

## LA PUBLICACIÓN DE LAS ACTUACIONES. INTERVENCIÓN DE LAS PARTES Y LOS ABOGADOS

### RESUMEN

Se examina en este estudio el significado, teleología y régimen jurídico de la fase procesal de la publicación de las actuaciones en los procesos matrimoniales canónicos de nulidad de matrimonio.

Se considera fundamental al respecto el principio enunciado en el canon 1598 con la fórmula *ius defensionis semper integrum maneat*, principio que, en palabras de Juan Pablo II “debe guiar toda la actividad judicial de la Iglesia”. Por eso, se hace aplicación sistemática del mismo en la interpretación que se ofrece del canon 1598 y de los artículos 229-236 y demás concordantes de la Instrucción *Dignitas connubii*, especialmente en aquellos puntos en los que la Instrucción contiene diferencias con respecto al texto codicial o previsiones no contenidas en él. Se valoran así críticamente varios artículos de la Instrucción y algunos de ellos como gravemente perturbadores del derecho de defensa y de la relación de confianza que debe haber entre abogado y cliente.

El estudio se detiene especialmente en analizar las facultades que se reconocen a los interesados y a sus abogados de examinar los autos y de obtener copias de los mismos, así como la posibilidad de mantener en secreto algún acto, todo ello desde la perspectiva de que ha de permanecer siempre íntegro el derecho de defensa y desde la afirmación de que éste es un derecho de la persona sometida a juicio canónico, derecho que los abogados actúan sólo por derivación.

Se dedican los últimos epígrafes del trabajo al estudio de la nulidad establecida en canon 1598 (que más parece deba calificarse de insanable, salvo en aquellos raros casos en que quepa incluir el supuesto en el canon 1622) y a un breve análisis de la posibilidad de proponer un suplemento de instrucción o una modificación del *dubium* tras la publicación de las actuaciones.

### ABSTRACT

This paper focuses on the meaning, purpose and juridical regime of the “publication of the acts” as a concrete phase established by the canon law when regulating the process for the declaration of nullity of marriage.

The principle embedded in canon 1598 *ius defensionis semper integrum maneat*, plays a remarkable role. As John Paul II said, this principle “should guide all judicial activity of the Church”. Throughout this essay this principle is interpreted in a systematic way in order to solve those problems of interpretation that may arise when the wording of articles 229-236 of the Instruction *Dignitas Connubii*, do not exactly follow the regulation enshrined in canon 1598 of the Canonical Code. Besides, several dispositions of the aforementioned Instruction are critically analyzed as long as they are deemed seriously disruptive for both the rights of defense and the relationship of trust that should exist between the advocate and his client.

This article focuses specifically on the faculties granted to the clients and advocates to look through the acts of the legal proceeding and to obtain copies of them. Alongside the faculty granted to the judge to decide that a specific act must be shown to no one is also deeply discussed, all from the perspective that the right of defence must always remain intact and starting from the premise that this right belongs personally to the party judged, as the lawyer is always acting in his name.

Finally, the last part of this essay is centered both on the penalty of nullity referred to in canon 1598 (that seems to be qualified as irremediable except for those exceptional cases that can be included in canon 1622) and on a brief analysis of the chance that the client and the advocate have to propose additional proofs or a variation of *dubium* after the publication of the acts.

## I. INTRODUCCIÓN

La fase procesal de la publicación de las actuaciones es uno de los momentos cruciales del proceso matrimonial canónico. Expresivamente se ha dicho que es una fase del proceso en la que todas las cuestiones que afectan al derecho de defensa salen a la luz<sup>1</sup>. Pese a ello, en la práctica, pasa no pocas veces desapercibida; y, en más de una ocasión, queda desdibujada.

Desde luego, es ésta una pieza auténticamente preciosa y útil en el marco de un proceso como es el matrimonial canónico en el que, frente

1 M. P. Hilbert, «De publicatione actorum», in *Periodica de re canonica*, vol 81, fasc. III-IV (1992), p. 521.

Quizá haya un punto de exageración al decir «todas». Al menos, sí se ponen a prueba todas las cuestiones *fundamentales* que afectan al derecho de defensa.

a consideraciones de tipo formalista, prima el objetivo básico de averiguar la verdad con las mayores garantías posibles, en la medida en que ello quepa a través de la institución jurídica humana que es el proceso. Como es obvio, a través del cauce procesal canónico no siempre puede alcanzarse la verdad; y menos aún la verdad absoluta, que sólo corresponde a Dios. Pero, con las limitaciones que —como obra del hombre— también tiene la administración de justicia en la Iglesia, sí cabe intentar poner cuantos medios sean posibles para sentenciar *in accertamento*, para dar en la mayor medida que quepa una seguridad a los cónyuges sobre su estado<sup>2</sup>.

En un solo canon —calificado, con razón, como *norma clave* de la legislación procesal<sup>3</sup> canónica— regula el CIC 83 la cuestión, innovando, por cierto, la disciplina de su predecesor CIC 1917. La Instrucción *Dignitas Connubii* (en adelante, DC), en cambio, dedica entero al asunto un amplio Capítulo I del Título IX<sup>4</sup>, que distribuye sus precisiones, concreciones, restricciones, ampliaciones, etc.<sup>5</sup> en nada menos que ocho artículos<sup>6</sup>, varios de los cuales, a su vez, subdivididos en párrafos.

Ello da idea de que ese solitario canon codicial presenta una problemática de amplio respiro y nada desdeñable importancia.

## II. APROXIMACIÓN INICIAL: LA PUBLICACIÓN DE LAS ACTUACIONES, FASE PROCESAL INTERMEDIA ENTRE LA PROBATORIA Y LA DISCUSORIA, DE FUNCIÓN BIFRONTE

Dispone el primer inciso del canon 1598 § 1 que, una vez que se han practicado las pruebas, mediante decreto, el Juez debe permitir a las partes y a sus abogados que examinen en la cancellería del Tribunal las actas que aún no conocen; y ello bajo sanción de nulidad.

El inciso se completa y matiza dentro del mismo párrafo con dos precisiones subsiguientes.

2 Expresa esta idea S. Gherro, en su trabajo «Sul processo matrimoniale canonico: «Pubblicazione degli atti» e dibattimento», in *Il Diritto ecclesiastico* 105 (1994), p. 487.

3 C. Gullo, «La pubblicazione degli atti e la discussione della causa (can. 1598-1606; can. 1682, § 2)», in P. A. Bonnet, C. Gullo (eds.), *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, p. 291.

4 Bajo la rúbrica De actorum publicatione, de conclusione in causa et de causa discussione.

5 Creo que en algún caso hay también alguna «alteración» del texto codicial.

6 En cambio, la Instrucción de la SC de Sac. *Provida Mater Ecclesia*, de 18 de julio de 1936, sólo dedicaba dos artículos (175-176) a la «publicación del proceso».

Por un lado, la norma legal añade la mención expresa de que, si los abogados lo solicitan, puede facilitárseles una copia de los autos. El siguiente inciso, en cambio, permite limitar la facultad de examinar las actas con la posibilidad de que el juez decida que algún acto concreto no sea manifestado a nadie, con tal que el derecho de defensa permanezca íntegro.

En lo que toca al segundo párrafo del canon, se señala allí que, precisamente con motivo del Decreto de publicación de lo actuado, pueden las partes proponer otras pruebas para completar las ya practicadas. Estas otras pruebas, caso de admitirse por considerarlas el Juez necesarias, darán lugar a un suplemento instructorio que, a su vez, debe ser objeto de nueva publicación.

El Decreto por el que se publican las actuaciones del proceso matrimonial canónico supone, pues, insertar una fase procesal intermedia o de tránsito entre la probatoria y la discusoria.

Suele enfatizarse que cumple la función de garantizar el derecho de defensa de las partes dándoles la posibilidad de conocer la totalidad de lo actuado hasta ese momento y, más en concreto, aquello que pudiera resultarles desconocido. Pues sólo conociendo la totalidad de cuanto va a poder tenerse en cuenta para tomar una decisión sobre los derechos controvertidos podrán las partes intervinientes ilustrar su posición procesal con razones válidas<sup>7</sup>. Por ello, desde una perspectiva finalista, el trámite parecería estar orientado fundamentalmente a facilitar el ejercicio del derecho a defenderse en la siguiente fase, esto es, orientado a que las partes puedan argumentar adecuadamente en qué modo las pruebas practicadas contribuyen a fundamentar la acción ejercitada o a obstar a la misma.

Sin embargo, no es esa sola función la que se cumple con el decreto de publicación, como resulta de lo dispuesto en el importante párrafo segundo del propio canon 1598, pues allí se articula la posibilidad de que, precisamente con motivo del decreto de publicación de lo actuado, se prolongue o amplíe el periodo probatorio.

7 Con toda claridad ilustra este objetivo básico de la fase procesal de la publicación de las actuaciones M.P. Hilbert en «De publicatione...», cit., pp. 521-522, con muy adecuadas citas de Lega-Bartocetti y Roberti, que evidencian cómo la configuración de esta finalidad básica viene en Derecho procesal canónico de tiempo atrás.

F. Vega Sala, en su ponencia «Publicación de las actuaciones y derecho de defensa», incluida en el volumen de la Asociación Española de Canonistas *Temas candentes de Derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 119-148, muestra desde el propio título de su aportación el importante nexo de la fase procesal con el derecho de defensa.

Cuando hablo, pues, de una fase procesal *intermedia*, no me refiero sólo a una cuestión de ubicación: trato de expresar que nos encontramos con una pieza que, en sí misma, en su naturaleza jurídica y funcionalidad, está influida por —pero también influye en— cada una de las dos fases procesales que respectivamente la anteceden y subsiguen. Y, como veremos, como trasfondo y como principio inspirador, está fuertemente caracterizada, sobre todo, por la necesidad de garantizar a quienes intervienen en el proceso canónico la *integridad* del derecho de defensa.

Pienso que estas son unas claves interpretativas nada desdeñables —y probablemente imprescindibles— para las precisiones que seguidamente se harán.

### III. EL DECRETO DE PUBLICACIÓN DE LAS ACTUACIONES: RÉGIMEN JURÍDICO

#### 1. *Objeto del decreto de publicación de las actuaciones*

De acuerdo con lo prevenido en el primer inciso del párrafo 1 del canon 1598, una vez que se han practicado las pruebas, es obligación del Juez, *permitir que las partes y los abogados examinen en la cancillería del Tribunal las actas que hasta ese momento les resulten desconocidas*. Concreta el canon que esta permisión ha de hacerse *mediante decreto*.

El legislador da idea de la importancia que atribuye al trámite sancionando enérgicamente el incumplimiento de este deber: ha de cumplirse *sub poena nullitatis*.

DC establece precisiones suplementarias, en términos a veces no del todo coincidentes con el texto codicial, como luego veremos.

Digamos ante todo que la «publicación de las actas», pese a que el término utilizado pudiera sugerir otra cosa, no supone ciertamente que las actas del proceso matrimonial del que se trate pasen a ser «públicas» en el significado amplio que habitualmente se asigna a la expresión, es decir, accesibles para cualquiera que muestre interés en conocerlas. El proceso matrimonial canónico no es «público», en ese sentido, sino «reservado», como con especial exactitud señaló el Papa Juan Pablo II en su alocución al Tribunal de la Rota Romana de 26 de enero de 1989<sup>8</sup>. Verdaderamente la denominación «publicación de las actas» es, dado su contenido legal,

<sup>8</sup> «Innanzitutto deve essere ben chiaro che la «pubblicità» del processo canonico verso le parti non intacca la sua natura riservata verso tutti gli altri». (*Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos ad ea admisos*, de 26 de enero de 1989, AAS, 81, 1989, n. 8, p. 925).

poco afortunada; pudo haber sido sustituida por otra más descriptiva de su objeto y naturaleza, como por ejemplo, «puesta de manifiesto» o «exhibición» de las actas.

Acertadamente el art. 229 § 2 de la Instrucción concreta que «la publicación de los autos la hace el Juez mediante decreto por el que se concede a las partes y a sus abogados la facultad de examinar las actas»<sup>9</sup>. Y es interesante que DC venga a aclarar en el § 3 del mismo artículo que la concesión de esta facultad se traduce en que ha de haber una *permisión efectiva* de examinar las actas en la cancillería del Tribunal<sup>10</sup>, si la parte y los abogados lo desean. Pues no ha faltado algún caso en que un Tribunal pretendió «publicar» las actuaciones dando el correspondiente Decreto, pero sin comunicar efectivamente las actas a las partes demandante y demandada ni permitir tampoco su examen por temores no concretados de que de otro modo los testigos no querrían declarar: una c. Pinto de 24 de mayo de 1985<sup>11</sup> declaró la nulidad de la Sentencia dictada en un proceso en se había actuado así.

No cabe intentar sustituir el «examen» de las actas por una comunicación hecha *oralmente*. Para cumplir la finalidad y la letra del canon, no será suficiente ni adecuado que un miembro del tribunal instruya oralmente a la parte del contenido de las actas, bien intentando hacer un resumen o incluso procediendo a leer las actas en voz alta, en vez de permitir su examen directo. El verbo *inspicere* usado en el texto legal, comporta una facultad que va más allá de una intermediación así<sup>12</sup>.

También parece oportuno que el art. 229 § 1 añada la puntualización de que ha de procederse a la publicación de las actuaciones una vez que se han recibido la pruebas —*acquisitis probationibus*— pero antes de la discusión de la causa —*ante causae discussionem*—, con lo que, a mi juicio, se pretende marcar con claridad que debe distinguirse

9 § 2. Actorum publicatio fit iudicis decreto quo partibus et earum advocatis facultas conceditur acta inspiciendi.

10 § 3. Ideo iudex eodem decreto permittere debet partibus et earum advocatis ut acta nondum eis nota, salvo art. 230, apud tribunalis cancellariam inspiciant (cf. can. 1598, § 1).

11 ME, 113, 1988, 314-319.

El proceder indicado en el texto parece que era praxis habitual de algunos tribunales franceses y estadounidenses: vide C. Gullo, «La pubblicazione...», cit., pág. 292, que cita además de la c. Pinto, n. 3, antes mencionada otra c. Doran, Corporis christi, de 28 de abril de 1987, n. 9.

12 M.P. Hilbert, «De publicatione...», cit., p. 526, menciona en nota al pie que tal proceder se ha calificado de ilegítimo en ATTIVITÀ DEL TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA. ANNO GIUDIZIARIO (1° ottobre 1990-30 settembre 1991) *Relazione Annuale*, p. 179:

«No è ritenuto legittimo il decreto del giudice il quale, contrariamente al disposto del can. 1598, § 1, ritiene sufficiente per la pubblicazione degli atti la comunicazione fatta alle parti *oralmente* e separatamente per filo e per segno dei contenuti degli atti, perché la legge canonica stabilisce che «partes earumque advocatos, sub poena nullitatis, ius habere acta *inspiciendi*».

cuidadosamente este periodo procesal del discusorio, al que debe en todo caso anteceder.

Por cierto, en este punto me permito señalar que, a mi juicio, no es adecuado incluir en el mismo Decreto de publicación de la actuaciones, como en la práctica se ve con frecuencia, un añadido con la previsión de que, «si nada se manifiesta» en el plazo que se conceda «se entenderá decretada la conclusión de la causa» —o fórmulas equivalentes— con apertura inmediatamente subsiguiente del plazo para la presentación de los escritos de alegaciones u observaciones.

No es dudosa la buena intención de tales fórmulas, que unifican en un solo decreto publicación de actuaciones y esta —podríamos llamarla así— «conclusión de la causa sucesiva por defecto». Pretenden acortar unos días del proceso, pero pueden acabar complicándolo y desvirtuándolo. En efecto, si una de las partes hace uso de la facultad de deducir o simplemente pide prórroga del plazo que se haya fijado por el Tribunal para hacer uso de las facultades comprendidas en el c. 1598, ya no se tendrá seguridad de en qué estadio procesal exacto se encuentra la causa; o, incluso, podrá surgir la duda acerca de si ha de tenerse la causa por concluida, por ejemplo, en el caso de que se deniegue la prórroga o las peticiones suplementarias deducidas. Puede ocurrir incluso que mientras una de las partes pide un suplemento de prueba, la otra —no teniendo noticia de esa petición— presente sus alegaciones, con la consiguiente confusión que todo ello puede inducir.

Aparte de por razones teóricas, ante estos inconvenientes prácticos opino, pues, que publicación de actuaciones y conclusión de la causa deben ser cuidadosamente distinguidas para no desvirtuar ni una ni otra fase.

## 2. Autor y destinatarios del decreto de publicación de las actuaciones

En cuanto al autor, el art. 46 § 2, 18º de DC señala que el Decreto de publicación de actuaciones debe ser dado por el presidente del Tribunal<sup>13</sup>; pero debe notarse que el art. 47 § 2 cita, junto a otras, esa atribución del presidente entre las que corresponden *ipso iure* al ponente, una vez admitida la demanda<sup>14</sup>.

13 Art. 46 § 2. Praesidis collegii est:  
.... 18º decernere actorum publicationem ac conclusionem in causa et eius discussionem moderari (cf. artt. 229-245).

14 Art. 47 § 2. Ad ponentem seu relatores, admissis libello, potestates praesidis ipso iure spectant de quibus in art. 46, § 2, nn. 8-16, 18, 21, salva facultate praesidis aliquod negotium sibi reservandi.

Concuerda con ello el art. 229 § 4 de la Instrucción, al señalar que, mientras otra cosa no resulte evidente o lo exija la naturaleza del asunto, bajo la denominación de «juez» se entiende el «presidente» o «ponente»<sup>15</sup>.

En lo que se refiere a los destinatarios, tanto el CIC como DC son muy explícitos en señalar que la facultad de examinar las actas ha de concederse «a las partes y a sus abogados».

Por tanto, la facultad de examinar las actas corresponde, desde luego, a las partes que no hayan nombrado abogado para su defensa. Pero me permito destacar que tanto el canon 1598 como el art. 229 § 2 utilizan la partícula copulativa *et*; de modo que, según entiendo, el ejercicio de la facultad que corresponde al abogado nombrado por la parte no excluye que lo ejerza *también* la parte personalmente<sup>16</sup>.

En otro orden de cosas, conviene añadir que el examen de las actas por la parte o por el abogado, tampoco resulta incompatible o excluido por la posible obtención de copias de las actas. Sobre este punto volveré luego.

Se han planteado dudas acerca de si las partes no personadas activamente en la causa gozan de esta *facultas inspiciendi*.

El CIC no hace al respecto especificación alguna. Tampoco DC en el Título IX. Pero sí las hace la Instrucción el art. 134<sup>17</sup>: estipula en el § 2 que debe notificarse el decreto de publicación de las actas a la parte sometida a la justicia del Tribunal. DC, por cierto, contradistingue esa situación procesal de la de la parte declarada ausente y de la de la parte ausente por ignorarse su lugar de residencia; pues, a diferencia de lo expresamente previsto para la parte sometida a la justicia del Tribunal, el artículo 134

15 Las Normas de Tribunal de la Rota Romana 18 de abril de 1994 concretan que el decreto de publicación de las actuaciones ha de darlo el ponente:

Art. 79. Firmo art. 60, testificationes ceteraeque omnes probationes, quae in actis reperiuntur, Ponentis decreto sunt publicandae ad normam can. 1598. (AAS 86 1994 (p. 531).

16 Enfatiza el valor de la partícula copulativa J. J. García Failde, en *La instrucción «Dignitas Connubii» a examen*, UPSA Salamanca 2006, p. 200.

También M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, EDIURCLA, Roma 2006, P. 494, nota 163, incluyendo el matiz de que ha de tenerse en cuenta que a veces el abogado representa a la parte, cuando ha sido nombrado para actuar también como procurador de la misma parte.

17 Art. 134 § 1. Partibus, quae in iudicio per se vel per procuratorem stant, notificabuntur omnia acta quae ex iure notificanda sunt.

§ 2. Partibus, quae sese remittunt iustitiae tribunalis, notificari debent decretum quo formula dubii statuta est, nova forte facta petitio, decretum publicationis actorum et omnes collegii pronuntiationes.

§ 3. Parti, cuius absentia a iudicio declarata fuerit, notificabuntur formula dubii et sententia definitiva, salvo art. 258, § 3.

§ 4. Parti absentis ad normam art. 132 propter ignotum locum commorationis, nulla fit actorum notificatio.



no menciona el decreto de publicación de actuaciones entre aquellos actos que deban notificarse al ausente de una y otra clase.

