PRUEBA PRESUNTIVA EN LOS PROCESOS ROTALES DE NULIDAD MATRIMONIAL POR SIMULACION TOTAL Y PARCIAL

1. INTRODUCCIÓN:

El célebre Alciato comenzaba así su tratado de las presunciones: "Materia quam aggresuri sumus valde utilis est et quotidiana in practica, sed confusa, inextricabilis fere; communisque est et iurisconsultis et rethoribus in genere iudiciali"[1].

Abordamos el estudio de la noción, división, valor probativo, particularmente en los procesos de nulidad matrimonial, de la presunción "hominis" a la luz de las fuentes canónicas, de las glosas, procesalistas, decretalistas, comentaristas del Código de Derecho Canónico. En una segunda parte analizaremos el uso de esta prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial, especialmente, por simulación total y parcial durante los últimos cincuenta años (1909 —año de la restauración del S. Tribunal de la Rota Romana— hasta el corriente año de 1959). En este segundo estudio hemos consultado pacientemente, los 50 gruesos volúmenes —algunos ya publicados y otros inéditos aún en el Archivo secreto del mencionado Tribunal— de sentencias judiciales de la Rota Romana.

PRIMERA PARTE.—Las presunciones "hominis" en la doctrina canónica.

Capítulo primero: *Concepto de la presunción.*

De momento, no nos interesa el origen romano de este instituto jurídico[2].

Con las *fuentes canónicas* no podemos construir una verdadera de-

---

[1] A. ALCIATUS, *Aureus A. Alciati praesumptionum tractatus.* Lugduni 1542 N. 1. Importa recalcar que, según Menoquio —otro de los grandes testigos de la tradición medieval en estas materias— Alciato es "qui accurate magis quam alter quivis hactenus conscripsit de praesumptionibus, eruditissimos commentarios": J. MENOCCHIUS, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis, I,* Venetiis 1587, Libr. I, Q. XIII, N. 1, pág. 11.

[2] Puede verse: H. BURCKHARD, *Die civilistischen Präsumptionem,* Weimar 1866, 65-114; C. FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano,* Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, XIV, 1892, 258-294; G. DONATUTI, *Le praesumptiones iuris "in diritto romano".* Annali della Facoltá di Giurisprudenza di Perugia, XLIII, serie V, v. VIII, 1931, 1-12.

Universidad Pontificia de Salamanca

finición[3]. En las *glosas de Acursio y de Bernardo Parmense* hay algunos elementos valiosos[4]; *las glosas* expusieron, además por vez primera, la distinción sistemática de las presunciones[5]. Pero ninguna las define ni siquiera brevemente.

Las Sumas o Comentarios de los antiguos Procesalistas, Decretalistas y Tratadistas medievales elaboraron expresamente la noción: *Gracia Aretino omite*, desde luego, la cuestión. Sin embargo las pocas notas de *Pilio* son ya interesantes[6].

Tancredo de Bolonia recogiendo los elementos diseminados en las fuentes trae *un concepto* preciso[7].

De Tancredo han recogido casi literalmente esta noción muchos autores posteriores: Durando[8], Bernardo Papiense[9], Guido A'Baiiso[10]

Inocencio IV[11] y Goffredo de Trano[12] dependen totalmente del Papiense.

El Hostiense recoge en su Comentario a las Decretales las definiciones de los antiguos decretalistas[13]; pero en su Summa Aurea se destacan algunos elementos nuevos interesantes[14]. Boich depende del Hos-

---

[3] D. IV, 2; XXII, 3-5. El Decreto de Graciano no tiene, ni siquiera una rúbrica consagrada a las presunciones. Muy interesante es el: c. 2-16, X, *de praesump.*, II, 23; y más concretamente: c. 2, X, *de praesump.*, II, 23 que cita le célebre sentencia judicial de Salomón basada en una presunción violenta; en el c. 11-13, X, *de praesump.*, II, 23 le da al juez varias normas presuntivas para conocer la existencia del matrimonio; en el c. 16, X, *de praesump.*, II, 23 aparece, por vez primera la palabra "praesumatur" con un sentido más jurídico; en el c. 30, X, *de sponsalib. et matr.*, IV, 1, hay un principio de máxima importancia: cita una presunción que excluye la prueba contraria. Varias *Regulae Iuris* de Bonifacio VIII mencionan la expresión "praesumitur", pero sin especial importancia: *RI*, 8, 47, 82.

Pueden consultarse algunas indicaciones en: J. J. MANNING, *Presumption of law in marriage cases*. Dissertation, Washington 1935, Par. I, c. VI, 36-9.

[4] *Accursii Glossa* D. IV, 2 y XXII, 3 en *Corpus Iuris Civilis Iustinianei cum Commentariis Accursii* (Aureliae 1625); *Glossa Ordinaria*, c. *Is qui fidem*, 30, X, *de sponsalib. et matr.*, IV, 1 en *Decretales Gregorii IX cum Glossis Ordinariis* (Venetiis 1577).

[5] Glosas al c. 9, C. VI, q. 1; c. 8, X, *de praesump.* II, 23; c. 12, X, *de praesump.*, II, 23; c. 3, X, *de presbyt. non bapt.*, III, 43; c. 36, X, *de praesump.*, II, 23 etc.

[6] PILLII, TANCREDI, GRATIAE, *Libri de iudiciorum Ordine*, ed. F. BERGMANN (Gottingae 1842) Pars III, tit. II, & 1; PILLIUS, *Summa de Ordine iudiciorum*, ed. L. WAHRMUND, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes in Mittelalter* (Insbruck 1905-1928) vol. I, Pars III, & 7.

[7] "Praesumptio est argumentum ad credendum unum factum surgens ex probatione alterius facti... Surgit autem praesumptio multipliciter: ex persona, ex loco, ex tempore, ex aetate": TANCREDUS BONONIENSIS, *De Ordine Iudiciario Libri Quattuor* (Coloniae 1574), L. III, tit. XIV, 560.

[8] G. DURANDUS, *Speculum Iuris* (Venetiis 1566) L. II, Partic. II, *de praesumptionibus*, N. I, p. 590.

[9] B. PAPIENSIS, *Summa Decretalium* (Ratisbonae 1860) L. II, tit. XVI *de praesumtion*, 50-51.

[10] G. A'BAIISO, *Rosarium seu in Decretorum volumen Commentaria* (Venetiis 1577) Pars II, Causa VI, Q. I., Oves, p. 180.

[11] INNOCENTIUS IV, *Commentaria in V Libros Decretalium* (Venetiis 1570), *Super* II *Decretalium*, XXIII *de praesumptionibus*, cap. X *Quia verissimile*, 337-338.

[12] G. DE TRANO, *Summa in Tit. Decretalium* (Venetiis 1586), *de praesumptionibus* N. I p. 103.

[13] H. CARD. HOSTIENSIS, *In V Libros Decretalium Commentaria* (Venetiis 1581), In II *Lib. de praesumptionibus* cap. VIII-X.

[14] "Praesumptio est alicuius facti dubii semiplena, aliquando quasi plena investigatio, quae aliquando motum animi iudicis vel alterius hominis informat qualiter debeat iudicare, vel praesumptio est ex diversis personarum, rerum, locorum, temporum, factorum qualitatibus perspicatio et prout fieri potest consideratio certa, probatione deficiente, animi cuiuslibet hominis": H. CARD. *Hostiensis, Summa Aurea* (Venetiis 1581) *Lib.* II, de praesumptionibus, p. 116 N. 1.

Universidad Pontificia de Salamanca

tiense[15]. También la obra fundamental del gran Canonista Juan de Andreas se resiente de un marcado influjo de Inocencio IV y, sobre todo, del Hostiense[16].

En Baldo queda especificado con un nombre más técnico el acto intelectual en que, según el Hostiense, consiste la presunción[17].

Alciato, el gran tratadista de las presunciones, indica expresamente que ese acto intelectual es probable por estar fundado en verosimilitud[18].

El Panormitano expone, como ninguno, la diferencia entre la presunción "iuris tantum" y la presunción "iuris et de iure" y comenta con toda precisión la presunción "hominis"; pero omite la definición general[19].

Es extraño también que Menoquio no tenga en su célebre tratado una definición general[20].

Mascardo añade veladamente en su voluminoso tratado de las pruebas un concepto nuevo: "rationabilis"[21].

Mantica lo dirá abiertamente completando que la presunción por ser razonable es probable[22].

---

15 H. Boich, *In V Decretalium* Libros Commentaria (Venetiis 1576), In IV *Libr., de despons. et matr., Is aui*, p. 24, N. 5-7.

16 J. Andreas, *In II Decretalium Librum Novella Commentaria* (Venetiis 1581), *tit. de praesumptionibus*, cap. VIII, Quanto, N. 5 p. 178 v.

17 "Ratiocinatio sumpta a verissimili" por contraposición a la prueba que es "ratiocinatio de re certificata per se ipsam" y la opinión que es "ratiocinatio de re dubia": Baldus de Perusio, *In Decretales subtilissima Commentaria* (Venetiis 1571) *In II Librum, de probationibus, Rubrica* N. 1 p. 296.

18 Puede considerarse como definición general su definición de la presunción "iuris tantum"?: "Est probabilis coniectura ex certo signo proveniens quae, aliquo non adducto, pro veritate habetur... Probabilis coniectura quia omnis praesumptio legis est fundata super verissimile, et illa praesumptió est efficacior quae est verissimilior": A. Alciatus, Aureus A. Alciati, *praesumptionum tractatus* (Lugduni 1542), III 39-44.

19 *Panormitanus Abbas, In Decretalium Libros Commentaria* (Venetiis 1582) *Lib. II, Pars II, de praesumptionibus*, c. I-XII, 128-135 v.

20 Quizá pueda entenderse como definición general este pasaje: "Praesumtio illa est quae interdum oritur a probabilibus et tunc appellatur praesumptio iuris vel hominis..., interdum oritur a necessariis et tunc appellatur praesumptio iuris et de iure": J. Menocchius, *De Praesumptionibus, coniecturis*... Libr. I, Quaestio VII N. 2-4 p. 6. De varios textos que recogen los tres términos que han venido caracterizando la presunción ("argumentum", "verissimile", "probabile") podríamos reconstruir esta definición: "Praesumptio est probatio artificialis, verisimilis, credibilis vel necessaria in qua ex aliquibus positis verissimiliter atque ita probabiliter vel necessario sequitur quod intendimus": Lib I: Q. VII, N. 36 p. 7; Q. VI, N. 1 p. 5 v.; Q. II, N. 1 p. 3; Q. IV, N. 1 p. 4 v.; Q. III, N. 1 p. 3 v.; Praefatio N. 9 p. 1 v.

21 "Et praesumptio proxime veritati accedit verisimilitudoque appellatur, et verisimilitudo, ut dicunt, cognata est naturae vel natura praesumptionis ab irrationabili abhorret": J. Mascardus, *Conclusiones omnium probationum* (Augustae Taurinorum 1597) vol. I, Q. X, N. 1-13, p. 16.

22 Toma la presunción como conjetura: "sic puto coniecturam posse definiri ut sit rationabile vestigium latentis veritatis unde nascitur opinio sapientum... dico enim coniecturam esse vestigium rationabile, nam coniectura ut sit probabilis debet esse ratione fundata. Item non sine ratione dico vestigium rationabile, quia praesumptio adhorret irrationabilia... Igitur coniectura potest etiam definiri ut sit rationabilis argumentatio quae verisimilitudine fidem faciat, nec tamen necessario concludat... et similiter praesumptio est quaedam verisimilitudo veritatis necessario non adstringens..., sicuti praesumptio ita etiam coniectura accipitur pro veritate donec aliud appareat..., probabilia... sunt quae videntur omnibus, aut pluribus, aut sapientibus": C. Mantica, *Tractatus de Coniecturis ultimarum voluntatum* (Venetiis 1605) Libr. I tit. I N. 3 p. 2.

Universidad Pontificia de Salamanca

De Butrio afirma que esa probabilidad se apoya en la experiencia y equivale a algún grado de certeza[23].

