilitud*.—Todos estos axiomas jurídicos se basan en una ley de experiencia. De lo normal y ordinario que vemos, deducimos lo que puede presumirse en otros casos que no vemos.

A veces la prueba demuestra que son reales hechos que parecen inverosímiles¹³. Es que lo inverosímil puede ser verdadero; mas no por esto puede negarse ni el valor de la experiencia ni el criterio recto de la inverosimilitud.

La conclusión lógica sólo es que debe procederse con cautela en todo este campo de lo inverosímil, para no admitir siempre, ni rechazar siempre, la fe del testigo que declara cosas raras e inverosímiles.

Estas máximas de experiencia no nos dan sino un criterio especial, un juicio de verosimilitud. La verdad no es la certeza ni el convencimiento; la verosimilitud no es ni el convencimiento, ni la certeza, ni la verdad.

Lo verosímil de suyo es únicamente lo que tiene apariencia de verdadero. Por esto es creíble, mientras no haya visos o caracteres de falsedad. Las presunciones se apoyan precisamente sobre la verosimilitud deducida de indicios ciertos. De aquí que cuanto más verosímil aparezca el hecho, más valiosa se dice la presunción¹⁴.

Enseña la doctrina que la presunción, por estar unida estrechamente con la verdad, recibe el nombre de verosimilitud¹⁵. Al contrario, lo inverosímil es lo que no dista sino en grados de lo imposible¹⁶.

En la jurisprudencia al testigo que afirma cosas inverosímiles, o fuera de aquello que sucede comúnmente, no se le da crédito, por considerar que

¹³ SRRD., 16 diciembre 1931, c. JULLIEN, vol. 23, dec. 59, n. 5, pág. 508.

¹⁴ A. A. ALCIATI: *Praesumptionum tractatus*, Lugduni 1542, III, 39-44.

¹⁵ J. MASCHARDUS: *Conclusiones omnium probationum*, vol. I, q. X, nn. 1-13.

¹⁶ CARNELITTI: *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1952, vol. II, págs. 140, 141, 161.

contra él hay presunción de que desconoce los hechos o de que declara contra la verdad¹⁷.

Quando se trata de estimación moral, la certeza que se admite, no es "similiter in omnibus quaerenda, sed in unaquaque causa secundum proprium modum". Aquello que dista poco de lo objetivo y real, nos parece, según esa estimación, que no dista nada, y por esto, a lo que solo es probabilísimo lo reputamos como casi cierto hasta el punto de valernos de estos juicios probabilísimos como si fueran verdaderos o moralmente ciertos¹⁸.

La Sagrada Rota Romana, cuando conoce causas de nulidad de matrimonio por el capítulo de impotencia o de amencia, tiene a la probabilidad suma como equivalente a la certeza moral, en oposición a la certeza infalible o absoluta¹⁹. "Simile non est idem; tamen valde simile reputatur idem".

En suma: La verosimilitud fundada en "id quod plerumque accidit", es decir, en la experiencia, de suyo no suministra un juicio de certeza, sino sólo de presunción, de probabilidad, pero robustecido con adminículos puede llegar a certeza moral.

2.^a *El problema de la verdad.*—En el proceso es un problema práctico que se intenta resolver por medio de las pruebas. Desde el punto de vista jurídico procesal la instrucción de la causa, el conocimiento de la verdad en la controversia, tienen función de medio respecto al fin propio del juicio, que no es otro sino el de resolver el asunto sometido a la jurisdicción del juez.

Este para hallar y declarar la voluntad de la ley en el caso, pone su empeño, con los medios que le concede el juicio en contradictorio, en descubrir la verdad histórica de los hechos reconstruyendo críticamente el pasado que se controvierte.

3.^a *La certeza.*—No es la verdad objetiva, sino un estado de ánimo subjetivo que ha de tener el juez para pronunciar la sentencia. Esto no quiere decir que la certeza sea tan puramente subjetiva que no necesite fundamento real. Al contrario, debe apoyarse en razones objetivas, como enseña Pío XII, el cual indica que no habrá *certeza moral* mientras en favor de la parte contraria militen razones positivas que engendren duda probable²⁰.

El mismo Papa un año antes dirigiéndose también a la Sagrada Rota Romana explicaba que la palabra *constar* en las sentencias judiciales equivale a manifestar que tiene el juez *certeza moral* sobre la verdad histórica de los

¹⁷ SRRD., 21 julio 1924, c. MASSIMI, vol. 16, dec. 33, n. 3, pág. 290; 13 marzo 1937, c. JULLIEN, vol. 29, dec. 18, n. 12, pág. 205; 3 febrero 1949, c. PASQUAZI, vol. 41, dec. 7, n. 4, pág. 38; 28 febrero 1949, c. FELICI, vol. 41, dec. 16, n. 5, pág. 83; 17 marzo 1949, c. CANESTRI, vol. 41, dec. 17, n. 4, pág. 90.

¹⁸ D'ANNIBALE: *Summ. Theol. Mor.*, I, n. 130.

¹⁹ SRRD., 20 marzo 1939, c. GRAZIOLI, vol. 31, dec. 20, pág. 170. Esta sentencia cita las de 7 enero 1918, n. 7, vol. 10, pág. 9, c. SEBASTIANELLI; 3 julio 1922, n. 12, vol. 14, pág. 225, c. ROSSETTI, y especialmente la de 16 agosto 1928, n. 28, vol. 10, pág. 124, c. CHIMENTI.

²⁰ Pío XII: *Alocución a la Rota*, 1 octubre 1942; AAS., 34 (1942) 338.

hechos y, por tanto, que no abriga duda prudente, fundada en razones positivas. No es necesaria la certeza absoluta, que excluya incluso la pura posibilidad de lo contrario²¹.

La certeza moral suficiente no se adquiere amontonando conjeturas o probabilidades, sino averiguando juiciosamente la verdad histórica con legítima instrucción de la causa y con una sana crítica, interna y externa de la actuado y probado.

4.ª *La convicción*.—Es algo subjetivo. Indica el grado psicológico de convencimiento sobre la verdad histórica hasta haber disipado oscuridad y dudas y adquirido certeza. Pero una persona puede estar convencida de algo con grado de certeza y, sin embargo, resultar que ese convencimiento no responde a la verdad objetiva. A la verdad se opone el error; a la certeza, la duda. El convencido a quien se descubre el error, modifica su convencimiento, sin que la verdad haya variado. La misión propia y *directa* de las pruebas ofrecidas al juez es convencerle hasta que adquiera certeza sobre los hechos históricos alegados, sea certeza moral en favor del actor, sea certeza o duda probablé en favor del demandado.

b) *La falsedad, la mentira*.

1. “Falsitas nihil aliud est quam veritatis imitatio” (*Nov. 73* al principio).

La falsedad es un remedo de la verdad.

2. “Testis in parte falsus vel mendax, in totum falsum reputatur”.

El testigo falso o mentiroso en parte, se reputa falso en todo.

3. “Semel mendax, semper praesumitur mendax”.

Quien miente una vez, se presume mentiroso siempre.

Notas:

1.ª No es rara la falsedad en el testimonio, sobre todo cuando en el examen judicial no se procede con seriedad y cautela, y dejan de observarse las garantías que impone con exquisita prudencia la ley canónica, particularmente en los interrogatorios, en la redacción de las respuestas, o cuando el testigo, abandonando su oficio, deja de narrar hechos y sus circunstancias.

2.ª Puede haber falsedad en los relatos: o por no decir la verdad, o por no decir toda la verdad omitiendo en la narración que se hace parte de lo sabido.

3.ª Falsear la verdad o mentir es propiamente manifestar lo contrario de lo que se sabe, se cree o se piensa. Según esto, la mentira de suyo no

²¹ Pfo XII: *Alocución a la Rota*, 3 octubre 1941: AAS., 33 (1941) 421.

está en la oposición entre los dichos y la realidad, sino más bien entre lo que se sabe o cree y lo que se manifiesta en juicio.

4.^a Sobre la presunción judicial que se formula en estos axiomas, atienda a lo dicho al hablar en las reglas jurídicas sobre malicia. Nada hay más contrario a la veracidad del testigo que el hecho de sus propias mentiras. Comprobado que miente, aunque sólo sea en parte, ¿qué crédito sin sospecha puede darle el juez?

5.^a Es de advertir que al juez, en la hora de valorar los testimonios, le interesa mucho *directamente* la realidad histórica u objetividad de los hechos, a la cual trata de llegar mediante la ciencia y la veracidad del testigo. Si éste es mentiroso, no es digno de crédito; si está equivocado y testifica con error, su testimonio no vale ni debe valer para resolver con justicia una controversia. Interesa, pues, al juez, con la crítica que corresponda, averiguar en el testimonio tanto el engaño del testigo, como su intento de engañar, y esto por doble motivo.

6.^a *La crítica externa.*—Corolario de lo dicho es la necesidad patente de un análisis serio, una síntesis cuidadosa y una crítica concienzuda de los testimonios. No es suficiente, ni mucho menos, una crítica puramente externa, que se contente con sumar el número mayor o menor de los testigos, con amontonar las afirmaciones que han hecho, con dar por buenos sin consideración alguna los certificados de religiosidad, moralidad y credibilidad; con aceptar declaraciones escritas ante notarios, ante testigos o ante nadie; con recibir informes que a instancia del interesado redactan las autoridades locales, más por compromiso que por ilustrar con sinceridad al juez; con dar crédito indiscriminado a las averiguaciones que hacen detectives privados por encargo de la parte, etc., etc. Y si se tratase de documentos, no bastaría tenerlos en los autos y alegarlos, sin atender a su verdadero valor, a su integridad y genuinidad. En los casos de actas judiciales traídas de otras jurisdicciones, por falta de autos en su conjunto, la exhibición puede ser engañosa y parcial, por ejemplo, la declaración de un testigo solo aislada del conjunto de todas las pruebas.

7.^a *Crítica interna.*—Es de todo punto necesaria en la valoración de los testimonios la llamada crítica interna, con la que se penetra dentro del contenido del testimonio, o del documento, sacando de sus afirmaciones y del modo de hacerlas la índole, pasión o parcialidad de los autores, lo que manifiestan y lo que silencian, la coherencia en los dichos, las contradicciones, sean de la misma persona consigo misma, sean de unas pruebas con otras. Y además, lo que haya de verosímil o inverosímil en todos, lo sustancial y lo accidental en la narración, el sonido de las palabras y lo que intencionalmente con ellas se quiso expresar, el léxico propio o impropio del declarante, etcétera²².

²² SRRD., 13 marzo 1943, c. CANESTRI, vol. 25, dec. 21, n. 2, pág. 196.

Respecto a esta crítica pueden ser útiles los siguientes axiomas, concordes con los ya transcritos al tratar del criterio de concordancia complementaria:

“Dicta testium sunt iuvanda, ut convenient, non autem cavillanda”.

“Verba sunt intelligenda non secundum quid sonant, sed secundum mentem et intentionem proferentis”.

“Verba debent intelligi secundum communem usum loquendi”.

“Verbis subtiliter non est dialecticandum”.

“Verba praecedentia declarant sequentia et e converso”.

“Medium praesumitur, probatis extremis”.

“Media declarantur ex praecedentibus et sequentibus”.

“Subtilitas nimia veritatem laedit”.

“In rebus claris subtilizatio est errorem quaerere, et ideo illa non est curanda in foro ecclesiae”.

8.^a *Crítica histórica*.—Es claro que el criterio de falsedad en la crítica histórica exige: 1.º *Averiguar* en lo posible las causas de los acontecimientos o de los hechos; la razón de la ciencia de quien atestigua, y el interés que puede influir en la veracidad. 2.º *Separar* el fondo sustancial de los hechos, de otras circunstancias o cosas más o menos accidentales que no destruyen lo fundamental del testimonio. 3.º *Distinguir* entre lo cierto en absoluto que corresponde a la verdad objetiva, lo probabilísimo por su verosimilitud, y lo que debe conjeturarse falso por tales o cuales indicios ciertos.

Todas estas operaciones no se hacen sin tomarse el trabajo no leve de *rimari acta*, que puede traducirse en tener que examinar a fondo los autos, prestando atención a todos los detalles de cronología y topografía, a todas las circunstancias referentes a los hechos controvertidos ²³.

9.^a *Criterios externos e internos*.—De todo cuanto tenemos dicho a través de nuestro estudio hemos de colegir a modo de conclusión, hablando de falsedad, que los jueces en su misión de valorar las pruebas, para resolver con justicia las cuestiones en litigio, han de valerse de crítica sana que los lleve con seguridad humana a descubrir lo verdadero y lo falso en las pruebas. Para la crítica de los testimonios cuenta el juez con criterios externos e internos.

En conformidad con los *criterios externos*, el juez habrá de tener en cuenta la probidad del testigo, su falta de moralidad o de práctica religiosa, su mendacidad aun cuando sólo haya mentido una vez en juicio, su afección o interés por una u otra parte, su ciencia de los hechos en tiempo sospechoso.

Por criterios más bien *internos*, relativos a lo subjetivo del testigo o a lo objetivo del testimonio, el juez considerará: 1.º Si el testigo vacila, duda o es incoherente; si es persona ligera, de poco juicio o discreción; si en vez de narrar opina o juzga; si declara con ansiedad, con desasosiego, con cau-

²³ STO. TOMÁS: *Summa*, I, q. 84, a. 8, c.

tela. 2.º Si el testimonio adolece de contradicciones, incoherencias, discrepancias, rectificaciones, afirmaciones a destiempo, exageraciones, reiteraciones inoportunas, asertos sumamente generales rehuyendo concretar personas, lugar y tiempo, términos técnicos ajenos a la cultura del declarante, relación de hechos o circunstancias inverosímiles, etc.

Particularmente es muy buen camino para descubrir la falsedad comparar unos testimonios con otros y relacionar todos los datos que suministren los medios instructorios y todos los autos. Si el testigo hubiere declarado en juicio varias veces, es obligado el confrontar lo dicho en una ocasión y en otra, o lo declarado en juicio y lo manifestado fuera de él. También se hará examen comparativo entre los dichos de un testigo y las noticias de los otros, para poder saber si contamos con testimonios contestes, demasiado concordes o diversos, sea diversidad obstativa, sea adminiculativa, según lo anteriormente explicado²⁴.

Según máximas de experiencia y aforismos jurídicos: "Probatio dubia et incerta non relevat probantem". "Nescire et dubitare paria sunt". "Testibus perjuris nulla fides".

c) *Plusvalía en casos de conflictos*.—Al igual que se aplica en otras especies de pruebas el criterio de la plusvalía, así también se hace en los testimonios. Referentes a esto son las siguientes máximas o axiomas:

1. "Probatio specialis praevalet generali".

Prevalece la prueba especial a la general.

2. "Testibus duobus in specie magis creditur, quam mille in genere deponentibus".

Más crédito se da a dos testigos sobre hechos concretos, que a mil genéricos.

3. "Plus valent duo testes metum affirmantes, quam mille negantes, modo illi rationes sui testimonii reddant, et in favorem negantium non sint conjecturae".

Más valen dos testigos que afirman el miedo, que mil que lo nieguen, si aquéllos expresan la razón de su ciencia y si éstos carecen de adminículos.

4. "Ratio major elidit minorem, vel major facit cessare minorem ubi concurrunt".

Donde concurren varias razones, la mayor elide a la menor o anula su fuerza.

²⁴ AEMILIUS COLAGIOVANNI: *De collusionis crimine secundum S. R. R. jurisprudentiam*, en "Monitor Ecclesiasticus", 1960, págs. 666-668.

5. “Testes actoris et rei quando contraria deponunt, fidem sibi non deponent; sed praevalent digniores et verisimilia deponentes”.

Cuando los testigos del actor y del demandado deponen cosas contrarias, mutuamente no destruyen su crédito; sino prevalecen los más dignos y quienes deponen con verosimilitud.

6. “Testibus ad favorem rei deponentibus magis creditur quam deponentibus ad favorem actoris; ideo *data paritate* testium hinc inde contradicentium, reus tunc absolvendus est... nisi actor causam favorabilem ducatur, puta matrimonii”.

Más se cree a los testigos favorables al reo que a quienes deponen favoreciendo al actor; por tanto, supuesta la paridad entre los testigos puestos por una parte y por la otra, contradiciéndose mutuamente, se absuelve al reo, a no ser que el actor defienda una causa favorable, por ejemplo, el matrimonio.

7. “Testes aequae pollentes qualitativis, inaequales numero, praefertur qui numero plures sunt”.

Si los testigos son equivalentes por sus cualidades, pero desiguales en número, se prefiere a los más numerosos.

8. “Peritioribus maior fides adhibetur”.

Se concede más fe a los más expertos.

9. “Testes contradicentes confessioni partis nihil probant; sed statur dicto partis quando tendit in ejus praejudicium”.

No prueban los testigos que contradicen lo confesado por la parte; antes más bien se cree a ésta cuando su dicho le perjudica.

Notas:

1.ª *La razón* de estas máximas, muy repetidas por la doctrina antecodicial, y su virtud orientadora para juzgar sobre plusvalía de testimonios, son obvias, si se las interpreta como criterios de los que se valió el Código para redactar sus cánones 1.789, 1.790, 1.791.

2.ª *Concordancia en las discrepancias aparentes.*—Por lo que la experiencia nos enseña, es preciso insistir en que los esfuerzos del juez no deben consagrarse tanto a buscar contradicciones derrochando ingenio y sutileza, cuanto a concordar en lo posible lo que a primera vista parece discordante.

Permítanos añadir a otros análogos, ya transcritos, los siguientes, que son oportunos: “Testes quantum fieri potest, concordari debent”. “Depositiio unius testis, alterius depositione declaretur”. “Testis generaliter loquens suppletur per alium in specie deponentem”.

Las discrepancias solo son aparentes muchas veces, porque los testigos no se refieren al mismo acto o hecho, sino a distintos con diversas circunstancias de personas, tiempo y lugar.

3.^a *Contrapeso en casos de contradicción.*—Cuando realmente los testimonios sean contradictorios, debe seguirse una regla general de sentido común: “Mayor probatio praeferenda est minori”, y este principio conocidísimo: “Actore non probante reus absolvitur”. Habiendo prueba plena no debilitada por otras imperfectas, aquélla produce certeza.

Caso de ser los testimonios tan contrarios y de estar en valor tan equilibrados que por sí mismos no pesen más unos que otros, a ninguno se le presta crédito, a no ser que con la ayuda de otros adminículos o pruebas, unos adquieran plusvalía sobre los otros y logren producir certeza moral. Y si no hubiera prueba suficiente, se favorecería al reo, o a quien defendiese una causa privilegiada, verbigracia, el valor del matrimonio.

4.^a *Plusvalía de los testigos específicos.*—La razón de preferir éstos a los genéricos, es sencillamente, porque los llamados específicos atestiguan debidamente narrando hechos concretos con sus circunstancias determinadas en lugar, tiempo y personas, y los otros se contentan con afirmaciones genéricas que, si fueron interrogados debidamente, indican de ordinario falta de ciencia propia. Por otra parte, también aquí puede aplicarse la Regla 34 del VI: “Generi per speciem derogatur”.

5.^a *Apreciación de la prueba en conjunto.*—Particularmente en las causas matrimoniales, y más en aquellas que tienen prueba difícil, el peso de la prueba debe hacerse en conjunto; porque “Plura quae disjunctim nihil faciunt, juncta probant”. Por esto, verbigracia, en las causas de nulidad de consentimiento por miedo, a la prueba directa más o menos eficaz ayuda mucho la indirecta sobre la aversión al matrimonio celebrado, lo cual hace presumir el miedo²⁵, teniendo en cuenta la importancia de los indicios y de las circunstancias del caso²⁶. Tanta eficacia se concede a las circunstancias ciertas que no es lícito al juez sentenciar sin haberlas examinado y pesado junto con los hechos alegados²⁷.

Por esta consideración precisamente, puede fallar el axioma: “Duo testes affirmantes plus valent quam mille negantes”, si es que a favor de los testigos negativos militan presunciones y conjeturas, y éstos, por dar la razón de la no existencia del miedo, no son puramente negativos²⁸. El axioma sólo vale, cuando quienes afirman dan testimonio de lo que positivamente saben, y los negativos se limitan a manifestar que ignoran lo que no han visto²⁹.

6.^a *La razón de valer más la confesión de la parte que las declaraciones de los testigos,* cuando aquella confiesa lo que realmente perjudica a su pre-

²⁵ SRRD., 16 mayo 1912, c. LEGA, vol. 4, dec. 65, n. 2, pág. 267; 16 octubre 1937, c. HEARD, vol. 29, dec. 65, n. 2, pág. 650.

²⁶ SRRD., 31 mayo 1922, c. MASSIMI, vol. 14, dec. 19, n. 6, pág. 80; 1 abril 1931, c. QUATTROCOLO, vol. 23, dec. 15, n. 11, pág. 122; 17 diciembre 1934, c. MASSIMI, vol. 26, dec. 93, n. 6, pág. 784.

²⁷ SRRD., 8 abril 1915, c. SEBASTIANELLI, vol. 7, dec. 14, n. 4, pág. 146; 14 mayo 1934, c. MANNUCCI, vol. 26, dec. 30, n. 2, pág. 278.

²⁸ SRRD., 22 noviembre 1913, c. PRIOR, vol. 5, dec. 50, n. 16, pág. 619.

²⁹ SRRD., 5 mayo 1913, c. LEGA, vol. 5, dec. 26, n. 10, págs. 293-309.

tensión, es porque “Facile est mentiri pro se, difficillimum mentiri contra se”. Además, porque es de presumir que nadie en las causas matrimoniales conoce mejor que los esposos, por ejemplo, el problema del consentimiento matrimonial o el de la imposibilidad de cumplir la obligación de cohabitar³⁰. Si, pues, las partes deponen a favor del consentimiento en aquello que les es personalísimo, parece muy justo y razonable concederles en esto más fe a ellos que a los testigos que declaran contra el consentimiento³¹.

D) CONCLUSIÓN: DECIDE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

Después de las consideraciones sobre las reglas de experiencia, que tanto pueden ayudar a los jueces en la valoración prudente de los testimonios y en la resolución de conflictos de pruebas contrarias; nos parece a modo de conclusión recurrir como a criterio definitivo a la discrecionalidad del juez y a su juicioso convencimiento, según doctrina prudentísima ya enseñada con claridad en el Derecho romano.

En el *Digesto*, libro 22, *De testibus* 5, ley 3.ª, se lee que Adriano respondió acerca del crédito que debe darse a los testigos. Dice así:

“1. Tu magis scire potes quanta fides habenda sit testibus, qui et cujus dignitatis et cujus existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque mediatum sermonem attulerint, an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint”.

Y el mismo Emperador en otro rescripto dice sobre eficacia:

“2. Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest, sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuique rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei de qua quaeritur fidem”.

Y concluye acerca de la estimación global:

“Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris”.

³⁰ SRRD., 11 agosto 1928, c. MORANO, vol. 20, dec. 46, n. 13, pág. 409.

³¹ SRRD., 16 junio 1943, c. QUATTROCOLO, vol. 33, dec. 45, n. 15, pág. 442.

VIII.—VALORACION DE LAS DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES O DE LOS SEUDO TESTIMONIOS

A) AUNQUE DOCUMENTOS EN APARIENCIA, SON EN REALIDAD DECLARACIONES FUERA DE JUICIO.

a) *Interesa directamente la manifestación, indirectamente el documento o el testigo que revela su hecho.*—Sin duda, la nota característica de todas estas seudo declaraciones es la de no ser judiciales por no haberse verificado en forma procesal, aunque luego se lleven al juicio para demostrar la verdad de los hechos controvertidos.

