

LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DE DOCUMENTOS Y CONFESION JUDICIAL EN EL PROCESO DE NULIDAD DE MATRIMONIO

SUMARIO: I. Exposición sucinta de la situación de hecho. — II. Crítica del sistema de valoración legal de la prueba. — III. El sistema de valoración de prueba seguido por el ordenamiento canónico, contrastado con el concepto de certeza moral: su posible perfeccionamiento. — IV. Consideración acerca de la fuerza probatoria del documento, en razón exclusiva a su naturaleza jurídica. — V. Crítica del concepto de confesión extrajudicial tal como lo entiende la sentencia. — VI. La llamada prueba preconstituida: su alcance en el documento básico de la sentencia. — VII. La libre apreciación del valor del documento privado, no asimilable a confesión judicial, que disciplina el art. 164 de la Instrucción *Provida Mater*. — VIII. Resumen crítico.

Esta sentencia concluyó a favor de la nulidad del matrimonio, en virtud de estimar haber mediado simulación al excluir los cónyuges el *bonum sacramenti*. La causa de la simulación fue el miedo.

I. Exponemos sintéticamente los hechos, según se deducen de la sentencia comentada.

El matrimonio se contrajo en Madrid el 12 de junio de 1940. Pero dos meses antes el futuro marido —y después actor en el proceso de nulidad— extendió y suscribió un documento que luego depositó en un «avoué» de París y en el que se hacía constar, entre otros, los siguientes extremos: las relaciones sexuales frecuentes mantenidas entre los que se disponían a contraer matrimonio; el hallarse encinta la futura esposa, pretendiendo ésta que el declarante la conoció virgen, y la afirmación, por ésta, de que el futuro hijo era de él; que ante el conocimiento de tales hechos por la madre del declarante, ésta le obligaba a casarse bajo la amenaza de privarle de la herencia y de romper con él toda relación de familia; que asimismo sufría igual presión por parte del Ejército, al que pertenecía, tanto por sus compañeros de arma como por sus superiores; y consiguientemente, que su consentimiento venía forzado, que su decisión no era libre, sino que la otorgaba en razón a las presiones que sobre él se ejercían, tanto por sus padres, como por sus prójimos y superiores.

La confección de tal documento, así como los términos del mismo, a juicio de la sentencia, eran conocidos por algunos testigos con anterioridad a las nupcias. Estos testigos llegaron a ser reconocidos en el proceso, por la propia demandada, como amigos del marido y partícipes de sus secretos.

El actor reconoció, ante la presencia judicial, de acuerdo con lo expresado en la demanda, que excluyó el «*bonum sacramenti*». Ni quería la perpetuidad del vínculo conyugal ni la fidelidad recíproca de los esposos. Y que éstas mismas eran las disposiciones que tenía su esposa, pues lo único que ella deseaba era contraer matrimonio con el sólo objeto de llevar el nombre de su esposo y regularizar su situación en la sociedad. En el n.º 5 del documento hizo constar que su futura esposa le había manifestado que se contentaba con la celebración del matrimonio, del que sólo esperaba recibir un nombre, por lo que dejaba libre al marido de orientar su vida como le pareciera bien; afirmaba asimismo que su futura esposa le relevaba del ejercicio del derecho conyugal, y, por último, que ella deseaba la separación de bienes y se reservaba su entera libertad sentimental.

Así descritos los hechos, el Tribunal entiende que el examen interno del documento, que se presenta enteramente como personal, no formulario, supera los términos sugeridos por un consejero. Por tanto, lo escrito —entiende la sentencia— debe ser tenido por realmente querido.

El Tribunal concluye en pro de la autenticidad del documento, tanto por razón del autor, como en razón al tiempo, así como por su depósito ante el notario —completamente digno de fe—, como por la pericia grafológica. A ello se añade la demostración de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes y algunas otras circunstancias de hecho que vienen, a juicio del Tribunal, a confirmar la tesis de la actora en pro de la nulidad.

II. La decisión del Tribunal de la S. Rota Romana que comentamos, es digna de ser destacada, no ya en cuanto a la cuestión de fondo resuelta —tema en el que no pretendemos entrar— sino en lo que respecta a la valoración que de la prueba se hace, *in iure*, en la sentencia. Por tanto, nuestro comentario enfoca esta decisión rotal exclusivamente desde el punto de vista procesal de la apreciación de la prueba, en la que, a nuestro juicio, el Tribunal, partiendo de un criterio clásico de estimativa probatoria, muy apegado a las exigencias de la prueba legal, termina acogiendo —aunque no lo exprese abiertamente— un criterio de mayor amplitud, análogo al sistema de prueba libre o, mejor dicho, de valoración libre de la prueba.

En efecto, si «por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido»¹, ha de reconocerse, con Devis Echandía, que «los sistemas de apreciación de la prueba judicial se reducen a dos: el de la tarifa legal y el de la valoración personal por el juez o de libertad de apreciación», y que este segundo sistema, sin embargo, «no excluye la obli-

1. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», 1966, n. 1, pág. 10.

gación de motivar las sentencias, ni las formalidades procesales para la validez de la prueba, ni exige la libertad de medios...»².

La prueba legal no es más que «un medio para eliminar o limitar la incerteza en todo lo posible. Este medio consiste en sustituir el juicio histórico *libre* por un juicio *vinculado*...» y «en la imposición de este vínculo es en lo que consiste la llamada *prueba legal*»³, a juicio de Carnelutti. En el mismo sentido puede decirse que se manifiesta Furno, cuando viene a definir como pruebas legales *strictu sensu*, aquellas que tienen «su eficacia probatoria predeterminada por la ley de manera vinculante»⁴. Describe este autor, con gran acierto, los papeles que, a efectos de la apreciación de la prueba, vienen a cumplir, cada uno en su propia esfera, el juez y el legislador, en la prueba legal. «Legislador y juez son, en el derecho constituido, los dos apreciadores de la prueba. Sus respectivas esferas de atribuciones se integran recíprocamente, sin peligro de conflicto entre sus apreciaciones, ya que el legislador ha manifestado su convicción a través de un complejo de normas vinculantes y precisas que el juez está tanto más obligado a conocer y respetar cuanto es su directo destinatario; de manera que debe saber, exactamente y caso por caso, qué zona de su actividad de valoración está ya ocupada por la valoración formulada por el legislador»⁵.

Con tal sistema se intenta alcanzar seguridad objetiva en el acierto, eliminando de la apreciación judicial todo peligro de subjetividad. Se procura evitar la posibilidad de que una misma hipótesis de hecho pueda ser entendida de diversos modos por jueces distintos. Se trata de conseguir que lo que un juez llegue a entender acerca de la situación de hecho proporcionada por unas determinadas pruebas, llegue igualmente a ser entendido por muchos otros jueces. Se aspira a combatir la incertidumbre del juicio humano, sustituyéndola por la certeza que proporciona el juicio de valoración abstracto contenido, con carácter general, en la ley.

El sistema tiene sus inconvenientes; inconvenientes graves a nuestro juicio. Gorphe lo hacía notar en su crítica de la prueba de testigos. Le bastaba el examen fragmentario de las diversas legislaciones con relación a esta prueba, para que se mostrara la variabilidad de los sistemas de exclusión y de recusación y su complejidad, lo que le llevó a sostener que «el mundo legal permanece todavía bastante lejos de agotar la infinita complejidad de la vida». Se preguntaba a continuación: «¿No será el método en sí mismo defectuoso? Este método —se responde— supervivencia del antiguo sistema de las pruebas

2. H. DEVIS ECHANDÍA, ob. y ed. cit., pág. 11.

3. FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, trad. de Francisco J. Osset, Madrid 1955, pág. 504. Los subrayados son del autor.

4. CARLO FURNO, *Teoría de la prueba legal*, trad. de Sergio González Collado, Madrid 1954, pág. 170.

5. C. FURNO, ob. y ed. cit., pág. 29.

legales, trae consigo los defectos inherentes al viejo sistema. Ante todo, es artificial y vano»⁶.

Carlo Furno⁷, decidido partidario de la prueba legal, llega a reconocer cómo existe una vigorosa corriente doctrinal que postula abolir el sistema de la doble valoración y que, en cambio, sostiene la necesidad de desligar la convicción del juez de todo vínculo legal. Ciertamente es también, a nuestro juicio, que en la actualidad no puede decirse que haya una aversión a la prueba legal al estilo de la que hace algún tiempo llegaron a provocar las críticas de Gorphe y sus seguidores. Incluso cabe decir, sin temor de errar, que se presenta una reacción a favor de su retorno, de la que el mismo Furno es un exponente. Como señaló Carnelutti: «también es sabido que a un período de poco favor le ha sucedido la rehabilitación de esa institución, a la que se ha terminado por reconocer, con su verdadero carácter, su utilidad, o más bien su necesidad (salvo, naturalmente, en la esfera de los actos ilícitos), y de la que se explica así la grandísima difusión, según investigaciones recientes, en el Derecho antiguo»⁸.

Sin perjuicio de reconocer en parte esa rehabilitación señalada por Carnelutti, estimamos que, para este retorno favorable a la prueba legal, se ha tenido que salvar una profunda y ancha sima. Hubo de comenzarse por reconocer las limitaciones de origen del sistema de prueba legal frente al del sistema de libre apreciación: éste, con base romano-clásica, «realista, inspirado en criterios lógicos de razón jurídica»; la concepción de prueba legal, en cambio, de base germana, «mística, informada por el dogma primitivo de la superstición religiosa intolerante y ciega»; y aunque acepta Furno la superioridad del sistema libre, que ha permitido —a su juicio— la separación de la cuestión de hecho de la de derecho, mientras que, en la prueba legal, entiende no lograrse tal distinción entre elementos históricos y jurídicos, trata, sin embargo, de hacer valer el sistema de prueba legal. Mas para ello se ha de servir, no del origen supersticioso que le señala, sino del argumento de que esa seguridad en la certeza que consigo lleva este sistema, «se logra también, con fundamento muy diferente, por el camino de la experiencia»⁹.

Así vistas las cosas, Furno entiende que se llega «a un sistema mixto: libre, en cuanto a la parte en que se pueden admitir los puros criterios lógicos, y legal en cuanto a la parte afectada por necesidades, esenciales y múltiples, de orden práctico, desde el doble punto de vista técnico-jurídico y político-jurídico». Seguidamente describe, con exactitud, cual sea la función del juez al valorar este tipo de prueba: «El juez, frente a un medio de prueba legal

6. FRANÇOIS GORPHE, *La crítica del testimonio*, trad. de Mariano Ruiz-Funes, Madrid 1935, pág. 29.

7. C. FURNO, ob. y ed. cit., pág. 33.

8. F. CARNELUTTI, ob. y ed. cit., pág. 504.

9. C. FURNO, ob. y ed. cit., pág. 146.

ni puede ni debe hacer otra cosa que constatar la correspondencia exacta entre el caso concreto y el caso previsto por la ley en abstracto»¹⁰.

Tal sistema, a nuestro parecer, deja reducido al mínimo el juicio de valoración judicial. El juez, más que a interpretar, reduce su misión a aplicar la ley. No es él quien estima la prueba, sino quien autoriza en cada caso que la ley valorativa de carácter general obtenga en concreto adecuación y, en la práctica, observancia. Pero las máximas de experiencias, por múltiples y variadas que fueren, entendemos que no reúnen la precisa aptitud para abarcar toda la gama de matices con que la realidad jurídica se presenta, ni mucho menos esta realidad puede quedar ignorada hasta el punto de conseguir remitir todos los fenómenos que pueda presentar a los supuestos legales preconcebidos, de tal manera como si la ley disciplinara la misma realidad, dejándola siempre reducida exclusivamente a sus previsiones. Es más, lo que para una hipótesis determinada resulta acertado, para otra hipótesis —no ya totalmente diferente, sino simplemente con un ingrediente nuevo que la matece y distinga— cabe que resulte un completo desacierto. ¿Por qué, entonces, desconfiar del juzgador y sujetarlo, impidiéndole todo progreso interpretativo, toda labor de creación, de esfuerzo autónomo en la formación del juicio? ¿Es que la seguridad en el acertamiento, o lo que es lo mismo, la concordante y común interpretación, que lleve a un unánime sentir jurisprudencial, merece que se le sacrifique la justicia de la decisión concreta? ¿No es así como la jurisprudencia se anquilosa y se hace estéril? ¿No es así como la vida vendrá a ser servidora del Derecho, en vez de ser el Derecho servidor de la vida?

A la prueba legal se la podrá aceptar siempre que aspire a quedar limitado su papel a señalar al juzgador criterios indicativos de buen sentido jurídico, en cuanto son frutos de la experiencia repetida con acierto, que es signo casi seguro de nuevo acierto para el futuro, pero es inaceptable en cuanto establezca el imperio de la vinculación del juicio sujetando la justicia de la decisión a límites formales inderogables, e impidiendo el hallazgo de la decisión acertada en cada caso. Será conveniente expresar el resultado justo por otros senderos, que ya se siguen en parte, p. ej., estableciendo jueces colegiados, pues la colegiación, al confrontar criterios diversos, proporciona mayor facilidad para el acierto, así como otras garantías parecidas. Sólo con una mentalidad positivista, que llevara a afirmar que únicamente es buen derecho el que procede de la ley escrita, cabe imponer el sistema de la tarifa legal en orden a las pruebas. Sólo quienes tienen el criterio de que el proceso no cumple otra función que servir a la aplicación de la Ley al caso concreto, son los que pueden mostrarse partidarios de un sistema que desconfía de la labor de la jurisprudencia y que aspira a que la aplicación del Derecho sea puro automatismo.

10. C. FURNO, ob. y ed. cit., pág. 164.

Por ello, no es extraño que a pesar de que, como señalaba Carnelutti, el sistema de prueba legal haya sido de nuevo rehabilitado, el sistema de prueba libre no se pueda entender, sin embargo, en la actualidad, ni mucho menos, como periclitado. El mismo Carnelutti, en su Introducción a la segunda edición de una de sus obras, al referirse a su propio cambio de mentalidad, señalaba: «Las pruebas, que al principio me parecieron un instrumento de justicia, acabaron por convertirse en un instrumento de injusticia. La culpa es del pálido y angosto cerco de luz en que el juez se encuentra prisionero»¹¹. Este cerco, que pudiera referirse a la dificultad, si no imposibilidad, en que se halla el juez de conocer por la prueba los hechos pasados tal como ocurrieron —en lo que él mismo llama representación o reconstrucción histórica—, aún se estrecharía más si la crítica judicial quedara en gran parte mediatizada por la vinculación que le impusiera la prueba legal.

Por esas razones —llámense también experiencias— hemos de coincidir con Devis Echandía cuando sostiene que «el legislador puede sentar algunos principios generales que sirvan de guía al juez, pero no prefabricar el resultado valorativo de los medios con un criterio abstracto y formal, que es de la esencia de la tarifa legal, reñido en muchas ocasiones con la realidad»¹².

III. A la vista de las anteriores consideraciones, procede plantear la pregunta, ¿Qué criterio sigue el ordenamiento canónico en este tema de la valoración de la prueba?, ¿el juicio queda libre o vinculado?

Es preciso hacer constar que se observan sin gran esfuerzo, con la sola lectura de los cánones del *Codex* dedicados a la prueba, algunos preceptos legales suficientemente llamativos como para concluir que el sistema probatorio, en el proceso canónico, es el legal, no el libre. Basta tener en cuenta, por ejemplo, los cánones 1751, 1789 a 1791, 1816, 1817, 1869. No hacemos referencia ni a las presunciones ni al juramento decisorio, por estimar que tales medios de prueba pudieran ser encajados en un ámbito distinto. La conclusión sería que en materia de prueba confesoria, testifical y documentos, rige el sistema de prueba legal. El mismo hecho de que al hablar del juramento supletorio, exprese el c. 1829: «*Si habeatur semiplena tantum probatio nec alia probationis ad iumenta iam supersint...*» pone de relieve que el C. I. C. acoge la distinción clásica, de la que vienen a hacerse eco todos los actuales canonistas¹³, de prueba plena y prueba semiplena. Distinción que, a nuestro

11. F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, Apéndice de Giacomo P. Angenti, trad. de Niceto Alcalá-Zamora, Buenos Aires 1955, pág. XIX.

12. H. DEVIS ECHANDÍA, ob. y ed. cit., pág. 12.

13. Vid. a título de ejemplo, SABINO ALONSO MORÁN y MARCELINO CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, III, Madrid 1964, págs. 541 y 542; FERNANDO DELLA ROCCA, *Instituciones de derecho procesal canónico*, trad. de Pacífico de Iragui, Buenos Aires 1950, pág. 214; EDUARDUS F. REGATILLO, *Instituciones iuris canonici*, II, Santander 1951, pág. 303; EDUARDO EICHMANN, *El derecho procesal según el Código de Derecho Canónico*, trad. de Nicolás S. de Otto y Ambrosio Sanz Lavilla, Barcelona 1931, pág. 182; MATTHAEUS CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*,

sentir, no engarza bien en el sistema de prueba libre, y, en cambio, alcanza completa explicación en el de prueba legal.