Pirhing en su obra lata se limita a recoger nociones de varios autores[24]; pero destaca en su Sinopsis otro elemento integrante de la presunción: la regla de la experiencia[25].

Esta norma de la experiencia se destacará más en los autores posteriores[26].

El Código de Derecho Canónico resume la doctrina antigua[27]. Los esquemas que precedieron a su redacción definitiva tampoco son más explícitos[28]. Quizá los trabajos preparatorios a la codificación —no pudimos conseguir el permiso para consultarlos— sean interesantes[29].

---

[23] La presunción es: "quidam gradus certitudinis de aliquo... stante dubio de aliquo quandoque animus circinat et plus tamen ad unum quam oppositum et hic est quaedam suspicio, animus non firmatur; quandoque applicat animum ad alterum et firmiter affigit: et haec est praesumptio. Nam per hoc non est certus, sed fit, ut ex accidentibus praesumit: et licet appelletur praesumptio et denominetur a iure, tamen est origo praesumptionis ponderata a iure, prout applicatur ad mentem hominis": A. DE BUTRIO, *Commentaria super V Libros Decretalium*, tomo VI in Libr. IV (Venetiis 1578), *de sponsal. et matr.*, cap. XXX, N. 1, p. 13 v.

[24] E. PIRHING, *Ius Canonicum*, tomo II (Dilingae 1675): In lib. II Decretalium, tit. XXIII de praesump., & 1, assertio I-III, p. 413-14.

[25] "Praesumptio bene definitur, quod sit rationabilis coniectura rei dubiae collecta ex argumentis et indiciis quae per rerum circunstantias plerumque vel frequenter eveniunt": E. PIRHING, *Synopsis Pirhingiana* (Romae 1849) Lib. II, tit. XXIII, de praesump. & 1, N. 1 p. 365.

[26] "Praesumptio... est coniectura sive iudicium de re dubia ortum ex certis indiciis sive signis et circunstantiis antecedentibus el consequentibus quas cum eo quod coniicimus coniunctas ex naturali connexione aut experientia constat": J. WIESTNER, *Institutiones Canonicae* (Monachii 1706) Libr. II, Tit. XXIII De praesumptionibus, art. 1, N. 1, pág. 404. Nada nuevo encontramos en otros autores de relieve: Farinaceo (P. FARINACEUS, *Praxis theorica criminalis* (Lugduni 1634) Libr. II, tit. V De indiciis et tortura, Q.XXXVI, N. 67-169); Engel (E. ENGEL, *Collegium Universi Iuris Canonici*, (Beneventi 1742) Lib. II, tit. XXIII, N. 1, pág. 146); Van Espen (Z. B. VAN ESPEN, *Opera Omnia Canonica Pars III* (Venetiis 1769) tit. VII, pág. 99, N. 17); Maschat (R. MASCHAT, *Institutiones Canonicae* (Romae 1757) Libr. II, tit. XXIII, De Praesump. N. 1-2, pág. 319-320); Ponsio (J. PONSIUS, *De Antiquitatibus Iuris Canonici secundum titulos Decretalium* (Spoleti 1807) Lib. II, tit. XXVIII, pág. 117); Zallinger (J. A. ZALLINGER, *Institutiones Iuris Canonici* (Romae 1832) Libr. II, tit. XXIII, pág. 603); Bouix (D. BOUIX, *Tractatus de iudiciis ecclesiasticis* (Parisiis 1855) Pars. I, cap. IV De Praesump., pág. 325); Schmalzgrueber (F. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Universum* (Romae 1844) vol. IV, Pars III, tit. XXIII De Praesump. N. 1-3, pág. 211-213); Reinffenstuel (A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum universum* (Parisiis 1866) tomo 3, Libr. II, tit. XXIII De Praesump. N. 1-30, pág. 137-142); Leurenio (P. LEURENIUS, *Forum Ecclesiasticum* (Venetiis 1729) Lib. II, tit. XXIII De Praesump., Q.DCCXXXIV, pág. 312); Ferraris (F. L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica* (Parisiis 1865) tomo VI ad v. praesumptio, pág. 625). Y es de notar que Reiffenstuel y Ferraris compendian toda la materia jurídica antigua. Wernz (F. J. WERNZ, *Ius Decretalium* (Prati 1914) De Iudiciis Libr. II, tit. XXXVII De Praesump., N. 654, pág. 493); Lega (M. LEGA, *De Iudiciis ecclesiasticis* (Romae 1896) tit. XI De Praesump., N. 519, pág. 525, etc. No dejará de ser interesante para comprender los conceptos más corrientes en las nociones de la presunción aportadas por los canonistas examinados, consultar Forcellini (A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* (Patavii 1940) ad v. probabilis, verisimilis, rationabilis, credibilis) y Rodrigo (L. RODRIGO, *Praelectiones Theologicae Morales Comillenses. Theologia Moralis Fundamentalis, IV De Conscientia Morali* (Santander 1956) N. 116, 148, 161, 168, 169, 170); Rolland (E. ROLLAND, *Le fondement sichologique du probabisme, Nouvelle Revue Theologique 63* (1936) 257-263); De Blic (J. DE BLIC, *Barthelemy de Medina et les origines du probabilisme, Ephemerides Theologicae Lovanienses, 7* (1930) 264-291; Un aspect remarquable de la dialectique aristotelicienne, Gregorianum 11 (1930) 568-576.

[27] Cc. 1825-1828.

[28] F. ROBERTI, *Codicis Juris Canonici Schemata*. Libr. IV de Processibus (In Civitate Vaticana 1940) Sectio I De iudiciis in genere, tit. X de probation. 330-333.

[29] No ignoramos que el argumento deducido de los estudios previos a la ley debe ser considerado cautelosamente, sobre todo en el Derecho Canónico; porque los que han recibido de la Santa Sede el encargo de preparar la ley no participan de la potestad legislativa de la Iglesia, y su doctrina es meramente privada (cfr. A. VAN HOVE, *De Legibus Ecclesiasticis* (Romae 1930)

Universidad Pontificia de Salamanca

Por otra parte incluso los comentaristas del Código se limitan a reproducir brevemente la doctrina tradicional: la definición más detallada es, sin duda, la de Keller[30].

Concretando: la presunción puede entenderse en sentido objetivo y se identifica con los hechos indiciarios que en realidad son causas o premisas de donde procede la presunción tomada en sentido subjetivo; entonces viene a constituir como normas generales o argumentos que sirven de instrumentos judiciales de prueba. Así lo entendió Tancredo, algún otro decretista y decretalista, e incluso el S. Tribunal de la Rota Romana cuando dice que vgr. la condición, la tenacidad en el abuso del matrimonio, etc., son presunciones que arguyen la exclusión del derecho a la procreación. Pero otras veces la presunción tiene un sentido subjetivo: es el acto intelectual, la deducción lógica, la consecuencia racional que la ley, el juez o cualquier hombre prudente —porque la presunción se impone no sólo en la vida del derecho sino también en la vida común— deducen mediante un proceso lógico cuyo esquema es un silogismo: la premisa mayor es una norma experimental (lo que suele suceder en tales o cuales casos); la menor es un hecho conocido, cierto, indiciario, que guía, que manifiesta; la conclusión es otro hecho pero desconocido que se quiere probar y que se acepta —como verdadero— anticipadamente, antes de ser probado.

La premisa mayor expresa la relación filosóficamente probable, contingente, verosimil; pero prácticamente (en sentido común) cierta —aunque susceptible de ser revocada— entre la premisa menor y la conclusión. En tanto el hecho indiciario de la premisa menor suscita la idea del hecho de la conclusión en cuanto que la experiencia une

---

N. 265, p. 273). Sin embargo se debe presumir, mientras no conste lo contrario, que el legislador les dio a los términos en los que se ha cristalizado la ley el sentido que les dieron los encargados de prepararla (H. I. CICOGNANI-D. STAFFA, *Commentarium ad I Librum C. I. C.* (Romae 1939) vol. I, 296), cuando el legislador hace suyos esos términos (G. MICHIELS, *Normae Generales* (Parisiis 1949), vol. I, 533).

30 "Praesumptio igitur est prudens aestimatio circa singularia contingentia seu medium quoddam cognitionis, quidam processus rationis in quo ex signis externis, praesentibus, inmediatis ex una parte et ex generalibus regulis ex altera parte, concluditur, coniicitur veritas (facti vel regulae) sive occulta sive interna sive futura adhuc incerta": H. KELLER, *De usu praesumptionis in iure canonico*, Periodica 23 (1934) 2).

El P. Oesterle apostilla al can. 1825: "In can. 1825 hic terminus "probabilis" sumendus est in sensu "credibilis, verisimilis" seu in eo sensu qui est thecnicus apud moralistas; ergo probabile, quod opponitur certo, est id pro quo graves rationes militant eaeque dignae quae merentur assensum viri rationabilis" G. OESTERLE, *De Praesumptionibus in iure matrimoniali*: Revista Española de Derecho Canónico 3 (1948) 412; y lo mismo en, *Probabile in Codice Iuris Canonici*, Periodica 34 (1945) pág. 12). En el mismo sentido: J. NOVAL, *Commentarium Codicis Iuris Canonici*. Libr. IV De Processibus, Pars I De iudiciis (Romae 1920) N. 559, pág. 375; E. F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, vol. II (Santander 1948) N. 611, pág. 260. Respecto al can. 1828 dicen únicamente que el hecho indiciario debe ser cierto, determinado, concreto, en conexión directa con el hecho presumible, porque, al ser su fundamento, si no es cierto o determinado, sería un fundamento endeble; y si no dice relación inmediata o directa con él, la ilación del uno al otro sería necesariamente incierta: F. X. WERNZ-P. VIDAL-F. M. CAPPELLO, *Ius Canonicum* T. VI De Processibus (Romae 1949) tit. X, cap. VI, N. 516, pág. 482; T. MUNIZ, *Procedimientos Ecclesiásticos*, tomo III (Sevilla, sin fecha), cap. XXVIII, N. 388, pág. 361. Tampoco los Civilistas son más explícitos: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile* (Napoli 1934), vol. II, sez, 1. Parte III & 63 N. 348, pág. 447.

Universidad Pontificia de Salamanca

mutuamente esos dos hechos, en cuanto que enseña que dado el primer hecho suele darse ordinariamente o con frecuencia el segundo. En este caso: demostrada la existencia del primer hecho concluimos (sin probarlo directamente; pero mientras no se nos demuestre positivamente que esa conclusión que en la mayoría de los casos es razonable o lógica, falla en este caso concreto) la existencia del segundo hecho. Es el sentido que la presunción tiene en la mayoría de los autores e incluso en el Código de Derecho Canónico.

Según que la naturaleza del indicio sea tal que la experiencia permita deducir con mayor o menor seguridad el otro hecho, el indicio será más o menos eficazmente demostrativo del hecho que se investiga[31].

Este indicio *probable o grave* puede ser simple o compuesto de varios que considerados aisladamente, uno a uno, son quizá de poco peso. El valor total de este motivo complejo es igual al valor de dos sumas: una que resulta por simple adición mental de los valores de los motivos parciales, y otra constituida formalmente por el valor de la convergencia o concurso de todos ellos en cuanto que la explicación o razón suficiente de esa convergencia no puede ser otra que su correspondencia o identificación con la verdad.

