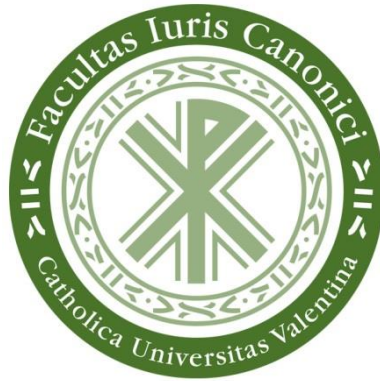


FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO
INTEGRADA EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALENCIA
“SAN VICENTE MÁRTIR”



*El régimen jurídico de la prueba testifical
en el Derecho Canónico*

TESINA PARA LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIATURA EN DERECHO CANÓNICO

PRESENTADA POR

D.^a BEATRIZ BOSCH MARCO

DIRIGIDA POR

Dr. D. JAIME GONZÁLEZ ARGENTE

2016

ÍNDICE

ÍNDICE	I
BIBLIOGRAFÍA	V
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	XIII
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.- LA PRUEBA: ASPECTOS GENERALES	9
1.- LA PRUEBA	9
2.- LA PRUEBA COMO ELEMENTO NUCLEAR DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL: SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA	12
3.- CONCEPTO DE PRUEBA	15
3.1.- <i>Carácter procesal</i>	16
3.2.- <i>Inmediación respecto del juzgador</i>	16
3.3.- <i>Carácter finalista</i>	17
3.4.- <i>Carácter propositivo</i>	19
4.- ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA PRUEBA	19
4.1.- <i>Objeto de la prueba</i>	19
4.2.- <i>Actividad, fuente, medio y resultado de la prueba</i>	21
4.3.- <i>Clases de prueba</i>	21
4.3.1.-En el proceso civil.....	21
4.3.2.- En el proceso penal	22
4.3.3.- En el proceso canónico.....	24
4.3.4.- Breve referencia a las presunciones en la actividad probatoria	25
4.3.5.- La similitud de los medios de prueba en los distintos procesos.....	26
5.- LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CANÓNICO	27
CAPÍTULO II.- LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO CANÓNICO: DIMENSIÓN SUBJETIVA	31
1.- CLASES DE TESTIGO	32
2.- CAPACIDAD PARA SER TESTIGO	34
2.1.- <i>Norma general</i>	34
2.2.- <i>La exclusión de los testigos</i>	35
2.3.- <i>Quienes no pueden ser testigos</i>	37
2.3.1.- Los menores de catorce años	38
2.3.2.- Los “débiles mentales”	39
2.4.- <i>Incapacidad para ser testigo</i>	41

2.4.1.- Las partes y su representación procesal	41
2.4.2.- El juez y sus ayudantes	42
2.4.3.- Los sacerdotes	42
3.- EL NÚMERO DE LOS TESTIGOS EN LA CAUSA	43
4.- ADMISIÓN Y EXCLUSIÓN DE TESTIGOS	45
4.1.- <i>Propuesta de los testigos</i>	45
4.2.- <i>Características de los testigos</i>	49
4.3.- <i>La proposición del interrogatorio</i>	50
4.4.- <i>La aceptación de los testigos</i>	50
4.5.- <i>Puesta de manifiesto de los testigos</i>	53
4.6.- <i>Renuncia y exclusión o reprobación de testigos</i>	57
4.6.1.- Renuncia.....	57
4.6.2.- Reprobación	59
5.- CITACIÓN DE LOS TESTIGOS	61
5.1.- <i>La práctica de la notificación de la citación.</i>	62
5.2.- <i>Obligación de comparecer</i>	65
5.3.- <i>Excusa de la comparecencia</i>	66
5.4.- <i>El deber de prestar testimonio: las dispensas</i>	68
CAPÍTULO III.- LA DIMENSIÓN OBJETIVA: EL TESTIMONIO	73
1.- EL TESTIMONIO VERDADERO.....	73
2.- EL EXAMEN DE LOS TESTIGOS	77
2.1.- <i>El lugar de las declaraciones</i>	77
2.1.1.- Regla general.....	77
2.1.2.- Excepciones	78
2.2.- <i>Forma del examen</i>	85
3.- LA REALIZACIÓN DEL EXAMEN	89
3.1.- <i>Quiénes están presentes en el examen</i>	89
3.2.- <i>Cuestiones previas: el juramento</i>	94
3.3.- <i>El interrogatorio formal</i>	95
3.4.- <i>La conclusión del examen</i>	100
3.5.- <i>Después del examen</i>	102
CAPÍTULO IV.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL	106
1.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: PRINCIPIOS GENERALES	106
2.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.....	109
2.1.- <i>Cuál sea la condición de la persona y su honradez</i>	110

2.2.- <i>La ciencia del testigo</i>	111
2.3.- <i>Credibilidad del testigo</i>	113
2.4.- <i>Conformidad en las declaraciones</i>	114
3.- EL NÚMERO DE LOS TESTIGOS	115
3.1.- <i>La regla general: testis unus testis nullus</i>	116
3.2.- <i>Primera excepción: el testigo cualificado</i>	117
3.3.- <i>Segunda excepción: las circunstancias objetivas o subjetivas</i>	117
4.- EL JUEZ Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	118
CONCLUSIONES	120

BIBLIOGRAFÍA

SEDE APOSTÓLICA

PONTÍFICES

S. IOANNES PAULUS PP. II, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: “*de veritate iustitiae matre*”, 4.2.1980», en AAS 72 (1980) pp. 172-178.

—————, «Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos coram admissio 26.1.1989», en AAS 81 (1989) pp. 922-927.

—————, «Allocutio ad Rotam Romanam habita 29.1.2004», en AAS 96 (2004) pp. 348-352.

BENEDICTUS PP. XVI, «Allocutio ad sodales Tribunalis Romanae Rotae 29.1.2010», en AAS 102 (2010) pp. 110-114

FRANCISCUS PP, «Allocutio ad omnes participes Tribunalis Romanae Rotae 24.1.2014», en AAS 106 (2014) pp. 89-92.

—————, «Discurso a los participantes en el Curso organizado por el Tribunal de la Rota Romana, 12.3.2016» en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2016/march/documents/papa-francesco_20160312_corso-rotaromana.html (Consulta 22.3.2016).

CURIA ROMANA

SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, «Instructio servanda a Tribunalibus Dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum “*Provida Mater Ecclesia*” 15.8.1936», en AAS 28 (1936) pp. 313-372.

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, «Instructio “*Dignitas Connubii*” servanda a Tribunalibus Dioecesanis et Interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii, 25.1.2005», en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitatis-connubii_It.html (Consulta 17.3.2016).

CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, «Decretum quo regulae servandae ad nullitatem sacrae ordinationis declarandam foras dantur 16.10.2001», en AAS 94 (2002) pp. 292-300.

FUENTES

BENEDICTUS PP. XV, «Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi Iussu Digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus», en AAS 9 (1917) pp. 2-594.

CONGREGATIO DE CULTU DIVINO ET DISCIPLINA SACRAMENTORUM, «Decretum quo regulae servandae ad nullitatem sacrae ordinationis declarandam foras dantur 16.10.2001», en AAS 94 (2002) pp. 292-300.

ESPAÑA, *Código Civil*, Madrid (2015).

—————, «Constitución Española de 27 de diciembre de 1978», en *Boletín Oficial del Estado* 311 (1978) pp. 29313-29424.

—————, «Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», Valencia 2015.

—————, «Ley de Enjuiciamiento Criminal», Valencia 2015.

—————, «Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre», en *Boletín Oficial del Estado* 313 (1999) pp. 46433-46450.

FRANCISCUS PP, *Litterae Apostolicae Motu Proprio datae Mitis Iudex Dominus Iesus quibus canones Codicis Iuris Canonici de causis ad matrimonii nullitatem declarandam reformantur*, 15.8.2015, en https://w2.vatican.va/content/francesco/la/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html (Consulta 15.4.2016).

JOHANNES, REX ANGLIE, *Magna Charta*, en <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html> (consulta 3.3.2016).

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos 10.12.1948*, en <http://www.un.org/chinese/center/chbus/events/hurights/spanish.htm> (Consulta 4.3.2016).

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, «Instructio “*Dignitas Connubii*” servanda a Tribunalibus Dioecesanis et Interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii, 25.1.2005», en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/intrptxt/documents/rc_pc_intrptxt_doc_20050125_dignitatis-connubii_lt.html (Consulta 17.3.2016).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid 2014²³.

S. IOANNES PAULUS PP. II, «Codex Iuris Canonici, auctoritate IOANNI PAULI PP. II promulgatus », en AAS 75 (1983) pp. 2-323.

SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, «Instructio servanda a Tribunalibus Dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum “*Provida Mater Ecclesia*”, 15.8.1936», en AAS 28 (1936) pp. 313-372.

LIBROS

CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico: Commento giuridico-pastorale*, 2, Nápoles, 1998.

Codice di Diritto Canonico Commentato, ed. REDAZIONE DI QUADERNO DI DIRITTO ECCLESIALE, Milán 2004².

Código de Derecho Canónico. Edición comentada, ed. INSTITUTO MARTÍN DE AZPILICUETA, Pamplona 1987⁷.

Código de Derecho Canónico: edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones, ed. BENLLOCH POVEDA, A., Valencia 2009¹³.

Código de Derecho Canónico: edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Madrid 2005⁴.

Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico, 4/2, coords. MARZOA, Á.-MIRAS, J.-RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., Pamplona 2002³.

ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal. Proceso Civil*, 1/2, Madrid, 1996.

ALONSO MORÁN, S.-CABREROS DE ANTA, M., *Comentarios al Código de Derecho Canónico, con el texto legal latino y castellano*, 3, Madrid 1964.

ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale Canonico*, Roma 2012⁶.

- , *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano 2008.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid 1989.
- CALVO TOJO, M., *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca 1999.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M., ed., *Derecho Constitucional Básico*, Barcelona 2015².
- GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La instrucción “Dignitas Connubii” a examen (texto castellano y comentario de sus artículos)*, Salamanca 2006².
- , *Nuevo Derecho Procesal Canónico: estudio sistemático-analítico comparado*, Salamanca 1995³.
- , *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca 2007².
- GARCÍA MONTAGUD, J., *Adicción al juego y capacidad para el matrimonio*, Valencia 2000.
- GIUSSANI, T., *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano 1977.
- GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Madrid 2001.
- GULLO, C., - GULLO, A., *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, Città del Vaticano 2005².
- MONTERO AROCA, J. *et alia*, *Derecho Jurisdiccional*, 2, Valencia 1998.
- , *Derecho Jurisdiccional*, 3, Barcelona 1994.
- MONTINI, G.P., *De iudicio contentioso ordinario de processibus matrimonialibus*, Roma 2015⁴.
- MORÁN BUSTOS, C.M.-PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico: Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*, Madrid 2007.
- PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales y Nulidad matrimonial*, Madrid 1999.
- RAMOS, F.J. - SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale Canonico*, Roma 2014.
- ROBLES GARZÓN, J.A., ed. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, Madrid 2013.

ARTÍCULOS

ARROBA CONDE, M.J., «Le presunzioni nel processo: le presunzioni legali alle prove e alla procedura», en *Presunzioni e matrimonio*, ed. BONNET P.A. et alia, Città del Vaticano 2012, pp. 149-168

ASSELIN, A., «L'interrogation des parties et des témoins dan la cause en nullité de mariage selon la formulation du doute» en *Studia canonica*, 41 (2007) pp. 237-277.

ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y la comprobación de la verdad en el proceso canónico», en *Anuario de Derecho Canónico*, 1 (2012) pp. 11-36.

BIANCHI, P., «Alcune annotazioni circa l'interrogatorio di parti e testi nelle cause di nullità di matrimonio», en *Quaderni di diritto ecclesiale* 17 (2004) pp. 210-223.

—————, «L'obbligo dei testimoni di collaborare nello svolgimento delle cause matrimoniali canoniche», en *Quaderni di diritto ecclesiale* 2 (1989) pp. 380-392.

BONNET, P.A., «L'argomentazione presuntiva e il suo valore probatoria», en *Presunzioni e matrimonio*, ed. BONNET P.A. et alia, Città del Vaticano 2012, pp. 11-116.

BOSCH BARRERA, M., «La notificación de la citación», en *Cuadernos Doctorales* 23 (2009), pp. 95-130.

DAVID BUSSO, A., «Algunas consideraciones acerca de las presunciones jurídicas: aportes de la filosofía del derecho canónico», en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 14 (2007) pp. 73-88.

CABERLETTI, G., «La psicologia della testimonianza nell'esperienza giudiziale», en ed. BRESCIANI, M.C.-CATOZZELA, F., *L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, Città del Vaticano 2014, pp. 237-252.

DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios en el proceso canónico», en *Revista Española de Derecho Canónico* 25 (1969) pp. 5-74 y 241-302.

GARCÍA FAÁLDE, J.J., «Prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total o parcial», en *Revista Española de Derecho Canónico* 14 (1959) pp. 727-749.

GIL DE LAS HERAS, F., «Sentido de la prueba en el Derecho matrimonial canónico», en *XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas: La prueba en los*

procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico, ed. PÉREZ RAMOS, A.-RUANO ESPINA, L., Salamanca 2003, pp. 13-48.

GONZÁLEZ ARGENTE, J., «La argumentación razonable y los principios de la antropología cristiana de la pericia en el ministerio de defensa del vínculo», en *Anuario de Derecho Canónico* 1 (2012), pp. 111-118.

HAYOIT, P., «La présomption du droit dans la tradition canonique», en *Ephemerides theologicae lovanienses* 17 (1940) pp. 218-284.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., « Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción "Dignitas connubii"», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2010) pp. 637-663.

—————, «La formación y valoración de la prueba testimonial en el proceso canónico de nulidad matrimonial», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (2011) pp. 577-615.

LESZCZYŃSKI, G., «La prova testimoniale», en *Apollinaris* 76 (2003) p. 561-574.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., «Notas para un estudio de la prueba en la Tercera Partida» en *Argensola* 22 (1955) pp. 101-122.

ORMAZÁBAL ALBISTUR, P., «La naturaleza procesal del defensor del vínculo en su desarrollo legislativo. Perspectiva histórica», en *Revista Española de Derecho Canónico* 60 (2003) p. 621-663.

PEÑA GARCÍA, C., «Actuación del defensor del vínculo en el proceso de nulidad matrimonial. Consideraciones sobre su función a la luz de la regulación codicial y de la Instrucción Dignitas Connubii», en *Revista Española de Derecho Canónico* 65 (2008) pp. 517-536.

—————, «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos», conferencia pronunciada en las XXVI Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Canónico, 17-20 julio de 2012. <http://www.asociacionderechocanonico.cl/index.php/articulos?download=52:ponencia-prof-carmen-pena-la-instruccion-de-la-causa> (Consulta 13.3.2016).

—————, «El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal», en ed. OLMOS ORTEGA, M.E., *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, Madrid (2016) pp.81-123

PÉREZ PALACÍ, J.E., «La prueba electrónica: Consideraciones», en <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf> (Consulta 4.3.2016).

RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., «Incidencia en la actitud pasiva del demandado en las causas de nulidad matrimonial», en *Revista Española de Derecho Canónico* 68 (2011) pp. 639-665.

SAN JOSÉ PRISCO, J., «Proceso de nulidad de la sagrada ordenación», en *Revista Española de Derecho Canónico* 70 (2013) pp. 603-623.

SANCHIS CRESPO, C., «Los contornos de la prueba en el nuevo proceso civil», en *Revista de Derecho. Universitat de València (Estudi General)* 1 (2002) en <http://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/carolina.htm> (Consulta 4.4.2016).

SERRANO RUIZ, J.M., «El exceso en el número de los testigos presentados en las causas de separación conyugal», en *Revista Española de Derecho Canónico* 26 (1970) pp. 429-446.

VAQUERO, C., «Derecho a la tutela judicial efectiva en las causas canónicas de nulidad», en *Retos del Derecho Canónico en la Sociedad Actual. Actas de las XXXI Jornadas de Actualidad Canónica*, Madrid 2012, pp. 189-208.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAS	Acta Apostolicae Sedis.
Art.	Artículo
Can.	Canon
CC	Cánones
Cf	<i>Confer, ver</i>
Cfr.	<i>Confróntese</i>
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i> 1983
<i>cit.</i>	citada
Codex	<i>Codex Iuris Canonici</i> 1917
Código	<i>Codex Iuris Canonici</i> 1983
<i>ComVal</i>	<i>Código de Derecho Canónico: edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones</i> , dir. BENLLOCH POVEDA, A., Valencia 2009 ¹³ .
<i>ComSal</i>	<i>Código de Derecho Canónico: edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca</i> . Madrid 2005 ⁴ .
Coord.	Coordinador
D	IUSTINIANUS, <i>Digesta seu Pandecta</i> , ed. MOMMSEN, TH.-KRUEGER, P., Berolini 1870
RAE	REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
Ed.	Editor
Ibid.	<i>Ibidem</i> , la misma obra, cuando las citas están en la misma página.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
p./pp.	Página/páginas
ss.	siguientes
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La finalidad última del procedimiento judicial es el descubrimiento de la verdad objetiva por parte del juzgador. Para ello, éste debe alcanzar un convencimiento cierto de la verdad de los hechos que las partes someten a su escrutinio.

En esta búsqueda de la verdad, el Derecho pone al alcance del juez el proceso. Éste se configura como una sucesión ordenada de actos que se orientan al fin último que se ha indicado, el descubrimiento de la verdad auténtica de los hechos. El proceso judicial se articula, por tanto, en una serie de fases entre las que destaca la de la instrucción, cuya finalidad es proporcionar al juez los elementos de juicio para dictar sentencia *ex actis et probatis*. En consecuencia, el éxito o fracaso del proceso, expresado en términos de alcanzar y fijar la verdad objetiva, dependerá en buena medida del adecuado desarrollo de la fase probatoria.

El Código de Derecho Canónico de 1983 contiene una razonablemente extensa regulación de la prueba en el proceso judicial, en concreto, 60 cánones, lo que da una idea de su relevancia. También el Código de 1917 contenía una amplia regulación, más extensa aún (cc. 1747-1836).

Y no puede ser de otra manera, pues en la realización de la prueba se encuentra el centro del proceso y con él, buena parte de los principios jurídicos y derechos que inspiran el mismo proceso judicial. Derechos como el de defensa o el principio de igualdad de las partes se manifiestan de manera especialmente intensa en la fase probatoria de la instrucción.

El Derecho, desde tiempo inmemorial, ha admitido un significativo abanico de medios probatorios que, puestos al alcance de las partes, permiten esclarecer los hechos controvertidos. De entre estos medios de prueba, la declaración de terceros ajenos a la controversia que han tenido conocimiento de la realidad de los hechos en cuestión tiene una relevancia específica y propia.

En el proceso judicial canónico esta circunstancia también se contempla en la fase instructoria, de tal manera que la prueba testifical es un de los instrumentos más recurrentes a la hora de formar la convicción del juez en todo tipo de procedimientos. Por otra

parte, este medio de prueba ha alcanzado tal relevancia en el procedimiento canónico que no es de extrañar que las regulaciones sustantivas y procesales hayan dedicado no pocos preceptos, tanto a su normación sustantiva como al establecimiento de garantías para que su sustanciación no dé lugar a la perversión del proceso, y con ello, se perjudique de manera irreversible el esclarecimiento de la verdad.

De manera especial, la prueba como medio de convicción del juzgador tiene una notable importancia en el proceso matrimonial canónico. Se trata de una especialidad procedimental donde otro tipo de medios probatorios como los documentos o las presunciones apenas tienen eficacia. El peso de los testimonios en la decisión final sólo es comparable a la fuerza que tienen los informes periciales de carácter psicológico.

Durante años he compatibilizado mi dedicación profesional como abogado rotal con la de abogado ante los tribunales civiles. Esta perspectiva *utriusque iuris* me permite cuestionarme si el testimonio de los testigos tiene finalidades diversas en el Derecho Canónico y en el Derecho Civil, y sobre todo, si existiendo esa diversidad teleológica, tiene proyección en el régimen sustantivo que regula la prueba testifical en dichos órdenes jurisdiccionales.

A lo largo de la Licenciatura en Derecho Canónico se obtienen los instrumentos analíticos y epistemológicos adecuados para aprehender la realidad de la prueba como instrumento procesal ordenado a la finalidad general del procedimiento judicial que, como han enunciado los Santos Padres, no es otro que la Verdad. Entender el proceso judicial como un todo, y la prueba como una parte, es una perspectiva doble que, al contrastarla con los elementos analíticos propios del Derecho Civil consigue perfilar nítidamente los contrastes de la naturaleza jurídica de la prueba en el Derecho Canónico.

Una naturaleza jurídica dual: procesal y sustantiva, pero infinitamente más rica en el Derecho Canónico que en el Derecho Civil, por cuanto el íntimo vínculo entre declaración testifical y verdad, la convierte en un medio vicario de la Verdad, frente a su naturaleza instrumental de lo alegado por las partes en el proceso civil.

En la elaboración de esta tesina se recurre al método sistemático, tomando como principal referencia la regulación canónica de la prueba. Desde esta óptica, la parte central del estudio se orienta a un análisis completo de la normativa regulatoria de la prueba testifical en el proceso contencioso canónico. Sin embargo, se opta por un criterio de exposición exegético frente a un criterio meramente topográfico, pues de esta manera se ofrece al lector del trabajo una visión interrelacionada de los distintos aspectos configuradores del régimen jurídico de la prueba testifical. Pero no sólo es un trabajo descriptivo

o aglutinador el que se realiza, sino que al método comprensivo se une una metodología crítica que se fundamenta en el recurso a las fuentes legales, de Magisterio pontificio y a la mejor doctrina que ha interpretado las normas codificadas, tanto en la doctrina científica española como en la extranjera, singularmente la italiana.

A este fin, se ha consultado abundante bibliografía, tanto en monografías como en obras colectivas o las principales referencias científicas en cuanto a revistas especializadas, españolas y extranjeras.

El Magisterio pontificio se ha centrado en el análisis de las alocuciones de los Santos Padres a la Rota Romana, principalmente, y aún así, justo es reconocer que las referencias a la prueba, y a la prueba testifical en concreto, son más bien escasas. Sin embargo, la naturaleza del proceso judicial canónico es perfectamente definido por los Sumos Pontífices en estas alocuciones.

Desde una óptica crítica, se intenta aportar el contraste con la práctica forense de la Curia Valentina y de la Rota Española, especialmente en el ámbito del proceso matrimonial canónico.

Por último, y a modo introductorio, se recurre a fuentes generales (manuales, jurisprudencia, etc.) propias del Derecho Civil español, para poder fijar adecuadamente los puntos de contraste entre los dos regímenes jurídicos que se analizan, el civil y el canónico.

Este trabajo se estructura en dos capítulos, que a su vez, se subdividen en varios apartados específicos.

El primero de los capítulos pretende fijar los elementos característicos de la prueba desde una óptica transversal. *Prima facie* se sitúa la prueba en su contexto procesal: la fase instructoria y se determinan sus rasgos esenciales: procesalidad, inmediación, carácter finalista y propositivo. Se trata, en general, de rasgos compartidos en los distintos órdenes jurisdiccionales pues hunden sus raíces en el Derecho Romano.

En este primer capítulo también se incluye un breve *excursus* sobre los distintos tipos de prueba que se admiten en Derecho, relacionándolos con los procedimientos civiles, penales y canónicos, pues ni las pruebas admitidas son las mismas en cada uno de los procedimientos ni, por supuesto, la regulación tampoco es idéntica, aunque guarda ciertas concomitancias. En todo caso, hay que reseñar que, como es obvio se aborda con especial interés la cuestión en relación con el proceso canónico.

Después de esta aproximación introductorio a las pruebas, se entra de lleno en el estudio del objeto central del trabajo, es decir, la prueba testifical en el proceso canónico.

En este punto, hay que reseñar que si bien hay referencias a distintos tipos de procesos canónicos, la realidad es que se ha buscado deliberadamente una cierta generalidad en la exposición si bien con referencias frecuentes al proceso matrimonial, tomado como referente para la exposición.

En el trabajo se intenta seguir el guion que marca el Capítulo III del Título IV de la regulación del Proceso Contencioso del Código de Derecho Canónico de 1983.

Este segundo capítulo contiene el estudio de la dimensión subjetiva de la prueba testifical: el quién puede ser testigo y en que circunstancias. El Derecho Canónico ofrece una rica casuística de prohibiciones para ser testigos y de dispensas para declarar, un régimen jurídico en el que el Código de 1983 modifica aspectos relevantes que estaban fijados en el Código de 1917. Su análisis y estudio es de gran utilidad para configurar este tipo de pruebas. También se incluye en este capítulo un aspecto procesal de gran relevancia, cuál es la proposición de testigos y todas sus vicisitudes: aceptación, proposición del interrogatorio, reprobación, etc, para concluir con la citación de los testigos y su régimen jurídico.

El tercer capítulo contempla la dimensión objetiva de la prueba testifical: en qué consiste la prueba, o lo que es lo mismo, la declaración testifical en sí misma. Su naturaleza verdadera; las circunstancias en las que se realiza y como se realiza, lo que constituyen garantías esenciales en el procedimiento con fuerza invalidante de lo actuado, incluso; y el contenido *stricto sensu* de la declaración.

El cuarto y último capítulo se dedica a la última fase de la prueba testifical, la valoración por el juzgador. El Derecho Canónico, tanto el codificado como el de origen jurisprudencial, ha establecido una serie de pautas orientativas, y siempre condicionadas al prudente arbitrio del juzgador, para valorar las deposiciones de los testigos en el proceso. De su correcta aprehensión puede depender en gran medida que el juez o tribunal adquieran una convicción certera de lo que es verdadero en los hechos controvertidos y, por ello, la valoración de la prueba testifical adquiere una importancia que no es desconocida para la Ley.

Por último, se reseñan las conclusiones de este trabajo, de manera esquemática y concisa.

La finalidad última del trabajo es sistematizar la regulación canónica de la prueba testifical que se da en el proceso judicial contencioso, para poder fijar una práctica forense adecuada al objeto epistemológico que el Derecho otorga a este instrumento procesal, de tal suerte que se pueda afirmar su sustantividad específica en el Derecho Canónico.

En cuanto a los límites del trabajo, estos se han ceñido principalmente a la norma codificada y a la bibliografía española e italiana, principalmente, que la interpreta. Ello sin perjuicio de recurrir ocasionalmente a obras en otras lenguas (francés) o a documentos legislativos más específicos tales como la Instrucción *Dignitas Connubii* o el Motu Proprio *Mites Iudex Dominus Iesus*.

CAPÍTULO I

LA PRUEBA: ASPECTOS GENERALES

1.- LA PRUEBA

La prueba¹ constituye el momento central del proceso judicial, toda vez que tiene la finalidad de demostrar la situación de la cuestión litigiosa. Por la demanda y la contes-

¹ La Real Academia Española, en su diccionario del tricentenario (2014) atribuye a la palabra *prueba* los siguientes significados:

- “1. f. Acción y efecto de probar.
- 2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.
- 3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo.
- 4. f. Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva.
- 5. f. Operación matemática que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha es correcta.
- 6. f. Análisis médico.
- 7. f. Muestra, cantidad pequeña de un alimento destinada a examinar su calidad.
- 8. f. Examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien.
- 9. f. En algunos deportes, competición.
- 10. f. Muestra del grabado y de la fotografía.
- 11. f. Reproducción en papel de una imagen fotográfica.
- 12. f. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.
- 13. f. Impr. Muestra de la composición tipográfica, que se saca en papel ordinario para corregir y apuntar en ella las erratas que tiene, antes de la impresión definitiva. U. m. en pl.
- 14. f. pl. Der. Probanzas, y con especialidad las que se hacen de la limpieza o nobleza del linaje de alguien”.