¿Será, entonces, motivo de nulidad de la Sentencia no notificar el Decreto al sometido a la justicia del tribunal?

En mi opinión, de suyo, no debería serlo. La figura de la sumisión a la justicia del Tribunal, aunque supone una actitud respetuosa de la parte y hasta cierto punto colaboradora<sup>18</sup>, implica una postura procesal que hay que calificar como básicamente *pasiva*. El sometido a la justicia del Tribunal, cuando menos, renuncia *in actu* al efectivo ejercicio del derecho de defensa, hasta el punto de que no ha faltado algún autor que señale cómo en la actualidad, apenas hay diferencias entre parte ausente y parte sometida a la justicia del Tribunal, argumentando incluso que la renuncia al ejercicio del derecho de defensa es más neta en ésta que en aquélla<sup>19</sup>.

Es verdad que el sometido a la justicia del tribunal conserva importantes derechos —como el de poder apelar contra la Sentencia que se dicte— y que en cualquier momento puede cambiar de postura y tomar parte activa en la causa<sup>20</sup>. Pero, si con su postura procesal renunció al ejercicio de derecho de defensa, no se ve la razón por la que deba notificársele de modo concreto que, practicadas las pruebas, puede examinar las actas; pues es esa una facultad que, mientras otra cosa no conste, quien se somete a la justicia del tribunal no se reserva expresamente<sup>21</sup>.

De hecho, no falta algún autor que también tras DC señale que el sometido a la justicia del Tribunal no goza del derecho mencionado en el canon 1598<sup>22</sup>.

18 En la medida en que, al menos en principio, presupone, por ejemplo, disponibilidad del sometido a la justicia del tribunal para prestar declaración cuando se sea llamado.

Sobre distintas interpretaciones del alcance o matices con que varios autores interpretan esta figura procesal, puede verse el trabajo de L. Ruano Espina «Problemas procesales en el proceso canónico de nulidad matrimonial», in *Revista de Derecho de Familia*, n. 12, julio 2001, págs. 269 y ss. y especialmente pp. 274-276.

19 L. Acebal Luján, en su trabajo anterior a DC «La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial», in *CDMPCPF*, IX, UPSA, Salamanca 1990, pp. 440-441, interpreta que la ausencia se configura como renuncia tácita al ejercicio del derecho de defensa y la sumisión a la justicia del Tribunal como renuncia expresa; en consecuencia, considera que deben hacerse a los dos las mismas notificaciones y, contra Villegiante, que no hay que notificarles el decreto de publicación de actuaciones.

20 Cosas que, por cierto, hoy también puede hacer el declarado ausente.

21 Naturalmente lo dicho no vale para aquellos casos en los que el sometido a la justicia del tribunal haya formulado de modo expreso esta reserva.

En la práctica se dan supuestos en los que la parte que se somete a la justicia del Tribunal manifiesta de modo concreto *ab initio* que se reserva el derecho a examinar las pruebas que se practiquen. En un caso así, parece que sí resultaría obligado notificarle el decreto de publicación de las actuaciones.

22 J. J. García Faílde, *Tratado de derecho procesal canónico*, UPSA, Salamanca 2005, p. 307, donde se expresa con especial contundencia:

Dados los contornos imprecisos de esta figura procesal, ante manifestaciones de la parte demandada que puedan ser ambiguas, el tribunal quizá haría bien en requerir a la parte demandada para que aclare si su voluntad es o no defenderse por sí mismo en lo sucesivo o si más bien lo que desea es limitarse a declarar, someterse, en su caso, al examen pericial que se estime pertinente y no actuar por lo demás en la causa hasta que se dicte sentencia. Y, desde luego, para concretar mínimamente la situación, si el tribunal entiende que la parte se ha sometido a la justicia del tribunal, debe notificársele a esa parte de modo específico que se la ha tenido por tal<sup>23</sup>.

No obstante lo anterior, la inclusión en DC del deber que se impone al juez —a mi juicio, como mínimo *praeter legem*— de notificar al sometido a la justicia del Tribunal el decreto de publicación de la causa —mencionado *nominatim* en el artículo 134 § 2<sup>24</sup>— hace que sea discutible si tal precisión de DC determinará o no que, caso de no hacerse esa notificación, ello traiga consigo la nulidad de la sentencia.

Algún autor se ha pronunciado ya en sentido negativo<sup>25</sup>. A mi juicio, sin embargo, pese a que entienda que en este punto se ha extralimitado DC, la falta de notificación del decreto de publicación al sometido a la

<sup>23</sup>. No hace falta decir —la expresión es literalmente la del autor— que ni las partes declaradas 'ausentes' o constituidas en 'ausentes' ni las partes sometidas a la justicia del tribunal ni los abogados de unas o de las otras, si es que los tienen, gozan de los derechos mencionados en los cánones 1598 y 1678 § 2 n. 2. Y cita una c. Brennan de 27 de noviembre de 1958, SRRD, 50, p. 662.

Esta misma Sentencia la cita M. P. Hilbert en «De publicatione...» cit., p. 525, transcribiendo el pasaje del n. 4 de dicha Sentencia rotal en que se dice que se afirma que habiendo comparecido la esposa en autos, constituyéndose en parte sometida a la justicia del tribunal, «ergo gravari nequit si probationes non sunt eidem notificatae».

<sup>23</sup> Hecha esa notificación, si la parte no protesta ni recurre, al menos podrá darse por establecido que no se opone activamente a la demanda.

Una un tanto ambigua posición de la parte demandada es lo que, en mi opinión, pudo determinar que, respondiendo a una consulta del Tribunal Eclesiástico Regional del Obispado de Valparaíso, el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica comunicara a dicho tribunal como «indicaciones de naturaleza prudencial», entre otras, que «la falta de notificación de la publicación de las actas a la parte convenida podría desembocar —*potrebbe sfociare*— en una causa de nulidad insalvable de la sentencia por denegación del derecho de defensa de la misma parte (cfr. cans. 1598 § 1, y 1620, n. 7). Esto vale también en el caso en el que el tribunal de primera instancia hubiese considerado erróneamente que la parte convenida se había sometido a la justicia del tribunal».

De esta respuesta de la Signatura da cuenta C. Salinas Aranedo, «Notificación del decreto de publicación de las actas», *REDC* 57 (2000) p. 245. No se indica la fecha de la respuesta.

<sup>24</sup> Art. 134 § 2: «Partibus, quae sese remittunt iustitiae tribunalis, notificari debent decretum quo formula dubii statuta est, nova forte facta petitio, *decretum publicationis actorum* et omnes collegii pronuntiationes».

Obsérvese la diferencia con el modo en que se expresa el artículo 60 § 2 de las Normas de Tribunal de la Rota Romana 18 de abril de 1994:

Art. 60 § 2: «Partibus, quae sese remittant iustitiae Tribunalis, notificari debent decretum litis contestationis, nova forte facta petitio et omnes Iudicis pronuntiationes» (AAS, 86, 1994, p. 526).

<sup>25</sup> C. Peña, «La publicación...», cit. p. 394-395, tras observar que el art. 134 DC no especifica que si la necesidad de notificar el decreto de publicación al sometido a la justicia del tribunal es o

justicia del tribunal puede, pese a todo, constituir motivo indirecto para entender que será nula la sentencia que se dicte sin haber cubierto lo que DC establece: a partir de la Instrucción, prescindiendo de su valor normativo, no cabe excluir que quien adopte esta postura procesal lo haga *creyendo* que, en función de ese sin duda importante texto del Pontificio Consejo, asumir dicha postura procesal supone *conservar* el derecho a que le sea notificado ese decreto<sup>26</sup>, aunque no tenga ninguna otra intervención anterior o posterior en la causa.

Por lo demás, con respecto a la parte declarada ausente, me parece más claro que no deban albergarse dudas acerca de que no es necesario—incluso puede ser inconveniente— notificarle el decreto de publicación de actuaciones: aquí, desde el momento en que se ha decidido no asumir en absoluto la carga procesal de comparecer en juicio, parece del todo justificado no hacer a esa parte ninguna otra notificación distinta a la de la sentencia que recaiga y demás estrictamente legales, entre las que creo debe contarse la propia resolución que declare la situación procesal de ausencia<sup>27</sup>; notificar al ausente el decreto de publicación no se ve que beneficie a la justicia, mientras que puede contribuir a alargar el procedimiento y a dar lugar a complicaciones e incidentes poco deseables.

No obstante, anotaré que se trata de un punto no pacífico y que algunos autores han entendido lo contrario<sup>28</sup>.

---

no bajo pena de nulidad, entiende que este art. no parece que vaya a modificar la tradicional postura rotal de no considerar que esta notificación venga exigida bajo pena de nulidad insanable por denegación del derecho de defensa; y cita al respecto un Decreto c. Pompedda de 17 de junio de 1985 (IDE 1985/II, pp. 271-276).

26 Es fácil que, a partir de DC, al mismo tiempo que se informe a un cónyuge demandado de la posibilidad de asumir esta singular postura procesal canónica, el operador jurídico que facilite la información haga saber al interesado que esa postura implica los contenidos del art. 134 § 2.

27 En la «Relazione sull'attività della Rota Romana nell'anno giudiziario 2007» (*Quaderni dello Studio Rotale*, 18 (2008), p. 83, se menciona un decreto rotal dictado en B 76/06, por el que el Tribunal decretó la nulidad —por denegación del derecho de defensa— de una sentencia dictada por un tribunal inferior con falta de notificación del decreto de publicación de los autos a la parte demandada, tenida como «implícitamente ausente» por no haber respondido a las citaciones, *mas senza che l'assenza venisse ritualmente dichiarata*.

Parece que el motivo de la nulidad radicó precisamente en este punto, no en que no se notificara el decreto de publicación a la parte ausente.

Un caso en que, por ejemplo, han de notificarse al ausente las resoluciones correspondientes es el de las relativas a las peticiones ampliatorias del *dubium*.

28 R. M<sup>a</sup> Ramírez Navalón, en *Citación y ausencia del demandado en las causas canónicas de nulidad matrimonial*, UPSA, Salamanca 2008, p. 98, cita los autores que sostienen que debe notificarse la publicación de las actuaciones al declarado ausente y se adhiere a la opinión de los que entienden que no procede, con cita de Pompedda, Acebal y Elerbach.

C. Peña, «La publicación...», cit., p. 395, considera, en cambio, «sumamente conveniente que realice la notificación del decreto de publicación también al ausente, salvo que haya manifestado expresamente que no desea ser molestado con ninguna notificación del Tribunal eclesiástico». Razona la autora que el canon no distingue al hablar de *partes*, que la notificación no retrasa la causa y que favorece la posible participación de la parte ausente.

DC que, como antes se ha indicado, menciona expresamente el deber de notificar al sometido a la justicia del tribunal el decreto de publicación de las actuaciones, no lo hace —y todo indica que la omisión tiene que ser aquí intencionada— cuando concreta las notificaciones que han de hacerse al ausente<sup>29</sup>.

En fin, si bien entiendo que no es necesaria ni conveniente la notificación al ausente del decreto de publicación, creo que hay que decir que también es verdad que no está prohibido hacerla; y que, en la práctica, hay un nada desdeñable porcentaje de casos en los que se hace<sup>30</sup>.

#### IV. EL EXAMEN DE LAS ACTUACIONES Y LA EVENTUAL EXPEDICIÓN DE COPIAS

##### 1. Lugar, tiempo y forma del examen de las actuaciones

Tanto el CIC como DC especifican que el examen de los autos ha de hacerse en la cancillería del Tribunal. Pero ni uno ni otra entran en más precisiones, salvo la curiosa previsión de DC de que si una parte vive lejos de la sede del tribunal que conoce la causa, puede dicha parte examinar las actas<sup>31</sup> en la sede del tribunal del lugar donde actualmente reside, o «en otro lugar idóneo»<sup>32</sup>.

Lo cierto es que, con respecto al examen de las actas en la cancillería pueden plantearse bastantes más cuestiones prácticas, que tendrán que resolverse tratando de aplicar el sentido común. Pero no sólo en este punto sino también, más en general, con respecto a todos los problemas que se presenten, en mi opinión, las respuestas que se arbitren deberán tender a *facilitar el derecho de defensa*.

29 Art. 134 § 3. Parti, cuius absentia a iudicio declarata fuerit, notificabuntur formula dubii et sententia definitiva, salvo art. 258, § 3.

§ 4. Parti absentis ad normam art. 132 propter ignotum locum commorationis, nulla fit actorum notificatio.

El art. 134 § 3 de la Instrucción concuerda con el art. 60 § 3 de las Normas del Tribunal de la Rota Romana de 1994, antes citadas: § 3. Parti, cuius absentia a iudicio declarata fuerit, notificabuntur decretum litis contestationis et sententia definitiva. (AAS, 86, 1994, p. 526).

30 R.M<sup>a</sup>. Ramírez Navalón, en otro trabajo, publicado con el título «La declaración de ausencia y el sometimiento a la justicia del tribunal en las causas de nulidad matrimonial», en R. Rodríguez Chacón - L. Ruano Espina, *Cuestiones actuales de derecho canónico y eclesiástico en el XXV aniversario de los Acuerdos con la Santa Sede y XX aniversario de vigencia del CIC*, UPS, Salamanca 2005, p. 269 constata que un 11% de los Tribunales españoles encuestados notifica al ausente la publicación de actuaciones.

31 Supongo que aquí sería perfectamente lícito —e incluso aconsejable— que para evitar riesgos de pérdidas o deterioros, el tribunal no remita las actas originales sino una copia auténtica.

32 ¿Por ejemplo, un despacho parroquial?

Aplicar ese criterio parece especialmente adecuado, cuando ha sido el mismo Papa autor del CIC quien ha señalado a propósito del canon 1598 que el inciso *ius defensionis semper integrum maneat* ha tomarse como «principio que debe guiar toda la actividad judicial de la Iglesia».

«Il canone 1620 del medesimo Codice sancisce esplicitamente la nullità insanabile della sentenza, se all'una o all'altra parte si negò il diritto alla difesa, mentre *si può ricavare dal canone 1598, § 1, il seguente principio, che deve guidare tutta l'attività giudiziaria della Chiesa: «Ius defensionis semper integrum maneat»*.<sup>33</sup>

Siendo esto así, el criterio general de que deba procurarse el máximo posible de efectividad al ejercicio del derecho de defensa, parece que deberá seguirse con mayor razón en esta concreta sede, pues se trata de un tema que está regulado precisamente en el canon en el que el principio se enuncia.

Yendo ya a lo concreto, habrá, por lo pronto, que tener previsto un lugar físico para el examen, en condiciones mínimas de dignidad<sup>34</sup> y establecer algún criterio sobre el tiempo y modo en que deba hacerse efectiva la facultad.

Así, aunque lo ideal sería que la facultad se pueda ejercitar en cualquier momento del horario de atención al público, no sería irrazonable intentar concretar algún preaviso y, desde luego, en caso de no poderse atender la petición de inmediato, ello deberá tenerse en cuenta para una eventual prórroga del plazo.

Estimo que no resulta dudosa no sólo la procedencia y licitud de tomar notas al hacer el examen sino también que no se puede impedir que las notas sean todo lo amplias que desee la parte que ejercita su facultad: se trata precisamente de que se instruya de todo aquello que crea puede resultar de interés para su defensa.

La cuestión es más bien otra: si resultará lícito y cuándo puede resultar lícito poner un tope tanto de tiempo como de medios utilizados para esta actividad, teniendo en cuenta que está en juego precisamente el *ius defensionis*.

Así, por ejemplo, ¿cabe impedir que en la «toma de notas» la parte se valga de un dictáfono? Y, tanto si lo usa como si no, ¿puede impedirse que

<sup>33</sup> *Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos ad ea admisos* de 26 de enero de 1989, AAS, 81, 1989, n. 2, p. 922.

<sup>34</sup> Por ejemplo, una mesa con una silla en alguna dependencia de la secretaría.

Por lo que después diré, ¿quizá la propia mesa del notario-secretario?, situándose el lector frente al mismo.

<sup>35</sup> Si todo esto se hace en secretaría, es fácil imaginar la perturbación que puede suponer para la normal marcha de la oficina judicial.

el «inspiciente» se autodicta así la totalidad de las declaraciones obrantes en autos, informes periciales, resoluciones dictadas, etc.<sup>35</sup> Y, dando un paso más, ¿cómo limitar hoy —si es que cabe limitarlo y, también, si es que puede de verdad hacerse— el uso no fácilmente controlable de otros sistemas de copia más expeditivos? Por ejemplo, hoy día es habitual que los teléfonos móviles tengan la posibilidad de ser usados como cámaras fotográficas, que podrían sin dificultad reproducir en poco tiempo —e incluso con más velocidad que una fotocopiadora tradicional— los autos completos de una causa.

Un aspecto que personalmente me inquieta de modo especial es el hecho de que, aunque no se vaya a poner cortapisa alguna de tiempo o de medios, parece necesario que haya algún tipo de *vigilancia* por parte del tribunal, especialmente si lo que se exhibe a la parte son las actas originales; aunque no sea más que por elementales razones de seguridad en orden a garantizar que, después del examen, las actas permanezcan íntegras.

Habrá que hacer uso de una especial sensibilidad para que el examinante no perciba como vejatorio ese «control», que, por muy discreto que intente ser, fácilmente podría malinterpretarse. Y, sobre todo, sea o no discreto el control, permítaseme que dude de su eficacia. Me temo que, al final, en esta sede, cualquier esfuerzo de poner puertas al campo puede acabar siendo inútil<sup>36</sup>.

## 2. *La entrega de copias como forma de exhibición de las actuaciones a las partes*

En mi opinión —y lo diré ya sin más rodeos— el mejor modo de hacer la puesta de manifiesto de lo actuado a la parte es, sencillamente, *facilitarle una copia de los autos, si la pide*<sup>37</sup>. Propongo que sea esto lo que se haga.

Y no sólo cuando el juez obtenga garantías de que no se hará mal uso de las copias<sup>38</sup>. En mi modesta opinión, más bien el tema es a la inver-

36 La llamada «ley de Murphy» (reza esta «ley» en su versión original que «todo lo que puede fallar, acaba fallando») es inexorable.

37 Coincido en esto con S. Gherro, «Sul processo...», cit., p. 497 que, tras examinar algunos de los problemas prácticos que he apuntado en el apartado precedente, concluye preguntándose—creo que con toda razón—cuál sea el motivo por el que no deban evitarse tantas complicaciones, entregando al interesado una copia de las actas, «eventualmente non autenticata».

Obviamente puede solicitarse el pago de la correspondiente tasa específica por la entrega de dicha copia, si no se considera comprendido el acto entre los que se incluyen en la tasa general a abonar con motivo del proceso.

38 Se pronuncian en sentido favorable a la entrega de copias a la parte que ofrezca «garantías» de no hacer mal uso de ellas varios autores. Así, R. Rodríguez-Ocaña, *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/2, EUNSA, Pamplona 2002, p. 1483; C. Peña, «La publicación...», cit. p.397-398; etc.

No obstante no se concreta cuáles puedan ser esas garantías.

sa: sólo cuando se tengan *datos o indicios concretos* que convenzan de que la parte que pide copias hará mal uso de ellas es cuando habrá motivo para denegarlas, salvo que se obtengan esas garantías. Faltando esos datos o indicios concretos de que se pretende un mal uso, el destino para un buen uso —como la buena fe— debe presumirse.

No se me oculta que esta propuesta no está en sintonía con la orientación que parece tomar DC, que no sólo no contempla esta opción, sino que, especialmente en su art. 235 § 2, viene a dar por sentado de modo indirecto que las copias de los autos han de tener como destinatarios (¿exclusivos?) a los abogados, pues allí se dice que a nadie más deben entregar estos las copias, *partibus haud exceptis*.

Luego he de volver sobre esta cuestión en la vertiente de las relaciones abogado-cliente. Pero ahora no quiero dejar de subrayar que considero del todo inadecuado entender que las partes no deban poder contar con una copia de los autos, si la piden. Creo que, al menos, no debe partirse del criterio de que, como regla general no deban tenerla. Varias razones avalan, en mi opinión, lo contrario: en mi criterio, *en principio, no debe negarse a las partes la copia que pidan*.

Por lo pronto, no parece discutible que contar con una copia de las actas es un elemento no sólo conveniente sino realmente *necesario*, si de lo que se trata es de ejercitar un derecho de defensa *eficaz* en el proceso canónico y de promover un *verdadero y cabal contradictorio*. La centralidad del principio del contradictorio en el ámbito canónico ha sido enfatizada por el Papa Juan Pablo II que, en el discurso ya citado, rotundamente señaló también que «no puede concebirse un juicio justo sin el contradictorio», entendido éste como «*posibilidad concreta* concedida a cada una de las partes de ser oída y de poder conocer y contradecir las peticiones, las pruebas y las deducciones aducidas por la parte contraria o «ex officio»<sup>39</sup>.