Ciertamente que hay autores, como Cabrer¹⁴, que entienden que el concepto de prueba plena es compatible con el sistema de prueba libre, pero tal opinión no deja de ser discutible puesto que esta categoría de prueba plena es objetiva, no depende de la convicción que al juzgador personalmente le proporcione, sino en cómo ha de influir en el ánimo de éste cuando con ella se encuentre, hasta el punto de tener que entender que produce, por imperativo legal, una certeza directa. El concepto de prueba plena no casa con el sistema de prueba libre, en el que la certeza del juzgador no depende de un imperativo externo, sino de su convicción personal. Y esta convicción no se puede decir en principio que se la proporcione, en exclusiva o en concomitancia con otra, ningún medio de prueba en concreto. Habría entonces que concluir que se darían tantas pruebas plenas como sentencias, o al menos, como jueces, según la convicción que a cada uno de ellos le proporcione uno u otro medio de prueba.

Por el contrario, la prueba plena se presenta como un concepto depurado, decantado en los textos legales, fruto de una experiencia que se estima convincente y que exige, según la mente del legislador que la introduce en su sistema jurídico, una aceptación rendida —dada las garantías que se entiende lleva aparejada y el respeto universal que se estima merece— por parte de los órganos de justicia. De esta manera, donde quiera que se encuentre un medio de prueba con tal energía, al juzgador no le queda que hacer otra cosa que proporcionarle en su sentencia toda la fuerza con que el precepto lo consagra. Nada más alejado, por consiguiente, de un sistema de prueba libre.

Y surge aquí un nuevo escollo: ¿Hasta qué punto es compatible este sistema de prueba legal con el concepto de certeza moral, acogido por el c. 1869? Cabría preguntarse: ¿certeza del legislador o del que ha de juzgar? Esa certeza se ha de obtener de lo alegado y probado. Estas pruebas las apreciará el juez según su conciencia *nisi lex aliquid expresse statuat de efficacia alicuius probationis* (c. 1869, 3). En rigor, no hay por qué rechazar en principio la posibilidad de que el juez adquiriera la certeza moral apoyándose, para juzgar del caso, con criterios que la propia ley ya le prejuzga. Pero, a la hora de formar el juicio y emitirlo formulado como sentencia, ¿no resulta concebible —hasta el punto de que el legislador lo prevé— un conflicto entre esa apreciación en conciencia de la prueba, con la apreciación que la propia ley establezca? ¿Cómo resolver el conflicto?, ¿por la apreciación en con-

III, Turín-Roma 1956, pág. 209; FRANCISCO XAV. WERNZ y P. PETRI VIDAL, *Ius Canonicum*, VI, Roma 1927, págs. 375 y 376; MICHAËLE CARD. LEGA, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica*, II, Roma 1950, pág. 630. No parece necesario indicar que salvo el c. 1751, los restantes están acogidos en la Instrucción *Provida Mater* —15-VIII-1936—, en los artículos 136, 169 y 197 respectivamente.

14. S. ALONSO MORÁN y M. CABREROS DE ANTA, ob. tom. y ed. cit., pág. 541.

ciencia o por la valoración legal? Si se decide el conflicto por la segunda de las soluciones, como propone el canon citado, ¿se podría hablar realmente de sentencia judicial, o tendríamos, por el contrario, con mayor propiedad, que hablar de decisión legal?

Sin que nos sea permitido —por exceder del objeto formal de este trabajo—, en esta ocasión, profundizar en el tema de la certeza moral, que nos alejaría demasiado del objetivo que nos proponemos, sí se precisa sentar al menos que la certeza es «un estado subjetivo del ánimo» al decir de Cabrerros¹⁵. Y si hay algún autor que puntualiza de que requisito de tal certidumbre sea su objetividad, hasta el punto de entender que no basta una certidumbre subjetiva, estima, sin embargo, no darse la certidumbre objetiva, *si pro veritate contrarii strant rationes quas homo sanus, gravis, habilis diiudicandi res, habet consideratione dignas, et quae consequenter contrarium reliquunt non solum absolute possibile sed etiam aliquo modo probabile*¹⁶.

Se hace preciso, llegado este momento, hacer referencia a la Alocución de S. S. Pío XII, dirigida a los prelados y demás miembros de la S. Rota Romana, en que se sienta el principio de que la observancia de las normas formales es un deber del juez, pero éste ha de tener presente, para su aplicación, que no son fin en sí mismo, sino que su valor viene determinado en razón a procurar y asegurar una certeza moral objetivamente fundada sobre la realidad del hecho. Por ello, ha de entenderse que tales normas, según la voluntad del legislador, han de servir de ayuda y garantía para el descubrimiento de la verdad, no de impedimento. Por eso, no es extraño que el Pontífice afirme: *Di qui voi vedete perché nella moderna procedure giudiziaria, anche ecclesiastica, non sia posto in prima linea il principio del formalismo giuridico, ma la massima del libero apprezzamento delle prove*¹⁷. Y aquí es donde encuentra confirmación la opinión sustentada por Fedele, al considerar la diversa sensibilidad y *forma mentis* que debe tener el canonista respecto al civilista, consistente en que *il problema della valutazione delle prove non può evidentemente avere una diversa soluzione all'uno o all'altro giudice*¹⁸. Ese trabajo de Fedele arranca de otro anterior del mismo autor¹⁹, en

15. S. ALONSO MORÁN y M. CABREROS DE ANTA, ob., ed. y tom. cit., pág. 612; M. CARD. LEGA, ob., ed. y tom. cit., pág. 934, dice: «*Haec certitudo moralis non est absoluta et perfecta sed relativa, pro subjecta materia excludens probabilitatem erroris*»; ALBERTO BLAT, *Comentarium textus Codicis iuris canonici, Liber IV*, Roma 1927, pág. 376, se pronuncia del siguiente modo: «*et quae iuxta modum agendi hominum excludit prudens de errore dubium, seu probabilitatem veram, non ipsam erroris possibilitatem vel dubium leve, circa rem sententia definiendam, quod nempe haec sit iuxta illa pronunciationem vere iusta*».

16. HERIBERTO JONE, *Comentarium in Codicem iuris canonici, Tomus Tertius*, Paderborn 1955, pág. 212. Un autor tan tradicional como M. CONTE A CORONATA, ob., ed. y tom. cit., pág. 354, sienta el principio de que *certitudo moralis excludit usum opinionis probabilis in concurso con opinione probabiliore*.

17. PIUS XII, *Allocutio* 1 Octobris 1942 A. A. S. XXXIX, pág. 341.

18. PÍO FEDELE, *In margine a un discorso di Pio XII*, Archivio di Diritto Ecclesiastico, 1943, pág. 45.

el que comentó la Alocución de S. S. Pío XII, del anterior año, también dirigida a los auditores y ministros de la S. Rota Romana, y en la que, tras comentar S. S. muy favorablemente una sentencia rotal sobre nulidad de matrimonio por incapacidad psíquica fundada en un defecto patológico, postuló el Pontífice que la jurisprudencia eclesiástica no debe mantenerse al margen del genuino progreso de la ciencia, ni debe rechazar este tipo de argumento por el solo hecho de ser nuevo; sino que cuando se trata de verdadera ciencia, con base experimental y pruebas que confieren certeza, y no por tanto sólo apoyada en vagas hipótesis y teorías, vendrá a constituir base para un seguro juicio, que excluye toda duda prudente. Y como no puede exigirse la certeza absoluta, el principio *favor matrimonii*, consagrado para caso de duda en la norma del c. 1014, *non si intende infatti se non della morale certezza del contrario, della quale deve constare. Nessum Tribunale ecclesiastico ha il diritto e il potere di exigere di più*²⁰. Esta argumentación llevó a Fedele a sostener que la solución del *dubium iuris* en favor del matrimonio, debe ser abandonada y sustituida por *una nozione in cui il convincimento personale del giudice assurga ad elemento decisivo. A questa nozione é legato in gran parte —se ben si guardi— il progresso della giurisprudenza ecclesiastica*²¹.

Es de importancia, por tanto, la tendencia —dentro al menos de un sector relevante de la doctrina canónica, apoyada de algún modo en determinada jurisprudencia— dirigida a ampliar el margen de libertad en que el órgano judicial debe desenvolverse, en su actividad de apreciación o valoración de la prueba, a fin de obtener una certeza moral de los hechos más conforme con la conciencia de la persona encargada de juzgar. Para lograrlo, se precisa interpretar los preceptos del ordenamiento canónico relativos a la valoración de prueba, como criterios directivos y de experiencia recogidos por el legislador, pero que no vinculen al juez hasta el extremo de violentar su conciencia.

El c. 1869, 3, podría quedar reformado en el sentido de seguir conservando el precepto que establece que el juez apreciará la prueba según su conciencia, pero aclarando que a este fin se servirá de los criterios legales establecidos expresamente para la valoración de la prueba. Así quedaría introducido un sistema de prueba libre, en el que quedarían corregidos, con los criterios legales, los excesos que suelen acompañar a tal sistema. Estos criterios de legalidad servirían de orientación y de material de trabajo al juzgador, sin perjuicio de exigirle que, caso de no atenerse a ellos en su sentencia, exprese las razones que le ha movido a no tenerlos en cuenta. De este modo se alejaría el riesgo de la subjetividad excesiva en la formación del juicio de valor, a lo que se sumaría el concepto objetivo de certeza moral, que se deduce de la

19. P. FEDELE, *Principii e direttive in materia matrimoniale in un Discorso di S. S. Pio XII*, «Archivio di Diritto Ecclesiastico», 1942, págs. 26-35.

20. PIUS XII, *Allocutio 3 Octobris 1941*, A. A. S. XXXIII, pág. 424.

21. P. FEDELE, ob. ed. y tom. ult. cit. pág. 29.

Alocución de S. S. Pío XII de 1941, que ha de tener por base *un sicuro giudizio, che escluda cioè ogni dubbio prudente* ²².

De no llegarse a esta solución propuesta, la jurisprudencia canónica se verá enfrentada necesariamente con problemas de valoración de prueba, que tendrá que superar de algún modo —pues no cabe admitir que sus órganos de justicia dicten sentencias contra las exigencias de la propia conciencia de las personas que los integran—. De ordinario recurrirán a interpretar de manera muy particular e interesada —interesada por el celo que merece la defensa de la verdad aprehendida en el mismo proceso— los cánones que sientan criterios legales de valoración de prueba, y desde luego conculcarán, en definitiva, en el terreno práctico, ese precepto del párrafo 3 del c. 1869, que antepone los criterios valorativos *in genere* de la ley, a los criterios que en el caso concreto se cree el juez en conciencia obligado a tener en cuenta. Algo de esto nos parece ver en la sentencia que ahora comentamos, y de aquí el interés que nos ha suscitado su doctrina.

Independientemente de los riesgos que ofrezca la posición doctrinal que sostiene la naturaleza del fallo como un proceso psicológico, no debe olvidarse —y el aserto creemos que lo mismo sirve para el campo civil como para el eclesástico— que, de todos modos, «el juez es un hombre viviente, y juzga con toda su alma; realiza obra no tan sólo racional, sino humana. La jurisprudencia, en sus aspectos multiformes, es a la vez una ciencia normativa y un arte práctico, que sirve para resolver las dificultades más diversas de la vida social» ²³. Y si en esta labor jurisprudencial juega la imaginación y los sentimientos, no por ello se entiende —al menos en Gorphe— que la decisión sea únicamente proceso psicológico, sino que se estima también que «*debe ser una operación lógica, a la vez que corresponderse con los principios del derecho y de la justicia*» ²⁴. Y, al mismo tiempo, prudente: «Cuando se ha formado la convicción —dice este autor—, no se busca ya nada más, por creer que se tiene la verdad. Pues bien, no hay mayor peligro de error que una convicción prematura» ²⁵.

Tales riesgos, postulamos, difícilmente se producirían —es decir, quedan prácticamente eliminados— cuando el juicio del juzgador, en materia de valoración de prueba, ha de seguir en primer lugar los criterios de valoración legal, aunque no le vinculen, si bien haya de expresar las razones por las que se considera libre de no seguirlos; y cuando, además, ha de alcanzar la certeza moral tras excluir de su conclusión, derivada del juicio, toda duda prudente.

22. PIUS XII, ob. ed. y tom. ult. cit., pág. 423.

23. F. GORPHE, *Las resoluciones judiciales*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires 1953, pág. 38.

24. F. GORPHE, ob. y ed. ult. cit., pág. 10.

25. F. GORPHE, ob. y ed. ult. cit., pág. 102.

IV. La sentencia, en su fundamentación *in iure*, no parte del estudio del miedo, de sus requisitos, como causa de la simulación. Trata inmediata y directamente el tema de la simulación, estudiando el valor de la prueba documental aportada, por el actor, para acreditarla.

Es de gran interés seguir el *iter* razonador jurídico de la sentencia que se comenta. Al poner ésta de relieve las grandes discrepancias que presenta la jurisprudencia respecto a las cartas y declaraciones que los cónyuges preparan antes del matrimonio, para desposeer de fuerza al mismo, señala también la discrepancia que se da en cuanto a la naturaleza y en cuanto a la fuerza probatoria que a tales documentos se suele atribuir.

a) En cuanto a la naturaleza, cita dos sentencias del Vicariato Apostólico de Roma, que, en casos análogos al que consideramos, les reconoce naturaleza de documentos públicos²⁶. Mas también cita otra sentencia del propio Vicariato, dictada en apelación, por la que la entrega a Notario de una declaración de nulidad de un futuro matrimonio, hecha bajo la forma de testamento ológrafo, se estima, tal declaración, como efectuada en documento privado²⁷.

Según esas sentencias, tales documentos, tienen fuerza probatoria plena conforme al c. 1816 cuando se los estima documento público, y adminículo de prueba o prueba menos plena, conforme al art. 116, Instrucción *Provida Mater*, cuando se le estima documento privado. Sin embargo, en esta última hipótesis, aclara la sentencia comentada, de hecho, la sentencia de 10 de octubre de 1962, a pesar de calificarlo como documento privado, le confirió una mayor fuerza probatoria que la debida a un simple adminículo, pues en la práctica se le atribuyó, a tal documento privado, una fuerza probatoria casi plena. Tras reconocer que es documento privado, y ser su valor probatorio el de un adminículo de prueba, que ha de ser apreciado rectamente por el juez, dicha sentencia lo estima del siguiente modo: *In casu, declaratio ante matrimonium facta, non tantum ratione temporis quia pridie nuptiarum, sed ratione intentionis qua facta est et modi pro declaratione ipsa adhibiti, pro veritate rei assertae arguit*. Y añade: *Nam intentio asseritur faciendi matrimonium nullum id est, positivo voluntatis actu excludendi matrimonium ipsum*. Con lo que aplica, por tal motivo, el precepto contenido en el párrafo 2 del c. 1086.

b) ¿Qué ha ocurrido —nos preguntamos— para que sentencias tan dispares en cuanto a la calificación de esos documentos, lleguen a coincidir en otorgarle a todos ellos, en definitiva, la misma fuerza probatoria? A nuestro juicio es que, independientemente de que tales documentos sean públicos o privados, todos ellos han proporcionado al Tribunal una convicción favora-

26. Sentencias de 27 de Junio de 1960 y 13 de Julio de 1961, Cfr. «Il Diritto Ecclesiastico» 1962, fasc. III-IV, parte II, págs. 412-414 y 409-410 respectivamente.

27. Sentencia de 10 de Octubre de 1962. Cfr. «El Diritto Ecclesiastico», año, fasc. y parte cit. págs. 406-407.

ble al reconocimiento de la existencia de un acto positivo de voluntad —simulación— excluyente del matrimonio mismo o de alguno de sus bienes. Convicción favorable, derivada del reconocimiento, por el Tribunal del Vicariato, del carácter auténtico de esos actos, es decir, del hecho acreditado de que eran algunos de los cónyuges los autores de las declaraciones de voluntad escritas.

Si el c. 1816 atribuye al documento público una fuerza probatoria plena, no es por el simple hecho de su naturaleza pública, sino por la autenticidad con que acredita su otorgamiento. Entenderlo de otro modo, conduciría lamentablemente a un fetichismo del documento público. Si esa autenticidad —como ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento— en el documento privado queda también acreditada, no parece lógico que sea resistida por el juez la aceptación de su fuerza probatoria plena, la cual no puede ser impedida por el simple motivo de que se trate de un documento privado²⁸. Por ello, ni el documento público puede decirse, en principio, que goce de tanta fuerza probatoria como pudiera pensarse con una visión muy elemental del problema, ni el documento privado se halla tan desprovisto de eficacia probatoria como también pudiera superficialmente pensarse. Depende, en cada caso, de cómo acrediten la autenticidad del otorgamiento por sus autores y la veracidad de las declaraciones que en ellos se contienen. Es esto lo que intentan matizar los cc. 1816 y 1817. Y es así como se pone de relieve también la insuficiencia de que adolece siempre el sistema de prueba legal, aunque se esfuercen por construirlo con la mayor perfección²⁹.

Es preciso analizar en todo documento lo que en él es auténtico de lo que no lo es. «Piedra de toque —se ha dicho— de este análisis ha de ser la idea ... de que autenticidad y falsedad son anverso y reverso de una misma cosa. A la falsedad *corporal*, corresponde una autenticidad corporal externa

28. Muchas de las observaciones que hacemos, no son privativas para el ordenamiento canónico, pues como señala F. DELLA ROCCA, *Appunti sul processo canonico*. Milano, 1960, pág. 109, *quanto ai documenti il diritto processuale canonico presenta sostanzialmente lo stesso sistema di norme fondamentali che è offerto dagli ordinamenti giuridici laici*.