«Prueba» en *Diccionario de la Lengua Española. Edición del tricentenario*, ed. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Madrid 2014²³, en <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c> (consulta 4.3.2016)

Por su parte, el verbo *probar*, que proviene del verbo latino *probāre* es definido en los siguientes términos:

- “1. tr. Hacer examen y experimento de las cualidades de alguien o algo.
- 2. tr. Examinar si algo está arreglado a la medida, muestra o proporción de otra cosa a que se debe ajustar. U. t. c. prnl.
- 3. tr. Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos.
- 4. tr. Gustar una pequeña porción de una comida o bebida. Probé la sopa para asegurarme de que tenía sal.

tación del demandado, se señalan los hechos sobre los que se va a fundamentar la discusión, con lo cual se determina cuál es el alcance del debate, pero todo ello carece de valor si, una vez que ha llegado el momento de la instrucción del procedimiento, no se demuestra lo alegado por cada una de las partes. Ello se ordena a la convicción del juez, que no se alcanza por lo alegado por las partes, sino por lo demostrado en la instrucción y, en su caso, en la vista².

La prueba es una técnica procesal que debe ir revestida de verosimilitud, conexión con los derechos en discusión y fuerza para llegar a la convicción del juzgador³.

La prueba constituye la expresión de la certidumbre del juez, al menos la certidumbre legal y jurídica⁴.

Probāre, a su vez, tiene su raíz etimológica en el adjetivo *probus*, que significa “bueno”. Esto es, probar, sería en su origen, “hacer bueno”.

En lo que interesa a este trabajo, la prueba se circunscribe a las acepciones segunda y tercera de la palabra prueba. Esto es, la razón, argumento, instrumento o medio de muestra de la verdad o falsedad de algo —lo que sería el medio de la prueba— y la evidencia de algo —el resultado de la prueba—.

En ambos sentidos se utiliza en el ámbito jurídico hoy en día, como señala Asencio Mellado⁵, constituyendo un elemento nuclear de todo procedimiento judicial, en cualquier orden y jurisdicción.

No obstante, no siempre ha sido así.

La prueba forma parte desde el mismo inicio del concepto de procedimiento judicial, que fue formulado por el Derecho Romano. En otros modelos de resolución de conflictos, tales como el Derecho de la Antigua Grecia o el Derecho Germánico, es difícil considerar la existencia de un procedimiento judicial y, por tanto, de la prueba.

5. tr. Comer o beber algo. U. m. con neg. Desde el año pasado no prueba el alcohol.

6. tr. desus. aprobar (¶ dar por bueno).

7. intr. Hacer prueba, experimentar o intentar algo. Probó a levantarse y no pudo.

8. intr. Dicho de una cosa: Ser a propósito o convenir, o producir el efecto que se necesita. El calor me prueba bien; el frío me prueba mal”. «Probar» en *Diccionario de la Lengua Española. Edición del tricentenario*, ed. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Madrid 2014²³ en <http://dle.rae.es/?id=UEEVr9n> (consulta 4.3.2016).

² Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Madrid 2001, p. 311.

³ *Ibid.*

⁴ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales y Nulidad matrimonial*, Madrid 1999, p. 408.

⁵ Cf. ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid 1989, p. 15.

Así, en la Grecia antigua, pese a la existencia de algunas normas jurídicas, los conflictos públicos y privados eran resueltos por tribunales populares en los que propiamente no cabía la prueba, sino simplemente el contraste de argumentos verbales entre la acusación y la defensa, como se ve con claridad en el Juicio a Sócrates.

En el primitivo Derecho Romano, los juicios se sustancian en un ámbito esencialmente privado donde impera la invocación a los dioses como dato probatorio. El juramento de las partes respecto de su posición es el elemento más determinante. Sin embargo, con la sofisticación del Derecho romano, se introduce la prueba en el procedimiento judicial, de tal manera que los hechos controvertidos deben ser probados por las partes so pena de que el juez no los tenga en cuenta⁶. Las pruebas admitidas, generalmente son las testificales, los documentos públicos o privados y, siguiendo con la tradición, el juramento, de tal manera que la parte que se niega a prestarlo pierde en su posición. Ya en esta etapa del Derecho Romano destaca la prohibición expresa de que se tenga en cuenta, exclusivamente, el testimonio de un único testigo según la máxima *testis unus testis nullus*: se requiere un testimonio coincidente de, al menos, dos testigos.

En el Derecho germánico, existe una figura típica, las ordalías o juicios de Dios. Aquí, la prueba es encomendada a la divinidad mediante una serie de pruebas en las que se reclama la manifestación de Dios en favor de una de las partes. Así, hay pruebas como la de someter al acusado a un baño de agua hirviendo y, en caso de que salga indemne, es inocente. La prueba está vinculada a la fatalidad⁷.

Pero, como hemos dicho, la tradición jurídica romana introdujo la fase probatoria como un elemento esencial del procedimiento judicial. Su esencia era contribuir a conformar la opinión del juzgador respecto a la realidad de los hechos que eran objeto de juicio.

En nuestro derecho histórico, en la III Partida, de Alfonso X el Sabio, se define la prueba como “averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa”, como señala Martín Retortillo, surge de la duda y exige como *conditio sine qua non* la veracidad⁸, si bien el juez dispone de un amplio margen de apreciación.

⁶ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale Canonico*, Roma 2014 p. 385.

⁷ Cf. CABREROS DE ANTA, M., *Las pruebas*, en *Comentarios al Código de Derecho Canónico, con el texto legal latino y castellano*, ALONSO MORÁN, S.-CABREROS DE ANTA, M., 3, Madrid 1964, p. 540.

⁸ Cf. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S., «Notas para un estudio de la prueba en la Tercera Partida» en *Argensola: Revista de Ciencias Sociales del Instituto de Estudios Altoaragoneses*, 22 (1955) p. 111.

Para probar su pretensión, las Partidas disponen que el demandante podrá recurrir a “testigos, o por cartas o por otra manera que sea de creer”, y entre ellos cita la confesión, la prueba documental, el recurso a las pericia y conocimiento de expertos, las presunciones, la vista del juzgador, la fama o notoriedad del hecho y la lid⁹. En las Partidas, en tanto que compilación del Derecho Común, se mantiene la prohibición de dar validez al testimonio de un único testigo.

Otro texto jurídico que constituye un referente en el Derecho occidental es la *Magna Charta* concedida por el rey inglés Juan sin Tierra. Este texto que es comúnmente citado como uno de los antecedentes de las modernas declaraciones de derechos por cuanto es un pacto de limitación del poder real frente a los súbditos, incluye una cláusula, la número 38, en la que literalmente se dice que

*“En el futuro ningún servidor real podrá llevar a juicio a una persona basándose únicamente en su propia declaración, sin aportar un testimonio creíble de la verdad de su acusación”*¹⁰.

Este documento es anterior a las Partidas en casi medio siglo, pues el acuerdo del rey inglés con los nobles rebeldes data de 1215, y por supuesto, la lógica es muy distinta de la de las Partidas. Así, mientras que estas pretendían unificar el derecho y afirmar el poder del Rey en el marco de la gran ampliación territorial que había experimentado Castilla en los reinados de Fernando el Santo y el propio Rey Sabio; en Inglaterra, la *Magna Carta* fue una cesión del Rey ante los nobles rebeldes y la propia Iglesia, que impusieron su poder al del Monarca.

En todo caso, este reconocimiento de la necesidad de refutación testifical, así como la afirmación, en la cláusula 37, de lo que hoy llamaríamos principio general de acceso a la tutela judicial, marcan una pauta que es necesario tener en cuenta.

2.- LA PRUEBA COMO ELEMENTO NUCLEAR DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL: SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA

La prueba es aquella actividad procesal que desarrollan las partes ante el juez para que este adquiera el convencimiento sobre la certeza, positiva o negativa, de unos hechos

⁹ *Ibid.* pp. 114-115.

¹⁰ JOHANNES, REX ANGLIE, *Magna Charta*, en <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html> (consulta 3.3.2016): “*Nullus ballivus ponat decetero aliquem ad legem simplici loquela sua, sine testibus fidelibus ad hoc inductis*”.

controvertidos, alegados por las partes¹¹. La prueba tiende a proporcionar al juzgador los materiales fácticos que le servirán para dictar la sentencia que determinará a qué hechos concretos se les aplicará la norma jurídica y la consecuencia que lleva aparejada.

De esta forma, la prueba adquiere una posición central en el procedimiento judicial, pues de su resultado dependerá la fijación de los “*hechos probados*”. Gil de las Heras, al referirse a la importancia de la prueba evoca la Sentencia c. Stankiewicz, de 25 de febrero de 1989, para afirmar que la prueba es el alma del proceso¹².

Por su parte, San Juan Pablo II, dejó constancia de esta evidencia en su Discurso al Tribunal de la Rota Romana de 1989, al afirmar:

“El nuevo Código de Derecho Canónico atribuye gran importancia al derecho de defensa. En efecto, respecto a las obligaciones y derechos de todos los fieles, señala el canon 221, párrafo 1: «Compete a los fieles reclamar legítimamente los derechos que tienen en la Iglesia y defenderlos con el fuero competente conforme a la norma del derecho». Y el párrafo 2 continúa: «Los seglares cristianos tienen derecho en el caso de que sean llamados a juicio por la autoridad competente, a ser juzgados según las normas jurídicas que deben ser aplicadas con equidad». El canon 1620 del mismo Código sanciona explícitamente la nulidad insanable de la sentencia, si a una o a otra parte se negó el derecho a la defensa, mientras se puede recabar del canon 1958, párrafo 1, el siguiente principio que debe guiar toda la actividad judicial de la Iglesia: «Que siempre quede a salvo el derecho a la defensa».

[...]

No se puede concebir un juicio equitativo sin el contradictorio, es decir, sin la concreta posibilidad concedida a cada parte de ser escuchada y de poder conocer y contradecir las peticiones, las pruebas y las deducciones aducidas por la parte contraria o «ex officio»”¹³.

Hoy en día es impensable que se sustancie un proceso judicial sin la existencia de periodo probatorio, en los mismos términos que lo sería sin audiencia, y para sostener

¹¹ Cf. ROBLES GARZÓN, J.A. (dir.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, Madrid 2013, p. 319.

¹² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., «Sentido de la prueba en el Derecho matrimonial canónico», en *XXII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas: La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, en ed. PÉREZ RAMOS, A.-RUANO ESPINA, L., Salamanca 2003 p. 15.

¹³ Cf. S. IOANNES PAULUS PP II, «Allocutio ad Romanae Rotae auditores, officiales et advocatos coram admissis 26.1.1989», §§ 2 y 3, en AAS 81 (1989) pp. 922-923.

esta afirmación sirva como ejemplo el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948¹⁴.

De esta manera, el derecho de aportar pruebas se configura como un derecho humano y fundamental, reconocido como tal en la práctica totalidad de constituciones modernas.

Al dotar a la proposición y práctica de la prueba de rango de derecho fundamental, el Ordenamiento Jurídico está estableciendo un vínculo indisoluble con la dignidad inherente a la persona. Consecuentemente, un eventual juicio sin la prueba adecuada no solo supone una infracción del ordenamiento procesal sino también una agresión a lo más íntimo de la persona, su dignidad como ser humano.

En esencia, la existencia de un juicio justo en la resolución de controversias es una exigencia de la igualdad de las personas, con independencia de sus condiciones o circunstancias. Hablar de un juicio justo evoca una noción de justicia que supera la estrictamente formal o positivizada, sino que nos sitúa en un plano moral, una justicia ética. En esta aplicación de la justicia, es donde la dinámica positiva del Derecho debe permitir que toda persona pueda justificar su posición ante un juzgador imparcial que ha de alcanzar no solo fácticamente sino también moralmente el grado de convicción necesaria para poder dictar una resolución en términos de justicia formal y material.

Por ello, la prueba, la aportación y contraste de los testimonios de las partes en conflicto reviste una importancia fundamental como se demostrará en este trabajo en todos los órdenes jurídicos.

En el ámbito civil este derecho se configura generalmente como una de las manifestaciones del derecho fundamental a un juicio justo. Este derecho incluye, entre otras facetas, el derecho a un juicio sin las dilaciones indebidas, el derecho a un juicio público, el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a conocer la acusación, el derecho a una resolución judicial congruente sobre el fondo, y el derecho a los recursos. Y además, el derecho a la defensa en juicio que se manifiesta principalmente en estas dimensiones:

- derecho a asistencia letrada;
- derecho a traducción en caso de no conocer la lengua del procedimiento;

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos 10.12.1948*, en <http://www.un.org/chinese/center/chbus/events/hurights/spanish.htm> (Consulta 4.3.2016): “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”.

- derecho a la proposición de pruebas;
- derecho a no declarar en contra propia;
- derecho a valerse de los medios de prueba que se consideren pertinentes;

y

- derecho a que la prueba sea valorada por el juzgador¹⁵.

De esta manera, la prueba constituye el punto central de cualquier procedimiento judicial. Y, por tanto, su ausencia o práctica incorrecta determinará la nulidad del proceso y la vulneración de los derechos más esenciales de la persona.

3.- CONCEPTO DE PRUEBA

La fórmula clásica define la prueba como “*rei dubiae et controversa per legitima argumenta iudici facta ostensio*”¹⁶.

La prueba es aquella actividad procesal que desarrollan las partes ante el juez para que este adquiera el convencimiento sobre la certeza, positiva o negativa, de unos hechos controvertidos, alegados por las partes¹⁷. También puede definirse la prueba como aquel acto jurídico jurisdiccional, por medio del cual, en forma legítima, se proporcionan al juez argumentos idóneos sobre una cosa dudosa o controvertida¹⁸, de esta manera, la prueba de la pretensión —y de la contestación— es el eje del proceso, según expresa el axioma “o probar o consentir”¹⁹.

También puede ser definida como aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso²⁰.

¹⁵ Cf. CASTELLÀ ANDREU, J.M. (ed.), *Derecho Constitucional Básico*, Barcelona 2015 pp. 465-466.

¹⁶ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios en el proceso canónico», en *Revista Española de Derecho Canónico* 25 (1969) p. 283.

¹⁷ Cf. ROBLES GARZÓN, J.A. (dir.), *Conceptos básicos ...*, cit. p. 319.

¹⁸ Cf. GULLO, C.,-GULLO, A., *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, Ciudad del Vaticano 2005 p. 141.

¹⁹ Cf. CALVO TOJO, M., *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca 1999, p. 312.

²⁰ Cf. ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid 1989 p. 15, en una cita que remite a GIMENO SENDRA.

Desde una óptica más propia del proceso penal, la prueba es una actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho aportados²¹.

De estas definiciones, aunque podrían aportarse muchas más, se pueden desprender varias características específicas de la prueba:

3.1.- *Carácter procesal*

La prueba forma parte del proceso judicial²², por lo tanto, tiene un carácter vicario del procedimiento²³. Ello implica que es un instrumento y, en consecuencia, está sometida a las propias normas procesales²⁴.

La tramitación de la prueba es objeto de una prolija regulación en las distintas normas procesales²⁵, donde se establecen límites de carácter temporal y material, pero también las condiciones en las que se puede realizar, incluyendo sus clases, e incluso, la manera en la que ha de incorporarse al razonamiento del juzgador.

Este carácter procesal se manifiesta en el principio de adquisición procesal, según el cual el juez no puede discriminar en el proceso, tomando, para formar sus convicciones, unas cosas y dejando otras. Lo que implica, por ejemplo, respecto al derecho probatorio, que las pruebas que figuran en autos benefician a todas las partes, no sólo a quien las propuso²⁶.

Las distintas jurisprudencias han ayudado a perfilar los contornos de la prueba dentro de los distintos procesos y la manera de su valoración en la resolución del conflicto. En este sentido, se han definido con claridad las pruebas lícitas e ilícitas en razón de su obtención o su realización, por ejemplo.

3.2.- *Inmediación respecto del juzgador*

²¹ Cf. MONTERO AROCA, J., et alia, *Derecho Jurisdiccional*, 3, Barcelona 1994 p. 322.

²² Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración de la prueba testimonial en el proceso canónico de nulidad matrimonial», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011) p. 583.

²³ Cf. GULLO, C.,-GULLO, A., *Prassi processuale...*, cit. p. 237 ss.

²⁴ Cfr. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale Canonico*, Roma 2014 pp. 236 ss.

²⁵ Cf. MONTERO AROCA, J., et alia, *Derecho Jurisdiccional...*, cit. p. 322.

²⁶ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 104.

Ya se ha dicho que la finalidad de la prueba es lograr el convencimiento del juzgador respecto de la afirmación sostenida por una de las partes. En consecuencia, su práctica —testifical o pericial— o presentación —documental— exige que se encuentre presente quien ha de emitir el veredicto, pues de lo contrario, éste no alcanzará su convicción de manera directa, sino de una forma mediata, lo que haría innecesaria la prueba.

Así, la inmediación implica la continuidad de la discusión. Ésta deriva de la exigencia de garantizar el recuerdo de todos los hechos que se exponen en la discusión y en primer lugar de aquellos que tienen relevancia probatoria en vista de la sentencia. Este tipo de inmediación es, a su vez, consecuencia del carácter oral de las pruebas del debate y de la predominante importancia y valor de la oralidad respecto a la escritura de las actas o de otros documentos²⁷.

La inmediación es una consecuencia del principio de oralidad que rige en el Derecho Canónico, pero también en el Derecho Penal, e implica la necesidad de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso sin que exista ninguna interposición, por tanto, se debe considerar el principio de inmediación y el de oralidad como dos manifestaciones de la misma realidad²⁸.

Desde el punto de vista del derecho probatorio, la inmediación, igual que la oralidad, son exigencias esenciales. Así, a título de ejemplo, en el procedimiento penal, la actitud de los testigos en el momento de su interrogatorio puede ser objeto de valoración junto con su testimonio a la hora de determinar su credibilidad por parte del tribunal, y así, en causas como las penales o las matrimoniales, la inmediación entre juez y partes deviene no sólo conveniente sino necesaria²⁹.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, esta inmediación se puede sustituir por la intervención de un fedatario como lo puede ser un delegado del juez o el auditor³⁰.

3.3.- *Carácter finalista*

²⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción "Dignitas connubii"», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2010) p. 642.

²⁸ Cf. MONTERO AROCA, J., et alia, *Derecho Jurisdiccional*, 1, Barcelona 1994, p. 341.

²⁹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 103.

³⁰ Cf. canon 1561.

Como señala Asencio Mellado la prueba tiene como finalidad esencial lograr la convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho, convicción que no ha de girar en torno a la veracidad o falsedad del hecho base de la afirmación, ni tener como apoyo el dato de la existencia o no de los tales hechos, antes al contrario la convicción lo es respecto de la exactitud de la afirmación fáctica, no residenciándose tampoco dicha convicción en términos de certeza absoluta, sino únicamente de probabilidad³¹.

Por tanto, la prueba es el complemento necesario de las afirmaciones de las partes en el proceso. No corresponde exclusivamente a la parte actora, sino que también está al alcance de la parte demandada para poder hacer valer sus argumentos y, en concreto, para neutralizar la acción acusatoria.

Este carácter teleológico de la prueba implica, a su vez, una serie de matices.

El primero de estos matices, contemplado en la legislación procesal, es que la prueba deberá ser oportuna, entendiendo por tal aquella prueba que no es ociosa o reiterativa, y que por su naturaleza es apropiada para sustentar las afirmaciones de quien la presenta.

Un segundo matiz es que la prueba, en tanto que constituye el núcleo del proceso está sometida a contraste entre las partes, admitiéndose generalmente, posibilidades de desvirtuación de las pruebas aportadas por la otra parte. En el ámbito del proceso de nulidad canónica, la fase probatoria constituye el centro del proceso y como señala Gil de las Heras, el legislador concede una notable facilidad para que se puedan presentar todas las pruebas que sean necesarias, incluso cuando una de las partes renuncia a actuar en el proceso³².

³¹ Cf. ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid 1989 pp. 15-16.

³² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., «Sentido de la prueba en el Derecho matrimonial canónico», ... *cit.* p. 14. Este autor cita, en apoyo de lo expuesto, a San JUAN PABLO II en su discurso al Tribunal de la Rota Romana en el año 1989:

“Es necesario añadir inmediatamente algunas matizaciones respecto a las causas matrimoniales. Aun cuando una de las partes hubiera renunciado al ejercicio de la defensa, permanece para el juez en estas causas el grave deber de obtener la declaración judicial de dicha parte y también de los testigos que ésta podría aducir. El juez debe valorar bien cada caso. A veces la parte demandada no quiere presentarse a juicio, no aduciendo motivo idóneo alguno, justamente porque no comprende cómo la Iglesia podría declarar la nulidad del sagrado vínculo de su matrimonio después de tantos años de convivencia. La verdadera sensibilidad pastoral y el respeto por la conciencia de la parte imponen en tal caso al juez el deber de ofrecerle todas las informaciones oportunas relativas a las causas de nulidad matrimonial y buscar con paciencia su plena cooperación en el proceso, incluso para evitar un juicio parcial en una materia tan grave.

Considero, además, oportuno recordar a todos los operadores de la justicia que, según la sana jurisprudencia de la Rota Romana, se deben notificar, en las causas de nulidad matrimonial, a la parte que haya renunciado al ejercicio del derecho a la defensa, la fórmula de la duda, toda eventual nueva interrogación de la parte contraria, no solamente la sentencia definitiva” (§ 5).

3.4.- *Carácter propositivo*

En nuestro ámbito jurídico rige el axioma clásico del Derecho Romano según el cual “*Actor incumbit probatio, reus excipiendo fit actor*”³³, esto es, al actor le incumple la prueba, el demandado, al excepcionar se convierte en actor. Este principio encuentra acogida en el canon 1526 § 1.

Constituye un principio esencial de todo proceso judicial que el *onus probandi* incumbe a quien sostiene una afirmación, evitando así que quien es acusado o demandado deba soportar el deber de probar *a contrario*. En el ámbito propio del Derecho Penal este principio va íntimamente unido a la presunción de inocencia cuya formulación básica es que se es inocente mientras no se demuestre la culpabilidad, y en caso de duda, prevalecerá siempre la consideración de inocente.

Ahora bien, en el proceso penal, este principio está reforzado por el hecho de que el juzgador no puede determinar los hechos si no es a través de la prueba y, en consecuencia, incluso los hechos que no son controvertidos o son admitidos por las partes, deben ser objeto de prueba para quedar fijados en la sentencia.

4.- ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA PRUEBA

4.1.- *Objeto de la prueba*

Entre los elementos que hemos identificado como rasgos característicos de la prueba, se encuentra su oportunidad o adecuación. De esta manera, podemos entender que la práctica o aportación deberá ser idónea para demostrar aquello que se alega³⁴. Son los medios legítimos, lícitos y útiles con los que el juez trata de llegar a la certeza de unos hechos de los que se pretende deducir un efecto jurídico³⁵. En este sentido, es posible afirmar que en la prueba ha de concurrir una idoneidad intrínseca, esto es, vinculada al hecho concreto que se prueba. Y una idoneidad extrínseca o general, es decir, que la prueba ha de ser oportuna en el procedimiento en concreto.

³³ D. 22, 3, 21.

³⁴ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 435.

³⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 184.

Pues bien, desde una perspectiva extrínseca, debemos acotar qué es lo que se puede o se debe probar.

Señala Giménez Sánchez, en el ámbito del Derecho Procesal Civil, que la prueba se circunscribe a los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, esto es, con las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos, y de manera excepcional, sobre aspectos tales como la costumbre, el Derecho extranjero o las máximas de la experiencia que deban aplicarse.

Y determina cuáles son los tipos de hechos y Derecho que pueden ser objeto de prueba en el proceso general civil. Entre los hechos que son objeto de prueba, esta autora distingue los hechos fundamentales de los accesorios, y los admitidos de los notorios.

Respecto al Derecho, solo el Derecho extranjero o la costumbre, también se deben probar, pero no así el Derecho nacional, pues rige el principio de *iura novit curia*³⁶.

En el campo del Derecho Procesal Penal, la prueba se circunscribe a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos (fundamentalmente) de hecho que aportan las partes³⁷. No en vano, la confirmación de los hechos es la única vía para romper la presunción de inocencia y, en consecuencia, permitir la aplicación del Derecho Penal. Solo en la medida en que se demuestre la veracidad de los hechos y del nexo entre estos y las personas a quienes se les atribuyen se puede producir una condena.

De esta manera, en el ámbito del Derecho punitivo, la prueba adquiere una mayor relevancia fáctica.

Por último, en la esfera del Derecho Matrimonial Canónico, el objeto de la prueba viene acotado por el propio proceso³⁸. No se trata, como ocurre en el ámbito civil, de justificar unos argumentos. Ni siquiera como ocurre en el Derecho Penal, de demostrar el vínculo entre unos hechos y su autor. En los procesos de nulidad matrimonial canónico la prueba se dirige a la obtención de la verdad³⁹ (c. 1530) y prueba de ello es que las partes cuando son interrogadas en la sede del proceso deben responder y decir toda la verdad (c. 1531 § 1). En este sentido, la posición de las partes es más irrelevante por cuanto el objeto último del proceso no es darle la razón a uno de los dos actores, ni siquiera aplicar la

³⁶ Cfr. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «La prueba en el proceso civil», en *Conceptos básicos de derecho procesal civil*, dir. ROBLES GARZÓN, J.A., Madrid 2013 pp. 319 ss.

³⁷ Cf. MONTERO AROCA, J. et alia, *Derecho Jurisdiccional...*, cit. p. 322.

³⁸ Cfr. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *La instrucción "Dignitas Connubii" a examen (texto castellano y comentario de sus artículos)*, Salamanca 2006 p. 149.

³⁹ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y la comprobación de la verdad en el proceso canónico», en *Anuario de Derecho Canónico* 1 (2012) pp. 28-29.

norma jurídica a un determinado comportamiento, sino encontrar la verdad de la situación del sacramento del matrimonio.

4.2.- *Actividad, fuente, medio y resultado de la prueba*

Como ya se ha visto, el concepto procesal de prueba tiene varias acepciones.

Almagro Nosete distingue entre actividad o procedimiento, que son los actos concatenados cuyo fin es efectuar la expresada demostración o verificación de los hechos alegados. Para este autor, la prueba como medio o fuente proporciona conocimiento acerca de la concurrencia o existencia de los hechos. Y finalmente, la prueba como resultado es la convicción judicial adquirida, los hechos probados⁴⁰.

Con más detalle, Giménez Sánchez define las fuentes de la prueba como los elementos que existen en la realidad y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Son elementos que existen con independencia del proceso judicial. Por su parte, los medios de prueba es la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas el correspondiente resultado⁴¹.

4.3.- *Clases de prueba*

En la práctica procesal hay varios tipos de prueba, atendiendo principalmente al medio de realización, de la naturaleza de esta actividad se deriva, en cada caso, un determinado resultado. Como se verá más adelante, esta naturaleza de la prueba tiene efectos en relación con su valoración por parte del juzgador.

Veamos las distintas clases de pruebas que pueden aparecer en un proceso.