Esta perspectiva ha de ponerse necesariamente en conexión con la especial delicadeza, atención y meticulosidad con que se tratan las causas en el fuero de la Iglesia. Basta la lectura de cualquier sentencia matrimonial canónica para comprender lo fundamentales que son muchas veces los detalles y hasta qué punto pueden resultar decisivas sutiles diferencias en lo que haya sido la expresión de las ideas de la persona cuya eventual nulidad matrimonial se enjuicia, de lo que hayan sido sus manifestaciones

39 Non si può concepire un giudizio equo senza il contraddittorio, cioè senza la *concreta possibilità* concessa a ciascuna parte nella causa di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni adotte dalla parte avversa o «ex officio». (*Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos ad ea admisos* de 26 de enero de 1989, AAS, 81, 1989, n. 3, p. 923). El enfatizado del término *concreta possibilità* es mío.



de voluntad, etc. Ningún juez eclesiástico se plantearía seriamente la mera posibilidad de redactar una sentencia o emitir su voto escrito si, para confeccionarlos, únicamente pudiera leer apresuradamente los autos de la causa durante un rato en una mañana. Así las cosas, ¿cabría hablar, entonces, de un ecuánime derecho de defensa si la parte no pudiera hacer su alegato en condiciones al menos teóricamente similares de seriedad a las que se requieren para dictar sentencia?

En el ámbito canónico ha de tenerse presente que se ha tomado la opción de permitir que las partes puedan actuar en general en los procesos contenciosos —y también en su causa matrimonial— sin valerse de abogado<sup>40</sup>, mientras que, al mismo tiempo, se parte de la base de que en todo caso tendrán como oponente al Defensor del Vínculo, un jurista calificado, especializado en la materia y que cuenta con la posibilidad de consultar los autos en cualquier momento y cuantas veces quiera. En mi opinión, no es dudoso que negar a la parte que actúa por sí misma la posibilidad de pedir y obtener una copia de las actuaciones la sitúa en una posición de *incrementada desventaja procesal*, nada congruente con el respeto al ejercicio del derecho de defensa, que comporta, entre otras exigencias, la igualdad de armas como elemental característica de un auténtico contradictorio.

Incluso autores que entienden que el derecho de defensa puede quedar «salvado» con la posibilidad de examen de las actas en cancillería, no dejan de señalar el modo intenso en que ello *limita* el ejercicio de este derecho<sup>41</sup>. En el mejor de los casos, denegar la copia siempre empobrecerá o mermará el contradictorio<sup>42</sup>; más o menos intensamente, de modo correlativo a la medida en que el *ius inspiciendi* se limite en la práctica en mayor o menor grado; y, además, en todo caso limitará y empobrecerá el contradictorio *unidireccionalmente*, con el correspondiente perjuicio para el mismo proceso matrimonial que, precisamente en el contradictorio y en la igualdad de armas, es donde obtiene la mejor garantía de procu-

40 Cfr. c. 1481 § 1.

41 Así, C. Peña, «La publicación...», cit. p. 398, aprecia que «la correcta preparación de los escritos de alegatos y defensas de las partes exige un detenido estudio de las actuaciones que —especialmente teniendo en cuenta las características de las pruebas en el proceso canónico (extensión de las declaraciones de partes y testigos, complejidad de las pericias...)— resulta *sumamente difícil* realizar en la sede del tribunal» (el enfatizado en cursivas es mío).

42 Cfr. S. Gherro, «Sul processo...», cit., pp. 493-494, recuerda también que este impedimento a la disponibilidad de los autos implica una *fuerte limitación* en cuanto al estudio de la causa, para la elaboración de los argumentos, para el completo desarrollo, en suma, de la tesis de verdad sostenida por la parte; pero que con ello no sólo resulta empobrecida la defensa de la parte sino también «la contribución que el debate debe ofrecer para la formación de la certeza moral del juez».



rar hallar la verdad a través de lo que, con fortuna, se ha descrito como una actuación *dialógica*<sup>43</sup>.

Dicho lo anterior, no eludiré mencionar la existencia de razones en contra, que aducen quienes sostienen una interpretación restrictiva sobre la eventual entrega de copias a las partes.

En primer lugar, se subraya que el canon 1598 no enuncia expresamente el derecho de la parte a obtener una copia de las actuaciones cuando se publican las actas.

El dato se pone en conexión con el de que no es casual la fórmula del vigente canon 1598 § 1, que alude en incisos distintos a la facultad de inspección —que textualmente se reconoce a las partes y a sus abogados— y a la posibilidad de facilitar copias —que se cita en inciso seguido, pero aparte, y mencionando sólo a los abogados como peticionarios—, pues en la versión del *schema* de 1978, el canon correspondiente decía precisamente que la publicación de las actuaciones consistía en conceder a las partes y a sus abogados autorización para examinar las actas y *pedir copias de las mismas*<sup>44</sup>. Pero la redacción inicialmente propuesta se modificó con motivo de los temores expresados por algunos consultores sobre el eventual mal uso que pudiera hacerse de las copias<sup>45</sup>.

El contraste de la fórmula inicialmente proyectada con el texto que ha prevalecido es tanto más acusado si se repara en que en la disciplina anterior al CIC de 1983 la entrega de copias a las *partes y a los abogados* de las mismas era no ya praxis común sino una facultad expresamente reconocida en la Instrucción de la SC de Sac. *Provida Mater Ecclesia* de 15 de agosto 1936<sup>46</sup>.

Desde el presupuesto de esa afirmada conveniencia de evitar preventivamente el mal uso de las copias y en línea de tratar de justificar el dis-

43 El término lo tomo de M. J. Arroba Conde, que lo utiliza en diversos trabajos. Muestra la vinculación del concepto con la idea de racionalidad y con el contradictorio propio del proceso canónico adecuadamente gestionado, en *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, EUPRESS FTL, Lugano 2008, p. ej. en pp. 55 o 63.

44 El can. 257 del Schema de 1978 decía: «Publicatio processus fit concessa partibus eorumque advocatis licentia acta iudicialia inspiciendi petendique eorum exemplar»; *Communicationes* 1979, XI, p. 134.

45 Vide al respecto *Communicationes* XI (1979) pp. 134 —135 y *Communicationes* XV (1984), p. 68.

46 Art. 175 § 1. Prensens a defensore vinculi, a iudice instructore et a praeside probationibus hinc inde adductis, facienda est actorum omnium communicatio inter partes.

§ 2. Haec facultas communicationis fit decreto praesidis, quo *partibus earumque advocatis* ipse concedit potestatem inspiciendi testificationes ceterasque omnes probationes quae in actis reperiuntur, quaeque secreta permanserant, et *petendi actorum exemplar* (cfr. cann. 1858, 1859).

AAS Vol. XXVIII 10 Septembris 1936 (Ser. II, v. III ) - Num. 10, p. 346.

Los enfatizados en cursiva son míos.

tinto tratamiento que supone permitir que los abogados puedan obtenerlas (mientras no se dice otro tanto de las partes que actúen por sí mismas), se ha aducido también la diferente vinculación institucional y de confianza que existe entre los profesionales del derecho y el tribunal —con las consiguientes posibilidades de control disciplinario—, vinculación que no existe en los mismos términos en los cónyuges que intervienen a título personal en un proceso matrimonial, no sujetos a esa disciplina específica<sup>47</sup> y con respecto a los cuales puede resultar mucho más problemática la efectividad de las sanciones que quepa imponerles en caso de abuso.

No parece que éstas sean justificaciones suficientes para una lectura del canon en sentido prohibitivo, incluso aunque a lo dicho se añada la afirmación —para mí, más que discutible— de que, no entregando la copia, el derecho de defensa sólo pueda considerarse obstaculizado y no negado<sup>48</sup>.

Me parece mucho más decisiva la necesidad de garantizar un *íntegro* ejercicio del derecho de defensa a la parte a la que se priva de una copia de los autos, garantía que en puridad debería ser tanto más cogente precisamente por el hecho de que, al ejercer el derecho que el ordenamiento canónico le reconoce de actuar personalmente sin ser asistida esa parte por un profesional, ya de por sí se la sitúa en desventaja con el adversario que sí use abogado y, en todo caso, con el Defensor del Vínculo.

Pero, profundizando en los argumentos que se derivan del texto legal, cabe observar que lo cierto es que la redacción final del canon sutilmente *no dice en ningún momento que no pueda —o siquiera que no deba—* darse a la parte una copia de lo actuado. En todo caso, es de destacar que *ciertamente no lo prohíbe*. Y por mucho que se busque, tampoco se encontrará en el CIC 1983 una prohibición general de obtener copias de las actuaciones judiciales.

De otro lado, tampoco puede interpretarse que, cuando el canon expresamente habilita a los abogados a pedir copia de las actas, excluya por eso que éstas puedan y deban darse a los propios interesados, si son ellos quienes las piden. Las normas permisivas no admiten en buena hermenéutica el argumento *a contrario*: simplemente aclaran que aquello que permiten es lícito; pero no es correcto interpretarlas en el sentido que, por

47 C. Gullo, «La pubblicazione...», cit. p. 293. En la misma línea y citando al anterior, R. Rodríguez-Ocaña, *Comentario...*, cit. p. 1483.

48 En este sentido se pronuncia, p. ej. M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale...*, cit., p. 498.

Por su parte, los términos que C. Gullo usa, en «La pubblicazione...», cit., p. 292, son los siguientes: «La norma quindi *comprime* (pur senza *togliere* del tutto) il diritto de difesa della parte (rendendone più difficile alla stessa l'esercizio), senza per altro conseguire il fine che si prefigge».

establecer expresamente la licitud de un comportamiento, excluyan la licitud de otras opciones distintas a la directamente protegida, mientras así no lo digan en términos inequívocos. Nótese que el canon ni dice que las copias puedan darse *únicamente* a los abogados, ni tampoco que a las partes no asistidas de abogados *únicamente* les corresponda la facultad de examinar lo actuado<sup>49</sup>.

En definitiva, no existiendo ninguna norma prohibitiva al respecto, es procedente aplicar el conocido principio de que está permitido todo lo que no esté expresamente prohibido. Nótese que, congruentemente con ello, para aquellos supuestos en los que exista una norma limitativa de derechos, el c. 18 exige una interpretación estricta de la ley. En el caso ya se ha visto que tal norma no existe, lo que debería bastar para aplicar el principio canónico *odiosa sunt restringenda*; pero como además está en juego algo tan fundamental como es el *ius defensionis*, mi criterio es que de ser posible la interpretación de una norma en más de un sentido, habrá de elegirse aquel que potencie en mayor medida el ejercicio del derecho —*favorabilia sunt amplianda*, según la misma máxima— desde el momento en que el canon 221 el nuevo Código consagra hoy explícitamente el derecho a defenderse no como una simple facultad ordinaria sino con el rango de un *derecho fundamental de fiel*.

En fin, no cabe olvidar que las actas de un proceso matrimonial, aunque contengan extremos que interesan a la Iglesia como institución y para el cumplimiento de sus fines, contienen datos en los que se refleja la vida personal —su vida, de ellos— de unos cónyuges en distintas dimensiones, sin excluir la espiritual. En mi opinión, pues, esos cónyuges son precisamente los primeros en tener derecho —más derecho que cualquier otro— a obtener, si lo piden, y a conservar una copia de algo que tan directa e íntimamente les afecta y les concierne<sup>50</sup>.

Los demás operadores jurídicos, en cambio, lo que tenemos son facultades más bien *derivadas e instrumentales* de los derechos de los cónyuges a los que asistimos, también en lo que se refiere al derecho de defensa de la parte, derecho que, en puridad, es de titularidad personal *de ellos* en el proceso matrimonial.

49 Pese a ello, hay autores que, ciertamente sin base textual, interpretan la norma en esa clave de exclusividad. Vide, p. ej., C. Peña, «La publicación...», cit. p. 396.

50 Esto me parece, por lo menos, tan digno de protección como, por ejemplo, el derecho que a todo paciente corresponde de tener una copia de su historial médico.

### 3. *Riesgos posibles, riesgos concretos y eventuales abusos*

El derecho de defensa, por supuesto, también tiene sus límites, como cualquier otro derecho fundamental.

Pero los límites que se establezcan para el ejercicio del derecho han de ser congruentes con la naturaleza del derecho mismo y tener una justificación objetiva, según doctrina común y como vienen exigiendo los Tribunales constitucionales y las Cortes de justicia especializadas en la interpretación de los derechos fundamentales.

El mero «riesgo potencial» de uso indebido que no esté apoyado en razones y datos concretos *ad casum* no puede valer como justificación para limitar con carácter genérico un derecho fundamental; una limitación que se establezca a modo de cláusula preventiva frente a eventuales riesgos meramente potenciales hace que esa misma cláusula se convierta en el mayor peligro, esta vez *peligro cierto*, para el ejercicio de ese derecho fundamental<sup>51</sup>.

Desde luego, es inadmisibles abusar del derecho para, a través del mismo, obtener finalidades espurias. Como es claro, los abusos concretos que se cometan deben ser sancionados adecuadamente una vez identificados.

Pero el posible abuso que en casos aislados alguno o algunos hayan efectuado o puedan hacer de un derecho no puede convertirse en criterio general para entender el derecho de que se trate, pues eso también sería desvirtuar gravemente el derecho mismo. La buena fe se presume y hay que partir de la base de que los derechos se ejercen correctamente, que es además lo que habitual y mayoritariamente ocurre en la práctica. Sólo cabrá contar con la mala fe y/o el uso abusivo de un derecho cuando existan pruebas, o al menos indicios inequívocos, en tal sentido. Y si esto es así en general en cualquier ordenamiento jurídico, lo debe ser todavía más en el marco del Derecho canónico, que no puede ver al justiciable como un enemigo potencial, sino como sujeto dotado de una especial dignidad, por ser portador de valores trascendentes.

En definitiva, estimo que la mera posibilidad abstracta de que se usen mal las copias de actas no justifica que se deniegue su entrega, si se pide la copia en cuestión; máxime cuando la parte la solicite para ejercer su derecho de defensa<sup>52</sup>.

51 Un razonamiento en esta línea es el que se enuncia en la STC 43/2001, de 15 de febrero de 2001, FJ 10, dictada por el Pleno del TC español a propósito de un caso en que se lesionó el derecho de libertad religiosa sólo contando con la posible existencia de «riesgos» no objetivados.

52 J. J. García Faílde, *Tratado...*, p. 308-309, señala que, dadas las razones tenidas en cuenta para no incluir a las partes en la concesión de copia de las actas judiciales, piensa que «el juez puede entregarle esa copia a la parte que lo pida, si el juez está convencido de que la parte no usará esa copia para causar daños a otros». Otros autores coinciden en esa apreciación.

Quizá en algunos sitios y en algún caso concreto, ante la apreciación de peligros específicos o ante la evidencia de que se va a producir un abuso, cabrá proceder en consecuencia. Pero la denegación sistemática de la copia pedida sin otro fundamento que el mero *riesgo* de mala utilización constituye una medida excesiva e injustificadamente restrictiva del derecho de defensa. Y, por cierto, escasamente eficaz.

Suele ponerse como ejemplo de riesgo de mala utilización de las copias la posibilidad de que se usen para formular querellas infundadas y meramente coactivas. En el siguiente epígrafe profundizaré en la cuestión. Pero ahora no puedo menos que observar que, como no ha dejado de señalarse perspicazmente, si la parte en cuestión quiere querellarse por el contenido de las actas, el no contar con una copia facilitada por el tribunal eclesiástico no lo impedirá<sup>53</sup>. Para colmo, no facilitar copias puede ser interpretado en mal sentido, como si se tuviera algo inconfesable que ocultar; e incluso la denegación de la copia podrá dar lugar a incómodas reclamaciones al mismo tribunal.

Por lo demás, aparte de las sanciones canónicas que puedan imponerse por mal uso de las actas, casi todos los ordenamientos civiles incluyen las consiguientes protecciones jurídicas contra las denuncias falsas, la interposición de acciones penales que se planteen con fines exclusivamente coactivos y también contra las abusivas agresiones a la intimidad que puedan resultar. El testigo o la parte que han dicho la verdad o el perito que ha cumplido con su deber técnico y deontológico deben tener en esos mecanismos suficiente defensa frente a acciones malintencionadas.

En fin, como gráficamente no han dejado de señalar algún procesalista de nota, los peligros son «el precio que la Iglesia debe pagar desde que salió de las catacumbas y ha intentado colocarse como ordenamiento jurídico que garantiza la justicia»<sup>54</sup>. Incluso cabe añadir que, inversamente, lo que resulta del todo inconveniente es que se dé la impresión de que el proceso canónico pueda configurarse como un ámbito en el que quedan jurídicamente impunes las eventuales tropelías que puedan intentar cometerse.

Si se quiere buscar alguna medida preventiva de carácter general, mucho más sencillo y adecuado me parece, por ejemplo, estampar en las copias que se faciliten una expresa mención informativa del estilo «copia de las actuaciones que se entrega para el ejercicio del derecho de defensa

53 Con indudable sentido práctico, así lo señala M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale...*, cit. p. 498. En el mismo sentido C. Gullo, «La pubblicazione...», cit. p. 292.

54 S. Gherro, «Sul processo...», cit., p. 491.

en el ámbito canónico»<sup>55</sup>. Una prevención así dejaría constancia clara para todos de la finalidad de la copia que se entregue. Luego ya debe estar la responsabilidad de cada cual. Es una concreta sugerencia que me permito hacer, que creo puede resultar más respetuosa con todos y más pastoral.

Y, hasta si se me apura, más eficaz pese a su aparente modestia. Siempre me han parecido mejores y más eficaces los estímulos positivos y didácticos que las prevenciones que parten de una visión pesimista y negativa de las personas que, especialmente cuando son tratadas con desconfianza o recelo sin haber dado ellos mismos motivos para ese trato, pueden acabar respondiendo en la misma sintonía negativista y hasta entendiendo como un reto el sortear o burlar la norma que perciben como injustificadamente recelosa.

Al revés: creo cuanto más se alienta la responsabilidad en el uso de la libertad de las personas, mejor, más adecuada y más sana respuesta se obtiene.

#### 4. *La posibilidad de exigir a la parte juramento o promesa contemplados en el art. 232 DC y las consecuencias de la negativa a prestarlo*

Aclarado que me parece una medida adecuada y congruente dejar constancia clara de la finalidad básica que tiene la puesta de manifiesto de las actas y la eventual entrega de copias<sup>56</sup>, no dejaré de señalar que, en cambio, me parecen inadecuadas —y en todo caso defectuosas desde el punto de vista técnico— las prevenciones que se contienen en el art. 232 DC.

El § 1 de dicho art. 232 —con cita del canon 1455 § 3— contempla la posibilidad de que el juez, antes del examen de los autos, exija a las partes *juramento o promesa* de que únicamente usarán lo que conozcan con motivo de tal examen para ejercer la legítima defensa en el fuero canónico; mientras el § 2 del mismo artículo añade que, si una parte rehúsa prestar el juramento o promesa en cuestión, se considera que renuncia a examinar las actas<sup>57</sup>.

Por lo pronto, el canon que se invoca tiene un contenido —y yo creo que también un fin— notablemente distinto al del § 1 del artículo.

<sup>55</sup> Hoy día, los más elementales programas informáticos permiten estampar una referencia cruzada así, si no se quiere recurrir al más básico procedimiento del tampón de caucho.

<sup>56</sup> Finalidad de la que procede y conviene ilustrar a la parte que actúa sin abogado, por ejemplo por el canciller del tribunal.

<sup>57</sup> Se añade la curiosa precisión *nisi lex particularis aliud statuat*.  
¿Qué puede establecer a este respecto una ley particular?

El canon codicial contempla la posibilidad de exigir el juramento *de guardar secreto* a partes, testigos, peritos, abogados y procuradores cuando, por la naturaleza de la causa o de las pruebas, pueda ponerse en peligro la fama de otros por la divulgación de las actas o de las pruebas, o se dé pie a rencillas o vaya a provocarse escándalo u otro inconveniente semejante.

El artículo de la Instrucción, en cambio, expresa y pretende algo muy diferente.