29. Es conocido el esfuerzo que en España, en sede jurisdiccional civil, viene haciendo el Tribunal Supremo, en aplicación del n.º 7.º del artículo 1693 de la Ley de enjuiciamiento civil, al tratar de determinar, en cada hipótesis, que es lo que puede afirmarse como auténtico de un documento público, a efectos del recurso de casación por infracción de ley. Para darse cuenta de la importancia del tema, vid. un resumen ordenado de esta jurisprudencia, en MIGUEL FENECH y JORGE CARRERAS, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo, 1.º Abril 1881 a 31 Diciembre 1953*, V, Madrid 1959, págs. 8.586-9.757. Confróntese asimismo, entre otras obras de la bibliografía española sobre el tema, MANUEL DE LA PLAZA, *La casación civil*, Madrid 1944, en especial páginas 235-253, y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *Documento auténtico en la casación civil*, «Revista de Derecho Notarial», IX, Julio-Diciembre, 1961, págs. 7-246. DE LA PLAZA (pág. 236, ob. cit.) se atreve a dar un concepto de lo auténtico, deducido de la abundante doctrina jurisprudencial española: «lo que, *por sí* basta para justificar inequívocamente un hecho; y por eso, cuando la Ley Procesal civil habla de *autenticidad*, no alude a la condición pública o privada del acto o del documento, sino a los *quilates* de su valor, al efecto de probar, *sin más*, un hecho».

(autenticidad de *forma*), que constituye la *fuerza probante formal* del documento. A la falsedad *ideológica*, una autenticidad ideológica, o de contenido (autenticidad de *fondo*), que integra la *fuerza probante sustantiva* del documento»³⁰. En todo documento, pues, cabe hacer siempre una distinción entre lo que es forma y lo que es sustancia del mismo.

La forma en el documento público es lo que se presenta como auténtico; en cambio, no siempre la sustancia ha de gozar de igual autenticidad. En el documento privado, de ordinario, para hablar de su autenticidad formal, se precisará, o del reconocimiento por su autor y por aquel a quien perjudica, o de otras pruebas que lo autentifiquen: su autenticidad formal le viene siempre como sobreañadida, para lo que ha de servirse de otros medios de prueba subsidiarios, en cuanto vienen a autenticar en ellos una verdad formal externa de la que, en principio, carece. Sin embargo, su autenticidad puede quedar para el juez tan acreditada en el proceso como si se tratara de un documento público³¹. Y al revés, un documento público, a pesar de la autenticidad formal que suele acompañarle, puede quedar desacreditado en el proceso, cuando se evidencia en éste no ser veraz su contenido. Ello hace que los cc. 1816 y 1817, al establecer unas reglas demasiado rígidas de valoración legal de estos medios de prueba, no siempre resulten acertados aunque respondan en su concepción a máximas bien respaldadas por la experiencia. Por eso no resulta extraño que el Tribunal del Vicariato de Roma, en las sentencias citadas, le haya concedido a un documento que califica de privado, el mismo efecto que le ha reconocido en otras ocasiones a documentos que calificó de públicos. La protección que *prima facie* se otorgue a un tipo u otro de documentos, no impide que del proceso resulte acreditado que tales documentos, en concreto, no merecían esa protección. Y por eso tampoco resulta extraña la resolución de la S. Rota Romana (de 14 de marzo de 1927), citada por Cabre-

30. R. NÚÑEZ LAGOS, obr. y ed. cit. págs. 118-119.

31. *Ideo Codex loquitur non proprie de instrumentis authenticis sed potius de actis authentica forma exaratis de attestationibus authenticis, de exemplaribus autentici, quae opponit instrumentis originalibus, itemque de documentis in forma authentica*, y añade M. CONTE A CORONATA —ob. vol. y ed. cit., pág. 291—, *instrumentum privatum fit authenticum et eisdem parit effectus ad instrumentum publicum...* y señala las condiciones, a continuación, que estima, para reconocerle autenticidad.

Junto al concepto de auténtico, el de genuino, según el mismo autor (ob. y vol. cit., pág. 292): *Genuinum est instrumentum quod revera ad eo auctore confectum est cui tribuitur*. M. CARD. LEGA, (ob. vol. y ed. cit. pág. 791) distingue: *Inde "genuinitas" distinguitur ab authenticitate, quippe authenticitas in subiecta materia canonum est attestatio facta a persona competente quod certa scriptura est illius cui attribuitur, dum "genuinitas" latius patet et comprehendit nedum scripturae authenticitatem sed veritatem eorum quae in scriptura referuntur. Unde authenticitas magis pertinet ad veritatem seu qualitatem extrinsecam; genuinitas magis ad intrinsecam*. En el documento público reside una presunción de genuinidad y esto es lo que hay en principio que probar en el documento privado. Pero ¿no es cierto que por el acto del depósito bajo fe pública, en nuestro caso, no se presenta problema acerca de que sea o no genuino? A nuestro entender, el ser genuino es integrante de la nota de autenticidad, de manera que cuando se habla de documento auténtico, nos referimos también a ese elemento intrínseco.

ros³², que declaró que el párroco hace fe, en el libro de matrimonios, del acto o celebración misma del matrimonio, mas no de otros aspectos, como son los que hacen referencia al oficio del párroco, ni tan siquiera respecto a la validez de dicho matrimonio, que ha de probarse por otros medios³³. En definitiva, esto conduce a reconocer que una ajustada interpretación del c. 1816, lleva consigo unas limitaciones de aplicación más restrictivas de lo que en principio parecía.

c) La sentencia rotal comentada, ¿qué crítica hace de los diversos criterios seguidos por las sentencias del Tribunal del Vicariato de Roma?

Respetuosa con el criterio de valoración legal de la prueba, que contienen los cc. 1816 y 1817, no formula juicio sobre las apreciaciones que hiciera en su día el Tribunal del Vicariato, en sus diversas sentencias, acerca de esos distintos documentos. Prescinde de este problema, es decir, de la convicción a que pudo llegar el Tribunal de justicia con base a una prueba documental, se trate de instrumentos públicos o privados, según se le ponga de manifiesto en el proceso la autenticidad de su contenido y la genuinidad de su otorgamiento. Y se remonta, en cambio, al tema de la calificación de la naturaleza de dichos documentos. Para, con arreglo a ello, sentar la doctrina de que los documentos, tenidos en cuenta en diversas ocasiones por el Tribunal referido, no son de aquellos a los que puedan serle atribuídos la fuerza probatoria de los documentos públicos. Sólo en virtud de una peligrosa equivocación —entiende— tales sentencias pudieron atribuirles tal valor.

La crítica de la sentencia comentada es correcta a este respecto. En primer lugar, *ille chortulae fere numquam sunt documenta publica*: en efecto, concebidas y realizadas en el ámbito privado, aunque luego se depositen en una notaría, no dejan por ello de ser lo que fueron en su origen, es decir, documentos privados. En segundo lugar, porque lo público, en tales casos, es únicamente el *factum historicum depositi*, y tal razón de publicidad no se extiende de ningún modo a las declaraciones, que son ignoradas por el mismo notario; por ello, porque tal depósito público no influye en la naturaleza privada del documento, el testamento ológrafo, aunque sea depositado ante notario, no por eso se hace documento público; y tercero, porque alguna vez adquirieran la categoría de documentos públicos, *fidem non faciunt de veritate declarationum, quae in illis continetur*, citando a este efecto el

32. M. CABREROS DE ANTA, ob. tom. y edic. cit. pág. 575.

33. Es indudable que en esta sentencia se descubre esa distinción que, en todo documento público, ha de observarse: Su «valor oficial, o menciones auténticas que expresan actos propios del funcionario público, o actos ajenos pero percibidos por la vista del funcionario», y «valor testimonial del documento público, que se refiere a las declaraciones de las partes». Estas, aunque efectuadas ante el funcionario competente, «son sólo un eslabón en la conducta histórica de las partes, que pueden tener un *antes* y, sobre todo, un *después*». Entre uno y otro acto, hay siempre un intervalo. «Intervalo es el vacío jurídico entre un hecho y el siguiente» Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *La fe pública*. «Revista de Derecho Notarial», V, Julio-Diciembre 1957, págs. 38 y 39.

antecedente de la Sentencia rotal, *coram* Florczak, de 5 de junio de 1926, que fijó en este caso los límites de eficacia probatoria de estos documentos públicos, según el c. 1816: «*fidem faciunt de iis quae directe et principaliter in iisdem affirmantur, idest de facto depositiorum, non autem de earum veritate*»³⁴.

d) Este último citado argumento de la sentencia comentada, no aporta nada nuevo, sino que se reduce a reiterar lo que ya había dicho antes: que el documento otorgado y escrito privadamente, sigue siendo privado aunque luego se incorpore al archivo de un notario, con lo que únicamente es público el hecho de su depósito. No llega a establecer esa —así al menos la estimamos— clara distinción que acabamos de exponer, y que parecería perfilarse en la sentencia, al afirmar que los documentos públicos no hacen siempre fe de la verdad de las declaraciones que en ellos se contienen. Así hubiera podido quedar sentada doctrinalmente la distinción entre fuerza probatoria formal del documento público y fuerza probatoria sustancial del mismo, y añadir, de este modo, mayor luz que la aportada por la sentencia *coram* Florczak que cita.

Creemos que sólo con base a esta distinción cabe una interpretación acertada del can. 1816, cuando al prescribir cuál sea la fuerza probatoria del documento público, utiliza los términos *directe et principaliter* para designar lo que de sus afirmaciones hace fe. De ordinario, el documento público constatará, con fuerza auténtica de convicción, el hecho de la concurrencia de los otorgantes ante el funcionario fedatario, el hecho mismo del otorgamiento en presencia de éste, de que las declaraciones en él contenidas fueron así fidedignamente expuestas, del día, hora y lugar del otorgamiento, pero nunca podrá autenticar que esas declaraciones fueron verdaderas, respondieron a una voluntad real, etc. Lo que de modo principal y directo se afirma en el documento, es todo lo que constituye el aspecto formal del mismo, mas no su contenido material o sustantivo, como también suele llamársele, que no puede, en principio, gozar de la protección de autenticidad, que goza ese aspecto formal.

Quizá a tal distinción no llegara la sentencia comentada porque como el documento en litigio no era considerado documento público más que en lo relativo a su depósito, el Tribunal rotal no tenía necesidad de comprometerse en una opinión innecesaria para su resolución, pero creemos también que ya que se introdujo —en su crítica de las sentencias del Tribunal del Vicariato de Roma— en el estudio del tema de la naturaleza pública o privada de los documentos que tal tribunal tuvo en cuenta en sus respectivas sentencias,

34. H. JONES ob, tom. y edic. cit. pág 176, expone con claridad, recogiendo doctrina de otros autores, lo que se entiende por *directe y principaliter* en el c. 1816: "*Directe affirmantur ea quae persona publica proprii sensibus percepit... Principaliter affirmantur ea quae auctor documenti primo et per se intendit memoriae tradere et proinde sunt ratio et causa suficiens documenti.*"

debió agotar el tema y terminar de perfilar la fuerza probatoria del documento público. Por eso dijimos antes que la doctrina del Tribunal de la S. Rota Romana comentada era correcta, si bien, ahora hemos de añadir que insuficiente, al no satisfacer las exigencias de interpretación que, respecto al c. 1816, se plantea quien lo contempla con un afán de desentrañarlo en la hondura de su contenido. Y lo mismo cabría decir con relación al c. 1817.

Pero es más, creemos que debió hacerlo así el Tribunal rotal en razón a que el planteamiento de esa problemática, de la pretendida naturaleza pública de los documentos tenidos en cuenta por el Tribunal del Vicariato en sus diversas sentencias, en definitiva, era innecesaria, para la crítica de las mismas. Y si era innecesaria, ya que entraba en la teoría, debió dejarla explicada con suficiencia, fundamentalmente, porque la eficacia que esas sentencias habían concedido a documentos tan distintos, piezas principales de pruebas en los diversos procesos, no derivaba de reconocer a los mismos, en toda ocasión, la común naturaleza de documentos públicos. Unas sí lo habían hecho así; otra, la de 10 de octubre de 1962, declaró, al testamento ológrafo, documento privado, y, sin embargo, llegó a conclusión idéntica a las anteriores, la de decretar la nulidad con apoyo en el documento como instrumento básico de prueba, si bien, en el último de los casos —como la misma sentencia comentada señala—, el Tribunal del Vicariato le concedió al documento privado mayor fuerza probatoria que la que el legislador le concede a un adminículo de prueba, otorgándole la eficacia de una prueba casi plena.

e) Pensamos que el problema no era el de la naturaleza pública o privada de esos documentos, sino que debió enfocarse más bien desde el siguiente punto de vista: ¿qué tenían esos documentos que, ya fueran calificados como públicos o privados —es decir, independientemente de su pretendida naturaleza jurídica—, gozaron en la práctica, en definitiva, de igual *vis* probativa? Si interesaba, pues, el problema, no era para saber si al documento privado se le había, en alguna ocasión, dado eficacia probatoria análoga a la del documento público, sino el por qué de tal eficacia en ese caso concreto y en otros parecidos que pudieran presentarse ³⁵.

Responder a preguntas como la que se acaba de formular es lo que intenta realmente la sentencia de la S. Rota, si bien no lo explicita y se remonte de nuevo a la búsqueda de hipotéticas naturalezas jurídicas, a continuación, en su argumentación jurídica.

35. A veces se da, en la interpretación de la jurisprudencia, como una actitud estática, puramente contemplativa de la doctrina sentada, cuando, en realidad, la doctrina jurisprudencial siempre lleva consigo la carga misma de la vida que, como hipótesis concreta, se le presenta a su decisión. Y esa carga encierra un fuerte dinamismo. Más que si el Tribunal rotal sentó esta o aquella doctrina, suele interesar el por qué la sentó en aquella ocasión concreta. No ver así la doctrina jurídica sentada por los Tribunales de justicia es prescindir de una de sus facetas más importante y explicativa de su decisión; lo que a esa doctrina, en cada caso, le presta apoyo y razón de ser.

Descartado ya el tema de la naturaleza del documento, por entenderlo superado al negarle el carácter público, la investigación del Tribunal tiende a descubrir la naturaleza jurídica de la declaración contenida en el documento, a fin de poner orden entre la fuerza probatoria que desea otorgar al documento y lo que del documento explica que se derive tal fuerza. Es decir, parece que el turno rotal trata de justificar un resultado que estimó —*a priori*— debía ser tenido en cuenta. Mas como tal resultado, con arreglo al criterio legal de valoración de la prueba, no resultaba coherente, a su juicio, con la naturaleza jurídica del documento del que se suponía derivaba, prefirió seguir otro derrotero distinto del que había iniciado: sustituir el estudio de la naturaleza del documento, por el tema de la naturaleza jurídica de la declaración de voluntad contenida en dicho documento. El Tribunal se esfuerza en esa tarea porque ha quedado convencido, de la apreciación conjunta de la prueba —tiene ya una indudable certeza moral—, de la autenticidad del documento, que se acredita de modo público por el depósito que personalmente hiciera ante Notario el mismo autor, acto que es de naturaleza formal y que se halla protegido por la fe pública. Pero, ante el temor de traicionar la ortodoxia del C.I.C. en el tema de la valoración de la prueba, prosigue una investigación hacia otras fuentes doctrinales donde derivar la *vis probativa* deseada, que —sin adelantar, de momento, si consigue o no el hallazgo deseado—, por lo pronto, lo que evidencia es que tal investigación parte ya del pie forzado de pronunciarse antes por el resultado que por la causa que lo origina: es decir, visto que la declaración contenida en dicho documento tiene para el Tribunal completa fuerza de convicción, propia de una prueba plena, ¿qué categoría dogmática doctrinal ha de asumirla para que tal resultado probatorio no parezca inconsecuente con el sistema de prueba legal, sancionado en el ordenamiento? De este modo se evidencia lo artificioso del sistema de prueba legal en contraste con la sinceridad metodológica que ofrece el sistema de prueba libre ³⁶.

V. a) Seguidamente la sentencia comentada asimila a confesiones extrajudiciales las cartas preparadas antes del matrimonio. Desde este momento la sentencia tiende a determinar la naturaleza de las declaraciones de voluntad contenidas en dichas cartas. Prescinde, por tanto, de si son o han llegado a adquirir la naturaleza de documentos públicos. Es más, parece partir de la afirmación, sostenida con anterioridad, de que no son documentos públicos, sino privados. Si hay algo público es el hecho de su depósito ante notario. Pero, de todos modos, esta calificación ya no parece interesar al argumento de la sentencia, pues la fuerza probatoria que se intenta derivar de tales documentos, no trata de hallarla a partir de la naturaleza del documento, sino

36. La prueba tiende a crear una convicción, dice HENRI LEVY-BRUHL en *La preuve judiciaire*, París 1964: *Ce terme, auquel je me suis arrêté après quelques hésitations, me paraît préférable à celui de "vérité", auquel j'avais d'abord songé. Il est plus approprié, nous le verrons, à la preuve judiciaire, mais sans doute convient-il mieux, également, aux autres preuves, même à la preuve scientifique* (pág. 21).

de la naturaleza de la declaración contenida en el mismo. Mas si interesa esa naturaleza es con vista exclusiva al c. 1817. Por tal investigación debió comenzarse quizá: autenticado el hecho de la declaración contenida en el documento, por el depósito ante notario, lo que interesa, a nuestro juicio, como apoyo jurídico de la sentencia, es descubrir la fuerza probatoria de que gozan tales declaraciones de voluntad, auténticas, al menos en su formulación formal pública, al haber sido depositada ante quien, con su recepción, da fe de haberle sido entregada por su autor. Mas la sentencia no sigue este cauce directo: parte del prejuicio de que la prueba, la que sea, no lleva consigo su propia fuerza de convicción, e indaga entonces en la naturaleza jurídica de la declaración a fin de homologarla con algunos de los medios de prueba previstos por el ordenamiento procesal canónico.