4.3.1.-En el proceso civil

En el proceso civil español, la prueba se regula esencialmente en el Capítulo V del Título Primero del Libro II de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Esto es, en los artículos 281 y siguientes de este cuerpo legal.

⁴⁰ Cf. ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal. Proceso Civil*, 1/2, Madrid 1996 p. 63.

⁴¹ Cf. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «La prueba en el proceso civil», ..., *cit.* pp. 319 ss.

El apartado 1 del artículo 299 de esta Ley considera admisibles los siguientes medios de prueba:

- a) Interrogatorio de las partes;
- b) Documentos públicos;
- c) Documentos privados;
- d) Dictamen de peritos;
- e) Reconocimiento judicial; y
- f) Interrogatorio de testigos.

Los apartados segundo y tercero de este artículo contienen sendas excepciones a la relación expuesta con la clara finalidad de no limitar el acceso de las partes a la prueba de sus pretensiones. Así, el primero de estos apartados contempla la posibilidad de que se admitan los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso, esto es, soportes digitales o informáticos, principalmente. Es lo que la doctrina ha venido en llamar la “prueba electrónica”⁴².

El tercer párrafo de este artículo 299 constituye una cláusula residual que reside en el tribunal juzgador la posibilidad de incorporar a los autos la prueba realizada por cualquier otro medio no expresamente citado en los apartados precedentes cuando a través de él “*pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes*”. En este caso, se hará a instancia de parte y con las medidas necesarias. Este precepto tiene una doble función, a saber, es una consecuencia directa y previsible de la garantía procesal contenida en el art. 24.2 CE, al reconocer a los ciudadanos el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa⁴³. La segunda finalidad de este precepto es su proyección *a futuro*, pues constituye una cláusula abierta que permite incorporar al proceso medios de prueba de soporte desconocido en el momento de la aprobación de la norma, en 2000⁴⁴.

4.3.2.- En el proceso penal

⁴² Cf. PÉREZ PALACÍ, J.E., «La prueba electrónica: Consideraciones» p. 5 en <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf> (consulta 4.3.2016).

⁴³ Cf. SANCHIS CRESPO, C., «Los contornos de la prueba en el nuevo proceso civil», en *Revista de Derecho. Universitat de València (Estudi General)* 1 (2002) en <http://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/carolina.htm> (consulta 4.3.2016).

⁴⁴ Cf. PÉREZ PALACÍ, J.E., «La prueba electrónica...», *cit.* p. 3 (consulta 3.3.2016).

En el proceso penal rige el principio de necesidad de la prueba hasta el punto de que para poder desvirtuar la presunción de inocencia se exige “*una mínima actividad probatoria*” (STC 113/1982) que sea respetuosa con las garantías establecidas en la legislación procesal y, especialmente, en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim), regula las pruebas en los dos momentos en los que se divide el procedimiento criminal, en la de instrucción y en la de juicio oral.

Respecto de la primera fase, la de instrucción, se ocupa el Título V del Libro II. Este Título lleva por rúbrica “*De la comprobación del delito y averiguación del delincuente*”, que ya de por sí expresiva de su contenido y de la finalidad de la prueba. Se manifiesta de manera clara como se ha expuesto antes que en el proceso criminal la prueba no busca la prueba de hechos controvertidos, sino la comprobación de la realidad de unos hechos, con independencia de su controversia o no.

En este sentido, en esta fase del procedimiento, se regulan las siguientes clases de pruebas:

- a) La inspección ocular;
- b) El cuerpo del delito;
- c) Declaraciones de los procesados;
- d) Declaraciones de los testigos;
- e) Careo de los testigos y procesados; e
- f) Informe pericial.

El Título VIII de este mismo libro lleva por título “*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*”, esto es los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y el secreto de las comunicaciones. Se trata, no tanto, de una regulación específica de las pruebas sino de la manera de obtenerlas cuando ello pone en riesgo la integridad de derechos fundamentales.

Por otra parte, dado que el proceso penal se basa en la existencia de dos fases del procedimiento, en las que hay disparidad de órgano jurisdiccional, lo que constituye una exigencia irrenunciable del derecho fundamental a un juicio justo, la LECrim también contempla las pruebas en esta segunda fase.

Esta segunda fase del procedimiento constituye *stricto sensu* el juicio sobre los hechos y los presuntos autores de los mismos, pues ya ha concluido la fase de averiguación de los hechos y determinación de los posibles autores. Esta fase, cuya denominación es la de “juicio oral” se basa en los principios de publicidad, de oralidad e inmediación entre el órgano juzgador y las pruebas de convicción. En este momento del proceso ha de desarrollarse necesariamente la prueba, debe desarrollarse en igualdad de condiciones para las partes y solo cuanto tenga lugar durante su celebración podrá ser tenido en cuenta por el tribunal para formar su convicción a la hora de dictar sentencia.

A este juicio oral dedica la LECrim su Libro III, en cuyo Título III (“*De la celebración del juicio oral*”) se encuentra el Capítulo III intitulado “*Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral*”. En este Capítulo, en los artículos 688 y siguientes, se regula la práctica de las siguientes pruebas:

- a) Confesión de los procesados y de las personas civilmente responsables,
- b) Testifical, incluidos los careos;
- c) Pericial; y
- d) Documental e inspección ocular.

Nótese que hay algunas diferencias respecto a los medios de prueba que se prevén en la fase de sumario o instrucción. Ello se debe, principalmente, a la propia dinámica del proceso, pues hay pruebas como la del “cuerpo del delito” que por su naturaleza normalmente solo podrá ser utilizada en la fase inmediata a la comisión del delito. En estos casos, como en la inspección ocular, lo normal será la documentación en los términos previstos en el artículo 326 LECrim en los momentos iniciales de la investigación y su incorporación a los autos. Esta “documentación” podrá ser objeto de debate en la fase del juicio oral, e incluso contrastada con otros medios de prueba como la testifical o la pericial, que podrían desvirtuarla.

4.3.3.- En el proceso canónico

En el proceso canónico la prueba tiene como principal finalidad la averiguación de la verdad objeto del litigio.

El CIC regula las pruebas propias de los procesos contenciosos en el Título IV de la Sección I de la Parte II del Libro VII, en los cánones 1526 a 1586. A estos cánones hay que añadir los cánones 1678 a 1680 establecen las particularidades de la actividad probatoria en el proceso de nulidad del matrimonio canónico.

Los medios de prueba a que se refiere el CIC son⁴⁵:

- a) Declaraciones de las partes;
- b) Documental;
- c) Testifical;
- d) Pericial;
- e) Acceso y reconocimiento judicial; y
- f) Presunciones⁴⁶.

4.3.4.- Breve referencia a las presunciones en la actividad probatoria

Las presunciones, reguladas en los cánones 1584 a 1586 son un medio que goza de especial relevancia en el proceso canónico, y frente al procedimiento civil o penal, marca una diferencia significativa que evoca el Derecho clásico donde las presunciones gozaban de una notable relevancia en la práctica forense.

Así, mientras en el proceso civil y penal las presunciones *iuris tantum* —y más aún las *iure et de iure*— son de carácter residual, en el proceso canónico siguen siendo consideradas un medio de prueba destacado. Su principal virtualidad es provocar una inversión de la carga de la prueba respecto de quien intenta desvirtuarlas, y su origen puede ser legal o judicial.

De hecho, el artículo 1215 del Código Civil, vigente hasta su derogación en 2001, operada por la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), disponía que “*Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones*”. De esta manera, el legislador asumió la tesis sostenida por la doctrina de que las presunciones no eran propiamente medios de defensa. Al respecto, MONTERO AROCA considera que en las presunciones “*lo que en realidad ocurre es que se altera el tema a probar y surge la contraprueba*”, y añade que “*en las presunciones legales existen uno o varios indicios y un hecho presumido, y lo que la ley dice es que probado el indicio se presume existente el hecho presumido, el cual no necesita ser probado directamente; todo esto no impide que exista prueba, pues siempre deberán probarse el o los indicios*”⁴⁷.

⁴⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 447 ss.; GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho ...*, cit. p. 317 ss.

⁴⁶ Cf. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., *Régimen jurídico de las presunciones*, Madrid 2007.

⁴⁷ Cf. MONTERO AROCA, J. et alia, *Derecho Jurisdiccional*, 2, Valencia 1998 p. 187.

Así, GIMÉNEZ SÁNCHEZ también coincide en el hecho de que las presunciones no son propiamente medios de prueba, sino más bien “método de prueba”, pues “*constituyen un método de fijación de los hechos en virtud del cual, partiendo de un hecho que se tiene por cierto, probado o admitido por las partes (indicio), se fija la existencia de otro (presunto), teniendo en cuenta el nexo que une a ambos*”⁴⁸.

4.3.5.- La similitud de los medios de prueba en los distintos procesos

Obsérvese que al comparar los medios de prueba que son reconocidos en los distintos procesos hay una notable coincidencia, como no podía ser de otra forma pues nuestros procedimientos jurídicos tienen su fuente y origen en el Derecho Común que, a su vez, hunde sus raíces en el Derecho Romano.

Ello no obstante, la evolución de cada ordenamiento y, sobre todo, la naturaleza de cada procedimiento establece una serie de circunstancias que modulan la respectiva actividad probatoria.

En este sentido, se observa que en el Derecho Civil la intervención de los testigos aparece configurada como un medio de menor importancia que la aportación y presentación de documentos, como no podía ser de otra forma habida cuenta de la naturaleza escrita de este procedimiento.

Por el contrario, en el procedimiento penal, se priman los elementos donde mejor se articula la inmediatez entre juzgador y medio de prueba: testificales, periciales y declaraciones de los procesados, aun cuando estos últimos pueden no decir la verdad ya que no están obligados a declarar en su contra. De hecho, solo en la fase de juicio oral adquiere relevancia la prueba documental, mientras que en la fase de instrucción si bien existe se subsume en medios más genéricos como la inspección ocular o el cuerpo del delito.

En el caso de los procesos canónicos se mantiene la pluralidad de medios de prueba en su más amplia gama, incluyendo como tales las presunciones que, si bien en las otras ramas del Derecho también existen, tienen, como hemos dicho un carácter subsidiario y, hasta cierto punto, residual, respecto de la actividad probatoria en el proceso. De entre todas las pruebas posibles, en este trabajo nos centraremos en la prueba testifical.

⁴⁸ Cf. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., «La prueba en el proceso civil»..., *cit.* pp. 363-364.

5.- LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CANÓNICO

Como se ha dicho, la prueba es la institución jurídica procesal a través de la cual el juzgador en un proceso, debe alcanzar el grado de convicción, que le permita resolver sobre el objeto del proceso.

La institución probatoria encuentra su desarrollo jurídico canónico en el Título IV del vigente Código de Derecho Canónico, “De las Pruebas”, enmarcado dentro de la Parte II del Libro VII dedicado a “Los Procesos”.

La parte general de este Título (cc. 1526-1586) se dedica a la positivización de los principios generales del Derecho común relativos a las pruebas. Estos cánones han sido objeto de un amplio desarrollo posterior por medio de la Instrucción *Dignitas Connubii*, en cuyos artículos 155 a 161 se reiteran algunos de los principios enunciados.

Así, el can. 1526 que encabeza esta Sección del CIC consagra el axioma “*affirmanti incumbit probatio*”, situando el *onus probandi* en la esfera de quien promueve la acción; sin embargo, este mismo canon, en su párrafo segundo establece sendas excepciones a esta norma. A saber, los hechos que la misma ley presume⁴⁹ y los hechos afirmados por uno de los contendientes y admitidos por el otro. En este último caso, no obstante, la propia norma habilita a la ley o al juez para exigir la prueba con independencia de la aceptación de lo afirmado por las partes, aspecto este que no se ha recogido en la *Dignitas Connubii*.

El canon 1527 § 1 se consagra el principio general de licitud y adecuación de las pruebas. En coherencia con lo que se ha expuesto anteriormente respecto a la esencialidad de las pruebas para el proceso judicial, se consagra la libertad de proposición y aportación de pruebas con dos límites de distinta intensidad. El primero de ellos es que “*se consideren útiles para dilucidar la causa*”, lo que crea un cierto margen de apreciación tanto para

⁴⁹ Entre otras, el CIC establece presunciones en los cánones 15, 21, 57, 78, 97, 124, 140, 1061, 1096, 1.101, 1107, 1152, 1321, 1526, 1594, 1632, y 1637, tratándose generalmente de presunciones *iuris tantum*. Sobre las presunciones hay una abundante bibliografía, a modo de ejemplo, cf. ARROBA CONDE, M.J., «Le presunzioni nel processo: le presunzioni legali alle prove e alla procedura», en *Presunzioni e matrimonio*, Ciudad del Vaticano 2012 pp. 149-168; BONNET, P.A., «L'argomentazione presuntiva e il suo valore probatoria», en *Presunzioni e matrimonio*, Ciudad del Vaticano 2012, pp. 11-116; HAYOIT, P., «La présomption du droit dans la tradition canonique», en *Ephemerides theologicae lovanienses* 17 (1940), pp. 218-284; GARCÍA FAÁLDE, J.J., «Prueba presuntiva en los procesos rotales de nulidad matrimonial por simulación total o parcial», en *Revista Española de Derecho Canónico* 14 (1959) pp. 727-749; DAVID BUSSO, A., «Algunas consideraciones acerca de las presunciones jurídicas: aportes de la filosofía del derecho canónico», en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 14 (2007) pp. 73-88.

las partes como para el órgano juzgador. Gil de las Heras afirma que en este punto se deben tener en cuenta los criterios de pertinencia, relevancia y legitimidad, así como la accesibilidad del juez a las citadas pruebas⁵⁰.

El segundo de los límites, el de la licitud, también tiene un carácter general en la misma naturaleza de la prueba. Según el último autor citado, responde a una exigencia moral que tiene su correlato en los cánones 1546 y 1548. En este sentido, afirma que la ilicitud no se limita al quebrantamiento de la ley positiva, explícita o implícitamente, sino también aquella prueba que aún siendo legal supone una quiebra de los principios de la moral cristiana⁵¹. Por último, este límite opera tanto respecto a la manera de obtener la prueba como a la manera de practicarla, en su caso, y el artículo 157 de la *Dignitas Connubii*.

El párrafo segundo de este canon 1527 sigue el criterio de facilitar la práctica de la prueba. Así, establece la necesaria revisión del acto de inadmisión de la prueba si la parte persiste en su conveniencia y añade que la revisión ha de ser resuelta por el mismo juez que la denegó “*con toda rapidez*”, en coherencia con la relevancia de la prueba dentro del proceso y, sobre todo, en evitación tanto de la demora del proceso como de la descontextualización de la fase probatoria. En esta línea, la *Dignitas Connubii* encomienda al juez el deber de evitar un número excesivo de testigos y de otras pruebas, y consecuentemente de denegar la admisión de aquellas pruebas aportadas que entienda que lo son a los solos efectos dilatorios de la causa.

El canon 1528 dispone que si una parte o testigo rehúsan comparecer ante el juez para responder, pueden ser oídos también por medio de un laico que el juez designe, o puede requerirse su declaración ante un notario público o por otro modo legítimo. Nuevamente, se trata de una disposición que pretende facilitar la práctica de la prueba en el proceso, aunque ello comporte una quiebra del principio de inmediatez entre el juzgador y la prueba ya expuesto. En relación con esta excepción, el apartado 2 del artículo 161 de la *Dignitas Connubii* obliga a tener siempre buen cuidado de que conste su autenticidad e integridad, evitando cualquier peligro de fraude, colusión o corrupción.

En esta misma línea, el canon 1529 habilita la práctica de las pruebas antes de la contestación de la demanda en los casos en los que concurra causa grave que deberá ser apreciada por el juez de oficio o a instancia de la parte demandante. El artículo 160 de la

⁵⁰ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., «Sentido de la prueba en el Derecho matrimonial canónico»... *cit.* p. 19.

⁵¹ *Ibid.* pp. 19-20.

Dignitas Connubii explicita que la necesidad de aportar las pruebas tras la litiscontestación se debe a que en tanto no se establezca la fórmula de la duda no está determinado qué se ha de investigar. En este caso, el principio que cede ante el carácter claramente facilitador de la legislación canónica sobre la prueba es el principio de defensa de la parte demandada, a quien deberá permitírsele en las fases sucesivas de la instrucción el uso de los recursos necesarios para intentar desvirtuar estas pruebas extemporáneas y alcanzar la verdad.

Respecto al régimen establecido en los cánones 1526 a 1529, la *Dignitas Connubii* introduce en su artículo 159 una serie de garantías de acceso a las pruebas practicadas en la instrucción para el defensor del vínculo y los abogados de las partes.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO CANÓNICO: DIMENSIÓN SUBJETIVA

La prueba testifical es una prueba clásica dentro del proceso⁵² y buena prueba de ello es que figura en todo tipo de procesos desde muy antiguo⁵³. Sin embargo es una prueba que entraña notables dificultades tanto en su realización como en su valoración⁵⁴.

En este sentido el Derecho Canónico ha tenido siempre en grande estima la prueba testifical, incluso hay autores que afirman que es una característica del proceso canónico en comparación con el proceso civil moderno e incluso con el Derecho Romano justinianeo, que tenía una actitud menos favorable hacia los testigos⁵⁵. Lo cual no implica que no haya tenido también, sus críticos, con frecuencia basándose en una práctica inadecuada o corrupta de esta prueba⁵⁶.

La prueba testifical cuenta con un significativo listado de argumentos a su favor, tales como la propia importancia del testimonio en la vida cotidiana de las personas, pero también otros de carácter más estrictamente jurídico como su relevancia en causas como las matrimoniales, donde con frecuencia se ventilan asuntos de convivencia íntima o la facilidad de su existencia⁵⁷.

⁵² Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 540.

⁵³ Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova testimoniale», en *Apollinaris* 76 (2003) p. 561; ACEBAL LUJÁN, J.L., *sub cc. 1547-1573*, en *Código de Derecho Canónico: edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca*. Madrid 2005⁴ pp. 804-805.

⁵⁴ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 540; GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, cit. p. 327.

⁵⁵ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 591.

⁵⁶ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. pp. 16-17. Es especialmente llamativa la crítica al uso —y abuso— de esta prueba que realiza Calvo Tojo que, entre otras cuestiones afirma: «se trata probablemente de la prueba más costosa en todos los aspectos, no sólo en el dinerario. Y lo más desconcertante es que, no pocas veces la sentencia (sea afirmativa o negativa) se apoya en los restantes medios de prueba y apenas alude, o alude en términos muy generales, a la fuente testimonial» (CALVO TOJO, M., *Reforma del proceso...*, cit. p. 331).

⁵⁷ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 540; DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. pp. 16-17

El fundamento esencial de esta prueba radica en la presunción de veracidad⁵⁸ que, en principio, tiene toda persona que conoce unos hechos, en parte por la inclinación natural de toda persona a actuar correctamente⁵⁹.

1.- CLASES DE TESTIGO

El canon 1547 afirma de manera tajante que “[e]n todas las causas se admite la prueba testifical bajo la dirección del juez”.

La prueba testimonial consiste en el “acto procesal” en el que un persona ajena a la causa, esto es, a las partes y al tribunal, declara su conocimiento respecto de un hecho del pasado ante el juez. “*El testigo es la persona idónea que refiere ante el juez los hechos que ha percibido con sus propios sentidos*”, de suerte que en él se da una inmediatez respecto de los hechos, inmediatez que él trasladará al juzgador⁶⁰.

Existen varios tipos de testigo.

El testigo es judicial cuando viene citado siguiendo las formalidades previstas en la ley por un juez, para prestar declaración —testimonio— sobre algún hecho que es ajeno a él⁶¹.

Al margen de esta caracterización, García Faílde aporta una extensa nómina de posibles caracterizaciones de las personas que comparecen para aportar su testimonio a una causa. Esta clasificación responde a criterios distintos, por lo que con frecuencia nos encontramos ante categorías excluyentes unas de otras. Así, por ejemplo, podría darse un testigo privado de ciencia propia o un testigo privado de ciencia ajena⁶².

Veamos las distintas posibilidades de caracterización de los testigos.

En primer lugar, estarán los testigos que dan cuenta de los hechos controvertidos desde su posición profesional. Nótese en este punto que no se trata de testigos periciales,

⁵⁸ Cf. ACEBAL LUJÁN, J.L., *sub cc. 1547-1573*, en *Código de Derecho...*, *cit.* p. 804.

⁵⁹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p.17.

⁶⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub. cap. III*, en *Código de Derecho Canónico: edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones*, ed. BENLLOCH POVEDA, A., Valencia 2009¹³, p. 679.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub can 1547*, en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. 4/2, eds. MARZO, Á.-MIRAS, J.,-RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., Pamplona 2002³, pp. 1326-1327. Con frecuencia, estas caracterizaciones se repiten con mayor o menor similitud en otros manuales al uso: PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, *cit.* pp. 550-551; RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 384; GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, *cit.* pp. 223 ss.; o GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, *cit.* pp. 328-329.

estos testigos no son aquellos que comparecen en razón de su pericia o ciencia profesional (psicólogos, médicos...). En este punto se tiene en cuenta la profesión del testigo, *v.gr.* un profesor o un presbítero.

Desde esta óptica, los testigos pueden ser públicos o privados. Los testigos públicos o cualificados son las personas que ejercen una profesión pública y declaran sobre asuntos de su propio oficio público: por ejemplo, la manera en la que se celebró el sacramento del Matrimonio.

Los testigos privados son aquellos que o bien no ejercen una función pública, o bien la ejerciéndola aportan su testimonio sobre actos que no son propios de su oficio.

Respecto al grado de proximidad respecto a los hechos sobre los que se declara, García Faílde distingue entre los testigos de ciencia propia o los de ciencia ajena. Los primeros son los que dan cuenta de hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos: vista u oído, principalmente —testigos oculares o auriculares—. Por su parte, los testigos de ciencia ajena testifican sobre hechos o datos que conocen por referencia de otras personas.

También pueden darse testigos que deponen su testimonio no a partir de una percepción directa o de referencia sobre los hechos, sino a partir de ciertos conocimientos difusos. Estos testigos son los de credulidad y de credibilidad. Los primeros son aquellos cuya declaración es una deducción por raciocinio: “creen” que algo ha sucedido como ellos creen a partir de sus conocimientos, por ejemplo si una persona está en el suelo es porque creen que ha caído al tropezar con una baldosa en mal estado. Los testigos de credibilidad son los que se limitan a afirmar que tal o cual persona es merecedora de crédito⁶³.

Otra posibilidad es que los testigos lo sean de rumores o de fama. Los testigos de rumores son los que se limitan a informar al juez que tienen conocimiento de un hecho por noticias que han oído, sin que ello implique tener un conocimiento cierto de los hechos ni siquiera de la fuente de la información.

Los testigos de fama son los que refieren el sentir común, sólido, uniforme, constante... en un lugar determinado⁶⁴.

Otra posible distinción que aporta García Faílde es la de testigos de contestes o singulares. En este caso la referencia es la coincidencia del testimonio prestado por varios

⁶³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 224.

⁶⁴ *Ibid.*

testigos. Los testigos singulares son aquellos que exponen hechos distintos. Y estos testigos, a su vez, pueden ser complementarios, si el testimonio depuesto por cada uno de ellos es distinto pero complementario en orden a la demostración del hecho controvertido; diversos o diversificativos, si los testimonios no son coincidentes ni complementarios, pero tampoco son contradictorios entre sí; y, por último, estos testigos pueden ser adversativos o contradictorios si las declaraciones presentadas son incompatibles entre sí⁶⁵.

García Faílde también distingue entre los testigos verdaderos y los sinceros. Los verdaderos son los que dicen la verdad aunque al hacerlo no sean sinceros, es decir, los que afirman o niegan hechos verdaderos creyendo o intentando no hacerlo. Los sinceros son aquellos en los que coincide la intención y la expresión de su testimonio: dicen aquello que en conciencia creen que es verdad, aunque no lo sea. Concluye este autor que al juez “*debe interesarle más que el testigo sea verdadero que el que el testigo sea sincero*”⁶⁶.

Hay otras posibles clasificaciones, así, a la enumeración hecha se podrían añadir los testigos espontáneos, que se presentan sin haber sido citados por el juez, y que se consideran sospechosos. Y los testigos de crédito, cuya declaración tiene la finalidad de dotar de credibilidad ante el juez la declaración prestada por otro testigo u otros testigos (c. 1679)⁶⁷.

2.- CAPACIDAD PARA SER TESTIGO

2.1.- Norma general

De manera muy expresiva, el canon 1549 dispone que “*omnes possunt esse testes*”, pero tras esta rotunda afirmación se formula una vía de exclusión: “*nisi expresse iure repellantur vel in totum vel ex parte*”⁶⁸.

⁶⁵ Cf. Los testigos adversativos o contradictorios pueden denominarse, también, obstativos. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1547*», en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1326-1327.

⁶⁶ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 225.

⁶⁷ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub. cap. III*, en *Código de Derecho Canónico: edición bilingüe, fuentes...*, cit. p. 679.

⁶⁸ MONTINI, G.P., *De iudicio contentioso ordinario de processibus matrimonialibus*, Roma 2015⁴ pp. 239-240

La norma general indica, según García Faílde, que todas las personas son *a priori*, aptas para comparecer en el proceso, pues hay una suerte de presunción *iuris tantum* de idoneidad en razón de la ciencia; están libres de toda sospecha por razón de su probidad; y son capaces por razón de la ley⁶⁹. De esta manera, el dato esencial para determinar si una persona puede ser testigo o no se sitúa en relación con su capacidad para cumplir con la finalidad de la prueba, esto es, aportar datos ciertos y verdaderos sobre los hechos controvertidos en el proceso⁷⁰.

De esta manera, pueden ser testigos no sólo las personas bautizadas, sino también quienes no han recibido el sacramento, con independencia de su relación con las partes —también los familiares directos de las partes—, e incluso se puede actuar como testigo estando incurso en una pena canónica o en situación irregular⁷¹.

La excepción a esta norma viene establecida por la prohibición expresa para ser testigo en todo o en parte.

La primera cuestión que hay que destacar en este punto es la necesidad de la prohibición expresa del Derecho para ser testigo. Por tanto, estamos ante una necesaria interpretación restrictiva de la norma que prohíbe a alguien tomar parte como testigo en un proceso, no en vano estamos ante una limitación exorbitante del derecho de defensa de una de las partes en el proceso⁷². No serán admisibles interpretaciones que amplíen el elenco de prohibiciones más allá de lo estrictamente previsto por la norma jurídica. Esta norma jurídica se residencia principalmente en el canon 1550 § 1. La importancia de este precepto radica en que solo en el caso de concurrir una de las causas previstas en él permite a las partes excluir automáticamente a un testigo propuesto de comparecer ante el juez, ya que de no incurrir el testigo en una de las causas previstas en el can. 1550, quien pretenda su exclusión de la causa, deberá probar que existe una “justa causa” para su exclusión.

2.2.- La exclusión de los testigos

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub. c. 1548*, en *Código de Derecho Canónico: edición bilingüe, fuentes...*, *cit.* p. 680.

⁷¹ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos», conferencia pronunciada en las XXVI Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Canónico, 17-20 julio de 2012, pp. 23-24. <http://www.asociacionderechocanonico.cl/index.php/articulos?download=52:ponencia-prof-carmen-pena-la-instruccion-de-la-causa> (consulta 13.3.2016).

⁷² Cf. PEÑA GARCÍA, C., «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos», *cit.* p. 27; ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa...*, *cit.* p. 20.