Así, mientras el canon exigía la concurrencia de unos graves motivos o finalidades para legitimar la exigencia de juramento o promesa —motivos o finalidades que resultan ejemplificados en forma de *numerus apertus*— DC por el contrario no sólo no dice que sea necesaria motivación legitimadora alguna de las contempladas en el CIC, sino que tampoco expresa o exige que, para que el juez pueda imponer el juramento o promesa, concurra algún motivo semejante o incluso distinto. *DC hace abstracción de cualquier causa habilitante* (!) y, sin más, dice facultar al juez para exigir a las partes<sup>58</sup> un juramento o promesa, que tampoco son el juramento del canon 1455 § 3: lo que DC constituye en objeto del juramento es que cuanto se conozca con motivo del examen de las actas *sólo se usará para la legítima defensa en el fuero canónico* (sic).

En mi modesta opinión, una exigencia así no sólo carece de base legal sino que puede resultar abiertamente lesiva. ¿Es que acaso cabe considerar excluido de la legítima defensa del fiel cristiano el correcto ejercicio de acciones fuera de la jurisdicción canónica? ¿No habrá casos en los que incluso pueda considerarse un deber moral del fiel cristiano ejercitar las acciones civiles que castiguen abusos, se produzcan éstos donde se produzcan?<sup>59</sup> Y, en otro orden de ideas, ¿cabe onerar tan intensamente la conciencia del fiel exigiéndole nada menos que un juramento así, cuando todavía no conoce aquello a lo que, con esta fórmula, se le podría estar haciendo renunciar?

Entiendo una vez más que la posible adopción de medidas preventivas proporcionadas y eficaces cuando se trata de evitar el riesgo concreto, objetivo y altamente probable de que sobrevenga un mal grave o de impedir un abuso —del que haya adecuada constancia que va a cometerse— no puede ni debe confundirse con una limitación generalizada e indiscri-

58 Observa agudamente J. J. García Faílde, *La instrucción...*, cit. p. 204, que el artículo de la instrucción refiere el juramento del que se habla en el art. 232 «a las *partes* y no a otros, como a sus abogados, que acudan a examinar las actas».

59 Están de mucha actualidad penosos sucesos ocurridos con motivo de abusos de tipo pederastra en los que, independientemente de aplicar las sanciones canónicas correspondientes, con buen criterio, de ningún modo se pretende limitar al fuero eclesial las consecuencias



minada de algo que pueda pertenecer al derecho de defensa o a cualquier otro derecho fundamental, tanto del fiel cristiano, como también de quien no tenga esa condición de fiel.

De modo que, lo diré con todo respeto a cualquier otra opinión mejor fundada, estimo que un juramento o promesa como los que propone DC en este artículo 232 § 1 *ni pueden pedirse con carácter general, ni cabrá hacerlo tampoco* —cuando se decida pedirlo y con los matices que procedan— *salvo que existan motivos concretos*, como los contemplados en el canon 1455 § 3.

Y eso, en la medida en que se considere que tal exigencia será eficaz. Pues este es otro aspecto de la cuestión. Aquí ha de intervenir también la prudencia. Mala cosa sería que, después de plantear una medida así, luego resulte que no logre los fines pretendidos y encima pueda pensarse por alguno que el proceso canónico trata de configurarse como un ámbito de poco justificable impunidad.

Por lo demás, entiendo que la presunción que —separándose en modo neto de la regulación codicial— enuncia subsiguientemente el § 2 del art. 232 DC es, como mínimo, cuestionable<sup>60</sup>, aparte de nada técnica.

En efecto, es axiomático que la renuncia de derechos ha de ser expresa y, en todo caso, inequívoca. Pero aquí ocurre, además, que no hay una adecuada correlación entre el hecho base del que se partiría y la presunción<sup>61</sup> que se establece a modo de consecuencia: que alguien se niegue a

<sup>60</sup> Varios autores coinciden en valorar crítica o incluso muy críticamente este punto de DC.

C. Peña García, en C. Peña - C. Morán, *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, Dykinson, Madrid 2007, p. 396, aunque lo hace con expresiones realmente suaves, señala que «el art. 232 introduce una *novedad en cierto modo restrictiva*», para seguidamente calificar la previsión del § 2 como «discutible presunción».

M. J. Arroba Conde, en *Diritto processuale...*, cit., p. 500, califica el precepto como una de las «innovaciones de gran importancia en discontinuidad con el Código» que contiene DC, y, también con suave expresión, señala que esta innovación en concreto es «*meno riuscita*»; pero además, tras observar la falta de coherencia de la presunción de renuncia que allí se establece, recuerda que las renunciaciones no pueden ser presuntas sino explícitas, por lo que «ci si vorrà molta prudenza pratica nell'affrontare questa eventualità senza ledere il diritto de difesa».

El mismo autor, en «La primera instancia en la Instrucción Dignitas connubii. Novedades, concreciones e innovaciones», in R. Rodríguez Chacón-L. Ruano Espina (ed.), *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy* (Actas de la Jornada especial habida en Madrid el día 25 de septiembre de 2005 para el estudio de la Instrucción Dignitas connubii), Dykinson, Madrid 2006, p. 69, calificó como «incierto» la innovación.

J. J. García Faílde, *La instrucción...*, cit., p. 204, se limita a preguntarse (sin dar respuesta) si podrá mantenerse la presunción cuando la parte afirme rotundamente que no renuncia al examen de los autos.

<sup>61</sup> Recuérdesse que el canon 1586 establece que el juez no debe formular presunción alguna que no esté establecida por el derecho, a no ser sobre un *hecho cierto y determinado* que sea *directamente coherente* («*directe cohaereat*», en su expresión original latina) con aquello sobre lo que trata la controversia.



prestar el juramento o promesa del § 1 únicamente permite considerar que *no quiere hacer la renuncia previa e incondicionada que lleva implícito el juramento o promesa excluyente que se le propone*; pero no que esté renunciando a cosa alguna; y, en especial, de esa negativa no cabe presumir racionalmente que quien no quiere jurar o prometer esté renunciando de modo más o menos implícito a su derecho a examinar las actas.

En todo caso, si la parte que se niega a prestar el juramento o promesa que se le pide *manifiesta además de modo expreso que no por ello renuncia a su derecho* de examinar las actas, no cabrá ya en modo alguno «considerar» que renuncia a tal facultad. Y no creo que, hecha tal manifestación, pueda negarse el derecho a examinar los autos a la parte que rehúsa jurar o prometer, pues ninguna norma legal ampararía tal denegación<sup>62</sup>: estimo que en ese caso deberá en todo caso reconocérsele su derecho, lo establezca así o no una ley particular<sup>63</sup>.

### 5. *La entrega de copias a los abogados*

El canon 1598 § 1, como ya se ha anticipado, configura indirectamente una posición de los abogados en el trámite de publicación de las actas que sugiere una diferenciación con respecto a las partes. El diseño legal —lo he apuntado ya antes— contiene ciertas ambigüedades que no parecen casuales.

Comencemos con un análisis, que pretende ser detallado, del texto normativo.

Recordemos que, tras señalar el canon en su primer inciso que mediante el decreto de publicación, bajo pena de nulidad, ha de permitir el juez a las partes y a sus abogados examinar las actas en la cancillería del tribunal, es en un segundo inciso —separado por un punto y coma— cuando se refiere a la posible entrega de las *copias de las actas*, designadas en el texto latino como *exemplar actorum*.

No parece un dato inocuo el hecho de que en este segundo inciso ya no se hable de «partes y sus abogados» sino sólo de los «abogados»<sup>64</sup>.

62 Cabe notar que tampoco DC llega al extremo de establecer que, si la parte se niega a prestar el juramento o promesa, deba o pueda negársele la facultad de examinar las actas.

63 El inciso *nisi lex particularis aliud statuat* que cierra estambóticamente (dicho ello en el sentido analógico al significado del término «estrambote» en poesía), el art. 232 § 2, aparte de resultar verdaderamente llamativo, es revelador de que no existe hasta la fecha ninguna ley o costumbre universal que establezca o permita establecer una presunción como la allí contemplada.

64 Vide lo ya dicho con anterioridad sobre el proceso de elaboración del canon y el contraste que representa con respecto a la disciplina y praxis anteriores.

Pero tengo que reiterar que, en su literalidad, la expresión normativa no permite interpretar el texto codicial como *prohibición* de que se entregue copia de los autos a las partes que lo pidan. Tal cosa —repito— no se dice ni en ese canon, ni en ningún otro lugar del *Codex*.

En suma, que finalmente *no* se haya consignado en el canon 1598 una prohibición expresa, es lo que me parece más significativo.

Aparte de configurar la entrega de copias con la apuntada diferenciación de trato en el modo queridamente ambiguo antes descrito, el canon la perfila como algo no automático.

En efecto, se incluye la precisión *advocatis id petentibus*, traducible literalmente como «pidiendo esto los abogados»; pero además se utiliza la expresión *dari potest* —puede darse—, expresión que cabría interpretar en su literalidad como cláusula potestativa<sup>65</sup>, aunque también como cláusula habilitante. Y ya se comprende la gran diferencia que habría entre una cosa y otra: no es lo mismo entender el canon en el sentido de que está mencionando un *especial reconocimiento* de la licitud y procedencia de que el juez dé a los abogados una copia de las actuaciones, si éstos la piden, que interpretar la norma como *opción o facultad* del juez; y, dentro de esta segunda posibilidad interpretativa, tampoco sería lo mismo entender que la opción o facultad dichas sean o no ejercitables como *discrecionales* en sentido técnico-jurídico o como absolutamente potestativas, *ad libitum* por parte del juez.

No contribuye precisamente a aclarar el significado de la expresión legal la utilización del término *quin etiam*, con el que da comienzo el inciso. Cabe notar que *quin etiam* tanto puede significar en castellano «e incluso»<sup>66</sup> o «más aún»<sup>67</sup> como «y por supuesto» o «y desde luego»<sup>68</sup>. Si el giro se entiende en el primer sentido, se estaría insinuando una relativa especialidad del caso; en cambio, si se toma en el segundo sentido, se estaría más bien dando por descontado que facilitar las copias debe ser la regla.

Ha de insistirse en que las ambigüedades que puedan detectarse en la literalidad de la norma deben de iluminarse con el fin que la misma expresa —aquí sí, sin ambages de ningún tipo— como fórmula de cierre:

<sup>65</sup> La mayoría de la doctrina interpreta la expresión en este sentido, diciendo que queda a la «libre decisión del juez facilitar dichas copias» (R. Rodríguez-Ocaña, *Comentario...*, cit. p. 1483), o diciendo que no es un derecho de la parte ni del abogado.

<sup>66</sup> Así aparece traducido tanto en las ediciones en castellano de la BAC como de la Universidad de Navarra.

<sup>67</sup> Se opta por este otro término en la traducción de la BAC del canon 1281 § 1 CCEO, canon que, como es sabido, reproduce literalmente el canon 1598 CIC.

<sup>68</sup> La partícula *quin* tiene como traducción preferente «¿por qué no?» y también «absolutamente». Por su parte, *etiam* es una expresión de intensidad superior a la mera copulativa *et*.

que el derecho de defensa *siempre quede integro*. Recuérdese que el Sumo Pontífice claramente expresó que ello constituye principio informador de proyección general para *todo* el ordenamiento procesal de la Iglesia<sup>69</sup>. Consecuencias lógicas de tal principio son la preferencia que ha de darse a las interpretaciones que resulten más favorables al derecho de defensa y la obligación de ser especialmente prudente y exigente con aquellas otras que, en la forma que sea, sirvan para recortarlo o simplemente dificultarlo.

Nótese que el canon usa aquí unos términos muy expresivos. No dice que sólo deba preservarse el «núcleo esencial» del derecho, ni usa una expresión equivalente: lo que ordena es que el derecho se preserve «siempre» en su «integridad»; también en las extremas y peculiares situaciones a las que se refiere cuando habla de la posibilidad de que una prueba o acto *nemine manifestandum esse*; así pues, con mayor razón —entiendo yo— cuando no concurren los «gravísimos peligros» de los que habla el último inciso de este canon 1598 § 1.

En la aplicación práctica de la norma se observa que, en lo que conozco, se tiende a una interpretación en esa línea amplia: los tribunales, en general entregan sin dificultad a los letrados y procuradores las copias de lo actuado hasta el momento de la publicación. Incluso es práctica generalizada la de que las copias se entreguen sin necesidad de petición, al mismo tiempo que se notifica el decreto correspondiente.

Por cierto, si se mira bien el asunto, esta praxis de prescindir de una previa petición es constitutiva de una costumbre jurídico-normativa que habría que calificar como *contra legem* —o, como mínimo, como costumbre *praeter legem*— pero en cualquier caso ya más que consolidada y, por ello, jurídicamente *vinculante*: no exigir la petición previa en orden a entregar la copia es una práctica que lleva *más de treinta años de uso*, pues se sitúa en línea de continuidad con la ya existente antes del código de 1983<sup>70</sup>, aparte de que exista también la convicción generalizada de que la entrega de las copias a los abogados es un acto *pro iustitia* que sitúa a esta entrega más en la categoría de los actos debidos que en la de los discrecionales<sup>71</sup>.

69 No está de más traer de nuevo a colación y transcribir los términos exactos de la Alocución al Tribunal de la Rota Romana de S.S. el Papa Juan Pablo II de fecha 26 de enero de 1989:

«Il canone 1620 del medesimo Codice sancisce esplicitamente la nullità insanabile della sentenza, se all'una o all'altra parte si negò il diritto alla difesa, mentre *si può ricavare dal canone 1598, § 1, il seguente principio, che deve guidare tutta l'attività giudiziaria della Chiesa* : «*Ius defensionis semper integrum maneat*» (n. 2; AAS, 81, 1989, p. 922).

70 Nótese que también el canon 1859 del CIC 1917 y el art. 175 § 2 de la Instrucción de la SC de Sac. de 15 de agosto de 1936 decían que la publicación de los autos se entendía hecha una vez concedida la facultad de examinar los autos y de *pedir* un ejemplar de los mismos.

71 En este sentido, cfr. S. Gherro, «Sul processo...», cit., p. 494. que entiende que con ello se dan los presupuestos de una costumbre que él califica como *contra legem*.

6. *La limitación explícita añadida por el art. 235 DC*

El art. 235 § 1 de DC, con las variaciones —quizá no leves— de sustituir el enunciado verbal *dari* —darse— por el de *tradere* —¿entregar<sup>72</sup>, transmitir o hacer llegar?— y de, además, eliminar el *quin etiam* con el que abría el inciso segundo del texto codicial, viene a reproducir ese segundo inciso del canon 1598 § 1<sup>73</sup>.

Pero el artículo incluye en su § 2 una seria y rotunda advertencia, cuando estipula:

«Los abogados tienen la obligación grave de no entregar copia total o parcial de las actas a otros, *ni siquiera a las partes*»<sup>74</sup>.

Semejante cláusula, en mi opinión, excede —y con mucho— las posibilidades jurídicas normativas de la Instrucción y plasma un criterio no sólo inapropiado para un eficaz ejercicio del derecho de defensa, sino también altamente perturbador para las correctas relaciones de los abogados con sus patrocinados.

Por lo pronto ha de recordarse aquí que no hay en el vigente *Codex* —al menos quien escribe estas líneas no ha sabido encontrarla— norma alguna que contenga una prohibición así. No la hay con respecto a los abogados. Pero hay que insistir en que, como antes se ha visto, tampoco hay ninguna prohibición de que las partes reciban copias de las actas de un proceso canónico; válganse o no de abogado. Las copias de lo actuado que se entregan con motivo de la publicación de una causa canónica, sea o no matrimonial, no son ni tienen porque ser una excepción a lo

72 Término que se usa en la versión española de la edición bilingüe de DC de 2005 de la Librería Editrice Vaticana.

No sé si será suspicacia personal mía, pero el verbo «dar» me sugiere la idea de una entrega más definitiva e incondicionada.

73 Por lo demás, se intercala el *iudex* que cumplía la función de sujeto de la oración en el primer inciso del canon 1598 § 1 y que, seguramente por ese motivo, ya no aparecía en el segundo inciso en aras a la brevedad.

74 El texto arriba transcrito es la traducción que ofrece la versión bilingüe de 2005 de la Librería Editrice Vaticana.

La versión original latina dice:

«§ 2. *Advocati autem gravi obligatione tenentur ne actorum exemplar, ex toto vel ex parte, aliis, partibus haud exceptis, tradatur.*».

Se aprecian algunos aspectos discutibles en la versión en español.

Por lo pronto, no aparece traducida en ella el *autem* de la versión latina, expresión ésta que contribuye a enfatizar la obligación que pretende imponerse, pues «modaliza» de algún modo lo que dice el § anterior.

Puede que tampoco sea del todo aséptica la sustitución de la fórmula pasiva *gravi obligatione tenentur* por la fórmula activa de «tienen la obligación grave».

En fin, traducir *partibus haud exceptis* (más literalmente traducible como «no exceptuadas las partes») por un «*ni siquiera a las partes*», puede sugerir alguna connotación complementaria.

dicho anteriormente. Como he tratado de razonar páginas antes, los cónyuges que intervienen en un proceso matrimonial son quienes más derecho tienen a obtener copia de unas actas procesales en las que se refleja su vida —la de ellos— y que tienen para ellos una enorme trascendencia personal, comprendiendo allí el plano espiritual.

Pero, además, en concreto, el canon 1598, en su complejidad, desde luego, no dice ni que las partes no puedan recibir copias de las actas, ni tampoco que los abogados no les puedan entregar las que ellos reciban, hecho más que expresivo.

Si nos situamos en el plano de la deontología profesional, todavía hay que añadir que no sólo no hay una prohibición para los abogados con respecto a las partes como la que expresa el artículo 235 § 2 DC sino que, en mi modesta opinión no puede haberla y menos aún como norma general e indiscriminada.

Letrados y Procuradores no son más que simples técnicos que asesoran o representan y que no pueden negar a sus clientes las copias que pidan de *sus* pleitos. Contrariamente a lo que dice DC, Letrados y Procuradores podrían incurrir en sanciones disciplinarias precisamente si se niegan a facilitar a sus clientes las copias de los pleitos que sigan en su defensa, si éstos así se lo solicitan. Pues es obligación deontológica del abogado entregar a su cliente, si éste se los pide, todos los antecedentes que obren en su poder relativos al asunto que dirige; hasta el punto de que, por ejemplo, se considera conducta antideontológica sancionable incluso retener los antecedentes o suspender su entrega cuando el cliente se niega a pagar los honorarios debidos<sup>75</sup>.

Debe subrayarse que la relación entre abogado y cliente es una relación singularísima que necesita vitalmente la confianza recíproca entre uno y otro para cumplir adecuadamente su función; pero también es necesaria en infinidad de ocasiones la estrecha colaboración de ambos para un eficaz y responsable ejercicio del derecho de defensa mismo.

<sup>75</sup> C. Peña, en «La publicación...», cit., p. 397, comentando este artículo de DC, dice que «otorgará al abogado un fundamento jurídico sólido en que justificar su actuación en caso de reclamaciones por parte de sus clientes».

En mi opinión, alegar la existencia de este artículo de DC para tratar de justificar una eventual negativa del Letrado a entregar las copias en su poder que el cliente le reclame me temo que no bastará para evitar la sanción que el respectivo Colegio de abogados decida imponer por el incumplimiento de esta obligación deontológica.

No obstante, he de aclarar que no tengo conocimiento de que una cuestión así se haya planteado en la práctica. ¿Tal vez porque en más del 99% de los casos los Letrados, sin más, entregan a los clientes todos los antecedentes en su poder —y, con ellos, las copias— cuando éstos los reclaman?

No son precisos especiales esfuerzos para poner de manifiesto que, con un criterio como el que expresa DC, esa necesaria acción conjunta entre profesional y defendido —y, por derivación, el derecho de defensa mismo— muchas veces no podrían quedar adecuadamente satisfechos, y hasta podrían resultar imposibles en no raras oportunidades, si el que en definitiva es el interesado en el asunto y el único que sabe cabalmente los detalles de su vida no pudiera obtener —o se le negara— un conocimiento *completo y exacto* de lo actuado.

Ha de tenerse en cuenta que, desde el momento en que en un proceso matrimonial canónico, en el que no es obligatorio valerse de letrado, una persona —sea o no fiel cristiano— decide ayudarse en juicio de un profesional de la defensa, muestra, por lo mismo, su especial deseo de ejercitar ampliamente su *ius defensionis* y, por eso, no puede negársele que en el ejercicio de ese fundamental derecho obtenga el máximo de exactitud y detalle.