Es decir, según esa concepción, no es la prueba misma la que proporciona la certeza, sino la valoración que la ley otorga a dicha prueba. Una vez obtenida la asimilación, derivará, de la categoría jurídica en que se la inserte, la fuerza probatoria que tal categoría comporta según los preceptos legales. Así es como se explica este esfuerzo por intentar la asimilación a la confesión extrajudicial. Al Tribunal se le observa, en este aspecto, bajo el espejismo del c. 1817 en relación con el 1753, que le llevará, más adelante, en su razonamiento, a prescindir del art. 116 de la Instrucción *Provida Mater*. Con esa captación de pretendida naturaleza jurídica, pone de relieve, el Tribunal rotal, que está buscando principalmente una eficacia probatoria que le interesa para lo que estima justicia de la decisión. Y como aprecia que esta eficacia de todos modos debe darse, en virtud de un excesivo apego al sistema de prueba legal, sacrifica el concepto legal y doctrinal de confesión extrajudicial, a fin de obtener el apetecido resultado: esa fuerza probatoria que le llevará a declarar la nulidad del matrimonio.

b) En efecto, la sentencia se ha de *inventar* —en el sentido de descubrir— un término *confessio*³⁷ de aplicación estricta a las causas de nulidad de matrimonio, que *impropio sensu adhibetur*. Y ha de adoptar este concepto artificioso —lo reconoce la misma sentencia— porque el c. 1750 exige, como requisito esencial, para que se dé la confesión judicial —y los términos que indicamos se requiere como *condictio sine qua non* de toda confesión, sea judicial o extrajudicial—, que ésta sea hecha *contra se et pro adversario*³⁸.

37. Para el estudio de la unidad conceptual de la confesión, sea judicial o extrajudicial, cfr. GIUSEPPE MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, en *Scritti Giuridici III*, Milano 1948. El diferente tratamiento de una y otra comienza, a juicio de este autor, al enseñarse ciertamente *che l'istituto nelle diverse configurazioni risultava sempre da una "testimonianza" contro se stessi, la cui efficacia dipendeva dall'esistenza di un "animus confitendi"; che la conf. stragiudiziale distinguevasi dall'altra solo per la necessità d'essere essa medesima provata e perchè non escludeva ogni dubbio sull'esistenza di quell'animo; e che entrambe avevano piena forza provante*" (pág. 43).

38. La confesión extrajudicial se diferencia de la judicial, sólo por realizarse *extrajudicium*, pero si se tiene en cuenta en el proceso, si el juez puede apreciar

En cambio, la confesión del simulante, entiende la sentencia, es *pro parte actrice et contra vinculum*. Claro es, que no queda con esto satisfecha la sentencia, pues entiende que únicamente para las causas de nulidad de matrimonio, cabe, según la *Instructio Provida Mater* (art. 116), un concepto distinto de confesión extrajudicial del cónyuge, *quae adversus matrimonii valorem pugnet*, o sea *pro se* y contra el adversario, entendiendo aquí la sentencia por adversario, a nuestro parecer, no a la otra parte procesal, sino al vínculo mismo del matrimonio.

En tal concepto entendemos reside uno de los puntos científicamente más débiles de la sentencia comentada, lo que evidencia únicamente el esfuerzo del Tribunal para, con una interpretación *sui generis* del concepto de confesión, procurar la solución que estima acertada para la justicia de la decisión. Esto significa tanta como seguir su libre convicción, aunque intente ajustarse, al menos aparentemente, al sistema de prueba legal. Para ello, interpreta el término *adversario* del c. 1750, a la pretendida luz de la *Instructio Provida Mater* (art. 116), en el sentido de que en las causas de nulidad de matrimonio el verdadero adversario, y casi siempre único adversario, es el vínculo del matrimonio. Con ello confunde lo que en el c. 1750 se presenta como posiciones enfrentadas de partes procesales, portadoras de intereses contrapuestos en el proceso, con la relación que se da también en el proceso mismo, no *inter partes*, sino entre sujeto y objeto procesales. Interpretar de este modo el concepto confesión —no en sentido jurídico, llega a decir, sino moral, *de admissione nempe alicuius illiciti patrati*—, significa tanto como cambiar sustancialmente el concepto de confesión como medio de prueba, no sólo ya tal como lo entiende el C. I. C., sino también como lo entiende toda la doctrina procesal³⁹.

su valor es, conforme al c. 1753, porque *in iudicia deducta*. Pero sus requisitos sustanciales, para que produzca efecto en juicio, independiente de su forma de producirse, *coram iudice* o no, es que sea —como la judicial misma— *contra se et pro adversario*. A. BLAT, ob. tom. y edic. cit. pág. 273, cuando define la confesión extrajudicial según el concepto del c. 1753, dice: *ad ipsimet adversario...*, *et in cuius favorem proinde*. Viene también a confirmarlo R. NAZ, ob. tom. y edic. cit. págs. 285, al decir: *L'acte privé avoué ou reconnu fait preuve "contre" son rédacteur ou son signataire et contre ses ayants cause, au même titre qu'un aveu "extrajudiciaire" (c. 1753)*.

39. Baste, a título de ejemplo, citar en la doctrina procesal española a Emilio Gómez Orbaneja, quien sostiene —*La prueba preconstituida*, en «Anales de la Academia matritense del Notariado», Tom. II, 1950, pág. 96— que «es esencial al concepto de confesión que el hecho declarado (admitido) sea desfavorable al que lo emite, y por tanto, el documento que contenga una confesión ha de ser necesariamente *contra scribente*». Precisamente no cabe deducir en modo alguno de la obra de C. Furno, tan proclive al reconocimiento del sistema de prueba legal, que la confesión pueda ser en alguna ocasión *pro se*. El que las pruebas legales nazcan de la uniformidad con que la experiencia manifiesta el obrar humano, es lo que ha hecho, a su sentir, decidirse el legislador a formular, de una vez para siempre, lo que el juez había de formular en cada caso concreto, evitándose así que el resultado práctico de las apreciaciones judiciales, de naturaleza discrecional, puedan variar de caso a caso. Y esa uniformidad con que se muestra la experiencia, indica que, al igual que «es normal que el documento público testimonie fielmente la verdad en los instrumentos que autorice», tam-

El respeto al concepto de confesión, tal como ha sido consagrado por el c. 1750 —es decir, siempre *contra se et pro adversario*— es lo que no hace apta a la confesión judicial para constituir prueba contra la validez del matrimonio, conforme reza el art. 117 de la *Instructio Provida Mater*⁴⁰. Dado el carácter de prueba plena que a la confesión judicial otorga el c. 1751, bastaría que el cónyuge demandado confesara —*contra se et pro adversario*— el vicio de nulidad, causa de la acusación del matrimonio, para que el vínculo se viera gravemente amenazado en evento de simulaciones procesales, y sólo defendido en cierto modo por esa concesión al bien público del c. 1751 *in fine* y a la protección que *pro validitatem* preste en el proceso de nulidad el Defensor del vínculo. El principio *favor matrimonii* del c. 1014 impide esa confesión que atentaría gravemente a la seguridad y permanencia que el vínculo reclama.

c) Es en el anterior contexto en el que tiene plena explicación el art. 116 de la *Instructio Provida Mater*. La sentencia comentada deja sentado que, excluida de los procesos de nulidad la confesión judicial, si no se admitiera la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial, las causas por simulación carecerían de prueba —quizás hablar de carecer, a nuestro juicio, resulte exagerado; creemos más bien que acreditar la simulación se haría más difícil—, pero que en rigor, aun en los casos en que se demostrara por otros medios de prueba, como pudieran ser testigos por ejemplo, de todos modos, esos testimonios tenían que encontrar por lo menos su origen en alguna especie de confesión extrajudicial —aunque fuera hecha en conversación privada con el testigo— efectuada por alguno de los cónyuges. Es decir, estima que la prueba ha de partir necesariamente de un concepto de confesión, al menos entendido en sentido moral, al estilo de la que se aprecia en la sentencia rotal, como reconocimiento de haber cometido algo ilícito, que trasciende a alguno o algunos, que luego testimonian de lo que oyeron o vieron en alguno de los cónyuges⁴¹: como un conocimiento recibido por vía de confidencia, y que

bién «es normal que quien reconoce hechos *contra se* diga la verdad» (C. FURNO, ob. y ed. ult. cit., pág. 175). Si ese juicio de valor acerca de la conducta humana repetida, es el supuesto de la prueba legal de confesión, ¿cómo no vamos a rechazar una aplicación de este sistema a una llamada prueba de confesión extrajudicial que contradice dicho supuesto de experiencia?

40. LEÓN DEL AMO, *La prueba de la simulación en las causas matrimoniales*, «Revista Española de Derecho Canónico», 1963, pág. 427, al recoger la doctrina de Sánchez, dice que este autor, al preguntarse si se había de creer al cónyuge que manifestaba haber simulado el consentimiento, entendía, como primera conclusión, que en el fuero externo no es prueba suficiente la sola confesión del simulador. Luego, la admite, si es jurada esa confesión y concurren otras circunstancias. En rigor tal tipo de prueba, hemos de afirmar, es inadmisibles por no responder al concepto de confesión. Tendrán que ir por otros senderos las declaraciones del simulador, con el objeto de que tengan un cierto valor probatorio si lo merecen —testimonios, documentos—, pero nunca por la vía de la confesión extrajudicial. Hora es ya de que tanto la doctrina como la jurisprudencia canónicas, dejen de llamar confesión a lo que nunca pudo serlo.

41. En este sentido se expresa L. DEL AMO, ob. cit., pág. 395, cuando señala, que, dada la naturaleza interna del acto que se intenta probar, no es posible una

posteriormente es dado a conocer por el tercero que la recibió. Y desde este punto de vista cabría aceptar ese *probatione carerent* de que habla la sentencia comentada, aunque tal prueba no por ello dejaría de ser testimonios y no de confesión, y sujeta, en todo caso —si se sigue con cuidado el sistema legal—, a la fuerza probatoria del c. 1791; gracias a la remisión que al mismo hace el art. 136, § 1, de la *Instructio Provida Mater*. No obstante pensamos que igual que pudiera la simulación revelarse por esta prueba de testigos, no eliminamos en hipótesis, de modo absoluto, la posibilidad de que declaraciones anteriores de los mismos cónyuges, efectuadas privadamente sobre la simulación, puedan también patentizarla más tarde, a través de otros medios de prueba como es el documento que contuviera una confesión o una declaración de voluntad.

Ahora bien, independientemente de que sólo la confesión extrajudicial fuera el único medio posible de probar la simulación, como sienta la sentencia comentada, lo cierto es que tal confesión no tiene por qué proceder necesariamente de la parte que pretende la nulidad, y creemos que mayor fuerza de convicción tendría tal confesión si se obtuvo, en tiempo no sospechoso —si fuera en tiempo sospechoso podría pensarse en una confabulación de las partes enfrentadas en el litigio—, de la parte que se oponga a la nulidad. El art. 116 citado no se refiere más que a la *confessio extrajudicialis coniugis, quae adversus matrimonii valorem pugnet*. Y aquí podría residir la llamativa novedad del precepto frente al C. I. C.: La confesión judicial queda prohibida, si bien la extrajudicial no se excluye si, en tiempo no sospechoso, alguno de los cónyuges hizo un reconocimiento que pudiera afectar a la validez del matrimonio. Tal prueba, a pesar de todo, tendría que ser también *contra se et pro adversario* para poder ser llamada con rigor confesión. Y habría de proceder, por tanto, de quien se opone a la nulidad del vínculo en el proceso. No de quien pretende la nulidad, pues todo tiempo puede llegar a resultar sospechoso para quien impugna la validez de un matrimonio, si esa nulidad pretendida ha quedado preparada de algún modo por él.

d) Cabe preguntarse sin embargo, ¿admite realmente el art. 116 ya ci-

prueba directa de la simulación. Los testigos «no prueban sino un hecho (la confesión), del que hay que deducir si realmente existió o no otro hecho distinto», y añade: «luego ni en el mejor de los casos es posible probar directamente la simulación». Efectivamente es así, pero... ¿y ese testamento ológrafo de la sentencia del Vicariato antes citada? ¿*Quid* del documento público o del privado que contengan, no ya reconocimiento o declaraciones de ciencia, sino declaraciones de voluntad de los cónyuges, o de alguno de ellos, haciendo constar expresamente que la voluntad exteriorizada no respondió o no responderá a la voluntad interna, ¿no son elementos de prueba directa? Convencerán más o menos, pero el que sea prueba directa no depende de su fuerza de convicción; depende de cómo el hecho que se trata de probar llega a conocimiento del Tribunal, o directamente de su autor, o por referencias indirectas, o por deducciones lógicas, partiendo de una conjetura, presunciones. La prueba de este tema de la simulación se hace difícil, pero no imposible. Pues siempre cabrá probarla —como añade Del Amo— «indirectamente, probando hechos que o en primero o en ulterior grado tengan relación con el acto interno».

tado, un tipo de confesión como el que define la sentencia, contrario al concepto doctrinal de confesión, es decir, no *contra se et pro adversario*, sino *pro se et contra adversario*? Si se estima, como la sentencia comentada, que los términos *quae adversus matrimonii valorem pugnet*, se refieren al vínculo, no se mostraría en principio conculcado el concepto de confesión; caso contrario, no sería admisible, pues deja de ser necesariamente *contra se et pro adversario*, como así resulta que lo es, ya que se ha de entender por aquí *adversario*, no el objeto —es decir, el vínculo—, sino el sujeto procesal enfrentado con el que hizo la confesión.

Cabe, pues, distinguir una confesión extrajudicial adversa al vínculo, procedente de quien en el proceso se muestra favorable al mismo y que está, por ello, en oposición al sujeto que ejerce el *ius acussandi*. Como también hipotéticamente cabe pensarse en una confesión extrajudicial, favorable al vínculo, del sujeto que más tarde, en el proceso, se muestra impugnándolo. La confesión judicial de los cónyuges queda prohibida en absoluto según el art. 117 de la Instrucción *Provida Mater*. Pero de la extrajudicial no hay prohibición absoluta. ¿Tiene algún valor en este sistema legal de prueba? En el texto legislativo se habla de prueba de documentos, de testigos. En ellas puede encontrarse de algún modo, quien recibe estas pruebas, con confesión o confesiones extrajudiciales, y en el amplio sentido antes comentado. Su valoración es dudosa. Habrán de apreciarse conforme a los criterios que, para esos mismos medios de prueba que la contienen, se establecen. Pero es posible que, al encontrarse el juez con esas confesiones extrajudiciales, en alguna de ellas haya una manifestación de alguno de los cónyuges contraria al vínculo, a la validez del matrimonio. El riesgo de admitir indiscriminadamente esta prueba, ya proceda de cualquiera de los cónyuges, se potencia cuando pone en peligro el principio *favor matrimonii*, que ha de ser siempre salvaguardado. De aquí el precepto del art. 116, que señala un valor, a esta prueba, limitado, y sujeto a ciertas exigencias que la hagan no sospechosa.

Una concepción coherente con el valor de prueba de la confesión, ha de llevar, por consiguiente, a interpretar el art. 117 de la Instrucción *Provida Mater*, como una prohibición absoluta de la prueba de confesión judicial en procesos de nulidad de matrimonio, y, en cambio, el art. 116, como un precepto de reconocimiento y valoración de la confesión extrajudicial, hecha en tiempo no sospechoso por uno de los cónyuges, y que resulte adversa al matrimonio, pero siempre que tal confesión reúna las condiciones exigidas, por su propia naturaleza, sin las cuales no cabe hablar de confesión —sea judicial o extrajudicial—, es decir, que sea *contra se et pro adversario*.

Los términos de la ecuación del cit. art. 116, no son, pues, cónyuge y *adversus matrimonii*, como parece deducirse de la sentencia comentada, sino *confessio extrajudicialis y adversus matrimonii*. Es decir, las posiciones procesalmente enfrentadas son cónyuges y defensor del vínculo y a veces el otro cónyuge también; desde otro punto de vista, desde el del art. 116, los enfrentados son confesión extrajudicial y validez del matrimonio. Pues bien,

conforme a este precepto legal, la confesión extrajudicial de alguno de los cónyuges, que sea adversa al matrimonio, es la que tiene el valor de adminículo de prueba, a apreciar rectamente por el juez, si se produjo en tiempo no sospechoso. Con esta exigencia se intenta evitar peligros de simulaciones preparatorias del proceso de nulidad por ambos cónyuges. Pero esa confesión extrajudicial de todas maneras ha de responder a su naturaleza de confesión, es decir, ha de proceder del cónyuge que en el proceso se oponga a la nulidad, y, por tanto ha de ser *contra se et pro adversario*. Sólo con tal exigencia cabe que la confesión extrajudicial procedente de alguno de los cónyuges, adquiera relieve en el proceso, como adminículo de prueba. Creemos que esta es la única interpretación que permite el art. 116, que dice: *Confessio extrajudicialis coniugis, quae adversus matrimonii valorem pugnet*. Entenderlo de otro modo sería tanto como interpretar el precepto como si dijera: *Confessio extrajudicialis coniugis pugnantis adversus matrimonii valorem*. Y esto no es admisible.