A pesar de esta falta de solemnidad, no hemos querido hacer su crítica, al tratar de los elementos formales de valoración del testimonio, precisamente por la enorme diferencia que separa las declaraciones y confesiones verdaderamente judiciales, de estas otras manifestaciones hechas fuera del juicio. Por esto no son testimonios auténticos, sino más bien seudo testimonios, seudo confesiones, seudo declaraciones.

Por otra parte, si bien aparecen a primera vista como documentos, y en calidad de tales se exhiben al tribunal, no obstante, más bien son puras declaraciones o confesiones extrajudiciales que interesan a la parte y que ella misma se las ha proporcionado para presentarlas al tribunal en escrituras.

Sin embargo, la escritura de suyo no es sino el medio de conservar y revelar el hecho de la manifestación, al igual que podía serlo el testimonio de testigos *de oídas* que adwersasen lo que oyeron a la parte o a otras personas sobre tal o cual hecho.

No debe, pues, confundirse el *hecho de la manifestación* con los medios instructorios que demuestren ese hecho: sean documentos, sean testigos. Estos atestiguan lo que oyeron, pero no hacen fe de que sea verdad o no lo oído.

b) *¿Qué motivos hay para preconstituir las declaraciones?*—Para el juzgador que ha de valorar esta clase de pruebas, que se ofrecen como documentos, es importantísimo que averigüe y conozca en cada caso el motivo que impulsó al litigante a recurrir a estos modos que no son procesales.

En general y por vía de ejemplo podemos indicar algunas de esas posibles razones:

1.ª Porque de no recurrir a este medio y tener que esperar al examen judicial, el interesado se privaría de una confesión oportuna o de un testimonio muy desceado, si se prevé una ausencia lejana o la muerte del testigo.

2.^a Porque juzga la parte que sólo así obtendrá la declaración del testigo, cuya dificultad o repugnancia a presentarse al tribunal eclesiástico parece insuperable.

3.^a Por temores del mismo litigante, a quien interesa que el declarante no diga en juicio otra cosa distinta de la que dirá fuera del juicio estando en su misma presencia, con sugerencia o sin ella, o escribiendo previamente la declaración, o suscribiendo la que le presenten, o haciendo sus manifestaciones (a veces leyéndolas) ante notario, sacerdote o dos testigos. Se idea este medio, porque se sabe cuánto cuesta contradecirse, o aparecer como perjurio en juicio o fuera de él.

4.^a Porque la parte o sus consejeros consideran su prueba, la ya practicada y la que pede practicarse, como deficitaria, y la pretenden completar con actas testificales del todo favorables, preconstituidas con habilidad.

5.^a Por sospecha de que determinadas personas, afectas a la parte contraria, puedan perjudicarle con su testimonio en juicio, si declaran después de haber visto los interrogatorios de los abogados y antes de haber ellos mismos expuesto los hechos tal cual se les pedía o se les ha sugerido, bien ante notario, bien ante otros testigos.

6.^a Por un temor fundado de que las molestias inherentes a la comparecencia ante el tribunal influyan en respuestas evasivas y completamente genéricas del testigo malhumorado, o también por el peligro de que las presiones del adversario priven a la declaración judicial de relatos concretos sobre hechos controvertidos y sobre sus circunstancias.

7.^a Porque el interesado ha previsto que una declaración hecha por sí mismo ante notario antes del matrimonio le puede servir en juicio para el caso de no resultar feliz la vida matrimonial, o para que conste su falta de libertad, su voluntad positiva de excluir alguno de los elementos esenciales del matrimonio.

c) *Naturaleza jurídica de los seudo testimonios.*—Antes de intentar valorarlos, es preciso que aclaremos su naturaleza jurídica: la de las manifestaciones extrajudiciales que se consignan por escrito y se exhiben como documentos. Propiamente no son auténticos medios probatorios; sino más bien hechos históricos que ellos mismos necesitan de medios instructorios que los revelen y los demuestren al juez en juicio.

Es verdad que tienen un *elemento preconstituido*, la escritura; pero tienen necesidad indispensable, para hacer prueba, de otro *elemento eficaz* que legítimamente pruebe la existencia del acto y la genuinidad del contenido. Son, en una palabra, *probationes probandae*.

Partiendo de esta diferencia enorme entre los dos elementos indicados, debemos advertir que ahora no tratamos de pesar la eficacia de los medios de prueba que daban cierto el hecho de la manifestación y la verdad genuina

de lo manifestado; sino más bien de estimar el valor que deba concederse a la manifestación misma provocada y preconstituida para ofrecerla como prueba de otro hecho distinto, el controvertido en juicio.

Indiscutiblemente, no son manifestaciones *espontáneas*, en las que suele haber naturalidad y sinceridad no turbada con el consejo o sugerencia de algún asesor; sino al contrario, son manifestaciones buscadas y realizadas para que sirvan de prueba en un juicio determinado que interesa a quien provoca la declaración del testigo o la confesión de la parte, sea ella misma, sea la adversa.

Ya por este interés en provocar y realizar fuera del juicio las manifestaciones dichas, surge la sospecha de que en la declaración o confesión extrajudicial pueda no decirse toda y sola la verdad, sino más bien hacer un relato ceñido a lo que más convenga al interesado que pide la manifestación.

A nadie puede ocultársele la diferencia enorme que existe entre estas manifestaciones provocadas en tiempo sospechoso y las manifestaciones espontáneas sin ninguna clase de interés judicial. Compárense, por ejemplo dos cartas: Una, escrita antes del matrimonio sin pensar ni remotamente en una posible nulidad de vínculo, y otra, redactada en tiempo sospechoso con la intención de preparar una prueba para el juicio que va a resolver la nulidad acusada o que se quiere acusar.

Y aumentará todavía más la sospecha contra estos seudo testimonios si se atiende a la independencia del declarante: No es lo mismo referir un hecho espontáneamente sin estar rogado por nadie ni puesto al servicio de una de las partes, que referir hechos, sin garantías judiciales, a instancia de una parte, la cual se encarga de evocar los recuerdos, de preparar al testigo, procurando además que declare en su presencia o en la de sus abogados. En estos casos casi no es posible evitar el peligro de la sugestión, ya que no deja de haberla por medio de charlas anteriores, de explicaciones arteras, de preguntas que inclinan a respuestas concretas que complazcan al interesado.

Junto con estos peligros de fraude, de soborno, de sugestión, estas declaraciones extrajudiciales previas llevan consigo el efecto de las declaraciones iteradas, si el mismo testigo vuelve a declarar en juicio. Y esto por el influjo psicológico del poder que tienen las palabras pronunciadas en los primeros relatos: Los recuerdos después de expresarlos la primera vez, o una y otra vez vienen a tomar una forma verbal con la que se presenta la percepción reiteradamente.

En las declaraciones preconstituidas es facilísimo alterar la verdad, sobre todo si la deposición se verifica sin juramento, o si quien depone no estima en nada este acto religioso, bien por la forma inadecuada de hacerlo, bien por su falta personal de religiosidad y de moralidad.

Quien ha hecho así una primera manifestación, cuando llega a declarar en juicio siempre se siente como obligado a confirmar sus dichos por no contradecirse, por no parecer mentiroso o perjuró. Es, pues, una exigencia psicológica la que inclina a obstinarse en lo declarado. A veces es tanto el

poder de la sugestión que lo dicho de cualquier modo la primera vez se llega a tener por el declarante mismo como la más pura verdad¹.

d) *Su ineficacia por falta de garantías judiciales.*—Concordes lo mismo la doctrina que la jurisprudencia, civiles y eclesiásticas, no conceden, al menos de ordinario, sino poquísimos valor a estas declaraciones extrajudiciales, faltas en absoluto de las garantías del proceso. Precisamente por esto, se las tiene por sospechosas y por corruptela grave del orden judicial.

Alguien no conforme del todo con la razón dicha de la "falta de garantías", ni con una censura acerba sin excepciones, objeta: ¿Es que se observan en la praxis judicial las garantías y solemnidades legales? ¿Pregunta el juez a los testigos? ¿Hay interrogatorio apto? ¿No se hacen preguntas sugestivas? ¿Dónde, pues andan esas garantías judiciales invocadas?²

Este reproche justo que se hace directamente a los tribunales civiles, acaso también pudiera dirigirse a determinados tribunales nuestros influenciados demasiado por corruptelas del foro secular. Ciertamente, deben corregirse estos vicios.

Pero, para entendernos, hemos de distinguir dos cosas: Una, la desidia de los tribunales que conculcan las normas procesales y privan de su valor correspondiente a las declaraciones de las partes y de los testigos; otra, que no por esto hay motivo razonable para conceder a los seudo testimonios una eficacia que de suyo ellos no pueden tener. ¡Es claro, la fuerza que pierden las declaraciones judiciales, por esa pérdida no la reciben las extrajudiciales!

Para mayor precisión en esta materia complicada de seudo testimonios, y para seguir mejor las orientaciones valorativas provenientes principalmente de la jurisprudencia, nos parece que convendrá examinar por separado los grupos principales de estas declaraciones extrajudiciales.

Repetimos, todas se presentan a los tribunales como documentos; pero su contenido principal no es otro que una confesión de la parte o unas manifestaciones que hacen terceras personas a petición de una de las partes, quien interviene o personalmente por sí misma, o por medio de sus procuradores o abogados.

Unas veces son escritos redactados por el mismo declarante; otras, éste se contenta con firmar los escritos, y otras, el confesante o el testigo, para dar al acto más solemnidad, hace su relato o lee en alta voz lo ya escrito ante notario, ante un prelado, ante un sacerdote o párroco, o simplemente ante dos testigos.

¹ F. GORPHE: *l. c.*, pág. 325; E. ALTAVILLA: *La Psicología Giudiziaria*, Turín 1925, pág. 352. Conforme con la doctrina de estos autores dice una sentencia de la Sagrada Rota Romana: "Omnis homo, sive doctus sive ineruditus, qui iterum ac saepius de aliquo facto concreto testimonium dicere debet atque ideo memoriam suam refricare satagit, semper in periculo est ne opera sua psychica in errorem inducatur ideoque bona fide falsum testimonium afferat". SRRD., 17 abril 1957, c. WYNEN, vol. 49, pág. 356, n. 4).

² L. MUÑOZ SABATÉ: *l. c.*, pág. 318.

B) LAS DECLARACIONES ANTE NOTARIO CIVIL

a) *El modo corriente de hacerlas.*—Sucede, y no sin frecuencia, que antes de comenzar el pleito, o al iniciarlo, o durante su tramitación en la primera o en ulteriores instancias, el litigante asesorado mal por sus consejeros preconstituye una seudo especie de prueba testifical, haciendo que se recojan en actas notariales las declaraciones que prestan una de las partes y terceras personas.

Para ello solicitan del notario que se traslade al domicilio de los testigos, o piden a éstos que se presenten en la notaría. Las actas levantadas con lo que relatan al notario los declarantes, respondan o no a un interrogatorio, cuenten lo que presenciaron o lo que les han dicho, hablen por lo que saben o por lo que leen en un escrito; el notario las entrega a la parte interesada, y ésta las presenta al tribunal como prueba documental.

Dado este procedimiento, ya ve cualquiera que lo mismo el modo de preconstituir estas declaraciones que la forma de proponerlas, es una corruptela grave contraria a las normas procesales canónicas referentes al testimonio; es la manera de pasar por alto todas las garantías o cautelas legales, impuestas con sabia experiencia para evitr fraudes y asegurar el prestigio de los testimonios (cc. 1.754-1.786).

b) *Son declaraciones extrajudiciales.*—Esto es manifiesto, ya que ni examina el juez, ni hay intervención alguna del tribunal en la práctica del examen, sea del promotor de la justicia, sea del defensor del vínculo (c. 1.587).

Para levantar el acta, el notario no examina al declarante, no juzga sobre la pertinencia del interrogatorio, si lo hubiere, al modo como corresponde hacerlo al juez; únicamente da fe acerca de la persona que comparece y declara ante él, de los dichos que profiere, del lugar, del día, de las firmas.

Pero no certifica sobre la credibilidad del declarante ni sobre la verdad de lo declarado. A esto añádase lo sospechoso de tales declaraciones que preconstituyen las partes o sus consejeros por motivos no siempre confesables y en las que activamente intervienen en dos sentidos para prevenir el testimonio a su favor.

Conforme al primero, preparan al declarante, para que con ciencia de los hechos o sin ella relaten, o al menos afirmen lo que la parte quiere, desviándose o no de la verdad. Para ello suelen mostrarle, o un interrogatorio sugestivo, o un relato escrito redactado por el interesado o por su abogado, con el cual sólo necesita leer en alta voz ante el notario la escritura que tiene a la vista. Para mayor parcialidad y seguridad suele asistir al acto la parte, su abogado o ambos.

El otro sentido o medio de asegurar favorablemente la declaración ésta y cuantas posteriormente preste el testigo, es dejarle obligado a ser consecuente consigo mismo, a evitar contradicciones, a no aparecer como perjuro manifiesto, si otro día por servir a la verdad quisiera decir en el juicio eclesiástico algo distinto y contrario a lo antes declarado bajo juramento.

c) *Su nota típica es su doble aspecto.*—Es necesario tenerlo muy en cuenta. En las actas testificales levantadas por un notario fuera del juicio hay dos contenidos y dos fes, por decirlo así: El objeto y la fe referentes a lo que presencia el notario y acredita notarialmente, y el objeto y la fe pertenecientes al testigo. Porque una cosa es la fe plena que merece el notario adverbando lo dicho por el declarante en determinado lugar y tiempo tal cual se consigna en el acta, y otra muy distinta el acreditar si el testigo para hacer su declaración tiene ciencia y veracidad, si estuvo o no preparado, si de hecho dijo o no la verdad. Todo esto no corresponde al crédito del notario, sino al del testigo.

El no distinguir estos dos valores, o el pretender mezclarlos para supervalorar con la fe del notario la eficacia probatoria de la declaración, es lo que contribuye a razonamientos equivocados y a valoraciones gratuitas carentes de fundamento.

Una sentencia de la Rota Romana se hace ex profeso esta pregunta: "Quaenam vis inest documentis vulgo nuncupatis *affidavit*, seu privatorum declarationibus coram civili notario factis sub jusjurandi fide? Certissime aequiparari nequeunt depositionibus judicialibus de quibus in can. 1.754 et seq. eo vel magis quia in his conficiendis abfuere tum vinculi defensor vel promotor justitiae, tum iudex pro tribunali sedens..."

Quatenus extrajudiciales declarationes sub forma "*affidavit*" factae minime reddantur judiciales, non modo recenseri non possunt inter documenta certa et authentica de quibus in can. 1.990 C. J. C., sed nec ceteris probationibus assimilari valent, et vim fortasse obtinent mere adminiculativam, dummodo de genuinitate dubitari nefas sit"³.

d) *Su valoración, según la jurisprudencia civil.* 1.º *El Tribunal Supremo en España.*—Distingue muy bien entre la verdad del documento público y la verdad de los documentos privados o de las declaraciones recogidas en actas notariales. Estas actas en tanto son auténticas en cuanto certifican lo que pasa ante el notario autorizante; pero no en cuanto a la verdad que entrañen los documentos privados o las manifestaciones personales de los particulares que intervienen: Estos documentos privados o estas manifestaciones personales no tienen otro valor que aquel que corresponda a su propia naturaleza⁴.

Las actas testificales o actas notariales que se limitan a recoger las manifestaciones de testigos, dejan de tener el carácter de prueba documental que pueda alegarse y demostrar un manifiesto error cometido en la sentencia objeto del recurso, ya que no pueden tener otro valor que aquel que el juzgador, en uso de sus facultades, le conceda en consideración a las demás pruebas. Esta clase de manifestaciones recibidas en actas notariales carecen

³ SRRD., 28 marzo 1957, c. BRENNAN, vol. 49, pág. 257, n. 6.

⁴ Tribunal Supremo, Sent. 21 febrero 1913; 26 enero 1922; 17 enero 1924; 6 julio 1926; 8 enero 1942; 20 febrero 1959.

de valor de prueba documental, y sólo tienen el carácter de meras declaraciones extrajudiciales⁵.

2.º *Los Tribunales civiles fuera de España.*—No disienten de la doctrina jurisprudencial española. No les atribuyen sino un valor ínfimo. “Apud civilia tribunalia documentum praefatum (“affidavit”) habetur omnium probationum infima (Moore, *A Treatise on facts*, II, p. 1094)”⁶.

e) *Criterio valorativo, según la jurisprudencia eclesiástica.*—En lo sustancial concuerda con la civil; pero parece que pesa con mayor detenimiento determinadas circunstancias o detalles:

1.º *Cuando se declara sin juramento.*—En la sentencia rotal de 15 de noviembre de 1916, de Santiago de Chile, sobre la cuestión *juris funerandi*, se dice:

“Exhibitum documentum nihil omnino probat, quia notarius fidem facit de subscriptione duorum testium, non de veracitate eorum quae asserunt, et quia quinam hi sint ignoratur, et eorum testimonium juramento non est confirmatum”⁷.

En otra sentencia se consideran sospechosas las declaraciones escritas e incluso las hechas ante notario, porque no consta ni el haberlas hecho bajo juramento de decir verdad, ni el estar hechas por personas fidedignas: “Ida conventa... testibus usa est qui vel scriptam dededunt declarationem vel apud notarium testimonium fecerunt, et de eorum juramento non constat neque eorum credibilitatis fides in actis extat”⁸.

2.º *Cuando la declaración es jurada.*—A pesar de prestarse bajo la santidad del juramento, como es extrajudicial, no hace prueba perfecta, pero puede valer como adminículo, si consta la veracidad del declarante y hay coherencia en sus dichos y concordancia con las demás pruebas:

“In prima instantia quaedam mulier... cum absque gravi incommodo accedere ad sedem tribunalis, ut asseritur, nequiret, ne causa moras pateretur, ad iudicem ecclesiasticum misit quamdam coram civili notario *juratam* declarationem... Ejusmodi autem declarationes, quas *affidavit dicunt*, in foro canonico possunt, veracitate declarantis probata, vim quamdam adminiculativam habere... Verumtamen, uti prudenter animadverterunt Iudices Neo-Evoraenses appellati, “experientia docet personas, quae talibus documentis subscripserunt, postea vocatas coram Tribunali ad deponendum sub juramento, noluisse ea confirmare vel non parum ea modificavisse”⁹.

“Cautissime procedendum est, cum saepe Judici ecclesiastico exhibeantur *affidavit mendacia*... Per se sufficientia numquam sunt ad suppeditandam

⁵ Tribunal Supremo, Sent. 21 febrero 1913; 4 noviembre 1959; 6 junio y 6 noviembre 1961; 30 octubre 1963.

⁶ Citado en una sentencia de la Rota Romana, 28 marzo 1957, c. BRENNAN, en SRRD., vol. 49, pág. 257, n. 6.

⁷ SRRD., 15 noviembre 1916, c. CATTANI-AMADORI, vol. 8, dec. 30, n. 2, pág. 334.

⁸ SRRD., 9 febrero 1920, c. CATTANI, vol. 12, dec. 5, n. 6, pág. 42.

⁹ SRRD., 16 enero 1943, c. JULLIEN, vol. 35, dec. 5, n. 5, pág. 34.

moralem certitudinem... Vim fortasse obtinent mere adminiculativam, dummodo de genuinitate dubitari nefas sit"¹⁰.

3.º *Cuando concurren circunstancias especiales.*—El valor adminiculativo de estas declaraciones juradas puede ser mayor o menor, según las circunstancias que concurren en cada caso. Como ejemplos podrían citarse: El no haber existido peligro de fraude o soborno, la estima o desestima que tenga el declarante de su juramento, el haber rehusado comparecer ante el tribunal eclesiástico, el haber confirmado el declarante sus dichos en juicio, el ser coherente la declaración extrajudicial con toda la prueba de los autos, el haber declarado durante una grave enfermedad o en peligro de muerte ante personas que confirman en juicio esas determinadas circunstancias, etc.¹¹.

"Porro, cum actricis mater, quae de incusso metu accusatur, defuncta iam sit, nullum testimonium vivae vocis, seu ex parte inferentis metum, suppeditatur in processu ad judicialiter confirmanda actricis asserta. Curavit verumtamen Helena ut authenticum documentum haberetur per publicum instrumentum de exercita coactione, quatenus scilicet viventem adhuc matrem ea rogavit, ut coram aliquo publico notario... attestationem faceret de indito metu...

Ambigi equidem nequit hujusmodi documentum, extrajudiciale cum sit, per se vi nulla pollere ad coactionem probandam in casu. Nihilominus cum duo testes habeantur in casu, actricis consanguinei et fide digni testantes (que la madre coaccionó a la hija) ... dicendum est praefatum actricis documentum rei veritati plene cohaerere, depositionemque actricis ab inferente metum confirmatam in themate haberi"¹².

4.º *Cuando el acta notarial es documento público.*—Aun en este caso debe distinguirse bien la fe que haya de concederse a la persona pública del notario en cuanto advera por razón de su cargo lo que presencia, y la fe que merezca la persona que declara. Dice la Sagrada Rota Romana:

"Prout enim a notario publico rite confectae fuerunt secundum Statuum Americae Septentrionalis leges, documenta publica constituunt, ideoque ex can. 1.816 "fidem faciunt de iis quae directe et principaliter in eisdem affirmantur"¹³.

"Quidam censent has declarationes habendas esse tamquam publica documenta civilia, attento quod recipiuntur a publico civili officiali (DOHENY: *Procedure in Summary Cases*, in "The jurist", 1944, pág. 11 ss.). Quod potissimum valeret pro Civitatibus ubi vis publici documenti iisdem agnoscitur (Cfr. Sent. diei 5 junii 1926, coram FLORCZAK, SRRD., vol. 28, pág. 195). Id tamen intelligendum est juxta fines can. 1.816, Cod. J. C., nempe fidem

¹⁰ SRRD., 28 marzo 1957, c. BRENNAN, vol. 49, pág. 257, n. 6.

¹¹ SRRD., 5 junio 1926, c. FLORCZAK, vol. 18, dec. 24, n. 7, pág. 195; 15 marzo 1944, c. PECORARI, vol. 36, dec. 17, n. 7, pág. 181; 28 marzo 1957, c. BRENNAN, vol. 49, pág. 257, n. 6.

¹² SRRD., 12 junio 1934, c. QUATTROCOLO, vol. 26, dec. 43, n. 4, pág. 380.

¹³ SRRD., 5 junio 1926, c. FLORCZAK, vol. 18, dec. 24, n. 7, pág. 195.

faciunt de iis quae directe et principaliter asseruntur, seu aliquem coram publico officiali comparuisse et sub juramento affirmavisse ea quae scripto consignantur. Quapropter ejusmodi documenta nihil testantur de veracitate vel minus peractarum declarationum”¹⁴.

f) *Práctica de la Sagrada Rota Española.*—Se viene manteniendo el criterio que sustenta en España el Tribunal Supremo en las materias de su competencia, y se sigue la doctrina jurisprudencial de la Sagrada Rota de Roma. Como no son raras las causas matrimoniales, en cuyos autos hay actas notariales con declaraciones de testigos, o actas de declaraciones que se hicieron en juicios del fuero secular, o declaraciones escritas ante otras personas, o simplemente manifestaciones consignadas por escrito y firmadas por el declarante; será conveniente considerar las siguientes razones:

1.^a *La preconstitución no suele tener motivo confesable.*—Ya por esto deberá procederse con suma cautela, sea para admitir las actas que se exhiben, sea para valorar las ya incorporadas a los autos con razón o sin ella. No se olvide que para los casos de aseguramiento de prueba, nuestro legislador tiene prevista la norma del canon 1.730: “Antes de la contestación del pleito no procederá el juez a recibir testigos u otras pruebas, a no ser en caso de contumacia o por ser necesario recibir la deposición de aquellos para que no resulte después imposible o muy dificultoso a causa de la muerte probable del testigo o de su ausencia o por otra causa justa”.