Esta “causa justa para la exclusión” de la que se habla en el canon 1555 debe ser alegada por quien pretende la exclusión, esto es, por la parte que *reprueba*⁷³ a un testigo, normalmente propuesta por otra parte.

Estamos ante un concepto jurídico indeterminado, sobre qué sea “causa justa para la exclusión”. La doctrina ha señalado algunas posibilidades que, en todo caso, quedan al criterio del juez *a quo*. Estas posibles causas son⁷⁴:

- i) Apasionamiento por favorecer a una parte, o en su caso, perjudicar a una parte;
- ii) Haber sido el testigo previamente preparado y, o prevenido;
- iii) Haber sido el testigo sobornado;
- iv) Estar sometido el testigo por alguna relación laboral... a una de las partes⁷⁵;
- v) La excesiva amistad o enemistad con alguna de las partes⁷⁶;
- vi) El interés del testigo en que se dicte sentencia en un sentido o en otro (por ejemplo para poder contraer matrimonio con una las partes)⁷⁷; o
- vii) El cambiar la declaración ya prestada mediante una nueva declaración en otro momento procesal⁷⁸

En todo caso, la invocación de esta causa es una excepción de naturaleza dilatoria y perentoria y, por tanto, debe resolverse cuanto antes (can. 1459 § 2)⁷⁹.

⁷³ La doctrina señala la distinción, desde una perspectiva procesal, de los dos momentos propios de la exclusión de un testigo en la causa. En primer lugar, se da la *reprobación*, que es el acto de parte mediante el que se solicita al juez que proceda a excluir del elenco de testigos a uno de ellos, generalmente propuesto por la otra parte (aunque Carmen PEÑA GARCÍA sostiene que también puede *reprobarse* al propio testigo). Como consecuencia de esta *reprobación* y a tenor de las pruebas aportadas por la parte, el juez procederá a resolver la *exclusión* del testigo, y por tanto, prohibirle la prestación de declaración en el proceso. Cfr. PEÑA GARCÍA, C., «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos»..., *cit.* p. 26; y GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub. c. 1547*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1342.

⁷⁴ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* pp. 55 y ss.

⁷⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub. c. 1547*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1343.

⁷⁶ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal...*, *cit.* p. 233.

⁷⁷ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos»..., *cit.* p. 27.

⁷⁸ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 59.

⁷⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal...*, *cit.* p. 233.

Esta resolución por el juez de la causa de exclusión del testigo deberá realizarse, sin que se interrumpa la instrucción de la causa⁸⁰, antes del interrogatorio del testigo según se desprende con claridad del can. 1555, aunque existen algunas posibles interpretaciones⁸¹. Incluso podría darse una suerte de exclusión *ex post* o reprobación indirecta, a la vista del testimonio prestado, tras la publicación de las actas⁸², en concreto cuando el juez se ampare en la facultad *ex can 1554 in fine* de no comunicar a las partes las listas de los testigos propuestos. Sin embargo, esta posibilidad que se contemplaba expresamente en el canon 1764 del *Codex* y en el artículo 131 de la *Provida Mater*, ya no consta literalmente en el Código, lo que plantea una cierta discusión en la doctrina⁸³.

Al afectar la exclusión de un testigo al derecho a la defensa, deberá el juez valorar las causas desde una perspectiva favorable al derecho de defensa esto es, interpretando de manera restrictiva la posibilidad de excluir como testigo a quien ha sido propuesto por las partes.

Con todo y con ello, el juez, de oficio, debe excluir a aquellos testigos propuestos que sean incapaces o que no deban ser admitidos⁸⁴ según el canon 1550⁸⁵, o los que incurran, por ejemplo, en la dispensa de prestar declaración, cuando así le conste claramente⁸⁶.

2.3.- *Quienes no pueden ser testigos*

Hecho este *excursus* sobre las posibles causas de reprobación, procede volver al punto donde quedó la exposición: las causas que el derecho determina para considerar que una persona no puede ser intervenir en el proceso como testigo (can. 18).

El canon 1550 dispone una prohibición clara para las personas menores de catorce años y “los débiles mentales”, ahora bien, a continuación prevé que puedan “*ser oídos si el juez por decreto manifiesta que es conveniente*”. En este punto, el Código acota la

⁸⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1555, ComVal* p. 682.

⁸¹ Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal...*, *cit.* pp. 232-233.

⁸² Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1555, ComVal* p. 682.

⁸³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1555, en Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1343.

⁸⁴ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 400.

⁸⁵ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 465.

⁸⁶ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 26.

facultad que el canon 1758 del *Codex*⁸⁷ atribuía al juez para oír a los no idóneos y a los sospechosos⁸⁸ si así lo resolvía en un decreto; sin embargo, su testimonio sólo se admitía como indicio y apoyo de las pruebas, y en general, eran oídos sin prestar juramento previo. En la actualidad no existe previsión expresa de la valoración de este testimonio, por lo que el juez deberá determinar su valor en función de las circunstancias del caso⁸⁹.

Se trata de causas de inidoneidad. Sobre las personas en las que concurren las circunstancias expresadas en el primer apartado del canon 1550 recae una presunción *iuris tantum* sobre su carácter no idóneo para ejercer como testigos en los procesos canónicos⁹⁰. *Sensu contrario*, existe una presunción *iuris et de iure* que los mayores de catorce años y quienes no sufren una enfermedad mental son idóneos para ejercer como testigos.

En la disciplina canónica el único límite absoluto recae sobre las declaraciones con las que se rompería el secreto sacramental. El secreto profesional y otros secretos análogos se reconocen como razones que puede aducir el interesado para pedir dispensa del deber de prestar declaración. Los límites respecto a la capacidad testifical de los menores y de enfermos psíquicos no son absolutos. Según Arroba Conde no pueden negarse los riesgos antiepistémicos que encierran estas normas, y si bien le merece una valoración correcta la norma sobre el secreto profesional, pues se establece en términos de dispensa; el problema, según este autor, reside en la imposibilidad real de que el juez eclesiástico controle la legitimidad del recurso a ese secreto por parte de quien fuera citado para declarar⁹¹.

2.3.1.- Los menores de catorce años

La doctrina ha considerado que la prohibición respecto de los menores de catorce años responde a su inmadurez, pues

“tienen una fantasía tan viva que les arrastra a inventar hechos más o menos verosímiles y a darles a los que hechos, que no pueden comprender bien, interpretaciones meramente subjetivas [...] carecen de perseverancia y constancia; carecen

⁸⁷ *Non idonei et suspecti audiri poterunt ex decreto iudicis, quo id expedire declaretur; sed eorum testimonium valebit tantummodo ut indicium et probationis adminiculum, et generatim iniurati audiantur.*

⁸⁸ Esta categoría ha desaparecido en el vigente Código.

⁸⁹ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas ...», *cit.* p. 334.

⁹⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c.* 1550, *ComVal* p. 680.

⁹¹ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas...», *cit.* p. 30.

*de la capacidad de concentración y por lo tanto de la capacidad de fijar la atención por largo tiempo en un mismo objeto; su capacidad crítica es exigua y a veces tan exigua que a duras penas pueden comprender la importancia y las consecuencias de lo que afirman y de lo que niegan; tienen dificultad, a veces notable, de expresarse con exactitud*⁹².

Y a esta descripción hay que añadir la mayor facilidad con que son sugestionados, bien por ellos mismos bien por terceras personas⁹³.

La prohibición no afectaría a aquellas personas mayores de catorce años que testifican sobre hechos de los que tuvieron conocimiento cuando eran menores de catorce años. Ahora bien, el juez deberá valorar de manera cuidadosa estos testimonios por cuanto lo dicho respecto a los menores de catorce años lo es en relación con su capacidad de aprehensión de los hechos y en cuanto al discernimiento con el que conocen y esto puede provocar distorsiones en el testimonio⁹⁴.

En este punto, conviene reseñar que en el ámbito civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 770, dispone el deber del juez de oír en ciertas causas, a los menores cuando estos superen los 12 años y, en los casos en los que se constate la madurez suficiente, también en los casos de los menores de esta edad. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no fija una edad mínima para testificar en un procedimiento, si bien prevé garantías para cuando sea un menor quien testifique (art. 433 LECrim).

2.3.2.- Los “débiles mentales”

El canon 1550 utiliza expresamente esta locución (“*mente debiles*”) para referirse a las personas que sufren una enfermedad psíquica que limita su capacidad tanto para alcanzar un discernimiento de los hechos de los que conoce como para poderlos expresar con la necesaria claridad y veracidad en el correspondiente proceso. Así, dentro de esta categoría se incluyen los oligofrénicos, los discapacitados psíquicos, los enfermos con perturbaciones de la percepción o la memoria o la conciencia, las personas con demencia senil o enfermedades neurológicas (Alzheimer...), e incluso personas con problemas que

⁹² Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal...*, cit. p. 228.

⁹³ Cf. *Ibid.*

⁹⁴ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», cit. p. 334.

afecten a sus capacidades cognitivas, tales como el alcoholismo, toxicomanía⁹⁵, e incluso la ludopatía u otras adicciones que pueden afectar gravemente el comportamiento de las personas⁹⁶, etc.

Sin embargo, debe darse una cierta flexibilidad a la hora de la exclusión de las personas que sufren ciertas discapacidades sensoriales, tales como las que afectan a los sentidos de la vista, oído o habla. Ello es porque normalmente este tipo de discapacidades no alteran la capacidad de discernimiento, sino solo la de percepción de la realidad. Por tanto, en la medida en la que el hecho sobre el que deben testificar a estado a su alcance, su testimonio es válido. En este punto baste recordar que no es imprescindible que los testigos lo sean directamente de los hechos controvertidos, pues se admiten testigos de varias clases: de credibilidad, de ciencia ajena...

Por tanto, la limitación es exclusivamente referida a discapacidades psíquicas.

Por otra parte, debemos llegar a idéntica conclusión a la que hemos llegado antes al abordar la posibilidad de que una persona preste testimonio respecto de los hechos de los que tuvo conocimiento siendo menor de catorce años.

En este caso, ciertamente hay patologías de carácter crónico e irreversible como las que tienen su origen en una degeneración neurológica, en las que, lógicamente, no se dará este supuesto. Aunque podría darse el contrario: los hechos se produjeron cuando la persona estaba en plenas facultades intelectuales y es cuando se requiere su testimonio cuando se encuentra en el estado de “debilidad mental”, en este caso, quedará a discreción del juez si requiere su testimonio o no, en función del grado de evolución de la patología.

Ahora bien, en los casos en los que la enfermedad o el hecho determinante de la inidoneidad responde a un hecho transitorio, por ejemplo, una adicción. ¿Qué ocurriría en este caso?

Suponemos, al menos dos escenarios distintos.

El primero sería aquel en el que los hechos sobre los que se tiene que declarar se produjeron con anterioridad a la aparición de la adicción o la patología (v.gr. una depresión) y se presta declaración una vez superada la condición determinante de la inidoneidad. En este supuesto, no hay cobertura en el canon 1550 para prohibir el testimonio,

⁹⁵ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes y de los testigos»..., *cit.* p. 24.

⁹⁶ Cfr. GARCÍA MONTAGUD, J., *Adicción al juego y capacidad para el matrimonio*, Valencia 2000, pp. 38-39.

porque no concurre la causa excluyente ni cuando se produjeron los hechos ni cuando se depone el testimonio.

Cuestión distinta es si el testigo no incurre en “debilidad mental” en el momento de prestar declaración, pero lo hace sobre hechos de los que tuvo conocimiento cuando se encontraba afectado por una causa que lo hacía inidóneo. Dado que este impedimento para testificar está íntimamente unido a la capacidad perceptiva y de discernimiento, la posición más razonable es que el juez admita el testimonio, ya que la distorsión que pudiera darse en un momento concreto puede verse alterada en el sentido correcto *ex post*, al recuperarse la capacidad de discernimiento. Todo ello sin perjuicio de las necesarias cautelas en la valoración de la declaración testifical.

2.4.- Incapacidad para ser testigo

El canon 1550 § 2 considera incapaces para ser testigos a dos grupos de personas. Se trata de una incapacidad absoluta y permanente⁹⁷ que se vincula a la causa que se instruye y que no admite, en ningún caso, excepción. Así, se determina en primer lugar que no podrán comparecer como testigos quienes intervienen en el proceso por cualquier título: bien como juzgador o vicarios de éste, bien en representación de las partes.

2.4.1.- Las partes y su representación procesal

Así, no se admitirá el testimonio como testigos de quienes son parte en el proceso —pues ya tienen su específico trámite procesal de audiencia regulado en los cánones 1530 y siguientes—; y tampoco el de sus abogados o quienes prestan o hayan prestado asistencia a las partes en esta causa. El motivo de esta incapacidad es la necesaria alteridad que debe darse en el testigo respecto de la causa.

Ahora bien, como se ha dicho, estos asesores jurídicos de las partes lo son en la causa, por tanto, no afecta esta incapacidad al abogado, procurador, etc. que ha prestado asesoramiento a la parte antes del inicio del proceso o en otra causa⁹⁸, si bien, en este caso podría verse afectado por la necesidad de guardar secreto profesional (c. 1548 § 2, como se ha expuesto *ut supra*).

⁹⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 593.

⁹⁸ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», *cit.* p. 335.

A este respecto es especialmente interesante la advertencia que se realiza en el artículo 196 § 2, 1 *in fine* de la Instrucción *Dignitas Connubii*: “[p]or tanto, se debe tener cuidado de que aquellos cuyo testimonio pudiera ayudar de algún modo a esclarecer la verdad no asuman este tipo de funciones en la causa”.

2.4.2.- El juez y sus ayudantes

Además de la representación procesal de las partes, también se consideran incapaces para ser llamados como testigos en una causa el juez y sus ayudantes. Los ayudantes del juez en una causa son los auditores o instructores, o los notarios.

La justificación de esta exclusión es evidente, pues precisamente la naturaleza jurídica del juez es la de ser tercero en la controversia entre las partes, y por tanto, no debe conocer previamente de la causa, pues se contaminaría su discernimiento.

La exclusión alcanza a la causa en su sentido más amplio, es decir, en todas las instancias. GARCÍA FAÍLDE matiza que los jueces y sus ayudantes sí que podrían ser testigos válidos en una segunda instancia de la causa cuando su testimonio no verse sobre los hechos controvertidos sino sobre el procedimiento seguido en la causa o sobre los autos en la causa, cuando alguna de las partes, por ejemplo, manifiesta sus quejas sobre estos extremos⁹⁹.

2.4.3.- Los sacerdotes

El segundo apartado del canon 1550 § 2 extiende la incapacidad para ser testigo a los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten. Esta prohibición alcanza a todo aquello que haya conocido con motivo de confesión, aunque no sean pecados.

En este supuesto la prohibición es absoluta y no está vinculada a la causa *stricto sensu*, de suerte que el confesor está vinculado totalmente por lo conocido en secreto de confesión—incluso si este conocimiento fue accidental— a todos los efectos por un deber

⁹⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1550*, en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico...*, cit. p. 1336.

sagrado de sigilo del que no puede ser relevado¹⁰⁰, pues se trata de una prohibición *ex iure divino*¹⁰¹.

El grado de rotundidad de esta prohibición lo confirma el inciso final del canon: “... *no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad*”.

Nótese que este canon se refiere exclusivamente al secreto de confesión, quedando fuera de la prohibición aquellos datos de los que tiene conocimiento el presbítero en razón de otro tipo de actividades pastorales. En estos supuestos, nuevamente, rige lo dispuesto en el canon 1548 respecto del secreto.

3.- EL NÚMERO DE LOS TESTIGOS EN LA CAUSA

El Código de Derecho Canónico no dispone cuántos testigos pueden comparecer en una causa. Es una posición lógica y razonable. La proposición de los testigos entra dentro de la esfera de las partes pues de la posibilidad de aportar los testigos que se consideren necesarios depende su derecho de defensa.

Ahora bien, el canon 1553 dispone que “*Iudicis est nimiam multitudinem testium refrenare*”¹⁰², con la clara finalidad de conseguir un proceso sin dilaciones innecesarias y permitir centrar la cuestión controvertida¹⁰³. En términos similares, pero con mayor claridad, se aborda esta cuestión de la necesaria limitación de los testigos en la *Dignitas Connubii*, en su artículo 157 § 3: “*El juez debe evitar un número excesivo de testigos y de otras pruebas, y ha de denegar la admisión de pruebas aportadas con el fin de retardar el juicio*”.

¹⁰⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 158.

¹⁰¹ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 593.

¹⁰² El *Codex* era más explícito: “El Juez tiene el derecho y el deber de moderar la excesiva muchedumbre de testigos” (can. 1762) —“*Iudici ius est et obligatio nimiam multitudinem testium refrenandi*”.

¹⁰³ El artículo 123 § 2 de la Constitución *Provida Mater*, de 15 de agosto de 1936, sobre la tramitación de las Causas de Nulidad de Matrimonio en los Tribunales Diocesanos, disponía tras transcribir el can. 1762:

“*El juez tiene la facultad y la obligación de reducir la excesiva multitud de testigos (can. 1762). Téngase ello especialmente en cuenta por el Instructor, por medio de un Decreto, cuando (los testigos) se presentan sobre algo que no atañe directamente a la prueba o no guarda con ella conexión necesaria; y en general cuando se presentan para originar retrasos (en el proceso) o causar daño a la otra parte, o la Causa esté suficientemente instruida con menos elementos*”

“*Iudici ius et obligatio est nimiam multitudinem testium refrenandi (can. 1762). Id praesertim caveatur ab Instructore, dato decreto, quando inducuntur pro re, quaedirecte ad probationem non pertinet vel cum eadem haud necessario conexa sit: et generatim quando inducuntur ad moras nectendas vel alteri parti damnum inferendum, aut quando causa paucioribus sufficienter instructa habeatur*”.

Señala García Faílde que la fuerza de los testigos no está en su mayor o menor número, sino en el peso de su testimonio¹⁰⁴, por tanto, corresponde a la discreción del juez valorar cuál es el número ajustado de testigos que pueden comparecer en una causa sopesando la necesidad de su testimonio para alcanzar la verdad junto con la necesaria diligencia en la tramitación del proceso. La fuerza de los testimonios no está en que se repitan cosas fútiles o impertinentes, sino en que merezcan crédito acerca de hechos esenciales las personas que los atestigüe¹⁰⁵.

Como apunta HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, se trata de una cuestión delicada, ya que es la parte que ha presentado los testigos quien realmente conoce su relevancia e interés para la causa¹⁰⁶.

La decisión de mantener una lista amplia o restringirla no es fácil. Así, en el ámbito de los procesos matrimoniales, SERRANO RUIZ, señaló varios criterios que justificaban una nómina extensa de testigos y, a su vez, varios criterios que apoyan la acción restrictiva del juez¹⁰⁷.

Entre los primeros, esto es, los motivos que aconsejan la conveniencia de admitir numerosos testigos, está la trascendencia del objeto en litigio, que no es otro que el Sacramento del Matrimonio. También hay que tener en cuenta la naturaleza de los hechos que han de probarse, entre los que, señala Serrano Ruiz, con frecuencia hay datos propios de la vida íntima de los esposos y, en consecuencia, de difícil prueba. Un tercer criterio es la duración de las causas invocables, pues con frecuencia se refieren a períodos más o menos largos en el tiempo, a conductas continuadas y no a hechos concretos, lo que comporta la necesidad de una pluralidad de testigos. La última de las razones que según este autor justifica una amplia relación de testigos es la cada vez más frecuente movilidad geográfica de las familias.

Respecto a los motivos que aconsejan un número limitado de testigos en el proceso de nulidad matrimonial, se señala el “recto orden procesal de la prueba” y las exigencias de la propia legislación que pueden limitar los testigos (v.gr. c. 1749 del *Codex*). También hay que incluir como criterio restrictivo la relación entre las preguntas que se

¹⁰⁴ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1553*, en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico...*, *cit.* p. 1339.

¹⁰⁵ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 25.

¹⁰⁶ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración de la prueba testimonial en el proceso canónico de nulidad matrimonial»..., *cit.* p. 595.

¹⁰⁷ Cf. SERRANO RUIZ, J.M., «El exceso en el número de los testigos presentados en las causas de separación conyugal», en *Revista Española de Derecho Canónico* 26 (1970) pp. 437 ss.

proponen y los testigos, de suerte que en evitación de repeticiones se puede limitar la lista de testigos. Otra razón es la existencia de testigos cualificados que hacen prescindibles otros testimonios. Asimismo, propone Serrano Ruiz el dato de la complejidad de este tipo de causas como elemento que debe valorarse para evitar una sobreabundancia de información que oculte la verdad real que se busca. Un criterio esencial es que la prueba testifical es una prueba más del proceso y, por tanto, la parquedad en los testigos puede compensarse con otro tipo de pruebas. Por último, este autor plantea la necesidad de una tramitación ágil de las causas.

En todo caso, no es el juez quien determina qué testigos son admitidos y cuáles no, sino que se limitará a exhortar a la parte o partes que corresponda para que sean ella o ellas las que determinen, dentro del número marcado por el juez, a qué testigos concretos mantienen en la causa y a cuáles rechazan, salvaguardando así el derecho de la parte a su defensa que, en caso contrario quedaría muy perjudicado.

Contra este decreto del juez, delimitador del número de testigos en la causa, los dos autores que estamos siguiendo en este punto mantienen tesis algo contrarias. Así, mientras GARCÍA FAÍLDE sostiene que no cabe apelación y sólo preserva el derecho a apelar propio de las pruebas rechazadas, aunque no sea este un rechazo de la prueba *stricto sensu*¹⁰⁸. Por el contrario, Hernández Rodríguez sostiene que sí que cabe el recurso que debe ser resuelto por el juez mediante un decreto *expeditissime*¹⁰⁹, lo que en cierta manera encuentra su cobertura en el canon 1527.

4.- ADMISIÓN Y EXCLUSIÓN DE TESTIGOS

4.1.- Propuesta de los testigos

Los testigos son un instrumento al alcance de las partes para fundamentar su posición en el proceso, por tanto, su incorporación al procedimiento deberá ser a instancia de parte por corresponder a ésta el *onus probandi ex* canon 1516¹¹⁰. En este sentido, no rige el principio inquisitorial propio del Derecho procesal canónico.

¹⁰⁸ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1553*, en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico...*, cit. p. 1339.

¹⁰⁹ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración de la prueba testimonial en el proceso canónico de nulidad matrimonial»..., cit. p. 595.

¹¹⁰ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 400.

Ciertamente, en su examen, podrá intervenir el juez en ejercicio de sus funciones investigadoras, pero en el momento de la determinación de los testigos que han de comparecer en la causa, se encuentra limitado por las partes.

Esta situación aparentemente es contradictoria con la finalidad del proceso: la búsqueda de la verdad. Al ser las partes las que aportan los testigos pudiera entenderse que estas, al proponer sus testigos no buscan la verdad, en términos objetivos, sino *su* verdad, desde una óptica subjetiva, es decir, apoyar su propia tesis sin tener en cuenta el grado de verdad que contiene. Sin embargo, como se ha visto anteriormente, todo el proceso está destinado a la averiguación de la verdad¹¹¹ —y no sólo a conseguir un convencimiento puntual del juzgador sobre unos hechos, como ocurre en la jurisdicción civil—, ello ha sido puesto de manifiesto de manera muy reciente por el Santo Padre Francisco al establecer como objetivo de los procesos de nulidad matrimonial: la búsqueda de la afirmación de la verdad de los matrimonios fallidos¹¹². Por tanto, también la actividad de las partes ha de estar orientada a la búsqueda de la verdad y con ella asumen un compromiso que se extiende, incluso, a sus representantes procesales.

Por otra parte, es lógico que sean las partes las que aporten los testigos a la causa. Son quienes mejor conocen las circunstancias en las que se han producido los hechos, y por tanto quienes están en mejor disposición de determinar quiénes pueden ayudar mejor al juzgador a conocer la verdad. Esta perspectiva es especialmente válida en los procesos de nulidad matrimonial¹¹³.

Pues bien, los cánones 1551 a 1557 regulan el proceso de presentación y citación de los testigos durante el proceso.

El Código dispone expresamente en su canon 1516 que, tras la litiscontestación, el juez fijará a las partes un tiempo conveniente, para que puedan proponer y realizar las pruebas. Por tanto, corresponde *prima facie* a las partes la proposición de testigos. A mayor abundamiento, el canon 1526 establece en su § 1 el principio general de que la carga de la prueba corresponde a quien afirma para, a continuación, en el canon 1527 § 1 disponer el principio general de validez de todas las pruebas —también las testificales (can. 1547)— siempre que sean útiles y lícitas. En esta misma línea, el canon 1551, literalmente

¹¹¹ V. gr. cf. art. 65 § 2 de la Instrucción *Dignitas Connubii*.

¹¹² Cf. FRANCISCUS PP, «Discurso a los participantes en el Curso organizado por el Tribunal de la Rota Romana», 12 de marzo de 2016 en https://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2016/march/documents/papa-francesco_20160312_corso-rota-romana.html (consulta 22.3.2016).

¹¹³ Cfr. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», *cit.* p. 338.

dice que la “*parte que presentó un testigo...*”, lo que *sensu contrario* implica que sólo las partes pueden presentar testigos. Igualmente, al contrastar la proposición de testigos con la proposición de peritos (can. 1575) se observa el distinto papel que desarrollan las partes en su presentación.

La proposición de testigos se sustancia tras la admisión de la causa, una vez que se han presentado la correspondiente demanda y, en su caso, la contestación a la demanda por la parte demandada. En este punto procesal, el Tribunal abrirá el período probatorio, en el que las partes propondrán al órgano juzgador las pruebas que aportarán a la causa para esclarecer la verdad de los hechos.

En este primer escrito, las partes deberán indicar el conjunto de pruebas del que se van a valer en el proceso, a los efectos de que el Juez estudie y determine su procedencia a la luz del canon 1527 § 1 del que seguidamente se hablará.

En la proposición de testigos habrá que presentar al Tribunal una lista de personas y sus respectivos domicilios o cuasidomicilios¹¹⁴, a los efectos de que, en caso de ser declarados procedentes, el propio Tribunal proceda a citarlos oportunamente.

Aunque no es preceptivo, pues de la lectura del canon 1552 § 2 se deduce claramente que estamos ante dos momentos procesales distintos, la proposición de testigos y la aportación del interrogatorio, es práctica altamente recomendable la aportación de los artículos sobre los que se pide el interrogatorio en el mismo momento procesal de la proposición de la prueba, si bien en documentos separados. De esta manera se consigue agilizar el procedimiento y, al tiempo, aportar elementos a juicio del juez para determinar la idoneidad y utilidad de un testigo a la luz de los artículos sobre los que se le interrogará¹¹⁵.

La existencia procesal de estos dos momentos se refuerza en el inciso final de este párrafo segundo, pues se prescribe que si en el citado plazo dado por el juez, la parte proponente no presentase los artículos sobre los que debe interrogarse al testigo, se considerará que desiste en la petición de práctica de esta prueba —no necesariamente de las demás pruebas ni, incluso, de los testigos para los que sí que hubiera presentado los artículos del interrogatorio—.

¹¹⁴ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, cit. p. 464.

¹¹⁵ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 402; ASSELIN, A., «L’interrogation des parties et des témoins dan la cause en nullité de mariage selon la formulation du doute» en *Studia canonica*, 41 (2007) pp. 242-243.

La doctrina no cuestiona que el defensor del vínculo o el promotor de justicia, según los casos, puedan proponer testigos¹¹⁶.