VI. ¿Qué valor puede entonces darse a esas declaraciones de voluntad adversas al matrimonio, efectuadas por quien, también más tarde en el proceso, se muestra adverso al mismo, al acusarlo de nulidad?

Desde luego, no el valor de una confesión, aunque sea extrajudicial; más bien nos encontramos en presencia de otras figuras jurídicas, quizás no tenidas en cuenta por el *Codex*, pero que indudablemente instruyen a quien contemple la prueba, ya que proporcionan datos favorables que ayudan a formar la convicción.

Ahora bien, al no considerarlas —al menos de un modo nominal— expresamente el ordenamiento canónico y no poderle conceder, según su concepción acerca de la prueba, una eficacia probatoria conforme al sistema de prueba legal, trata el Tribunal rotal, en este caso, de asimilar, el tipo de figura jurídica que se le presenta, a alguna de las categorías de medios de prueba legales, y obtener, de este modo, una eficacia probatoria, de la que carecería en principio mientras el Tribunal no llegue a operar con criterios valorativos propios de otro sistema de apreciación de pruebas.

a) El concepto de prueba preconstituída cuenta ya bastante más de un siglo en la doctrina procesal. Fue Bentham quien por vez primera utilizó el término. Según este autor, «el testimonio producido en una causa consistente en un escrito auténtico que ha sido hecho con sujeción a ciertas formas legales, para ser empleado eventualmente en clase de prueba jurídica, puede llamarse *prueba preconstituída*»⁴². Pero él distinguió la prueba preconstituída según derivara de ambas partes, o solamente de una de ellas; a esta segunda la designó con el nombre de «semipreconstituída». Cuando este segundo tipo de

42. JEREMÍAS BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, I, trad. de J. GÓMEZ DE CASTRO, Madrid 1835, pág. 32.

prueba es aportado en juicio por el propio autor del escrito, y lo aporta a su favor, ¿qué valor probatorio tendrá? A esta pregunta contesta el mismo Bentham: «Un escrito de su mano no ofrece un riesgo mayor de mentira que una respuesta de su boca, y sin embargo el escrito puede servir para confirmar o completar una deposición, especialmente si en el momento en que lo ha hecho no podía prever la circunstancia que provoca el litigio y le compele a valerse de él»⁴³.

Un documento, como el depositado ante notario por el luego actor, tiene mucho de prueba semipreconstituída, en el sentido en que la entiende Bentham. Indudablemente, quien acusó con posterioridad el matrimonio quiso dejar constancia, antes de contraerlo, de cual fuera su verdadera voluntad. Y esto lo hizo patente por medio de una contradeciaración. «En sentido restringido y técnico con el término contradeciaraciones se indican *aquellos actos destinados a permanecer secretos por cierto tiempo y que tienen por finalidad contradecir en todo o en parte actos patentes*»⁴⁴:

Independientemente de la naturaleza jurídica que se atribuya a las contradeciaraciones, ya sean calificadas, como al sentir de Ferrara⁴⁵, de negocio de fijación, o, como dijo Messina, de acto de reconocimiento escrito de carácter negativo⁴⁶, o de, como opina Furno, declaración probatoria de índole confesoria, lo cierto es que, en nuestra hipótesis, nos hallamos en presencia de un acto indudable de declaración de voluntad contraria al matrimonio que se va a contraer. Y que tal declaración fue realizada con el evidente deseo de preparar el resultado de un proceso futuro en el que se acusara de nulidad el matrimonio, patentizando, para el evento procesal previsible, que, al menos,

43. J. BENTHAM, II, ob. y ed. cit. pág. 28.

44. C. FURNO, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. de L. SANCHO MENDIZÁBAL, Madrid 1957, pág. 244. El subrayado corresponde a una cita de Coviello recogida por Furno.

45. «La contradeciaración, dice FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid 1953, pág. 369, es, por decirlo así, la documentación de la simulación *inter partes*, a manera de prueba para perpetua memoria que las partes constituyen en garantía de su respectiva posición jurídica». Ahora bien, para este autor, es un acto de reconocimiento (vid. ob. y ed. cit. pág. 369-375), y se explica la postura fácilmente cuando se observa que, para Ferrara, la contradeciaración no se contempla como manifestación de voluntad unilateral, sino como un negocio jurídico en que interviene siempre más de uno: reconocimiento precisamente de ese acuerdo de voluntades contrario al negocio aparente. Como la simulación —agrega FERRARA, ob. y ed. cit., pág. 124— requiere el concurso de varias partes contratantes, está excluida del campo de los actos unilaterales. Con mucha mayor razón sería inaceptable la simulación, en un negocio bilateral, por simulación de uno de los contratantes. No olvidemos que para este autor (ob. y ed. cit., págs. 111-114) es inconcebible aceptar la simulación para el matrimonio civil, que es el que contempla. Para él, la intervención del oficial público en el matrimonio, tiene «carácter integrante, de realización del matrimonio mismo» (pág. 111).

46. Para G. MESSINA, *Simulazione assoluta*, en «*Scritti Giuridici V*», Milano 1948, pág. 108, en la contradeciaración no hay más que una *volontà d'esecuzione dell'accordo di simulare nei rapporti interni tra i simulanti come una volontà di esecuzione, e non costitutiva, è quella que presiede alla stipulazione del negozio simulato*.

el consentimiento del marido adolecía de vicio de simulación. Y por el acta de constitución del depósito, ante quien gozaba de fe pública extrajudicial, quedó autenticada que la declaración de voluntad, contenida en el documento depositado, respondía a la voluntad declarada del depositante, autor del mismo.

b) ¿Este tipo de prueba contraria al negocio futuro ha de ser asimilada necesariamente al instrumento o medio probatorio llamado confesión extrajudicial? Porque si se adopta esta opinión, nos hallaremos con la misma dificultad que ya antes nos habíamos encontrado. Es decir, que si es confesión ha de ser *contra se*, y entonces habría que negarle, al documento contemplado, su valor probatorio en el proceso. En tal situación ocurriría lo que afirma Gómez Orbaneja, en relación con Wach, al observar que si para este autor «el concepto de documento es puramente formal», hay que concluir que tales documentos, o tipo de documentos, «no son propiamente una fuente de prueba (un *argumentum probationis*), sino una forma especial de manifestación de una fuente de prueba: confesión, testimonio...»⁴⁷.

A esa concepción responde la postura de Furno cuando niega que la contradecларación sea una voluntad normativa autónoma. Para este autor es «un hecho y, precisamente, la exposición o narración de *lo que* ha sido querido *en realidad* frente a *lo* que exteriormente aparece como querido. Por lo tanto —continúa— es evidente la naturaleza no normativa (y por tanto no negocial) de las contradecларaciones, las cuales, en cuanto tienen por finalidad sólo la constatación de la simulación, o simulación, o sea, de la inexistencia, o de la existencia con contenido diverso, de una relación jurídica, son típicas declaraciones *representativas*. Y puesto que una declaración representativa de parte sólo puede tener eficacia probatoria en tanto en cuanto sea contraria al interés del declarante, habrá que concluir reconociendo a la contradecларación una típica naturaleza confesoria»⁴⁸. Concepción muy de acuerdo con toda la de este autor, que muestra tanta simpatía hacia el sistema de prueba legal, hasta el punto de llevarlo a asimilar, a las pruebas prefijadas en la tarifa legal, todo fenómeno probatorio, y a la confesión extrajudicial todo tipo de declaración de voluntad que haga la parte fuera del proceso. Así ocurre, por ejemplo, para Furno, con el reconocimiento, cuya esencia jurídica, a su parecer, «no es una declaración que tiene por contenido la voluntad de rendir homenaje a la verdad, sino simplemente una declaración de verdad o de ciencia, una constatación *contra se*»⁴⁹.

A nuestro juicio, sin embargo, hay una distinción esencial entre declaraciones representativas, como llama el mismo Furno a esas declaraciones de voluntad cuando son efectivamente éso, declaraciones de voluntad, y la con-

47. E. GÓMEZ ORBANEJA, ob. y ed. cit. pág. 95.

48. C. FURNO, ob. y ed. ult. cit. pág. 248.

49. C. FURNO, ob. y ed. ult. cit., pág. 86.

fesión extrajudicial a la que suele corresponder un reconocimiento. La distinción cabe incluso deducirse de algo que, contra nuestro parecer, sostiene, al igual que Furno, Rodríguez Espejo. Este autor afirma que «la confesión extrajudicial puede consistir no sólo en una declaración de ciencia, sino también en una declaración de voluntad»⁵⁰. En nuestro sentir una declaración que sirva sólo de expresión de voluntad, nunca debe ser calificada de confesión, sin perjuicio de que alguna vez pueda presentarse conteniendo, implícita y secundariamente, una confesión⁵¹. En esta segunda hipótesis convendrá discernir lo que en ella haya de confesión de lo que haya de expresión de un querer. Por ello será preciso distinguir lo que es mera declaración de voluntad de lo que, en una declaración, no es expresión del querer de su autor, y sí acto de reconocimiento: esto último sería propiamente una confesión extrajudicial.

Toda confesión, sea realizada en sede judicial como extrajudicial, implica un acto de reconocimiento. No va dirigida a producir efectos jurídicos, aunque alguna vez, de modo indirecto, pueda producirlos. Pero los producirá en tanto en cuanto patentice o ponga de relieve, acredite, hechos o actos jurídicos que lo producen. No será el acto mismo de la confesión el que los produzca, sino el hecho o acto jurídico desvelado por medio de la confesión. En rigor, la confesión, al igual que puede serlo la prueba de testigos, es tal prueba en tanto da a conocer hechos, acontecimientos, de los que el confesante ha tenido noticias, bien porque él los ha percibido de un modo directo por sus sentidos, o indirectamente, o porque se ha formado conciencia de ellos de algún otro modo. Pero siempre hará referencia a acontecimientos pasados de los que más tarde se intenta obtener una representación. No importa que el tiempo transcurrido entre acontecimiento y representación sea más o menos dilatado. Lo que importa es que la representación sea de algo pasado, aunque este pasado sea casi inmediato. Es más, el art. 116 de la Instrucción *Provida Mater* exige que la confesión extrajudicial, para que tenga algún valor como prueba, precisa de que afecte a un tiempo no sospechoso. Entonces se comprende el valor que puede tener, de prueba de confesión extrajudicial, las declaraciones contenidas en cartas privadas de alguno de los cónyuges cruzadas después del matrimonio, siempre que no quepa calificarlas de sospechosas como preparatorias de una prueba anticipada de la nulidad del vínculo. Sólo

50. JOSÉ RODRÍGUEZ ESPEJO, *La confesión extrajudicial; concepto y naturaleza*, Pretor, Abril-Mayo 1960, pág. 257.

51. La actitud del confesante, para JAIME GUASP, *Derecho Procesal civil*, Madrid 1962, págs. 355 y 356, «constituye una creencia o un conocimiento y no una voluntad o un querer, por lo cual las declaraciones que emiten las partes en la confesión deben configurarse como declaraciones de ciencia y no como declaraciones de voluntad; la caracterización de las declaraciones confesorias como declaraciones de voluntad no está de acuerdo con el concepto esencial de la prueba y con su significado básico de tratar de lograr la convicción psicológica del Juzgador». Este mismo autor mantenía idéntica doctrina en ocasión anterior: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, T. II, vol. 1.º 2.ª Parte, Madrid 1947, págs. 460 y 461.

bajo este estricto enfoque es permitido hablar de prueba de confesión contraria al vínculo, si bien no tenga más fuerza que la de adminículo de prueba, es decir, que, junto con otros medios probatorios, puede formar la convicción del juzgador⁵². En esos documentos habría de encontrarse en todo caso como un reconocimiento de algo que se dio, que ocurrió tal como la carta constata.

c) Cabría entonces preguntarse si esas cartas, u otro tipo de documentos, pueden tener el mismo valor probatorio si se redactaron antes del matrimonio, puesto que a ello se refiere también el art. 116.

Hay entonces que reconocer que lo que en todo caso proporcionan es una prueba, no acerca de un matrimonio todavía no celebrado, sino de la disposición de voluntad del futuro contrayente en relación con un acto futuro, pero la prueba sería una confesión de algo que es anterior al matrimonio, no del matrimonio mismo. Tales documentos, de estimárseles confesión extrajudicial, no proporcionan más pruebas que la de revelar que las disposiciones, de quien iba a contraer el matrimonio, no respondían, en aquel momento, a las exigencias de consentimiento que el matrimonio reclamará en su día para la validez; y, por consiguiente, no representan el consentimiento matrimonial mismo otorgado posteriormente.

En sistema de prueba libre servirán, con otros elementos probatorios, como indicios de que al pronunciarse, en el acto formal de contraer, la voluntad externa, ésta pudiera ser que no respondiera a la voluntad interna y verdadera del contrayente —datos indiciarios que, unidos a otros, nos pueden dar a conocer una voluntad hipotética. Pero en un sistema de prueba legal, tal dato probatorio poco o ningún valor tendría contra un acontecimiento posterior en el que las voluntades externas se formularon en debida forma, mientras no se llegue a acreditar que, en ese momento mismo de la celebración, era otra la voluntad interna. Y cual fuera esa voluntad, en dicho momento, sólo lo puede proporcionar una prueba que en el mismo momento se produjera, coincidente y contradictoria con el acto externo, o una prueba nacida posteriormente al acto, en momento no sospechoso dice el precepto, y que sirva para reconstruir el hecho representado en vía probatoria, no hechos o fenómenos anteriores que no coincidieron ciertamente con la reali-

52. Aunque se refiera a la pretendida confesión extrajudicial del simulador, vale, para el verdadero tipo de confesión de la simulación, lo que dice L. DEL AMO (ob. y ed. cit. pág. 413): «De suyo la confesión sola, sin otras presunciones o adminículos, aunque haya sido hecha por persona veraz y proba, incluso bajo juramento, aún considerándola como no sospechosa, no hace prueba plena». Servirá siempre de adminículo de prueba, para, en relación con las restantes pruebas y demás circunstancias, apreciar el juzgador la prueba en su conjunto. Como señala el autor que acabamos de citar (obr. y ed. cit., pág. 424), «nos atreveríamos a decir que las circunstancias son la clave que tiene el juez para descifrar el enigma de la simulación y para decidir si consta o no el consentimiento fingido. Lo advierte expresamente la jurisprudencia siempre que trata de valorar la prueba en los casos de simulación».

zación del acto. *Ambulatoria voluntas est*, se afirmó siempre por los juristas, por lo que lo anterior al acto no pasa a ser, en rigor, un elemento probatorio del acto mismo: si acaso, un indicio que explica y corrobora, en una apreciación conjunta de la prueba, cuando coincide con otros elementos probatorios que tienden a representar, con mayor certeza, el hecho o acto jurídico puesto en litigio. Por ello, no resulta desacertado el artículo 116 cuando a tal tipo de pruebas no le concede más valor que el de simple adminículo.

Por tanto, no cabe hablar con rigor de confesión extrajudicial —como prueba representativa de la voluntad real existente en los cónyuges a la hora de contraer el matrimonio— en relación a un documento que, por ser de confesión anterior al matrimonio, no declara acerca de lo que ocurrió en el matrimonio, sino acerca de cual era la voluntad anterior al mismo. Por tanto, para hablar de confesión extrajudicial, como medio de representación de lo que realmente ocurrió en un acto jurídico, hace falta que los documentos que la contenga —e incluso, como llega a entender la sentencia rotal, cuando tal confesión se obtiene mediante testigos que recibieron confidencia de algunos de los cónyuges— representen de algún modo, no lo que va a acaecer, sino lo verdaderamente acaecido.

d) ¿Entonces —podemos preguntarnos— qué valor probatorio tiene el documento especialmente preparado para enervar o impedir la eficacia del acto futuro? Si es un documento que simplemente constata un fenómeno de hecho existente al momento de su redacción, tendrá el valor de una prueba de confesión extrajudicial si lo redacta la misma parte y resulta de él perjudicado en su interés de parte en el proceso; ahora bien, sólo acreditará, dará testimonio, del fenómeno anterior existente al acto jurídico que se proyectaba; es decir, será una declaración de ciencia en cuanto constata algo que se quiere y se siente, pero que se quiere y se siente en un momento dado, lo que no quiere decir que se mantenga ese querer y ese sentir con posterioridad. No hay presunción alguna en pro de que esa voluntad así registrada se mantenga. Pero, ¿y si, como en el caso litigioso, lo que se hace constar realmente es una declaración de voluntad —no de ciencia, aunque toda declaración de voluntad implícitamente contenga una declaración de algo que se sabe porque se quiere y siente, y, desde este punto de vista, implícitamente es declaración de ciencia— de que no se quiere alguno de los bienes que de esencia el matrimonio procura? De tal modo, que esa declaración se hiciera de modo directo y precisamente con el fin de dejar constancia, ante el evento futuro del proceso de nulidad, de cual era efectivamente la voluntad de uno de los contrayentes.