Pues bien los procesos matrimoniales canónicos son muy numerosas las oportunidades en las que una frase, un dato aportado por un testigo o sobre el que teoriza un perito, etc. son decisivos. Del mismo modo que puede ocurrir que para el interesado esa frase o dato puedan perfectamente pasar inadvertidos y no para el abogado, es factible que ocurra al revés en todas aquellas zonas que tengan que ver con el conocimiento y la vivencia personal de los hechos. Por eso, cuando, designando un abogado el justiciable ha mostrado esa su especial voluntad de defenderse en la forma más rigurosa y exacta posible, no debe prescindirse de esa colaboración *bidireccional*. En todo caso, no cabe hacerlo si el cliente lo pide. En definitiva, toda limitación que trate de imponerse al propio interesado sobre el completo conocimiento de lo actuado repercute o puede repercutir en el derecho de defensa.

Pero además, es obligado destacar que resulta gravemente lesivo para la relación abogado-cliente el partir de la base de que el letrado *deba* sustraer del cabal y directo conocimiento del cliente algún extremo del proceso<sup>76</sup>. Esto implica sentar un principio de desconfianza que es demoledor para esta singular y delicada relación profesional. Y no cabe perder de

76 El culmen de lo inadmisibile me parece la práctica que, yendo más allá de todo lo tolerable, vino a implantar como *usus fori* (?) de algún tribunal «exigir al Letrado, en cada causa, un compromiso formal de no manifestar a la parte a quien defiende —y en muchos casos también representa— el resultado de la prueba practicada, de forma que previamente a la entrega de la copia de las actas, o simultáneamente a la misma, se le pide que firme una declaración por la que se compromete a guardar secreto, incluso frente a su propio cliente, de las actas del proceso (lo relata así L. Ruano Espina en su ya citado trabajo «Problemas procesales...», p. 280).

vista que lo que afecte a la necesaria confianza entre abogado y cliente por lo mismo afecta también ya *de por sí* al derecho de defensa.

En orden a llevar a cabo un exigente derecho de defensa no será bastante, en mi opinión, que el abogado se limite a dar al cliente cuenta —más o menos detallada— del contenido de las copias facilitadas.

Ni es solución adecuada que el Letrado permita a su patrocinado leer en su despacho las copias. En cualquiera de las versiones imaginables (¿lectura en presencia del Letrado?; ¿con su vigilancia?; ¿con videovigilancia?), se trataría de una actuación objetivamente deprimente que una vez más no parece que pueda plantearse más que desde la base de que hay —o lo que es peor, de que debe haber— una desconfianza apriorística hacia el cliente, de muy difícil explicación y comprensión.

Hay otras varias situaciones, nada infrecuentes, que esta norma como mínimo enturbia cuando no sitúa en verdaderos callejones sin salida<sup>77</sup>.

He dicho antes que en Derecho canónico no puede ni debe verse al justiciable como un enemigo potencial, sino como el sujeto que es, dotado de una especial dignidad por ser portador de valores trascendentes. El abogado también debe ver a su cliente así. Y precisamente por ello, consciente de la delicadeza de este tipo de causas, el abogado podrá —y en algunos casos también deberá— esforzarse en explicar prudente y delicadamente al cliente que un proceso canónico no puede usarse para vejar a nadie; y, en concreto, podrá y deberá advertirle que las copias que se obtienen del Tribunal tienen como finalidad exclusiva su utilización para

<sup>77</sup> Por ejemplo, puede ocurrir perfectamente que el cliente, sin querer cambiar de abogado, quiera tener una «segunda opinión» sobre su caso; ¿cómo hacer si, para realizar seriamente la consulta, es preciso contar con una copia de las actas?

¿Y si de lo que se trata es de cambiar de letrado de cara a una instancia sucesiva o para una revisión? (F. Vega Sala, cit. p. 147 alude a este supuesto conflictivo; no veo que le dé solución satisfactoria).

Me viene a la memoria un caso que defendí hace ya algunos años, en el que sucesivamente hubo dos demandas cada una de las cuales pasó en primer grado por el Tribunal de Madrid y en segundo grado por el de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España en sendas apelaciones. Más de media docena de letrados intervinientes uno tras otro. Cuatro sentencias negativas. En el caso, en una de las primeras instancias, se había incluso modificado la fórmula de dudas para añadir capítulos nuevos. Y en la «segunda demanda», en grado de apelación también se añadió un nuevo capítulo para ser estudiado *tamquam in prima*. Por supuesto, antes de hacerme cargo del asunto, de cara a una *retractatio causae* (que, por cierto, gracias a Dios, salió adelante y permitió solventar un terrible tema de conciencia) el cliente situó en mi despacho cuatro gruesas carpetas comprensivas de las copias de todas las actas, que me pareció imprescindible estudiar a fondo antes de asumir la defensa de esa revisión.

Sin comentarios.

En fin, ¿qué hacer si el cliente va al Colegio de Abogados a poner una queja porque no le facilita el Letrado las copias para cualquiera de las finalidades antes descritas o, sencillamente, porque quiere tener los antecedentes de su caso?

hacer efectivo el derecho de defensa. Pero ni el ordenamiento canónico, ni los operadores jurídicos en general, ni los abogados en particular pueden degradar al justiciable con una sospecha apriorística de maldad o de que va a proceder abusivamente; ni pueden tratarle como a un irresponsable, un menor o un escolar.

En este orden de ideas no resulta ocioso meditar cómo podrá aparecer a los ojos no ya del cliente sino también de terceros una cláusula como la que da motivo a las anteriores reflexiones: en el mejor de los casos, la cláusula en cuestión no podrá menos que sugerir una desconfianza institucional hacia los implicados en un proceso matrimonial canónico; y tal vez no faltará quien aproveche la ocasión para teorizar sobre una pretendidamente insuficiente o inadecuada protección de los derechos humanos en la Iglesia<sup>78</sup>.

Sería, en fin, del todo desproporcionado hacer al abogado responsable del mal uso que el cliente pueda hacer de lo que se le entrega a unos concretos fines, cuando el abogado a su vez no hace otra cosa que usar de lo entregado precisamente a esos fines y tratando de cumplir del modo más exigente su obligación. Por las mismas razones que sería injusto e improcedente hacer responsable al Tribunal cuando un justiciable haga mal uso de la jurisdicción eclesiástica o, por ejemplo, del ejemplar de una Sentencia canónica que se notifique. Por algo se rechaza desde hace siglos el aforismo *causa causae, causa causati*.

En definitiva, no puedo menos que concluir este punto subrayando que no existe norma legal alguna que prohíba al abogado entregar a su cliente las copias obtenidas del Tribunal de las actas de un proceso canónico. Antes bien, entregar al cliente las copias en cuestión, muchas veces será conveniente, necesario o hasta imprescindible y obligado para su más exacta y eficaz defensa. Y ello con independencia de que, si el cliente lo reclama, es obligación deontológica del Letrado entregar a aquél las copias.

Ojalá desaparezca o se rectifique cuanto antes este cuando menos exorbitante por extralegal y, a mi juicio, *ultra vires* art. 235 § 2 DC.

78 Permítaseme la expresión coloquial de decir que «Luego pasa lo que pasa». Por ejemplo, la sentencia del TEDH en el caso Pellegrini.



## V. LA POSIBILIDAD DE DECIDIR QUE UN ACTO NO DEBA SER MANIFESTADO A NADIE

1. *La posibilidad de decidir que un acto no deba ser manifestado a nadie, novedad legal del Codex 1983*

El canon 1598 § 1 concluye estableciendo una polémica excepción a la exigencia de que cuanto se haya actuado hasta el momento de la publicación pueda ser examinado por las partes y sus abogados. Innovando la disciplina precedente, permite el canon que, en las causas que miran al bien público, el juez pueda decretar, para evitar peligros gravísimos, que algún acto no sea manifestado a nadie (*nemine manifestandum esse*, en la versión original en latín), pero cuidando de que el derecho de defensa siempre permanezca íntegro.

Ha de destacarse que el CIC 1917 no contempló excepciones al deber de publicar las pruebas. En la regulación del Código Piobenedictino teóricamente cabía que, luego de concluido el examen de todos los testigos, pudiera el juez decretar la publicación anticipada de las declaraciones antes de que se hubieran practicado el resto de las pruebas (can. 1782 § 1), aunque también estaba facultado el juez para diferir la publicación para después de haberse practicado todas las pruebas<sup>79</sup>. Pero lo que hasta ese momento pudiera haber permanecido en secreto debía darse a conocer con motivo de la publicación, mencionándose concretamente que, antes de la discusión de la causa y de la sentencia, debían publicarse *todas* las pruebas que estuvieran en los autos<sup>80</sup>.

79 Cfr. can. 1782 § 2. También el art. 134 de la Instrucción *Provida Mater Ecclesia*.

Aunque la letra del canon sugería que lo normal debía ser esa publicación específica de la prueba testifical y, en cambio, excepcional la publicación «diferida», para hacerla conjuntamente con el resto de la prueba (el canon, en su literalidad, supeditaba esa publicación diferida a la condición *si id e re existimet*), en la práctica, toda la prueba se publicaba conjuntamente, por obvias razones de comodidad y economía procesal, pese a que el artículo 134 de la Instrucción se expresaba de modo aún más rotundo, pues no incluía el matiz condicional con que cerraba el canon codicial.

De esa praxis generalizada da cuenta I. Torre, *Processus matrimonialis*, M. d'Auria, Pontificius Editor, Neapoli 1956, p. 285: «In praxi vero mos invaluit apud Tribunalia Dioecesana non publicandi depositiones post examen testium et unam decernere publicationem post completas et expletas probationes (interrogatoria partium ac testium, peritiarum exhibitiones et documentorum, etc.). Reapse ista publicatio completa actorum, attenta peculiari natura harum causarum, aptior videtur sive pro partibus, sive pro Tribunalis».

80 «Ante causae discussionem et sententiam omnes probationes qui sunt in actis et quae adhuc secretae permanserunt, sunt publicandae» (can. 1858).

2. *Presupuestos y requisitos para el ejercicio de esta facultad: análisis especial de la evitación de peligros gravísimos*

La extrema excepcionalidad de la novedosa facultad establecida en el vigente *Codex* —que carece de paralelo en la historia y en otros ordenamientos<sup>81</sup>— resulta del propio texto codicial.

Por lo pronto, sólo cabe hacer uso de ella en las causas que afectan al bien público, como desde luego son las matrimoniales. Están incluidas, por tanto, no sólo las causas de nulidad de matrimonio sino también las de separación conyugal.

La facultad de decidir que no se manifieste el acto de que se trate no puede ir más allá de tener por objeto *aliquod actum*. Con claridad, pues, se excluye así que pueda afectar a muchos actos y menos aún a toda la causa<sup>82</sup>. Por lo demás, como descriptivamente dijo el Papa Juan Pablo II, sería subvertir la norma y un grave error de interpretación convertir esta excepción en regla general<sup>83</sup>.

Un especial énfasis se hace en el canon a la hora de enunciar la motivación habilitante del posible ejercicio de esta facultad: sólo podrá hacerse *para evitar peligros gravísimos*.

Hay aquí ciertamente uno de los denominados «conceptos jurídicos indeterminados», cuyo contenido puede ser variable y en los que cabe cierto margen de apreciación; pero que, pese a ello, tienen un contenido específico que desde luego excluye la apreciación *ad libitum* y también el subjetivismo, pues ciertamente se distingue de la libre discrecionalidad. En el caso, la utilización de un superlativo —como es en Derecho canónico el término *gravísimo* o *gravísima*— significa que la voluntad del legislador trata de reducir al máximo ese posible margen de apreciación y que el uso de esta facultad queda reservado a casos verdaderamente extremos.

Sea cual fuere el contenido positivo de la expresión utilizada, desde luego hay que entender que excluye lo que no sean peligros verdaderamente extremados o inhabituales. No pueden, por ello, considerarse peli-

81 M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale...* cit., p. 495, así lo señala sobriamente: «Né la storia né il diritto comparato conoscono una simile facoltà».

82 M.P. Hilbert, «De publicatione... », cit., p. 529, ilustra esta interpretación aduciendo la existencia de dos decisiones rotales al respecto, pero concretando sólo la cita de un decreto c. Burke de 15 de noviembre de 1990.

83 Riguardo alla menzionata possibile eccezione è doveroso osservare che sarebbe uno *stravolgimento* della norma, nonché un grave errore d'interpretazione, se si facesse della eccezione la norma generale. Bisogna perciò attenersi fedelmente ai limiti indicati nel canone. (*Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos ad ea admisos* de 26 de enero de 1989, AAS, 81, 1989, n. 6, p. 924).

gros gravísimos los correspondientes a tener que soportar meros inconvenientes, incomodidades, molestias o enfrentamientos, máxime si son de los que con una cierta habitualidad acompañan a la actividad de que se trate. En especial, el riesgo —o incluso la certeza— de que alguien formule reclamaciones, denuncias o querellas por las declaraciones que presten partes y testigos o con motivo de la emisión de pericias no es, en mi opinión, motivo para hacer uso de la excepcional facultad que el canon otorga<sup>84</sup>.

Sería un error interpretar ampliamente esta norma excepcional pensando que así se favorece la justicia. Para decirlo con palabras del Papa Juan Pablo II, tal vez se piense «que la obligación de observar la normativa canónica sobre la publicación de las actuaciones y de la sentencia puede obstaculizar la búsqueda de la verdad a causa del rechazo de los testigos a cooperar en el proceso en tales circunstancias»<sup>85</sup>. Añade el Papa que «es evidente que se deberá explicar a los testigos el sentido genuino de la normativa existente al respecto, y es también necesario ratificar que un fiel legítimamente convocado por el juez competente está obligado a obedecerle y a decir la verdad, a no ser que cuente con una exención legal»<sup>86</sup>. Habrá, pues, que contemplar si concurre o no algún motivo de exención y, en ese caso, informar al perito o al testigo de la posibilidad que tienen de abstenerse de declarar, si se quiere, con especial mención del motivo que configura el c. 1548 § 2, n. 2<sup>o</sup><sup>87</sup>.

84 En este mismo sentido C. Gullo, «La pubblicazione...», cit. p. 294, señalar contundentemente que la posibilidad de que se interpongan denuncias y querellas con motivo de una declaración o prestación de testimonio son «connaturali alla dialettica processuale e poste a garanzia della credibilità e veridicità di quanto si afferma in giudizio».

Vide también al respecto M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale...*, cit. p. 496; y C. Peña, «La publicación ...», cit. p. 400.

Para una interpretación menos exigente de los peligros gravísimos —a mi juicio inadecuada por excesivamente laxa— cfr. M. P. Hilbert, «De publicatione...», cit. p. 530.

85 En la *Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos ad ea admisos* de 26 de enero de 1989, AAS, 81, 1989, n. 8, p. 925, el Papa contempla expresamente esta objeción diciendo:

«8. Talvolta si asserisce che l'obbligo di osservare la normativa canonica al riguardo, specialmente circa la pubblicazione degli atti e della sentenza, potrebbe ostacolare la ricerca della verità a causa del rifiuto dei testimoni a cooperare al processo in tali circostanze».

86 *Allocutio...*, cit., pág.

El propio Papa recordaba unas líneas antes del pasaje que aquí traduzco:

«Occorre inoltre notare che la legge canonica esime dal dovere di rispondere in giudizio tutti coloro che sono tenuti al segreto d'ufficio, per quanto riguarda gli affari soggetti a questo segreto, ed anche coloro che dalla propria testimonianza temano per sé o per il coniuge o per i consanguinei o gli affini più vicini infamia, pericolosi maltrattamenti o altri gravi mali e che, anche riguardo alla produzione di documenti in giudizio, esiste una norma simile». (*Allocutio* citada, p. 925).

87 En especial, y por lo que a este tema se refiere, habrá que ponderar la conveniencia de que, en atención al caso, pueda ser necesario ilustrar a los testigos del contenido del, por otra parte polémico, canon 1548 § 2, que proclama que están exentos de declarar quienes temen que

Pero la concurrencia de un motivo de exención de declarar, en mi criterio, no puede ni debe confundirse con motivo legitimante para decretar el secreto de la declaración. Son cosas distintas. Y, si la declaración se presta, la obligación de partes y testigos es decir la verdad, en especial cuando declaren en juicio y desde luego en un juicio canónico; los peritos han de actuar con honestidad y ateniéndose a su *lex artis*. Es también obligación de todos cuantos intervienen guardar la oportuna discreción y reserva. Si se hace así, nada hay que temer, Pero, en último extremo, todos han de ser responsables de sus actos. Como rotundamente afirma el Papa «una persona ha de tener la valentía de tomar su propia responsabilidad de lo que dice y no puede tener miedo si de veras ha dicho la verdad»<sup>88</sup>.

Por lo demás, a la hora de interpretar el grado de exigencia que ha ponerse para apreciar si concurre o no el requisito legal habilitante, no cabrá perder de vista los graves peligros y efectos negativos que para la propia administración de justicia canónica puede tener el uso de esta facultad<sup>89</sup>.

Entre otros, en las causas matrimoniales hay un efecto negativo que me parece muy evidente: si un acto no se manifiesta a nadie, ¿podrá estar-se tranquilo de haber adquirido la certeza moral necesaria para sentenciar, al haberse impedido así el contradictorio?

### 3. *La condición específica de precaver que el derecho de defensa siempre permanezca íntegro*

El canon establece como cláusula de cierre una muy exigente condición: *cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat*, es decir, «pero habiendo puesto en seguridad<sup>90</sup> que el derecho de defensa *siempre* permanezca *íntegro*».

---

de su testimonio les sobrevendrán infamia, vejaciones peligrosas u otros males para sí mismos, para excónyuge o para consanguíneos o afines próximos.

Pero, en mi opinión, si el testigo declara, la facultad de no dar a conocer su testimonio contemplada en el canon 1598 no es una «alternativa».

88 *Allocutio...*, loc. cit., p. 926.

89 Creo que, con razón, C. Gullo, en «La pubblicazione...», cit. pág. 294, pasaje citado en la anterior nota 84, señala que poner bajo secreto los actos sólo por el temor de que se interpongan querrelas o reclamaciones —que en definitiva son *connaturali alla dialettica processuale*— redundaría en incentivar los falsos testimonios y la impunidad de quien los comete y, por tanto, en definitiva, en un *nocumento per la giustizia*.

90 Transformar el «cauto» latino por el gerundio «precaviendo» sería sólo una relativa licencia. Más literal sería decir «pero cautelado» o «pero puesto en seguridad que el derecho de defensa siempre permanezca íntegro».

Aunque sea desde mi condición de no especialista en la lengua latina, creo poder afirmar que el adversativo *tamen* —cuya traducción no aparece en las versiones al castellano de la BAC, de EUNSA ni de EDICEP— no es una partícula aquí irrelevante, pues contribuye a reforzar la idea de que la frase que sigue al adverbio acota de modo enérgico a la oración que precede. Y me parece también que, al menos en castellano, no suena igual la frase «teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa»<sup>91</sup>, si la comparamos con esta otra: «pero habiendo puesto en seguridad que el derecho de defensa siempre permanezca íntegro».

Merece la pena subrayar la intensidad de la expresión latina. Ciertamente el canon no dice que baste con que quede a salvo el «núcleo esencial» del derecho de defensa, o «un mínimo» de este derecho. Estimo que, al usar el término *integrum maneat* («permanezca íntegro»), lo que precisamente impide la norma es que se introduzcan recortes y hasta obstáculos o dificultades. La expresión *íntegro*, en fin, se usa en el original de la norma con una nitidez no menor que cuando se usa el término *siempre*.

En el mismo plano terminológico, permítaseme aducir también aquí otro pasaje de la alocución del Papa Juan Pablo II de 1989, en el que, precisamente refiriéndose a la posibilidad que abre este canon, usaba el Papa la expresión en italiano «*garantendo tuttavia sempre ed integralmente il diritto alla difesa*»<sup>92</sup>, para muy poco después subrayar el modo de no desvirtuar la norma e incurrir en errores de interpretación: «*Bisogna perciò attenersi fedelmente ai limiti indicati nel canone*»<sup>93</sup>.

En fin, la traducción al italiano de este segundo inciso del c. 1598 § 1 suena como sigue:

«*ma nelle cause che riguardano il bene pubblico il giudice, per evitare pericoli gravissimi, può decidere, garantendo tuttavia sempre ed integralmente il diritto alla difesa, che qualche atto non sia fatto conoscere a nessuno*»<sup>94</sup>.