La suma de las probabilidades, por grande que sea, no puede nunca exceder la categoría de simple probabilidad: un todo homogéneo superará cuantitativamente pero no cualitativamente a cada uno de sus elementos integrantes. En cambio la convergencia de esas probabi-

---

[31] Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile* (Padova 1933) vol. II, cap. II N. 149, pág. 412; vol. III, cap. III, sez. I, N. 163, pág. 8. P. LEURENIUS nos ha dejado una magnífica exposición sobre los indicios. En su obra *Forum Ecclesiasticum*. Lib. II, tit. XXIII De Praesumptionibus, Q.DCCXXXIV, 311, dice que el valor de la presunción depende del valor del indicio que le sirve de base y define con Mascardo y Farináceo el indicio así: "notabile signum facti alicuius rei de qua dubitatur ad veritatem cognoscendam deserviens"; y en la Q.DCCXXXV, 312, aborda el tema de la clasificación de los indicios: "Indicium sive unicum et simplex sive ex pluribus conflatum, aliud est plenum seu indubitatum (quod etiam certum vocatur...) quod nimirum sufficiens est ad generandum in iudice assensum plenum qui est sine titubatione et formidine ita astringens animum illius ut omnino credat rem se sic habere ideoque non curet ulterius investigare...; aliud e contra, semiplenum seu dubitativum, quod quidem fortiter movet iudicem ad credendum rem sic se habere, cum aliquali tamen formidine de opposito; cum qua divisione fere coincidit illa in iudicium leve quod, quia quandoque quidem esse, frequentius tamen abesse solet a tali facto vel negotio et reperiri etiam in alio generat opinionem solummodo levem vel potius suspicionem etsi non omnino temerariam, et in indicium grave quod quia frequentius solet in tali negotio vel maleficio intervenire, generat opinionem prudentem et non levem non tamen omnino adhuc excludentem formidinem de opposito, et in gravissimum quod quia vix umquam solet esse non coniunctum cum tali facto, parit assensum moraliter certum excludentem omnem formidinem. Quaenam tamen... censenda sint levia, gravia, gravissima, prudentis iudicis relinquitur arbitrio regulando tamen secundum iura et aequitatem. Aliud est signum proximum, aliud remotum, quae divisio non pariformiter explicatur ab auctoribus". Efectivamente A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*..., Lib. II, tit. XXIII, N. 12-13, pág. 139, explica substancialmente como Leurenio el indicio pleno y el semipleno; y en N. 14, pág. 139, dice: "indicium proximum dicitur quod immediate tangit ipsum negotium vel maleficium de quo quaeritur; indicium remotum, vero, est quod immediate non respicit veritatem delicti seu negotii controversi sed circumstantias eius". Y otros autores explican de diversa manera el indicio próximo y remoto. Por ejemplo, P. FARINACEUS, *Praxis theorica criminalis*. Lib. II, tit. V, Q.XXXVI, N. 44.

Universidad Pontificia de Salamanca

lidades, por ser un hecho objetivo diverso, en su esencia y en su valor, de sus elementos constitutivos, tiene un valor específico propio, que puede producir incluso una certeza moral al menos prudencial.

En general, pues, el grado de probabilidad del acto intelectual es proporcional necesariamente a la gravedad, rectamente valorada, de los motivos. Según que los motivos se consideren leves, simplemente graves o gravísimos, el grado de esa probabilidad será leve, simplemente tal o suma. La leve no se puede considerar como verdadera y seria probabilidad; la suma prácticamente supera la categoría de probabilidad; la única que puede considerarse propiamente probabilidad es la grave. La probabilidad suma es en el orden práctico de la prudente actuación humana más que simple probabilidad, es aquella cuyos motivos ordinariamente responden a la realidad representada, aunque algunas veces fallen; no son compatibles más que con un ligero o remoto peligro de errar.

APENDICE

Nos ha parecido bien, dado su interés en los procesos de nulidad matrimonial por simulación total y parcial, extractar fielmente la magnífica doctrina de Menoquio acerca de los indicios de los que pueden deducirse presunciones[32].

Comienza afirmando: "...sedes et loca e quibus duci et ad quae referri coniecturae omnes possunt haec esse existimarem: personam, causam, factum, dictum, non factum, non dictum" (Q.XIII, N. 8, p. 11).

Y en la Introducción a la Q.XIV afirma resueltamente que la presunción versa sobre los diez predicamentos escolásticos.

Q.XIV, N. 1-7, p. 11v.: Predicamento "substantiae" { corporeae / incorporeae

Q.XIV, N. 8-15, p. 11v.-12: Predicamento "quantitatis"

Q.XIV, N. 16-39, p. 12: Predicamento "qualitatis"
- -potentia naturalis
- -impotentia
- -affectio
- -habitus animi
- -passio
- -passibilis qualitas { -forma / -figura

[32] J. MENOCCHIUS, *De Praesumptionibus...*, Lib. I, Q.XIII-XXIV, pp. 11-13. Aunque los indicios puedan ser numéricamente incalculables, los autores se esfuerzan en enmarcarlos en unas cuantas categorías.

Universidad Pontificia de Salamanca

Q.XIV, N. 40-48, p. 12v.: Predicamento "relationis"
Q.XIV, N. 49-54, p. 12v.: Predicamento "ubi"
Q.XIV, N. 55-58, p. 12v.: Predicamento "quando"
Q.XIV, N. 59-67, p. 12v.-13: Predicamento "actionis"
Q.XIV, N. 68-69, p. 13: Predicamento "passionis"
Q.XIV, N. 70-77, p. 13: Predicamento "situs"
Q.XIV, N. 78, p. 13: Predicamento "habitus"

1.—*Presunciones deducidas "a persona"*

Q.XV, N. 1, p. 13v.: Coniecturae desumptae *a qualitate* personae usus est in iure nostro frequens admodum.

Cum autem personae qualitates considerantur, multa in ea spectare solemus e quibus coniectura ducitur; spectamus enim.

N. 2-33, p. 13v.-14v.: vel bona corporis
- -aetas
- -sexus
- -valetudo
- -figura
- -vires
- -natio

vel bona animi
- -virtutes
- -vitia
- -studia
- -educatio
- -artes
- -inertia

vel bona fortunae
- -genus
- -affinitas
- -patria
- -amicitia
- -opes
- -honores

Q.XVI, N. 1-4, p. 14v.: vel affectus animi
- -fletus
- -animi trepidatio
- -mutatio vultus
- -taciturnitas

2.—*Presunciones deducidas "a causa"*

Q.XVII, N. 1, p. 14v.-15: Causa est illa quae significat an aliquid factum sit vel non sit ut si causa exstiterit factum esse dicatur, si non exstiterit non esse factum.

Universidad Pontificia de Salamanca

N. 4-11, p. 15: Causarum species
- -amor
- -ira
- -odium
- -metus
- -cupiditas
- -spes
- -correctio

3.—*Presunciones deducidas "a facto"*

Q.XIX, N. 1-9, p. 16: Hoc factum tribus temporibus consideratur: praeterito, praesenti et futuro. Coniecturam ducimus:

ex facto praeterito
- -ad tempus praesens
- -ad tempus futurum

ex facto praesenti
- -ad tempus praeteritum
- -ad tempus futurum

ex facto futuro
- -ad tempus praesens
- -ad tempus praeteritum

Q.XX-XXI, p. 16v.-17: En estas dos cuestiones incidentales afirma que:

"praesumptio ex actibus voluntariis sumitur solummodo quantum actus ipse ex necessitate concludit".

Y además —dice— deben ser completos o perfectos.

4.—*Presunciones deducidas "a verbis"*

Q.XXII, N. 1-5, p. 17: Dicta autem vel praeteriti vel praesentis temporis vel futuri considerantur. Coniectura sumitur:

ex dictis praeteriti temporis, ad actum praesentem;
ex dictis praesentis temporis, ad actum praeteritum;
ex dictis futuri temporis, ad actum praeteritum.

Coeterum annotandum est praesumptionem hanc quae ducitur ex dictis vel factis esse validiorem ea quae sumitur ex non factis vel non dictis.

5.—*Presunciones deducidas "a non factis"*

Q.XXIII, N. 1-11, p. 17v.: Hac in re pro regula constituendum est praesumptionem non sumi ex non factis vel non dictis. Quandoquidem ex his quae

Universidad Pontificia de Salamanca

non apparent nulla praesumptio colligitur. Declaratur... haec regula ut locum non habeat quando is qui debet aliquid facere vel dicere nihil facit vel dicit: tunc ex eo non facto vel non dicto colligitur praesumptio et coniectura...

Hoc non factum duobus temporibus, nempe praeterito et praesenti considerari potest: Coniectura ducitur

A non facto
- -praeteriti temporis ad tempus praesens
- -praesentis temporis ad tempus
  - -praesens
  - -praeteritum
  - -futurum

6.—*Presunciones deducidas "a non dicto"*

Q.XXIII, N. 12-13, p. 17v.-18: A non dicto, hoc est, a taciturnitate praesumptio sumitur. Nam dicimus quod is qui tacet multis in casibus consentire videtur ut omnes tradunt. Declaratur... ut non habeat locum haec regula quando lex ipsa praesumptionem colligit seu imaginatur quod etsi nihil dictum vel factum legatur, nihilominus quod dictum vel factum id fuerit.

7.—*Presunciones deducidas "de tempore ad tempus"*

Q.XXIV, N. 1-56, p. 18-20:

Ex praeteritio
- -circa praeteritum
- -circa praesens — requiruntur duo extrema: praeteritum verum et hoc est extremum a quo; et praesens possibile et hoc est extremum ad quem. Declaratur hic casus ut non procedat quando res sunt variabiles ex ipso temporis cursu, vel ex ipsius naturae necessitate, vel ex verisimilitudine, vel ex agendi qualitate.
- -circa futurum — Declaratur hic casus ut locum non habeat in his quae cursu temporis mutantur.

Universidad Pontificia de Salamanca

- Ex praesenti
  - —*circa praesens*
  - —*circa futurum*
  - —*circa praeteritum*: Requiritur extremum a quo verum, ut est status praesens; et extremum ad quod possibile, ut est status temporis praeteriti.
    - valet
      - —in necessariis
      - —in contingentibus
        - —quando praesens status potest concurrere cum naturali veritate antecedentis et praesens habet se vel non ad praeteritum ut finis.
    - non valet
      - —in impossibilibus
      - —in contingentibus
        - —status praesens non potest concurrere cum naturali veritate antecedentis
- Ex futuro circa alia tempora.

Capítulo segundo.—Valor probativo de las presunciones "hominis".

La certeza no es otra cosa que la determinación del entendimiento a un objeto[33], la firmeza de adhesión de la potencia cognoscitiva a su objeto cognoscible[34], el término final —como dicen frecuentemente nuestras fuentes canónicas— del movimiento del espíritu[35].

Según la causa de donde proceda esa firmeza, la certeza será metafísica, física o moral y la moral será, a su vez, moral en sentido filosófico y moral en sentido ético o práctico. Si se apoya en el constante modo de ser, en las inclinaciones de la naturaleza racional de tal suerte que desaparezca hasta la posibilidad radical o lógica del temor racional a equivocarse, será la certeza moral filosófica, la certeza moral de la que hablan los filósofos en la crítica. Si se apoya en la constancia de las leyes y costumbres que rigen la vida humana, en el modo de proceder comúnmente los hombres de sano juicio hasta quedar excluida toda razón actual, positiva, prudente, probable de dudar, será la certeza moral que, si bien filosóficamente no es certeza moral perfecta, prácticamente, en el orden práctico de la vida, es suficiente para hacer ciertamente prudente el acto humano. Es la certeza moral práctica de

[33] S. Thomas, *In Librum Sententiarum*, 3, d. 23 q. 2 a. 2.
[34] S. Thomas, o. c. 3, d. 26, q. 2, a. 4.
[35] cc. 13. 20 C. II q. 1; c. 3 C. IV q. 2-3; cc. 27. 32, X, II 20.

Universidad Pontificia de Salamanca

la que hablan los moralistas; de ellos han tomado el concepto los juristas[36].

Algunos la llaman certeza prudencial[37] e incluso probable[38] conjetural[39].

Cuando se dice que esta certeza moral puede surgir de argumentos conjeturales o probables no se quiere significar que se trate de un juicio simplemente probable, de eso que en lenguaje corriente suele llamarse certeza cuando en realidad no deja de ser una cuasi-certeza, una fuente de probabilidad que no excluye todo temor prudente de error[40].

En conformidad con los dictados de la recta razón y de la constante tradición canónica[41] el Código de Derecho Canónico exige, para que se pueda dictar sentencia afirmativa, certeza precisamente moral práctica[42].