No hay aquí mera declaración de ciencia, una representación de algo que se conoce o se tiene experimentalmente, sino un deseo manifestado de preparar, para el día de mañana, la prueba de la nulidad del vínculo. Hay ya como un situarse ante la nulidad del vínculo futuro y constituir lo preciso para que esa nulidad se reconozca. Puede decirse que incluso los momentos anteriores al matrimonio eran ya tiempos de sospecha. Tiempos en que, con

vistas a una futura acción de nulidad, se preparaba el resultado, favorable a la nulidad, por el cónyuge que en el futuro piensa que ejercerá el derecho de acusar. ¿No es ya sospechoso este tiempo? ¿Qué valor puede tener esa prueba? ¿Puede calificársele de confesión extrajudicial a un documento que llamaríamos liberador del vínculo que externamente se va a vontraer?

En ese documento ciertamente hay una representación, pero no de algo que se conoce o se experimenta, que se registró en la persona como ocurrido, que es lo que se puede reconocer y confesar. No, en ese documento no sólo se representa, sino que, por encima de todo, se contiene una decisión humana, un querer, una voluntad que no ha tenido en el interior del hombre otra constatación que la del propio juicio. Este juicio que promovió el impulso interior que le llevó a plasmar su decisión documentalmente para que pudiera ser más adelante conocida. Un documento que no puede ser constitutivo de la contraria voluntad al matrimonio, sobre todo por su fecha anticipada al mismo, pero que sí es declarativo de esa contraria voluntad anticipada, y preconstituye, en cierto modo, una prueba de tal voluntad, al haber sido constatada, en su manifestación externa, con antelación al acto formal. Lo que se preconstituye es la prueba, con vistas a destruir un negocio futuro que sí se presentará externamente como constitutivo⁵³.

Estimamos por ello, en primer lugar, que no puede constituir, *strictu sensu*, una prueba contraria a un matrimonio no celebrado hasta dos meses después; segundo, que la sentencia comentada deja sin resolver el problema del intervalo de tiempo entre fechas, del documento y de su depósito notarial, en relación con la de celebración del matrimonio; tercero, que no cabe hablar en buena doctrina de confesión extrajudicial en esta hipótesis, por no ser *contra se* de quien la aportó como medio de prueba; y cuarto, en razón a que si, en virtud del art. 116 de la Instrucción *Provida Mater*, cupiera hipotéticamente concebir una confesión extrajudicial del cónyuge adverso a la validez del matrimonio, que a su vez fuera confesión adversa a dicho matrimonio, si tal confesión se realizó en fecha anterior al matrimonio, o con posterioridad, pero en tiempo no sospechoso, la contenida en el documento, base de prueba para la sentencia comentada, tiene unas características que la alejan de tal prueba. Pues no se trataba de una mera constatación de ciencia de un hecho ocurrido, de un reconocimiento, o de esa misma y sola constatación acerca de algo que va a ocurrir y se teme que ocurra. Al contrario, el documento se redactó por la parte que lo adujo en el proceso, y ella misma lo depositó ante notario en previsión de la futura nulidad; así manifestaba, con un acto de voluntad, cual era su verdadero e interno querer frente al próximo

53. Para la distinción entre documento constitutivo o dispositivo y documento declarativo, vid. JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, ob. y ed. cit. págs. 423-424. En cambio, para la constitución jurídica en general, vid. JOSÉ ZAFRA, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, Madrid, 1962, págs. 23-45. En rigor, toda esta obra es de gran interés para el conocimiento del fenómeno jurídico constitutivo.

matrimonio. Se estaba, por tanto, ya en una situación preconcebida; todo ese tiempo era, por consiguiente, sospechoso⁵⁴. ¿Es que deja quizás de ser sospechoso el tiempo anterior al matrimonio, si ya antes de contraerlo se comienza por confeccionar una prueba a utilizar para el futuro? ¿No sería ésta una fácil argucia para destruir potencialmente todo negocio jurídico que se intente formalizar?

Claro es que la argucia sería inútil en el ámbito de cualquier ordenamiento jurídico civil. El respeto a los derechos del otro contratante, de los terceros de buena fe, la seguridad del tráfico jurídico, impedirían nulidades con base a esa preparación secreta y unilateralmente efectuada. En cambio, con relación al matrimonio canónico, el tema sí es muy de tener en cuenta. El matrimonio como declaración formal de voluntades es signo de una realidad profunda y sagrada que no se produce si no hay consentimiento: *Matrimonium facit partium consensus*, reza el c. 1081, 1.

54. El cónyuge que acusa la nulidad resulta ser quien preparó documentalmente la nulidad ¿Hasta qué punto puede llamársele cónyuge inocente para estar legitimado activamente, si se tiene presente el art. 37, 1, de la Instrucción *Provida Mater*? Sólo el § 3 del art. 37, ha permitido esa legitimación activa, esa posibilidad, por parte del cónyuge que prepara la prueba de la simulación, de ejercer el *ius accusandi*. No es la simulación lo que legitima a la parte actora sino el miedo sufrido. Más que incidir en la simulación, sobre la parte actora pesaba la carga de probar el miedo: su motivación, su fuerza limitadora de la libertad. Más que al estudio de la simulación, la investigación de la sentencia había de centrarse en el tema del miedo como determinante de la simulación. La línea recta y limitadora de la congruencia tenía por núcleo, en este proceso, más que *cual era* la voluntad del actor al momento de contraer, *como estaba* esa voluntad, que le llevó a simular. Porque el *como estaba* es lo que legitima la actuación de la parte actora y el que, en este concreto proceso, se dicte sentencia favorable. Este tema de la congruencia, no siempre bien entendido, puede servir de criterio que garantice que, a lo largo del proceso, no quede conculcado el citado art. 37. 1. Pero esto exigiría un estudio aparte que en este trabajo no cabe abordar y que sólo se deja apuntado. Difícilmente jugará este principio de congruencia, que es uno más de garantía procesal, concebido, como los otros, en favor de la decisión justa e independiente de intereses parciales, si quien legitimado para acusar la nulidad en razón al miedo padecido, que le llevó a simular, centra luego la prueba, y obtiene lo mismo de la sentencia, en el tema de la simulación por él preparada, cuando sería el tema del miedo sufrido lo que arrastraría la conclusión de que la simulación se produjo como consecuencia de esa falta de libertad. Así el documento en que se hizo constar la simulación debió quedar reducido en el proceso a ser contemplado como un efecto del miedo padecido, y no como un instrumento de prueba de un fenómeno jurídico independiente, la simulación. Esta, en el presente proceso, es un tema que depende por entero del miedo. Y sobre este extremo debió incidir la prueba y girar todo el proceso y la sentencia. Entonces el documento que constata la simulación, y sobre cuya autenticidad nadie duda, se mostraría como un *dasideratum* del *metus* probado, sin necesidad de entrar en tema tan enojoso como el calificar de confesión una prueba preparada por quien impugna el acto, y precisamente preparada para impugnarlo. Aquí está, a nuestro parecer, la encubierta incongruencia de la sentencia que comentamos. Quizá el Defensor del vínculo debió matizar más el fenómeno jurídico que se introducía inadvertidamente, al menos para el otro cónyuge y para el Tribunal, en el proceso. Vid. sobre el miedo, a JOSÉ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La nulidad del matrimonio por miedo en la Jurisprudencia pontificia*, Vitoria, 1962, y el trabajo de ILDEFONSO PRIETO LÓPEZ, *Jurisprudencia de la Rota Romana, acerca de la fuerza y el miedo en el matrimonio*, «Revista de Derecho Canónico», 1954, págs. 163-177.

Si no hay ese mutuo consentimiento, por mucho que se cubran los requisitos de forma y por claras y acabadas y conocidas que hayan sido y sean las expresiones exteriores de la voluntad, no habrá matrimonio, no se habrá dado la realidad sacramental. No existirá otra cosa que la presunción del c. 1086, 1. Presunción que, como toda presunción *iuris tantum*, permite la prueba en contrario. De aquí que en el matrimonio canónico, frente a otros negocios jurídicos bilaterales, la contradecларación unilateral pueda y deba ser tenida en cuenta.

Creemos que en ese tipo de prueba confeccionada antes del matrimonio, hay que distinguir, de un lado, documentos que contengan declaraciones de ciencia, reconocimiento de situaciones personales de índole subjetivas, confidencias hechas a terceros y surgidas al paso de los acontecimientos, es decir, constataciones espontáneas acerca de la inexistencia del consentimiento anterior al matrimonio; y de otro lado, las constataciones efectuadas en búsqueda de la futura nulidad, realizadas con la finalidad específica de poder en su día acreditar la nulidad. Ambos tipos de declaraciones, por su diversidad intencional y finalística, deben ser objetos de tratamientos distintos.

Los documentos, ordinariamente cartas privadas, que responden al principio de la espontaneidad, puede decirse que, aceptando el concepto de confesión tal como lo establece el art. 116, responderán a ese concepto de prueba de confesión extrajudicial en tiempo no sospechoso, y con valor de adminículo de prueba regulado en el referido precepto, siempre que perjudique la actitud procesal del confesante; en cambio, los documentos redactados de propósito para preparar el proceso de nulidad futuro —máxime como el que fue redactado, y del que se sirvió la parte actora como prueba en el proceso de nulidad contemplado, expresivo de una declaración de voluntad contraria al consentimiento matrimonial—, no pueden ser considerados, en su contenido, como prueba de confesión extrajudicial con ese valor legal de simple adminículo de prueba. Ciertamente que la sentencia comentada no le reconoce este valor, sino que le otorga mayor fuerza, pero no porque deje de calificar a tal prueba de confesión extrajudicial, sino por estimar que esta prueba, con vista al conjunto del ordenamiento canónico en materia de valoración de prueba, puede seguir criterios apreciativos distintos a los del art. 116 citado. Ya nos detendremos más adelante en este aspecto de la sentencia.

e) El documento objeto de nuestro estudio, y que sirvió al Tribunal rotal de pieza fundamental de prueba en pro de la nulidad, lo que contiene es una declaración de voluntad contraria al matrimonio que se iba a realizar. Si el matrimonio exige de unas declaraciones de voluntad, lo que el autor quiso dejar patente era el que esas declaraciones futuras, que se extriorizarían en forma canónica, no serían más que pura apariencia, que no responderían con verdad al consentimiento interior; que ese matrimonio pendiente de otorgamiento adolecería del vicio de simulación.

Por tanto, lo que el sujeto, actor en el proceso, dejó sentado era que con

prioridad al matrimonio su voluntad se mostraba contraria a la declaración posterior de voluntad que otorgaría en forma. Si esta posterior declaración haría nacer el vínculo matrimonial, también, al parecer de su autor, sería constitutiva, en definitiva, de un negocio jurídico contrario, la declaración de voluntad anterior, que mantenía de momento secreta, y en la que manifestaba el repudio a dicho negocio, su oposición al mismo. Si aquella posterior declaración quedaría constatada por los requisitos de forma que acompañan al matrimonio canónico, antes, con la redacción del documento y su depósito ante notario, quería dejar asimismo constancia de cual era al menos su voluntad verdadera dos meses antes del matrimonio, con relación a éste, y con la mira puesta en servirse un día futuro de tal documento, con el objeto de impugnar la validez del matrimonio contraído conforme las exigencias formales.

Por ello, frente al negocio aparente, constituyó un documento expresivo de su voluntad contraria a dicho negocio. Contra la voluntad que manifestaría exteriormente a la hora de cubrir la forma canónica, hacía la contradecación privada que luego dejaría constatada de un modo fehaciente, al menos en su depósito, como propia, a fin de que superara tal constatación el paso del tiempo e impedir que pudiera dudarse de la autenticidad de su redacción y de la interna voluntad de su autor. Con sentido de previsión, a la declaración de voluntad que se veía forzado a otorgar el luego actor, él mismo respondió anticipadamente con su contradecación dirigida a enervar la manifestada y a dejarla sin efecto en su día. Para ésto, porque sabe que su declaración externa quedará constatada oficialmente y contará a su favor con una presunción de veracidad interna que la protege, deja también constancia, que se conservará de modo fehaciente, de su contradecación ⁵⁵.

Como contradecación —aunque aquí puede presentarse como unilateral—, responde perfectamente al concepto ya citado de Furno y que este recogió de Coviello: «aquellos actos destinados a permanecer secretos por cierto tiempo y que tienen por finalidad contradecir en todo o en parte actos patentes» ⁵⁶. Y cierto también que se habla de contradecaciones a propósito de la simulación, tanto absoluta como relativa.

55. En efecto, independientemente de lo sostenible que pueda ser la tesis sustentada por H. LEVY-BRUHL, por la que distingue pruebas arcaicas y pruebas modernas, como pruebas respectivamente irracionales y racionales, lo cierto es que hay que coincidir con él (ob. y ed. cit. pág. 112) en que *l'écrit es la preuve moderne par excellence... c'est essentiellement la preuve rationnelle. Elle est fort bien adaptée à cet usage, car elle conserve la trace matérielle d'un événement, d'un acte, d'une parole. De pens cette trace est le plus souvent conforme à la réalité, de sorte que sauf exception, on peut se referer à elle pour savoir ce qui s'est passé. L'écrit est plus durable*. A veces, los juristas parece que caemos, a fuerza de establecer nuestras categorías abstractas, en las cuevas que nosotros mismos construimos. A veces convendría que nos despojáramos de nuestras propias vestiduras formales, y decirnos a nosotros mismos ¿qué más dá? ¿pruebas de documentos, confesión...? Ahí tenemos un escrito que da testimonio de algo auténtico... Y concederle todo el valor probatorio que mereciera.

56. C. FURNO, *Negocio de fijación...*, ob. y ed. cit., pág. 244.

Nuestra discrepancia con Furno comienza cuando ve sólo, en esos actos, «típicas declaraciones representativas», a las que no reconoce otro valor que el de prueba de confesión extrajudicial, por lo que han de estimarse únicamente, tales declaraciones, en cuanto sean *contra se*. Para este autor, su postura es incontestable hasta el punto de entender que «el fenómeno de la fijación preventiva extrajudicial ha sido encuadrado enteramente —a través de la minuciosa refutación de la doctrina del negocio de fijación— en el ámbito de la prueba, que es el que técnicamente le corresponde»⁵⁷.

Aquí, por el contrario, creemos que el documento base de la demanda, es la fuente misma de la prueba de la voluntad del autor dos meses antes de contraer el matrimonio. Tal documento de prueba resulta ser, al mismo tiempo, *argumentum probationis* de la simulación, plasmación de un acto de voluntad contrario al matrimonio. De la prueba preconstituida, dice Gómez Orbaneja, que es aquella «mediante la cual se trae al proceso una representación ya formada a fin de comunicar al juez por ese medio y fijar en la sentencia la existencia del hecho representado que constituye el *thema probandum*»⁵⁸. En nuestro caso el documento representa la voluntad que en aquel entonces tenía su otorgante respecto a su matrimonio futuro, pero a su vez es el medio mismo que la contiene, el que creyó tener como más apto y a su alcance para registrar y conservar a lo largo del tiempo esa voluntad hasta el momento en que hubiera de expresarla ante el juez, revelando lo que hasta entonces permaneció oculto. El *thema probandum* queda así categorizado y plasmado en un documento que es medio representativo y a la vez objeto representado. La contradecларación quedó cristalizada en un documento fiel que la representa, de tal modo, que es su propia imagen —es, puede decirse, la misma contradecларación—, pero a su vez, al depositarlo, se convirtió en resto histórico corpóreo que servirá de instrumento de conocimiento —medio de prueba— para el juzgador, por el que vendrá éste a ser instruído del tema probatorio⁵⁹.

Se ha de hablar, en este caso, a nuestro entender, de prueba preconstituida de una voluntad contraria al matrimonio, o semipreconstituida, si queremos seguir con fidelidad la distinción, al menos en el terreno de la ter-

57. C. FURNO, ob. y ed. ult. cit., pág. 278.

58. E. GÓMEZ ORBANEJA, ob. y ed. cit., pág. 87.

59. No se trató en este caso de construir sólo una prueba material, es decir, un documento destinado, como diría J. GUASP vid. *Derecho procesal civil*, ob. y ed. cit., págs. 345 y 346, «a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real», sino prueba procesal misma, dirigida «a producir la convicción psicológica del Juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales» siguiendo también un concepto de GUASP. Y a nuestro parecer esta prueba es, así, procesal, aunque en su regulación no quede sometida a leyes procesales, ni porque se haya concebido según el parecer convencional de quien la creó. A nuestro juicio es procesal porque ese documento, desde su redacción, está llamando al proceso; no podía producir efecto alguno fuera del proceso y su confección se llevó a cabo con vistas a un proceso futuro.

minología, de Bentham. Pero su representación, de todos modos, no llega al momento del matrimonio, representa algo anterior a él. Representa no lo que ocurrió en el acto formal de contraer, sino la disposición anticipada, la voluntad misma del futuro contrayente dos meses antes de dicho acto. Sólo sirve de indicio, de sumando en conjunción con otras pruebas, para juzgar acerca de la verdad de la voluntad en el momento mismo del contrato matrimonial. Su contenido no significa una confesión, de lo que no cabía confesar porque no había ocurrido, sino una preconstitución con vistas al futuro⁶⁰, que no preconstituía el futuro mismo porque la voluntad es cambiabile siempre. No queda más que el indicio⁶¹ de cual podía ser esa voluntad, ya que la existente, dos meses antes, era contraria al matrimonio⁶². No puede ser ese documento prueba plena ni casi plena de la simulación matrimonial, ni quisiéramos someterlo a las tradicionales categorías acerca del valor probatorio. En todo caso, adminículo de prueba. No llega a preconstituir prueba de la voluntad contraria al matrimonio, sino de una voluntad anterior al mismo⁶³ que le era entonces contraria.