Sin embargo, en los procesos de nulidad matrimonial la posibilidad de que el defensor del vínculo pueda proponer testigos en la causa, incluso llegando a sustituir en esta facultad al demandado que adopta una posición pasiva en el proceso¹¹⁷, puede plantear algunos problemas.

Según Peña García, es lícita la actitud investigadora del defensor del vínculo en el proceso, sin embargo, señala esta autora sus notables limitaciones especialmente a la hora de poder proponer prueba y sobre todo, de cara a aportar a la causa los datos necesarios —domicilio y nombre completo— de los testigos sin que exista una colaboración expresa de las partes, circunstancia ésta que, según esta autora, es difícilmente exigible a las partes habida cuenta del perfil parcial del propio defensor del vínculo¹¹⁸. Por el contrario, DEL AMO considera que

*“esta garantía legal es muy de tener en cuenta en las causas matrimoniales, particularmente en las de nulidad del vínculo. El no hallar en los autos otros testimonios que los de la parte actora, se considera como una laguna en la instrucción de la causa”*¹¹⁹.

El vigente Código de Derecho Canónico prevé expresamente que el juez pueda proponer testigos si bien de manera expresa sólo cuando se produce una actitud negligente de las partes y el propio juez entienda que su intervención en la proposición y práctica de pruebas o introducción de excepciones es necesaria para evitar una sentencia gravemente injusta (c. 1452 § 2).

Esta previsión es hasta cierto punto distante de la contenida en el canon 1759 § 3 del *Codex*, que habilitaba al juez, por sí mismo y de oficio, a introducir testigos en la causa cuando esta afectase a menores o a personas “equivalentes a menores” y, en todo caso, en las causas en las que el interés público así lo requiera¹²⁰.

¹¹⁶ *Ibid.* pp. 400-401.

¹¹⁷ Cf. RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., «Incidencia en la actitud pasiva del demandado en las causas de nulidad matrimonial», en *Revista Española de Derecho Canónico* 68 (2011) p. 661.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 338-341.

¹¹⁹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 25.

¹²⁰ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 25. Sin embargo, alguna doctrina considera que el juez mantiene esta prerrogativa pese haber desaparecido en el Código de 1983, es el caso de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, si bien no explicita especialmente su posición y se remite, sencillamente a los cánones 1551 a 1557. Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., “La formación y valoración de la prueba testimonial en el proceso canónico de nulidad matrimonial»..., *cit.* p. 594.

El vigente canon 1452 prevé en su § 1 que en las cuestiones que interesan únicamente a los particulares, el juez sólo puede proceder a instancia de parte, sin embargo, una vez que se ha introducido legítimamente una causa criminal u otra de las que se refieren al bien público de la Iglesia o a la salvación de las almas, el juez puede, e incluso debe, proceder de oficio¹²¹.

El artículo 71 de la Instrucción *Dignitas Connubii* dispone un principio general de impulso *ex officio* una vez que se ha introducido legítimamente la causa de nulidad del matrimonio, como consecuencia del principio *nemo iudex sine actore*. Se prevé la coexistencia en el proceso de los dos principios, inquisitivo y dispositivo, si bien, el legislador impone que “*el juez puede y debe proceder, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio*”. Según Peña García se trata de una facultad judicial que adquiere especial relevancia en las causas de nulidad matrimonial, por el carácter declarativo de éstas y los valores que están en juego. Pero añade que, a pesar de su importancia y necesidad, el uso de las facultades de oficio del juez plantea serios interrogantes por cuanto un uso abusivo de esta posición podría afectar a la imparcialidad del juez. Y concluye posicionándose a favor de un uso prudente de estas facultades en cuanto a la suplencia de la negligencia de las partes a la hora de proponer prueba, vinculando la intervención del juez en este ámbito a los límites que se prevén en el artículo 71 § 2: que sea necesario o conveniente para evitar una sentencia injusta¹²².

4.2.- Características de los testigos

Los cánones 1549 y 1550 recogen las reglas generales para poder ostentar la condición de testigo en el proceso canónico. Se trata de una norma general, todos pueden ser testigos, y dos excepciones, una *ex eadem natura*: menores de catorce años y discapacitados psíquicos; y otra *ex iure*: *ecclesiastico*, las partes del proceso; y *divino*, los sacerdotes en lo que se vea afectado por el secreto de confesión.

¹²¹ Se trata de una expresión que, en palabras de ARROBA CONDE, «no es feliz» por cuanto se afirma una distinción entre las causas que interesan al bien público y aquellas que se refieren solo al interés privado. Según el autor, la diferencia en cuestión solo es relevante para los actos de impulso, no para los actos de iniciativa de la causa, en los que el juez nunca podrá actuar *motu proprio*, sin el impulso de las partes, salvo en las causas de bien público. Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, cit. p. 299.

¹²² Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título III: La disciplina de los tribunales (arts. 65-91 DC)», en MORÁN BUSTOS, C.M.-PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio ...*, cit. pp. 158-159. En sentido similar, Cf. GARCÍA FAILDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. pp. 126-127.

El *Codex* de 1917 determinaba tres clases de personas que no podían comparecer como testigos en la causa: los incapaces, los inidóneos y los sospechosos¹²³. Esta última categoría ha desaparecido en el vigente Código si bien la doctrina considera que conserva un cierto valor indicativo¹²⁴.

Los testigos deben ser ante todo veraces y verdaderos, dignos de confianza en su declaración, a *sensu contrario* de lo dispuesto en los cánones 1548, 1549, 1550, 1556 y 1572, entre otros.

4.3.- La proposición del interrogatorio

Dispone el canon 1552 § 2 que dentro del plazo determinado por el juez, las partes deben presentar los artículos sobre los que se pide el interrogatorio de los testigos; de no hacerlo así, se considera que se desiste de la petición de práctica de la correspondiente prueba testifical.

La Instrucción *Dignitas Connubii*, en su artículo 198, no incluye esta exigencia de presentar los interrogatorios tras la propuesta de los testigos, si bien sí que se incluye en términos idénticos al CIC en el artículo 164 de la Instrucción.

La aportación del interrogatorio al que la parte pretende que se someta al testigo que propone es un dato esencial para el juez a la hora de determinar la procedencia de admisión del testigo¹²⁵, evitando reiteraciones y estrategias dilatorias.

El interrogatorio que se proponga, como se verá, consta de una serie de preguntas relacionadas con el objeto del litigio y personalizadas para cada testigo en función de su conocimiento de los hechos.

4.4.- La aceptación de los testigos

¹²³ Los sospechosos eran, según el can. 1757 § 2 del *Codex* los excomulgados, los perjuros, las personas de mala fama (*infames*), declarados así por sentencia declaratoria o condenatoria; también lo eran los de costumbres tan depravadas (*ita abiectis sunt moribus*) que no son merecedores de crédito (*fide digni non habeantur*); así como los que eran enemigos graves y públicos de una parte (*publici gravesque partis inimici*). Los excomulgados podían ser excepcionalmente admitidos como testigos si el juez considerase su testimonio como necesario, sin embargo, esta declaración nunca debía tener el mismo valor probatorio que la declaración de otras personas. Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova...», *cit.* p. 563.

¹²⁴ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 393.

¹²⁵ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 25. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 160.

Una vez presentados por las partes los correspondientes elencos de testigos, y los cuestionarios, el juez dispondrá la admisión de los testigos. Para ello, al margen de los criterios citados *ut supra*, hay que aplicar las reglas generales de admisión de las pruebas.

Estos criterios “intrínsecos”¹²⁶ son los establecidos en el canon 1527 § 1, esto es, la relevancia para la causa y la licitud.

La relevancia, tiene un carácter eminentemente práctico y se materializa en dos vertientes distintas, la pertinencia y la utilidad en sentido estricto, aunque algún autor habla de pertinencia, relevancia y legitimidad¹²⁷. Será pertinente aquel testigo cuyo testimonio —y aquí vemos la importancia *prima facie* del interrogatorio presentado antes del acto formal de aceptación del testigo— guarde estrecha relación con aquello que debe ser probado. A esta condición, hay que añadir la de utilidad, que está íntimamente unida a la idea de necesidad para poder apreciar la prueba de lo que se ventila en el proceso¹²⁸.

La utilidad es entendida como una exigencia de la economía procesal, es decir, debe permitir seleccionar las pruebas según su relevancia, consintiendo la exclusión de aquellas que resulten redundantes pero sin que ello implique impedir la adquisición de informaciones necesarias¹²⁹.

Así, un testigo puede ser pertinente, de hecho puede haber muchos testigos pertinentes —con conocimiento sobre los hechos que son objeto del proceso—, sin embargo, algunos de ellos pueden no ser útiles, bien porque no son necesarios —varios de ellos tienen conocimiento sobre el mismo hecho a partir de la misma experiencia, y por tanto, se puede prescindir de algunos—, bien porque su testimonio es redundante respecto de otras pruebas obrantes en autos. En coherencia con este criterio de utilidad, el juez dará preferencia a las pruebas de rápida realización, y que mejor puedan ilustrar la causa¹³⁰.

El segundo criterio “intrínseco” que marca el canon 1527 es el de la licitud. Es esta una condición de naturaleza moral. Según este criterio, no todos los medios de prueba están permitidos para establecer la verdad judicial. El juez deberá tener en cuenta la dignidad de las personas conforme a la ley natural y a la interpretación que de ella hace el

¹²⁶ Cf. SCHOUPE, J-P., *sub c. 1527*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1282.

¹²⁷ Cf. GIUSSANI, T., *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Ciudad del Vaticano 1977 pp. 74-75.

¹²⁸ Cf. SCHOUPE, J-P., *sub c. 1527*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1283.

¹²⁹ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas...», cit. pp. 28-29.

¹³⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1527*, en *ComVal* p. 672.

magisterio eclesiástico¹³¹, de tal manera que se evite daños a la dignidad personal que pudiera provocar el recurso a ciertas pruebas¹³². Pero también son ilícitas aquellas pruebas obtenidas contraviniendo la ley humana, esto es, obtenidas mediante dolo, error, violencia, fraude soborno o cualquier otro medio inmoral¹³³.

Arroba Conde ha sostenido la idea de que una prueba puede considerarse ilícita sólo si su contenido o el modo de adquirirla ofenden la dignidad humana, aspecto difícil de establecer *a priori*, pero que consiente excluir presuntas ilicitudes derivadas del conflicto entre el derecho a presentar una prueba, que asiste a una parte, y otros derechos subjetivos de la otra, que son de rango canónico inferior, aun cuando estén férreamente protegidos en el fuero civil, en sus derivaciones más individualistas, como ocurre con el derecho de propiedad o de intimidad. Añade este autor que no faltan intentos de utilización antiepistémica de los citados derechos, pero en su opinión no hay fundamento para ello en el fuero canónico, donde todo derecho material de corte individualista cede ante la obligación común de aportar datos para conocer la verdad¹³⁴.

Evidentemente, la licitud en la aceptación de los testigos tiene unas características específicas, toda vez que esta condición se proyectará sobre el testimonio y no tanto sobre la persona que lo depone. En este sentido, lo relevante será que la deposición del testimonio se sustancie en condiciones lícitas, es decir, que el testigo no contravenga ninguna de las prohibiciones o limitaciones que el Derecho le impone (incapacidades o deber de guardar secreto) o que la confesión no se haya conseguido a través de coacciones, amenazas, soborno, etc.

La admisión de pruebas ilícitas en el proceso no comporta, *per se*, la nulidad de la totalidad de las actuaciones, ya que ni el canon 1527 § 1 ni, en el ámbito matrimonial, el artículo 157 § 1 de la Instrucción *Dignitas Connubii* prevé esta medida¹³⁵.

La aceptación de los testigos se sustancia en un acto procesal mediante el cual el juez considera admitida la lista propuesta por las partes y continúa la instrucción. Evidentemente, esta lista será aprobada por el juez tras estudiar la pertinencia de los testigos propuestos.

¹³¹ Cf. SCHOUPPE, J-P., *sub c. 1527*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1283.

¹³² Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 423.

¹³³ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 256.

¹³⁴ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas...», *cit.* p. 29. Sin embargo, parece que mantiene una tesis contraria, Manuel CALVO, cf. CALVO TOJO, M., *Reforma del proceso...*, *cit.* p. 312.

¹³⁵ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 257.

Este acto procesal reviste la forma de decreto¹³⁶, tanto si se produce la aceptación de los medios de prueba propuestos —todos los medios de prueba de los que pretende valerse la parte se proponen unitariamente— como si se produce la exclusión de alguno de ellos. Conviene insistir en que el juez deberá actuar con suma prudencia a la hora de rechazar pruebas propuestas, ya que la parte que se considera damnificada por la decisión del juzgador puede iniciar una causa incidental que prolongaría el proceso¹³⁷. En este sentido encuentra su razón el canon 1527 § 2 dispone que si una parte insiste en que se admita una prueba rechazada por el juez, el mismo juez debe resolver la cuestión con toda rapidez, y su decisión será inapelable¹³⁸.

En términos similares se regula la cuestión en la Instrucción *Dignitas Connubii* en el artículo 158, si bien, esta disposición habilita al auditor a decidir de manera provisional sobre la cuestión.

4.5.- Puesta de manifiesto de los testigos

Una vez que el juez ha decidido sobre la procedencia de los testigos, el canon 1554 dispone el traslado de los testigos propuestos por una parte a las otras partes en el proceso, en este caso, también al Defensor del Vínculo o al Promotor de Justicia, pues su posición en el proceso es el de una parte del mismo. Y en lógica coherencia, también los testigos que eventualmente propongan el defensor del vínculo, o incluso el juez, también serán comunicados a las partes personadas.

Ocurre, sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina, en el caso de los procesos de nulidad matrimonial es excepcional que el Defensor del Vínculo proponga una lista de testigos habida cuenta que en la práctica el Defensor del Vínculo se encuentra en una situación de notoria inferioridad respecto a las partes en materia probatoria, en cuanto que no tiene medios de acceder a documentos que puedan resultar fundamentales para la

¹³⁶ Cf. SCHOUPPE, J-P., *sub c. 1527*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1284.

¹³⁷ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 258.

¹³⁸ Cf. SCHOUPPE, J-P., *sub c. 1527*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1284.

defensa del vínculo, desconoce las circunstancias que rodearon el matrimonio, los nombres y direcciones de testigos que pudieran resultar importantes, etc., todo lo cual puede llevar a una situación de desprotección efectiva del vínculo conyugal¹³⁹.

La puesta en conocimiento a las partes de los testigos debe ser realizada a iniciativa de oficio del juez, si bien no existe obligación directa de que sea él quien la realice pues el texto del canon es impersonal (“*eorum nomina cum partibus communicentur*”) y, por tanto, cabe la posibilidad de que el juez encargue a las partes realizar respectivamente la comunicación, contrariamente a lo que disponía el canon 1765 del *Codex* que fijaba esta obligación exclusivamente en la esfera de las partes¹⁴⁰.

El traslado que se realiza a las partes se limita a la lista de testigos efectivamente admitidos, no así de las propuestas de interrogatorio, que se aportan en la proposición de prueba pero en documento separado.

Ello es así porque la norma general es que la información que se pone en conocimiento de las partes en este punto es exclusivamente el nombre de los testigos admitidos por el juez a instancia del resto de partes personadas, incluido, también en su caso, el defensor del vínculo¹⁴¹.

Sin embargo, la doctrina ha reflexionado sobre la posibilidad de que también se ponga al alcance de las partes el cuestionario propuesto para los testigos. Y al respecto, se concluye que no se trata de una disposición imperativa de la ley, si bien, la praxis forense de cada Curia puede validar esta práctica¹⁴². En este sentido es relevante destacar que mientras que en el canon 1654 § 1 hay una prohibición taxativa y expresa a la posibilidad de dar a conocer con antelación las preguntas a los testigos; no hay en el Código norma equivalente o similar respecto de las partes procesales.

Del Amo es contundente al afirmar que “*evidentemente la ley eclesiástica no lo ha impuesto; por tanto, no existe tal obligación: «Quod lex non dicit, non est ab homine praesumendum». «Lex si voluisset, expressisset»*”¹⁴³. Sin embargo, matiza lo siguiente:

¹³⁹ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Actuación del defensor del vínculo en el proceso de nulidad matrimonial. Consideraciones sobre su función a la luz de la regulación codicial y de la Instrucción *Dignitas Connubii*», en *Revista Española de Derecho Canónico* 65 (2008) p. 523.

¹⁴⁰ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 161.

¹⁴¹ El defensor del vínculo tiene naturaleza de una parte procesal más (cf. GONZÁLEZ ARGENTE, J., «La argumentación razonable y los principios de la antropología cristiana de la pericia en el ministerio de defensa del vínculo», en *Anuario de Derecho Canónico* 1 (2012) p. 113).

¹⁴² En la Curia valentina, esta práctica es totalmente desconocida.

¹⁴³ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 25.

“Pero dada cierta práctica existente en algunos sitios por influjo del proceso civil, se propuso a la Comisión Pontificia de Intérpretes la siguiente duda: «An secundum can. 1.761, 5 1, *servari possit praxis, vi cuius iudex cum altera parte communicare solet positiones seu articulos argumentorum, super quibus testes sunt examinandi, ut interrogatorium conficiat*». Y respondió en 12 de marzo de 1929: «Affirmative, remoto tamen subornationis periculo». Según esto, la comunicación de los artículos ni está mandada, ni está prohibida donde haya costumbre de hacerla, con tal que este trámite no implique peligro de soborno o cosa parecida”¹⁴⁴.

En términos similares a los que propugna Del Amo, García Faílde plantea la eventualidad de que se dé traslado, también de los artículos del interrogatorio y si bien reconoce que del canon 1554 se desprende *a sensu contrario* que no es preceptivo dar a conocer las preguntas, existe una cierta praxis forense que, por influjo de la legislación civil, lleva a las curias a admitir repreguntas formuladas por la parte contraria tendentes a neutralizar las respuestas dadas a los artículos. En este sentido, advierte que

“tanto más serán provechosas las repreguntas, cuanto se contribuya con ellas a posibilitar, facilitar, asegurar la verdad del testimonio; pero por lo regular las repreguntas producen el efecto contrario de imposibilitar, dificultar, oscurecer la verdad por la pasividad del juez, o por la práctica de las repreguntas no en forma cruzada respecto a cada hecho y a cada circunstancia, sino en forma de examen repetido, primero, por el pliego de preguntas sin interrupción y, después, también sin interrupción por el pliego de repreguntas”¹⁴⁵.

Es ello coherente si se tiene en cuenta que las partes en el proceso conocen los hechos y, por tanto, están en posición de determinar las cualidades de los testigos propuestos por las otras partes en defensa de su posición. Sin duda en este aspecto, de nuevo, quien está en peor situación es, en los procesos de nulidad matrimonial, el defensor del vínculo, como ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁴⁶.

Dispone el Código que este traslado de la nómina de testigos se producirá “antes de que los testigos sean examinados”. Es esta expresión coincidente con la contenida en el canon 1555, que regula la exclusión de los testigos a instancia de parte “si antes de su interrogatorio se prueba que hay causa justa para la exclusión”.

¹⁴⁴ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 26.

¹⁴⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* pp. 162-163.

¹⁴⁶ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», *cit.* p. 340.

La finalidad de esta comunicación es la de dar a las partes la oportunidad de re-probar a algún testigo, siempre antes de que preste declaración.

La puesta de manifiesto de los nombres de los testigos a las partes con carácter previo a la toma de declaración admite una excepción de carácter temporal, pues la publicación de los testigos debe hacerse en todo caso *ex can. 1554*. La expresión de la norma clara y directa: “*efectúese al menos antes de la publicación de los testimonios*”. Sin embargo, en el vigente Código no se prevé la publicación de los testimonios en un acto distinto de la publicación general de los autos (canon 1598), circunstancia esta que sí se preveía en el Código de 1917¹⁴⁷.

Esta excepción a la puesta de manifiesto previamente al interrogatorio encuentra su justificación en la concurrencia de una grave dificultad apreciada por el juez para cumplir con el mandato legal en dicho tiempo procesal. El juez deberá indicar en un decreto¹⁴⁸ cuál es la grave dificultad que impide la comunicación en el momento en el que debería realizarse de modo ordinario, y ello sin perjuicio de que a los efectos de preservar el derecho a la defensa de las partes, aquéllas que no tuvieron conocimiento de los testigos en el momento procesal propio, deberán poder solicitar la exclusión del testimonio —no del testigo¹⁴⁹, ya que ya se ha prestado declaración— en el momento de la publicación¹⁵⁰.

El concepto de “grave dificultad” es un concepto jurídico indeterminado en este contexto cuya apreciación *ad causam* corresponde al juez. García Faílde señala como un ejemplo de esta “grave dificultad” el peligro de que la parte contraria intentase impedir al testigo prestar declaración verdadera, bien mediante amenaza o bien mediante soborno¹⁵¹; también podría reputarse como “grave dificultad” la existencia de graves obstáculos para realizar la puesta en conocimiento de una de las partes con el consiguiente retraso para la tramitación de la causa¹⁵².

Junto con la no comunicación a las restantes partes de la lista de testigos propuesta por una de las partes, la doctrina plantea la posibilidad de que un testigo acepte prestar declaración exclusivamente bajo la condición de que su nombre no sea dado a conocer a una, a varias o a las restantes partes personadas en el proceso. Esta situación quedará al

¹⁴⁷ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 161.

¹⁴⁸ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 25.

¹⁴⁹ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 594.

¹⁵⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, cit. p. 466.

¹⁵¹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1554*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1340.

¹⁵² Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1554*, en *ComVal* p. 679.

criterio del juez por aplicación analógica del canon 1598 § 1 sobre la facultad del juez de no manifestar a nadie un determinado acto procesal en las causas de orden público para evitar gravísimos peligros, si bien, el propio canon obliga a tener cuidado “*de que siempre quede a salvo el derecho de defensa*”. Se está ante dos circunstancias incompatibles, pues si el juez toma en consideración el acto *secreto* para dictar su sentencia y no lo ha dado a conocer a las partes, sin duda se está infringiendo el derecho de defensa. Sólo si el juez no tiene en cuenta esta declaración, no se afectaría al derecho de defensa. En este punto, se plantea la posibilidad de salvar esta eventual incompatibilidad cuando el testimonio *secreto* es relevante para la sentencia, de comunicarlo a las correspondientes representaciones procesales bajo juramento de guardar secreto incluso con sus mandantes. Pero evidentemente, no es una solución que plantea notables problemas¹⁵³.

4.6.- *Renuncia y exclusión o reprobación de testigos*

4.6.1.- *Renuncia*

Consecuencia lógica de la puesta en conocimiento del resto de las partes públicas y privadas que intervienen en un proceso del elenco de testigos propuesto por una de las partes es la posibilidad de actuar sobre dicho elenco. De no haberse previsto esta posibilidad procesal, carecería de sentido el traslado del elenco de testigos a las partes, máxime teniendo en cuenta que no existe previsión de traslado de los artículos del interrogatorio ni de la incorporación a la causa de repreguntas, con independencia de que la praxis procesal de algunas curias así lo admita.

El canon 1551 prevé que la parte que presentó un testigo pueda renunciar a su examen, lógicamente antes de que éste tenga lugar. Sin embargo, también permite que la parte contraria puede, pedir que no obstante, el testigo sea oído. Se trata de una disposición prácticamente idéntica a la que se contenía en el canon 1759 § 4 del *Codex*.

Esta facultad procesal se reconoce exclusivamente a la parte que ha propuesto un testigo, y deberá comunicarlo oportunamente al juez, siempre antes que se produzca el examen judicial. Y en coherencia con el principio de conocimiento de las partes de la lista de testigos llamados a intervenir en la causa, de esta renuncia deberá darse traslado a las otras partes, públicas y privadas, para que en su caso aleguen si a su interés conviene en

¹⁵³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 161.

el sentido de que el juez oiga el testimonio del testigo. En este punto, el juez decidirá la cuestión con libertad, en función de las razones presentadas por las partes¹⁵⁴, sin estar obligado por la posición que mantenga ninguna de ellas¹⁵⁵.

Esta posición no es unánime en la exegética del Código. Así, según Arroba Conde y Ramos y Skonieczny, para que la renuncia a un testigo presentado por una parte pueda surtir efecto, debe ser aceptada por el resto de partes y admitida por el juez¹⁵⁶. Desde esta perspectiva, el juez no goza de libertad absoluta para aceptar la renuncia al testigo, pues exclusivamente podrá admitirla cuando ninguna de las otras partes personadas se opongan o pidan que el testigo sea oído.

Sea como fuere, parece que la lógica de las palabras —“*postest*”— lleva a una entender que la posición de la parte no proponente no es determinante para la decisión del juez.

Además, hay que señalar, que en la renuncia no se requiere que se alegue una “causa grave”, tal como ocurre en la reprobación. Basta con que la parte que declina uno de sus testimonios alegue alguna causa que haga razonable la renuncia que insta¹⁵⁷, de tal manera que se elimine cualquier sospecha de interés contrario a la verdad¹⁵⁸.

En todo caso, a pesar de la renuncia que formule quien a propuesto un testigo y de la posición que puedan mantener las partes oponentes, lo cierto es que el canon 1452 habilita al juez a disponer la audiencia al testigo renunciado, incluso si las restantes partes personadas están de acuerdo con la parte proponente¹⁵⁹.

Por último, en este punto relativo a la renuncia, hay que tener en cuenta que el Código no acota de manera estricta el momento procesal en el que procede la renuncia, sino que dispone un plazo amplio cuyo *dies a quo* sería el mismo momento de presentación de la lista de testigos y, el *dies ad quem* el momento en el que se inicie la deposición del testigo ante el juez. Sin embargo, en el ínterin se produce un hecho procesal relevante: la aceptación de los testigos por el juez.

¹⁵⁴ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas ...», *cit.* p. 336.

¹⁵⁵ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *sub c.* 1551, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1337; también en GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 160.

¹⁵⁶ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 465; RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 401. También parece mantenerse esta posición en HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 595.

¹⁵⁷ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 160.

¹⁵⁸ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 595.

¹⁵⁹ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 401.

Hasta este punto procesal no surge lo que García Faílde denomina “*relación procesal creada entre las partes y entre las partes y el juez*” que determina la aparición de un derecho de la parte contraria a que, en caso de serle favorable, el testigo al que se renuncia, sea oído en autos¹⁶⁰. En consecuencia, al no haberse perfeccionado este derecho en las partes que no han propuesto el testigo, no procede que se les dé audiencia en esta incidencia procesal. De esta manera, el juez se limitará a aceptar o rechazar la renuncia en base a los argumentos proporcionados por quien renuncia. Lo contrario carece de lógica, pues si las otras partes no conocen la complitud de la lista propuesta, difícilmente pueden valorar la idoneidad o no de un testigo.

4.6.2.- Reprobación

El antiguo canon 1764 § 3 del *Codex* prohibía la posibilidad de reprobación al propio testigo salvo que apareciese una causa sobrevenida de reprobación¹⁶¹. Sin embargo, esta disposición ha desaparecido en el actual Código, en parte porque si la parte que ha propuesto el testigo se ha equivocado, mejor que renuncie¹⁶².

El actual canon 1555 prevé que las partes pueden pedir que se excluya a un testigo, si antes de su interrogatorio se prueba que hay causa justa para la exclusión y así se demuestre *in iure et in facto* y así deberá motivarse en la correspondiente resolución judicial¹⁶³. Respecto a qué sea la causa justa, anteriormente se ha expuesto. Aunque la norma general será que el testigo sea tachado por una parte oponente, según García Faílde el canon 1555 utiliza una terminología lo suficientemente amplia como para incluir en ella también la reprobación por la parte proponente, si bien, contrariamente a lo que ocurría en el *Codex*, ya no será necesario que la parte proponente alegue una causa sobrevenida para impugnar a su propio testigo¹⁶⁴.