Esta certeza puede obtenerse a base de presunciones "hominis".

---

36 WAFFELAERT, *De dubio solvendo in re morali* (Lovanii 1880) 87; W. J. DOHENY, *Practical Manual for Marriage Cases* (London 1938) c. IX, VI: indications and Presumptions corollary, 293; C. DAMEN, *De vitanda Iuris Correctione ad normam Codicis*: Apollinaris 5 (1932) 57-62; TER HAAR, *De triplici statu mentis post indagatam veritatem iuxta doctrinam Sancti Thomae*; Angelicum 18 (1941) 7-35; J. GRED, *Elementa Philosophiae* (Friburgi Brisgobiae 1932) II, 49-51.

37 S. THOMAS, *Summa Theologica*, II. II q. 47 a. 9 ad 2; q. 49 a. 1.

38 S. ALPHONSUS M. DE LIGORIO, *Theologia Moralis* (Romae 1896) vol. I. N. 130; S. THOMAS, *Summa Theologica*, II. II q. 70 a. 1; I. II q. 91 a. 3; q. 94 a. 4; q. 96 a. 1.

39 S. ANTONINUS, *Summa Theologica* (Veronae 1740) Part. I. tit. 3, cap. 10, & 10.

40 P. FAGNANUS, *Commentaria in V Libros Decretalium*, libr. 1, de Const. Ne innitaris, N. 99, pág. 40. Observa la decisión (Sacrae Romanae Rotae Decissiones —en adelante citaremos esta colección con la sigla: *SRRD*.— vol. 34 dec. 12 Nullitatis c. Canestri) que con este concepto de certeza moral tampoco coincide lo que en las ciencias positivas suele denominarse certeza moral sin que en realidad pase de ser una simple probabilidad sometida a modificaciones incluso substanciales con el progreso de los estudios y de las investigaciones científicas.

41 S. AUGUSTINUS, Ep. 78 n. 4 en Graciano: c. 12, C. II, q. 1; y en Migne: PL. 33, 269; S. GREGORIUS MAGNUS, en Graciano: c. 74, C. XI, q. 3; c. 11, C. XXX, q. 5. Cfr. N. 3789 —con esta denominación indicaremos siempre el número del Procolo que corresponde en el archivo secreto del S. Tribunal de la Rota Romana a cada una de las sentencias inéditas— N. 3789 Ianuen. 3 Iunii 1949 c. Staffa.

42 Can. 1869 & 1.

"Ad ferendam sententiam certitudo moralis saltem late dicta requiritur, id est, non quaelibet seria probabilitas sed is saltem gradus probabilitatis qui in negotiis magni momenti omne dubium serium excludat": A. VERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, tomo III (Brugis 1923) tit. 13, N. 229. En el mismo sentido escriben los demás comentaristas: J. NOVAL, *Commentarium Iuris Canonici*, Pars I, De iudiciis N. 621, p. 409; F. Roberti, De Processibus, vol. II (Romae 1926) N. 324, p. 24; N. 448, p. 175. Pío XII declaró en dos alocuciones a los miembros del Tribunal de la Rota que en los procesos matrimoniales se requiere y basta esa certeza moral que no excluye la posibilidad de error, pero que, a pesar de estar formada de una máxima probabilidad, es capaz de hacer que un hombre prudente pueda considerarse cierto y seguro en su proceder: Aloc. de 3-X-1941, *AAS*. 33 (1941) 421-426; alocución del 2-X-1942, *AAS*. 34 (1942) 338-342.

"Cum versemur in probatione facti negativi seu non concessae dispensationis super certo et indubio impedimento, nonnisi argumentis negativis uti valemus; quae si positivum et probabile dubium excludunt de concessa dispensatione, satis esse debent ad rem evicendam. Certo ex adductis in causa, possibilitas non manet exclusa quod dispensatio non fuerit indulta, at ipsa sola non sufficit ad matrimonii valorem sustinendum, cum moralis certitudo quae in iudice exigitur pro his negotiis terminandis, ea sit quae non impossibile et imprudens reddit judicium de opposito... Haec vero doctrina suam applicationem obtinet quoties iudex in perpendendis probationibus habet contra se possibilitatem quamdam, sed et tenues probabilitates, quae nihilominus pondus suarum praesumptionum, indiciorum atque adminiculorum serio concutere haud valent": N. 4394, Helipolitana Maronitarum, 25 maii 1950 c. Canestri.

Universidad Pontificia de Salamanca

En primer lugar durante toda la Edad Media fue considerada la presunción como prueba judicial: las Colecciones Canónicas unen el capítulo "De praesumptionibus" al capítulo "De probationibus". Las glosas de Acursio y de Bernardo Parmense relacionadas con la presunción se refieren continuamente a la prueba de un litigio judicial. Los glosadores y los Comentaristas establecen diversas clasificaciones de presunciones basados únicamente en su fuerza probatoria. E incluso algunos se preguntaban expresamente si la presunción era o no verdadera prueba al menos semiplena[43].

Y en la época moderna, aunque las materias jurídicas son estudiadas con un orden sistemático, sin seguir servilmente la disposición de las Decretales, la presunción es cosiderada como una prueba.

También los Códigos civiles y los procesalistas modernos tratan a la presunción como a un instrumento de prueba[44].

Es doctrina común que el valor de la presución "hominis" subjetiva —al contrario de lo que ocurre con la presunción "iuris" que tiene siempre un valor fijo determinado por la ley— depende en general del valor de los indicios, cuya apreciación se deja a la prudente discreción del juez. Por lo tanto, no se puede establecer una regla absoluta inflexible que determine el valor de cada una de estas presunciones[45].

Pero podemos afirmar que unas presunciones son probables, otras violentas, etc., suponiendo que los indicios en que se apoyan las primeras son meramente probables y aquellos en que se apoyan las se-

---

[43] MENOQUIO, por citar sólo al representante más calificado, lo niega: J. MENOCCHIUS, *De praesumptionibus*..., lib. I, Q.XXVIII, XXXVI, XXXIX. SANDEO expone en qué condiciones y en qué materias se admite como prueba: F. SANDEUS, *Commentariorum Felini Sandei Ferrariensis in Decretalium*. Libros V, Pars II (Venetiis 1570) Libr. II, tit. XIX, Rubrica N. 1-5 col. 314-15. BALDO, sin embargo, lo afirma resueltamente: "Praesumptio efficax dicitur liquida probatio": BALDUS DE PERUSIO, *In Decretales subtilissima Commentaria*... In II, de praesump. Rubrica N. 5, p. 362v. A nosotros nos interesa que al menos se cumpla lo que de una manera decidida escribía DURANGO: "Per praesumptionem fit probatio": G. DURANDUS, *Speculum Iuris*, cap. de probationibus & 2, N. 10, p. 416; y MASCHAT: "Et quamvis praesumptio in rigore probatio non sit, quia tamen relevando a probatione, aequivalenter probat, merito speciebus probationis accensetur": R. MASCHAT, *Institutiones Canonicae*... Libr. II, tit. 23, 763.

[44] CARNELUTI expone con maestría el engranaje de la prueba objetiva indirecta destinada a producir en el juez ese acto intelectual en que consiste cabalmente la prueba subjetiva, y la divide en dos clases: la histórica y la crítica o presuntiva de especial interés en las legislaciones que admiten, como la canónica, el sistema de la libre valoración de las pruebas: F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile* (Padova 1933) vol. II, cap. II, p. 407-419 N. 147-151; p. 453-457 N. 158.

[45] Baste citar un testimonio preciso. La exposición del Abbas Panormitanus acerca de la presunción particularmente "hominis" es personal, atinada y completa: "...praesumptio non est aliud quam quaedam suspicio quae causatur in animo judicis vel cuiuscumque ex variis coniecturis vel argumentis seu indiciis et secundum quod coniecturae vel argumenta vel indicia urgent, causatur, firmatur, vel argumentatur illa suspicio... ex quibus conclude quod non potest dari certa doctrina quando praesumptio sufficiat ad sententiam, quando ad semiplenam probationem... sed iudex ex suo bono et aequo iudicio ex variis coniecturis arbitratur hoc... ex his etiam concludo non curandum qualiter appelletur suspicio vel praesumptio an scilicet vehemens an probabilis an violenta an necessaria, etc. quia haec sunt potius vocabula magistralia quam iuris... Imponas quod nomen vis sed considera qualitates et potentias, circunstantias coniecturarum et secundum illas iudicetur effectus": A. PANORMITANUS, *In Decretalium Libros*... Libr. II, Pars II de praesump. cap. VIII, Quanto, N. 3, p. 131.

Varios comentaristas posteriores hacen literalmente suya esta doctrina: F. SANDEUS, *Commentariorum Felini*... Libr. II, tit. XXIII, cap. VIII, col. 944.

Universidad Pontificia de Salamanca

gundas son vehementes, etc. Y en concreto las Glosas —especialmente las glosas a las Decretales, que son las más interesantes— y los Comentaristas nos han dejado varias clasificaciones de presunciones en relación precisamente con su fuerza probatoria dependiente del grado de probabilidad de sus indicios.

Debemos advertir, sin embargo, que esas Glosas son confusas; porque mientras unas se contentan con anotar genéricamente el valor probativo de las presunciones sin darles un nombre[46], otras las especifican con denominaciones diversas[47].

Esta confusión de las glosas repercute fuertemente en los Comentaristas sucesivos. Las clasificaciones varían de un autor a otro, y hasta las divisiones que hace un mismo autor no son exhaustivas sino más bien parciales. La razón hay que buscarla en los diversos aspectos que pueden estudiarse en la presunción. A veces —y omitimos las divisiones menos importantes— se pone en relieve la relación de la presunción con el autor que la crea y entonces se llamará presunción "iuris" y "hominis"; otras veces la relación con su eficacia probatoria, con su grado de probabilidad, con el indicio que le sirve de base, y se dirá que la presunción es "temeraria", "probable", "violenta" o "vehemente". Es constante, sin embargo, la contraposición —en base al autor de las presunciones— entre presunción "iuris" y presunción "hominis". La primera ha sido introducida y sancionada por la ley, la segunda ha sido formada por el juez y confirmada de alguna manera por el legislador[48].

---

[46] Así la glosa de ACURSIO a la introducción al D. XXII, 3 señala: "Praesumptio... est triplex: nam quaedam est talis, cui statur etiam si contra quis probaret...; alia cui statur donec contra probatur...; alia cui non statur, aliquo modo, nisi adminicula habeat". De una manera parecida se expresa la glosa a la Rúbrica del X, II, 23: "Quia praesumptiones quandoque plene probant, quandoque semiplenam probationem faciunt, quandoque alias praesumptiones coadiuvant..."

[47] La glosa de ACURSIO ad D. IV, 2, 23 expone cuatro clases: "Et ut plene scias, dic: praesumptio alia *iuris et de iure*, alia *hominis*, alia *naturae*, alia *facti*... Hominis autem praesumptio tam secundum leges quam secundum canones est illa de qua haec lex dicit: contra quam recipitur probatio in contrarium, nam quandoque transfert onus probationis quandoque non, sed durius adstringit ad probandum". Repite esta clasificación la glosa al c. 30, X, IV, 1. Y la glosa al c. 8, X, II, 23: "Circa hiusmodi praesumptiones dicendum est quod *temeraria* repellatur..., *probabilis* praesumptio inducit quandoque expurgationem..., *violenta* praesumptio quandoque sufficit ad condemnationem...". La glosa al c. 2, C. XXXII, q. 1 aplica esta terminología a la sospecha afirmando que basta la sospecha para probar la fornicación en orden a decretar la separación conyugal, si bien se admita prueba en contrario. Y la glosa al c. 9, C. VI, q. 1 también trae esa división: "suspicioni temerariae non creditur..., probabilis inducit praesumptionem..., violenta condemnationem". En estas denominaciones encuadran los Comentaristas todas las clases de presunción.