El anticipar esas pruebas en el juicio en casos de contumacia es justo, para evitar que el contumaz obtenga ventaja con su dolo o simple desobediencia. El recibirlas en los demás casos es razonable con tal que exista una causa justificante, al modo de las indicadas en el canon transcrito. Ahora bien, si no es lícito anticipar las pruebas en el juicio sin la aprobación del juez, ¿no será sospechoso que a sus espaldas, sin la menor intervención del tribunal se preconstituyan declaraciones con el fin de hacerles pasar como medios instructorios legítimos en la causa canónica?

2.^a *Razones que se aducen contra la preconstitución.*—No deben olvidarse a la hora de juzgar sobre la admisión de esas pruebas documentales que no son sino seudo testimonios. Indiquémoslas:

1. Que para estas declaraciones la parte se vale de personas complacientes y de fe dudosa por una u otra razón.

2. Que es sospechoso el hecho mismo de que se practiquen en el domicilio de las partes o de sus allegados, o en el propio de los mismos testigos.

3. Que la sospecha no desaparece por practicarse la declaración en la notaría, porque cuando así sucede, el interesado ya lo tiene previsto todo y muy preparado: El interrogatorio, si lo hubiere; las respuestas que deben darse; la presencia de la parte o de su abogado al acto, se consigne o no en el acta.

¹⁴ SRRD., 28 marzo 1957, c. BRENNAN, vol. 49, pág. 257, n. 6.

4. Que para asegurar el relato que interesa se redacta un escrito para que el declarante se informe debidamente o para que lo lea en alta voz ante el notario.

5. Que las maneras en uso no pueden componerse ni con la independencia y libertad del testigo, ni con las garantías que exige la forma procesal.

6. Que de hecho sólo se recurre a estas corruptelas, cuando el interesado no tiene seguridad: o de la ciencia del testigo, o de su omnímoda complacencia para declarar en juicio a su favor, llegado el día.

7. Que los dichos de estos declarantes, tal cual se consiguen en las escrituras preconstituidas a base de preparación y sugerencia, no pueden menos de tener un influjo positivo en las declaraciones posteriores, sea para repetir en éstas lo anteriormente aprendido, sea para no desdecirse mostrándose mentiroso, sea para evitar el perjuicio que se le pudiera seguir por perjuero, si llega a contradecirse.

3.^a *Criterio de la verdad intrínseca y de la eficacia probatoria.*—Se funda este criterio en la distinción de tres cuestiones que no deben confundirse.

1. La autenticidad del documento o su verdad extrínseca, es decir, el hecho de haber sido compuesto el escrito por quien lo firma o por quien lo autoriza con su firma y sello en determinadas circunstancias de lugar y tiempo, las cuales se consignan.

2. La genuinidad o la verdad intrínseca respecto al relato consignado, que oyó y escribió el notario u otra persona pública o quien fuese, según sea el caso.

3. La eficacia de la declaración en cuanto al efecto de probar judicialmente los hechos controvertidos. Esta eficacia no depende, ni mucho menos, de la verdad extrínseca, y propiamente tampoco de la verdad intrínseca. Porque un documento puede ser auténtico y carecer de genuinidad o verdad intrínseca, y genuino por lo referente a la verdad intrínseca y, no obstante esto, no merecer la fe que corresponde a las pruebas legales propias del proceso, en cuanto declaración extrajudicial sospechosa, verbigracia, por instrucción, por sugerencia, por afección, etc.

Nuestra Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid tiene presente el criterio expuesto y lo aplica, a veces indicándolo, otras, sin decirlo expresamente:

1. *Referencia expresa al criterio:*

“Confundenda non est veritas extrinseca horum documentorum cum veritate intrinseca rerum quae in scripturis referuntur; neque genuinitas documenti privati est confundenda cum ejus vi probandi in iudicio, ad normam can. 1.817”¹⁵.

¹⁵ SRNA., *Barcinonen.*, Sep. conj., F. - L., 16 diciembre 1963, n. 16, c. DEL AMO.

2. *No merece fe alguna el declarante instruido, sobornado y que se contradice.*

"Indigitatus testis V. A., qui est concubinarius manifestus ideoque testis infamis, refert in declaratione coram notario civili... Excusus vero in iudicio rem aliter explicavit...

Attestationes scriptae, missae ad instantiam partis ad Tribunal, fide non sunt dignae, nam fuerunt exaratae aut tantum subsignatae a personis absque propria factorum scientia, ductis ex litigantium dictis vel eorum qui litigantes adjuvabant in propositis...

Gravis subornationis suspicio roboratur actoris molimine ad probandum coitum uxoris cum D. C., cujus participatio in crimine parando et in asserto crimine probando in mariti favorem et contra complicem verisimilis non est neque rite explicatur absque maxima testis corruptione. Equidem testis est homo inops atque vilis et abjectae conditionis. Facile enim poterat pro pecunia exponere conscientiam venalem... Sine dubio ipse contraria declaravit et coram notario civili et coram iudice saeculari. Praesumendum est acquiesse subornanti, si ex crimine confesso commodum potius quam detrimentum reportavit"¹⁶.

3. *Se trata de informes faltos de fundamento real en hechos concretos; son declarantes sin libertad e independencia, y en las últimas declaraciones repiten lo que dijeron en las primeras.*

"Informationes super vita inhonesta mulieris conventae, ab actore collectae, ipso iure sunt suspectae; praeteraque, nullam prorsus praesumptionem fundare sinunt, eo quod neque de earum certitudine constet, neque elementa seria praebeant pro cuiusque generis praesumptione; insuper, tales praebentes informationes, iterum atque iterum deposuerunt coram iudice civili super iisdem capitibus, ita ut coram iudice ecclesiastico easdem tenerentur serviliter repetere depositiones"¹⁷.

4. *Por falta de forma legal no hacen verdadera prueba.*

"Ad rem quod spectat, debitae scilicet factorum demonstrationis, animadvertere praestat nullius esse valoris in iudicio ecclesiastico depositiones quaslibet a testibus praestitutas coram auctoritate civili, etiam judiciali, in materia scilicet decisioni iudicum ecclesiasticorum submissa; quin majus robur addat talibus depositionibus earum ratihabitio in tribunali ecclesiastico. Tales enim depositiones, quae saepe saepius actis civilibus inducuntur coram iudice ecclesiastico, adolent vitio insanabili, eo quod praestitae fuerint absque cautelis canonicis et contra juris ecclesiastici praescripta, et quia earum sanationi obstat defectus libertatis ac sinceritatis in testibus ob periculum quo manent constituti tales testes, accusationis nempe perjurii aut falsitatis in documento publico, si aliter deponere audeant coram iudice ecclesiastico"¹⁸.

¹⁶ SRNA., *Tuden.*, Sep. conj., 13 octubre 1962, nn. 10 y 15, c. DEL AMO.

¹⁷ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., A. - F., 9 diciembre 1967, n. 15, c. LÓPEZ RUYALES.

¹⁸ SRNA., *Aurien.*, Sep. conj., G. - G., 11 marzo 1968, c. LÓPEZ RUYALES.

4.^a *Criterio de la discrecionalidad del juez en cada caso.*—Fuera de los casos ya indicados, en los que tales actas testificales fueron rechazadas o recusadas por motivos de sospecha positiva, advirtiendo el influjo maléfico que ellas tuvieron en los testimonios judiciales; todavía quedan otros casos en los que esas declaraciones preconstituidas pueden servir de indicio para valorar la prueba en conjunto, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

Esta apreciación global hay que dejarla a la discrecionalidad del juez. Sabemos que a él le corresponde valorar las confesiones extrajudiciales (c. 1.753), los documentos privados (c. 1.817), las declaraciones concordes y discordantes (c. 1.790).

Por analogía con estas normas y en conformidad con ellas, ha de atenderse mucho en cada caso a las circunstancias que concurrieron para preconstituir las actas testificales o escrituras similares, por ejemplo: Si hubo absoluta libertad e independencia en el declarante; si actuó rogada o espontáneamente; si tuvo influjo de instrucción, de sugerencia, soborno, fraude; si juró decir verdad consciente de la gravedad del acto; si declaró por algún interés, por afección, por deber del cargo, por acto de servicio; si se hallaba gravemente enfermo o en peligro de muerte; si lo hizo en descargo de su conciencia; si al declarar posteriormente en juicio explicó satisfactoriamente lo sucedido, la causa de su ciencia; si se ratificó en los dichos primeros haciendo relatos congruentes, no afirmaciones genéricas; si da razón verosímil de sus rectificaciones, etc.

Supone todo esto lo que dice la siguiente sentencia de la Rota española: "Dubium non est quod generatim graviter carpenda sit, utpote a mente Codicis aliena, illa ratio agendi qua excussio judicialis testium interventu officialis specialiter constituti conficiendis obsignandisque actibus iudicis, qui publica fide secundum jus civile muniuntur, qualia sunt, v. gr., vulgo "actas notariales"... Quanti autem in singulis casibus aestimari debeat hoc mendum... Codex prudenti iudicis aestimationi et correctioni relinquit, rigiditatem omnem refugiendo, sed pariter accurate praescriptis cautelis, quae necessariae aut opportunae videantur in excussione peragenda testium, qui non primo, sed absolute aut relative iterate comparent in eadem causa (cfr. can. 1.781, 1.786)"¹⁹.

C) ACTAS TESTIFICALES DEL TRIBUNAL CIVIL LLEVADAS AL JUICIO ECLESIASTICO.

a) *Modo artero de burlar las garantías procesales canónicas en la prueba testifical.*—En las causas matrimoniales, por ejemplo, en las de separación por adulterio o por sevicias, el cónyuge que se juzga ofendido puede, según los aspectos del caso, acudir en defensa de sus derechos al tribunal competente, ora civil, ora eclesiástico.

¹⁹ SRNA., *Mindonien.*, Sep. conj., G. - G., 14 diciembre 1960, c. PÉREZ MIER.

Pero sucede algunas veces que sólo se denuncian los hechos a la Comisaría de Policía para que allí se oiga al denunciante, al denunciado y a determinados testigos; luego se acude al Juzgado o Tribunal que corresponda, en donde igualmente se logra que declaren las partes y testigos.

Obtenido esto, piden a la Comisaría y al Juez del foro secular testimonio de las declaraciones prestadas, para presentarlas como documentos públicos ante el tribunal eclesiástico, al que piden la separación de los cónyuges, único fin que perseguían desde el principio de sus actuaciones judiciales.

Como se ve, el procedimiento es un modo artero de preconstituir declaraciones. A veces ese propósito inicial se trasluce en la misma demanda, en la que piden al juez eclesiástico que admita esos documentos presentados, porque "previamente dilucidado en la vía ordinaria penal el hecho delictivo en ella enjuiciado, con el solo propósito de comprobación cautelar, prudentemente condicional, para promover la acción que deduciré en el suplico de la presente demanda: separación perpetua y temporal".

La intención y el modo de estas declaraciones de las partes y de los testigos engendran desde el principio sospecha grave. Enhorabuena que pueda defenderse un derecho legítimo legítimamente; pero la corruptela está en tratar de conseguir la separación conyugal ilegítimamente valiéndose de otras autoridades distintas del juez eclesiástico, para proporcionar a éste unos testimonios ejecutados sin las cautelas y garantías que prescriben los sagrados cánones.

Contra esta corruptela la Rota española, al valorar estas actas, advierte que son declaraciones de valor sospechoso, las cuales difícilmente ganan eficacia cuando los declarantes simplemente las ratifican en el juicio eclesiástico, o cuando en éste los testigos vuelven a ser examinados.

"Ad demonstrationes tandem quod pertinet notare oportet, in sphaera judiciali ecclesiastica valorem juridicum probandi non habere acta judicialia civilia, super materia propria judiciorum ecclesiasticorum; materia enim propria processuum ecclesiasticorum ad iudices ecclesiasticos debet amandari, pro eorum recta definitione, absque ullo prorsus interventu extraneae jurisdictionis.

Quapropter an constet necne de adulterio patrato in ordine ad separationem concedendam vel secus, unice definire spectat ad iudices ecclesiasticos, quin in iudicii ecclesiastici instructione, valorem juridicum habeant decisiones iudicum civilium in relata materia; vel admitti debeant testes qui super tali controverso facto jam deposuerunt coram iudice civili, ideoque animum praeoccupatum habere possunt, ne contradictorii aut falsarii inveniantur, huiusque ratione eamdem prorsus testificationem serviliter repetere teneantur.

Adeo vel magis si talis adulterii causa non fuerit ad iudices civiles delata pro actione criminali prosequenda, sed unice ut de adulterii facto constaret in ordine ad separationem conjugalem inde obtinendam, cujuscumque in finem unice ad iudices ecclesiasticos debuit haec causa committi.

A fortiori, nullum prorsus valorem juridicum habent, neque ideo effectum ullum sortire possunt acta Notariatus Civilis vel Commisariatus Securitatis Publicae, ut adulterium adstruant ob testificationes coram iisdem productas:

quia tales notarii fidem facere non valent nisi de iis quae suis propriis sensibus percipere potuerunt, et in casu oculis suis unice testes declarantes percipiunt, quin proinde eorum fides protendi possit ad veritatem dictorum vel factorum quae a declarantibus asseruntur. Quare hujusmodi declarationes, neque judiciales sunt, neque veram probationem efficiunt.

Insuper, omnibus istis in casibus, tam in processibus judicialibus civilibus, quam in actis Notariatus aut Commisariatus Civilis, pro talium documentorum confectione nullus adest Promotoris justitiae ecclesiasticae interventus, qui omnino requiritur sub poena nullitatis, juxta can. 1.587. (Cfr. SRRD., 15 nov. 1916, et 5 junii 1926; SRNA., 31 maji 1957, c. PRIETO, et 26 junii 1959, c. DEL AMO)²⁰.

b) *Las actas testificales del tribunal civil no dejan de ser declaraciones judiciales por traerlas al proceso canónico.*—Las confesiones de las partes o las declaraciones de los testigos prestadas fuera del juicio canónico, en el que se conoce la causa matrimonial, pueden llamarse extrajudiciales en ese sentido limitadísimo de *fuera del juicio* que se tramita; pero dando a la palabra *extrajudicial* su significado propio de algo no perteneciente a los juicios, creemos que no debe decirse que las confesiones o declaraciones hechas legítimamente en cualquier juicio, bien penal o contencioso, bien propio de la jurisdicción secular o de la eclesiástica, no son judiciales. Ciertamente, serán declaraciones de una u otra especie por razón de la competencia, pero son judiciales.

Otra cosa muy distinta de la anterior es que todas esas manifestaciones hechas en algún juicio valgan idénticamente para todos los juicios y para todas las jurisdicciones, o que la valoración de ellas hecha por el primer juez, tenga que ser mantenida en todas las instancias, y por todos los jueces aunque examinen los hechos para juzgar sobre diversas acciones.

Esto aparecerá claro, si se piensa en la independencia entre acción y acción, aun cuando ambas se funden en el mismo hecho (c. 2.210). La sentencia que resuelve acerca de la acción penal no prejuzga la sentencia que deba dictarse sobre la acción civil o la canónica matrimonial. La sentencia firme condenatoria o absolutoria en el juicio penal no impide el ejercicio de la acción civil en el juicio contencioso, ni prejuzga la sentencia de éste.

La razón es obvia: A la sentencia en lo penal no hay que concederla otra eficacia que la correspondiente a la competencia que juzga sobre un hecho en cuanto revestido del carácter propio de su jurisdicción, mas no sobre ese mismo hecho bajo otro carácter distinto y ajeno a exigir responsabilidad penal. Aplíquese esta diferencia a los testimonios. Una cosa es el delito del adulterio, y otra diferente la infidelidad del cónyuge adúltero en cuanto causa legítima de separación.

Por otra parte, nadie ignora que para tener prueba plena en lo contencioso, digamos en las causas de separación temporal, no son precisos tantos requisitos como los que son necesarios para contar con prueba plena o per-

²⁰ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., A. - F., 9 diciembre 1967, n. 9, c. LÓPEZ RUYALES.

fecta en lo penal, o en las causas de separación perpetua, o en las de nulidad del vínculo. Y es lógico, teniendo en cuenta la elevación del objeto en cada clase de estos procesos.

c) *La valoración de las actas testificales en el proceso canónico corresponde por completo a la discrecionalidad del juez eclesiástico.*—Supuestos los principios que acabamos de indicar, salta a la vista que la eficacia o ineficacia que los jueces civiles conceden a los testimonios realizados legítimamente en sus juicios, puede orientar al juez eclesiástico, cuando éste aprecie bajo otro aspecto los mismos hechos allí testificados. Pero no está obligado a mantener un criterio análogo, ni esos testimonios merman su libertad e independencia para valorar esa clase de declaraciones conforme a su discrecionalidad, atendiendo a todos los elementos del testimonio: Los *personales* de quienes declararon; los *objetivos*, respecto a los hechos relatados y sus circunstancias; los *formales*, mirando a la manera con la que fueron practicadas las declaraciones, según normas legales, usos y corruptelas, corrientes en el lugar.

Si estas actuaciones se practicaron conforme a las normas procesales del juicio correspondiente, son declaraciones válidas en ese fuero, apreciables por el juez competente; pero pueden carecer de valor en el juicio eclesiástico, si no reúnen los requisitos exigidos para su eficacia judicial por los sagrados cánones, verbigracia, las condiciones de que examine el juez, dé fe el notario, intervenga el defensor del vínculo o el promotor de la justicia (cc. 1.585, 1.587, 1.742, 1.773).

Por tanto, el hecho de que estas confesiones o declaraciones sean judiciales, incluso documentos públicos, no es impedimento alguno para que el juez eclesiástico pierda su libre discrecionalidad. En consecuencia, según los casos, así éste podrá estimarlas como sospechosas, como de mucho peso, como de ningún valor respecto a los hechos controvertidos, afirmados o negados por las partes o por sus testigos en los juicios eclesiásticos, que son los de su competencia.

“Ad autem amplissimam probationem per documenta quae proveniunt ex actis judicialibus fori civilis notandum est quod praescribit canon 1.813, § 2: “Documenta publica civilia ea sunt quae secundum uniuscujusque loci leges talia iure censentur”. Equidem hispanica “Ley de Enjuiciamiento civil”, art. 596, n. 7, ait: “Bajo la denominación de documentos públicos y solemnes se comprenden: ... 7.º, Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie”.

Sine dubio, ejusmodi documenta fidem faciunt de actu judiciali; verum non de credibilitate testium excussorum, neque de rei assertae veritate. Quapropter ne in foro quidem civili aestimantur documenta authentica ex quorum valore sententia lata infirmari a Tribunali superiore possit. Hispanicum Tribunal Supremum in Sententia diei 26 septembris affirmabat: “No es documento auténtico a efectos de casación un testimonio de confesiones judiciales prestadas en otro pleito”.

Praeterquamquod earum valor adeo minuitur ut fere pro nihilo aestimari debeant, si proveniunt hujusmodi probationes ex controversia dolose mota in Tribunali civili ad parandam probationem pro causa jam agitata coram Tribunali ecclesiastico. Quod tale acciderit in pluribus documentis exhibitis, est apertum consideranti facta et tempus suspectum...

Sane acta judicialia fori saecularis a viro exhibita ostendunt uxorem fuisse ab eo accusatam adulterii atque inter conjuges gravem exstitisse altercationem; verum ex hujusmodi actis genuina altercationis causa non liquet, ideo neque flagrans adulterium uxoris... Neque ipse iudex saecularis uxorem invenit adulteram, immo nec indicia rationabilia adulterii, nam contra uxorem procedere non decrevit...

Judicialia tribunalis civilis acta non sunt authentica documenta quoad genuinam factorum controversorum veritatem, imo in casu videntur valde suspecta eo quod fuerunt a viro promota tempore prorsus suspecto, moras nectendo in iudicio ecclesiastico"²¹.

d) *Criterio valorativo acerca de las "acta causae" de otros juicios.*— Nadie ignora que las pruebas, las sentencias, en general todos los autos de la causa, aun cuando haya caducado la instancia, son documentos que sobreviven y que conservan su valor respecto a la misma causa y entre las mismas personas (c. 1.738).

Según esto, las pruebas y las sentencias propias de otros juicios, sean eclesiásticos o civiles, en tanto conservan su valor en cuanto al aportarlas a otro juicio, en éste litiguen las mismas personas sobre la misma acción, no otras personas diversas, ni aunque sean las mismas si contienden sobre acción distinta.

Ahora bien, es claro que son distintas acciones la penal y la civil, aunque las dos se apoyen en el mismo hecho, por ejemplo, el adulterio, y que son causas distintas la de los cónyuges A y B y la de los consortes C y D, aunque ambas versen sobre separación perpetua y ambas se fundamenten en el mismo hecho de infidelidad que se dice perpetrado por los adúlteros A y D.

Conviene insistir en que la eficacia de los documentos públicos se restringe a lo que *directa y principalmente* afirman (c. 1.816). Ciertamente, las actuaciones judiciales civiles tienen consideración civil y eclesiástica de documentos públicos, como tenemos dicho; pero no por esto, al traer declaraciones tomadas en un juicio civil al proceso canónico, el juez eclesiástico queda obligado a valorarlas por otras normas de orientación distintas de las eclesiásticas, a tenor de los sagrados cánones.

En una causa de separación perpetua por adulterio una sentencia de nuestra Rota expone las siguientes razones respecto a la prueba: "Documenta publica civilia ea sunt quae secundum uniuscuiusque loci leges talia jure censentur ,c. 1.813, § 2). Documenta publica sive ecclesiastica sive civilia genuina praesumuntur, donec contrarium evidentibus argumentis evincatur (c. 1.814). Nostro in jure patrio publica documenta sunt inter alia "Las actua-

²¹ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., F. - A., 26 junio 1959, nn. 15 y 26, c. DEL AMO.

ciones judiciales de toda especie" (L. E. C., art. 596, n. 7). *Aestimatio autem actorum civilium facienda est suo in foro a iudice ecclesiastico, ad normam sacrorum canonum...*

Valor concubinitus ad adulterii probationem: Notum est concubinatum importare relationes inhonestas protractas inter virum et mulierem ad similitudinem vitae conjugalis. Est igitur delictum habens tractum successivum (c. 1.705, § 2); adulterium e contrario perpetratum actibus iteratis est delictum habituale vel continuatum, ad normam can. 1.705, § 1. Adulterium de se non efformat concubinatum; at ex conjugatorum notorio concubinatu constat de adulterio, attentata concubinitus natura. Praesumitur eos coitum habuisse perfectum, qui manifesto in concubinatu vivunt...

Est delictum notorium notorietate juris post sententiam iudicis competentis, quae in rem iudicatam transierit. Iudex competens dicitur, scilicet, ecclesiasticus vel civilis (c. 2.198)...

Fama de adulterio etiam est efficax in casu... Ista laudata fori saecularis acta sine dubio momentosa sunt, quia testes declarant sub iuramenti sanctitate coram iudice in causa criminali ob delictum concubinitus patratum a N. cum X.