Esta traducción parece más fiel al texto latino original. Cabe notar que no sólo no prescinde del *tamen* —traducido como *tuttavia*— sino que además enfatiza —en mi opinión, correctamente— la fuerza de la condi-

91 Fórmula en la que coinciden las tres versiones al castellano de las editoriales antes citadas.

92 *Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos ad ea admisos* de 26 de enero de 1989, AAS, 81, 1989, n. 6, p. 924.

El giro de la frase, como puede verse, contiene los elementos que, también en mi percepción, contribuyen a enfatizar la exigencia: «garantendo» (por *cauto*); «tuttavia» (por *tamen*) y ello además de «sempre ed integralmente».

93 *Allocutio*, loc. cit.

94 *Enchiridion Vaticanum*, 8, 1984, p. 762. Idéntico texto en la versión italiana del CIC que se ofrece en la web vatican.va

ción —garantendo tuttavìa sempre ed integralmente il diritto alla difesa— anteponiéndola en inciso previo a la facultad *che qualche atto non sia fatto conoscere a nessuno*.

Que pueda resultar especialmente complicado mantener siempre esa *integridad* del derecho de defensa cuando un acto no se manifieste a nadie no es excusa para intentar justificar una interpretación ampliatoria de la facultad legal; y menos aún para no cumplir la norma codicial.

Habrà que usar de mucho —y a veces hasta de muchísimo— ingenio para lograrlo; pero ese será el problema que tendrá que solucionar previamente quien pretenda hacer —o quien pretenda que se haga—. Lo que exige la norma legal es lo que exige: que *siempre* el derecho de defensa permanezca *íntegro*. Si no se sabe o no se puede solucionar el problema de compatibilizar la eventual no manifestación del acto con mantener íntegro el derecho de defensa en el caso concreto del que se trate, sencillamente *no cabrà hacer uso de la facultad* en cuestión. El canon lo manda así, al configurar este exigente presupuesto como prevalente. Lo que no cabe es operar inversamente: mermar el derecho de defensa introduciendo la limitación que sea para lograr algo que el operador jurídico pueda considerar mejor —aunque sea para favorecer otras preocupaciones institucionales— que la íntegra preservación de este derecho fundamental del fiel.

#### 4. *La no manifestación «a nadie»*

Sólo en caso de concurrir los requisitos enunciados cabrà, pues, decretar que un acto *nemine manifestandum esse*, expresión que contiene un mandato especialmente rotundo: si un acto no se manifiesta a nadie, en Derecho tampoco *nadie* debería poder hacer uso de él. Tampoco el tribunal.

Congruentemente con ello, creo que, para respetar el derecho de defensa, no bastará con que juez *no tenga en cuenta* el acto en cuestión en la sentencia que dicte, opción ésta por la que se decanta ampliamente la doctrina. En mi opinión, el juez, además de no tener en cuenta el acto de que se trate, tendría que *excluirlo de las actas de la causa*. Pues la obligación que tiene el tribunal es resolver —y, en su caso, adquirir la certeza moral precisa para dictar sentencia— *ex actis et probatis* (cfr. can. 1608 § 2). Si el acto del que se trate permanece en el proceso, legalmente no se ve el modo en que el juez pueda prescindir de él.

Cuestión en cierto modo conexas con la anterior es la si el acto que no se manifieste puede ser, debe ser —o, contrariamente, no cabe que

sea— de aquellos que sean básicos para resolver la causa. Razones se han dado en una y otra dirección.

Por un lado, cabría pensar que sólo si se tratara de un acto importante<sup>95</sup> o vital para la causa estaría justificado el hacer uso de la excepcional facultad que se configura en este último inciso del can. 1598 § 1.

Discrepo de esa opinión. Si se trata de un acto que pueda resultar no ya decisivo sino simplemente *relevante* para resolver la causa, ¿cabrá incluso en pura teoría que el acto en cuestión pueda no manifestarse a *nadie* —o, mejor, dejar de manifestarlo a *alguien* que intervenga en el proceso— no sólo *sin* lesionar el derecho de defensa sino, para usar las palabras del canon, preservando *siempre* el derecho de defensa de modo que se mantenga *íntegro*? Debo confesar que no soy capaz de imaginar una hipótesis así.

Por lo demás, nótese que, en esta sede, la frontera entre acto «decisivo», o «sustancial», y «de menor importancia», o «no sustancial», puede resultar extraordinariamente difícil de trazar. Desde luego, en el momento en que se crea —y yo creo también que en el momento en que simplemente se sospeche— que sin el acto del que se trate la causa podría moverse en otra dirección, en buena lógica el juez ya no debería poder usar de la facultad de ponerlo en secreto<sup>96</sup>, pues con ello estaría arriesgándose a decidir de modo indirecto la causa, simplemente poniendo el acto en secreto.

En suma, aunque sólo haya dudas acerca de la importancia del acto, con eso debe ser suficiente para que sea conceptualmente inviable dejar el acto en secreto. De otro modo, ¿cómo quedar tranquilo de no haber cambiado el sesgo de la causa cuando se pone un acto en secreto?; ¿cuántas veces es un «detalle» —o la suma de varios— lo que sirve para adquirir la certeza moral!

Por eso, en mi opinión, sólo cabrá entender que un acto pueda no ser manifestado cuando ese acto, en todo caso, resultaría *completamente irrelevante* para resolver la causa<sup>97</sup> pero, al mismo tiempo, de darse a conocer pueda entrañar un gravísimo peligro que con su no manifestación pueda evitarse. Me parece que sólo en un supuesto así, es viable enten-

95 En este sentido se pronuncia, C. Gullo, «La pubblicazione...», cit., p. 295.

96 Tal es el criterio, en mi opinión, acertado, de M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale...*, cit. p. 496.

97 C. Peña, en «La publicación...», cit. p. 491, señala que la regulación codicial «no puede evitar suscitar una cierta perplejidad, puesto que no se ve claramente cómo puede salvaguardarse este derecho de defensa si se decreta el secreto de alguna prueba que no resulte irrelevante para la decisión de la causa.

En mi opinión, precisamente ese será el único supuesto en que quepa compaginar derecho de defensa y secreto: que la prueba sea del todo irrelevante en la causa.

der que se mantiene íntegro el derecho de defensa que, recuérdese, es la condición básica que el canon impone.

Lo que, en cambio, no cabe —lo digo con el mayor respeto a quienes interpretan otra cosa— es argumentar que la evitación de un gravísimo peligro —incluso peligro más extremo que se quiera imaginar— legitime cercenar el derecho de defensa. Sencillamente, no es eso lo que el canon dice. Dice lo contrario: si falta el presupuesto básico y configurado como *sine qua non* de poder preservar siempre el derecho de defensa, que ha de permanecer íntegro, no cabrá hacer uso de la facultad, por lo demás excepcional, de no manifestar el acto.

5. *La sustitución de «a nadie» por «a las partes». La posibilidad de dar a conocer el acto que no se comunica a las partes a los abogados que las defiendan*

DC aporta también aquí importantes —y en algún caso, desconcertantes— diferencias con respecto al texto codicial.

Por lo pronto, el art. 230 de la Instrucción configura la evitación de peligros gravísimos como motivo habilitante para que algún acto no sea manifestado *a las partes* cuidando, sin embargo, de que el derecho de defensa siempre permanezca íntegro<sup>98</sup>.

Recordemos que el canon 1598 lo que permite es que, concurriendo los requisitos legales, el acto no se manifieste *a nadie*.

La variación no es aséptica.

Por un lado, aunque podría pensarse que quien puede lo más —hacer que el acto no se manifieste a nadie— puede lo menos —que sean las partes quienes no lo puedan llegar a conocer, sin que la limitación se refiera ya a quienes no sean precisamente las «partes»— la verdad es que, de por sí, semejante cambio podría alterar básicamente la filosofía de la norma legal: en la medida en que el canon se expresa como se expresa, cabe inferir que «o todos o ninguno»<sup>99</sup>; y ciertamente no es eso lo que dice la Instrucción.

98 La versión española del artículo de la Librería Editrice Vaticana también omite traducir el *autem* que contiene la versión latina, que yo creo que en esa versión original contribuye a subrayar que el supuesto constituye una excepción a la regla general de la publicación, configurada en el artículo precedente.

Por otra parte, traduce *cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat* como «teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa».

Me remito a lo dicho más arriba a propósito de la traducción —idéntica— del inciso que aparece en la versión castellana del canon 1598 de la BAC, de EUNSA y de EDICEP.

99 Yo creo que esa es la interpretación preferible.



Pero incide además en el tema el artículo 234 DC, que reza así:

«Si el juez considera que, para evitar peligros graves algún acto no debe manifestarse a las partes, ese acto, previo juramento o promesa de guardar secreto, pueden conocerlo los abogados de las partes».

En su literalidad, el enunciado es simplemente permisivo. Vendría a aclarar que el hecho de que un acto no se dé a conocer a las partes para evitar los gravísimos peligros que legitiman su no publicación, no impide que sí se dé a conocer a sus abogados. Se diferenciaría así de nuevo en este punto el régimen procesal de la actuación de los cónyuges y la de los técnicos que les asisten. Por cierto, de este modo se vendría también a consagrar una nueva posibilidad de discriminación para la parte que comparece en juicio por sí misma, que quedaría en una poco justificable inferioridad de condiciones con respecto a aquella otra que lo hace asistida de Letrado.

Pero, dadas la funciones didácticas y prácticas que la Instrucción pretende, ese artículo 234 podría interpretarse —y no falta quien así lo ha hecho— como *fórmula en cierto modo generalizable y expeditiva* para dejar a salvo el derecho de defensa, cuando se haga uso del último inciso del canon 1598 § 1 CIC.

En esa línea, me permito hacer un par de observaciones.

En primer lugar, conviene aclarar que dar a conocer el acto sólo al abogado o a los abogados intervinientes desde luego *no garantiza de por sí* la integridad del derecho de defensa; y, por eso, no cabrá dar por descontado que, acudiendo a esta fórmula, ya no hay que preocuparse más por el cumplimiento del último inciso del canon 1598 § 1 CIC<sup>100</sup>. Por lo mismo, nombrar un abogado de oficio al cónyuge que no ha designado letrado para su defensa no soluciona la cuestión. Alguna resolución rotal reciente lo ha señalado así<sup>101</sup>.

Todo dependerá de la naturaleza del acto que se omite publicar y de las circunstancias del supuesto concreto del que se trate; pero en todo caso el tribunal —y también el abogado al que se hace prestar juramento o promesa— tendrán que obtener la convicción de que, actuando así, el

100 Si se me permite la expresión coloquial, así no se hace «revivir al muerto» sino que normalmente no se hará otra cosa que «cambiarlo de nicho».

101 En la «Relazione sull'attività della Rota Romana nell'anno giudiziario 2007» (*Quaderni dello Studio Rotale*, 18 (2008), p. 83, ya citada en nota 27, se hace referencia a un decreto rotal que declaró la nulidad, por denegación del derecho de defensa, de la sentencia recaída en un proceso en el que, entre otras circunstancias, la posibilidad de conocer las actas se había reservado al abogado nombrado de oficio «che peraltro non aveva svolto alcuna attività (B. 20/07)». Sin conocer el texto del decreto, no es posible decir si, para la declaración de nulidad, fue esta última precisión lo decisivo.

derecho de defensa de la parte ha quedado íntegramente garantizado, lo que parece verdaderamente difícil de lograr, en general, pero es cabalmente *imposible* de conseguir, si se trata de un acto importante para la causa<sup>102</sup>, lo que creo refuerza mi opinión de que el acto que se proponga no publicar ha de ser intrascendente para el fondo de la causa.

En especial, el abogado tendrá que considerar si emitir el juramento o promesa de guardar secreto que se le pide es compatible con las obligaciones jurídicas y deontológicas que ha asumido al aceptar la defensa del cliente<sup>103</sup>.

Debe notarse que si se comunica al abogado algo cuyo conocimiento se niega al cónyuge al que éste defiende, por lo pronto ya se está introduciendo en la relación abogado cliente un gravísimo elemento de distorsión directamente contrario a la relación de confianza que debe mediar entre uno y otro. Es el abogado el que tiene obligación de guardar secreto de lo que el cliente le refiera. En cambio, puede resultar gravemente antideontológico —y yo me atrevería a decir que puede llegar a ser incluso inmoral— obrar no sólo sin instrucciones del cliente sino a espaldas del mismo.

Creo, por eso, que el abogado, como mínimo, *antes* de emitir el juramento o promesa, estará obligado por ética profesional a decir a su cliente que el tribunal le pide un juramento o promesa de guardar secreto sobre un acto que, de prestar ese juramento o promesa, luego él no podrá revelarle. Habrá que meditar incluso si deontológicamente se puede hacer una

102 J. J. García Faílde, *La instrucción...*, cit. p. 205, no oculta la perplejidad que le produce el art. 234, señalando «Pero yo no sé cómo los abogados puedan al menos en muchas ocasiones defender como es debido a sus clientes sin cambiar impresiones con ellos acerca de las pruebas que obran en el sumario».

En línea semejante, C. Peña, «La publicación...», cit. p. 401. Esta autora, con razón, señala allí, además, que «no deja de resultar problemático que se confíe en exclusiva a un tercero —aunque sea el profesional que tiene encomendada la dirección técnica del proceso— la defensa de los intereses de la parte en detrimento de ésta, puesto que ... los derechos que están en juego pertenecen a la parte, no al letrado».

Contrariamente, M. P. Hilbert, «De publicatione...», cit., p. 531, menciona la posibilidad de mostrar el acto al abogado, exigiéndole juramento de secreto, precisamente como fórmula de salvar el derecho de defensa «si quoddam actum momentosum sit pro decisione causae» (!).

Y, pese a que S. Gherro, «Sul processo...», cit., p. 498 expresa también que, en su opinión, el acto que queda en secreto no debe ser esencial para la solución del caso, ya que entonces no se ve cómo el derecho de defensa puede permanecer íntegro, poco después considera que la imposición de juramento al abogado puede ser una «solución práctica» para evitar los peligros gravísimos de los que habla el canon.

103 También —y antes— tendrá que meditar el tribunal si puede pedirle a un abogado que guarde secreto con su cliente.

J. J. García Faílde, *Tratado...*, cit. p. 308, se hace estas inquietantes preguntas: «¿puede un abogado ser obligado a guardar este secreto con su cliente?, si lo guarda ¿podrá defender debidamente a su cliente?». El autor deja estas preguntas en el aire, sin darles respuesta.

proposición así al cliente<sup>104</sup>. Pero de no obtenerse la conformidad del cliente<sup>105</sup> o de no tener el letrado la certeza de que podrá ejercitar íntegramente el derecho de defensa que a su cliente corresponde, creo que la única solución será que el abogado rehúse —cortés y respetuosamente, pero también sin ambages y si hace falta con energía— la prestación del juramento o promesa<sup>106</sup> que se le pide emita.

Por lo demás, deberá quedar claro el *alcance* con el que se asume la obligación de secreto.

Según la interpretación que mantengo el acto no manifestado a la parte a la que se defiende no sólo ha de ser no importante, sino que ha de ser del todo irrelevante para la solución de la causa. Pero, si no se entiende así, no se ve el modo en que pueda compaginarse la obligación de secreto con el ejercicio íntegro del derecho de defensa. Pues una de dos: o se entiende que la obligación de secreto supone, además de la obligación de *no comunicar* el acto al cliente, la *imposibilidad de alegar, impugnar o discutir* —incluso proponiendo pruebas al respecto— el acto de que se trate en las fases posteriores del proceso —hipótesis en la que la compatibilización de todo ello con la integridad del derecho de defensa sólo es concebible cuando el acto en cuestión sea irrelevante para la causa— o bien, si el acto puede tener *alguna* relevancia para la causa<sup>107</sup>, no habrá modo de compatibilizar la integridad del derecho de defensa con la obligación de no alegarlo, impugnarlo, o discutirlo, proponiendo o no pruebas al respecto. Yo al menos no veo el modo de hacerlo.

No es inoportuno recordar que, con respecto al art. 130 § 1 de la Instrucción *Provida Mater Ecclesia*, de 15 de agosto de 1936<sup>108</sup>, que facultaba al instructor de la causa a reclamar juramento a procuradores y abogados para que guardaran secreto «cuando así lo exigiera la necesidad de impedir graves discordias o librar a los testigos de algún peligro grave», el Tribunal de la Rota acabó aceptando en definitiva como justificada la tesis de los abogados que rechazaron prestar tal juramento de guardar secreto *con respecto a sus clientes*<sup>109</sup>.

104 Supone una especie de concesión de «cheque en blanco» en un tema de extrema gravedad.

Habrá que meditar también si con esa mera propuesta no se romperá o lesionará ya de por sí irremediablemente la relación de confianza entre abogado y cliente.

105 Que tendría que ser expresa y yo recomendaría que, concretamente, fuera escrita.

106 En línea semejante, C. Gullo, «La pubblicazione...», cit. p. 295.

107 La hipótesis se exagera si el acto omitido es muy relevante o decisivo.

108 Art. 130 § 1. Potest semper instructor, si id exigat necessitas impediendi ne gravia oriantur dissidia, neve testes gravi alicui periculo obiiciantur, procuratores et advocatos iureiurando adstringere de secreto servando.

109 Lo describe de este modo I. Torre, *Processus matrimonialis*, cit. pág. 280.

Se adujo precisamente que ello suponía situar al abogado en la alternativa de violar el juramento de guardar secreto o violar el derecho de defensa<sup>110</sup>, y la cuestión se zanjó reconduciendo la interpretación de la norma en el sentido de entender que, si se daba el caso del citado artículo 130 § 1 de la Instrucción, «nada impedía que el Tribunal *advirtiera seriamente* al abogado y procurador para que, investidos de la máxima prudencia —que quedaba a su discreción— aportaran luz contra la declaración secreta, expostulando las necesarias explicaciones para cumplir adecuadamente su misión, de modo tal que de ello no se siguiera daño o para las partes en la causa o para la verdad»<sup>111</sup>.

Como puede verse, la historia y la experiencia demuestran que la imposición de secreto al abogado, si ello comporta obligación de secreto con respecto al cliente, desde luego no permite de por sí entender salvado el derecho de defensa, sino que más bien puede perturbar tal derecho y hasta hacerlo imposible. Además, no cabe excluir que la fórmula cree problemas mayores que aquellos a los que con ella se trataba de hacer frente y que, encima, no solucione los que se pretendían solventar.

---

«... aliqui casus evenerunt quique provocarunt quaestiones incidentales magni momenti, in quibus, res bene perpensa, et adiunctis omnibus rimatis, *advocatus renuit iusjurandum de secreto servando erga clientem praestare, et Tribunal S. R. Rotae annuit definitive thesi advocati*».

110 Razonaba I. Torre así el criterio de los abogados objetantes de que no podía sostenerse que la norma ligara al abogado *con secreto también con su cliente*.

«Si enim advocatus vel procurator debent inquirere argumenta apta contra alligata in depositione secreta, non possunt omittere interrogandi partem laesam, idest clientem, cum consequenti violatione secreti. Nec sufficit: nam si probationes contra depositionem secretam debent adducere, absolute exurget publicitas et ita testis indignabitur contra Tribunal.

Si, e contra, advocatus vel procurator, ob timorem displicendi iudici opponat tantum genericas allegationes contra depositionem secretam, deficit certe legitima defensio quae dependet a iure naturali et ita violaretur iustitia.

Praeterea: in causa matrimoniali damna gravissima exurgunt, nam si probationes non allegentur contra depositionem secretam dubium permanet in animo iudicum qui ob praescriptum can. 1014 in dubio debent stare pro validitate matrimonii» (o. c. pp. 281-282).

111 I. Torre, o.c., p. 282, con cita del Decreto del TRR c. Excmo. Decano Grazioli, de 5.8.1940, en una causa Romana.

Transcribo completo el original latino del pasaje arriba traducido:

«Ex his consequitur quod, si casus occurrat, de quo in art. 130, nihil impedit quod Tribunal *graviter moneat* advocatum vel procuratorem ut maxima prudentia imbutus, suae discretioni relicta, lucem afferat contra depositionem secretam, necessarias expostulando explicaciones ad munus rite obeundum, quin ullum exinde ut partibus in causa aut veritati damnum obveniat.

(Cfr. Decretum S. R. Rotae coram Excmo Decano Grazioli diei 5.8.1940 in causa Romana)».

## VI. LA SANCIÓN DE NULIDAD

El deber de permitir mediante decreto a las partes y a los abogados el examen de las actas que todavía no conozcan una vez que se ha practicado las pruebas se sanciona *sub poena nullitatis*.