[48] En general esto entienden todos por la presunción "hominis". Pero los dos que mejor la tratan son el Panormitano y de Butrio. Dice así el A. PANORMITANUS, *In Decretalium Libros*..., Lib. II, Pars II, tit. De Praesump., cap. VIII, N. 3: "Appello praesumptionem hominis quando iudex ex aliquibus coniecturis aliquid pro vel contra aliquem seu in aliqua causa praesumit ubi ius *specifice* aliquid non praesumit".

Y, con más detalle aún, A. DE BUTRIO, *Commentarii super V Lib. Decretalium*. In Lib. IV, De sponsalibus et matrim., cap. XXX, N. 1, pag. 13, v.: "... omnis praesumptio iuris posset dici praesumptio hominis, sed quia quasdam approbat ius et quaedam non recipiuntur approbatae *in specie*, potest dici quod quaedam sunt praesumptiones hominis, quae *specifice* non approbantur a iure sed *in genere* approbantur... quanta et quae sit fides probationis relinqui-

Universidad Pontificia de Salamanca

Insistiendo en la eficacia probatoria de cada una de estas presunciones, subdividen corrientemente la primera en dos categorías: "iuris tantum" y "iuris et de iure", según que no excluya o que excluya la prueba en contrario[49].

Pero otros Comentaristas junto a esta distinción fundamental colocan como *algo independiente* la clasificación (en relación con su eficacia probatoria procesal y con los hechos indiciarios de donde proceden) de temeraria, probable, violenta o vehemente, y —a veces— necesaria[50]; clasificación que otros vienen casi a identificar con la anterior llamando *"necessaria"* a la "iuris et de iure"; *"violenta"* o *"vehemens"* a la "iuris tantum"; y *"probabilis"* a la "hominis"[51]; y que otros —la mayoría— vienen a considerar como una subdivisión de la "hominis"[52].

---

tur in pectore iudicantis. Et talis species potest dici hominis, attenta specie, et attendo quod est approbata a iure generali approbatione potest dici iuris... praesumptio iuris hic sumitur quando ius aliquid de dubio praesumit et praesumptionem approbat *in specie* vel *in genere*".

49 Así ha quedado configurada esa distinción que J. MENOCHIO después de hacer el inventario de las divisiones más corrientes, considera como tradicional: "Rectius itaque *ex nostrorum fere sententia* sic nos dividimus praesumptionem ut una sit iuris et de iure, altera iuris tantum, tertia hominis" (De Praesumptionibus, coniecturis..., Lib. I, Q. II N. 2-11, pag. 3). Distinción que, salvo raras excepciones, todos los autores admiten y que el mismo Código de Derecho Canónico ha consagrado (cn. 1825-1828). Quizá el autor que mejor ha expuesto la diferencia entre la presunción "iuris tantum" y la "iuris et de iure" ha sido el Panormitano: "Praesumptio iuris est duplex, ut cum ius in aliquo facto dubio praesumit sed non figit in tantum pedes quod statuat super facto praesumpto, sicut super vero, et contra talem praesumptionem admittitur probatio in contrarium...; quaedam est praesumptio non simplex ut quia ius ultra praesumptionem procedit ad statuendum ac si ex facto praesumpto vere sibi constaret, et contra illam praesumptionem non admittitur probatio in contrarium". (A. PANORMITANUS, *In Decretalium*. Libros Commentaria. In IV Decret., De sponsal. et matr. cap. XXX si quis, 14. Lo repite substancialmente en Lib. II, Pars II. tit. De Praesump., cap. VIII, 131, v.).

Un estudio más detallado de la presunción "iuris tantum" y, sobre todo, de la presunción "iuris et de iure": P. HAYOIT, *La presomption du Droit dans la Tradition Canonique* (Ephemerides Theologicae Lovanienses 17, 1940) 228-284; sobre la presunción "iuris et de iure": G. ARON, *Les presomptions* "iuris et de iure" el leur origine historique (Nouvelle Revue Historique de Droit Francais et Etranger 20, 1896) 500-513; sobre la historia y naturaleza de la presunción "iuris" en el C. I. C.: METZENBÄCKER, *Die Rechtsvermutung im Kanonischen Recht* (München 1958) XXXVI, p. 1-508. Algunos hablan únicamente de estas tres: TH. SÁNCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento* (Viterbii 1754) Libr. VII, Disp. XXXVII. N. 7, pág. 106; GONZÁLEZ TÉLLEZ, *Commentaria perpetua in singulos textus V Librorum Decretalium Gregorii IX, II* (Venetiis 1766) in II Dec. tit. XXIII, cap. II, n. 12, pág. 297.

50 Así F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis*... Lib. I, tit. II, N. 3, 5; E. PIRHING, *Ius Canonicum*... In Lib. II, tit. XXIII, V-VI; H., CARD HOSTIENSIS *Summa Aurea*, Lib. II, tit. De Praesump., N. 2-4, pag. 116.

51 TANCREDUS, *De ordine iudiciario*, 563-567; G. DURANDUS, *Speculum iuris*, Lib. II, Partic. II, 590; G. A'BAIISO, *In Decretorum volumen Commentaria*, Pars II, Causa VI, Q. I, 180; J. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum*, vol. I, Q. X, N. 17. 23. 27. 32, pág. 16v. N. 47. 82, pág. 17v.; vol. II, Concl. 1230, N. 39, pág. 176; Concl. 1227, N. 76 pág. 173; Concl. 1226, N. 5. "Iudicis praesumptiones cuiuscumque naturae sint, non tollunt legis praesumptiones sed illi cedunt cum legis praesumptio dicatur vehementior praesumptione hominis... et hominis praesumptiones... dicuntur praesumptiones tantummodo probabiles seu verisimiles, legis autem praesumptiones dicuntur violentae", porque —como añade— en Concl. 1227, N. 74, p. 173 "praesumptiones hominis non adeo indubitatae sint quin quamdam sollicitam dubitationem semper recipiant". J. DE IMOLA, *Super secundo Decretalium* (sin pie de imprenta, ni fecha), De Praesump., Quanto, 98 v., no habla expresamente de la presunción "hominis"; pero llama *"necessaria"* a la "iuris et de iure" y *"violenta"* a la "iuris tantum"; y, respecto a la *"probabilis"* dice: "Praesumptio probabilis quandoque obtinet vim semiplenae probationis... quandoque requirit probationes contra se... sed certe ibi potius aggravat duriori onere probandi; quandoque refundit probationem in reum".

52 P. FARINACEUS, *Praxis theorica criminalis*, Lib. II, tit. V, Q. XXXVI, N. 85. 110. 118; J. MENOCCHIUS, *De Praesumptionibus,, coniecturis*..., Lib. I, Q. 94, N. 1, pag. 72 v.; A. REI

Universidad Pontificia de Salamanca

Según esto, pues, mientras unos no dan a la presunción "hominis" más valor que de presunción *probable*, otros, en cambio, le dan valor de presunción *probable* y *violenta*.

Pero ¿qué valor tiene tanto la *probable* como la *violenta*? La opinión dominante, por no decir común, sostiene que la presunción probable *de por sí sola* no es suficiente para que el juez pueda dictar una sentencia; pero sí lo es cuando *está reforzada* por otros instrumentos de prueba (testigos, fama, otra presunción, etc.) como lo es *por sí sola* la presunción violenta. Y, como algunos de estos autores le atribuyen a la presunción "hominis" únicamente el valor de presunción probable, la "hominis" *sola*, no; pero *reforzada*, sí bastará para sentenciar[53];

FFENSTUEL, *Ius Canonicum*, Lib. II, tit. XXIII, N. 28, pag. 141; F. SCHMIER, *Iurisprudentia Canonico-civilis seu Ius Canonicum Universum iuxta V Libros Decretalium*, I (Venetiis 1754) Lib. II, Tractatus III, cap. VIII, N. 11-14, pag. 571; P. LEURENIUS, *Forum Ecclesiasticum*, Lib. II, tit. XXIII, Q. 736, pag. 313; F. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum*, vol. IV, Pars III, tit. XXIII, N. 5, pag. 213; R. MASCHAT, *Institutiones Canonicae*, Lib. II, tit. XXIII, pag. 763, J. A. ZALLINGER, *Instituiones Iuris Ecclesiastici*, Lib. II, tit. XXIII pag. 603; J. DEVOTI, *Ius Canonicum Universum publicum et privatum* (Romae 1837) Lib. II, tit. XXIII, & 1, pag. 161 y & 4 pag. 162; F. J. WERNZ, *Ius Decretalium*, Lib. II, tit. XXXVII, N. 654, pag. 493; M. LEGA - V. BARTOCCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. II, Pars I, N. 8, pag. 820.

[53] Además de las glosas indicadas en la nota 46, los cc. 10 y 13, X, II, 23 con sus glosas dan a entender esta misma doctrina. La presunción violenta, si bien esté sujeta a prueba contraria, viene considerada como plenamente suficiente en algunas causas contenciosas: c. 3, X, III, 43: respecto al bautismo; c. 12, X, II, 23: respecto a la cópula. De la fuerza probativa de la presunción "iuris": c. 6, X, I, 9; c. 11, X, II, 19; c. 3, X, III, 43; c. 2, X, IV, 17... Y en general la glosa al célebre c. 30, X, IV, 1 tan comentado por los decretalistas: "Nota circa huiusmodi praesumptiones quod praesumptio alia est iuris et canonis sive legis sive iuris, sive de iure, quod idem est, non recipit probationem in contrarium... praesumptio hominis est, cum praesumitur contra aliquem hominem propter malam famam: contra hanc praesumptionem bene admittitur probatio in contrarium... Praesumptio naturae est, ut cum exhaeredo filium meum praesumitur contra me, quod iniuste exhaeredaverim eum et hoc propter naturam, et ideo haeredes mei probare tenentur quod iuste exhaeredaverim eum... Praesumptio facti alia praecedentis circa futura... praesumptio facti subsquentis circa praeterita... Et est alia praesumptio iuris tantum... et contra hanc praesumptionem probatio admittitur". En cuanto a los autores: PILEO habla en general: "Item transfertur quandoque ab auctore in reum probatio... alias propter praesumptionis adminiculum... Dictum est actore non probante... obtinet reus... Nam si pro eo praesumeretur, quasi probaret, condemnandus reus esset, nisi contrarium probaret: quod quidem dupliciter fit, id est propter praesumptionem et... Item si est talis praesumptio cui lex fiet quasi probationi, nisi reus in contrarium probaverit". (Pilei iure consulti vetustissimi opus seu ordo de civilium atque criminalium causarum iudiciis, Basileae 1543, De Probationibus, 94-95). En esta misma edición se encuentra la obra Summa Othonis de ordine iudiciario, que en el cap. X pag. 200-201 habla de las presunciones: "interdum tamen ex sola praesumptione nisi contrarium probetur, sententia datur..."

TANCREDUS B., *De ordine iudiciario Libri quattuor*, Lib. III tit. XIV, pag. 564 expone la cuestión más detenidamente: "Est et praesumptio *probabilis*, quae dicitur praesumptio iudicis... Eius effectus est quod inducit purgationem... et contra talem praesumptionem admittitur probatio... *nec inducit iudicem ad sententiandum, tamen cum in uno tantum teste vel alia simili praesumptione, plenam fidem facit vel* ad minus talis praesumptio movebit iudicem ut deferatur iuramentum ei pro quo est praesumptio et sententia feratur pro eo. *Violenta* praesumptio... dicitur praesumptio iuris. Necessaria est quae dicitur iuris et de iure... Haec inducit iudicem ad sententiandum et in hoc *solo* discrepat a violenta quod non recipit probationem in contrarium. Et propter talem praesumptionem ius statuitur". Luego a la violenta le da —como a la necesaria— valor de prueba plena. Esta doctrina de Tancredo ha sido recogida literalmente por varios autores posteriores:

G. DURANDUS, *Speculum iuris*, Lib. II, Partic. II, pag. 590.

G. A. BAIISO, *In Decretorum volumen Commentaria*, Pars II, Causa VI, q. 1, c. Oves, pag. 180.

J. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum*, ha afirmado genéricamente: "Praesumptio hominis est illa quae in iure non est expressa sed iudici committitur ut inspiciat quid sibi videatur et an aliquam fidem faciat" (vol. I, Q. X, N. 23). Considera la presunción "hominis" sólo como probable: "Praesumptio probabilis dicitur quae est iudicis... tantum semiplenam

Universidad Pontificia de Salamanca

mientras que, según otros que la consideran no sólo como probable sino como violenta, ella reforzada o sola podrá equivaler a prueba plena[54], como podrá equivaler en la opinión de algunos autores que implícitamente la identifican con la probable —no nombran expresa-

---

probationem facit quoniam si testis unus vel alia similis addatur praesumptio tunc plene probabit" (vol. I, Q. X, N. 82). Véase también: vol. II, Concl. 1226, N. 5, p. 171; Concl. 1230, N. 39, p. 176; Concl. 1227, N. 73. 76 p. 173.