VII. a) La sentencia comentada, después de argüir sobre la dificultad de probar la simulación por otros medios que no sea el de la confesión extrajudicial, cita dos sentencias rotales que inciden en resaltar la importancia de esta prueba de confesión en procesos de simulación. Y se llega, en una de ellas, la de 20 de octubre de 1961, a sostener que, en determinadas condi-

60. Independientemente de la posición que, dentro de la clasificación de las pruebas, otorgue Carnelutti a la llamada prueba preconstituída, a la que ve como «una combinación de hecho jurídico y de prueba, una prueba que vale como hecho, y un hecho que consiste en una prueba», interesa sobre todo lo que este autor dice respecto a su génesis, al hacer referencia a la carga de la prueba: «quien tiene interés en afirmar un hecho también tiene interés en procurarse su prueba y, en particular, en preconstituirla» (Ambas citas son de F. CARNELUTTI, *Teoría general*, ob. y ed. cit., págs. 509 y 511 respective).

61. De la prueba por indicios dice H. LEVY-BRUL, ob. y ed. cit., pág. 124: *Elle existe dans toutes les sociétés, même, les plus arriérées. Elle est fondée sur un raisonnement inductif très simple, universellement répandu, et sert de base à des pratiques aussi vitales, que la chasse ou la pêche.*

62. El indicio no sólo es punto de partida para establecer una conjetura. El indicio puede tener un valor probatorio sustantivo del hecho que se trata de acreditar. ¿Quizás cuando se habla, en doctrina y legislación canónica, de adminículo de prueba, no se está haciendo referencia a elementos probatorios de los que se derivan indicios que favorecen y aportan certeza al hecho discutido? No es extraño, por ello, que L. DEL AMO (ob. y ed. cit., pág. 395) reconozca también que puede existir el indicio «con independencia de la presunción, como prueba indiciaria, en cuanto de suyo es un dato específico cierto relacionado con el hecho más genérico que se discute. En este sentido el indicio contribuye a la prueba del hecho que trata de demostrar con el valor de un dato cierto y concreto.

63. Pero además, lo que ese documento no puede ser, ni ha podido serlo nunca, es probatorio del miedo grave, que es lo que justificaría la legitimación del actor para alegar la nulidad y que es el tema con que debía comenzar la sentencia en el planteamiento *in iure* del caso. Porque, en este aspecto concreto del miedo, lo que el actor dejó constancia en todo caso, y en el documento, era que lo padecía, y esta manifestación no puede ser más que una confesión extrajudicial. Mas por haber sido hecha

ciones, la confesión extrajudicial *plenam probationem possit supeditare simulationis*.

Nada tendríamos que objetar si efectivamente se tratara de una verdadera confesión, es decir, *contra se*. La plenitud de la prueba, a nuestro juicio, depende de la fuerza de convicción con que en cada momento se presente, y es indudable que un documento privado, que se estime auténtico, puede contener una declaración de ciencia, o un reconocimiento de la parte que se oponga al vínculo, y que se entienda confesión extrajudicial con plena eficacia de convicción. Pero ha de ser confesión que le perjudique, es decir, confesión favorable al vínculo por parte del sujeto que después lo impugna. Igualmente, cabe concebir una confesión extrajudicial contraria al vínculo por quien se muestra en favor de su validez. Es así como creemos que es únicamente posible interpretar con justeza el art. 116 de la Instrucción *Provida Mater*. Pero además, si se entiende, como ha quedado demostrado, que el sistema de pruebas, según el *Codex*, es el sistema legal, esa confesión de todos modos, cuando es contraria al vínculo, no podrá ser más que un adminículo de prueba.

Una cosa es que una determinada prueba produzca prueba plena, y otra bien distinta es que esa misma prueba, junto con otros adminículos probatorios, y sin nada en contrario de lo que surja una duda prudente, produzca, en su resultado, prueba plena. Sin poder entrar —por las dimensiones de este mismo comentario— en el de las dos referidas sentencias, dado los términos generales en que se expresan acerca de la confesión extrajudicial, nada hemos de objetar a las definiciones formuladas y recogidas en la que ahora se comenta, incluso dentro de un sistema de prueba legal; claro es que si se entiende que esa prueba plena, que lleva aparejada tal confesión extrajudicial, influye en la convicción, es porque se aprecia en conjunto con los demás medios de prueba aportados. Ahora bien, habida cuenta de como se define el texto citado y extraído de la sentencia de 1961, tal expresión sólo merecería completa aceptación en un sistema de libre valoración. Por consiguiente, no parece que en buena doctrina se pueda compartir la conclusión a la que llega, en su fundamentación *in iure* (n.º 5 c, a), la sentencia comentada cuando dice: *ex praecedenti indagazione, nempe ex eo quod "quandoque confessio extrajudicialis maiorem vim probandi habet quam simplex adminiculum"*. Para ello el juzgador ha tenido que conculcar el concepto de confesión, y una vez esto hecho, se ha servido de una apreciación o valoración, de esta prueba,

a favor del que pretende la nulidad, y aportar como prueba este documento que contiene tal reconocimiento, no es aceptable con esa categoría de confesión como medio de prueba con valor de convicción en perjuicio de otro distinto al autor de la declaración. El miedo, indudablemente, exige ser probado por otros medios. Y en tal error, desde luego, no incurrió el Tribunal, que sólo tuvo en cuenta el documento en cuanto prueba de la simulación. Sobre la posición del cónyuge inhabilitado para hacer valer la nulidad, vid. A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel Diritto Canonico*, Milano 1941, páginas 391-396.

impropia del sistema de prueba legal, que es el que el *Codex* preceptua y de cuyos supuestos metodológicos trata el Tribunal de servirse —aunque sin conseguirlo— precisamente por respeto al texto legal.

b) No resulta extraño que, ante las deficiencias de las conclusiones anteriores, el Tribunal, seguidamente, intente de nuevo como una corroboración a la doctrina que acaba de sostener. Para ello se sirve de otros textos legales, quizá con el interno deseo de satisfacerse a sí mismo, y comprobar que no ha seguido hasta ahora un criterio de propio arbitrio en la interpretación de la prueba. A este objeto acude a la ayuda que cree encontrar en otros textos legales canónicos. Pero tal explicación, justificación o añadido, como quiera llamársele, tampoco resulta, a nuestro sentir, convincente. Nos referimos a un tema, no hace mucho apuntado, relativo a sí, del conjunto de ordenamiento canónico en materia de valoración de prueba, puede seguirse, en este campo concreto de lo disciplinado en el art. 116 de la Instrucción *Provida Mater*, distinto criterio que el que este mismo precepto establece. La sentencia desarrolla su razonamiento, en tal sentido, en el Apartado C) del n.º 5 del fundamento *in iure*.

La sentencia comentada ha venido cubriendo, hasta ahora, el siguiente itinerario, que exponemos sintéticamente a continuación:

Ante una demanda presentada por quien dice que simuló su voluntad, impulsado por el miedo, al declararla formalmente en el momento de contraer matrimonio, el Tribunal sentenciador ha comenzado por prescindir de todo lo relativo al estudio jurídico del miedo como causa de la nulidad, es decir, ha prescindido de la rica problemática jurídica que plantea el can. 1087, que entendemos un supuesto necesario para juzgar de la nulidad en este caso. Y de entrada se dedica ya a considerar la naturaleza del documento en que el Tribunal cree descubrir la pieza fundamental que acredita la simulación, como si ésta fuera simplemente la causa primigenia de pedir y el título que legitimó al actor para el ejercicio del *ius accusandi*. Como con arreglo al sistema de prueba legal consagrado por el *Codex* para estos medios de prueba, la naturaleza del documento no le ofrece la solución que, indudablemente de la estimación del conjunto probatorio, estima que se ha de deducir, es decir, la nulidad, abandona en un momento dado esta línea de investigación para enfrentarse de un modo directo con la naturaleza de la declaración contenida en dicho documento, sobre el cual al Tribunal, en rigor, no se le plantea problema alguno acerca de su autenticidad. Es cuando la califica de confesión extrajudicial. Pero a esta calificación le ve ciertas dificultades que, como se ha dejado aquí dicho, resultan, a nuestro juicio, insalvables. Pero el Tribunal rotal que, como fue señalado, ya tiene, por el estudio conjunto de la prueba, formada libremente su certeza moral acerca del objeto litigioso, intenta salvar tales dificultades por una doble vía: por la que califica confesión extrajudicial entendida en sentido moral, y por la interpretación un tanto peculiar del art. 116 de la Ins-

trucción *Provida Mater*, que, a nuestro juicio, no concede más que un valor muy limitado a la prueba de confesión extrajudicial.

En esa interpretación, entiende la sentencia, influyen razones prácticas que han de ser tenidas en cuenta; tales razones prácticas las estimamos, por el contrario, siempre reñidas con un sistema rígido de valoración legal de la prueba. Pero se observa cómo el Tribunal trata, sin querer evadirse de este sistema legal, de buscar la aplicación del c. 1753 que, con carácter general, deja al juez en libertad, atendida todas las circunstancias del caso, para apreciar el valor de la confesión extrajudicial. Sin embargo, atendiendo a los preceptos legales, la aplicación del c. 1753 resulta imposible en procesos de nulidad de matrimonio, dado que estos cuentan con un precepto específico, el citado art. 116, concebido expresamente para valorar la fuerza probatoria de la confesión extrajudicial. Y este es el obstáculo que, para seguir siendo fiel al sistema de prueba legal, trata de salvar la sentencia que se comenta.

c) La sentencia, objeto de nuestro estudio, ya ha dicho efectivamente que de la indagación anterior ha quedado demostrada con claridad que en algunas ocasiones, en proceso de nulidad, la confesión extrajudicial tiene mayor fuerza probatoria que la de un simple adminículo de prueba. Pero si se quiere ser fiel a la ley, tal conclusión es incompatible con el art. 116, por lo que concluye dictando «sentencia condenatoria» —y perdónese esta expresión, pero así resulta— para el, tantas veces repetido aquí, art. 116, diciendo que, en buena sistemática jurídica, *parum justificatur art. 116 Instructionis eo quod gravissimam restrictionem ponit relate ad can. 1753, qui eadem materiam moderatur*.

¿Qué criterio se sigue entonces para entender que se debe aplicar el criterio del c. 1753 y no el del art. 116, puesto que el Tribunal trata siempre de sujetarse al criterio de la más estricta legalidad?

Se sirve de ciertas normas legales que la misma Instrucción *Provida Mater* le ofrece: sus artículos 163, 1 y 164. Según el Tribunal *per huius modi normas Instructionis fit reditus ad conceptum can. 1753, seu ad principium relinquendi vim probativam confessionis extrajudicialis prudenti iudicis arbitrio*. El argumento, sin duda alguna, es de peso, y fino instinto jurídico muestra el Tribunal al sumarlo a la argumentación antecedente. De lo por nosotros consultado, además, no hemos tenido noticias bibliográficas ni jurisprudenciales que sirvan de antecedente al argumento. Quizás existan, pero nos son desconocidas.

El art. 163 incluye entre los documentos privados, en causas de coacción o miedo y de condición, *epistulae quas vel sponsi ante matrimonium, vel coniuge postea, sed tempore non suspecto, sibi iudicem vel aliis dederint*: han de constar con claridad su autenticidad y el tiempo en que se escribieron.

El art. 164 concede al juez un criterio libre de valoración de estas cartas, así como para los demás documentos privados.

Al documento que este proceso analiza no se le puede, desde luego, calificar de carta cruzada entre los cónyuges. Por lo tanto, ha de excluirsele, de estas consideraciones, al art. 163.

Sin embargo el art. 164 es un precepto concreto dirigido a valorar la prueba. Y comprende tanto a ese tipo de cartas cruzadas entre los cónyuges, como a los otros documentos privados. El tribunal rotal ha dejado dicho que el documento base acreditativo de la simulación es un documento privado, puesto que en él lo público sólo resulta ser el *factum historicum depositi*; pero este hecho es el que mejor nos da la clave de su autenticidad y de la fecha al menos del depósito.

Si el Tribunal, al tratar del tema de la naturaleza del documento, al comienzo de la fundamentación *in iure* de su sentencia, lo abandonó más adelante para seguir la línea argumental basada en la naturaleza de confesión extrajudicial del contenido de ese documento, que luego tantas dificultades iba a presentar, ¿por qué, en vez de seguir este segundo camino, no continuó por el primero, y tras calificar de privado el documento base de la simulación, darle luego, con libertad, el alcance valorativo que estimara conveniente con arreglo a la amplia facultad que le concedía el art. 164?

Es la misma sentencia la que nos lo aclara cuando, sin proponerse, como es lógico, justificar esta interrogante que formulamos, sienta la doctrina de que *equiparatio documentorum privatorum confessioni extrajudiciali apparet in obiectiva rerum veritate consistere, et consacratur a Codice I. C. duplice vice, nempe ubi agit de documentis (can. 1817) et ubi definit confessione extrajudiciale ("... sive scriptis": can. 1753)"*⁶⁴.

Así queda puesto de relieve que, en definitiva, ya se hubiera seguido la línea de investigación que parte de la naturaleza del documento redactado por el actor, ya la de la naturaleza de la declaración contenida en dicho documento, el Tribunal sentenciador se hubiera encontrado, de todos modos, en un sólo punto en el que ambas líneas convergen, en el de la confesión extrajudicial. Prueba ésta que, si se le aplica el criterio valorativo del c. 1753, el Tribunal aplicaría libremente. Por el contrario, si se le aplica el art. 116 de la Instrucción, específicamente concebido en ámbito de la nulidad del matrimonio, no puede entenderse más que como adminículo de prueba. Se pone así de relieve como el Tribunal, ante el espejismo de libertad en la

64. Con esta afirmación, la sentencia parece contradecir lo específico del art. 116 de la Instrucción en relación con lo genérico del c. 1753, pero, además, sorprende desde un punto de vista doctrinal, pues la doctrina en este tema, de la aplicación del art. 116, no ofrece problemas. Por ejemplo —y el ejemplo no es más que un dato favorable a una generalización, que nos parece innecesaria acreditar con una suma de citas— H. Jones, cuando dice, en el comentario al c. 1753 —ob. tom. y edic. cit., página 143—, *de vi probandi quam in causis matrimonialibus habet confessio extrajudicialis... cfr. instructionem, 15. Augusti 1936, art. 116, servandam in causis matrimonialibus*.

apreciación, que le ofrecía el can. 1753, no ha visto el problema, dada la dificultad que le ofrecía el art. 116 de la *Provida Mater*, sino desde la vertiente de la confesión extrajudicial que, para los documentos privados, le permitía el c. 1817. Esto ya lo señalamos antes.

Surge a continuación otra pregunta, ¿qué puede significar entonces el art. 164 de la Instrucción frente al 116? ¿Contradictorios? ¿Hasta tal punto contradictorios que para interpretarlos haya de acudirse —como si se diera una laguna legal— al *Codex*?

Creemos que no: primero, porque esto llevaría a dejar de aplicar un precepto legal especialmente concebido para valorar la confesión extrajudicial, supeditándola al art. 164, que se refiere, con un carácter de mayor generalidad, al menos formalmente, a otros medios de prueba.

Segundo, cierto que el c. 1817 homologa el documento privado a la confesión extrajudicial, lo que permite esa libre valoración de la prueba por el juzgador conforme al c. 1753. Pero cierto es también que, para que ocurra tal homologación, el documento privado, según el dictado del c. 1817, sólo hace prueba *contra* el autor o firmante y sus causahabientes, *sed per se non habet vim probandi adversus extraneos*. Y por extraño a ese documento ha de entenderse el cónyuge demandado por el actor en proceso de nulidad, completamente ajeno al documento en su redacción, suscripción y depósito notarial. Por consiguiente, los mismos argumentos que han servido para negar el carácter de confesión extrajudicial a lo declarado por el actor en el documento básico de prueba, es lo que llevaría a rechazar un pretendido argumento con base en el art. 164 en relación con los cc. 1817 y 1753. En definitiva, el c. 1817 no hace más que plasmar el principio doctrinal, a efectos de confesión, de que para que ésta tenga valor probatorio ha de ser hecha *contra se et pro adversario*.

Y en tercer lugar, merece destacarse que, aparte de que haya documentos privados que puedan ser asimilados, en razón a su contenido, a la prueba de confesión extrajudicial, no se ve inconveniente en que puedan existir otros tipos de documentos, también privados, que aporten algún dato de prueba al proceso y que, sin embargo, no quepa asimilarlos a la confesión extrajudicial. Ello ocurre, por ejemplo, con aquellos documentos que puedan redactar o firmar los favorecidos por la declaración que en ellos se contenga; con los documentos cuyo contenido no responda a declaraciones de ciencia, o reconocimiento, sino a declaraciones de voluntad, preconstituciones en sentido amplio; con los documentos privados procedentes de terceros distintos a los sujetos procesales, etc.