Judicium igitur criminale penes jurisdictionem competentem fori saecularis argumenta validissima praebet. Equidem N. et X. fuerunt accusati concubinitus penes Tribunal civile, quod die 7 martii 1963, post peractam diligentem inquisitionem atque post rigorosum examen factorum, decrevit: "Se declara procesados por los hechos a que exclusivamente se contrae el primer resultado", nempe: "Que don N. es casado... y la Srta. X. es soltera; que median entre ambos relaciones de carácter íntimo o carnal y por ende similares a las de marido y mujer casada, siendo ello bastante notorio en los círculos familiares y de amistades del matrimonio y en los medios y ambientes... que los querellados forman parte o frecuentan..., que viven en igual domicilio y bajo el mismo techo...; que en fechas concretas y hoteles determinados ocuparon la misma habitación". Quibus ergo ex rationibus facti merito est deducendum illam famam superius consideratam solidum habere fundamentum atque adeo adminiculatam esse ut sufficientem probationem praebet ad separationem concedendam.

Sententia condemnatoria ob viri concubinatum delictum fecit notorium notorietate juris... Quae sententia Tribunalis fori saecularis competentis confirmata fuit a Iudice Superiore, scil. Tribunali Supremo... proferente Sententiam diei 22 novembris 1967, quae transiit in rem iudicatam. Idcirco dicendum est concubinatum N. et X. habere notorietatem juris et non egere probatione, juxta canones a nobis consideratos exponentibus rationes juris"²².

Ha sido larga la cita anterior, pero creemos que no dejará de ser útil para mostrar con un ejemplo el modo de apreciar las actas testificales y las sentencias de otros fueros, teniendo como criterios las normas canónicas. Por un lado se admite la existencia material del hecho, cuya verdad acredita el acta, por otro, se examina y critica la eficacia de las declaraciones. Esta crítica, hecha por el juez eclesiástico no indica que la valoración del testi-

²² SRNA., *Matriten.*, Sep. conj., P. - J., 29 mayo 1968, nn. 4, 5, 6, 16, c. DEL AMO.

monio a la que haya llegado él, tenga que ser contraria o discordante de aquella que dio el juez del fuero secular. Al contrario, entre ambos lo más lógico parece que debiera ser un juicio valorativo congruente, salvas las diferencias del aspecto bajo el que uno y otro consideren los hechos.

Prueban esto último los ejemplos de dos sentencias de nuestra Rota de Madrid:

1.^a *La de 29 de marzo de 1960, según la cual consta el adulterio.* "Agentes imprimis de adulterio uxori imputato, opportunum duximus initium sumere ab elementis probationis collectis vi denuntiationis a marito factae apud v. d. "Comisaría del Cuerpo General de Policía" in civitatibus N. et X., atque subsequentis querelae ab ipso promotae ob desertionis familiae et furti delicta, prorsus omisso adulterii crimine coram Judice civili Caesaraugustano: quorum testimonium authenticum exstat in actis..."

Jam, attentis praescriptis can. 1.750 et 1.753 circa confessionem tam judicialem quam extrajudicialem, evidenter apparent haec duo: 1.º, Quod etsi declarationes praestitae ab uxore, in causa criminali apud iudices laicos, relate ad nostram causam non habeant nisi vim confessionis extrajudicialis, certissime tamen constat illam scienter et libere factam fuisse, nec semel, sed quater coram personis et locis diversis; ideoque nullum possumus admittere rationabile dubium de veritate harum declarationum, quibus insuper calculum adjiciunt declaratio ipsius complicitis et quae supra relata sunt de sententia tribunalis collegialis Caesaraugustani. 2.º, Confessioni uxoris coram iudice metropolitano certissime inest vis confessionis stricte judicialis, ideoque "libere et considerate facta, alteram partem relevat ab onere probandi" (can. 1.751).

Unde sine ulla ulteriori inquisitione concludere debemus constare de uxoris adulterio formali seu moraliter culpabili, consummato et moraliter certo, quod, juxta canonem 1.129, § 1, fundat jus certum actoris ad separationem perpetuam, si ipse in crimen non consenserit aut eidem causam dederit aut ipse quoque idem crimen commiserit"²⁸.

2.^a *La de 13 de octubre de 1962, según la cual no consta el adulterio.* "Patres Auditores, consentientes cum Promotore justitiae Rotae Nuntiaturae Apostolicae atque cum Judicibus fori civilis, qui de crimine egerunt, censent adulterium non esse sufficienter probatum. Quod si crimen patratum esset, nondum tamen haberetur adulterium praeditum conditionibus de quibus in can. 1.129; nam etsi viro suspicanti adulterium uxoris liceat eam observare cum testibus idoneis, ut possit eandem de adulterio convincere, non tamen potest eo fine offerre uxori occasionem ut adulteret, quia id non solum esset pure permittere adulterium, sed positive concurrere, cooperari, indulgere crimini (Cfr. SÁNCHEZ, de S. Matrim., lib. X, disp. 12, nn. 51 et 54).

Objicitur: Tribunalia saecularia, vel Audientia Provincialis, vel Tribunal Supremum, aestimaverunt non constare de adulterio, ideoque Mariam non esse dammandam criminis adulterii, quia in iudicio criminali agebatur de poena inflingenda ob delictum et quia delicti patratio probanda erat directe et non mediate per praesumptiones. Sed ita non proceditur in iudicio con-

²⁸ SRNA., *Caesaraugustan.*, Sep. conj., 29 marzo 1960, nn. 12 y 15, c. PÉREZ MIER.

tentioso ad separationem concedendam ob adulterium, quod probari potest per violentam praesumptionem.

Respondemus: 1.º Non negatur a nobis distinctio inter iudicium criminale et contentiosum, probationes inter generales et poenales; sed animadvertimus differentias ponendas esse potius in scopo processu et in activitate iudicis, promotoris iustitiae et partium quoad onus perquirendi et producendi probationes, quam in structura et functione probationum.

2.º Factum de quo inquiritur quodque probandum est, potest esse identicum ornatumque iisdem conditionibus tum in processu poenali tum in contentioso, etiamsi factum consideretur sub diversa specie, nempe in saeculari iudicio poenali quatenus delictum principaliter ad vindictam publicam et poenam infligendam, et in iudicio ecclesiastico contentioso quatenus factum iudicium ex quo pendet jus litigantium principaliter ad commodum privatum. Nihilominus, agentes de adulterio sive ad poenam infligendam sive ad separationem perpetuam concedendam, in utroque iudicio adulterii crimen debet probari, et patratum altero conjuge non consentiente, et perfectum divisione carnis, non sola propensione ("tendencia") vel externa voluntate adulterandi.

3.º Probationes, directae et indirectae, quae in iudicium adducuntur, iudicis est, perpensis omnibus rerum adjunctis, aestimare quanti facienda sunt (c. 1.869). In iudicio criminali non tantum admittitur probatio *directa*, qualis est quae fit per documenta, confessionem rei et attestaciones, sed etiam *indirecta*, seu ea quae fit per discursum logicum a facto certo ad factum ignotum ratione connexionis facti certi cum facto delictuoso probando, nam si de uno constat, de altero etiam constare concludi potest.

4.º In contentiosis agitur quidem de praesumptionibus, sed in poenalibus agitur de indicis, quae mediate efficiunt in iudice persuasionem. Indicia enim sunt facta quae ex ordinariis contingentibus arctam habent connexionem cum facto criminoso de quo est quaestio.

5.º Immo in criminibus a probatione per indicia abstrahi nequit, nam adulteria et fere omnia crimina committuntur in occulto; ideoque saepe saepius per probationes directas demonstrari nequeunt. Profecto requiruntur plura indicia, sed exinde non concludendum nisi sufficientem non esse probationem simplicem, sed desiderari compositam, seu connectam conjunctione plurium mediorum probationis.

6.º Sententiae, qua documenta publica, fidem faciunt in foro ecclesiastico, quatenus decisiones quae transierunt in rem iudicatam jus faciunt inter partes circa litis objectum. Quia vero uti diximus, objectum iudicii in processu poenali et in contentioso potest unum et identicum esse sub diversa specie, nemo non videt momentum unius iudicii et sententiae in iudicium et sententiam alterius, praesertim cum in utraque sententia paria sunt fundamenta vel valde congrua inter se ad factum, vel delictuosum vel iudicium, quod attinet considerandum, scilicet, adulterium consummatum et adulterium factum absque alterius consensu.

7.º In praesenti a nobis consideratur sententia fori saecularis, lata in iudicio criminali, non ad iudicandum super delicto civili, de quo res acta est, sed iudicaturis super adulterio, quod laudatum Tribunal saeculare existimavit vel non consummatum vel, sin minus, causatum etiam ab altero

conjuges plura moliente et consentiente. Ad nos quod attinet vis recensitae sententiae firmatur, tum in rationibus quibus Judex ducitur in desisionem, tum in factis ab eo existimatis post inquisitionem peractam et post probationes directas et indirectas rite perpensas. Probatoria saltem vis quae conceditur sententiae testium de credulitate, qui rationem sufficientem reddunt de eorum opinione, non erit deneganda sententiae tribunalium civilium, interveniente Supremo, quae mature perpenderunt rationes et juris et facti"²⁴.

D) DECLARACIONES ESCRITAS HECHAS O NO ANTE TESTIGOS

a) *Son extrajudiciales y suelen ser sospechosas.*—Por el hecho de pasar por alto todas las cautelas y garantías de las normas procesales se hacen sospechosas y carecen de la eficacia propia de las declaraciones judiciales.

Según la jurisprudencia rotal. "Suspecta est declaratio ab uxore subscripta"²⁵. "Declaratio extrajudicialis... a iudice est perpendenda, quanti faciendae sit"²⁶. "Declarationes extrajudiciales de metu passo omni vi probativa destitutae habentur, suspectae enim sunt, neque in specie coram Iudice confirmatae"²⁷. "Declarationes extra iudicium redditae, invocandae non sunt, cum vim habere nequeant judicialis depositionis"²⁸.

Acusan vicios muy reprobables las sentencias de la Rota de la Nunciatura Apostólica. Dice una sentencia: "Apud tribunalia ecclesiastica aequae ac apud Sacram Rotam Nuntiaturae Apostolicae nullus alius ordo iudiciarius admittitur quam qui iure canonico statuitur, sive in codice sive aliis in normis ecclesiasticis editis vel edendis, praesertim vero quod attinet causas matrimoniales... Judex ad suam conscientiam efformandam non debet moveri nisi ex causis rationalibus prout istae sunt in actis et probatis (c. 1.869. § 2), confectis sane ad normam juris, ne abusus fiat (c. 1.640-1.645). Quapropter probatio judicialis ad fidem Iudici faciendam habere debet et modum legitimum et formam legitimam...

Circa documenta Tribunali exhibita non possunt quin cautelae adhibeantur, ut certo constet de earum origine et veritate (art. 162)..

Juxta Sanctae Sedis Instructiones ne admitti quidem possunt epistolae iudici missae a testibus, nam testes deponere debent personaliter et propria ac viva voce, non autem per litteras in absentia... Post processum publicationem sunt in actis declarationes extrajudiciales machina scriptae atque subscriptae a testibus jam auditis judicialiter, et continuatim expletae ab ipso actore quodam complemento suae depositionis. Quae manifestationes neque in iudicio ratae habitae sunt, neque juramento confirmatae. In processu judiciali explicari nequeunt sine impropria iudicis instructoris negligentia. Sed vim juridicam non habent neque, docente jurisprudencia rotali, attendi eis debet (Cfr. SRRD., 10 martii 1920, c. CATTANI, vol. 12, dec. 7; 19 decembris 1945, c. WYNEN, vol. 37, dec. 81, n. 9, pág. 737)..

²⁴ SRNA., *Tuden.*, Sep. conj., B. - C., 13 octubre 1962, nn. 20 y 21, c. DEL AMO.

²⁵ SRRD., 29 abril 1938, c. GRAZIOLI, vol. 30, dec. 28, n. 15, pág. 273.

²⁶ SRRD., 10 diciembre 1931, c. PARRILLO, vol. 23, dec. 56, n. 4, pág. 483.

²⁷ SRRD., 6 octubre 1943, c. JULLIEN, vol. 35, dec. 69, n. 6, pág. 738.

²⁸ SRRD., 29 abril 1935, c. MASSIMI, vol. 27, dec. 31, n. 5, pág. 276.

Cunctae istae declarationes scriptae fuerunt una eademque machina et in una eademque charta... Sunt ergo instrumenta suspecta, quae non indicant nisi favorem quo hi testes actorem vel filium vel fratrem prosequuntur. Juxta rationes in jure consideratas, tales epistolas a testibus vel ab actore missae Judici vel actuario, non debuerunt admitti, nam testes in processu matrimoniali personaliter ac viva voce tenentur deponere, non per litteras in absentia"²⁹.

Dice otra sentencia: "Conventus probationes proponens... Judici obtulit quinque epistolas seu scriptas declarationes, quae etsi subscriptae, omnes tamen data carent nec personam designant cui mittebantur, ab ex earum tenore manifeste denuntiant eandem officinam eundemque auctorem... Tales declarationes extrajudiciales non solum sunt suspectae, sed omni vi probativa destituuntur, et ideo tamquam non exhibitae haberi debent"³⁰.

b) *Se hacen más sospechosas y sin valor, cuando no se confirman en juicio.*—Tomemos algún ejemplo de la jurisprudencia:

"Indicia quae suadent suspicionem: Ab actore inducti tradiderunt prius scripta quae coram Judice testari debebant, haec tamen confirmare recusarunt"³¹.

"Declarationes jam exaratae coram Consule Generali italico signatae fuerunt a testibus, qui eas non confirmarunt, actricisque subornationem enarrarunt"³².

"Actrix, antequam libellum porrexit Tribunali Secoviensi... forsan sui apud Tribunal primi gradus patroni consilio, ut testes scriptum profiterentur testimonium, jam ante ab ipsamet paratum... quod saltem aliquam inducit suspicionem in testibus... Testes inducti in jurata depositione non confirmant omnino scriptum testimonium, immo aliquis testis ignorabat omnino id quod testimonio continebatur..."³³.

"Declarationes, extra iudicium redditae, invocandae non sunt, cum vim habere nequeant judicialis depositionis"³⁴.

"Omni vi probativa destitutae habentur, suspectae enim sunt, neque in specie coram Judice confirmatae"³⁵.

c) *Causan perjuicio a quien las exhibe por la presunción que engendran.* En efecto, tienen la virtud de hacer que no se conceda fe a la parte que adopta estos medios para acreditar en juicio el fundamento de su derecho. Según esto, estas pseudo declaraciones no sólo no prueban, sino hacen conjeturar una presunción contraria a quien pretende valerse de estos medios.

"Post sententiam negativam actrix N. S. T. porrexit declarationes a testibus subscriptas, et juratas coram parrocho vel coram auctoritate municipali, omnia confirmantes juxta vota actricis. Verum dicti subscriptores, in iudicium vocati,

²⁹ SRNA., *Pampilonen.* Null. matrim., M. - D., 26 noviembre 1965, n. 10, c. DEL AMO.

³⁰ SRNA., *Barcinonen.*, Sep. conj., S. - M., 6 marzo 1967, n. 12, c. PÉREZ MIER.

³¹ SRRD., 17 julio 1933, c. GRAZIOLI, vol. 25, dec. 55, n. 28, pág. 477.

³² SRRD., 15 marzo 1933, c. JANASIK, vol. 25, dec. 18, n. 16, pág. 151.

³³ SRRD., 9 junio 1943, c. CAIAZZO, vol. 35, dec. 44, n. 5, pág. 426.

³⁴ SRRD., 29 abril 1935, c. MASSIMI, vol. 27, dec. 31, n. 5, pág. 276.

³⁵ SRRD., 16 octubre 1943, c. JULLIEN, vol. 35, dec. 69, n. 6, pág. 738.

dixerunt se nihil scire, omnia declarasse juxta actricis vota. Jure suspicari licet eiusdem furfuris esse testes quoque, in processu primae instantiae excussos, ac jure merito affirmari posse nullam mereri fidem actricem quae tales testes suum in favorem induxit”³⁶.

d) *Influyen en las segundas declaraciones judiciales, mermando la eficacia de éstas.*—Ya hemos tratado anteriormente de la estimación correspondiente a los testimonios reiterados. Dada la sospecha que acompaña a estas declaraciones extrajudiciales preconstituidas y supuesto el influjo de los relatos primeros en los posteriores, es lógico que las declaraciones judiciales subsiguientes pierdan eficacia.

“Demonstratio, quae affertur per testes, jam a limine gravatur legitima suspicione, inde exurgente quod —ut liquet ex interrogatorio actoris— testes praecipui, jam ante eorum examen, super iis, de quibus rogandi erant, scriptas declarationes in manum actoris ejusve patroni dederant... Quae ratio parandi processum —quam jam improbavimus utpote contra canones egestam. in alia coram Nobis, die 10 augusti 1929 (SRRD., vol. 21, págs. 427 ss.)— illud praeterea incommodi habet, quod iudex dubius haerere debet, utrum testis liber in deponendo sit, an potius sese obligatum sentiat non contradicendi quae coram actore jam fere sponderat”³⁷.

e) *Cabe que, según las circunstancias que concurran, así pueda concedérseles mayor o menor peso.*—Todo queda a la prudente discreción del juez:

1.º A veces se les concede valor adminicular:

“Additur declaratio scripta patris Roberti, qui jam mortuus est. Hoc documentum, jurejurando non confirmatum, veram haud praebet probationem, sed adminiculum non est praetereundum”³⁸.

“Nonnullae epistolae sunt, perinde ac illae quas superius examinavimus. simplices declarationes extrajudiciales scriptae atque a testibus missae Tribunali. Ita erunt considerandae litterae diei 19 martii 1963 notarii Dni J. P. ad actuarium tribunalis Dnum J. O. Sunt vero litterae absque ratihabitione, absque juramenti confirmatione, et non possunt quin exiguam vim habeant. Adde quod ex actis non constat qua ex ratione testis epistolam misit actuario et objectum circa quod, et a qua persona testis interrogatus fuit. Quaedam igitur suspicio non potest quin oriatur”³⁹.

2.º Otras veces adquieren peso considerable, porque la manifestación se hizo ante dos testigos cuando estaba para morir, y porque había manifestado lo mismo anteriormente y por separado a dos personas distintas:

“Neque deest in actis confessio ipsius metus auctoris, qui morti proximus, scriptam declarationem coram duobus testibus exaravit, qua veritatem in

³⁶ SRRD., 7 enero 1942, c. PECORARI, vol. 34, dec. 2, n. 8, pág. 29.

³⁷ SRRD., 27 julio 1931, c. MANNUCCI, vol. 23, dec. 38, n. 7, pág. 329.

³⁸ SRRD., 15 abril 1944, c. HEARD, vol. 36, dec. 24, n. 8, pág. 268.

³⁹ SRNA., *Pampilonen.*, Null. matrim., M. - D., 26 noviembre 1965, n. 29, c. DEL AMO.

libello dein relatam, firmiter testatus est. Porro haec avunculi declaratio, circa quatuor hebdomadas ante ejus mortem conscripta, manu ejus subscripta, magni ponderis est, eo vel magis quia bini testes singilatim ab eodem de incusso metu certiore jam antea facti fuerant”⁴⁰.

3.º Son estimadas en mucho y se las da fe, por haber tenido lugar en horas próximas a la muerte, cuando estaba confesado o había recibido los últimos sacramentos, y ante testigos o ante el párroco:

“Pater atricis suam imputabilitatem magis ac magis recognovit, declaravit et maxime ipsa mortis die confessus est”⁴¹.

“Pater metus incussor in ejus extremo morbo sacerdoti manifestavit sibi ipsi matrimonii celebrationem imputandam esse”⁴².

“Porro matris confessio, tempore non suspecto, immo et dum morti esset proxima, edita, magni est habenda”⁴³.

“Magis est habenda, nam aliis testibus cohaeret et in articulo mortis coram parrocho duobusque testibus depositioni subscripsit suae extrajudiciali”⁴⁴.

“In declaratione coram quatuor testibus et parrocho... Quoad fidem declarationi tribuendam PP. dixerunt, plenam merito adjudicandam, quia a parrocho tempestive collecta postquam declarans mater sacramenta susceperat”⁴⁵.

f) *Deber del juez instructor con respecto a la doble declaración extrajudicial y judicial.*—El juez que admite en los autos esas declaraciones escritas y oye después en juicio a esos declarantes, no debe omitir el preguntar al testigo si se ratifica en sus dichos bajo juramento, si puede explicar, sea la uniformidad, sean las discrepancias o contradicciones entre su declaración extrajudicial y la judicial.

“Judex nihilominus quod epistolae ex se ipsis vehementissimae suspicioni obnoxiae jam essent: a) Alteri parti non communicavit; b) immo subscriptorum nomina, contra praescripta can. 1.760 et 1.763, parti nota non fecit; c) et quod magis absonum videtur, cum subscriptores earum postea in judicio ut testes exceptit ab eis nihil exquisivit, uti sui officii erat, circa epistolas, sciscitando nempe a quo, quando, seu de cujusnam consilio vel mandato et apud quem epistolae exaratae fuerint; d) pariter omisit quaerere num illas confirmarent necne et quomodo illae convenirent vel discreparent cum assertis ipsorum coram iudice interrogante”⁴⁶.

g) *Prevalece la judicial sobre la extrajudicial.*—Pueden darse dos casos: Que preceda la judicial a la extrajudicial, y viceversa. Si hubiere precedido la

⁴⁰ SRRD., 4 agosto 1928, c. QUATTROCOLO, vol. 20, dec. 39, n. 7, pág. 359.

⁴¹ SRRD., 2 mayo 1925, c. JULLIEN, vol. 17, dec. 24, pág. 186.

⁴² SRRD., 25 abril 1934, c. MASSIMI, vol. 26, dec. 23, n. 4, pág. 227.

⁴³ SRRD., 16 agosto 1915, c. SINCERO, vol. 7, dec. 38, n. 3, pág. 427.

⁴⁴ SRRD., 16 enero 1920, c. PRIOR, vol. 12, dec. 2, n. 5, pág. 11.

⁴⁵ SRRD., 11 junio 1932, c. GUGLIELMI, vol. 24, dec. 23, nn. 8-12, págs. 217-219.

⁴⁶ SRNA., *Barcinonen.*, Sep. con., S. - M., 6 marzo 1967, n. 12, c. PÉREZ MIER.

declaración judicial a la extrajudicial, debe prevalecer normalmente la primera, por ser de ordinario menos sospechosa, más deliberada y además testimonio calificado hecho ante el juez bajo juramento.

"Mulieris manifestatio extra iudicium, utpote non jurata et non spontanea, quia emissa coram insistenti viro, praevalere nequit alteri contrariae depositioni juratae emissae in iudicio ab eadem muliere". "Si testis extra iudicium dicat quid contra iurum, statur potius dicto iudiciali, etsi quis dicat expresse, se falsum dixisse in iudicio, c. 9, X, II, 20" (MASCHEAT: *Cursus Jur. Can.*, lib. II, t. 20, n. 17); "quia testimonium iudiciale et iuratum praesumitur magis deliberatum, et est testimonium qualificatum" (SANTI: *Praelect. Jur. Can.*, lib. II, pág. 148)⁴⁷.

"Declaratio extrajudicialis, nec juramento firmata, et insuper tempore suspecto emissa. . . destruere haud potest testimonium iudiciale, rite iuratum, tempore non suspecto emissum"⁴⁸.