MASCARDO también ha llamado a la presunción "iuris" *violenta* (vol. I, Q. X, N. 17. 32, pág. 16v.; vol. II, Concl. 1226, N. 4, p. 171; vol. II, Concl. 1230, N. 39, p. 176); y dice con Baldo (vol. II, Concl. 1230, N. 39 pag. 176): "praesumptio legis... facit *plenam probationem*". Luego también la presunción violenta da prueba plena.

F. SANDEUS, *Commentariorum Felini Sandei Ferrariensis in Decretalium Libros V*, Lib. II, tit. XXIII, cap. VIII, col. 944 dice sencillamente con Baldo: "Praesumptio iudicis non facit nisi semiplenam (probationem) cui non est standum nisi coadiuvetur".

[54] A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum universum*, Lib. II, tit. XXIII & 1, N. 28, pag. 141) divide la presunción "hominis" en las tres clases conocidas y dice (1. c., N. 34-35, pag. 143): "Praesumptio *hominis* —coeteroquin *probabilis*— *se sola* probat tantum *semiplene*, si vero *adiuvetur* publica fama vel aliis adminiculis potest etiam facere *plenam* probationem". Y en N. 36, pag. 143: "Insuper praesumptio hominis, si iudici videatur, potest illum qui asserit contrarium gravare onere probationis". En N. 37, pag. 143 estudia el valor probativo de la presunción "hominis" violenta: "*Violenta* praesumptio *hominis* pro aliquo, transfert onus probandi contrarium in adversarium non probato, facit plenam probationem, adeo ut ad condemnationem sufficiat saltem in causis civilibus non nimium arduis". Y añade (1. c., N. 38 p. 143): "Ex quo consequens est quod contra praesumptionem violentam admittatur probatio in contrarium". Sin embargo (1. c., & III, N. 61, pag. 147) rebaja el valor: "Etsi praesumptiones hominis regulariter plenam fidem non faciant, sicque iuxta eas sententia ferri nequeat, *aliis adminiculis* adiuventur... possunt nihilominus praesumptiones hominis adeo vehementes seu violentas existere, ut sufficiant ad ferendam sententiam deffinitam saltem in causis civilibus non nimium arduis". P. LEURENIUS, *Forum Ecclesiasticum*, Lib. II, tit. XXIII Q. 738, pág. 314, se plantea expresamente la cuestión y concluye afirmando que no se puede establecer una norma general porque todo depende de la fuerza de los indicios prudentemente apreciada por el juez: "Hoc est in genere. In specie... praesumptio *hominis rationabilis et probabilis*, se *sola* seu nullis aliis adiuta adminiculis *semiplene* probat, siquidem indicia quibus nititur sunt quidem verisimilia et quae movere possunt ad assensum prudentem sed non infallibilia quae ad credendam et concludendam veritatem facti compellant; *accedentibus vero aliis adminiculis etiam plene probat*... Praesumptio *violenta hominis, multoque magis* iuris, dum non probatur contrarium, habet vim *plene probandi*... in civilibus". En la Q. 741, pág. 315 dice: "Sententia etiam in civilibus ferri non potest contra aliquem ex *sola praesumptione hominis probabili*, nullis adminiculis adiuta..., praesumptione *violenta hominis*, non elisa probatione in contrarium, procedi potest ad sententiam *definitivam* saltem in civilibus non nimis arduis". Y en la Q. 740, pág. 314 indica otro efecto que es a su vez como una consecuencia del anterior: "praesumptio hominis *probabilis* tantum, non quidem regulariter, sed ubi iudici ita videbitur potest contrarium asserentem gravare onere probandi. Praesumptio *hominis violenta* transfert onus probandi in adversarium". Lo mismo sostienen otros: F. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum universum*, vol. IV, Pars III, tit. XXIII, N. 5, pág. 213; R. MASCHAT, *Institutiones canonicae*, Lib. II, tit. XXIII, pág. 764; F. J. WERNZ, *Ius Decretalium*, Lib. II, tit. XXXVII, N. 658, pág. 496; M. LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis*, tit. XI, N. 525, 526, pág. 528-529. Resume magistralmente estas ideas P. FAGNANUS, (Commentaria in V Libros Decretalium, In primum librum, De const. c. Ne innitaris, N. 100-102, pág. 40): "Itaque si rationes probabiles sint plures et tanti ponderis atque momenti ut in illis intellectus sine ulla formidine acquiescat et iudicet rem ita se habere, haec est moralis certitudo... quae sufficit ad recte operandum. Si aliqua propositio haberet pro se unam tantum rationem seu praesumptionem convincentem sed solum probabilem propositio illa non esset moraliter certa quia esset cum formidine partis oppositae, secus vero si ratio seu praesumptio illa esset convincens quia etsi non haberet evidentiam demonstrationis tamen sufficeret ad generandam moralem certitudinem... surgit ergo certitudo moralis ex *unica* praesumptione *violenta* vel ex *pluribus* rationibus et argumentis *probabilibus simul iunctis* quae tamen seorsim considerata non sunt certa sed solum probabilia et cum formidine partis oppositae". Como indicamos en pág. 6, esa prueba resultante de una serie de razones o presunciones coadunadas probables no es una simple suma de probabilidades, sino que se obtiene mediante la sabia aplicación de un principio de seguridad absoluta y de valor universal: del principio de razón suficiente, en cuanto que la simultánea convergencia de todos esos elementos de prueba no tiene otro fundamento ni otra explicación que la existencia de un punto común de donde proceden, que es ni más ni menos la verdad del objeto afirmado. Véanse: la alocución de Pío XII a los miembros del Tribunal de la Rota, del 2-X-1942, *AAS* 34 (1942) 340; C. GROSS, *Die Beweislehre in Kanonischen Prozess* (Wien 1867) II, 96.

Universidad Pontificia de Salamanca

mente a la presunción "hominis" pero contraponen la "probabilis" a la "iuris tantum" y a la "iuris et de iure"— a la que atribuyen los efectos probatorios que los anteriores le atribuían a la probable y a la violenta[55]; y en la mentalidad de quienes la identifican, en cuanto a los efectos, con la presunción "iuris"[56].

En general, pues, podemos afirmar que la presunción "hominis" *sola* (si es violenta) o, al menos, robustecida con otras pruebas (si es probable) puede ser suficiente para producir en el juez la requerida certeza moral.

¿Es suficiente también en los procesos de nulidad matrimonial? Expresamente algunos —contra la opinión de otros— lo niegan, al

---

[55] INNOCENTIUS IV, *Commentaria in V Libros Decretalium*, super II Decretalium, De Praesump., cap. X, N. 2, pág. 338, contrapone la presunción probable a la violenta que divide en dos especies: "iuris tantum" y "iuris et de iure". Y, respecto a la probable, dice: "Probabilis praesumptio quandoque semiplenam probationem inducit..., quandoque nullas (probationes contra se) admittit nisi fama vel alia circumstantia sit contra eam... quandoque refundit probationem in reum... quandoque etiam adducit secum sententiam... Quidam tamen has praesumptiones quas diximus probabiles dicunt violentas sed hic non est vis nisi in verbo quae est pertinacibus relinquenda". Literalmente lo repite H. HOSTIENSIS, *In V Libros Decretalium Commentaria*, In II Librum, De Praesump., cap. X, pág. 402. J. ANDREAE, *In II Decretalium Librum Novella Commentaria*, tit. De Praes., Rubrica, pág. 177: "Praesumptiones interdum semiplenam probationem faciunt, quandoque alias probationes adiuvant, quandoque plene probant ut violentae". Y en el cap. VIII, N. 5, pág. 178v., dice al pie de la letra lo que dijo Inocencio IV y el Hostiense.

[56] A. DE BUTRIO, *Commentarii super V Libros Decretalium*, In Lib. IV, De sponsal. et matrim., cap. XXX is qui fidem, N. 1, pág. 13v.) parece insinuarlo porque, según vimos en la nota 48, la única diferencia que pone entre la presunción "hominis" y la "iuris" es esta: la primera ha sido aprobada por la ley sólo de un modo general, mientras que la segunda lo ha sido de un modo específico. Y ambas son para él —como indicamos en la pág. 14— un cierto grado de certeza. Más resueltamente lo expresan Pirhing y Wiestner. E. PIRHING, *Ius Canonicum*, Lib. II, tit. XXIII, & 1 assertio VI, pág. 415) a propósito del valor de las presunciones "hominis seu iudicis" dice: "...viri prudentis seu iudicis arbitrio, perpensis circumstantiis, relinquitur determinandum quanta fides huiusmodi praesumptionibus adhibenda sit... et *de tali praesumptione, quoad effectum probationis idem iudicandum quod de praesumptione iuris quae in lege expressa est*... Porro praesumptio hominis tollitur per contrariam probationem quia si constet de veritate, cessat praesumptio... non tamen transfert onus probandi in adversarium *nisi sit violenta* et *gravis praesumptio*". Y hablando de la presunción "iuris" (assertio VII, pág. 415) dice que admite prueba en contrario; pero "interea statur praesumptioni, eaque pro veritate habetur, ita ut, qui pro se habet praesumptionem iuris, relevetur ab onere probandi, illudque transferat in adversarium".

J. WIESTNER, *Institutiones canonicae*, Lib. II, tit. XXIII, art. III, N. 19-20, pág. 410): "Violenta praesumptio si *iuris* sit, in civilibus eum pro quo militat relevat ab onere probandi et hoc transfert in adversarium ut, isto in probatione deficiente, sententia feratur secundum ipsam... probationem tamen in contrarium etiam huiusmodi praesumptio admittit: et illi si plena sit, tamquam veritati cedit, quia fides proveniens a probatione plena magis certa est quam quae oritur ex praesumptione iuris quae non simul est de iure... *Eamdem probandi vim fere habet praesumptio violenta* cum, si contrarium non probetur, ad sententiam secundum eam ferendam procedi in civilibus posset". Nos parece muy acertada la advertencia del Abad General de la Orden Cisterciense: "In hoc titulo de probationibus haud pauca desiderantur, adnotante Abbate Generali Ordinis Cisterciensis: Nihil enim statutum reperitur de vi, effectibus, et praevalentia probationum". (Animadversiones Episcoporum ac Superiorum Regularium in Librum V Schematis Codicis Iuris Canonici, —sin pie de imprenta ni fecha— Cn. 319, pág. 44). "In hoc titulo de praesumptionibus quaedam desiderantur, iudicio Abbatis Generalis Cisterciensis: Quid sit praesumptio iuris et de iure... De aliis item praesumptionibus earumque valore ac praevalentia nihil statuitur" (l. c., Cn. 336, pág. 44). Hubiera sido preferible que en la redacción definitiva del c. 1828 del C. I. C. se hubiera añadido el esquema B al c. 175: "Iuxta praesumptiones quas ipse iudex ex propositis indiciis et signis deducit, ferri nequit sententia nisi sint violentae seu vehementes, aut nisi gravibus aliis probationibus corroborentur"; F. ROBERTI, *Codicis Iuris Canonici Schemata*, Libri IV De Processibus, pág. 332. Lamentamos no haber obtenido la autorización para consultar los trabajos preparatorios a la redacción del c. 1828.