Respecto a tales documentos nada dice el *Codex*, pero esta omisión nada dice tampoco contra la posibilidad de su existencia. Y este es el hueco que, a nuestro juicio, viene a llenar en el proceso de nulidad de matrimonio, en contraste con lo que sucedía en el *Codex*, el art. 164 de la Instrucción: los documentos privados, en general, tendrán aquella fuerza probatoria *quod ex*

circumstatii et presertim ex tempore quo redactae fuerunt aestimandum est. Claro es que si resulta que el contenido de tal documento expresa una confesión extrajudicial en contra de la validez del matrimonio, desaparece esta potestad libre, no vinculada, del juzgador consignada en el art. 164, para que se imponga el efecto valorativo vinculante y limitado que específicamente sienta el art. 116.

Y es por aquí, por donde, a nuestro parecer, debió seguir la sentencia que buscaba la prueba de la simulación. No por el camino de la confesión extrajudicial, que encontraría siempre el escollo del art. 116, aparte de que el concepto de confesión, tal como la sentencia lo entiende, es inaceptable. Sino por el de la naturaleza del documento: una vez reconocido su carácter privado —y la autenticidad de su autoría y fecha de depósito, por la consignación del mismo ante fedatario público— podía valorar libremente el Tribunal su fuerza probatoria, habida cuenta de las restantes circunstancias⁶⁵. Circunstancias que, referentes al documento, son expuestas a continuación en la fundamentación *in iure*, aunque al hacer a ellas referencia, se siga incidiendo en lo que estimamos errónea calificación, por la sentencia, del documento que se estima básico.

VIII. a) Las circunstancias que rodean al documento fundamental, y a las que la sentencia hace referencia, son la autenticidad del documento y el tiempo prenupcial de su confección y depósito; la ciencia y conciencia del declarante al hacer su declaración; que el fin que llevó al declarante a confeccionar la carta no fuera distinto al de la misma simulación; que esta prueba deducida de la carta pudiera completarse con otros elementos de prueba. Aún quedan dos cuestiones, señala la sentencia: *Quid si chartula falsitates contineat? Quid si chartula allata sit inepta ad simulationem experimendam?*

Y esas circunstancias son las que van siendo acreditadas y expuestas por el Tribunal, acabadamente, pormenorizando los resultados de las diversas pruebas en la fundamentación *in facto* de la sentencia, de todo lo cual concluye la declaración de nulidad. Y llegado ese momento es cuando la sentencia trata —*in facto*— del miedo como causa apta y proporcionada de la nulidad.

Esas circunstancias, en definitiva, son las que, probadas y sumadas —por su resultado coincidente— al documento que el Tribunal entendió básico para constatar la simulación, por acumulación de la prueba, convencen de dicha

65. «En los pleitos matrimoniales de nulidad por simulación, las circunstancias son en la prueba de la causa otro elemento importante del que no se puede prescindir. Después de haber examinado en el proceso si hubo o no confesión del simulador y causa de la simulación, es preciso recoger con diligencia y tratar de interpretar correctamente todas las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que concurren en el caso. En pocas ocasiones cabrá aplicar mejor que en estos procesos la doctrina de los siguientes principios jurídicos: *Vis probativa magis quam verbis, facti inest, Facta sunt verbis validiora*» (L. DEL AMO, ob. y ed. cit., pág. 424).

nulidad al Tribunal. Ciertamente que la sentencia no se plantea el problema del intervalo entre la fecha del depósito del documento bajo fe pública, y la fecha de la celebración del matrimonio, más cabe deducir, del resultado probatorio, que puede entenderse —*praesumptio hominis*— se mantuviera siempre por el actor esa voluntad expresada en el documento —declaración de voluntad prenupcial— con que se preconstituyó una prueba contraria y anticipada al matrimonio. Quizá debió tratarse *in iure* con algún detenimiento este problema del intervalo, pero creemos, de todos modos, que la sentencia apreció la prueba suficientemente, y que, de su conjunto, ha deducido, con certeza, la nulidad ⁶⁶.

b) Nuestra crítica, pues, no afecta al conjunto de la sentencia, ni a su resultado. Recae más bien, en primer lugar, sobre el método seguido para valorar la prueba, que, por excesivamente vinculado a la ley, le ha hecho buscar al Tribunal soluciones doctrinales, una sobre la naturaleza del documento, que ha dejado interrumpida y, por consiguiente, infecunda; y otra, la de la confesión extrajudicial, inaceptable, por estar en manifiesta contradicción con el concepto doctrinal y legal de confesión.

En segundo lugar, porque en la excesiva fidelidad a ese método legal, que

66. El que los Tribunales aprecien la prueba en su conjunto, en vez de apoyarse exclusivamente en un determinado medio de prueba, porque a este medio le conceda el sistema legal un valor de prueba plena, o llegue a estimar que no se ha probado el hecho litigioso porque tal hecho no ha sido acreditado con pruebas que se califiquen, en cuanto a su apreciación, en plenas o semiplenas, no lo decimos sólo nosotros. Dice L. DEL AMO (ob. y ed. cit., pág. 425) que «el significado verdadero, la interpretación genuina y la eficacia probatoria de las circunstancias depende del conjunto de todas ellas. De no hacerse así el examen de la prueba, se corre el peligro de dar por inequívoco lo que es dudoso y no concluyente». Del mismo modo, para forjar la presunción *hominis*, lo hace notar JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE —*Prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total y parcial*, «Revista de Derecho Canónico» 1959, pág. 739— cuando estima ser «doctrina común que el valor de la presunción *hominis* subjetiva... depende en general del valor de los indicios, cuya apreciación se deja a la prudente discreción del juez». Por ello, entiende, que sobre el valor de estos principios «no se puede establecer una regla absoluta inflexible». Y es más, este autor llega a entender que «cuando la presunción *hominis* es tan violenta que engendra certeza moral sin mezcla de duda positiva y probable, prevalece sobre la presunción *iuris* hasta el punto de ser ella la única superviviente y cotizable». Mas esto, ¿qué significa? No significa otra cosa que el deseo de la doctrina canónica de liberarse de los esquematismos legales y jurisprudenciales —de los que el trabajo de García Failde es buen ejemplo por otra parte— a fin de utilizar, a la hora de la realidad práctica de emitir el juzgador su juicio, el sistema de apreciación libre de la prueba. Sólo así se explica que la contemplación de los preceptos legales conduzca a otra conclusión, y que lleva a F. DELLA ROCCA, *Apunti...* ob. y ed. cit., pág. 64, a sostener que «*in realtà ed in tesi generale la prevalenza dell'elemento soggettivo nella valutazione delle risultanze dei mezzi istruttori risulta indubbia nel diritto canonico*». Sin embargo, este mismo autor, con posterioridad —*Diritto matrimoniale canonico. Tavole sinottiche*, Padova, 1963, pág. 123— ha venido a reconocer que *il Codex ha stabilito, sotto l'influenza del diritto germanico, che aveva in materia ispirato le regole accolte dallo jus vetus varie prove legali*. Vid. asimismo, con relación a este tema de la fuerza de la presunción *hominis* frente a la *iuris*, a EDUARDO F. REGATILLO, *Presunción de exclusión del derecho a tener hijos*, IVS CANONICVM, Enero-Junio 1966, especialmente págs. 208-210.

aprisiona y anquilosa la formación de la certeza moral en el juzgador —por su excesiva y esquemática frialdad, obstáculo muchas veces para alcanzar la flexibilidad que la justicia del caso concreto requiere— ha llevado a una interpretación del art. 116 de la Instrucción *Provida Mater* nacida de prejuzgar, del resultado obtenido de la prueba, la solución jurídica deseada con que ha tratado de superar el conflicto certeza moral y valor de la confesión extrajudicial en proceso de nulidad de matrimonio, reduciendo a la nada el citado art. 116. A este objeto lo puso en contraste con los arts. 163 y 164 de la referida Instrucción, para concluir que, en proceso de nulidad de matrimonio, la valoración de la prueba de confesión extrajudicial viene a quedar disciplinada por el can. 1753.

Ahora bien, nuestra crítica, más que al Tribunal, va dirigida al sistema legal de valoración de prueba tal como lo ha concebido el *Codex*. Esto es lo que fuerza al Tribunal a adoptar posturas —ante la certeza moral conseguida y el deseo de canalizarla por los cauces legales de estimativa probatoria— en franca contradicción con los conceptos doctrinales y legales de los instrumentos de prueba aportados en juicio. La postura forzada que ha de adoptar el Tribunal en ocasiones como la presente, reclama que, en la futura reforma, se establezca un sistema de valoración de pruebas más próximo al sistema libre, y que desde luego sea reformado profundamente el § 3 del can. 1869, remitiendo a la conciencia del juez, efectivamente, la apreciación por este de la prueba, pero eliminando de raíz esa sumisión —contra conciencia— al criterio valorativo de la ley. Esta ha de prestar ayuda a la apreciación de la prueba por el juzgador, pero no resulta aceptable esa sumisión inconsiderada, que convierte a la ley, dictada con carácter general, en juez para el caso concreto.

No termina aquí nuestra crítica, porque ya que a la sentencia no se le pasó por alto la existencia del art. 164 de la Instrucción, por marcar senderos de mayor libertad de apreciación de la prueba, en este precepto debió el Tribunal encontrar la solución legal a las exigencias de decisión que la certeza moral, a la que había llegado, le reclamaba. Era un camino más lógico con el planteamiento primero del problema, a la vez que de mayor simplicidad. Sin embargo, el Tribunal no lo siguió, quizá convencido, por una interpretación desmesurada del c. 1817, de que todo documento privado, que contiene una declaración de alguna de las partes procesales, queda asimilado a confesión extrajudicial. Olvidó que el art. 164 de la Instrucción, bajo la amplia denominación *alia documenta privata*, cataloga y comprende en ella todo documento privado que no resulte asimilable a confesión extrajudicial. Pues si se trata de ésta, en el proceso de nulidad de matrimonio, tiene el valor vinculado de prueba que le marca el art. 116, y cuando no, queda a la libre apreciación judicial valorarlo, atendiendo a las circunstancias y sobre todo al tiempo de su confección. Esto no lo tuvo en cuenta el Tribunal, por no recoger la distinción entre declaraciones de ciencia y declaraciones de voluntad, que da lugar también a la distinción entre confesión extrajudicial y preconstitución jurídica.

c) El fin de preconstruir una prueba contraria al matrimonio fue lo que movió al actor, antes de contraer el matrimonio, a patentizar por escrito su íntegra y verdadera voluntad, así como el dejarla bajo la custodia de la fe pública en su conservación. Nunca tal documento puede quedar asimilado a la confesión extrajudicial —ya se ha expuesto suficientemente a este respecto—, ni serle de aplicación, por tanto, el valor probatorio que prescribe el art. 116, o, si hubiese sido posible tenerlo en cuenta, el del c. 1753.

En el caso objeto de estudio se está en presencia de un documento que certifica una voluntad, antes de contraer el matrimonio, contraria al mismo; un documento por el que, de un modo reservado, quien tiene interés en dejar constancia de su verdadera voluntad interna, preconstituye una prueba en tal sentido. Ciertamente que no es, en el sentido más exacto y técnico, una prueba preconstituida contra el negocio aparente, porque por sí misma no lo destruye. Pero, ¿qué duda cabe de que preconstituye una prueba al menos de su verdadera e íntima voluntad dos meses anteriores al matrimonio, mirando hacia el futuro y con el fin de enervar, en su día, su declaración aparente de voluntad? Si luego las circunstancias acreditan que tal contradicción no fue revocada con posterioridad, cabe deducir la *praesumptio hominis* de que esa voluntad se mantuvo hasta el momento mismo de contraer, y que, por tanto, se simuló la voluntad al celebrar el matrimonio y se excluyó el *bonum sacramenti* ⁶⁷.

Por el hecho de que no sea asimilable a la confesión extrajudicial tal declaración, y de que el *Codex* haya omitido referencia alguna a los restantes documentos privados y a su fuerza probatoria, no puede en justicia eliminarse un instrumento indudable de prueba, del que se acredita su autenticidad y al que las circunstancias corrobora. Calificarlo, dada la fuerza de convicción que para el juzgador tenía como representativo de una voluntad, de confesión extrajudicial, para que tuviera valor probatorio, suponía tanto como ir contra la naturaleza de las cosas, aparte de chocar con el obstáculo insalvable, a efectos de apreciación legal, del art. 116 de la *Provida Mater*. ¿Qué hacer, ante las necesidades de la justicia? Ha de haber siempre, para el juzgador que alcanza la certeza moral, una puerta abierta para apreciar con libertad, más o menos limitada, pero con libertad, la prueba. El concepto de prueba plena o semiplena, restringe la convicción del juzgador, que ha de desenvolverse en un ambiente de libertad de convicción, aunque tal ambiente quede sometido a unos criterios legales indicativos.

Aquí la dificultad queda resuelta por el art. 164, que, con plena sujeción

67. «El indicio —enseña L. DEL AMO, ob. y ed. cit., pág. 395— es una señal objetiva que hace indicación útil, para descubrir la verdad. Es una circunstancia cierta y determinada, de la cual se puede obtener por argumentación inductiva una conclusión acerca de la existencia del hecho desconocido que se intenta averiguar... Al indicio se le puede mirar como punto de partida para poder conjeturar, y así el indicio sirve a la presunción como un elemento indispensable».

a la ley, permite contemplar a los documentos privados, no asimilables a confesiones judiciales, como medios o instrumentos de prueba; y que, con criterios de libertad, permite que el juzgador los valore *quod ex circumstantiis et praesertim ex tempore quo redactae fuerunt aestimandum est*. Y que fue, en definitiva, lo que llevó a cabo la sentencia comentada tras sus reiterados esfuerzos doctrinales.

Con esta visión de la prueba se explica perfectamente la decisión pronunciada *in celebre illa causa Ulixbonen, definita a S. C. Concilii, die 8 julii anni 1724 pro nullitate*, citada por la sentencia comentada como un caso más que abunda en pro de la tesis de la confesión extrajudicial. «Si *mulier die nuptias antecedente, subscripsit apocham in qua renuntiavit omni iuri quod sibi competere posset super persona viri et hanc suam intentionem manifestavit parrocho et testibus*», la eficacia que, contra la validez del matrimonio, le reconoció la S. C. Concilii, no viene de una supuesta confesión extrajudicial, que no lo fue nunca —contra lo que pretende el Tribunal rotal en la sentencia que comentamos—, sino de que se había preconstituido, documentalmente y ante testigos, una prueba de la voluntad contraria al matrimonio, dirigida a impedir su constitución jurídica aparente. Y la fuerza de esta contradecación, por la proximidad a la fecha del matrimonio, era tan enérgica, que hacía presumir, fundadamente, que esa era la verdadera e interna voluntad en el momento de contraer. Y de aquí que no pudiera calificarse tal prueba de *simplex adminiculum*. No hay que olvidar que, en la propia sentencia que se comenta, el Tribunal rotal recoge la siguiente presunción: *quo propiis ad nuptias accedit tempus redactionis illius chartulae, eo magis consetur intentionem simulationis consensu penetrasse*⁶⁸.

Fue, pues, una declaración de voluntad, no de ciencia, una preconstitución que contaba no ya sólo con la fuerza de la propia declaración de la interesada, registrada documentalmente, sino de los testigos ante la que se hizo, que, por su relieve en el acto mismo de la celebración del matrimonio, trajeron a los autos una constatación muy fuerte de la contradecación. Por ello, no resulta extraño que la causa *Ulixbonen* fuera dilatada hasta que se examinaron judicialmente los testigos y el párroco, que habrían de autenticar el documento y fecha en que se hiciera. Y tampoco, por el mismo motivo, sorprende que la verdadera razón de la nulidad en aquella causa, como muestra la sentencia comentada, fuera: «*Quod haec mutua contrahentium intelligentia notificata fuerit parrocho et testibus qui matrimonio inter fuerunt, desunitur ex depositione eorundem testium...*».

d) Con ello, queda también puesto de relieve, a nuestro sentir, que ca-

68. El que la sentencia no haya estudiado el tema del intervalo de tiempo, dejamos dicho, es una omisión que no queda justificada suficientemente y que merecía una cierta atención del Tribunal. Para esta célebre causa *Ulixbonen*, que, como es sabido, constituye la fuente del *omne ius* del c. 1086, 2, vid., el trabajo de VÍCTOR DE REINA, *La continencia periódica en el matrimonio in fieri*, *Ius Canonicum*, 1, 1961, págs. 444 ss.

rece de justificación suficiente la afirmación que tan rotundamente sienta la sentencia comentada: *Si adimitur vis probandi confessioni extrajudiciali, causae de nullitate matrimonii ob simulationem, probatione carerent*. Máxime cuando esa confesión extrajudicial, que se considera indispensable por la sentencia, no podía ser siquiera, como tal, instrumento o medio de prueba al no ser —añadimos una vez más— confesión, es decir, *contra se et pro adversario*.

CARMELO DE DIEGO-LORA