"Regulare est quod, si extra iudicium aliquid asserat testis, quod contradicat depositioni iudiciali juratae standum est huic depositioni juratae, quia testimonium iudiciale et iuratum praesumitur magis deliberatum, et est qualificatum testimonium"⁴⁹.

"Mater surda parum deposuit interrogationibus scriptis, dein declarationem obtulit scriptam, "come parte integrale della sua deposizione", quae vero admitti nequit"⁵⁰.

En el segundo caso, es decir, cuando la declaración judicial es posterior a la extrajudicial, ¿dejará de preferirse la primera o anterior, según la norma corriente?

Nos hemos encontrado con alegatos, sobre todo si las declaraciones extrajudiciales se hicieron ante notario, en los que se aboga por la preferencia de éstas en contra de las posteriores judiciales. ¿Razón? Porque —según dicen— es de suponer que el testigo hizo sus relatos la primera vez con más espontaneidad e independencia; después en el juicio con el influjo de sus solemnidades y de la sugerencia de los interrogatorios no dijo sino aquello a lo que subjetivamente se creía obligado.

Pero esta razón, al menos en los juicios eclesiásticos en los que se observan las normas procesales, no convence:

1.º Porque hallándonos en un campo de presunciones, hemos de seguir la máxima que enseña la experiencia sobre el común de los casos, mientras no se demuestre la excepción en un caso concreto. Pues bien, lo verosímil y probable, por ser lo ordinario y corriente, es que las declaraciones extrajudiciales preconstituidas, de las que nos ocupamos, se hacen de ordinario por motivos inconfesables, con una preparación diligente, con instrucción muy cuidada, ora por relatos escritos que se entregan a los declarantes, ora por

⁴⁷ SRRD., 30 noviembre 1910, c. MORI, vol. 2, dec. 32, n. 9, pág. 342.

⁴⁸ SRRD., 26 mayo 1913, c. CATTANI, vol. 5, dec. 29, pág. 330.

⁴⁹ SRRD., 28 febrero 1940, c. QUATTROCOLO, vol. 32, dec. 18, n. 7, pág. 187.

⁵⁰ SRRD., 19 diciembre 1945, c. WYNEN, vol. 37, dec. 81, n. 10, pág. 737.

enseñanza oral, ora por preguntas sugestivas u otras indicaciones que se van haciendo durante el acto de la declaración, al que suele asistir el interesado o su consejero.

2.º Adviértase, por otra parte, que no se trata, al estimar la rectificación hecha en juicio, de negar la fe pública del notario o el crédito de la autoridad o de los testigos que adveran el hecho de la declaración extrajudicial, sino más bien de si el declarante dijo o no la verdad en sus dichos, si declaró lo que sabía o lo que le habían dictado, etc. Además, como el testigo que en juicio rectifica o revoca sus afirmaciones, prevé el perjuicio que puede seguirsele, resulta más probable que ahora no mienta y que su rectificación sea correcta.

3.º No debe olvidarse la diferencia existente entre manifestaciones fuera de juicio y testimonios prestados dentro de él. Aquéllas muchas veces se deben a circunstancias de complacencia, de compromiso más o menos obligado; en los testimonios judiciales hay mayor responsabilidad, no sólo por la santidad del juramento, sino por el grave deber que lleva consigo la gravedad de la causa y los intereses afectados, privados y públicos.

Pero, en fin, de todas formas corresponde a la prudente discreción del juez valorar debidamente una y otra declaración, las cuales si discrepan en lo sustancial ya por esto indican un testigo poco íntegro y un testimonio sospecho. Al hacer la estimación, el juez deberá confrontar las declaraciones del testigo con las demás pruebas, queriendo descubrir en lo posible la verdad histórica de los hechos.

Si se comparasen entre sí declaraciones diversas hechas fuera del juicio, o sólo las prestadas dentro de él, valdría la norma general (que admite excepciones), según la cual: De ordinario merece más fe la primera, pero puede prevalecer la segunda, si anteriormente se adulteró la verdad por odio, o por mala voluntad, o por algún otro motivo⁵¹.

E) CERTIFICADOS E INFORMES

a) *Su uso en los tribunales eclesiásticos.*—Frecuentemente ante ellos se exhibe esta clase de testificaciones. Los interesados mismos son quienes buscan estos informes o certificados. A veces piden al tribunal que sea éste quien directamente los pida. El ruego se hace a particulares, a personas con cargo público, a organismos sociales, a departamentos de la administración pública. El objeto de la petición es variadísimo, según la relación que la materia del informe o certificado pueda tener con los hechos controvertidos en la causa judicial.

Abundan los informes de religiosidad, de buenas costumbres, de comportamiento social correcto, de buena conducta política. No faltan los que se pidieron a hospitales o sanatorios respecto a fechas de internación y cura-

⁵¹ SRRD., 19 diciembre 1945, c. WYNEN, vol. 37, dec. 81, n. 9, pág. 737.

ción, o al tratamiento seguido, o a la capacidad o incapacidad de un paciente. También hay otros que se requieren a empresas comerciales o industriales sobre sueldos y salarios, sobre conducta del empleado, sobre el desempeño de su oficio o cargo, sobre los medios de subsistencia, etc. A veces igualmente se llevan a los autos de las causas matrimoniales informes de empresas bancarias, de entidades profesionales, de sindicatos, etc., si se controvierten hechos relacionados con movimiento de cuentas, con usos y prácticas de tal o cual profesión, de tales o cuales cuotas, de unos u otros servicios percibidos, etc.

b) *Norma de orientación valorativa.*—Nuestro derecho procesal no da normas especiales de orientación determinada, fuera de la general de encomendar a la libre apreciación del juez la confesión extrajudicial (c. 1.753), los documentos privados (c. 1.817), las presunciones judiciales (c. 1.828); pero por analogía con este criterio puede decirse que la estimación de los informes y certificados se deja a la discrecionalidad del juez.

c) *Significado amplio de la palabra informe.*—Tomando este término en sentido amplio que comprenda tanto los informes públicos como los privados, podríamos llamar *informes* a las noticias o instrucciones que sobre determinados datos, hechos o personas, recibe el tribunal en escritos, destinados a comprobar en juicio las afirmaciones de los litigantes acerca de cuestiones o puntos controvertidos, o relacionados con éstos.

Los informes, aunque aparentemente son escritos o documentos y se exhiben como prueba instrumental, en realidad son más bien declaraciones extrajudiciales, o, si se quiere, prueba testifical sucedánea, en cuanto reemplaza o complementa al testimonio judicial, propiamente dicho.

d) *Estimación de los informes.*—La fuerza probatoria de los informes depende, como es claro, de la calidad de los informantes, de la seriedad con la que hayan informado, del motivo que hubo para informar, de la manera con la que se hizo el informe, de su contenido: positivo, negativo, genérico, concreto, evasivo, concienzudo, etc.

También influyen las circunstancias, en especial, 1.º la del tiempo al que se hace referencia en el informe, es decir, si a hechos o conductas pertenecientes a tiempo no sospechoso o, por el contrario, a determinados actos verificados cuando ya se trataba de preparar la separación conyugal o la declaración de la nulidad del matrimonio; 2.º la de la finalidad del informe dado, por ejemplo, si sólo fue por complacer al litigante amigo expresando, no toda la verdad, sino únicamente determinados extremos que le sean favorables.

e) *¿Qué son los certificados en el derecho probatorio?*—En sustancia no son sino informes que se hacen por escrito asegurando que cuanto en ellos se dice es verdad. No por esto el escrito se convierte en instrumento público. Este, como es sabido, exige cualidades especiales. En el certificado, según la intención y responsabilidad del certificador, se refuerza de algún modo su propia veracidad, análogamente a como se refuerzan los dichos de quien ha jurado decir verdad o haberla dicho. Pero nada más.

f) *Ejemplos de valoración jurisprudencial.*—La estimación mayor o menor que deba darse en cada caso a los informes y a los certificados, debe dejarse a la libre apreciación del juez, quien pesará con diligencia todas las circunstancias.

Véanse los siguientes ejemplos:

1.º Un informe médico es equiparado a una confesión extrajudicial:

“Documentum productum fuit, quo constat matrem laborare “arteriosclerosis con periodi di confusione mentale”, sed hoc documentum, utpote privatum, aequiparandum est confessioni extra iudicium factae, c. 1.817, et non habet vim probandi”⁵².

2.º A otro certificado médico, por haberlo hecho bajo juramento, se le concede buena estima, en cuanto testimonio extrajudicial:

“Prostat testimonium extrajudiciale medici, sed juratum, quod ob repentinam ejusdem mortem in iudicio confirmare non potuit, tum quoad conditionem, tum quoad instructionem uxori datam ad conceptionem praepediendam”⁵³.

3.º A un informe, falto de forma, se le reputa sospechoso y carente de valor:

“Ex duobus medicis unus inhibiti matrimonii haud recordatus, sed relationem scriptam absolute confidentialem, iudici haud exhibendam, tradidit; alter deponere recusavit ob secretum. Patet documentum illud extrajudiciale nullius esse momenti in iudicio”⁵⁴.

4.º En determinadas circunstancias se aprecia poquísimos los informes del párroco, del alcalde, del comisario de policía, del comandante de la Guardia Civil, de los jefes de varias empresas; informes obtenidos por procuradores y abogados para la defensa de sus clientes:

“Plura testimonia exquisita a parrocho, a municipii praeside, ab officialibus publicae securitatis, a custodibus civitatis, a delegato ordinis publici, a consiliis cujuslibet fabricae, operis vel industriae, sunt instrumenta quae non continent nisi circumstantias genericas personarum, rumores aut notitias de fama, adjuncta quae ad rem minus pertinent, et quia collecta fuerunt non directa iudicis indagine sed industria advocatorum ita suspecta apparent, ut nonnulla, verbi gratia, testimonia quae subsignavit parochus oppidi X, fuerint exarata ipsissima machina qua utebatur viri advocatus in ejus scriptis conscribendis”⁵⁵.

⁵² SRRD., 18 octubre 1945, c. FIDECICCHI, vol. 37, dec. 63, n. 9, pág. 569.

⁵³ SRRD., 13 enero 1945, c. WYNEN, vol. 37, dec. 3, n. 6, pág. 21.

⁵⁴ SRRD., 3 junio 1939, c. WYNEN, vol. 31, dec. 38, n. 8, pág. 378.

⁵⁵ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., F. - A., 26 junio 1959, n. 26, c. DEL AMO.

5.º Los informes valen más o menos en atención a su contenido y a la relación próxima o lejana con el hecho controvertido:

"Sacerdotis A. G. attestatio scripta est positiva quatenus affirmat: "El entonces mi feligrés B. A. infería a su esposa P. Z. insultos, siendo ésta objeto de malos tratos por parte de su esposo, quien con frecuencia la golpeaba públicamente. Asimismo el citado B. A. profería blasfemias contra Dios y sus santos, y esto hasta delante del sacerdote, quien repetidamente le llamó la atención". Cui attestationi, etsi factae ad instantiam partis, etsi non juratae, etsi in iudicio non confirmatae verbo sacerdotis, omnis valor non est abjudicandus, saltem quatenus grave indicium adjuvans testium declarationes.

"Aliae attestaciones a viro exhibitae atque confectae ad ejus instantiam sunt manifestationes diversae infimi vel nullius valoris ad rem de qua agimus in iudicio, nam sunt negativae vel genericae, praesertim quoad vitae rationem laboralem, socialem, politicam: "No consta nada en contra", "Es persona de buena conducta". Sunt ergo documenta privata quae minime enervant valorem plenum effermatum per caeteras conjunctim aestimatas probationes quas examinavimus"⁵⁶.

6.º A certificados de la Oficina de Correos sobre giros postales se les da fe:

"Sunt documenta quae viro favent quaeque mendacia atricis certo ostendunt. Sine dubio convento favent documenta ex quibus constat maritum commorantem in Germania, non bis aut ter et solum quatuor aut sex millia pesetarum, juxta uxoris asserta, sed potius septies et usque ad summam unius et viginti millium pesetarum, misisse uxori, ut ea et filia alimenta haberent. Quae propter iterata uxoris mendacia cunctae ejusdem affirmationes fiunt suspectae, nisi de eis certo constet ex actis et probatis"⁵⁷.

7.º Son dignos de crédito los informes del Comisario Jefe de la Dirección General de Seguridad y del Primer Jefe de la Dirección General de la Guardia Civil:

"Magni facienda sunt documenta super pessimis uxoris moribus ob carnale commercium cum amasio aliove quolibet viro. Veluti testimonia, etiamsi non judicialia, considerari possunt attestaciones quae, rogante iudice ecclesiastico, peregerunt in casu Directores sive Securitatis Publicae, sive Ordinis Publici...

Momentum harum attestationum gravissimum quidem est: 1.º, Quia personae fide dignae attestantes non respondent nisi Judici interroganti ad causam cognoscendam in iudicio ecclesiastico super conjugum separatione. 2.º, Quia testimonia procedunt ex fonte diverso: "Dirección General de Seguridad" et "Dirección de la Guardia Civil"; sese complent adjunctis congruentibus; in substantialibus inter se perfecte cohaerent. 3.º, Quia non generaliter attestantur, sed referunt circumstantias loci, temporis et perso-

⁵⁶ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., Z. - A., 8 febrero 1965, n. 14, c. DEL AMO.

⁵⁷ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., A. - M., 28 octubre 1968, n. 8, c. DEL AMO.

narum. 4.º, Quia clarius luce adulterium affirmatur, quum attestaciones significant A. habere "relaciones íntimas con individuos", vel eam agere "vida airada"⁵⁸.

F) INFORMES ESCRITOS DE DETECTIVES

a) *Característica del detective y de sus informes.*—El detective no es un testigo espontáneo en el sentido de haber presenciado los hechos inopinadamente. Tampoco es propiamente el llamado testigo rogado. Resulta más bien un testigo preconstituido, buscado ex profeso para que haga pesquisa e informe confidencialmente por escrito. Quien le busca suele tener el propósito de presentar el informe del detective al tribunal, como medio de prueba. El detective es un agente de investigación, al que, como es lógico, hay que pagar, para retribuir sus servicios.

Los informes de los detectives, aunque dados para efectos estrictamente confidenciales y privados, se presentan con relativa frecuencia en los tribunales eclesiásticos a modo de prueba instrumental, particularmente en los pleitos de separación por adulterio. Hay veces que la parte actora se lamenta de no poder aportar más hechos concretos y más noticias sobre la infidelidad de su consorte por carecer de medios económicos para valerse de las agencias de investigación.

Todo esto nos indica dos realidades innegables:

1.ª La necesidad histórica de acudir en la vida moderna a esta clase de pesquisadores, quienes por su especialidad pueden averiguar lo que es inaccesible al común de las demás personas, sobre todo en las causas de prueba muy difícil, como son las de adulterio.

2.ª Lo costoso de preconstituir estos testigos (los detectives), quienes naturalmente no trabajan ni prestan sus servicios sin una retribución remuneradora.

Ambas realidades hay que considerarlas en nuestros días, dada la vida que se hace en las grandes ciudades: La primera, para no rechazar siempre y sin consideración alguna esta clase de informes; puesto que según máxima jurídica procesal, "Probationes sunt admittendae, quando possunt quoquo modo ad causam conferre, etiam pro solo adminiculo vel coniectura". La última, para no dejar de someter el informe a una crítica severa y diligente.

b) *La modalidad de estas declaraciones es sospechosa.*—Veamos en qué sentido y la razón de ello: El fin de sus pesquisas y de sus servicios retribuidos, es conseguir un éxito positivo en sus tareas difíciles, lo cual ya supone e implica cierta parcialidad a favor del cónyuge que paga el servicio pedido. Precisamente por esto se tiene interés en que las investigaciones sean eficaces. En gracia a ello, es muy humano que los detectives propendan, dada su preocupación, a interpretar los hechos sólo en un sentido, incluso a darles una gravedad superior al significado que correctamente pueden tener.

⁵⁸ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., A. - M., 28 octubre 1968, n. 18, c. DEL AMO.

En las causas de adulterio nos enseña la experiencia que las informaciones de los detectives, si concretan circunstancias, hechos y personas que puedan ser examinadas en juicio, ofrecen al tribunal indicios de valiosa ilustración para descubrir la verdad de los hechos. Pero, al contrario, si sus informes escritos se reducen a manifestar, por ejemplo, que un agente de investigación montó un servicio a tal hora y en tal parte, y que la persona objeto del informe entró en tal o cual parte y que la vio acompañada con una persona alta o baja, vestida así o de la otra manera, y que ambas personas montaron en un coche, o que entraron en una cafetería, etc., etc., estas noticias valen poquísimo o nada, si faltan en los autos otras pruebas legales de mayor eficacia.

Además tienen contra sí estas informaciones el carecer de garantías de credibilidad:

1.º Porque es anónimo el agente que informa, por lo general, y la Agencia no se hace responsable de la verdad e interpretación que se da en el informe a los hechos.

2.º Porque estos agentes de investigación intervienen deliberadamente con la intención y el anhelo de satisfacer el deseo de quien acude a ellos, y por esto ya dejan de tener completa independencia, o por lo menos, la debida espontaneidad en la percepción y en los relatos que interpretan los hechos.

3.º Porque, al contratar la Agencia con los pesquisadores, éstos tienen un interés natural de supervalorar su servicio para el propio prestigio personal y para renombre de la Agencia, aun cuando sufra algún detrimento la objetividad del informe que ofrecen.

4.º Porque, al trabajar como perquisitante, pierde la espontaneidad e imparcialidad del testigo ocasional, y es fácil que, consciente o inconscientemente, altere de algún modo la verdad objetiva con exageraciones, al pretender describir y pintar los hechos con mucho colorido y lujo de detalles.

c) *Admisión y valoración de estos informes en el juicio canónico.*—La admisión de esta especie de prueba moderna, sucedánea del verdadero testimonio, depende de la discrecionalidad del juez, quien con suma diligencia debe atender tanto a los elementos subjetivos y formales, cuanto al contenido del informe, el cual ora ofrece noticias importantes para la cuestión controvertida, ora sólo cosas fútiles, impertinentes o carentes en absoluto de relevancia.

El juez podrá ver la impertinencia, si los hechos que se relatan en el informe no afectan al dubio propuesto en la litis, por versar sobre cosas extrañas al juicio, o por tratarse de hechos secundarios intrascendentes respecto al mérito de la causa.

Cuando estas declaraciones extrajudiciales se exhiben como documentos en la primera instancia y oportunamente, si hubiera duda positiva sobre si

son manifestaciones pertinentes o impertinentes, conviene que se acceda a la propuesta de la parte, principalmente porque los adulterios son hechos de prueba difícil, en la que importa mucho pesarlo todo, en orden a la prueba compuesta perfecta.

Pero notémoslo bien: No por admitir estas pseudo declaraciones en el juicio, quiere decirse que puedan valorarse sin las cautelas suficientes y sin la severidad judicial debida, es decir, sin un exigente examen crítico, cual el que debe hacerse, ora con declarantes que no ratifican sus dichos en juicio dando razón de su ciencia y de sus manifestaciones, ora con los testigos sospechosos por amistad, dependencia, interés o especial afecto.

d) *Dos ejemplos de apreciación.*—Manteniendo el mismo criterio se resuelve en sentido distinto, como lo exigían las circunstancias diversas de cada causa y el contenido muy diferente de las declaraciones escritas extrajudiciales.

Primer caso: Admitido el documento, es valorado positivamente en atención a las circunstancias que concurren:

“Ex testibus in iudicium ab actrice inductis, quatuor solummodo apparent, qui conditionem induunt investigatorum privatorum, juxta mercedem acceptam, cujusque mercenaria ratione, eo ipso suspecti praesumuntur, ut fides eisdem non facile adscribatur. At praesumptio locum cedere debet veritati. Hi autem privati vitae alienae investigatores, qui hispano sermone “detectives” appellantur, suis privatis informationibus, *coram iudice ecclesiastico rati-habitis*, non pauca indicia praebent de vita adulterina viri conventi, et quidem cum soluta M. R. J., de quorum suspecta consuetudine palam attestantur... Cum vero hae attestations apprime concordent cum argumentis aliunde collectis, ac praecipue cum documento officiali publicam faciente fidem, nequeunt sperni”⁵⁹.

Segundo caso: Se ofrece una información de detectives como prueba instrumental en segunda instancia, pero siendo un escrito impreciso en cuanto a personas y hechos, no conteniendo sino afirmaciones genéricas y careciendo de relevancia probatoria todo el relato, no se admitió la prueba propuesta:

“Probationes irrelevantes nullius sunt valoris, et ideo a iudice sunt rejiciendae. Qua in quaestione agenda tum partes proponentes tum tribunal prae oculis habere debent dubium solvendum seu cardo controversiae, nam frustra probatur quod probatum non relevat... Quartum documentum non est nisi votum exaratum ad instantiam partis ab eis qui vulgo dicuntur “Detectives privados”. Juxta eos “su informe se extiende a efectos estrictamente confidenciales y privados”, “sin garantía ni responsabilidad, estando dispuestos a rectificar”.

Non ergo hujusmodi instrumentum constituere potest probationem judicialem. Insuper in casu laudati inquisitores facta et circumstantias non referunt; indicant quidem personas rem scientes, non tamen significant facta

⁵⁹ SRNA., *Barcinonen.*, Sep. conj., R. - T., 7 febrero 1968, n. 11, c. LÓPEZ RUYALES.

ab unoquoque scita, articulos aliasve condiciones in testibus producendis requisitas. Agitur ergo de voto penitus inefficaci nostro in iudicio ad probationem efficiendam”⁶⁰.

G) LA CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL PRECONSTITUIDA DESDE ANTES DEL MATRIMONIO.

a) *Modalidad de esta prueba.*—Sucede que en algunos casos quienes se casan, los dos o uno de ellos, han planeado dejar constancia fehaciente de su resolución (verdadera o fingida) de simular el consentimiento, o de excluir la prole, la indisolubilidad o cualquiera otro de los elementos esenciales del matrimonio.

Para realizar este su plan, el novio o la novia manifiesta su voluntad por escrito, mete esta escritura en sobre cerrado, y a modo de testamento ológrafo, o de cualquiera otro documento, lo entrega y deposita en una notaría, para que bajo la fe pública del notario no haya duda ni de la existencia de esa manifestación escrita, ni del tiempo en el que fue redactada, anterior a la celebración del matrimonio.

El caso en sustancia no variaría, si en vez de entregar el compareciente un documento, hiciese su confesión oralmente de forma que ella constase con certeza por la fe pública de un notario o por el testimonio de personas dignas de todo crédito.

Pasado el tiempo, si la vida del matrimonio no resulta feliz, se acude al Tribunal acusando la nulidad del matrimonio y ofreciendo como prueba un documento público: El acta notarial que se levantó antes de la boda con la manifestación preconstituída ya desde entonces, para si hubiere caso, contar en su día con una prueba eficiente.