Como recuerda la doctrina, con este canon se ha tratado de poner fin a las controversias interpretativas que provocaba la poco neta disciplina del CIC 1917, en el que se había omitido incluir la clara norma articulada en el proyecto inicial —pero luego nonnata— del anterior *Codex*, por la que se habría establecido la nulidad de la sentencia si a la otra parte *probationes adversarii non fuerunt opportuno tempore communicatae*<sup>112</sup>.

El canon, no obstante, en su literalidad, presenta algunas dificultades interpretativas.

Por lo pronto, ha de notarse que la sola omisión del decreto de publicación no parece determinar —al menos por sí sola— la nulidad del juicio<sup>113</sup>. El deber de publicación afecta a las actas *que aún no conocen* las partes y sus abogados. Por tanto, resulta legítimo deducir que no habrá la nulidad de la que habla el canon si una vez practicadas todas las pruebas hay ya ese «conocimiento».

Con respecto a ello, ha de recordarse que, en las causas matrimoniales, el CIC 1983 reconoce al defensor del vínculo, a los abogados y al pro-

112 C. Gullo, «La pubblicazione...», cit., p. 290, donde ilustra la cuestión con citas precisas. recuerda también que en el proceso de elaboración del CIC hoy vigente no faltó algún consultor que proponía la supresión del inciso *sub poena nullitatis* por entender que generaría dificultades y no era conforme a la tradición canónica (Cfr. *Communicationes* 1984, XV, p. 68)

113 En contra de esta interpretación, C. Gullo, «La pubblicazione...», cit. pp. 290-291. Considera este autor que si el defecto de publicación siempre desembocara en defecto del derecho de defensa, la sanción de nulidad del c. 1598 será pleonástica; y. como esta conclusión no puede admitirse en línea de principio, «la conseguenza ovvia sembra essere questa: nonostante la parte abbia avuto la possibilità di difendersi, *perché gli atti erano conoscibili o di fatto conosciuti, la sentenza è ugualmente nulla se gli atti non siano stati pubblicati*».

En mi opinión, aunque un entendimiento del canon en el sentido indicado tal vez sea posible (efectivamente, lo que la norma literalmente requeriría para la validez es que se permita a las partes y a sus abogados examinar las actas en la cancellería del tribunal, pero que esto se haga concretamente *por el decreto* que el juez está obligado a dictar una vez adquiridas las pruebas), el argumento parece un tanto excesivo: la opción que propone el autor no es la única interpretación posible para dotar al canon 1598 de un contenido diferenciado del que tenga el canon 1620, n. 7°.

R. Rodríguez-Ocaña, en su comentario al c. 1598 de *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/2, EUNSA, Pamplona 2002, p. 1482, hace una interpretación distinta. Según él, en relación con el decreto de publicación la norma sería susceptible de dos tipos de nulidad de modo que afectaría una a la sentencia misma, si existía falta de conocimiento de las actas, y otra nulidad que no afectaría a la sentencia (c. 1619), «si las partes han tenido acceso en cada momento procesal a examinar personalmente las actas». Pero este autor no concreta cuál sería entonces el acto distinto de la sentencia que resultaría nulo.

motor de justicia —si éste interviene en la causa— el derecho de asistir al examen de las partes y peritos y también el derecho a examinar en general las actas judiciales aunque todavía no estén publicadas y, en especial, los documentos aportados por las partes (c. 1678 § 1). A las partes se les prohíbe expresamente estar presentes tanto en el acto del examen de la otra parte como en el de los testigos y peritos (c. 1678 § 2)<sup>114</sup>, pero no se las excluye —al menos no se hace de modo expreso— de la posibilidad de examinar las actas antes de su publicación y los documentos que se aporten<sup>115</sup>.

Surge así la cuestión de si podrá entenderse que no son «desconocidas» las actas en el sentido que se asigna al término en este canon si el abogado ha asistido a las declaraciones de partes y testigos y, en su caso, peritos, y ya ha examinado los demás documentos aportados; o si, de hecho, ha examinado ya las actas cuando se han adquirido todas las pruebas.

Debe recordarse que el canon 1598 § 1 establece como destinatarios del decreto de publicación «a las partes y a sus abogados». De suerte que, pudiera ser dudoso si cabe decir que las actas son «conocidas» para las partes y sus abogados en el caso de que el abogado haya examinado la totalidad de los autos cuando ya todas las pruebas han sido practicadas<sup>116</sup>, si además concurre la circunstancia de que el abogado había sido también nombrado procurador<sup>117</sup>. Pero, fuera de ese supuesto singular, y salvo que *no sólo los abogados sino también las partes* hayan hecho uso efectivo<sup>118</sup>

114 Estableciéndose así una diferenciación, que de nuevo en este caso pudiera ser discriminatoria, entre partes que actúen asistidas de abogado y partes que actúen por sí mismas.

115 J. J. García Faílde, *Tratado...*, cit., p. 306, al tratar el tema de la facultad expresamente reconocida en el c. 1678 § 1, n. 2º al defensor del vínculo y a los abogados señala: «No veo el por qué no haya de concedérsele o reconocérsele ese mismo derecho a la parte privada que actúe en la causa sin abogado».

116 Cosa que, según entiendo, no es lo mismo que la mera presencia, incluso con intervención, en las declaraciones.

117 El abogado, en cuanto tal, no tiene la representación de la parte a la que defiende.

En el proceso canónico cabe que el abogado asuma al mismo tiempo la representación. En ese supuesto, en aplicación brocardos tan típicamente canónicos como los que señalan «*potest quis per alium, quod potest facere per seipsum*» (Reg. 68, *in Sexo*) «*qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per seipsum*» (Reg. 72 *in Sexto*), cabría estimar que el examen efectuado ha sido hecho tanto por el abogado como por la parte representada. Es dudoso, cuando menos, si para esto haría falta un mandato especial del canon 1485.

M. J. Arroba Conde, en *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, p. 198, nota 70 muestra su perplejidad —creo que con razón— por el contenido de un decreto c. Fungini de 11 de mayo de 1994 —in ME 119 (1994), p. 554, n. 8— que entendió que la vista de los autos por parte del abogado que sea también procurador «*abbia assolto al dettato normativo che impone la necessità di permettere la visione degli atti «partibus ET earum advocatis*».

118 J. J. García Faílde, *La instrucción...*, cit. p. 203 subraya precisamente la dificultad de que se dé la hipótesis de que las actas sean conocidas tanto por los abogados como por las *partes*, ya que la facultad de conocerlas antes de la publicación se reconoce a los abogados pero —dice allí el autor, enfatizándolo en cursivas— *no a las partes*.

de la facultad de examinar las actas cuando ya todas las pruebas hayan sido practicadas, no cabrá entender que les son «conocidas» a los fines de este canon<sup>119</sup>; y, por tanto, en mi criterio, de no dictarse el decreto de publicación, se incurriría en la nulidad prevenida en la norma, aunque los abogados hubieran estado presentes en todas las declaraciones<sup>120</sup>.

Curiosamente el canon 1598, pese a usar la cláusula *sub poena nullitatis*, no establece qué acto en concreto resultará nulo; ni tampoco qué clase de nulidad se producirá, si sanable o no sanable.

La interpretación más extendida es la de entender que con ello se está estableciendo que lo que será nulo es la sentencia que se dicte.

Creo que también aquí cabe hacer alguna precisión.

Podrá ser nulo el mismo decreto de publicación, si con él no se permite a las partes y a sus abogados examinar las actas; o también, según entiendo, si se decreta que algún acto quede en secreto sin cumplir las exigencias legales al respecto. Pero la hipótesis más normal será que la nulidad resulte de que se haya *omitido* el mismo decreto de publicación.

Por tanto, estimo que, en puridad, no sólo la sentencia sino también todos los actos previos a la misma que se hubieran puesto *tras el momento en que debió dictarse y no se dictó* el decreto de publicación serán asimismo nulos, lo que tiene como consecuencia que será necesario retrotraer las actuaciones al momento dicho.

Se ha discutido también si la nulidad de la sentencia de la que habla el canon es una nulidad *insanable o sanable*.

La distinción tiene evidente trascendencia práctica: si la nulidad fuera sanable, para proponer la *querella nullitatis* sólo hay un plazo de tres meses, a contar desde la fecha en que se tuvo noticia de la publicación

119 Me parece un tanto ambiguo lo que a este respecto señala C. Peña, «La publicación...», cit. p. 392-393, donde, además de interpretar que los cónyuges no tienen derecho a conocer las actas judiciales antes de su publicación (presupuesto del que discrepo), afirma que si el defensor del vínculo, el promotor de justicia o los abogados han hecho uso de la facultad que configura el c. 1678 § 1, 2º, «propriadamente la obligación de publicación de las actas no alcanzaría, respecto a estos profesionales, a aquellas actas que ya conociesen».

120 Todavía cabría precisar que, aunque quiera entenderse que la locución «partes» deba tomarse aquí en sentido amplio y, por ello, se pretenda que si el abogado ha estado presente en las declaraciones, ya las actas no son desconocidas para la «parte», puede haber también otras actuaciones cuyo contenido sea aún del todo desconocido, como los informes recabados sobre partes y testigos o el expediente prematrimonial, etc. Y aún cabría añadir que es igualmente cuestionable si, aunque se hubiera tenido la oportunidad de conocer todo lo dicho, habría el «conocimiento» del que trata el canon. Pues entiendo que no se trata de un conocimiento cualquiera sino de un *conocimiento adecuado y suficiente* a los fines institucionales que el canon persigue; es decir, un conocimiento bastante para poder articular pruebas complementarias y, en todo caso, para poder redactar con dignidad los escritos de defensa o alegaciones.

de la sentencia<sup>121</sup>; mientras que el plazo de interposición es de diez años desde la fecha de la sentencia, en el caso de la nulidad insanable, caso éste en el que además, la nulidad se puede oponer perpetuamente por vía de excepción<sup>122</sup>.

Resulta evidente la conexión del deseo del legislador de preservar el derecho de defensa con la decisión de incluir en el canon 1598 la consecuencia invalidante para el caso de no cumplirse con el deber de publicar las actuaciones. De hecho, en la casi totalidad de los supuestos en que, faltando la publicación de las actas, se declaró la nulidad de la sentencia la razón de fondo era la indefensión que con ello se había creado<sup>123</sup>.

Sin embargo, es indudable que puede haber casos en los que, pese a no hacerse la publicación de las actuaciones, ello no se traduzca necesariamente en una denegación del derecho de defensa. Pero la no denegación del derecho de defensa no tiene por qué impedir que, si no se publican las actuaciones, sí se produzca la sanción de nulidad prevista en el canon 1598: el texto del canon no supedita a circunstancia alguna la nulidad derivada de la no publicación.

Hoy, a diferencia de lo que ocurría en el CIC 1917<sup>124</sup>, el canon 1620, n. 7º, proclama expresa y específicamente la nulidad insanable de la sentencia dictada en un proceso en el que se denegó a cualquiera de las partes el derecho de defensa. Ya no es necesario —como lo fue en vigencia del anterior Código— recurrir al camino indirecto de integrar los supuestos de indefensión en otras normas, derivándolos hacia la teoría general de los elementos constitutivos del acto jurídico y, en especial, invocando el entonces canon 1680 § 1<sup>125</sup>.

Ahora bien, una lectura del actual canon 1598 en clave de que la sanción de nulidad que allí se establece se da *sólo* para aquellos supuestos en los que se produzca «denegación» en sentido estricto del derecho de defensa seguramente resultaría *reductiva*; pues, en ese caso, habría que entender que la sanción explicitada en esta norma sería meramente pleo-

121 Cfr. c. 1623.

122 Cfr. c. 1621.

123 Cfr., p. ej., C. Peña, «La publicación...», cit. pp. 393-394, que ilustra la afirmación con doctrina y jurisprudencia Rotal.

124 La eventual denegación del derecho de defensa no se contemplaba *nominatim* ni el canon 1892, dedicado a la nulidad insanable de la sentencia, ni tampoco en el canon 1894, que regulaba la sanable.

125 No deja de ser curioso que la nulidad de los actos jurídicos se ubicara en el libro *De processibus* (cs. 1679-1683) para que luego el c. 1680 acabara convirtiéndose en clave de bóveda para la elaboración de la teoría general de la nulidad del acto jurídico.



nástica, por redundante, con el motivo de nulidad de sentencia ya previsto con carácter general en el c. 1620.

De otro lado, hacer de las normas invalidantes una interpretación estricta es una operación correcta; pero no puede decirse lo mismo de la interpretación *restrictiva*; para hacer este otro tipo de interpretación será necesario entender y probar que el legislador *plus dixit quam voluit*.

Lo cierto es que el canon 1598 no restringe la sanción de nulidad a sólo aquellos casos en que haya resultado *denegado* el derecho de defensa. Así pues, parece necesario concluir que, caso de darse los presupuestos y requisitos del primer inciso del c. 1598 § 1, se producirá la nulidad de la sentencia, aunque la no publicación no se haya traducido en una «denegación» en sentido estricto del derecho de defensa<sup>126</sup>. Una interpretación en el sentido que aquí postulo sería coherente con la pauta hermenéutica de carácter general que suministra el último inciso del propio c. 1598 § 1<sup>127</sup>, pero también con los propósitos de reforzar la importancia del trámite de la publicación de las actuaciones y de aclarar las confusiones a que se prestaba la normativa precedente, propósitos que cabe detectar en los trabajos previos a la elaboración de la norma.

Sentado, pues, que puede haber supuestos de infracción del canon 1598 que no se traduzcan necesariamente en denegación del derecho de defensa pero que, pese a ello, puedan determinar la nulidad de la sentencia, habrá que aclarar qué clase de nulidad de sentencia es la que en esos casos se produce.

La inferencia generalizada que he visto se hace por la doctrina es que esos otros supuestos de infracción del canon 1598 no integrables en la denegación del derecho de defensa serán entonces determinantes de una nulidad «sanable» de la misma<sup>128</sup>. Esta es, por cierto, la opción que toma DC en su art. 231, cuando señala:

126 En mi opinión, la nueva norma de 1983 debería dar lugar a revisar la jurisprudencia rotal anterior, en la medida en que, por ejemplo, haya podido apreciar que no determinaban la nulidad de la sentencia las situaciones en que no se dañaba el núcleo central del derecho de defensa, como ocurriría si se ha omitido la publicación de pruebas no determinantes del fallo. Así las Sentencias rotales, citadas por C. Peña, o.c. p. 394, c. Anné de 13 de febrero de 1968 y c. Davino de 1 de abril de 1976.

127 Recordemos una vez más que fue el propio Papa Juan Pablo II quien en su alocución de 1989 señaló que la idea reflejada en el c. 1598 de preservar *siempre* el mantenimiento *íntegro* del derecho de defensa debía considerarse principio informador de toda la actividad judicial de la Iglesia.

128 Así, J. J. García Faílde, *Tratado de Derecho procesal canónico*, UPSA, Salamanca 2005, p. 306. También C. Peña, «La publicación...», cit., pp. 393-394.

«La violación de lo prescrito en el art. 229, § 3 acarrea la nulidad sanable de la sentencia, pero será insanable en el caso de que realmente se haya denegado el derecho de defensa (cf. cáns. 1598, § 1; 1620, n. 7; 1622, n. 5)».

Me permito, con todo, hacer una pequeña apostilla.

Normalmente esos otros supuestos de infracción sancionada por el canon 1598 que no sean reconducibles a la denegación del derecho deberán calificarse como casos de *nulidad de Derecho positivo*, es decir, de las contempladas en el canon 10. Pero no es lo mismo nulidad de la Sentencia por determinación del Derecho positivo que nulidad sanable de la sentencia. Como tampoco hay una equivalencia entre, de un lado, nulidad de la Sentencia por razones de Derecho natural y nulidad de sentencia insanable.

En mi opinión, si la sentencia es nula por determinación del Derecho positivo y se duda entre adscribirla a la categoría de nulidad sanable o no sanable, caso de no haberse hecho en el propio precepto que determina la invalidez —en este supuesto, en el canon 1598— otra determinación, más bien habría que concluir que se trata de una *nulidad insanable*. Pues ocurre que el canon 1622, regulador de la nulidad sanable de sentencia, es el que se expresa en unos términos taxativos<sup>129</sup> que, en cambio, elude formular el canon 1620 al enunciar los supuestos de nulidad insanable de sentencia, de los cuales, por cierto, no todos son necesariamente casos de nulidad por Derecho natural<sup>130</sup>.

Por otra parte, es por lo menos muy discutible que esos otros supuestos de violación del c. 1598 § 1 distintos de la denegación del derecho de defensa puedan ser reconducidos —o, al menos, que siempre puedan serlo— al motivo de nulidad sanable del que habla el c. 1622, n. 5<sup>131</sup>: nótese que si la infracción consiste en la *omisión* del decreto de publicación, en puridad no hay acto nulo —la omisión es más exactamente un «no-acto»— y que, aunque fuera el propio decreto de publicación el que, por la razón que fuere, se conceptúe como nulo, lo normal será que no sea ese acto ni ese «no-acto» lo que sirve de *fundamento* a la sentencia:

129 Dice el canon 1622: «La sentencia adolece de nulidad sanable *exclusivamente (dumtaxat)*:...

No se expresa así el canon 1620.

130 Así, el n. 3º del canon configura una nulidad insanable de sentencia que como tal «nulidad», en puridad, lo sería de Derecho positivo; pues, al determinarse allí que es nula la sentencia cuando el juez la emitió coaccionado por violencia o *miedo grave*, no cabe olvidar que el c. 125 § 2 establece que el acto realizado por miedo injustamente infundido es válido, a no ser que el Derecho determine otra cosa, si bien rescindible. La nulidad de la sentencia es, en ese caso, una nulidad de Derecho positivo, pero, pese a todo, se trata de una nulidad insanable.

131 Se establece allí la nulidad sanable de la sentencia que «se basa en un acto judicial nulo cuya nulidad no haya sido sanada a tenor del c. 1619.

el fundamento de la sentencia serán las razones de hecho y de derecho que se tomen en cuenta para la decisión.

Entiendo, pues, con los mayores respetos a la opinión contraria, que salvo los verdaderamente raros casos en los que la infracción del canon 1598 § 1 sea al mismo tiempo claramente incluíble en alguno de los supuestos contemplados en el canon 1622, la nulidad de la sentencia será *insanable*, calificación a la que habrá que anudar las importantes consecuencias prácticas que acompañan a esta figura<sup>132</sup>. Y, en mi opinión, tampoco cabrá distinguir aquí si la prueba o pruebas que se haya omitido dar a conocer son o no decisivas para el resultado del proceso<sup>133</sup>, pues la nulidad de la sentencia no se restringe a sólo los casos en que se haya denegado el derecho de defensa.

#### VII. EL EVENTUAL SUPLEMENTO DE INSTRUCCIÓN Y OTRAS POSIBILIDADES

Concluye el canon 1598 con un § 2 que dice así:

«Para completar las pruebas, pueden las partes proponer otras al juez; practicadas éstas, si el juez lo considerara necesario, de nuevo procede el decreto al que se hace referencia en el § 1»<sup>134</sup>.

Se pone aquí de manifiesto la bifrontalidad que, según indiqué al principio, caracteriza este momento procesal de publicación de las actuaciones. Con razón se ha señalado que el conocimiento de las actas que trata de proporcionar la publicación tiene como primera y más inmediata finalidad la de lograr la plenitud de la fase probatoria, aunque también tenga la de facilitar la subsiguiente preparación de las alegaciones o defensas encaminadas a la discusión<sup>135</sup>.

132 Vide c. 1621, en contraposición con el c. 1623.

133 Opinión diferente es la M. P. Hilbert, «De publicatione...», cit., p. 527, que, citando a Gordon y un Decreto c. Davino de 1 de abril de 1976, distingue según la prueba no publicada sea o no determinante, pues el autor vincula la nulidad de la sentencia a la *denegación* práctica del derecho de defensa.

134 Las variaciones que DC introduce con respecto al texto codicial no parecen, en este caso, especialmente relevantes.

Comparativamente estudiados el canon 1598 § 2 y el art. 236, se aprecia que el artículo menciona expresamente al «defensor del vínculo» diferenciándolo de las «partes» (término único que utiliza el canon), tal vez con la finalidad de aclarar la especificidad de su función y tal vez también con la idea de estimular más destacadamente su intervención en esta fase.