Universidad Pontificia de Salamanca

menos si se trata de prueba presuntiva compuesta. Además se discute si la presunción "hominis" puede superar alguna vez la presunción "iuris", cuestión que, en última instancia, se reduce a la anterior, porque en favor de la validez del matrimonio hay varias presunciones "iuris".

A pesar de que algunas fuentes canónicas con sus glosas admitían como suficiente la prueba presuntiva incluso compuesta en los procesos de nulidad matrimonial[57], no faltaban comentaristas que, admitiéndola en las causas civiles de poca dificultad e importancia, la rechazaban en las causas civiles de gran envergadura y en las criminales entre las que contaban o a las que equiparaban las causas matrimoniales particularmente de declaración de nulidad[58], en manifiesto

---

[57] En c. 12, X, II, 23 se le reconoce suficiencia de prueba plena de la cópula para declarar la separación conyugal por impedimento dirimente de afinidad a una presunción violenta "hominis", porque: "ex huiusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari", y la glosa apostilla: "nota quod violenta praesumptio sufficit ad condemnationem". En c. 13, X, II, 23: se declara la nulidad del matrimonio en base a una serie de pruebas imperfectas heterogéneas (presunción, fama, juramento) del delito carnal. La glosa observa: "Nota quod *ex multis praesumptionibus* inducitur probatio sufficiens. Item fama cum illis praesumptionibus probat... et sic est argumentum quod quae non prosunt singula, multa simul considerata iuvant"; cúmulo de pruebas que la glosa considera como una presunción violenta: así se desprende del cotejo entre el encabezamiento de este capítulo con el anterior

[58] No pretendemos hacer un estudio histórico exhaustivo de la cuestión, sino más bie aducir algunos testimonios más autorizados en favor de cada una de las opiniones.

J. Menocchius, *De Praesumptionibus, coniecturis...* Libr. I, Q.XL, N. 1-4, pág. 31v., comienza preguntándose: "Quaero an et quando praesumptiones plures iungi simul possint ad faciendam plenam et perfectam probationem...". Y responde: "prius illud dicam, disputationem hanc esse de praesumptione *hominis*, nam illa legis est per se probatio". Distingue cuatro casos: Si se trata "de causa civili quae ardua non est. Hoc casu duae vel plures praesumptiones simul iungi possunt ad constituendam plenam probationem"... Secundus est casus, cum agitur de causa civili ardua seu magni ponderis... Nam tunc hae praesumptiones non coniunguntur... Hinc dicimus quod *in causa matrimoniali* cum agitur de *illius separatione* duae praesumptiones vel plures non coniunguntur ad faciendam plenam probationem... ita respondit Alex. ...et alii cum dicunt in causa *dissolutionis matrimonii* non coniungi probationem ex uno texte cum fama, qui duae praesumptiones sunt. Cum vero agitur de matrimonii confirmatione et validitate plures praesumptiones connecti possunt ad constituendam plenam probationem". En la Q.XLI trata de la posibilidad de convergencia no de presunciones sino de pruebas imperfectas, porque advierte en el N. 1, pág. 31: "Difficilius videntur coniungi plures probationes imperfectae quam plures praesumptiones". Distingue los cuatro casos de antes y a cada uno le aplica la misma doctrina. Si se trata de causa civil "non ardua magnique ponderis" pueden unirse; si, por el contrario, se trata de causa civil (N. 10, pág. 31) "adeo ardua ut criminali aequiparetur, sicuti est *causa matrimonii*, cum scilicet de *dissolvendo matrimonio* agitur... Hoc sane in casu duae semiplenae probationes non coniunguntur ad constituendam plenam probationem". Pero ¿y una sola presunción "hominis" violenta basta? En general reconoce en el Lib. I, Q.94, N. 1, pág. 72v. que la presunción "hominis" puede ser tan violenta que baste para dictar una sentencia judicial y supere (como dice en Lib. I, Q.XXX, N. 6, pág. 26) la misma presunción de derecho. Pero no se formula siquiera la pregunta si basta o no en los procesos de nulidad matrimonial.

P. Leurenius, *Forum Ecclesiasticum*, Lib. II, tit. XIX, Q. 531, pág. 218; tit. XXIII, Q. 739, pág. 314; Q. 741, pág. 315) coincide con Menoquio respecto al valor de la presunción "hominis" en las causas civiles. Y afirma (tit. XIX, Q. 528, pág. 217): "in *causis matrimonialibus* dum agitur ad *dissolutionem matrimonii* duas imperfectas probationes non constituere unam sufficientem satis receptum esse ait Wiestnerus". Pero reconoce (tit. XXIII, Q. 741, pág. 315) que, según c. 13, X, II, 23, se puede declarar la nulidad del matrimonio en base a un conjunto de pruebas imperfectas y presunciones.

F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, vol. IV, Pars III, tit. XIX, N. 16, pág. 36, afirma que en general dos pruebas imperfectas coadunadas, si tienden al mismo fin, bastan aunque sean heterogéneas; pero (N. 17, pág. 36): "*excipiunt communiter* doctores *causas matrimoniales*, nam quia ubi vertitur periculum animae plena probatio requiritur..." y además de éstas, dice, se exceptúan las causas criminales y las civiles de gran importancia que se

Universidad Pontificia de Salamanca

contraste con la opinión de otros[59] que ha venido a ser común y cierta en la legislación, doctrina y jurisprudencia moderna.

---

equiparen a las criminales. Sin embargo (Pars III, tit. XXIII, N. 20, pág. 221) admite: "si praesumptiones sint vehementissimae, sive deinde illae sint iuris sive hominis et ortae ex actibus delicto proximis et huic ordinarie semper connexis adeoque moraliter certis et indubitatis ex iis in causis criminalibus ad penam etiam ordinariam infligendam procedi potest a iudice praesertim in criminalibus occultis et quae sunt difficilis probationis" y, como una consecuencia, expone (N. 23, pág. 225) la doctrina contenida en c. 12, X, II, 23.

J. A. ZALLINGER, *Institutiones Iuris canonicae*, Lib. II, tit. XIX, pág. 571: "...Vis tamen probationis... ex pluribus imperfectis compositae extendi ad decidendas causas graviores ceu criminales, *matrimoniales*, etc., non videtur". Sobre si basta o no en estos procesos la presunción "hominis" violenta compuesta, nada suelen decir. Por lo tanto, según la doctrina general que estos mismos autores profesan, hemos de convenir en que basta. Todos ellos entienden por prueba plena, la que produce certeza moral.

[59] La mayoría de los autores, aparte de coincidir con los anteriores en reconocer la eficacia probatoria de las presunciones respecto a las causas civiles, al menos no muy graves y difíciles, siguen esta tendencia opuesta, particularmente en sus comentarios a los cc. 12-13, X, II, 23.

A. PANORMITANUS, *In Decretalium Libros Commentaria*, Lib. II, Pars II, De Praesumptionibus, cap. XII litteris, pág. 135v.) admite expresamente la suficiencia del conjunto de presunciones, cada una de las cuales no bastaría para probar la cópula en orden a decretar la separación de los cónyuges. Y (cap. XIII, tertio loco, pág. 136) la admite en orden a declarar la nulidad del matrimonio. En Lib. II, de testibus et attestationibus, cap. XXVII Praeterea, pág. 65, v., repite la misma doctrina: "...numquid sufficiant tales depositiones per testimonium de auditu, famam et alia adminicula quoad omnes effectus etiam si agatur *ad matrimonium contractum dissolvendum* propter affinitatem prius contractum? Ita dico in proposito ex quo prius viderunt virum et mulierem in eadem camera et postmodum audierunt eos commiscentes faciunt praesumptionem maximam licet non plenam probationem quia potuissent decipi in audiendo, sed cum fama et aliis adminiculis faciunt plenam probationem maxime iunctis". Puede verse también: Lib. II, De Probationibus, cap. V tertio loco, pág. 11.

F. SANDEUS, *Commentariorum Felini Sandei Ferrariensis in Decretalium Libros V*, Lib. II, tit. XX, cap. 27, col. 617-618): "Et dicas quod ubi agitur de *dissolvendo matrimonio*, nisi habeantur testes de visu... oportet quod probetur per testes de auditu scilicet copulae vel mixtionis... et famam et alia adminicula... et altero istorum deficiente non esset probata copula...". Esta prueba se basa en las conocidas presunciones: "solus cum sola", "nudus cum nuda", etc. Véase también Lib. II, tit. XIX, N. 10-12, col. 485-486.

En el mismo sentido J. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum*, vol. II, Concl. 1035, N. 13, p. 20v., equipara a las causas criminales las matrimoniales cuando se ventilan en juicio de una manera no incidental. En Concl. 1226, N. 7, p. 171, reconoce que en las causas criminales, si se procede civilmente, bastan las pruebas presuntivas; en la Concl. 1229, N. 7, p. 174v., no exige la condición de que se proceda civilmente. Véase también: vol. I, Concl. 462, N. 11, p. 219. En vol. II, Concl. 1034, N. 22-25, p. 20, admite que en los procesos de *disolución matrimonial* "cum de eo (matrimonio) dissolvendo tractaretur", varias pruebas semiplenas e imperfectas pueden constituir una plena y perfecta con tal de que concurran con ellas algunas conjeturas y presunciones. En vol. I, Concl. 57, N. 5-10, p. 50v. Concl. 462, N. 11, p. 219, dice que el adulterio se puede demostrar mediante presunciones de suerte que (añade en Concl. 63, N. 3, p. 52v.) baste para decretar la separación conyugal. Y, en general, los indicios y las conjeturas se admiten como prueba plena en las cuestiones difíciles (vol. I, Concl.: 531, N. 5, p. 243v.; 635, N. 8, p. 287v.; 676, N. 6, p. 309; 830, N. 5, p. 375), y, por consiguiente se admiten en las materias obscuras (vol. I: Concl. 531, N. 5, p. 243v.; Concl. 753, N. 22, p. 335v. y 32, p. 335v.; vol. II: Concl. 1129, N. 8, p. 74v.) como son las de simulación de los contratos (vol. I, Concl. 438, N. 7, p. 205v.; vol. II: Concl. 1129, N. 11, p. 74v., Concl. 1152, N. 2, p. 95). Y, como norma: "ea quae non possunt probari per veras probationes, in dubio probentur per praesumptiones et coniecturas vel indicia" (vol. I: Concl. 397 N. 5, p. 187; Concl. 635, N. 8, p. 287v.).

En el mismo sentido: A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum universum*, Lib. II, tit. XXIII, & III, N. 61-67, pág. 147-148; & IV, N. 75-76, pág. 149-150; Lib. II, tit. XIX, & III, N. 61-100, pág. 523-530. F. L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca canonica, iuridica...*, ad v. Praesumptio, N. 20, col. 628; N. 21, col. 629; ad v. Probatio, N. 14, col. 710; N. 30, col. 711; N. 34, col. 712. Algunos canonistas no distinguen entre procesos matrimoniales de separación y de declaración de nulidad:

F. J. WERNZ, *Ius Decretalium*, vol. V De iudiciis ecclesisticis, Lib. II, tit. XXXVII, N. 658, pág. 496): "Qui modus probationis per indicia (connexa) *ne in ipsis quidem causis* matrimonialibus excluditur".

M. LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis*, Lib. I, tit. XI, n. 526, pág. 529-530: "Si vero praesumptio est gravissima seu vehemens, tunc ipsa sufficit ad causam definiendam in foro ecclesiastico...

Universidad Pontificia de Salamanca

b) Pero no siempre se da esa convergencia. A veces o frecuentemente surge un conflicto. Unas presunciones, por ejemplo, formadas a base de ciertos hechos están encontradas con otras deducidas de otros hechos completamente diversos[60].

La colisión puede existir entre varias presunciones "hominis" o entre presunciones "hominis" y "iuris". Para la recta solución ayuda, en general, la doctrina contenida en algunos axiomas y reglas jurídicas[61].