Ante estos modos surge la cuestión de averiguar cuál es el origen, cuál la naturaleza, cuál la eficacia probatoria de estos escritos depositados en la notaría.

b) *Su origen.*—Nos place transcribir lo que sobre este punto escribe una sentencia de la Sagrada Rota Romana:

“Animadvertatis volumus morem praeconstituendi probationem simulati consensus (exclusionis boni sacramenti) per chartulas inductum esse a personis, quarum pravalens voluntas erat validum ineundi canonicum matrimonium, quaeque secutae sunt consilium quorundam antecessorum, quos inter Dominicus Schiappoli, quondam Profesor juris canonici in praeclara Universitate Neapolitana, qui ut ostenderent praxim Ecclesiae admittendi causas matrimoniales, in quibus nullitas vinculi contenditur ex simulatione, totali vel partiali, consensus, viam aperire divortio, per speciem consilium dandi discipulis, ejusmodi loquebantur: “Prima del matrimonio scrivete una carta,

⁶⁰ SRNA., *Oveten.*, Sep. conj., Incidentis de probationibus admittendis, A. - M., Decretum, die 26 januarii 1968, nn. 7 et 12, c. DEL AMO. En REDC., vol XXIV (1968), pág. 411.

in cui dichiarate di escludere la perpetuità del vincolo, e consegnatela al notaio. Se tutto andrà bene, la lascerete dormire, altrimenti la riesumerete per riacquistare l'agognata libertà".

Itaque praedicti juris antecessores, secus ac censuerunt Cappello alique viri ecclesiastici, optimo moti consilio seu fine, nempe tuendi indissolubilitatem matrimonii in Italia, mordaci ironia improbarunt concessionem actionis conjugibus, qui contendant se in nuptiis ineundis mimum egisse vel proprietates essentielles matrimonii respuisse"⁶¹.

c) *Su naturaleza*.—Esas escrituras preconstituidas ¿son documentos públicos? El auditor de la Sagrada Rota Romana, monseñor Aurelio Sabattani, como ponente, en la sentencia de 26 de abril de 1963, examinando una causa de Madrid sobre nulidad de matrimonio por vicio o falta de consentimiento, trata ex profeso estas cuestiones por haberle presentado la parte ese medio de prueba: Una confesión extrajudicial escrita y depositada ante notario, quien da fe de haberla recibido y custodiado, la cual ahora es reconocida en juicio por el interesado como escritura suya y genuina⁶².

Expone esta sentencia que, según algunos, las actas notariales con el escrito o la deposición del declarante deben considerarse documentos públicos, a los que ha de otorgarse fe plena (c. 1.816), y según otros, sólo son documentos privados, a los que no puede darse otro valor que el correspondiente a una confesión extrajudicial.

A juicio del turno rotal, estos escritos presentados al notario y luego al tribunal, no son documentos públicos, ni merecen fe plena. ¿Por qué? Porque no es lógico ni lícito confundir el escrito privado y su contenido con el hecho histórico de haber sido depositado en la notaría, de lo cual da fe el notario, no de lo referente a la verdad y sinceridad que haya en el contenido del escrito, o en su lugar, de las manifestaciones orales del declarante ante el notario.

Aun cuando —prosigue la sentencia— el acta notarial haga constar las manifestaciones del declarante, y este acta sea documento público (c. 1.816); ella sólo hace fe acerca de aquello que directa y principalmente afirma el notario, es decir, acerca del hecho de haber sido allí en tal fecha depositado ese escrito, o de haber oído al compareciente tal o cual manifestación; pero no de la verdad de las manifestaciones.

Los auditores invocan en apoyo de su doctrina y de su apreciación la conocida sentencia rotal de 5 de junio de 1926⁶³.

Estas manifestaciones son *escrituras privadas*, las cuales contienen una declaración de la voluntad del novio firmante, haciendo constar que el con-

⁶¹ Sentencia de la S. Rota Romana, 29 abril 1964, n. 13, c. DE JORIO: en *Ephemerides Juris Canonici*, Roma, XX (1964), pág. 348.

⁶² Sentencia Rotal de 26 de abril de 1963, c. SABATTANI: en *Jus Canonicum*, Pamplona, vol. VII, fasc. II (1967), pág. 519. Sigue un comentario interesante a la sentencia escrito por CARMELO DE DIEGO.

⁶³ SRRD., 5 junio 1926, c. FLORCZAK, vol. 18, dec. 24, n. 7, pág. 195.

sentimiento que va a manifestar expresamente en el acto de la celebración del matrimonio no responderá a su voluntad interna.

En cuanto escritura, tiene acepción de documento privado (c. 1.813, § 4), pero necesita reconocimiento en juicio (c. 1.815), para que pruebe contra el autor o firmante, como si fuese una confesión extrajudicial (cc. 1.817, 1.753).

Mas como esta especie de manifestaciones no se aducen para que prueben contra el autor, sino *a su favor y contra el vínculo*, fluye que, en cuanto escritura privada, no prueba al modo de confesión extrajudicial en sentido estricto. La escritura expone el hecho de una declaración en tiempo y lugar determinados; pero contra este hecho pueden oponerse otros hechos y otras circunstancias que excluyan esa voluntad expresada, y esto mucho más si ese acto de voluntad ha de relacionarse con actos de voluntad en tiempos distintos.

Propiamente, pues, no se trata de *confesión* en sentido estricto, cuya característica es haberse hecho *contra se et pro adversario* (c. 1.750).

¿Es prueba preconstituida?—En el epígrafe de este apartado hemos usado y unido estos tres términos: “Confesión extrajudicial preconstituida”. Tomamos la palabra *confesión* en el sentido amplio, equivalente a manifestación, declaración, exposición, hecha fuera de juicio, no por cualquier persona, sino por un litigante. De aquí el haber preferido el sustantivo de *confesión*, y el calificativo de *extrajudicial*. El adjetivo *preconstituida* es para significar que la declaración fue intencionada, preparada, para contar en su día con una prueba.

Conviene advertir que Bentham, autor del término en el derecho probatorio, entendía por *preconstitución* los documentos auténticos, hechos según forma legal, para que, si eventualmente hubiera necesidad, pudieran exhibirse como prueba. Pero Bentham y la doctrina que le siguió suponen que esos documentos preconstituidos emanan de ambas partes, las cuales se procuran una fuerza preexistente *antilitigiosa*, una como vacuna que prevenga el mal del litigio entre ellos; mas no como reserva para litigar, ni mucho menos como instrumento para cómodamente engañar a la otra parte con perjuicio no sólo de intereses privados, sino también de los sociales.

Por esto la doctrina ha distinguido entre documentación propiamente preconstituida y documentación simplemente preexistente en tiempo no sospechoso, a la cual califica de *semipreconstituida*, la cual se caracteriza por proceder, no de las dos partes, sino solamente de una.

En nuestro caso habría que hablar de una escritura, o manifestación oral ante notario, intencionada, preexistente, pero en rigor no de documento preconstituido (porque no es de las dos partes), ni siquiera semipreconstituido (porque se hizo *in tempore suspecto*). Se trata más bien de una confesión, en sentido de manifestación o declaración hecha intencionadamente fuera del juicio contra el futuro matrimonio, para un día tener prueba preexistente (preconstituida en sentido amplio).

¿No será una contraescritura o contradecларación?—Los procesalistas del fuero civil, tratando en el derecho probatorio de la falsificación ideológica

de documentos para fines tributarios u otros semejantes, se han visto en la precisión de estudiar y valorar las llamadas *contraescrituras*. Estas no son otra cosa que documentos privados hechos para enervar o alterar lo pactado en escritura pública, prescindiendo de cualquier consideración ética.

Los contratantes se valen de las escrituras públicas para no correr determinados riesgos jurídicos; pero secretamente utilizan las *contraescrituras* para hacer constar sus firmantes que las convenciones o declaraciones consignadas en las escrituras públicas, otorgadas por ellos mismos, o no se tendrán en cuenta, o estarán sujetas a determinadas cláusulas y condiciones en ellas no expresadas.

Cuando la obligación tributaria no surge del acto jurídico consignado en documento, sino más bien de datos procedentes de libros de contabilidad, se opta por *doble contabilidad*, la de un libro contra la del otro.

En resumen, las *contraescrituras*, o sus modos análogos, se reducen en sustancia a contradecir en todo o en parte con un acto secreto durante algún tiempo, lo que se hizo con otro acto patente.

En los casos que nosotros contemplamos, las escrituras o manifestaciones tienden a declarar que será fingida la manifestación del consentimiento en la celebración del matrimonio; pero esta figura es distinta de la correspondiente a las *contraescrituras*, por las siguientes razones.

1.^a Porque el proponer en tiempo precedente al matrimonio fingir el consentimiento, o puramente el manifestar el propósito, no es falsear ideológicamente un documento público o un libro de cuentas estampando la verdad en otro documento privado o en otro libro de cuentas.

2.^a Porque siendo mudable la voluntad del hombre (“*Hominis voluntas ambulatoria est*”), pudo variar y ser una la del día de la escritura, y otra distinta la del día de la boda, cuando manifestó el consentimiento.

3.^a Porque el matrimonio, en términos del Vaticano II, “*irrevocabili consensu personali instauratur*”; luego la verdad del consentimiento depende del prestado en el acto de la celebración, no de revocaciones posteriores o de manifestaciones precedentes suspectas.

4.^a Porque son posibles dos fraudes distintos e independientes: uno, el de preconstituir en tiempo sospechoso una escritura para con ella pedir la nulidad del matrimonio, si esto conviniere, y otro fraude, el de simular el consentimiento, para no contraer matrimonio verdadero.

5.^a Porque en nuestro caso hay dos o tres declaraciones, en cuanto hechos diversos: La declaración de estar dispuesto a simular el consentimiento, hecha ante notario; la declaración jurada de estar dispuesto a prestar consentimiento verdadero y genuino, hecha ante el párroco en el procesillo prematrimonial y regularmente en tiempo posterior a la precedente; por fin, la declaración expresa en el acto de celebrar el matrimonio. Las dos primeras recaen sobre una disposición personal respecto a un acto futuro, y son con-

tradictorias; la tercera afecta al hecho mismo de prestar el consentimiento por palabras de presente, y tiene a su favor una fuerte presunción legal (c. 1.086, § 1). De todas formas, estas tres declaraciones no son sino hechos indiciarios, no pruebas perfectas.

d) *Su valor probatorio*.—Traigamos a la vista el texto mismo de la sentencia de Sabattani:

“Chartulae ad matrimonium exinaniendum antea paratae, accensendae sunt quidem confessionibus extrajudicialibus, quarum tamen valor superare potest adminiculum probationis”.

La razón de apreciar así esta clase de manifestaciones preconstituidas parece radicar en que, a tenor del canon 1.753, la confesión extrajudicial puede tener mayor o menor eficacia, a criterio del juez, atendidas todas las circunstancias del caso. Por tanto, si las circunstancias que concurren son ciertas y favorecen al sentido de la confesión, todo en conjunto puede producir certeza moral, como sucedió en la célebre causa *Ulixbonen*, resuelta afirmativamente por la Sagrada Congregación del Concilio en 8 de julio de 1724⁶⁴.

Para demostrar que estas confesiones extrajudiciales pueden alcanzar mayor eficacia que la propia de un adminículo, contra la norma del artículo 116 de la *Instrucción* del año 1936, sobre procesos de causas de nulidad de matrimonio, Sabattani invoca tanto el canon 1.753 como los artículos 163, § 1, y 164 de la misma *Instrucción*, en cuyas normas no se pone límite a la discrecionalidad del juez.

e) *Requisitos que han de concurrir en la escritura para que merezca estimación de confesión extrajudicial*.—Como la libre apreciación del juez no es valoración arbitraria; es lógico que a estas confesiones extrajudiciales no se les conceda fe alguna si carecen de aquellas condiciones que son precisas, para poder dar crédito, sea a una escritura privada, sea a manifestaciones hechas oralmente. Veamos esas condiciones:

1.ª El escrito ha de ser auténtico, genuino y pertenecer a tiempos anteriores a la boda.

2.ª Debe haber sido escrito a ciencia y conciencia de lo que declara, no por burla o broma, no por imitar inconsideradamente lo que otro amigo hizo, o por hacer lo que dicen se hace según supo por lecturas o por noticias que corren.

3.ª Ha de ser confesión libre, espontánea, verdadera: “Ut confessio qualis sit libere, sponte et considerate facta, videlicet cum perfecta deligeratione et cognitione objecti ejusdem confessionis; hinc non vi, non metu, non errore, non dolo emissa”⁶⁵.

⁶⁴ *Fontes Juris Canonici*, vol. V, pág. 654, n. 3.201.

⁶⁵ VILLEGGIANTE S.: *De chartulis et declarationibus contra valorem matrimonii praeparatis*, en *Monitor Ecclesiasticus*, Roma 1962, fasc. III-IV, pág. 563.

f) *Complemento indispensable de la confesión extrajudicial.*—Aun cuando a esta especie de confesiones extrajudiciales no les falte en un caso concreto las condiciones requeridas, anteriormente dichas; todavía de suyo no tienen sino *un elemento*: El preconstituido. Este puede ser, o la escritura propia, o la manifestación oral hecha. Pero sólo con esto no tienen eficacia: necesitan un suplemento que remedie la carencia propia y típica de la confesión extrajudicial.

Este suplemento es lo que anteriormente hemos llamado *elemento eficaz*, es decir, el valor de una prueba legítima que demuestre dos cosas: La existencia del acto y la genuinidad del contenido.

Ciertamente, el notario puede dar fe pública de lo que percibe con sus sentidos; mas no acerca de la verdad y sinceridad del contenido bajo las palabras dichas o escritas por el compareciente. Esto ha de probarse en cada caso por el conjunto de otras pruebas atendiendo a todas las circunstancias (c. 1.753), de modo que precisamente por la eficacia de este suplemento no quede duda positiva acerca del contenido de la confesión, a saber: De su manifestación libre, sincera, verdadera, deliberada, no dolosa, sino fiel a la voluntad interna.

Recuérdese que la confesión extrajudicial respecto a la prueba de la simulación tiene un valor positivo en cuanto *principio* y *fundamento* de prueba que ha de practicarse; pero ella de suyo no constituye argumento concluyente ni prueba perfecta. Es más, como en otra parte hemos escrito sobre la eficacia de la confesión extrajudicial⁶⁶, ella sola no basta y sin ella puede haber prueba plena de la simulación: Será, como es lógico, prueba muy difícil, pero es posible. Lo admite expresamente un ilustre auditor de la Rota Romana: "Tunc simulationis probatio difficilior evadit; oporteret enim quod et causa gravior esse et circumstantiae loculentiores, quae consensus fictionem probarent"⁶⁷.

Dedúcese de lo expuesto que la escritura que contiene la confesión extrajudicial no es documento público (*probatio probata*), sino escritura privada o declaración de persona privada fuera de juicio (*probatio probanda*).

g) *Criterio estimatorio inadecuado.*—Así creemos que lo sería el de aplicar a la confesión simple la trascendencia del hecho que necesita ser probado por otros medios legítimos de prueba.

La pura confesión extrajudicial ¿puede valer más que un adminículo? A nuestro juicio, no debiera haberse suscitado esta cuestión ni tomar el adminículo como medida para valorar comparativamente la eficacia de la confesión extrajudicial preconstituida, entendiendo esta palabra *confesión* no en sentido jurídico (c. 1.750), sino más bien en sentido amplio moral, a modo de una manifestación o declaración.

A Sabattani no le place, y con mucha razón, el hablar de tasación alguna preconstituida para medir el peso de las pruebas. Quizá él adoptó la com-

⁶⁶ *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 18 (1963), pág. 413.

⁶⁷ *SRRD.*, 21 junio 1941, c. WYNEN, vol. 33, dec. 49, n. 4, pág. 536.

paración con el adminículo, porque acaso le parecía que si únicamente se concedía en cualquier caso a estas declaraciones escritas preconstituidas ante notario una eficacia adminicular, se cerraba así la puerta a casos posibles, en los que hay certeza moral de la nulidad del consentimiento, *ex actis et probatis*.

Desde luego, la exposición de las razones valorativas que Sabattani considera son la doctrina constante de la jurisprudencia rotal, fuera de una frase que nos parece menos clara, menos afortunada: "Quandoque confessio extrajudicialis majorem vim habet probandi quam simplex adminiculum".

Quizá este modo de hablar sólo sea una cuestión de palabras, como reacción contra otras un tanto extremosas de Bartocetti, quien al comentar el artículo 116 de la *Instrucción* "Provida", dijo lo siguiente: El adminículo es "quid accessorium quod juvare potest in detegenda veritate, si aliis mediis et confirmationibus roboretur, sed *per se nihil valet*, omni vi probandi caret"⁶⁸.

Según lo que nos parece, en la valoración del adminículo no debe confundirse el medio de prueba o *medio instructorio* con el resultado o efecto de los medios de prueba, el cual puede ser: prueba leve, prueba imperfecta, prueba perfecta. El adminículo propiamente no es medio instructorio, sino más bien indicación de una eficacia, mayor o menor, no perfecta. Por esto, nos parece oportuno advertir:

1.º Un adminículo de suyo y solo no representa sino el efecto probatorio de un medio instructorio, el cual aisladamente no produce certeza moral. Este efecto es un auxilio, una ayuda más o menos valiosa, una prueba imperfecta, quizá acerca de algo muy conveniente, casi necesario, como lo es la confesión del consentimiento fingido en las causas matrimoniales. Pero este auxilio solo, sin la ayuda y el valor de otras pruebas, no es eficiente, como es claro y todos lo admiten.

2.º No estando determinado el valor de los adminículos ni conociendo los límites de su eficacia al pesarlos por separado, y siendo múltiple su diversidad en las distintas especies de medios instructorios, incluso distinta su eficacia cuando pertenecen a la misma especie, por ejemplo, a la prueba instrumental, a la testifical; nos parece que a la fuerza tiene que ser poco propia la apreciación de valer esas declaraciones extrajudiciales *más* que un simple adminículo.

3.º Insistamos en esto: El adminículo no puede imaginarse groseramente como un puntal para mantener firme el edificio probatorio formado por los diversos medios instructorios: documentos, testigos, presunciones. Al contrario, como hemos dicho, el valor adminicular es más bien el efecto probatorio que producen en determinados casos los medios de prueba, cuando por separado no constituyen prueba perfecta⁶⁹.

⁶⁸ V. BARTOCETTI: *Processus Matrimonialis*, Roma 1950, pág. 169.

⁶⁹ SCHMALZGRUEBER: *Jus Eccl. Univ.*, Pars III, tit. 19, De probationibus. n. 15.

4.º Puede suceder que tal o cual medio de prueba, en determinadas circunstancias, por sí solo no alcance la eficacia de una prueba perfecta, aunque no deje de tener fuerza leve o más valiosa. En estos casos la orientación de las normas procesales canónicas es pesar todo el conjunto de las pruebas y dejar la apreciación de todas y de cada una de ellas a la discrecionalidad del juez⁷⁰.

5.º La doctrina⁷¹ y la jurisprudencia afirman común y constantemente la importancia de la confesión extrajudicial antecedente al matrimonio o la hecha en tiempo no sospechoso. De aquí el no haber causa matrimonial por el capítulo de miedo o de vicio del consentimiento, en la que no se atiende con diligencia al hecho de la confesión de quien sufrió el miedo, fingió el consentimiento o excluyó alguno de los elementos esenciales del matrimonio; pero no hay ni siquiera una sentencia en la que no se atiende *tanto a la prueba* del hecho de la confesión, *como* a las circunstancias antecedentes, concomitantes y consiguientes debidamente probadas, a los indicios ciertos y a las conjeturas que puedan formarse en cada caso para advenir la sinceridad y la verdad de lo confesado. Esto significa con claridad que la confesión, en cuanto tal y por sí sola no hace prueba perfecta, sino adjutora⁷².

6.º La razón de no hacer prueba propiamente y en rigor jurídico las confesiones extrajudiciales, a más de otros motivos muy atendibles, es porque, aun siendo veraces las partes y diciendo verdad, siempre se trata, en los pleitos matrimoniales, de causas de interés público, en cuyo perjuicio no es lícito permitir el peligro de dolo o de fraude. Y con mayor motivo en los casos de simulación: "Cum nimis indignum sit, juxta legitimis sanctiones, fr. 17, C. 4, 30, ut quod sua quisque voce dilucide protestatus est, in eundem casum proprio valeat testimonio infirmare"⁷³.

⁷⁰ Véanse los cánones 1.753, 1.789, 1.791, 1.869, § 3; los artículos 116, 136, 163, 164, de la Instrucción *Provida*; los números 65 y 83 de las RrncSCdeS.

⁷¹ WERNZ-VIDAL: *Jus Matrimoniale*, a. 1925, n. 700; GASPARRI: *De matrimonio*, a. 1932, n. 1274; CAPPELLO: *De matrimonio*, a. 1927, n. 880.

⁷² Sin duda, la jurisprudencia rotal aprecia mucho el hecho de haber habido confesión extrajudicial en tiempo no sospechoso. Pero este hecho tiene que ser probado por medios instructorios legítimos, y además tiene que probarse la sinceridad y verdad del objeto de la confesión. Cuando concurren todas estas pruebas puede haber certeza moral del miedo, de la simulación. Así se ve en las sentencias afirmativas que resolvieron las causas de nulidad de matrimonio por esos capítulos. Hay sentencias que consideran la confesión extrajudicial como el *principio* y el *fundamento* de la prueba, por ejemplo, las de 16 junio 1931, c. MORANO, vol. 23, dec. 27, n. 5, pág. 226; 1 marzo 1934, c. WYNEN, vol. 26, dec. 60, n. 3, pág. 519; como *admirículo*, por ejemplo, las de 14 marzo 1933, vol. 25, dec. 17, n. 7, pág. 138; 16 abril 1935, c. GRAZIOLI, vol. 27, dec. 30, n. 10, pág. 266; 4 mayo 1946, c. BRENNAN, vol. 38, dec. 30, n. 8, pág. 303; 21 marzo 1949, c. FILIPIAK, vol. 41, dec. 20, n. 3, pág. 109; como *auxilio poderoso* (maxime juvat), por ejemplo, las de 31 marzo 1922, c. MASSIMI, vol. 14, dec. 9, n. 3, pág. 79; 24 mayo 1932, c. QUATTROCOLO, vol. 24, dec. 21, n. 7, pág. 205; como *prueba insuficiente que debe apreciarse en conjunto con todas las demás*, por ejemplo, las de 10 agosto 1912, c. PRIOR, vol. 4, dec. 35, n. 11, pág. 406; 23 mayo 1941, c. WYNEN, vol. 33, dec. 39, págs. 435 y ss.; 16 abril 1935, c. GRAZIOLI, vol. 27, dec. 30, n. 10, pág. 266; 4 mayo 1946, c. BRENNAN, vol. 38, dec. 30, n. 8, pág. 303; 26 octubre 1947, c. HEARD, vol. 49, pág. 633, n. 3; 16 julio 1957, c. FELICI, vol. 49, pág. 556, n. 3; etc.

⁷³ C. 10, X. II, 19.

7.º El no poder incluir la confesión extrajudicial entre los medios auténticos probatorios, es porque ella misma es un hecho que tiene que ser probado legítimamente en juicio, conforme a la discreta apreciación del tribunal. Una de las grandes diferencias que median entre la confesión judicial y la extrajudicial es que ésta necesita un medio probatorio que la revele y la demuestre legítimamente al juez; mientras que la judicial, por hacerse ante el juez ya consta con certeza su hecho.

8.º Sin duda, la confesión extrajudicial es un hecho pasado o histórico, el cual mientras no se pruebe en juicio, no puede ser atendido por el juez. En cambio, una vez probado el hecho, su significación corresponde valorarla al juez apoyado en razones fácticas; porque una cosa es el hecho de la declaración, y otra, el hecho distinto de la verdad del contenido u objeto de la declaración. Algo análogo sucede entre lo que afirma el testigo de oídas, y la verdad del relato oído.