La precisión inicial con la que abre el artículo («Facta publicationis actorum»), que está en el canon, parece obedecer más bien a razones de claridad y a la distribución de la materia precedentemente hecha en los artículos previos.

135 M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale...*, cit., p. 493 lo describe elocuentemente: «Tale conoscenza ha como finalità più immediate la compiutezza della fase probatoria (completandola anche se fosse necessario) e la successiva preparazione delle difese in vista della discussione».

Tras la publicación de las actas cabe, pues, proponer y practicar un suplemento de instrucción. Por eso, en terminología forense bastante extendida, se denomina habitualmente periodo de «deducciones»<sup>136</sup> a la fase del proceso que se abre con el decreto de publicación.

Lo que con claridad se permite en el canon es *aportar pruebas*. No se trata aquí —aunque no se excluya— de efectuar valoraciones críticas sobre las pruebas que con la publicación se han conocido, pues eso pertenece más bien al periodo siguiente de alegaciones<sup>137</sup>.

No se exige que las pruebas sean «nuevas» y menos todavía que sean «graves», como se pide, en cambio, cuando se trata de solicitar una *retractatio causae*<sup>138</sup>. La norma legal ni siquiera apunta que para la admisión de las pruebas deba usarse un criterio restrictivo, ni exige que haya «motivos graves» para aceptar ahora pruebas antes no pedidas, como se hace en el c. 1600 § 1, nn. 1º y 2º. Mucho menos aún se requiere que sea «verosímil que, a no ser que la prueba se admita, la sentencia será injusta».

El c. 1598 § 2, en definitiva, considera bastante que las pruebas propuestas tras la publicación sirvan para «completar»<sup>139</sup> las que ya se tienen en autos, dando así idea de que estamos en presencia de un trámite que no se concibe como excepcional sino como normal u ordinario<sup>140</sup>.

Tampoco quiere esto decir que tengan que admitirse cualesquiera pruebas que en esta fase se ofrezcan.

Cabrá desde luego aplicar los criterios generales de inadmisión, tales como coartar el número excesivo de testigos, excluir las pruebas ilícitas y las que claramente no guarden relación con el tema debatido. Pero estimo que cuando el canon habla de que el juez considere «necesario» admitir la prueba<sup>141</sup>, no es preciso que el juez estime que la prueba propuesta sea

136 La denominación conecta con el inciso del c. 1860 § 2 del CIC de 1917, que establecía la procedencia de decretar la conclusión de la causa cuando las partes, interrogadas por el juez, declaraban «no tener ninguna otra cosa que deducir» («nihil aliud *deducendum* habere»).

137 Y, aunque en la práctica, no es infrecuente que se aproveche este trámite para hacer ese tipo de valoraciones o para hacer alguna manifestación de protesta, etc., en mi opinión es mejor no usar de este trámite para esos fines; ya que, sin provecho práctico alguno, se contribuye a incrementar las actas procesales e incluso se desvelan prematuramente argumentaciones que tal vez tácitamente se usarían con más fruto en otro momento posterior.

138 Cfr. c. 1644 § 1.

139 *Ad probationes complendas*, dice el canon.

La Instrucción *Provida Mater Ecclesia*, en su artículo 175 § 2, utilizaba los términos «roborentur, explicentur, compleantur» (se refuercen, se expliquen, se completen).

140 En expresión de M. J. Arroba Conde, *Diritto processuale*..., cit. p. 495, «Si tratta di un normale onere istruttorio».

141 La construcción sintáctica de la frase en el canon no es precisamente feliz, pues el inciso «si el juez lo entiende necesario» gramaticalmente tanto podría referirse a la frase anterior («después de recibir éstas») como a la siguiente («de nuevo procede el decreto al que se hace referencia en el § 1»).

imprescindible: se requiere —y debe bastar— que exista alguna probabilidad de que la prueba propuesta contribuya a la finalidad institucional que la norma asigna a esta fase procesal, es decir, a completar las pruebas ya obrantes en autos.

Dada la funcionalidad de la norma, por tanto, más bien ha de mantenerse un *criterio amplio* en la admisión; de modo que, en la duda, entiendo que es mejor aplicar una suerte de *favor probationis*: siempre será más fácil saber, una vez admitida y practicada la prueba, si contribuye o no a completar la causa; y ello sin perjuicio de la estimación que de la misma se haga luego, pudiendo a la postre incluso valorarse como de ningún peso.

En cambio, si la prueba no se admite, muchas veces podrá quedar la duda de si habría podido contribuir a la convicción judicial; y lo que ciertamente no cabrá entonces será valorarla como de mayor, menor o ningún peso: por no haber sido admitida, la prueba no se tiene y, sencillamente, no podrá valorarse.

En cualquier caso, sí será conveniente y oportuno que la parte que solicite la prueba complementaria razone de algún modo la utilidad de su admisión a los fines indicados.

Contra la inadmisión de la prueba no cabe recurso de apelación directo, pues el supuesto debe entenderse incluido en el régimen general de admisión de la prueba<sup>142</sup>; ello sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición en instancias subsiguientes. Aunque si la prueba es inadmitida por el presidente, cabrá recurso al Colegio.

Admitida y practicada la prueba de que se trate habrá de procederse a su publicación, dictándose el oportuno decreto con el mismo régimen que se establece en el § 1 del canon, es decir, *sub poena nullitatis*; y habrá de tenerse en cuenta que con motivo de esa segunda publicación también cabrá solicitar un segundo suplemento de instrucción que, de admitirse, así mismo tendrá que ser de nuevo publicado.

Ya se comprende que, para admitir esas ulteriores propuestas, el criterio debe ser más estricto y, en especial, habrán de coartarse los eventuales abusos que se aprecien.

---

R. Rodríguez-Ocaña, *Comentario...*, cit., p. 1487, aunque comparte la opinión de que el inciso «si el juez lo considera necesario» puede entenderse en relación con las pruebas a admitir, también el juez puede considerar que no es necesario un segundo decreto de publicación porque las partes hayan tenido ya la facultad —y la hayan ejercido— de conocer el resultado de las pruebas.

142 Cfr. c. 1629; en el mismo sentido, art. 280 § 1 DC.

El momento de la publicación de las actuaciones puede ser un momento especialmente propicio para solicitar la adición de otro u otros capítulos a la fórmula de dudas inicialmente concordada<sup>143</sup>.

No rara vez sucede que en ese momento se comprenda que las pruebas practicadas apuntan hacia un capítulo no invocado; e incluso que ese otro capítulo no invocado tiene ya suficiente prueba con lo que hay en autos y hasta mejor demostración que los capítulos incluidos en el dubio. O, inversamente, se comprende entonces la improsperabilidad de uno o más de los capítulos debatidos. Cabe también que ambas cosas se combinen.

Por supuesto, para la adición o supresión de un capítulo será preciso cumplir los requisitos legales de carácter general sobre acumulación —o renuncia— de acciones —o de la instancia— y modificaciones en la fórmula de dudas<sup>144</sup>. Debe tenerse en cuenta de modo especial que, en ese caso, será necesario notificar la petición a la otra parte —no sólo a la que participe de modo activo en la causa, sino también a la sometida a la justicia del tribunal y a la parte declarada ausente— y, en su caso, oírla.

Pero, salvados esos requisitos, en mi criterio deben acogerse con amplitud estas peticiones, sobre todo si no hay oposición del cónyuge no peticionario; y más todavía si quien pide la adición de un nuevo capítulo manifiesta que no considera necesaria la práctica de nueva prueba, pues en ese caso la adición pedida simplemente consistirá en cubrir con más seguridad un formalismo. Cuando parece haber quedado asentada la doctrina de la llamada «conformidad sustancial»<sup>145</sup>, aceptar esa adición puede convertirse en algo más que cubrir un mero requisito formal<sup>146</sup>.

Hay que señalar, en fin, que salvo que exista conformidad de todos los intervinientes —o, al menos, salvo que una vez transcurrido el plazo de audiencia, no haya habido oposición a la petición de prescindir de un nuevo trámite probatorio— adicionado un nuevo capítulo, habría que abrir un nuevo periodo de proposición y práctica de prueba, con ulterior publicación, en orden a preservar el derecho de defensa.

143 Así lo aprecia también C. Peña, «La publicación...», cit. p. 403.

144 Cfr. en especial el c. 1514.

145 Cfr. art. 291 DC.

146 No faltan en la doctrina referencias a la posibilidad de aplicar la noción de conformidad sustancial también a casos en que ha existido un doble pronunciamiento denegatorio y se pretende introducir un capítulo formalmente distinto en primera instancia o *tanquam in prima*. Vide, p. ej. J. Llobell, «Il concetto di «conformitas sententiarum» nell'istruzione «Dignitas connubii» e i suoi riflessi sulla dinamica del processo», in H. Franceschi - J. Llobell - Miguel A. Ortiz, *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma 2005, p. 209.

## VIII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

No quisiera terminar esta aportación sin hacer algunas reflexiones de cierre.

En varios pasajes de este estudio me permitido invocar la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido de lograr la máxima eficacia del derecho de defensa. En este sentido he recordado las directas referencias que en su momento hizo a este propósito S.S. el Papa Juan Pablo II en su conocido discurso al Tribunal de la Rota de 1989 que, abordando aspectos especialmente delicados del canon 1598, no dudó en señalar la centralidad y proyección general para toda la actividad judicial de la Iglesia que ha de asignarse al principio que se enuncia en el cierre del § 1 de ese canon, cuando allí se advierte que la actividad del juez ha de desarrollarse *cauto tamen ut ius defensionis semper integrum maneat*.

La necesidad de hacer una aplicación sistemática y congruente de ese principio resulta reforzada ante el hecho de que, en realidad, el principio dicho supone una especificación del derecho de más amplio respiro del fiel que se consagra en el canon 221, derecho que el legislador de 1983 ha decidido reconocer explícitamente con el máximo rango.

Los derechos fundamentales y los principios generales no pueden concebirse como meras declaraciones de intenciones o enunciados de contenido puramente formal o estético. Han de tomarse como concretos criterios efectivos de actuación en todos los momentos de la norma canónica.

Desde luego, los derechos fundamentales constituyen *límites* que no cabe rebasar. Pero tienen también un *contenido positivo*. Vinculan al operador jurídico tanto en el momento de creación de las normas como en el de su interpretación y aplicación. Y, cuando ocurre que un principio o derecho fundamental es citado específicamente o enunciado en un canon concreto —como sucede en el caso del canon 1598 a propósito de la necesidad de mantener siempre íntegro el derecho de defensa— hay todavía más motivos para interpretar y aplicar el criterio de respetar al máximo y dar la mayor efectividad a ese principio o derecho a la hora de solventar los problemas en que precisamente el canon en cuestión sea aplicable.

En diversos momentos de la exposición he hecho referencia también a las divergencias o diferencias —a veces importantes y ocasionalmente también de concepto— que me parece apreciar en algunos puntos entre la regulación del CIC y la articulada por DC. Y en no pocas oportunidades me he mostrado crítico, cuando no abiertamente contrario, a esas otras determinaciones.

No es el momento final de un estudio el más indicado para plantearse la cuestión de alto calado que supondría intentar determinar el valor

jurídico de la Instrucción *Dignitas Connubii* en el sistema de las fuentes canónicas de Derecho. Varios autores han estudiado ya el problema<sup>147</sup>, y puede al menos afirmarse con rotundidad que esta norma administrativa<sup>148</sup> desde luego no puede contradecir los cánones del CIC<sup>149</sup>. Pero he de decir también que, con los matices que se quiera, en mi opinión, DC tampoco puede considerarse norma vinculante en cuanto contenga determinaciones que vayan más allá del mero desarrollo de los cánones y sean *praeter legem*<sup>150</sup>. No es propio de las normas administrativas canónicas ocupar campos propios de una Ley<sup>151</sup>. Menos aún cuando la ley quiso crear —o quiso dejar— un «espacio de libertad»<sup>152</sup>.

147 Por citar dos estudios especialmente interesantes al respecto, véanse los trabajos de J. González Ayesta, «Valor jurídico de la Instrucción *Dignitas connubii* en el marco del sistema normativo canónico de fuentes del Derecho», in R. Rodríguez Chacón - L. Ruano Espina (ed.), *Los procesos de nulidad de matrimonio canónico hoy (Actas de la Jornada especial habida en Madrid el día 25 de septiembre de 2005 para el estudio de la Instrucción Dignitas connubii)*, DYKINSON, Madrid 2006, p. 25-50; J. Otaduy Guerin, «El principio de jerarquía normativa y la Instrucción *Dignitas connubii*», in R. Rodríguez-Ocaña - J. SEDano (ed.) *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción Dignitas connubii*, EUNSA, Pamplona 2006, p. 45-80.

Modestamente, me ocupé de ese tema en mi colaboración «La instrucción «Dignitas connubii». Un peculiar documento para la tramitación de las causas matrimoniales canónica» publicado el 8 de enero de 2007 en la base de datos EL DERECHO, con el identificador de búsqueda 2007/314.

148 Sobre la que parece más fácil decir lo que no es —no es, pese a su nombre, una «Instrucción» de las que habla el canon 34— que lo que es, pues tampoco es propiamente un Decreto general ejecutivo de los regulados en los cánones 31-33.

149 Ciertamente no puede considerarse que tenga el rango de Ley —la propia DC señala que ha de entenderse que los cánones del CIC conservan toda su fuerza— y parece claro que no ha recibido la aprobación *específica* del Papa, necesaria a tenor del art. 18 de la C.A. *Pastor Bonus*, de 28 de junio de 1988 para que tenga valor normativo con rango legal.

En su *Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae* de 28 de enero de 2006 (AAS, 98, 2006, p. 135), el Papa Juan Pablo II aludió a este documento, diciendo. «Il maggior contributo di questa Istruzione, che auspicio venga applicata integralmente dagli operatori dei tribunali ecclesiastici, consiste nell'indicare in che misura e modo devono essere applicate nelle cause di nullità matrimoniale le norme contenute nei canoni relativi al giudizio contenzioso ordinario, in osservanza delle norme speciali dettate per le cause sullo stato delle persone e per quelle di bene pubblico». No puede tomarse esta expresión como «aprobación específica». El Art. 126 del Reglamento general de la Curia Romana de 30 de abril de 1999 (AAS, 91, 1999, p. 679-680), señala un singular procedimiento a seguir y, en especial, en su § 4 establece «Affinché consti dell'approvazione in forma specifica si dovrà dire esplicitamente che il Sommo Pontefice « in forma specifica approbavit ».

Aún ha de añadirse el dato —no menor, y que genera alta perplejidad, pues aunque no sea Ley, es evidente la importancia de este documento— de que DC *no* ha sido publicada en AAS.

150 Así, J. González Ayesta, «Valor jurídico...» cit., p. 40, tras señalar que en la duda, mientras no conste el carácter autónomo de una norma, habrá de tenérsela por norma de desarrollo, añade: «Si, en cambio, constase *ciertamente* que una disposición de desarrollo carece de base en una ley vigente y pudiese considerarse *claramente* como una regulación *ex novo*, entonces y sólo entonces podría tenérsela por no vinculante» (las cursivas son del autor).

151 Como señala J. Otaduy, «El principio...», cit., p. 74, «introducir normas jurídicas en una materia hasta ese momento íntegramente regulada por la ley, cubriendo espacios que la ley dejó en silencio, no constituye una competencia de la administración eclesiástica sino del legislador».

152 La expresión es de J. Otaduy, loc. cit.



Tal vez sea un juicio un tanto benévolo el decir, como ha hecho algún autor, que entre DC y CIC no hay evidentemente una «contradicción masiva», pero sí «una abundante fricción»<sup>153</sup>. Pero, en todo caso, en mi opinión, en esos puntos en los que se aprecie que las determinaciones de DC no son meros desarrollos del CIC, si ello se traduce en optar por recortes en el derecho de defensa o elevar a categoría restrictiva y generalizada lo que en los cánones era una mera posibilidad, ha de prevalecer la disposición codicial, interpretada y aplicada en el sentido más favorable posible al ejercicio de los derechos fundamentales del fiel; y, en concreto, en esta sede, en el sentido más favorable para el ejercicio del derecho de defensa.

En mi opinión, el seguir un criterio potenciador de la eficacia del derecho fundamental o principio informador no puede quedar reservado sólo para usarlo en aquellos supuestos que sean más extremos —aunque también en esos supuestos haya de hacerse presente— como puede ser el caso especialmente llamativo de hacer o no uso de la facultad de mantener en secreto una prueba; ha de ser asimismo criterio obligado en cosas o aspectos de aparente menor importancia. Si se me permite la licencia, creo que puede decirse que, del mismo modo que el verdadero amor se revela en el día a día y en los pequeños detalles más y mejor que en los momentos «heroicos», también el respeto por los derechos fundamentales del fiel y por su dignidad se pone de manifiesto más reveladoramente y de modo ejemplar —aunque se note menos o no sea tan espectacular— en esos otros aspectos más cotidianos y que *a priori* pudieran parecer más modestos, como es el tema de la facilitación o no de copias de las actas.

En el ámbito canónico se ha tomado la opción de permitir que en procesos de tanta gravedad e importancia como son los relativos a la declaración de invalidez del vínculo matrimonial puedan desarrollarse sin que el cónyuge que postula la declaración de nulidad, ni tampoco el que desee oponerse a tal declaración, precise nombrar un técnico que le asista. Es una opción tras la cual hay sólidas razones, pero también con sus inconvenientes y arriesgada; mas, sea lo que fuere de ello, de esa opción, en todo caso, habrá que deducir también las oportunas consecuencias.

Una de esas consecuencias debe ser, según creo, que cuando el justiciable por su libre decisión no actúe asistido por abogado no por ello han

153 Son términos de J. Otaduy, «El principio...», cit. p. 67. Este autor termina su trabajo manifestando («haciéndose fuerza», dice) que tras un estudio del documento queda «puesto en evidencia que hay graves deficiencias formales en la Instrucción. Pero mientras esos desequilibrios formales no produzcan propiamente una ruptura de la legalidad, o se dude fundamentalmente sobre si los producen, la presunción favorecerá a la DC» (p. 79).

de ser menores las garantías objetivas de las que disfrute, al menos como oportunidad de actuación: si ha tomado esa opción, no puede ponerse en una posición de incrementada desventaja, distinta a la derivada de no contar con servicios profesionales. Pero otra consecuencia que me parece obvia es que quien actúe valiéndose de letrado no por ello puede, ni debe perder —ni pueden serle limitados— aquellos derechos que le corresponderían de no contar con esa asistencia técnica.

Quien acude a un abogado en el ámbito canónico no es porque no tenga más remedio legalmente hablando; pero ciertamente lo que no puede presumirse que lo haga porque quiera desentenderse personalmente de su problema. Más bien habrá que pensar que si usa los servicios profesionales de un especialista lo hace porque cree que así tendrá una mejor defensa. No cabe, pues, considerar a ese cónyuge un elemento ajeno al proceso o secundario en relación con su abogado, cuando lo que debe ocurrir es cabalmente lo contrario en un tema que tan directamente afecta a la vida de la persona: el abogado es un técnico que asiste a su cliente, pero los derechos son del interesado; del abogado sólo lo son por derivación.

De modo muy especial me he permitido incidir en algunos aspectos que pueden dar en perturbar gravemente las relaciones entre el justiciable y el letrado que le asista. La relación abogado-cliente descansa en un principio de confianza recíproca, que no cabe alterar o interferir sin que ello afecte por lo mismo al derecho de defensa. Se entenderá por eso que, desde mi posición y sensibilidad de abogado ejerciente en los tribunales de la Iglesia, me haya mostrado especialmente crítico con aquellas interpretaciones o formulaciones normativas que puedan afectar a tan delicada relación.

En este orden de cosas, quizá no resulte inoportuno decir que las anteriores reflexiones se han hecho con el mayor aprecio hacia otras interpretaciones y en todo caso con la mayor consideración hacia quienes han mantenido y mantienen una interpretación distinta. Ello no obstante, desde la respetuosa discrepancia crítica —tantas veces más incómoda que otras opciones— el autor de este estudio ha creído su deber mostrar la grave incidencia que determinadas cláusulas o praxis pueden tener en la Administración de Justicia en la Iglesia y en el mismo modo de entender la consideración que en ella corresponde a justiciables y abogados.

Concluyo, pues, expresando mi deseo de que puedan encontrarse en esta aportación elementos para ulteriores profundizaciones sobre el tema y aspectos positivos en alguna o varias de las propuestas que formulo.

Rafael Rodríguez Chacón

Abogado  
Universidad Complutense de Madrid