Es lógico que la más fuerte prevalezca sobre la menos fuerte. Pero conviene advertir que la mayor valía de una prueba y, por consiguiente, de una presunción, no neutraliza necesariamente el peso de la contraria. Si la plus-valía, concretamente, de las presunciones que favorecen la nulidad del matrimonio no es tanta que excluya toda duda positiva y probable de la validez, no podrán declararse vencidas, superadas, y, en cuanto a los efectos, destruidas las presunciones que protegen la validez del matrimonio y éste no podrá ser declarado nulo; mientras persista una sola razón positiva sólidamente probable en pro de la validez del matrimonio, no podrá ser éste declarado nulo sea cual sea la probabilidad de las razones y, en concreto, de las presunciones que favorecen la nulidad. Siendo por el contrario incompatibles

---

Hoc edicitur etiam pro causis gravioribus quales sunt matrimoniales". (Véase tit. V, N. 438, nota 1, pág. 462).

F. J. WERNZ-P. VIDAL-F. CAPPELLO, *Ius Canonicum*, T. VI De Processibus, tit. X, cap. VI, & II, N. 520, pág. 485.

M. LEGA-V. BARTOCCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. II, tit. X, cap. VI, N. 9, pág. 821.

J. NOVAL, *Commentarium Codicis Iuris Canonici*, Pars I De iudiciis, cap. IV, N. 853, pág. 571. La Sagrada Congregación del Concilio usó también de las presunciones en algunos procesos, incluso de nulidad matrimonial: S. C. C. en la Causa Matrimonial del 1 Feb. 1868, *ASS* 3[3] (1895) 401-408; y del 3 Enero 1880, *ASS* 12 (1894) 403-422; 9 Agosto 1884, *ASS* 17 (1902) 378-387. Y la Instrucción de la S. C. S. O. del 1868 (sin fecha completa) N. 6 admite el valor de las presunciones para probar plenamente la muerte de uno de los cónyuges y declarar, en consecuencia, disuelto el matrimonio (Fontes C. I. C., vol. IV, N. 1002, pág. 307-308).

También TH. SÁNCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento*, Lib. X, disp. XII, Q.III, pág. 286-287, del valor de la prueba conjetural en los procesos de separación conyugal; y (Lib. II, disp. XLV, pág. 146) también por medios de presunciones puede constar la nulidad del matrimonio por simulación total.

[60] La glosa al c. 13, X, II, 23 dice expresamente: "una praesumptio praeponderat alteri"; y la glosa al c. 34, X, II, 25: "una praesumptio elidit aliam". Y. A. BARBOSA, *Collectanea Doctorum tam veterum quam recentiorum* (Romae 1626) in Lib. II, tit. XXIII, cap. litteras XIV, N. 6, pág. 551: "praesumptioni validiori inter duas praesumptiones contrarias standum est". Y lo repite en Lib. V sexti Decretalium, De Regulis iuris, Regula XLIII, N. 15, pág. 521: "Item nota quod circa idem factum nonnumquam diversae praesumptiones habentur et quandoque una illarum praeponderat alii...". G. DURANDUS, *Speculum iuris*, Lib. II, Partic. II De Praesump., N. 11, pág. 593).

P. LEURENIUS, *Forum ecclesiasticum*, Lib. II, tit. XIX, Q. 532, N. 1, pág. 219, explica las condiciones que se requieren para que dos pruebas sean mutuamente contrarias e incompatibles, y se destruyan: "Probationes allatae ab actore et allatae a reo ut se invicem elidant necesse est ut sint contrariae et incompatibiles ita ut conciliari nequeant, ut vero sint contrariae debent esse super articulis directe contrariis, de iisdem personis et actibus eodemque tempore".

[61] G. OESTERLE, *De Praesumptionibus in iure matrimoniali*, REDC 3 (1948) 412; J. MENOCCHIUS, *De Praesumptionibus, coniecturis...*, Lib. I, Q.XXIX, N. 1-2, pág. 23 y Q.XXX, N. 1-6, pág. 23v.; J. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum*, vol. I, Concl. 225, N. 5, p. 115v.; Concl. 446, N. 3, p. 211; Concl. 1230, N. 1-42, p. 175-176; Concl. 1377, N. 73, p. 288v.; A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Lib. II, tit. XXIII, & IV, N. 78-92, pág. 150-152. Exponen diversos criterios.

Universidad Pontificia de Salamanca

los estados subjetivos de certeza y de duda, adquirida aquella desaparece ésta, aunque de momento no pueda darse respuesta satisfactoria a todas las dificultades.

Pero ¿puede alguna vez la presunción "hominis" adquirir esa plusvalía que llegue a eliminar la presunción "iuris" opuesta? No todos están de acuerdo[62]. Prescindiendo de si en rigor la presunción "homi-

---

[62] J. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum*, vol. II, Concl. 1230, N. 39, p 176, afirma decididamente: "Praesumptio hominis tollitur a praesumptione legis, non autem e contra quantumcumque essent urgentissimae hominis praesumptiones"; pero Mascardo parte de la falsa concepción de que la presunción "hominis", al contrario de la "iuris", no puede ser violenta ni equivaler a una prueba plena, como vimos en la nota 51.

A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Lib. II, tit. XXIII, N. 92, pág. 152: "Praesumptio iuris praevalet praesumptioni hominis hancque tollit, nisi contrarium illius probetur...". Lo mismo, casi a la letra, dice P. LEURENIUS, *Forum ecclesiasticum*, Lib. II, tit. XXIII, Q. 744, pág. 316. La misma orientación sigue F. J. WERNZ, *Ius Decretalium*, tit. XXXVII, N. 659, pág. 497.

M. LEGA-V. BARTOCCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. III, pág. 194, comentando Bartoccetti el artic. 173 de la Instrucción "Provida Mater", afirma: Praesumptiones hominis quas iudex statuere potest sint tantummodo extra legen, non contra legem: nempe iudex nequit conficere praesumptiones quae pugnant cum praesumptionibus a iure statutis... ideo contra praesumptionem iuris cn. 1014... non admittitur praesumptio contraria sed tantummodo probatio contraria vel praesumptiones quae vehementes dicuntur, quae ideo probationibus aequiparari possunt: item contra praesumptionem cn. 1086 & 1... tantum argumenta positiva admittuntur, non iam praesumptiones. Quod ceterum evidens est; inutiliter enim lex praesumptiones statueret si iudici liceret eas vertere aliis praesumptionibus a se confectis". Estas afirmaciones han sido justamente acusadas de encubrir errores y tautologías, como salta inmediatamente a la vista (J. TORRE, *Processus matrimonialis*, Neapoli 1956, tit. IX, cap. VI, pág. 313).

L. DEL AMO, *La defensa del vínculo*, Madrid 1954, Sec. I, art. 11, N. 125, pág. 163, dice lo mismo que Bartoccetti; y en Sec. I, art. 12, N. 153, pág. 182 lo repite; pero en Sec. III, art. 7, N. 354 reconoce que, si bien en general la presunción de derecho vale más que la presunción de hombre, pueden darse casos en los que ocurra lo contrario. Y en este sentido creemos que se deben entender las afirmaciones citadas de los otros autores: *generalmente* prevalece la presunción "iuris". La decisión coram Quattrocolo (Ianuen., vol. XXXIII, dec. LXXIII, N. 12, 29 Octobris 1941): "Iudicis... seu hominis simplex coniectura maiore vi destituitur contra praesumptionem ab ipsamet lege statutam, quae et relevat ab onere probandi, et cedere debet dumtaxat veritati, iuridicis probationibus adstruendae". También la decisión coram Pecorari (Nullitatis, vol. XXXII, dec. XXV, N. 8, 10 Aprilis 1940) se muestra poco favorable a la presunción "hominis", dando a entender que no puede prevalecer contra la presunción "iuris". Lo mismo Bejan (Parisien, N. 6465, 13 martii 1958).

C. STAFFA, Taurinen. N. 5520, 14 junii 1957) "Nuptiae quae cum aversione celebrantur ob metum initae praesummtur... Haec tamen praesumptio est hominis non juris, et ideo ex se non valet praesumptionem c. 1014 superare; eaque nullitas matrimonii non probatur nisi ex aliis adminiculis, indiciis vel circunstantis constet contraristatem victam fuisse coactione...". Otros admiten que la presunción "hominis" puede prevalecer contra la presunción "iuris":

J. MENOCCHIUS, *De praesumptionibus, coniecturis...*, Lib. I Q. XXX, N. 1, pag. 23 v.: "...dicendum est sine controversia unam praesumptionem altera validiorem perimere debiliorem illam..."; (N. 5): "...una sola praesumptio multum valida et efficax perimit ac diluit plures quae infirmiores et debiles essent..."; (N. 6): "...haec sententia et traditio locum sibi vindicat etiam in praesumptione hominis validiore ac firmiore praesumptione legis. Nam et illa hominis tollit et perimit praesumptionem legis..."

F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, vol. IV Pars III, tit. 23, N. 38, pag. 231): "Si praesumptio hominis validior et verisimilior est, contra iuris etiam praesumptionem praevalet". No han faltado tampoco Decisiones Rotales que explícitamente han defendido esta doctrina: La decisión coram Wynen (Nullitatis, vol. XXXIII, dec. XXXIII, N. 10, 6 Maii 1941) reacciona contra el "falsum principium": "Contra iuris praesumptionem praesumptio hominis vix admittitur" porque "Si hoc principium esset verum, tunc in re matrimoniali, in qua plures habentur praesuntiones iuris in favorem validitatis matrimonii, non intellegeretur, curnam tantum praesumptio hominis et non etiam aliae probationes contrariae excludi deberent. E contra, nulla praesumptio iuris —non confundenda cum praesumptione iuris et de iure— praetendit se esse normam generalem pro omni casu, sed potius semper admittit probationem contrariam... Nam omnis praesumptio iuris per se est generalis et superari potest per quamlibet certam probationem contrariam, in specie, per praesumptionem hominis violentam quae ex multis vel uno valde efficaci, et veritati proximo indicio formatur...". "Apparet generatim iudici esse sat dif-

Universidad Pontificia de Salamanca

nis" es o no es prueba estricta y por consiguiente pueda o no pueda probar contra la presunción "iuris" y eliminarla, es preciso admitir que cuando la presunción "hominis" es tan violenta que engendra certeza moral sin mezcla de duda positiva y probable, prevalece sobre la presunción "iuris" hasta el punto de ser ella la única superviviente y cotizable: en este caso ella obliga a creer lo contrario de la presunción de derecho y ésta no puede menos de ceder.

(*continuará*)

JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE
Doctor en ambos Derechos
y
Abogado del S. Tribunal de la Rota Romana

---

ficile cognoscere qualis fuerit ille actus internus... Habetur quidem praesumptio iuris quod" internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis" (Can. 1086, § 1), sed iuxta normam generalem: "contra praesumptionem iuris simpliciter admittitur probatio tum directa tum indirecta" (Can. 1826) et haec probatio contraria constitui potest etiam legitimis praesumptionibus hominis quae a iudici coniiciuntur (can. 1825) utique solum "facto certo et determinato, quod cum eo, de quo controversia est, directe cohaereat" (can. 1828): c. WYNEN (Taurinen, vol. XXXIX dec. XXXV, 26 aprilis 1947).

La decisión coram Doheny (Nullitatis, N. 4599, 12 Iulii 1951): "Memorari iuvat praesumptiones hominis quae invocari solent, adeo urgentes esse debere ut *destruere* valeant praesumptiones a iure statutas, i. e. tum generalem cn. 1014, tum specificam cn. 1086 & 1". C. Filipiak (Romana N. 5269, 5 febr. 1954) C. Filipiak (Clevelanden N. 4738, 10 jul. 1953) C. Filipiak.

Como veremos en la segunda parte, otras varias decisiones dicen esto mismo teórica y prácticamente.

Universidad Pontificia de Salamanca