Ahora bien, la reprobación del propio testigo sólo procederá en el supuesto en que, tras renunciar a su interrogatorio al amparo de lo dispuesto en el canon 1551, las otras

¹⁶⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1551*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1337.

¹⁶¹ *Pars nequit reprobare personam testis quem ipsa induxit, nisi nova reprobationis causa supervenerit, quamvis possit eius dicta reprobare.*

¹⁶² Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 401.

¹⁶³ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 594.

¹⁶⁴ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1555*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1342-1343.

partes soliciten que se mantenga su examen judicial y así lo resuelva el juez. En este supuesto, es cuando debe la parte proponente proponer la reprobación¹⁶⁵.

Lo relevante es el momento procesal en el que se puede plantear la reprobación de un testigo. Según lo dicho, será necesariamente después del decreto de admisión de testigos y del traslado de la lista de testigos a las otras partes, públicas y privadas, actuantes en el proceso. Este será el momento de inicio del plazo para formular la reprobación. El momento de finalización del plazo será, como antes, el inicio de la prestación del testimonio¹⁶⁶.

Los requisitos de la exclusión son¹⁶⁷:

a) La petición de una parte (pública o privada), incluso es posible también la exclusión *es officio* por el juez en tanto que tiene la facultad de admitir o rechazar las pruebas propuestas, en este caso, debido a la concurrencia de causa de incapacidad o inhabilitación del testigo;

b) La presencia de un motivo justo para la exclusión, tales como la enemistad, infamia, mala fe, etc.; y

c) Debe hacerse antes del interrogatorio.

¿Qué ocurre si la causa grave que podría justificar la reprobación de un testigo, *verbigratia*, un soborno, sobreviene después de que el testigo preste testimonio o, incluso existiendo antes de la deposición, se conoce con posterioridad a la misma?¹⁶⁸

Según García Faílde la interpretación del canon 1555 es taxativa en este punto y no cabe plantear la tacha, una vez que se ha producido el interrogatorio¹⁶⁹. En su caso, el derecho de defensa de las partes podrá instrumentarse a través de los escritos a los que las partes tienen derecho tras la publicación de las actas.

En este punto es importante recuperar lo dicho en relación con el canon 1554 *in fine*, cuando al concurrir una grave dificultad, las partes personadas no tienen conocimiento de quiénes son los testigos hasta que se publican las actas, esto es, después de que

¹⁶⁵ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas (arts. 155-216)...», *cit.* p. 337.

¹⁶⁶ Bajo la vigencia del *Codex* este plazo era perentorio, tres días: “La reprobación ha de hacerse dentro de los tres días, a partir de la comunicación de los nombres de los testigos. Si se hiciera después, no puede admitirse, a no ser que la parte demuestre o asegure con juramento que el defecto del testigo no le fue conocido anteriormente (c. 1.764, 4). La tramitación del incidente se ajustará a lo previsto en el canon 1.764, SS 5, y a lo dispuesto sobre causas incidentales (cc. 1.837-1.841)”. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 55.

¹⁶⁷ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 405.

¹⁶⁸ Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1555*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1343.

¹⁶⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 159.

presten testimonio. Se trata pues, de una grave afección al derecho de defensa de las partes¹⁷⁰, y por tanto, puede entenderse que el derecho de reprobación del testimonio aportado — no tanto al testigo, pues ya ha declarado—¹⁷¹ se activa tras la publicación¹⁷², y en el tiempo que medie antes de que se dicte el decreto de conclusión de la causa previsto en el canon 1599¹⁷³.

No obstante, esta posibilidad no está expresamente prevista en el Código, por lo que las posiciones de la doctrina son divergentes. Así, frente a la tesis expuesta, la doctrina mayoritaria se inclina por no admitir la posible reprobación *ex post* tras la publicación de las actas aún cuando se omitió el traslado de la lista *ex canon* 1554, pues el derecho de exclusión de testigos ya no puede ser ejercitado¹⁷⁴.

La reprobación o exclusión del testimonio prestado, en el caso de que la admita el juez¹⁷⁵, en este punto se sustanciará en términos similares a como debía sustanciarse de haberse dado traslado a las partes de la lista de testigos. Sin embargo, en este supuesto la aceptación de la reprobación del testigo comportará necesariamente la exclusión de la causa del testimonio que ha prestado y que el juez no lo tenga en cuenta a la hora de dictar sentencia. En este supuesto, no se tendrá en cuenta exclusivamente la cualidad personal del testigo sino también el propio testimonio¹⁷⁶.

Desde un punto de vista formal, de la reprobación deberá darse traslado a las demás partes personadas *ex canon* 1589 § 1 y, en el supuesto de las causas de interés público, tales como las relativas a la nulidad matrimonial, en todo caso al defensor del vínculo¹⁷⁷, para que alegue lo oportuno. El juez dictará resolución resolviendo la causa de la reprobación, resolución que podrá ser impugnada¹⁷⁸.

5.- CITACIÓN DE LOS TESTIGOS

¹⁷⁰ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *sub c. 1554*, en en *Comentario Exegético...*, *cit.* pp. 1340-1341.

¹⁷¹ Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova...», *cit.* p. 566.

¹⁷² Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 161.

¹⁷³ Cfr. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* pp. 645-466.

¹⁷⁴ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 594; PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas ...», *cit.* p. 336;

¹⁷⁵ Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova...», en *Apollinaris* 76 (2003) p. 566.

¹⁷⁶ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 403.

¹⁷⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración de la prueba testimonial en el proceso canónico de nulidad matrimonial», *op. cit.* p. 594.

¹⁷⁸ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 405.

5.1.- La práctica de la notificación de la citación.

Tras la fijación definitiva de la lista de personas a las que el juez debe convocar para que aporten su testimonio, procede su convocatoria.

El canon 1556 prescribe que la citación de un testigo se hace mediante decreto del juez legítimamente notificado al testigo.

La citación debe ser escrita y contener los datos identificativos del órgano judicial que lo expide; los nombres y apellidos, y domicilio del testigo, según la lista que ha facilitado la parte proponente; la causa por la que es citado —al menos, expresada de manera general—; las partes demandada y demandante; y el mandato de comparecer¹⁷⁹ indicando de manera clara el lugar y la hora en que deberá personarse el testigo¹⁸⁰.

La notificación será legítima cuando se realice en los términos previstos en el canon 1509¹⁸¹. El sistema ordinario es el servicio público de correos¹⁸², si bien, no es infrecuente la práctica forense española, que el juez encomiende a los procuradores de las partes la notificación de la citación a los testigos propuestos por cada una de ellas, encargándose el juez de la notificación a los testigos de oficio o propuestos por el ministerio público¹⁸³. El que sean los propios procuradores quienes comuniquen la citación a los testigos que han propuesto es una práctica que se ha revelado como muy segura¹⁸⁴.

La notificación debe realizarse por tal medio que permita dejar constancia en actas del medio por el que se ha hecho y de su efectiva realización. En este sentido, la práctica más habitual es la de recurrir al correo certificado¹⁸⁵ con acuse de recibo.

¹⁷⁹ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *sub c. 1556*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1345.

¹⁸⁰ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 163.

¹⁸¹ § 1. *Citationum, decretorum, sententiarum aliorumque iudicialium actorum notificatio facienda est per publicos tabellarios vel alio modo qui tutissimus sit, servatis normis lege particulari statutis.*

§ 2. *De facto notificationis et de eius modo constare debet in actis.*

¹⁸² El canon 1509 dispone que sea éste el medio de comunicación ordinario de las notificaciones en los procesos canónicos, sin embargo, hay que reseñar que el *Codex* no lo contemplaba así, sino como medio supletorio del principal, en aquel caso, la realizada por cursores. Cf. BOSCH BARRERA, M., «La notificación de la citación», en *Cuadernos Doctorales* 23 (2009), pp. 97-98.

¹⁸³ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «La instrucción de la causa: declaraciones de las partes...», *cit.* p. 9.

¹⁸⁴ Cf. PANIZO ORALLO, S., *sub c. 1509*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1223.

¹⁸⁵ Cf. BOSCH BARRERA, M., «La notificación ...», *cit.* p. 98.

Junto con este medio, puede realizarse la citación por edictos, cuando no se conoce el domicilio¹⁸⁶, bien en el tablón del tribunal¹⁸⁷ —medio de eficacia prácticamente nula—, bien en un periódico o el boletín de la diócesis, lo que si bien incrementa la eficacia respecto al otro soporte edictal, incrementa también los costes y en absoluto, hoy en día, puede considerarse un medio seguro¹⁸⁸.

También es posible la notificación por medio de un cursor, que es un delegado *ad hoc* del tribunal que entrega en mano la citación a su destinatario. Sin embargo, esta posibilidad no se contempla expresamente en el vigente Código como sí lo hacía el *Codex* (canon 1591 § 1) aunque no por ello hay que entenderla prohibida, pues como afirma PANIZO, en ocasiones puede ser un medio muy seguro¹⁸⁹. A los cursores se les ha de reconocer autoridad de notario público y, en consecuencia, así habrá de constar en autos.

Por último, hay que mencionar el supuesto en el que la notificación no se llega a realizar con éxito. La ausencia de notificación legítima, bien por defectos formales en el texto de la citación, bien porque no se puede realizar (el domicilio es incorrecto o el destinatario no recibe el escrito por cualquier causa) impide que nazca eficazmente la obligación del testigo de comparecer, a *sensu contrario* del canon 1556. Ello no impide, no obstante, que el llamado a ser testigo, *motu proprio* comparezca ante el tribunal y preste su declaración de modo válido. Es lo que se considera *citación equivalente*, esto es, si el no citado o el citado sin forma legítima comparece en realidad¹⁹⁰. Sin embargo, este testigo no tiene la consideración de *espontáneo*, pues en este caso estamos ante un testigo que ha sido legítimamente propuesto y aceptado por el tribunal pero por causas excepcionales no ha sido citado “*válidamente*”¹⁹¹.

Por ejemplo, puede haberse enviado la citación por correo certificado y que en el momento de la recepción el destinatario no esté en su casa y no haya nadie que quiera asumir la correspondencia¹⁹². Puede darse el supuesto que, pese a que la legislación sobre

¹⁸⁶ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1509*, en *ComVal* p. 665.

¹⁸⁷ Cf. Artículo 132 § 2 de la Instrucción *Dignitas Connubii*.

¹⁸⁸ Cf. PANIZO ORALLO, S., *sub c. 1509*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1222.

¹⁸⁹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *sub c. 1509*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1222.

¹⁹⁰ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 27.

¹⁹¹ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 164.

¹⁹² Es de interés citar las normas de reparto de las cartas certificadas, establecidas, en nuestro país en el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre.
“Artículo 32. Entrega de los envíos postales. Normas generales.

reparto postal prescribe que se deje un aviso en el domicilio, el destinatario, por cualquier motivo no llegue a recoger la citación. En estos supuestos, entiende BOSCH que el tribunal deberá llevar a cabo una indagación para averiguar el domicilio concreto del destinatario y, si no se lograra descubrir un domicilio donde poder realizar la notificación eficazmente, el tribunal deberá adoptar cualquier otro modo como, por ejemplo la citación por edicto (art. 132 § 2 de la Instrucción *Dignitas Connubii*)¹⁹³.

Si en autos consta que la notificación se cursó “legítimamente”, esto es, correctamente en tiempo y forma, el canon 1592 § 2 —aplicable al caso por analogía— permite

1. Los envíos postales deberán entregarse al destinatario que figure en la dirección del envío o a la persona autorizada en el domicilio del mismo, en casilleros domiciliarios, en apartados postales, en oficina, así como en cualquier otro lugar que se determine en el presente Reglamento o por Orden del Ministerio de Fomento.

Se entenderán autorizados por el destinatario para recibir los envíos postales, de no constar expresa prohibición, las personas mayores de edad presentes en su domicilio que sean familiares suyos o mantengan con él una relación de dependencia o convivencia.

El destinatario o la persona autorizada que se haga cargo del envío postal tendrá que identificar su personalidad, ante el empleado del operador postal que efectúe la entrega, mediante la exhibición de su documento nacional de identidad, pasaporte, permiso de conducción o tarjeta de residencia, salvo notorio conocimiento del mismo.

El destinatario o la persona autorizada podrá rehusar el envío postal en el momento de la entrega en los siguientes supuestos:

a) Antes de abrirlo si se trata de carta o paquete postal.

b) Antes de leerlo o examinarlo interiormente si se trata de otra clase de envíos. Se exceptúan los envíos contra reembolso, cuando el remitente lo autorice de forma expresa en la cubierta del mismo.

Si el destinatario de un objeto certificado no pudiera o no supiera firmar, lo hará en su lugar un testigo, debidamente identificado.

En ningún caso, podrá estampar su firma como testigo el empleado del operador postal que efectúe la entrega.

El envío se considerará entregado cuando se efectúe en la forma determinada en el presente Reglamento.

2. La entrega se efectuará en el domicilio del destinatario, en los términos señalados en este Reglamento.

[...]

4. Se entregará en oficina la correspondencia dirigida a dicha dependencia o aquella que, por ausencia u otra causa justificada, no se hubiese podido entregar en el domicilio. Los plazos de permanencia en dicha oficina se determinarán por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal.

Artículo 33. Entrega de envíos postales a domicilio.

Todos los envíos postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal deberán ser entregados en el domicilio que conste en la dirección postal.

Cuando se trate de envíos certificados o con valor declarado, sólo podrán entregarse, contra recibo, a los respectivos destinatarios o a la persona autorizada, entendiéndose que están autorizadas las personas indicadas en el artículo 32.1 del presente Reglamento” (El subrayado es nuestro).

¹⁹³ Cf. BOSCH BARRERA, M., «La notificación...», cit. p. 102.

al juez discrecionalmente reiterar la citación si no llegó en tiempo útil a su destinatario. *Ergo a sensu contrario*, si se constata que sí que llegó a tiempo útil no será necesaria la reiteración¹⁹⁴, lo que es la práctica habitual en los tribunales españoles, pues se entiende que si el testigo ha recibido la notificación y no comparece ni se excusa, es porque no quiere hacerlo de manera deliberada¹⁹⁵.

Sin embargo, este problema se solventa, como es obvio, cuando es la propia parte proponente la que traslada la citación. Pero no es una práctica infrecuente en nuestras curias que las citaciones se reiteren una o dos veces cuando consta en autos una primera comunicación fallida por todos los casos analizados, si la certificación había sido devuelta por caducidad, no así por haber sido rechazada.

Por lo demás, constituye un vicio procesal que no aparezcan en los autos las cédulas de citación, ni el motivo de no haber declarado tal o cual testigo propuesto, y si se renunció a su examen judicial el no haber comunicado esa renuncia al adversario (c. 1551). No porque estos vicios procesales se subsanen con trámites posteriores, dejan de ser vicios dignos de reproche, tanto mayor cuanto más perjudican a la eficacia de los testimonios traídos a los autos de cualquier manera¹⁹⁶.

5.2.- Obligación de comparecer

La llamada por el juez a comparecer como testigo en un proceso canónico no es una invitación, sino que tiene la naturaleza de mandato¹⁹⁷, de exigencia inexcusable salvo que se den las circunstancias que seguidamente se verán y que son las expresamente previstas por la Ley. Sin embargo, esta obligación exclusivamente se deriva de la existencia de un mandato del juez, pues es quien está interesado en conocer la verdad de los hechos¹⁹⁸. Es ello relevante, porque con frecuencia el valor del testimonio del testigo aceptado y no citado es distinto que el del testigo *espontáneo*¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Cf. RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., «Incidencia en la actitud pasiva...», *cit.* p. 661.

¹⁹⁵ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas ...», *cit.* p. 306.

¹⁹⁶ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 27.

¹⁹⁷ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *sub c.* 1556, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1345; MONTINI, G.P., *De iudicio...*, *cit.* pp. 251 ss.

¹⁹⁸ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 463.

¹⁹⁹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 62.

La obligación de comparecer en juicio para los testigos viene impuesta por el canon 1557: “*el testigo debidamente citado debe comparecer o comunicar al juez el motivo de su ausencia*”. Esta obligación va íntimamente unida a la que se establece en el canon 1548 de decir verdad cuando el juez interroga legítimamente. Según García Faílde la razón de ser de esta obligación hay que buscarla en el hecho de que el bien público exige que el testigo capacitado y no excusado preste su ayuda para que se administre rectamente la justicia²⁰⁰. Estamos ante una exigencia del bien público y de la vida social así como un deber de justicia, por tanto, una obligación moral y jurídica²⁰¹.

Esta obligación de comparecer en juicio no la tienen, aunque sean citados para ello, los incapaces *ex can* 1550 § 2; pero sí las personas que no son idóneas *ex can* 1550 § 1 y 1548 —aunque éstos últimos podrán omitir parte de la verdad en función de la dispensa que les afecte—, siempre que hayan sido citadas legítimamente²⁰².

5.3.- Excusa de la comparecencia

El canon 1557 establece que el testigo debidamente citado debe comparecer o comunicar al juez el motivo de su ausencia.

En la fase de admisión de los testigos el juez y las partes ya han depurado las listas propuestas excluyendo, *ex officio* o a instancia de parte, aquellos testigos que son incapaces o que no son idóneos²⁰³.

Sin embargo, a veces hay circunstancias que sólo pueden valorar los propios testigos, como el caso de la exclusión *ex ratione damni* (can. 1548 § 2), y que por tanto, sólo ellos podrán alegar ante el juez. Junto a las razones de interés público o privado, se pueden

²⁰⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 164.

²⁰¹ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 593; BIANCHI, P., «L'obbligo dei testimoni di collaborare nello svolgimento delle cause matrimoniali canoniche», en *Quaderni di diritto ecclesiale* 2 (1989) pp. 384 ss.

²⁰² Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 164.

²⁰³ En el régimen jurídico de las Decretales, regía la exclusión del deber de comparecer para los *pobres* (c.8, X, II, 20) si la pobreza era tan extremada que hubiera de causarles rubor el presentarse ante el juez para declarar; asimismo, las mujeres tampoco estaban obligadas a comparecer, aunque lo podían hacer voluntariamente (c. 2, II, I in VI) porque no se consideraba adecuado que se mezclasen en reuniones con hombres. Estas dos extravagantes exclusiones dejaron de estar vigentes con el *Codex* pio-benedictino (Cf. CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas»..., cit. p. 563).

dar circunstancias que impidan que el testigo comparezca de modo temporal (una enfermedad, un viaje...), o incluso puede ser que el testigo no tenga interés en comparecer. En estos casos, también deberá comunicar su posición al juez²⁰⁴.

Respecto a la alegación de la causa que impide al testigo comparecer o declarar, hay que volver a insistir que, salvo el secreto sacramental derivado de la confesión, en los demás supuestos se trata de secretos relativos, no absolutos, y que, como ha señalado Arroba Conde, el juez eclesiástico deberá ponderar la legitimidad de la excusa alegada por el testigo²⁰⁵.

La obligación de comunicar al juez la causa excusante de la negativa a declarar es una consecuencia lógica de la existencia de un mandato de comparecer y declarar, habida cuenta de la gravedad de esta obligación²⁰⁶. En el Código de pío-benedictino se incluía un canon, el 1766 § 2²⁰⁷, que establecía un régimen sancionador para quien sin causa legítima no se comparecía o, compareciendo, se negaba a responder, o prestar juramento, o firmar la declaración. Dicha sanción debía ser una pena adecuada y a ella se unía una multa proporcionada al daño que la desobediencia causaba a las partes.

La razón de estos castigos estaba en el carácter que revisten estas obligaciones, el cual corresponde al propio de los deberes jurídicos públicos, relacionados ahora con la necesidad de administrar justicia en la sociedad²⁰⁸. En la legislación vigente no se utiliza una terminología tan absoluta como la que se usaba en el viejo *Codex*, especialmente en cuanto al régimen sancionador. Ello es comprensible porque en la práctica no existen los medios adecuados para obtener el alcance que tenía el antiguo Código²⁰⁹. En definitiva, la ausencia injustificada no comporta en la actualidad sanción alguna²¹⁰.

²⁰⁴ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c.* 1557, en *ComVal* p. 680.

²⁰⁵ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y la comprobación de la verdad en el proceso canónico», *cit.* p. 30.

²⁰⁶ Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova...», *cit.* p. 568.

²⁰⁷ *Testis inobediens, qui nempe sine legitima causa non comparuit, aut, etsi comparuit, renuit respondere vel iusiurandum praestare vel attestationsi subscribere, a iudice potest congruis poenis coerceri et insuper mulctari pro rata damni quod ex eius inobedientia partibus obveniat.*

²⁰⁸ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 38.

²⁰⁹ Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova...», *cit.* p. 568.

²¹⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c.* 1557, *ComVal* p. 680.

Si el testigo no comparece ni excusa su ausencia, el juez puede citarlo de nuevo, y si la parte interesada en su testimonio insiste en su examen puede instar la aplicación del canon 1558 § 3²¹¹.

Un aspecto a tener en cuenta en la excusa de la declaración es que uno de los motivos, según se prevé en el canon 1548 § 2 para obtener la dispensa en el deber de declarar es que el testigo tiene conocimiento de los hechos controvertidos en virtud de su labor sagrada o profesional en la que impera un deber de secreto. En este sentido, es posible que para que el testigo pueda exponer al juez la causa legítima por la que solicita la dispensa total o parcial en la declaración debe conocer el objeto sobre el que va a versar su examen judicial.

Para que conozca el objeto del examen al que va a ser sometido, no es necesario que se le dé traslado de los artículos o posiciones sobre las que ha de tratar su examen, pues ello supondría una flagrante vulneración del canon 1565 § 1 que prohíbe que los testigos tengan conocimiento previo de los interrogatorios para evitar su “preparación” o la “adulteración” de la memoria del testigo²¹².

El canon 1565 § 2²¹³ permite, sin embargo, que si los hechos sobre los que se ha de testificar son tan remotos que si antes no se refrescan es imposible referirlos con seguridad, puede el juez “prevenir” al testigo sobre algunos puntos que son de interés para la causa, pero esto se hará en el momento de la declaración, o previamente a la misma²¹⁴, pero nunca en la citación²¹⁵, siempre que el juez considere que se puede hacer sin peligro.

5.4.- *El deber de prestar testimonio: las dispensas*

De todo lo que se acaba de exponer se colige con claridad que el deber de expresar la verdad adquiere como se ha dicho una naturaleza de deber público de los miembros de la comunidad que, de esta manera, en palabras del Santo Padre Benedicto XVI “*concieme*

²¹¹ Cf. *Ibid.*

²¹² Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 163.

²¹³ *Attamen si ea quae testificanda sunt ita a memoria sint remota, ut nisi prius recolantur certo affirmari nequeant, poterit iudex nonnulla testem praemonere, si id sine periculo fieri posse censeat.*

²¹⁴ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1556*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1374.

²¹⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 163.

*directamente al bien humano y sobrenatural de los cónyuges, así como al bien público de la Iglesia*²¹⁶, como manifestación de la caridad.

Desde esta perspectiva es lógico que la posibilidad de dispensa del deber de declarar responda a una naturaleza excepcional.

Así en el segundo apartado del can. 1548 se estipulan los supuestos de dispensa del deber de prestar declaración:

a) Los clérigos, en lo que se les haya confiado por razón del ministerio sagrado; los magistrados civiles, médicos, comadronas, abogados²¹⁷, notarios y otros que están obligados a guardar secreto de oficio incluso por razón del consejo dado, en lo que se refiere a los asuntos que caen bajo ese secreto;

b) Quienes teman que de su testimonio les sobrevendrá infamia, vejaciones peligrosas u otros males graves para sí mismos, para el cónyuge, o para consanguíneos o afines próximos.

A estos supuestos hay que añadir el previstos en el canon 1550 § 2, 2, esto es, los sacerdotes, respecto a todo lo que conocen por confesión sacramental, aunque el penitente pida que lo manifiesten; más aún, lo que de cualquier modo haya oído alguien con motivo de confesión no puede ser aceptado ni siquiera como indicio de la verdad.

Este último supuesto difiere de los previstos en el canon 1548 por su carácter absoluto. De hecho no estamos ante una dispensa *stricto sensu* sino ante una prohibición derivada de una incapacidad. No en vano, el precepto se inicia con un contundente “*Incapaces habentur*”.

Por el contrario, las dispensas del deber de declarar previstas en el canon 1548 se articulan con un carácter claramente subjetivo. El bien jurídico que se protege es la conciencia del posible testigo y, en su caso, la confianza que un tercero a depositado en él como profesional. Como se ha visto, su alcance subjetivo se limita a profesionales de ciertos ámbitos donde se accede a información altamente confidencial. Se busca, por tanto, preservar espacios de secreto profesional que son atributos esenciales en una determinada profesión. En consecuencia, su efecto es impedir que sean obligados a declarar sobre todos o sobre parte de los hechos controvertidos. Pero ello no impide, en absoluto,

²¹⁶ Cf. BENEDICTUS PP. XVI, «Allocutio ad sodales Tribunalis Romanae Rotae 29.1.2010», en AAS 102 (2010) pp. 174-175: “*di un matrimonio, il quale riguarda direttamente il bene umano e soprannaturale dei coniugi, nonché il bene pubblico della Chiesa*”.

²¹⁷ Cf. El abogado al que se refiere del canon 1548 no es el que representa al actor en la causa, pues como se verá más adelante, este abogado es incapaz (can. 1550 § 2, 1).

que el afectado pueda eludir voluntariamente esta dispensa y declarar sobre asuntos que estarían cubiertos por su deber de secreto.

Esta garantía del secreto profesional es una exigencia del bien común²¹⁸.

Por otra parte, está previsto que en aras del interés público, este tipo de testigos puedan ser dispensados de preservar el secreto bien por el juez bien por la parte²¹⁹ —en lo que a ella atañe, obviamente—, con la única excepción del secreto de confesión que, como se acaba de exponer, responde a una incapacidad y no a una dispensa en sentido estricto. Cuando se produzca la dispensa de guardar secreto, el testigo quedará sometido al régimen general de los testigos y, por tanto, no podrá negarse a declarar la verdad sobre los hechos sometidos otrora a secreto profesional.

En cuanto al segundo supuesto de dispensa del deber de declarar, aquél que afecta a quien teme graves daños, señala García Faílde que este supuesto se redacta con una cierta ambigüedad, correspondiendo al juez determinar si los daños son “graves” y el grado de parentesco y proximidad que justifique que se pueda acoger a la dispensa para declarar²²⁰.

Este mismo autor también señala algunos supuestos controvertidos de secreto, en los que se puede plantear la duda sobre si quedarían cubiertos por la dispensa regulada en el canon 1548²²¹. Vaya por delante, como hemos indicado, que este canon establece una delimitación claramente subjetiva —vinculada a las personas que ejercen ciertas profesiones—.

En primer lugar, el secreto confiado a alguien (el autor pone de ejemplo un amigo) con la condición de preservar dicho secreto. En este caso, García Faílde considera que no hay obligación de revelar el secreto salvo que de no hacerlo se provoque un “*daño grave público que no pueda evitarse más que revelando el secreto*”²²². Es evidente, que en este supuesto, la valoración del eventual daño que provoque guardar o no guardar el secreto solo puede quedar al criterio del eventual testigo, y por tanto, la decisión corresponderá al ámbito de su conciencia.

²¹⁸ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 154.