9.º Demostrado al juez el hecho de la confesión extrajudicial y habiendo en autos confesión judicial, ¿cuál de las dos vale más? Contra la validez del matrimonio ni una ni otra, por sí solas, constituyen prueba apta y plena. Cualquiera de ellas necesita el concurso de otros medios instructorios, con los que a juicio del tribunal quede probada la verdad del contenido de la confesión. En consecuencia, dependerá de las circunstancias probadas el que pueda darse a una u otra estima prevalente. Si la confesión extrajudicial fuese insuspecta del todo, podría otorgársele mayor eficacia que a la judicial⁷⁴.

10.º Las confesiones extrajudiciales pueden ser espontáneas o provocadas. *Las espontáneas* no se hacen con la intención de contar más tarde con una prueba, y por esto suelen ser más naturales, más creíbles; aunque a veces se dicen cosas por ligereza, vanidad, jactancia, broma u otro motivo, y se falta a la verdad. *La provocada* es la que intencionadamente se preconstituye, por ejemplo, ante notario, ante la Policía en denuncias y atestados, etcétera, incluso en los actos de conciliación. Es susceptible hasta la misma preconstitución, por el gran peligro de fraude valiéndose de mentiras, exageraciones, deformación de hechos, no para que brille la verdad, sino para la defensa egoísta de intereses particulares. En juicio ni las espontáneas ni las provocadas, por sí solas, hacen prueba perfecta.

11.º En resumen, ¿sólo tienen valor adminicular? Anteriormente hemos dicho el sentido que debe darse a la palabra adminículo. A la técnica probatoria no se ajusta bien el considerar el adminículo como medio instructorio, sino más bien como un valor que proviene de éste o del otro medio instructorio, algo semejante a lo que pasa con los indicios, que pueden encontrarse en un testimonio, en un documento, en una confesión judicial, en los votos de los peritos. Ni el indicio ni el adminículo son de suyo medios de prueba, sino resultados de la prueba, que o *indica*, o *ayuda*, contribuyen-

⁷⁴ SRRD., 23 mayo 1941, c. WYNEN, vol. 33, dec. 39, n. 3, pág. 435.

do así al convencimiento del juez. Los dichos o manifestaciones de las partes sirven para informar e ilustrar (cc. 1.742-1.746), y en las causas matrimoniales son la mejor fuente para descubrir hechos y circunstancias; pero no son la prueba rigurosa de esos hechos y de esas circunstancias. Las confesiones ayudan a las pruebas en un sentido, y en otro necesitan la ayuda de pruebas que corroboren dos hechos: El de la misma confesión extrajudicial, y la verdad del contenido de la confesión sea oral o escrita.

12.º No cabe dudar de la fuerza probatoria adjutora que admiten los sagrados cánones⁷⁵ y que reconoce de continuo la jurisprudencia al valorar en cada caso las pruebas existentes en los autos. Pero ni en los sagrados cánones, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina brilla un concepto claro del *adminículo*⁷⁶. A modo de ejemplo citemos una sentencia de Wynen, el cual tratando de la prueba del miedo, alega la decisión rotal del día 6 de junio de 1918, n. 5, c. Rossetti, y dice: "Testes, conjecturae et adminicula simul juncta ita debent concurrere, ut moralem pariant certitudinem"⁷⁷. ¿Es que los *adminículos* son medios instructorios? ¡Falta precisión! Lo que ciertamente se deduce de las palabras citadas es el concurso de pruebas, la necesidad de prueba compuesta.

13.º Las palabras del citado artículo 116: "Probationis adminiculum constituit a iudice rite aestimandum", creemos que pueden interpretarse, sin forzar su sentido genuino, como una orientación valorativa, con la que se dice al juez que la confesión extrajudicial del cónyuge, por sí sola, no constituye prueba plena, sino sólo imperfecta, la cual puede ayudar y ser ayudada por otros medios de prueba. El apreciar cuándo y cómo puede ayudar y ser ayudada en los casos de acumulación de prueba, queda a la libre apreciación del juez. Y confirman esto mismo, por ejemplo, tanto la sentencia rotal de 26 de abril de 1963, c. Sabattani, antes citada, como la de 29 de abril de 1964, c. De Jorio⁷⁸, cuando una y otra exigen que la confesión extrajudicial preconstituida debe pesarse *junto con otras pruebas*: "Probatio deducta ex chartula complenda est per alia elementa".

h) *Criterio acertado del concurso de pruebas*.—Las dos sentencias rotales, de las que fueron ponentes Sabattani y De Jorio, últimamente citadas, cuando defienden doctrinalmente que estas confesiones extrajudiciales preconstituidas pueden valer *más que un adminículo* nos dicen poco e impreciso, mientras no determinen el límite del *adminículo*. Censuran con razón la sentencia rotal de 1 de marzo de 1962 por haber concedido excesivamente a estas confesiones escritas preconstituidas valor decisivo: prueba plena⁷⁹, y

⁷⁵ Cánones 1.753, 1.790, 1.791, § 1, 1.817, 1.828.

⁷⁶ D. LAZZARATO: *Jurisprudencia Pontificia*, Nápoles 1963, vol. II, *Prolegomena*, pág. XXXVIII.

⁷⁷ SRRD., 9 abril 1941, c. WYNEN, vol. 33, dec. 23, n. 2, pág. 231.

⁷⁸ En *Ephemerides Juris Canonici*, XX (1964), pág. 345.

⁷⁹ Sentencia Rotal de 29 abril 1964, n. 10, c. DE JORIO, en la cual se lee: "Disputatum est etiam in Nostro Apostolico Tribunali de vi horum scriptorum. In sententia rotali diei 1 martii 1962 nimium pondus (*excessivo valore*) tribui videtur ejusmodi

consideran que peca por falta de menos otra sentencia rotal: La de 9 de noviembre de 1962, la cual se contenta con asignarles valor adminiculativo⁸⁰.

Nosotros opinamos que *técnicamente* no se esclarece la cuestión estimatoria diciendo que puede valer más que el adminículo: "Earum valor superare potest adminiculum probationis". Nos parece que se ha de recurrir a otro criterio: El de pruebas imperfectas y concurso de pruebas, del que resulta la valoración global y la prueba plena, si a ella se llega.

En esta concurrencia de pruebas pueden y deben entrar todas las que haya en los autos, aducidas por las partes, por el ministerio público y por el juez de oficio. No importa que sean medios probatorios de la misma especie o que sean heterogéneos, pertenecientes a distintas especies.

Se trata de corroborar y de acumular: Son dos funciones de los medios instructorios, que si bien se diferencian, no se excluyen. La prueba corroboradora, adjutora o adminiculadora, subsiste por sí misma en su propio valor; en cambio, la prueba acumulada y su característica eficacia deja de existir, si sólo se aprecian aisladamente o por separado las pruebas existentes.

En la prueba compuesta la fuerza probatoria de cada elemento aumenta la de los otros, si todos convergen a demostrar la misma verdad. Y la razón de ello está en que habiendo muchos y diversos elementos de prueba, todos en la misma dirección, aumentan la improbabilidad de que todos sean, o artificios y falsedades, o puras coincidencias sin fundamento objetivo. Luego si por acumularlas quitan la duda positiva en contrario, quiere decir que engendran certeza por estar consideradas en conjunto.

En las demostraciones de verdades históricas es conocido el valor que se concede a la pluralidad de elementos convergentes que, por apreciarlos en conjunto, unos a otros recíprocamente se refuerzan.

i) *Dos ejemplos de prueba acumulada.*—Aunque ninguno de ellos trata directamente de la confesión extrajudicial preconstituida; sin embargo, son aplicables a ella respecto a la valoración, y hacen mucho a nuestro intento de confirmar el criterio propuesto de prueba compuesta o acumulada.

1.º *Para probar la no consumación.*—Era una causa de nulidad de matrimonio, en la que había que averiguar la impotencia del varón y la no consumación del matrimonio. Los auditores de turno, contando con la confesión judicial y jurada de las partes, valoran en conjunto los siguientes elementos:

1. El adminículo de las confesiones extrajudiciales de los cónyuges, ad-
veradas por prueba testifical.

scriptis. Nam Patres contendunt necessario consequi saltem defectum consensus in eo qui documentum paravit, ob exclusam indissolubilitatem vinculi, si certo constet: a) Documentum esse authenticum, id est a persona, cui tribuitur, exaratum, et eo die, quem refert, conscriptum, et b) ideo fuisse exaratum, ut per illud argumentum praeconstitueretur pro futura causa de nullitate vinculi facienda".

⁸⁰ Fue ponente de la sentencia citada BEJAN y hace referencia a ella DE JORIO en su sentencia de 29 de abril de 1964, n. 11.

2. Otro adminículo muy valioso en el caso: Los indicios de impotencia nerviosa, también probados por testimonios dignos de fe.

3. La fama o rumor de la impotencia que padecía el varón, indicio que se cita.

4. Los síntomas de la enfermedad y el estado de frigidez, atestiguados por médicos, quienes antes del pleito habían visto y tratado al paciente.

5. La carencia de apetito venéreo hacia la esposa, de lo que dan fe los médicos a quienes los esposos consultaron sobre este particular.

6. La aversión y repugnancia, mayor cada día, que la mujer iba sintiendo hacia su marido, indicio que es coherente "ut effectus cum causa".

Del conjunto de todos estos elementos la sentencia viene a resolver que, a pesar de no constar la impotencia, hay prueba eficiente, *compuesta*, como es manifiesto, acerca de la no consumación⁸¹.

Nos enseña el ejemplo: 1.º Que a la confesión extrajudicial se otorga valor adminicular. 2.º Que la confesión extrajudicial es cosa distinta del medio que la advera: Este lo mismo puede ser la fe plena que se concede a testigos dignos de crédito, que la fe pública de un notario. 3.º Que la fuerza, mayor o menor, de los adminículos hace prueba, no por el valor aislado de cada uno, sino por la unión de todos ellos, estimados globalmente. 4.º Que la eficacia de la *confesión judicial* tiene carácter distinto del que pertenece a la confesión extrajudicial, como aparece con claridad al decir el turno en el núm. 11, pág. 132: "Hanc utriusque confessionem in casu probativam censuere Patres, eam sive in se ipsam considerantes, sive ad adminicula quibus fulcitur attendentes".

2.º *Ejemplo para probar el consentimiento simulado.*—Elegimos intencionadamente como ejemplo de prueba acumulada la sentencia misma sobre simulación que Sabattani cita alegando estas palabras de Wynen ponente: "Si habentur extrajudiciales confessiones asserti simulantis, ante vel brevi post nuptias factae et a testibus fide dignis in iudicio relatae; quae confessiones profecto argumentum simulationis constituunt".

Era el caso de un consentimiento viciado por exclusión de la indisolubilidad. La sentencia estimando la prueba considera lo siguiente:

1. El esposo demandado en la confesión judicial afirma que había excluido el *bonum sacramenti*.

2. Antes de la boda había manifestado la exclusión: confesión, pues, extrajudicial anterior al matrimonio.

3. El hecho de esa manifestación lo prueban dos testigos, inmunes de toda tacha, y además hay algunos testigos de oídas. Es hecho indudable, pe-

⁸¹ SRRD., 4 abril 1932, de la que fue ponente MANNUCI y auditores de turno JULLIEN y GUGLIELMI, vol. 24, dec. 14, nn. 10-21, págs. 131-139.

sando en conjunto los dichos de las partes en juicio y las declaraciones de los testigos.

4. La *causa simulandi* fue el miedo que le metieron al novio, por haber seducido éste a la novia. La prueba de la causa tiende a descubrir la verdad del contenido de la confesión extrajudicial: Hay prueba testifical eficiente.

5. Constan las circunstancias por prueba legítima: La confesión extrajudicial, la *causa simulandi*, el contrayente es hombre sin religión y ateo, no quería casarse con nadie, fue obligado a contraer matrimonio con la joven por él deflorada; primero sólo consentía en matrimonio civil, tuvo que aceptar la ceremonia religiosa, aunque proclamando sus reservas contrarias a la esencia del matrimonio que iba a celebrar. Era hombre mujeriego de siempre, y desenfrenado. En la boda no quiso recibir los sacramentos de confesión y comunión. Después de casado siguió llevando una vida desvergonzada, como si fuera soltero. Evitó la prole, como consta por testimonios fidedignos.

Como cualquiera puede ver, en esta sentencia el método de valorar las pruebas es idéntico al que se usa en las causas de simulación. Y el haber dicho en la parte jurídica que la confesión extrajudicial constituye una razón (*argumentum*), no es decir que esta razón no sea adjutora, tanto menos cuanto a continuación exige para que haya prueba eficaz: El indagar la causa de la simulación y el demostrar legítimamente la verdad de esa simulación.

Dice expresamente la sentencia: “*Ipsa denique simulatio demonstranda est ex circumstantiis quae matrimonii celebrationem antecesserunt, concomitatae et subsequatae sunt... necesse est ut ex certis et gravibus indiciis, v. gr., ex simulantis modo loquendi et sese gerendi, factum simulati consensus certo elucescat; quo fit ut superetur praesumptio juris (c. 1.086, § 1)*”⁸².

j) *Conclusión: Insuficiencia de la confesión extrajudicial.*—En la sentencia citada de 29 de abril de 1964, siendo ponente De Jorio, se censura la sentencia de 9 de noviembre de 1962, *coram* Bejan, por haber defendido lo siguiente: “*Contenditur enim in praelaudata sententia hujusmodi documenta vim sibi vindicare posse confessionis partis in causa extra iudicium factae, et ideo constituere tantummodo probationis adminiculum, a iudice recte aestimandum (art. 116 Instructionis Provida), quod nisi aliis argumentis seu testimoniis confirmetur, non evincit assumptum actoris seu actricis*”.

Advierte De Jorio que la conclusión de la sentencia de Bejan criticada fue justa, pero por otra razón: “*Nam ex actis causae... colligebatur actorem scriptum illud conventae imposuisse, ut eam sibi magis obnoxiam redderet*”⁸³.

Para nosotros estos razonamientos respecto a probar que esas confesiones de referencia valgan más que la fuerza adminicular, no son convincentes; porque de las mismas palabras de De Jorio se deduce que la suficiencia de la prueba no radica ni en el acta del notario, ni en el escrito preconstituido del confesante, sino más bien en otras pruebas judiciales: “*Ex actis causae*”.

⁸² SRRD., 20 julio 1943, c. WYNEN, vol. 35, dec. 59, págs. 623-638.

⁸³ *Ephemerides Juris Canonici*, XX (1964), pág. 346.

Quiere decir esto que los medios instructorios legítimos, que obraban en los autos, probaron en el caso dicho que la confesión extrajudicial preconstituida no fue libre y espontánea. Luego, para probar en cada caso que se verificaron los requisitos de la confesión, no es suficiente ni el acta notarial, ni el escrito privado, sino que hay que recurrir a otras pruebas, siguiendo el criterio que hemos propuesto, sacado de la jurisprudencia rotal.

Esta insuficiencia probatoria la conceden los mismos auditores Sabattani y De Jorio, desde el momento de tratar de la necesidad de pruebas legítimas que adveren el hecho de la confesión preconstituida y el hecho del contenido verdadero y genuino de la confesión. Ellos mismos para esto recurren a medios instructorios que acrediten la *causa simulandi* y las circunstancias que revisten el caso.

"Probatio deducta ex chartula complenda est per alia elementa... Attenta origine harum chartularum, censemus praeconstitutionem probationis dissimulati consensus per scriptam declarationem, notario publico, custodiae causa, traditam, non esse certum signum exclusi boni sacramenti, nisi conjuges providerint saltem uti probabilem dissolutionem convictus conjugalis. Aliis verbis, si conjuges, absque ulla simulandi causa, hujusmodi probationem praeconstituerint, praesumendum est eos non respuisse indissolubilitatem vinculi, sed voluisse medium sibi comparare impune agendi in fraudem legis"⁸⁴.

Por consiguiente, si la confesión extrajudicial preconstituida necesita el complemento de otras pruebas, si necesita que haya prueba de la *causa simulandi* y de todas esas otras circunstancias; es clara su insuficiencia probatoria, aun cuando valga como principio y fundamento de prueba y no deje de prestar a las otras pruebas auxilio poderoso, para que todas juntas convengan al juez.

En sustancia tampoco Sabattani disiente de esto:

"Quartum requisitum: Probatio deducta ex chartula compleatur per alia elementa, ita ut absque dubio evinciatur quod rei declaratae res volita reapse respondet. Haec necessitas descendet ex facto quod hujusmodi chartulae non veniunt nomine "probationis probatae"..."

"Elementa completoria in duplici ordine evolvi possunt:

—*circa ipsam chartulam*, ut si testes habeantur de intentione nupturientis illam redigendi, de laxamento animi nupturientis postquam illam examinavit et deposuit;

—*circa simulationem expressam in chartula*, ut si testes habeantur, qui oretenus receperunt confessionem ejusdem simulationis ex parte illius nupturientis, qui declarationem scriptam redegit; ex circumstantiis pertinentibus, ex aliis indiciiis"⁸⁵.

⁸⁴ *Ephemerides Juris Canonici*, l. c., pág. 348.

⁸⁵ *Jus Canonicum*, vol. VII (1967), pág. 526.

A la misma conclusión de insuficiencia de la confesión extrajudicial preconstituida se llega, partiendo del argumento de Sabattani para resolver este otro problema:

“Quid si chartula, cui nupturiens fudit, inepta sit ad ejus intentionem exprimendam?”.

Refiere Sabattani la respuesta que da la sentencia rotal de 8 de marzo de 1962:

“Non interest an ea quae in documento continentur, vera sint an falsa, clara aut obscura, apta vel inepta ad quoddam nullitatis caput describendum; sed illud summe interest quod documentum ad probationem praeconstituentem exaratum est... ubi certo constet de tenore scripturae praenuptiali et de intentione scribentis”.

Pero a esto él opone:

“Quae omnia, relate ad jus substantivum, perfecte dicta sunt”. Es decir: Cierta, si el contrayente fingió el consentimiento, no hubo consentimiento; si excluyó uno de los elementos esenciales, no pudo haber matrimonio; pero cómo consta con certeza en el derecho procesal que hubo esa intención de simulación o de exclusión? Veamos sus palabras: “Quoad vero jus processuale, et praecisise relate ad regimen probationum, evidenter decisio ita intelligi debet quod argumentum ad demonstrandam simulationem sumatur, non ex chartula inepta, sed aliunde, puta a testibus”⁸⁶.

Ahora decimos nosotros: Como ese escrito privado, haya o no expresado ineptamente la intención del escritor, siempre es *probatio probanda*, fluye con buena lógica que, por lo que hace al derecho probatorio, las declaraciones extrajudiciales preconstituidas, por mucho valor que tengan, siempre necesitan medios instructorios legales, sin los cuales carecen de eficacia.

B) DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES, JURADAS Y PRECONSTITUIDAS, EN EL EXPEDIENTE PREMATRIMONIAL.

a) *La Instrucción de la S. Congregación de Sacramentos*.—Nos referimos a la dada en 14 de junio de 1941⁸⁷. Como es conocidísimo trata “de normis a Parocho servandis in peragendis canonicis investigationibus antequam nupturientes matrimonium ineundum admittat”.

El fin que persigue la Instrucción no es otro que el de poner una barrera eficaz (en cuanto sea posible) contra los matrimonios celebrados inválidamente, o por impedimento propiamente dicho, o por vicio del consentimiento, o por defecto de forma.

⁸⁶ *Jus Canonicum*, l. c., pág. 527.

⁸⁷ AAS., 33 (1941), 297-318.

En el examen que ha de hacerse a los contrayentes, todo indica la diligencia y seriedad con las que se tiene que proceder “in re tam gravi”: La persona pública que debe examinar (el párroco personalmente); el modo y tiempo de hacerlo, la materia, las garantías del procedimiento, las cautelas que los párrocos y los Ordinarios han de tener para evitar los matrimonios írritos.

En las fórmulas para el examen de los contrayentes se comienza por llamarles la atención sobre la santidad del juramento que van a prestar y sobre la importancia del acto. A continuación el Párroco dice al declarante que ponga a Dios por testigo de la verdad, tocando los Santos Evangelios y diciendo: “Yo N. N. juro en Nombre de Dios decir toda y sola la verdad sobre cuanto fuere preguntado”.

La indagación con preguntas aptas no deja en olvido estas preguntas: Si acaso alguno de los dos o ambos excluyen el matrimonio mismo, el perfecto y total derecho al acto conyugal, o alguna propiedad esencial del matrimonio. Si ponen alguna condición contraria a los bienes del matrimonio, a la fidelidad, a la prole, a la indisolubilidad, etc.

Los testigos: Además de la declaración de los contrayentes se oye con las mismas formalidades, dando fe el Párroco, a dos testigos por parte del novio y a otros dos por parte de la novia.

Nos hallamos, pues, ante declaraciones extrajudiciales, juradas y preconstituídas.—Son *declaraciones*, porque no otra cosa son las respuestas de los contrayentes y de sus testigos ante el párroco, quien autoriza y firma el acta con los declarantes. Son *extrajudiciales*, porque no se hacen en un proceso judicial. Son *juradas*, porque las hacen después de haber jurado por Dios decir verdad, conscientes de la santidad del juramento que prestaron y de la gravedad del acto, después de las advertencias que se les hicieron. Son *preconstituídas*, porque, según la corriente de la doctrina moderna, la preconstitución comprende no sólo los documentos que se constituyen con destino probatorio, sino toda prueba preexistente, intencionada o no, que puede llevarse más tarde a juicio.

b) *Presentación de estas declaraciones al tribunal.*—Las declaraciones de los contrayentes y de los testigos en los expedientes prematrimoniales no deben faltar en los autos de las causas de nulidad de matrimonio, especialmente si se acusa la nulidad por vicio de consentimiento.

“Pro matrimoniis post latam Instructionem Sacrae hujus Congregationis “Sacrosanctum” contractis, iudex debet petere a paroecia celebrationis matrimonii per Curiam Dioecesanam “processiculum depositionum conjugum ante nuptias” et de ipsis depositionibus juratis justam rationem tenebit, praesertim quando conjux vel conjuges probare contendunt se *libere et scienter* exclusisse matrimonii bona, quamvis e contra jurejurando in processiculo declaraverint se ad matrimonium absque ulla exclusione accessuros esse. Consequitur quod iudex, nonnisi evincentibus argumentis victus, admittere poterit sponsum vel

sponsam in emittendo praedicto jurejurando vel ignorasse quid facerent, vel pejerasse”⁸⁸.

Comentando esta Circular de la Sagrada Congregación de Sacramentos, en cuanto a las declaraciones de los novios en el expediente prematrimonial, hechas conforme a las normas de la Instrucción “Sacrosanctum” del día 29 de junio de 1941, escribe Bartocetti:

“Nemo non percipit quam magnus sit valor talis documenti jurati, peracti in ipso nuptiarum pervigilio et a conjugibus subsignati. Tam momentosum illud extat, ut in civili foro nemo contra illud venire in iudicio permetteretur, nisi probet coactionem passam in eodem redigendo”⁸⁹.

c) *Atención que los jueces deben prestar a estas declaraciones.*—Nos dan ejemplo los auditores de la Sagrada Rota Romana. Por ejemplo, una sentencia hace la consideración importante de que el demandado en el procesillo prematrimonial declaró que iba al matrimonio y que quería casarse con las obligaciones correspondientes. De aquí —dice la sentencia— debemos concluir que el esposo no ha dicho la verdad, o entonces o ahora⁹⁰.