²¹⁹ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub. c. 1548*, en *Código de Derecho Canónico: edición bilingüe, fuentes...*, cit. p. 680.

²²⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. pp. 155-156; ACEBAL LUJÁN, J.L., *sub c. 1548*, en *ComSal* p. 806.

²²¹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 155.

²²² *Ibid.*

En segundo lugar, señala el secreto “prometido”. La diferencia con el anterior tipo de secreto radica en que en este caso la promesa de guardar secreto se formula después de haber recibido la confidencia. En este caso, el autor, considera que no hay deber de guardar el secreto.

Por último, explicita la existencia de unos secretos naturales, que son aquellos en los que el deber de secreto se desprende de la propia naturaleza de la confidencia. En este supuesto, tampoco considera que deba prevalecer el deber de secreto sobre el deber de declarar.

CAPÍTULO III

LA DIMENSIÓN OBJETIVA: EL TESTIMONIO

1.- EL TESTIMONIO VERDADERO

El testimonio es obligatorio según el canon 1548 (“[t]estes iudici legitime interroganti veritatem fateri *debent*”). Ello es así porque se trata de un deber público²²³, pues como señala Arroba Conde:

“[e]n la comunidad cristiana, conocimiento y testimonio de la Verdad, más que valores éticos, son valores de alcance eclesiológico estructural: la Verdad es el contenido de la misión común y, por ello, también es el fundamento imprescindible de las relaciones entre los fieles. Sería paradójico que en un sistema comunitario fundador en la Verdad, un asunto tan delicado como la solución de conflictos no partiese de un procedimiento ideado desde la reconstrucción verdadera de los hechos o, peor aún, moldeado desde el prejuicio de la inclinación de los individuos a distorsionarlos, conformándose con el débil objetivo de disminuir los errores.

[...]

Al mismo tiempo, por su alcance estructural, no puede haber discusión alguna sobre la imposibilidad de que, al resolver conflictos, prevalezca sobre el conocimiento de la verdad de los hechos el objetivo institucional de mandar mensajes ejemplares a la comunidad o a la sociedad”²²⁴.

En términos coincidentes, el Santo Padre Francisco, en su Discurso a los Oficiales del Tribunal de la Rota Romana, con motivo de la inauguración del año judicial, afirmó que:

“[l]a actividad judicial eclesial, que se configura como servicio a la verdad en la justicia, tiene, en efecto, una connotación profundamente pastoral, porque pretende perseguir el bien de los fieles y la edificación de la comunidad cristiana”²²⁵.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y ...», *cit.* pp. 16-17.

²²⁵ Cf. FRANCISCUS PP., «Allocutio ad omnes participes Tribunalis Romanae Rotae 24.1.2014», en AAS 106 (2014) p. 644.

La importancia de sustentar todo el proceso en la averiguación de la verdad fue puesta de manifiesto, aún antes de aprobarse el vigente Código, por San Juan Pablo II en una de sus primeras alocuciones al Tribunal de la Rota Romana. Así, en la del año 1980 expuso con claridad y profundidad el papel que deben desarrollar los testigos en la causa:

“A este propósito y por citación del juez, comparecerán las partes, los testigos y los peritos si los hay, para ser interrogados. El juramento de decir la verdad que se exige a todas estas personas está en coherencia perfecta con la finalidad del sumario; no se trata de dar vida a un acontecimiento que no ha existido jamás, sino de poner en evidencia y hacer valer un hecho acaecido en el pasado y que acaso perdura todavía en el presente. Claro está que cada una de estas personas dirá «su» verdad, que normalmente será la verdad objetiva o una parte de ésta, consideradas frecuentemente desde distintos puntos de vista, coloreada con el tinte del temperamento propio y hasta quizá con alguna alteración, o también mezclada con errores; pero en cualquier caso todos deberán actuar lealmente sin traicionar la verdad que ellos creen objetiva, ni tampoco la propia conciencia.

4. *Alejandro III hacía notar en el siglo XII: «Saepe contingit quod testes, corrupti praetio, facile inducantur ad falsum testimonium proferendum». Por desgracia, tampoco hoy están inmunes los testigos de la posibilidad de prevaricar. Por ello, Pío XII en la alocución sobre la unidad de fin y acción de las causas matrimoniales exhortaba no sólo a los testigos sino a todos los que toman parte en el proceso, a no apartarse de la verdad: «No suceda nunca que se den engaños, perjurios, sobornos o fraudes del tipo que fuere, en las causas matrimoniales ante tribunales eclesiásticos».*

Porque si ocurriese esto, el sumario no sería ciertamente manantial límpido de verdad, y podría inducir a error a los jueces cuando pronuncian la sentencia, no obstante su integridad moral y su esfuerzo leal por descubrir la verdad²²⁶.

²²⁶ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Allocutio ad Tribunalis Sacrae Romanae Rotae Decanum, Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos, novo Litibus iudicandis ineunte anno: de veritate iustitiae matre 4.2.1980», en AAS 72 (1980) pp. 174-175:

«A questo scopo e dietro citazione del giudice compariranno, per essere interrogati, le parti, i testi, ed eventualmente i periti. Il giuramento di dire la verità, che viene richiesto a tutte queste persone, sta in perfetta coerenza con la finalità dell'istruttoria: non si tratta di creare un evento che non è mai esistito, ma di mettere in evidenza e far valere un fatto verificatosi nel passato e perdurante forse ancora nel presente. Certamente ognuna di queste persone dirà la "sua verità", che sarà normalmente la verità oggettiva o una parte di essa, spesso considerata da diversi punti di vista, colorata con le tinte del proprio temperamento, forse con qualche distorsione oppure mescolata con l'errore; ma in ogni caso tutte dovranno agire lealmente, senza tradire né la verità che credono sia oggettiva, né la propria coscienza.

Della certezza morale alla sentenza

4. *Alessandro II osservava nel sec. XII: “Saepe contingit quod testes, corrupti praetio, facile inducantur ad falsum testimonium proferendum” (C. 10, X, De Praesumptionibus, II,23: ed. Richter-Friedberg, II,*

Esta obligación de aportar la verdad a la causa, por tanto, excede del mandato legal, pues es una exigencia inherente a la pertenencia a la comunidad eclesial. En consecuencia, en Derecho Canónico carece de relevancia la distinción entre verdad procesal y verdad real, que deberán coincidir²²⁷.

El testigo aporta a la causa su conocimiento de los hechos controvertidos. Este conocimiento tiene que ser verdadero (c. 1548), por tanto, como señala García Faílde, no basta con que sea sincero —ya que en este caso podría ser erróneo— sino que debe ser conocedor de la verdad y como tal expresarla ante el juez de manera sincera y sin error²²⁸.

De esta manera, al testigo se le conmina además de a decir la verdad, contarla de manera que no induzca a error u omitiendo los detalles que impidan al tribunal alcanzar una convicción sobre la verdad de los hechos controvertidos.

Esta obligación de decir verdad se desprende *expressis verbis* del canon 1562:

“§ 1. El juez debe recordar al testigo su obligación grave de decir toda la verdad y sólo la verdad.

§ 2. El juez ha de pedir juramento al testigo según el c. 1532; y si el testigo se niega, ha de ser oído sin juramento.”

De este canon se desprende que el testigo no sólo ha de saber que su testimonio ha de ser verdadero, sino que de su testimonio puede depender el sentido de la sentencia, con lo que sus declaraciones adquieren un valor trascendente en el devenir de la causa, y en este sentido debe ser advertido expresamente por el juez antes de iniciar su declaración.

Para reforzar esta exigencia de decir la verdad, el Código remite al canon 1532, que exige que en las causas de interés público se requiera a las partes juramento de decir verdad o de haber dicho la verdad, salvo que una causa grave aconseje otra cosa. Se trata, pues, de dos juramentos no excluyentes entre sí pero que responden ciertamente a la tradición jurídica propia que, viene desde el Derecho Romano.

355). *Purtroppo nemmeno oggi i testi sono immuni dalla possibilità di prevaricare. Per questo Pio XII, nella allocuzione sull'unità di fine e di azione nelle cause matrimoniali, esortava non soltanto i testimoni, ma tutti coloro che partecipano al processo a non scostarsi dalla verità: “Mai non avvenga che nelle cause matrimoniali dinanzi ai tribunali ecclesiastici abbiano a verificarsi inganni, spergiuri, subornazioni o frodi di qualsiasi specie!” (Pio XII, Allocutio ad Sacram Romanam Rotam, die 2 oct 1944, AAS 36 [1944] 282).*

Se questo però avvenisse, gli atti istruttori non sarebbero certamente sorgenti limpide di verità, che potrebbero portare i giudici, nonostante la loro integrità morale e il loro leale sforzo per scoprire la verità, a errare nel pronunciare la sentenza».

²²⁷ ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano 2008, p. 34.

²²⁸ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *sub c. 1547*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1326-1328.

Estos dos posibles juramentos —el CIC no se decanta por uno— son el “promisorio”, esto es el que se produce antes de la declaración y en el que el deponente expresa su promesa de decir la verdad; y el “asertorio”, que es el que se produce tras la declaración en el que la persona declarante expresa que ha dicho la verdad. Al respecto, Gil de las Heras se muestra partidario del primero por encima del segundo²²⁹, pero en ningún caso deberán pedirse los dos juramentos²³⁰.

Ello no obstante, del canon 1532 se desprende que esta exigencia de juramento sólo opera con carácter necesario en las causas con bien público, mientras que en la de bien privado, queda al criterio del juez requerir el juramento o no.

En todo caso, la doctrina considera que en caso de negarse el testigo a prestar juramento, deberá tenerse en cuenta esta circunstancia —y las motivaciones del testigo²³¹— a la hora de valorar esta prueba testifical. En relación con este punto, el artículo 167 de la Instrucción *Dignitas Connubii* no prevé que el juez oiga al testigo que se niegue a prestar juramento, sino que en caso de negarse a prestar juramento, “*debe prometer que dirá la verdad*”²³².

El testimonio es una declaración que presta el testigo ante el juez a preguntas de éste —aunque sobre esta cuestión volveremos más adelante—, por tanto, es el juez quien debe “guiar” al testigo en función de su búsqueda de la verdad del caso. Es esta una de las manifestaciones más palmarias del principio inquisitorial que rige parte del proceso canónico²³³. Téngase en cuenta que el testigo interviene en el proceso citado en su calidad de conocedor de los hechos y, por tanto, como un medio auxiliar de los que dispone el juzgador para alcanzar su convencimiento sobre la verdad de los hechos sobre los que tiene que pronunciarse.

En este sentido, el testimonio pueden ser simples respuestas monosilábicas o generalistas. García Faílde sostiene la tesis que estas respuestas monosilábicas solo podrán considerarse propiamente un testimonio si, además de desarrollarse con las formalidades

²²⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub. c. 1562*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1364.

²³⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal Canónico: estudio sistemático-analítico comparado*, Salamanca 1995³ p. 171.

²³¹ Cf. Estas motivaciones deberán hacerse constar en el acta *ex can.* 1568.

²³² Cf. Carmen PEÑA GARCÍA entiende que este mandato «*pese al tenor imperativo*» cede ante el mandato del can. 1562 de oír al testigo aunque no hubiera prestado juramento. Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas (arts. 155-216)», en MORÁN BUSTOS, C.M.-PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico: Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*, Madrid 2007 p. 311.

²³³ Cfr. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas ...», *cit.* p. 21.

previstas y dentro del proceso, incluyen asimismo contenido relativo a los hechos concretos y a las circunstancias en las que estos hechos tuvieron lugar o en las que el testigo los conoció²³⁴.

Evidentemente, este tipo de respuestas —las monosilábicas— pueden ser perfectamente válidas en cuanto a aportación de información si las preguntas se han formulado de manera adecuada. Y esta es una responsabilidad del juez, pues en este punto rige el principio inquisitorial, no del testigo. Lo contrario supondría situar en la esfera del testigo —que no puede olvidarse que no es parte en el proceso— la responsabilidad de “reconstruir” su conocimiento sobre unos hechos ajenos.

2.- EL EXAMEN DE LOS TESTIGOS

2.1.- *El lugar de las declaraciones*

2.1.1.- Regla general

Prevé el canon 1558 § 1 que los testigos deberán ser examinados en la sede del tribunal, a no ser que el juez considere oportuna otra cosa.

Se establece en este canon una regla general, la de prestación de la declaración en la sede del tribunal donde se sustancian los autos. De esta manera los testigos son quienes deben ir al juez y no a la inversa. Hay que recordar que la finalidad esencial de la prueba testifical, como la del resto de pruebas, es que el juez obtenga la certeza sobre la verdad de los hechos que se ventilan en el procedimiento judicial.

La razón de la norma general hay que situarla en un aspecto práctico, lo que comporta que su incumplimiento no comporte la nulidad de las actuaciones y que se prevean un nutrido número de excepciones y un importante juego de la discrecionalidad del juez; cuando lo práctico sea no seguir la norma general²³⁵.

²³⁴ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. pp. 151-152.

²³⁵ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1348.

Esta laxitud contrasta con la rigidez del canon 1770 del *Codex* que obligaba a que el examen de los testigos se sustanciase en la sede del tribunal salvo las excepciones expresamente previstas en el § 2²³⁶ y, por tanto, impedía al juez introducir discrecionalmente criterios de flexibilidad de la norma general²³⁷.

La norma general se aplica tanto a los testigos que se encuentran en el territorio del juez como a los que se encuentran fuera, en ambos casos se aplica dicha norma salvo que el juez entienda que es más conveniente aplicar otro criterio. Dicho criterio será el que se desprende de las excepciones previstas en el canon 1558 §§ 2 y 3 y la *ratio legis* en la que se inspira esta disposición²³⁸. En todo caso, se trata de una casuística muy amplia y en cuya conformación el juez goza de notable discrecionalidad, siempre en aras de conseguir la adecuada instrucción de la causa.

2.1.2.- Excepciones

La primera de las excepciones contenidas en el canon 1558 § 2 es la relativa a los Cardenales, Patriarcas, Obispos y aquéllos que según el derecho de su nación gozan de ese favor²³⁹.

Se trata de una excepción que proviene del Derecho Romano y que se fundamenta en la consideración que el legislador quiere tener con las personas revestidas de una cierta

²³⁶§ 1. *Testes sunt examini subiiciendi in ipsa tribunalis sede.*

§ 2. *Ab hac generali regula excipiuntur:*

1.o *S. R. E. Cardinales, Episcopi et personae illustres quae suae civitatis iure eximuntur ab obligatione comparendi coram iudice testificandi causa: ii omnes eligere ipsi possunt locum ubi testificentur, de quo iudicem certiozem facere debent;*

2.o *Qui morbo aliove corporis vel animi impedimento aut conditione vitae, uti moniales, tribunalis sedem adire nequeunt; ii domi audiendi sunt;*

3.o *Qui extra dioecesim degentes, in dioecesim reverti et ad tribunalis sedem accedere sine gravi incommodo nequeunt; ii audiendi sunt a tribunali loci in quo commorantur ad normam can. 1570, par. 2, secundum interrogationes et instructiones a causae iudice transmissas;*

4.o *Qui in dioecesi quidem commorantur, sed in locis ita dissitis a tribunalis sede, ut sine gravibus impensis neque ipsi iudicem adire, neque a iudice adiri possint. Hoc in casu iudex debet propiorem aliquem sacerdotem dignum et idoneum deputare, ut cum assistentia alicuius, qui actuarii munere fungatur, examen horum testium perficiat, transmissis pariter eidem interrogationibus faciendis, datisque opportunis instructionibus.*

²³⁷ Cf. LESZCZYŃSKI, G., «La prova...», *cit.* p. 569.

²³⁸ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1349.

²³⁹ MONTINI, G.P., *De iudicio...*, *cit.* p. 254.

dignidad o autoridad²⁴⁰. No distingue el precepto entre obispos diocesanos y titulares, por lo que en su aplicación tampoco se hará la distinción. Asimismo, debe entenderse que esta excepción es aplicable a quienes “*se equiparan en derecho al Obispo diocesano*” tales como los Prelados territoriales, personales, Abades territoriales o el Vicario Apostólico que preside una prefectura erigida de manera estable. Dada su dignidad, se entiende que no sería decoroso ser citado en la sede del tribunal²⁴¹.

Junto con las dignidades eclesiásticas a las que la ley canónica atribuye este privilegio, también se incluyen aquellas personas a las que el derecho nacional del país atribuye una prerrogativa similar.

En Derecho español, la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé ningún régimen especial para los testigos cuando son éstos ostentan una determinada dignidad. Sin embargo, sí que se contempla esta prerrogativa en el ámbito criminal. Así, en los artículos 411²⁴² y 412²⁴³ de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal se establece el régimen del

²⁴⁰ Cf. *Ibid.*

²⁴¹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1349.

²⁴² Artículo 411:

“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino.

También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados”.

²⁴³ Artículo 412:

“1. Estarán exentas también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito, las demás personas de la Familia Real.

2. Están exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo:

1.º El Presidente y los demás miembros del Gobierno.

2.º Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.

3.º El Presidente del Tribunal Constitucional.

4.º El Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

5.º El Fiscal General del Estado.

6.º Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

3. Si fuera conveniente recibir declaración a alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 anterior sobre cuestiones de las que no haya tenido conocimiento por razón de su cargo, se tomará la misma en su domicilio o despacho oficial.

4. Quienes hubiesen desempeñado los cargos a que se refiere el apartado 2 del presente artículo estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo.

5. Estarán exentos también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:

testimonio de determinadas autoridades. Esta regulación se complementa en el mismo cuerpo legal, en su artículo 413²⁴⁴.

Este régimen exime de los deberes de comparecer ante el juez y de declarar al Rey o a la Reina, ya los respectivos consortes, a la Princesa de Asturias y, en su caso, quienes ocupen la Regencia²⁴⁵. También están exentos de cumplir estos deberes los agentes diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados²⁴⁶.

1.º *Los Diputados o Senadores.*

2.º *Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.*

3.º *Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.*

4.º *El Defensor del Pueblo.*

5.º *Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración.*

6.º *Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.*

7.º *El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado.*

8.º *El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.*

9.º *Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.*

10. *Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.*

6. *Si se trata de cargos cuya competencia esté limitada territorialmente, sólo será aplicable la exención correspondiente respecto de las declaraciones que hubieren de recibirse en su territorio, excepción hecha de los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de sus Asambleas Legislativas.*

7. *En cuanto a los miembros de las Oficinas Consulares, se estará a lo dispuesto en los Convenios Internacionales en vigor”.*

²⁴⁴ Artículo 413:

“Para recibir la declaración a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior, el Juez pasará al domicilio o despacho oficial de la persona concernida, previo aviso, señalándole día y hora.

El Juez procederá de igual modo para recibir la declaración de alguna de las personas a que se refiere el apartado 5 del artículo anterior, cuando la misma fuere a tener lugar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros”.

²⁴⁵ Nótese que no se excluye al Rey emérito y a su consorte, figura esta de reciente instauración en la Monarquía española.

²⁴⁶ Especialmente, cf. Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, cuyo artículo 44, intitulado *Obligación de comparecer como testigo*, dispone:

“1. Los miembros del consulado podrán ser llamados a comparecer como testigos en procedimientos judiciales o administrativos. Un empleado consular o un miembro del personal de servicio no podrá negarse, excepto en el caso al que se refiere el párrafo 3 de este artículo, a deponer como testigo. Si un funcionario consular se negase a hacerlo, no se le podrá aplicar ninguna medida coactiva o sanción.

Se trata de una exclusión absoluta. Esta exclusión no será aplicable al ámbito canónico ya que, como se ha visto, no existe tal previsión absoluta salvo en los casos del deber de sigilo sacramental *ex canon* 1550 § 2, 2²⁴⁷ y, a mayor abundamiento, tratándose de una excepción a la regla general canónica, su interpretación debe ser restrictiva respecto de dicha excepción *ex canon* 18.

El artículo 412 de la LECrim establece, en su ámbito de aplicación, un régimen similar al previsto en el canon 1548 respecto a la deposición testifical de algunas autoridades. En concreto, establece la obligación de declarar, pero atribuye la posibilidad de hacerlo por escrito al resto de miembros de la Familia Real²⁴⁸.

Esta obligación y posibilidad también se reconoce en el apartado segundo de este mismo artículo 412 a una serie de autoridades cuando de los hechos sobre los que fueren llamados a declarar hubieren tenido conocimiento en razón de su cargo. Es el caso del Presidente y los demás miembros del Gobierno; los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado; el Presidente del Tribunal Constitucional; el Presidente del Consejo General del Poder Judicial; el Fiscal General del Estado; y los Presidentes de las Comunidades Autónomas. En el caso en el que la declaración verse sobre hechos de los que no han tenido conocimiento en razón de su cargo, la declaración será verbal pero se tomará en el domicilio o despacho oficial de la autoridad (art. 412.3 LECrim). Idéntico tratamiento se concede a quienes habiendo ostentado los citados cargos, han de declarar por hechos de los que tuvieron conocimiento en razón del cargo (art. 412.4 LECrim).

Por último, ciertas autoridades también estarán exentas de comparecer ante el juez, pudiendo declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros, con independencia de los motivos que originen su citación (art. 412.5 LECrim). Es el caso de los miembros de las Cortes Generales; de los vocales del CGPJ y magistrados

2. *La autoridad que requiera el testimonio deberá evitar que se perturbe al funcionario consular en el ejercicio de sus funciones. Podrá recibir el testimonio del funcionario consular en su domicilio o en la oficina consular, o aceptar su declaración por escrito, siempre que sea posible.*

3. *Los miembros de una oficina consular no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aquellos. Asimismo, podrán negarse a deponer como expertos respecto de las leyes del Estado que envía”.*

Este Convenio fue ratificado, entre otros, por la Santa Sede el 8 de octubre de 1970 y por España el 3 de febrero de ese mismo año.

²⁴⁷ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas...», *cit.* p. 30.

²⁴⁸ En la actualidad, los miembros de la Familia Real española son los Reyes, la Princesa Leonor, la Infanta Sofía, y los Reyes Don Juan Carlos y Doña Sofía, según se desprende del Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre, sobre régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes.

del Tribunal Constitucional; de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo; del Defensor del Pueblo; de las autoridades judiciales de categoría superior a la que recibe la declaración; de los Presidentes de los Parlamentos autonómicos; del Presidente y de los Consejeros Permanentes de Estado; del Presidente y de los Consejeros del Tribunal de Cuentas; de los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas; de los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda²⁴⁹.

Lo razonable es que todas a estas autoridades, tanto las mencionadas en el apartado 2 como en el 5 del artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —y también a la Familia Real—, se les aplique la posibilidad reconocida en el canon 1558 § 2 *in fine*, y que, en consecuencia, en caso de ser citados a declarar, puedan determinar el lugar donde deba realizarse la declaración. Ahora bien, si el alcance de esta facultad reconocida al testigo va más allá de los lugares físicos previstos en la LECrim es algo sobre lo que no se pronuncia la ley canónica, aunque lo lógico sería que las mismas limitaciones que se dan en la legislación civil se trasladan al ámbito canónico.

Sin embargo, no es posible que esta traslación de regímenes incluya la facultad de informar al juez por escrito, ya que la oralidad de la declaración testifical es un principio inherente a la prueba testifical en el Derecho Canónico *ex canon 1566*²⁵⁰.

La segunda excepción a la regla general se encuentra contenida en el § 3 del repetido canon 1558. Se contempla en este punto la situación de aquellos testigos a los que, por la distancia, enfermedad u otro impedimento²⁵¹, les sea imposible o difícil acudir a la sede del tribunal, sin perjuicio de lo que prescriben los cánones 1418, respecto al recurso al auxilio judicial, y 1469 § 2 respecto a la toma declaración por el propio juez fuera de su demarcación.

²⁴⁹ Esta excepción tendrá alcance territorial limitado cuando el cargo que se ejerza (*v.gr.* Delegado del Gobierno o miembro del Consejo de Gobierno autonómico) tenga alcance territorial determinado, salvo los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de las Asambleas autonómicas (art. 412.6 LECrim).

²⁵⁰ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1566*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1376.

²⁵¹ El canon 1770 § 2 del *Codex* añadía a estas causas «*la condición de su vida, como son las monjas*», que ya no figura en el correlativo canon 1558 § 2 vigente. Entre los impedidos *moralmente*, pueden considerarse, según las costumbres del lugar, quienes guardan luto riguroso (CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas», *cit.* p. 563).

Esta excepción atribuye al juez la facultad de elegir el lugar, distinto de la sede del tribunal, donde se va a producir la toma de la declaración. No es, por tanto, una facultad del testigo (como ocurre en el canon 1558 § 1) sino que éste se limitará a poner en conocimiento del juez sus circunstancias impeditivas para que éste adopte la decisión que estime oportuna tras valorar la existencia de suficiente causa. Estas razones pueden ser de tipo físico o espiritual²⁵².

Junto a estas razones de tipo subjetivo, también reconoce el canon la excepción en base a un criterio objetivo, la distancia entre el lugar donde se encuentra el testigo y la sede del órgano judicial, siendo que ambos están en la misma demarcación judicial. En estos casos Gil de las Heras apunta la opción que contemplaba expresamente el *Codex*²⁵³ de que se recurra a la figura del juez delegado²⁵⁴, que normalmente sería un sacerdote²⁵⁵, pero que también podría ser un laico²⁵⁶.

El último inciso del canon, y sus concordancias con los cánones 1418 y 1469 evoca la situación del testigo “extraterritorial”, esto es, que está en un territorio distinto al del juez. En el primer caso, cuando el testigo resida fuera del territorio jurisdiccional del órgano citante, lo ordinario es que se le cite a comparecer en la sede del tribunal, sin embargo si el testigo opusiese la distancia, el juez podrá pedir ayuda a un tribunal con jurisdicción en el territorio donde vive el testigo para que realice la acción procesal correspondiente²⁵⁷.

Por medio de un exhorto, el tribunal *a quo* remitirá al tribunal *ad quem* el interrogatorio de las posiciones, los datos del testigo y las instrucciones que el juez considere oportunas respecto a la toma de declaración, a los efectos de que el testigo comparezca

²⁵² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1350.

²⁵³ El canon 1770 §§ 3 y 4 del *Codex* distinguía respecto al criterio de la distancia a aquellos que “*por morar fuera de la diócesis no pueden, sin incomodidad grave, volver a ella...*” (§ 3) de aquellos que “*habitando en la diócesis viven en lugares tan lejanos de la sede del tribunal*”. En el primer supuesto, se prescribía que fueran examinados por el tribunal competente en su jurisdicción “*conforme al interrogatorio e instrucciones transmitidas por el juez que entiende de la causa*”. En el segundo supuesto, se prevé la designación de un sacerdote cercano.

²⁵⁴ Cfr. SAN JOSÉ PRISCO, J., «Proceso de nulidad de la sagrada ordenación», en *Revista Española de Derecho Canónico* 70 (2013) p. 617.

²⁵⁵ La figura del juez delegado no es, a criterio de este autor, un medio adecuado para solventar el problema, ya que por más que se disponía en la legislación que debía ser un sacerdote que estuviera cercano, digno e idóneo, no siempre concurrían en él los conocimientos jurídicos. En este sentido, el autor considera que es una solución extrema y que, en consecuencia, sólo sería de aplicación a situaciones extremas como países de misión. Cfr. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1350.

²⁵⁶ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», *cit.* p. 305.

²⁵⁷ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* pp. 1350-1351.

en la sede del tribunal *ad quem* y sea examinado. En este caso, el juez *ad quem* podrá hacer las preguntas que estime convenientes²⁵⁸ y, una vez concluida la actuación judicial remitirá las actas al tribunal *a quo* para que siga la instrucción.