Otra sentencia, examinando y apreciando las pruebas, advierte que los jueces apelados no tuvieron en cuenta el procesillo matrimonial, en el cual consta que la joven, a pregunta del párroco, respondió que ella deseaba obtener el fin del matrimonio, sin poner condición alguna, y que, por lo tanto, respondió faltando a la verdad. Mas ahora esta culpa gravísima de la esposa no podemos admitirla, mientras a su favor no haya argumentos fuera de toda excepción, es más evidentes⁹¹.

En nuestro Tribunal de la Sagrada Rota de la Nunciatura Apostólica se pide, si no está en los autos, el expediente matrimonial, se examina con diligencia y se procura valorarlo, según corresponda en cada caso.

Leemos en una sentencia: “Solers vinculi Defensor N. S. Tribunalis memorat pro suo munere Instructionem S. Congr. de disciplina Sacramentorum “de normis a parrocho servandis in peragendis canonicis investigationibus antequam nupturientes ad matrimonium ineundum admittat” (ASS., XXX, 297)...

Quod ad hoc spectat certe probare non possumus quae Patronus actoris asserit: “Parece mentira que se intente siquiera dar un valor definitivo a algo que no puede alcanzarlo sino muy escasamente relativo”, quia depositiones conjugum in processiculo sine dubio suum valorem habent, nisi, ut recte clarissimus Noster vinculi Defensor animadvertit, probetur quod in casu non est factum, “a) sponsam examinatum a parrocho non fuisse, —b) sponsam in casu nihil deposuisse, —c) sponsam in casu jusjurandum non praestitisse, —d) vel ipsam in casu pejerasse”.

⁸⁸ Sagrada Congregación de Sacramentos, *Litterae Circulares*, 15 agosto 1949, n. 9.

⁸⁹ V. BARTOCETTI: *Adnotationes ad Litteras Circulares S. Congr. de Sacram., diei 15 augusti 1949*, en *Monitor Ecclesiasticus*, a. 1950, pág. 51.

⁹⁰ SRRD., 30 marzo 1949, c. FELICI, vol. 41, dec. 24, n. 7, pág. 141.

⁹¹ SRRD., 11 mayo 1949, c. FILIPIAK, vol. 41, dec. 36, n. 6, pág. 215

Videamus autem quam vim possumus concedere depositioni uxoris conventae, quae videtur in processiculo sub juramenti sacramento negasse voluntatem habuisse excludendi prolem. Notandum sane est quod, saltem in magnis paroeciis, in quibus multi sunt processiculi conficiendi, videtur quod, nisi aliud expresse demonstretur, parochus vel ejus vices gerens in conjugum depositionibus audiendis nihil aliud faciat quam legere quae typis sunt impressa et ab eis exquirere responsionem in his quae manu scribenda sunt. Jam vero si attendamus ad ipsam confectionem processiculi prout in casu factum est, planum est sponsam potuisse sine mendacio affirmative respondere, non obstante sua voluntate excludendi prolem...

“Facile ex lectione articulorum processiculi peracti intelligitur quod uxor conventa, quam non possumus supponere scientia juridica callere, cum revera illa vellet “contraer el matrimonio de conformidad con la doctrina católica y la práctica universalmente seguida entre los fieles”, cum praeterea illa nullam apposuerat conditionem suo matrimonio, et nesciebat suam perversam voluntatem prolem excludendi contrariam esse validitati matrimonii, assentiret parrocho haec omnia legenti. Praeterea, cum de interrogatione plura complectente agatur, sicut generatim nuda affirmatio vel negatio testis vel partis in casibus similibus fere nullam meretur fidem, non est ratio cur major vis subscriptioni uxoris tribuatur in nostro casu.

“Deinde, etsi velimus vim conferre subscriptioni uxoris conventae in processiculo antematrimoniali, haec subscriptio nequit infirmare tot tantaque testimonia quae ut fide digna sunt omnino habenda, et facta quae probant voluntatem uxoris ante et post nuptias prolem excludendam; eo magis quod haec voluntas probata est per testes favorable testimonium pro se habentes, et de uxore conventa jam diximus non plene constare fide dignam esse”⁹².

d) *Fuerza probatoria que corresponde a estas declaraciones.*—Creemos sinceramente que para valorar estas declaraciones juradas extrajudiciales y preconstituidas ante el párroco en el desempeño de las funciones de su cargo, no puede haber otro criterio que el mantenido anteriormente, para estimar las declaraciones preconstituidas hechas oralmente ante un notario, o entregadas a él por escrito para su custodia.

Téngase presente la fe plena que debe concederse al párroco que, examinando debidamente a los novios, escribe y firma las actas de este examen: Son actos que corresponden a su cargo parroquial, y que los debe hacer bajo grave⁹³. Además la Instrucción citada del año 1941 es clara y terminante.

En el derecho antiguo se daba fe plena a quien declaraba sobre un acto verificado por él en razón del oficio propio que desempeña⁹⁴.

⁹² SRNA., *Barcinonen.*, Null. matrim., S. - G., 27 junio 1950, n. 16, c. PRIETO LÓPEZ.

⁹³ C. 3, X, 4, 3.

⁹⁴ SRRD., 28 agosto 1911, c. SINCERO, vol. 3, dec. 39, n. 17, pág. 439. Esta misma sentencia cita a PIRHING, 2, t. 20, n. 112; MENOCHIO: *De arbitr. jud. casus*, 99, n. 2 ss.; MASCHARDO: *De probat.*, I, qu. 11, n. 15; FARINACI: *Tract. de test.*, qu. 63, n. 40 ss. et 227; REIFFENSTUEL, 2, t. 20, n. 271-5; PICHLER, 2, t. 20, n. 34; SCHMALZGRUEBER, 3, t. 20, n. 70; LEGA: *De jud.*, I, n. 492.

En el actual derecho vigente al párroco, en cuanto tal, se le considera testigo calificado, si depone sobre actos de su oficio, a tenor del canon 1.791, § 1⁹⁵.

Por tanto, en el procesillo hecho por el párroco tenemos el hecho cierto de la declaración, por la fe que ha de otorgarse al testigo calificado, y tenemos el contenido de la declaración jurada, de cuya verdad o falsedad no consta por el acta parroquial.

A favor de la verdad está de suyo la misma manifestación, porque “Nemo malus nisi probetur”. A esta presunción se une la santidad del juramento, el cual obliga a no tener por perjuro al declarante, mientras esto no conste por argumentos convincentes, o se demuestre plenamente que quien juró y declaró no supo lo que hacía⁹⁶. Añádase todavía el favor jurídico del que goza el matrimonio (c. 1.014).

Hay una causa matrimonial sobre nulidad por exclusión de la indisolubilidad, cuyas sentencias hacen mucho a nuestro caso:

1.^a *La sentencia de 9 de agosto de 1933, c. Parrillo*.—Examinando el expediente prematrimonial y estimando el valor de una declaración firmada, juzga el colegio que su eficacia es tanta que sólo puede ser superada por una “probatio plenior”, es decir, por una prueba más perfecta, por ejemplo, que la corriente de dos testigos. Dice así:

“Uxor conventa ante matrimonium certo et officiali documento declaravit sese acceptare catholicam doctrinam de indissolubilitate matrimonii: “Cette déclaration est imprimée avec les promesses requises et signée avec ses promesses”, ita Defensor vinculi Curiae Baltimorensis; adversus quam declarationem non sufficit profecto asserere in epistola ad actorem data a rea conventa tempore suspectissimo, sese id subsignavisse absque debita attentione: “par mégarde, bien involontairement”; sed plenior omnino probatio est adducenda quam consueta duorum testium attestatio”⁹⁷.

2.^a *La sentencia de 28 de julio de 1934, c. Massimi, Decano*.—Contra la sentencia anterior negativa se apeló al turno superior, y éste, pesando en conjunto todas las pruebas, resolvió que constaba la nulidad del matrimonio. No pasó por alto la eficacia de la declaración preconstituida, ni rechazó el criterio de la sentencia anterior, sino más bien rectificó la aplicación del criterio al caso, por tratarse de una declaración hecha sin libertad, contraria al deseo de la declarante, y manifestada externamente sólo para poder casarse con Tomás (*causa simulandi*), como consta de lo actuado y probado.

“Sed neque ob stare visa sunt quae leguntur in documento, cui suum nomen subscripsit Olivia, ad impetrandam dispensationem super mixtae religionis impedimento, de proposito contrahendi indissolubile matrimonium. Etenim, ut vidimus, Oliviae mens prorsus contraria erat formulae illi, typis impressae,

⁹⁵ SRRD., 30 enero 1926, c. MASSIMI, vol. 18, dec. 4, n. 8, pág. 20.

⁹⁶ S. Congreg. de Sacram., *Litterae Circulares*, 15 agosto 1949.

⁹⁷ SRRD., 9 agosto 1933, c. PARRILLO, vol. 25, dec. 64, n. 5, pág. 543.

ad ipsa necessario subscribendae, ad effectum contrahendi cum Thoma matrimonii. Credi igitur nequit puellam protestanticae religionis, atque doctrinae de matrimonii dissolubilitate toto corde adhaerentem, in obsequium Ecclesiae catholicae repente mutasse voluntatem. Ceterum testes affirmant Oliviam ea in voluntate usque in finem perseverasse, atque idipsum facta confirmant”⁹⁸.

Dadas las razones expuestas en esta última sentencia, es lógico pensar cuánta importancia debe darse en cada caso al examen de todas las circunstancias que concurren, y cómo es obligado no apreciar la declaración extrajudicial preconstituida sólo por el hecho de la declaración y por su contenido material. Han de examinarse con suma diligencia todas las circunstancias y el influjo que ellas hayan tenido tanto en el declarante como en el acto de la declaración. Podemos confirmar esto con dos casos de nuestro Tribunal de la Rota:

Primer caso: Era una causa de Valencia sobre nulidad del matrimonio *ex capite vis et metus*. Se pronunció sentencia afirmativa. La prueba directa de la coacción y la indirecta de la repugnancia a la boda, habían sido concluyentes. No podía darse valor a las declaraciones del procesillo, entre otros motivos, porque se practicó de manera lamentabilísima: “Objici potest valor processiculi peracti ante nuptias, juxta cujus acta parochus inquisivit de libertate consensus. Agitur quidem de documento jurato atque ab ipsa actrice subsignato. Attamen, haec uxoris subsignatio nequit infirmare tot tantaque testium testimonia circa aversionem atque moralem coactionem. Componi possunt inter se, et *velle* subsignare documenta atque consensum manifestare, et *velle coacte*.”

Ceterum etiam est dolendum quod hujusmodi processus fiant adeo leviter ut non raro tum sponsi tum testes neque reapse jurent neque sciant id quod in actis est sub prelo scriptum vel quod ipsi subscribunt”⁹⁹.

Segundo caso: Se falla una causa de Madrid declarando que consta la nulidad del matrimonio por causa del miedo que causó el padre a su hija, para obligarla a casarse con el novio que había sido su deflorador y padre de la criatura que iba a nacer. Una crítica diligente y atinada hizo ver, al examinar el expediente matrimonial, que la esposa en estas declaraciones no había tenido libertad, atemorizada por el influjo del padre: “Ante celebrationem matrimonii, juvat in casu perpendere circumstantiam proxime antecedentem seu matrimonii prooemium, prout explicatur in processiculo matrimoniali. Una cum dispensatione trium bannorum matrimonialium notanda sunt sequentia: a) Examen libertatis sponsorum peractum fuit die 26 julii; b) testes cognitionis necnon libertatis sponsorum in contrahendo, qui duo esse debent pro unoquoque eorum, in casu iidem fuerunt pro duobus sponsis, scilicet, primus, quidam sponsi patruus...; alter, praefectus militiae seu “Teniente Coronel”, patris actricis amicus eoque undecim annis major, qui opem eidem dederat ad celerem expeditionem assequendam licentiae militaris sponsi in ordine ad matrimonium ineundum; c) iidem egerunt praeterea testes in exarando una simul seu uno eodem actu ac cetera, consilio patris sponsi

⁹⁸ SRRD., 28 julio 1934, c. MASSIMI, Decano, vol. 26, dec. 62, n. 11, pág. 536.

⁹⁹ SRNA, *Valentin.*, Null. matrim., S. - G., 20 diciembre 1961, n. 26, c. DEL AMO.

atque consensu patris sponsae utpote minoris aetatis pro celebratione matrimonii. Omnia itaque simul et uno tractu expleta sunt die 26 julii ab sponsis coram suis patribus et adstantibus iisdem duobus testibus; quae satis indicant singula ita praepropere gesta fuisse coram actricis patre ejusque sub ductu quasi si rerum personarumque diffissus ipse adniteretur omnia prae manibus habere”¹⁰⁰.

e) *Valor de las declaraciones que contienen alguna falsedad.*—Sin duda, cualquier falsedad en las declaraciones del expediente merma su crédito, porque no deja de indicar, o falta de veracidad, o poca seriedad en la realización del acto. A esto puede contribuir mucho el modo inadecuado de preguntar y la manera de responder, junto con la falta de solemnidades en el acta.

Sabattani, refiriéndose directamente a las declaraciones preconstituidas contra el matrimonio, se propone la cuestión del influjo de la falsedad en la declaración, y responde distinguiendo tres cosas¹⁰¹:

1.ª *Falsedad que afecta al contenido:* “Si chartula falsitates contineat, ejus vis probandi aliquatenus deprimitur, quia in dubio ponitur ejus authenticitas, non formalis, sed substantialis: deficere potest, enim, adaequatio inter rem declaratam et rem volitam, imo inter illud scriptum et casum objectivum”. Según este criterio, la falsedad en la declaración siempre debilita en algo su valor probatorio; porque la falsedad hace dudar de la genuinidad de su contenido por disconformidad posible, bien entre lo querido y lo declarado, bien entre lo manifestado y la realidad objetiva.

2.ª *Falsedad correspondiente a la “causa simulandi”.*—Hace perder a la declaración todo su valor: “Ita, si in chartula denuntietur causa simulandi falsa, non tam objective, quam subjective, seu causa haud praesens menti nupturientis, vel —quod gravius est— ab ejus animo aliena, chartula nullius momenti considerari debet”.

Queremos advertir nosotros la necesidad de medios instructorios legítimos, extraños a la declaración, para comprobar si lo expresado con falsedad, o lo omitido por conveniencia, responde o no a la verdad histórica del motivo real que impulsó a hacer la declaración y a fingir el consentimiento, o excluir algo esencial del matrimonio.

Este criterio valorativo acerca de la falsedad, con el complemento de pruebas que acrediten la verdad histórica, según se aplica a las declaraciones preconstituidas ante notario contra el vínculo, así también, en la proporción debida, puede aplicarse a las declaraciones juradas ante el párroco a favor del matrimonio, preconstituidas en las actas testificales del procesillo matrimonial.

¹⁰⁰ SRNA., *Matriten.*, Null. matrim., D. - M., 12 junio 1968, n. 16, c. PÉREZ MIER.

¹⁰¹ Sentencia Rotal, *Romana*, Null. matrim., 26 abril 1963, c. SABATTANI, en *Jus Canonicum*, vol. VII (1967), pág. 527.

En efecto, habiendo procesillo, en sus actas consta el hecho de la declaración y del juramento, consta el tenor de lo declarado. Pero es que se alega la falsedad de su contenido. No basta alegar: es imprescindible probar legítimamente la *causa simulandi*, es decir, la causa apta en virtud de la cual el declarante no dijo la verdad en la declaración del expediente y, después, al casarse vició el consentimiento.

3.^a *Falsedad leve, no sustancial*.—Sabattani, contraponiendo a la trascendencia de la falsedad sobre la *causa simulandi* otra cualquier falsedad sobre circunstancias de poco momento, que no afecten a la sustancia, escribe: “Contrarium esse debet iudicium, quando falsitas sit in circumstantiis parvi momenti, in causa tantum impulsiva, seu, in genere, quando non attingit substantiam simulationis”.

Siendo, pues, falsedad leve y explicable por fragilidad humana, no desvirtúa la declaración, ni la quita su propia fuerza, según el aforismo jurídico: “Parum et nihil aequiparantur”; pero esto siempre que no haya alguna razón por la que esa falsedad liviana (*parum*) no indique fraude, dolo o culpa, que importe significación trascendente.

Es trascendente, por ejemplo, una falsedad en la edad de la novia, si este dato, de suyo leve, arguye una falta de seriedad y una negligencia en la realización del expediente tan graves que privan a las declaraciones de toda eficacia:

“Ne vero videamur rem exaggeravisse vel levitatem immerito imputavisse processiculo de quo in casu, hoc unum advertere volumus: Est in eo quod sponsa fuit interrogata atque respondit: “Tiene la edad de ventiocho años”. Ex processiculo constat sponsam juravisse et rata habuisse omnia quae in declaratione continentur. Nunc igitur, numquid verisimile est puellam duodeviginti annorum pejeravisse dicendo se agere annum vicesimum octavum? ¹⁰²”.

También conviene advertir que una falsedad no es un simple defecto, una imperfección u omisión explicable: “Aliquando —dice Sabattani— declaratur falsitas aliquis defectus, qui reapse falsitati non respondet, sed magis imperfectioni”.

Digamos en consecuencia: Si la falsedad o el defecto descubiertos en la declaración preconstituida no afectan para nada a la verdad sustancial del contenido, a la sinceridad del declarante, a la seriedad del acto que se realiza; por ello no hay motivo para desvirtuar el valor propio de semejantes declaraciones extrajudiciales.

f) *Declaraciones extrajudiciales preconstituidas contradictorias*.—Téngase presente lo expuesto anteriormente acerca de la valoración de las declaraciones espontáneas comparándolas con las preconstituidas. Ahora nos interesa comparar o contraponer las preconstituidas, entre sí: las contrarias

¹⁰² SRNA., Valentin., Null. matrim., S. - G., 20 diciembre 1961, n. 26, c. DEL AMO.

al matrimonio hechas ante notario, y las favorables al vínculo hechas solemnemente ante el párroco.

1.º *Posible sinceridad mayor y posible fraude más fácil en las declaraciones preconstituídas ante notario.*—Por un lado, parecen más libres y voluntarias las hechas ex profeso por el interesado ante notario para contar con una prueba segura. De aquí que tengan el aspecto de más verosímiles, más probables. Pero a la vez también cabe en ellas una mayor comedia, un fraude fácil, con el que sólo se busque un seguro cómodo para el caso de eventualidades posibles, sin propósito alguno de viciar por ahora el sentimiento.

El fraude consistiría en preconstituir a tiempo una prueba, a la que cediesen los jueces eclesiásticos en caso de que el interesado llegue a tener que solicitar el divorcio, desligándose del vínculo, aun cuando de palabra se hable de la declaración de la nulidad.

2.º *Garantías más valiosas en las declaraciones preconstituídas ante el párroco.*—Así lo creemos a pesar de todas las imperfecciones. El acto mismo parroquial de llamar a los novios y a sus testigos para que declaren; el acto pastoral de preguntar expresamente sobre las intenciones y propósitos de los contrayentes, haciéndoles ver antes la gravedad de sus manifestaciones; el pedir a los declarantes que confiesen bajo juramento solemne la verdad; el ir levantando el acta consignando respuesta por respuesta; el rogarles si se ratifican en lo declarando suscribiendo el acta junto con el párroco; el saber que se tomará declaración a dos testigos por cada contrayente; el contar en conjunto con la concordancia de los novios y de los cuatro testigos, dos por cada parte; nadie negará que son cautelas y garantías muy serias, cuya eficacia por lo general no debe pasarse por alto.

Es claro, no decimos que no puedan burlarse, como todo lo humano; pero creemos que, si se han observado religiosamente, como por deber grave tiene que hacerse, ellas de suyo dan a estas declaraciones preconstituídas una fuerza incomparablemente superior a la que pueda concederse en abstracto y de suyo a las demás declaraciones extrajudiciales preconstituídas.

3.º *Estimación del juramento en unas y otras declaraciones.*—Suponemos el caso de haber dicho el declarante en su escrito que hace su manifestación bajo juramento, o que oralmente dijo al notario que juraba decir verdad en sus dichos. A pesar de esto, conviene pensar que, al menos entre españoles por el uso y el abuso de las *declaraciones juradas* en materias no religiosas, se ha llegado a creer que no envuelven verdadero juramento, sino pura honorabilidad sin peso alguno religioso.

Aun cuando quisiéramos conceder al declarante conciencia de verdadero juramento siempre que afirme que jura; también queda siempre una enorme diferencia entre unas y otras declaraciones juradas. El juramento que se presta ante el párroco en el procesillo es solemne, público, promisorio, muy parecido al juramento en juicio eclesiástico; al contrario, el que se presta al decir que se jura en una escritura privada o en una declaración ante notario civil, carece de las solemnidades debidas y no es público, porque si bien

el notario es persona pública para dar fe, no es autoridad pública que recibe el juramento, al modo del juez en el juicio o del párroco en el procesillo prematrimonial.

Hay otra enorme diferencia dimanante de la responsabilidad, caso de perjurar: Si se admite que perjuró en la declaración que prometía viciar el consentimiento, sólo habrá que imputarle el haber pecado contra la verdad en un juramento sobre materia inhonesta, y se tendrá que reconocer que obró bien cuando prestó el consentimiento debido. Al contrario, si se admite que perjuró al prometer que prestaría consentimiento legítimo y genuino, hay que hacerle responsable no sólo de faltar a la verdad, sino de haber cometido una grave injusticia.

Por estas razones, muy valiosas en el orden moral y religioso para personas conscientes de la gravedad del juramento, es muy razonable, si se habla en abstracto y sólo se atiende a la declaración jurada en sí misma, conceder una presunción de mayor fuerza a la declaración oficial prestada ante el párroco en el procesillo prematrimonial, que a las demás declaraciones extrajudiciales.

4.º *Las declaraciones del perjuero no merecen fe.*—A nadie se le puede ocultar la tacha que justamente debe oponerse al testimonio o seudo testimonio de quienes manifiestamente han faltado a la verdad, jurando en falso, cuando afirmaron o prometieron cosas contradictorias en tiempos y circunstancias, en las que no es de presumir que haya habido cambio de voluntad desde una declaración a la otra, ambas preconstituidas.

No cabe, sin fundamento para ello, recurrir al hecho de una posible revocación o retractación, porque no suele ser éste el caso; sino que se trata más bien de dos declaraciones contradictorias no revocadas: Una, la oficial y pública en el procesillo de las vísperas de la boda, y otra privada y secreta, de ordinario anterior a la firma del expediente matrimonial, hecha acaso alrededor del tiempo en que se adoptó la decisión de casarse.

Tampoco es caso de considerar si debe prevalecer por razón del tiempo la primera a la segunda, o viceversa; porque “*Testibus perjuris nulla fides potest haberi*”¹⁰³.

5.º *Conclusión:* A nuestro juicio, no queda otro criterio de valoración para estos casos que el que venimos manteniendo para estimar estas declaraciones preconstituidas: Admitir el hecho cierto de ambas declaraciones contradictorias; examinar crítica y diligentemente los elementos personales, objetivos y formales relacionados con las declaraciones, y recurrir siempre a la imprescindible prueba judicial con sus medios instructorios propios, los cuales ilustren todas las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes, para con esta luz descubrir la verdad acerca del consentimiento prestado en el caso.

LEÓN DEL AMO

Auditor de la Rota española

¹⁰³ SRRD., 12 junio 1919, vol. 11, dec. 40, n. 16, pág. 108; 28 julio 1926, c. PARRILLO, vol. 18, dec. 33, n. 12, pág. 267; 27 mayo 1939, c. JANASIK, vol. 31, dec. 35, pág. 336.