La segunda referencia contenida respecto a los testigos en los que concurre una excepción de extraterritorialidad se realiza en conexión con el canon 1469 § 2. En este caso, a los efectos de dar satisfacción al principio de inmediación entre el juez y las pruebas, aquél puede considerar oportuno desplazarse fuera de su territorio jurisdiccional para lo que requerirá la correspondiente licencia del Obispo diocesano donde se va a desplazar el juez. La ausencia de esta licencia no implica la nulidad de actuaciones, pero sí la ilicitud del prueba²⁵⁹.

Respecto a esta facultad del juez, García Faílde entiende que “*con frecuencia será inútil dada la posibilidad de que el juez recurra a la ayuda de otro tribunal*”²⁶⁰. Por el contrario, Hernández sostiene una valoración positiva de este medio, afirmando que pese a las críticas respecto a su coste

“es la experiencia personal que lleva a esta convicción, que un exhorto tiene limitaciones que, en comparación al coste del traslado del tribunal (a condición de que sea razonable en relación al número de personas que hayan de ser interrogadas y a la importancia de las mismas como testigos –lo que debería darse por descontado– y en relación a la sede donde se llevaría a cabo el interrogatorio), deberían tenerse bien en cuenta precisamente para evitarlo. El juez de exhortos no dispone de todas las actas recogidas precedentemente, por lo que se encontrará siempre limitado en la posibilidad de poner preguntas, de pedir aclaraciones, de contestar o replicar afirmaciones propuestas por otros testigos o por las partes, o bien, que resulten en documentos. Nos sentimos de poder afirmar que el exhorto no favorece plenamente a la finalidad del proceso, alarga la duración del mismo y entorpece, obviamente sin quererlo, la búsqueda de la verdad, es además un límite al principio de oralidad: quien debe juzgar debe establecer una relación procesal directa y personal con partes, testigos y peritos, mayormente en el proceso para la declaración

²⁵⁸ Cf. *Ibid.* p. 1351.

²⁵⁹ Cf. *Ibid.* pp. 1351-1352.

²⁶⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 238; en el mismo sentido, cf. LÓPEZ ZUBILLAGA, J.L., *sub c. 1558*, en *Código de Derecho Canónico (ed. bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca)*, Madrid 2008 pp. 840-841.

*de nulidad del matrimonio, que requiere ad validitatem, al menos en segunda instancia, un tribunal colegial*²⁶¹.

Al margen de estas posibilidades, la doctrina entiende que si es necesario, y siempre a criterio del juez, puede recurrirse a otras técnicas que permitan obtener el testimonio, incluso sin cumplir las normas habituales. Ello será posible siempre que conste, en todo caso, la identidad y libertad del testigo y que se asegure la autenticidad de la declaración²⁶².

2.2.- Forma del examen

La primera norma que debe observarse es que los testigos se examinarán por separado, con el fin de evitar la influencia de lo declarado por unos respecto de las declaraciones de otros²⁶³. Es esta una prohibición taxativa establecida en el canon 1560, recogida tras el debate que hubo en la Comisión de reforma del Código sobre si el juez debía tener la facultad de decidir otra cosa si lo estimaba conveniente²⁶⁴. Ahora bien, la declaración prestada en presencia de otros testigos no deviene por esta circunstancia nula, sino que únicamente pierde su valor²⁶⁵.

El antiguo *Codex* tras proclamar la regla del interrogatorio individual (can. 1772 § 1), dejaba al prudente arbitrio del juez, una vez prestadas las declaraciones, el confrontar a los testigos entre sí o con la parte (careo), con tal que se salven unas condiciones si no quedaba otro camino más fácil para averiguar la verdad (can. 1772 § 1). El vigente Código mantiene esta opción del careo entre los testigos si hay discrepancia entre los testimonios o entre los testigos y las partes en una cuestión grave, pero se ha suprimido la condición de que el careo sea el camino más fácil para evitar la verdad²⁶⁶; si no hay otra vía para esclarecer el asunto (interrogando de nuevo a los testigos o preguntando a las partes sobre los hechos dudosos); y que no haya peligro de desidias o escándalo²⁶⁷, exigiéndose la

²⁶¹ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 597.

²⁶² Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 467.

²⁶³ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 165.

²⁶⁴ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas ...», *cit.* p. 309; cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* pp. 32-35.

²⁶⁵ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1356.

²⁶⁶ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 165.

²⁶⁷ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1560*, en *ComVal* p. 681.

conurrencia de todas estas causas para que sea legítimo²⁶⁸. El careo, en todo caso, es una facultad del juez y no está obligado, en ningún caso por las partes ha hacerlo²⁶⁹, ya que no es un medio de prueba específico, tal como la confesión, la declaración testifical...²⁷⁰. A lo dicho hay que añadir que la doctrina considera mayoritariamente ineficaces los careos²⁷¹.

La segunda regla que debe observarse es la inmediación entre juez y testigo. Ya se ha visto que la importancia de esta regla es tal que incluso se habilita la posibilidad de que el juez se desplace fuera de su territorio jurisdiccional para poder tomar declaración personalmente a los testigos que viven fuera de aquél. Esta inmediación admite una modulación cuando en lugar del juez quien realiza el examen es, *ex canon* 1561 el auditor o el delegado del juez.

En este sentido, las nuevas tecnologías de la información y comunicación pueden facilitar esta inmediación pese a la distancia. Así, si bien es cierto que debe ser rechazable la prestación de la declaración por escrito, por teléfono²⁷² salvo supuestos excepcionales y extraordinarios²⁷³, podría ser bastante más factible una declaración por videoconferencia²⁷⁴ siempre que quedase garantizada posibilidad del juez de comprobar la identidad del testigo²⁷⁵.

La tercera regla es el carácter cuasivinculante del interrogatorio propuesto por las partes. Este será la base del interrogatorio al que se someten los testigos. Sin embargo, el juez podrá según su criterio y siempre que lo considere oportuno hacer otras preguntas adicionales al testigo al objeto de obtener más claridad sobre la verdad de los hechos. Por su parte, las partes no pueden repreguntar, pues la ley no prevé expresamente que se dé

²⁶⁸ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1357.

²⁶⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, *cit.* p. 239.

²⁷⁰ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 14, cf. nota al pie 1.

²⁷¹ Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, *cit.* p. 239; DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* cf. notas al pie 1 y 19; y GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1358.

²⁷² Cf. MONTINI, G.P., *De iudicio...*, *cit.* p. 266.

²⁷³ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1558*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1352.

²⁷⁴ Cf. SAN JOSÉ PRISCO, J., «Proceso de nulidad de la sagrada ordenación», en *Revista Española de Derecho Canónico* 70 (2013) p. 619.

²⁷⁵ Cfr. art. 14 *in fine* del Decreto *quo Regulae Servandae ad nullitatem sacrae Ordinationis declarandam foras dantur*, de 16 de octubre de 2001, de la Congregación del Culto Divino y de la Disciplina de los Sacramentos, que dispone “*Non admittitur neque peculiaribus in adiunctis usus telephonii vel fax vel alius modus quo instructor identitatem deponentis comprobare non valeat*” —AAS 94 (2002) p. 292 ss.—

traslado de los cuestionarios propuestos a las otras partes²⁷⁶, ni aún a las públicas²⁷⁷, con el fin de que las declaraciones puedan ser preparadas o manipuladas²⁷⁸. Ello no obstante, el canon 1561 habilita al promotor de justicia, defensor del vínculo, abogados que asistan al interrogatorio, a formular otras preguntas al testigo, pero no directamente al testigo — a no ser que la ley particular disponga otra cosa—, sino que deben proponerlas al juez o a quien hace sus veces, para que sea él quien las formule, si así lo estima oportuno pues en este momento, el juez no está vinculado por las partes²⁷⁹. El juez, en este supuesto, deberá cuidar que esas preguntas formuladas en el acto del examen se ajusten a lo dispuesto en el canon 1654²⁸⁰.

Señala Del Amo que el fin fundamental de todas estas cautelas está en evitar que los inquirientes sugestionen a quien declara mediante las preguntas o su manera de formularlas²⁸¹.

La cuarta regla que hay que cumplir en el examen testifical es la oralidad. El canon 1566 dice que los testigos prestarán testimonio oral y no deben leer escritos, a no ser que se trate de cálculos o de cuentas; en este caso podrán consultar las anotaciones que lleven consigo. La exigencia de oralidad se fundamenta en la sospecha que pesa sobre cualquier declaración que sea escrita *ex ante* de haber sido preparada por el propio testigo o por terceros²⁸², evitando así la espontaneidad respecto de lo que se ha tenido experiencia. Además, la oralidad es importante para que el juez obtenga una valoración aproximativa de la personalidad del sujeto y para determinar su credibilidad sobre el testimonio²⁸³.

Respecto a la posible excepción, Gil de las Heras entiende que es legítima cuando se trata de hechos ocurridos hace mucho tiempo o cuando se trate de personas relevantes por su probidad, que no son capaces de recordar de memoria la cantidad de hechos y datos

²⁷⁶ El canon 1565 § 1 prohíbe expresamente que se den a conocer al testigo con carácter previo a su declaración los artículos del cuestionario, sin embargo, no hay una prohibición en el mismo sentido para las partes.

²⁷⁷ Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. pp. 162-163.

²⁷⁸ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», cit. p. 309.

²⁷⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 166.

²⁸⁰ Han de ser breves, acomodadas a la capacidad del interrogado, que no abarquen varias cuestiones a la vez, no capciosas o falaces o que sugieran una respuesta, que a nadie ofendan y que sean pertinentes a la causa

²⁸¹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 28.

²⁸² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1566*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1376.

²⁸³ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. pp. 599-600.

que son de gran interés. Pero más allá de estos supuestos y aquellos que el juez prudentemente puede apreciar, el recurso a notas y escritos puede conllevar la tacha de ilicitud de la declaración²⁸⁴.

De esta oralidad, se dejará constancia escrita, ya que el proceso canónico se rige por el principio de escritura, todas las actuaciones deben consignarse por escrito en los autos. Por ello, en toda declaración testifical, junto al juez o quien le sustituya, debe estar presente el notario, quien transcribirá las contestaciones del testigo que después, deberán ser firmadas por éste. La ausencia del notario —que puede venir impuesta por la ley particular²⁸⁵— no provocará la nulidad del acto de declaración judicial de los testigos²⁸⁶, ya que podría ser en este caso autenticada el acta por el propio juez²⁸⁷, o puede admitirse, según algunas interpretaciones que el notario firme el acta *ex post*²⁸⁸ sin haber estado presente en el interrogatorio²⁸⁹.

La transcripción de las repuesta no es necesario que sea literal en todos sus extremos, sino “consignando las mismas palabras de la declaración, al menos en cuanto se refieren directamente al objeto del juicio” (canon 1567), a tal efecto se admite el uso del magnetófono —u otro medio análogo de grabación de la voz— para recoger las preguntas y respuestas. El uso de este soporte técnico tiene sólo el efecto de apoyar al notario en la redacción del acta, pues la grabación no se admite ni hace fe, es imprescindible su transcripción para que surta efectos. Y esta transcripción deberá ser firmada por el testigo o, en caso de que no pueda o se niegue, por el notario actuante, que dará fe²⁹⁰.

En relación a la transcripción hay un cambio sustancial en las regulaciones contenidas en el Código de 1917 y en el Código de 1983. Así, en el primero, se disponía rígidamente la necesaria transcripción literal de todo lo que se decía en el examen judicial:

²⁸⁴ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1566*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1376.

²⁸⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. pp. 559-560.

²⁸⁶ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Título VII: Las pruebas...», cit. p. 310.

²⁸⁷ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 166.

²⁸⁸ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La instrucción “Dignitas...”*, cit. pp. 76 y 155.

²⁸⁹ Ningún canon, así como tampoco ningún artículo de la Instrucción *Dignitas Connubii* establecen la nulidad de las actas *si no está presente* el notario en el acto de la declaración. Es más, la validez de la firma de un acta no requiere necesariamente que el que la firma hubiere estado presente al acto recogido en ella, en este sentido, el caso de una declaración judicial de un testigo en la que no hubiere estado presente el notario el juez instructor es un testigo cualificado cuyo testimonio es suficiente para que el notario firme el acta que recoge esa declaración. Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. pp. 240-241.

²⁹⁰ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 172.

la respuesta dada por el declarante, dictando el juez será escrita en acta por el actuario con absoluta fidelidad²⁹¹ (canon 1778)²⁹²; por el contrario, el vigente canon 1567 § 1 es más laxo. Por ello, García Faílde, sugiere en relación con la transcripción seguir de manera orientativa las normas que en su momento fijó la Instrucción *Provida Mater*²⁹³. A saber, se transcribirán las mismas palabras de la declaración en cuanto a aquello que o bien el instructor juzgar necesario y oportuno o bien el declarante lo pidiese (art. 103 § 2); al margen de esto, las respuestas se transcribirán de modo “íntegro y fielmente” en cuanto sea necesario para “que no se omita nada que pueda influir en el juicio” (art. 129)²⁹⁴.

3.- LA REALIZACIÓN DEL EXAMEN

El examen judicial consiste, en esencia, en el interrogatorio al testigo según los artículos propuestos por la parte que lo aportó a la causa que se realiza, en general, en la sede del tribunal.

3.1.- *Quiénes están presentes en el examen*

En el acto de examen deben comparecer, por una parte, y aunque es obvio, el testigo a quien se va a tomar declaración; y por otra parte, la persona que realiza el interrogatorio, normalmente el juez. El canon 1470 § 1 prevé salvo que una ley particular disponga otra cosa, mientras se trata la causa ante el tribunal sólo deben estar presentes en el aula aquellos que la ley o el juez determinen que son necesarios para realizar el proceso. Como complemento de este canon, el 1561 dispone que: “*El juez, su delegado o un auditor hacen el examen del testigo*”.

²⁹¹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 31.

²⁹² *Responsio ex continenti redigenda est scripto ab actuario non solum quod attinet ad substantiam, sed etiam ad ipsa editi testimonii verba, nisi iudex, attenta causae exiguitate, satis habeat unam depositionis substantiam referri.*

²⁹³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 172.

²⁹⁴ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 172.

La presencia del juez en el examen del testigo es la opción más ventajosa, no en vano se trata de un perito en Derecho, dotado de experiencia y, al mismo tiempo se consigue dar cumplimiento al principio de inmediación²⁹⁵. Sin embargo, es posible que el examen de los testigos sea realizado por un auditor o un delegado del juez. Es esta una práctica que no es extraña en el foro, aunque no por ello ha dejado de ser criticada el recurso a estas figuras (también al exhorto) –propio de un proceso escrito en el que tiene amplia cabida el principio de mediación– hace más bien discontinua y defectuosa la instrucción, además de prolongar sus tiempos²⁹⁶.

El juez delegado puede ser un laico o un seglar, que en ningún caso, podrán ejercer en la causa las funciones de notario o defensor del vínculo. Tampoco pueden coincidir en sus funciones el notario y el auditor, que también podrá ser un seglar o un clérigo (canon 1428). La legitimidad canónica de estas opciones no deben hacernos perder de vista la quiebra que suponen respecto del necesario principio de inmediación que rige el proceso canónico²⁹⁷.

La realización del examen de un testigo sin la presencia del juez, su delegado o del auditor convierten la prueba en ilegítima y el juez debería tenerlo en cuenta a la hora de valorarla²⁹⁸. Ahora bien, dado que el canon incluye un inciso final “a no ser que la ley particular establezca otra cosa”, parte de la doctrina entiende que ello impide establecer una nulidad radical del acto²⁹⁹, aunque son varias las voces que parecen indicar lo contrario, abogando por la nulidad radical de los exámenes a testigos realizados exclusivamente por el notario y sin presencia del juez, de su delegado o del auditor. Para estos autores, la cláusula de exclusión de la norma general que figura en el canon 1561 *in fine* se limita a la necesidad de que el notario esté presente en el examen y a la posibilidad de que los abogados de las partes, el defensor del vínculo o el promotor de justicia pregunten directamente al testigo, sin la mediación del juez³⁰⁰.

²⁹⁵ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1561*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1359.

²⁹⁶ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 599.

²⁹⁷ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 32.

²⁹⁸ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1561*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1360.

²⁹⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1561*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1360.

³⁰⁰ PANIZO afirma que «Hay que tener en cuenta que, como se acordó en la sesión de la Comisión de reforma del Código, habida el 22 de noviembre de 1978, esa cláusula se refería tanto a la necesidad de la presencia de notario como a la falta de facultad de las partes para formular preguntas directamente al testigo», por tanto, desde esta perspectiva, la ausencia del juez, de su delegado o del auditor convertiría la prueba en extrajudicial y, por tanto, en prueba nula (cfr. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. pp.

Continúa el citado canon 1561 con una expresión que, pese a su aparente contundencia, es muy matizada: “*al que debe asistir un notario*”. Se trata de una dicción idéntica a la que se contenía en el canon 1773 § 1 del *Codex*.

La función del notario en el interrogatorio es transcribir, con la mayor literalidad posible la testifical, incluyendo los preliminares del rito, y dando cuenta integralmente de las palabras del testigo en aquellos aspectos que guarden directa relación con el objeto de la causa. La función del notario se limita a la declaración del testigo con fidelidad material, no sólo de un modo genérico, en todo caso, sin interpretación por su parte. Aunque la transcripción es obra del notario, también desarrolla bajo la dirección del juez, por lo que éste podrá interpretar o sustituir las palabras del testigo; el notario como responsable en primera persona de la fe pública, debe vigilar que el desarrollo de la declaración no se realice contra las reglas³⁰¹. De la transcripción deben desprenderse con claridad las formalidades y las principales circunstancias de la declaración³⁰², si bien, esta cuestión ya se ha tratado al abordar la forma del examen *ut supra*.

La ausencia del notario en la toma de declaración no constituye un vicio de nulidad de la declaración³⁰³, pues como se ha dicho, opera la cláusula de excepción del canon 1561 *in fine*, “*a no ser que la ley particular establezca otra cosa*”. Ello no impide que si el notario no estuvo presente en la declaración, aunque firmase el acta, esta pueda ser impugnada por las partes³⁰⁴. Con todo y con ello, hay que insistir en que no se trata de una facultad discrecional del notario, todo lo contrario. Es una posibilidad absolutamente excepcional que sólo será admisible en la medida en que tal y como prescribe el canon, la ley particular o la praxis forense, así lo prevean³⁰⁵.

Junto con el juez, su delegado o el auditor y el notario, del canon se desprende que también podrán asistir al interrogatorio las partes —algo que regula el canon 1559— el promotor de justicia, el defensor del vínculo, o los abogados. La forma de expresarlo es

558-559), en sentido similar cfr. CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico: Commento giuridico-pastorale*, 2, Nápoles 1998 p. 658. Y de manera más amplia, Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La instrucción “Dignitas...”, cit.* p. 155.

³⁰¹ Cf. MONTINI, G.P., *De iudicio...*, *cit.* p. 260.

³⁰² Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 470.

³⁰³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 168; MONTINI, G.P., *De iudicio...*, *cit.* p. 271.

³⁰⁴ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1561*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1361.

³⁰⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 166.

similar al canon 1773 § 2 del *Codex*, esto es, vinculándolo a la formulación de preguntas al testigo.

Sin embargo, la norma general es que las partes no asistan al examen judicial de los testigos (canon 1559) con el objeto de preservar la libertad de los testigos³⁰⁶, si bien “*sobre todo*” en el caso de las causas de bien privado, el juez puede permitir la presencia de las partes a su solicitud. No así en los procesos de nulidad matrimonial, en las que el canon 1678 § 2 veda totalmente esta posibilidad³⁰⁷ y el artículo 166 de la Instrucción *Dignitas Connubii* omite, en comparación con la dicción del canon 1561, precisamente, a las partes.

No obstante, en aquellas causas que se sustancien por el proceso contencioso oral (canon 1656)³⁰⁸ las partes podrán estar presentes en el interrogatorio de los testigos³⁰⁹, así como de las demás partes y de los peritos. Ello es así porque son causas que se instruyen, en su mayor parte, en la audiencia pública³¹⁰. Se trata, en todo caso, de un principio radicalmente distinto del que rige en el proceso ordinario.

También pueden asistir los abogados o procuradores —aunque el canon 1561 no menciona a éstos últimos, sí lo hace el canon 1559— como norma general. En este caso la excepción es que no puedan estar presentes, y en este caso “*a no ser que, por las circunstancias del asunto y de las personas, el juez estime que debe procederse en forma secreta*”. Se trata, en definitiva de una facultad reconocida al juez que debe ser justificada pues se trata de una limitación significativa de un derecho reconocido por la ley³¹¹, esta posibilidad se puede realizar *ex officio* o a instancias del propio testigo, si bien, la decisión corresponde libremente al juez³¹², que deberá resolverlo motivadamente en base a circunstancias tales como la excesiva litigiosidad de las partes, cuando estas intervengan

³⁰⁶ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1559*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* pp. 1353-1354.

³⁰⁷ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, *cit.* pp. 558-559.

³⁰⁸ Por este procedimiento se pueden tramitar todas las causas que no estén excluidas por el Derecho. Las causas excluidas son las relativas a la nulidad matrimonial (can. 1690), las relativas a la nulidad de la sagrada ordenación (can. 1710), y las causas penales (can. 1728 § 1).

³⁰⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 166.

³¹⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1663*, en *ComVal* p. 718; Cf. MADERO, L., *sub c. 1663*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1781.

³¹¹ Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 167. Este autor llama la atención sobre el hecho que la denegación al procurador de asistir a la declaración no exige un nivel de justificación similar al del abogado, habida cuenta que no goza del mismo derecho.

³¹² Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 597.

sugiriendo las respuestas, cuando los argumentos a tratar sean especialmente escabrosos o si se considera que el testigo podría ser reacio a hablar con libertad en público³¹³.

En todo caso, el juez tiene la facultad *ex canon* 1470 § 2 de obligar con penas proporcionadas a observar una conducta debida a quienes asisten al juicio y falten gravemente al respeto y obediencia debidos al tribunal; y, además, a los abogados y procuradores puede suspenderlos del ejercicio de su función ante tribunales eclesiásticos.

Los procuradores tienen vedada la asistencia cuando el proceso sea de los orales *ex canon* 1656, pues así se desprende *a sensu contrario* del 1663 § 2. En todo caso, su presencia, según se desprende de la literalidad del canon 1561 no alcanza a la facultad de formular preguntas al testigo a través del juez, que sólo podrán ser formuladas por el abogado. Por tanto, su presencia en el interrogatorio lo es a los solos efectos de observar el desarrollo de la testifical y, en su caso, tenerlo en cuenta de cara a futuras actuaciones procesales.

En el *Codex* la regla general era que las partes privadas tenían vedada la presencia en los interrogatorios (canon 1771) a no ser que el juez tuviera a bien admitirlas. No así, las partes públicas como el defensor del vínculo³¹⁴, que debían asistir a los interrogatorios de los testigos y de las partes.

Por último, respecto a la presencia del defensor del vínculo y el promotor de justicia, señala García Faílde que no deben ser equiparados a las partes a tenor de lo que dispone el canon 1434, de tal manera que no se puede decir que la asistencia permitida a las partes esté permitida por analogía al promotor de justicia³¹⁵. Sin embargo, no toda la doctrina opina igual y así, Gil de las Heras entiende que la misma presencia de los abogados en las declaraciones testificales viene a exigir que no falten el defensor del vínculo y el promotor de justicia, al menos para que no se encuentre el vínculo en peor condición que la parte³¹⁶. Tesis esta que también sostiene Peña al afirmar que en relación a la proposición y práctica de la prueba, el canon 1678 y el artículo 159 de la Instrucción *Dignitas Connubii* establecen el principio de total equiparación jurídica entre las partes públicas y las partes privadas que actúen asistidas de abogado, salvo en lo referente a la exclusión

³¹³ Cfr. GULLO, C.,-GULLO, A., *Prassi processuale...*, cit. p. 188.

³¹⁴ Cf. ORMAZÁBAL ALBISTUR, P., «La naturaleza procesal del defensor del vínculo en su desarrollo legislativo. Perspectiva histórica» en *Revista Española de Derecho Canónico* 60 (2003) p. 632.

³¹⁵ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 168.

³¹⁶ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1559*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1355.

de la práctica del examen cuando el juez estime que debe procederse de forma secreta, en cuyo caso solo se afectará a los abogados³¹⁷.

3.2.- Cuestiones previas: el juramento.

El canon 1562 establece una serie de formalidades previas a la realización del interrogatorio destinadas a preparar al testigo para decir la verdad.

Antes que nada, el juez ha de recordar al testigo su obligación grave de decir toda la verdad y sólo la verdad³¹⁸, en concreto “su verdad”³¹⁹, esto es, lo que él presenció u oyó, pues es misión del juez averiguar si lo declarado coincide con la verdad objetiva, histórica³²⁰. Se trata de una advertencia en consonancia con el objeto del proceso canónico, que no es otro que el esclarecimiento de la verdad que subyace tras los hechos controvertidos, por tanto, la verdad es la referencia teleológica que une a todos los actores del proceso³²¹, también, obviamente, a los testigos.

Tras esta advertencia, procede que el juez pida juramento al testigo según el canon 1532³²²; y si el testigo se niega, ha de ser oído sin juramento. La exigencia de este juramento sirve para avalar la deposición del testigo³²³, no constituye, por tanto, una prueba sino una garantía de mayor o menor valor, según la religiosidad de las personas, su sinceridad y su fidelidad a lo que sabe y dice ante el juez³²⁴, de forma que su valor sólo depende del nivel moral de quien lo presta³²⁵.

Existen dos fórmulas de juramento, el promisorio o de decir verdad (“*de veritate dicenda*”) y el asertorio o de haber dicho verdad (“*de veritate dictorum*”). En el *Codex* la

³¹⁷ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «Actuación del defensor...», *cit.* pp. 521-522.

³¹⁸ Cf. apartado relativo al «testimonio verdadero» *ut supra*.

³¹⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1562*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1363.

³²⁰ Cf. *Ibid.*

³²¹ Cf. S. IOANNES PAULUS PP. II, «Allocutio ad Rotam Romanam habita 29.1.2004», en AAS 96 (2004) p. 351.

³²² Cuando en una causa entre en juego el bien público, el juez ha de pedir a las partes juramento de que dirán la verdad, o al menos de que es verdad lo que han dicho, a no ser que una causa grave aconseje otra cosa; en los demás casos, puede hacerlo, según su prudencia (“*In casibus, in quibus bonum publicum in causa est, iudex partibus iusiurandum de veritate dicenda aut saltem de veritate dictorum deferat, nisi gravis causa aliud suadeat; in aliis casibus, potest pro sua prudentia*”).

³²³ Cf. CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico...*, *cit.* p. 658.

³²⁴ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub c. 1532*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada*, Pamplona 1987, p. 979.

³²⁵ Cf. DORAN, T.G., *sub c. 1532*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1293.

obligación de prestar juramento promisorio era inexcusable (canon 1767), e incluso cabía la posibilidad que al finalizar la declaración el juez exigiese al testigo que volviese a prestar juramento de haber dicho la verdad³²⁶.

A través de la remisión al canon 1532 se concluye que hoy no es ya obligatorio el juramento de decir de la verdad; exclusivamente en los casos en los que está en juego el bien público, el juez tiene que hacer prestar juramento a los testigos, pero, por una causa grave, pueden negarse a hacerlo. En las causas que, al contrario, vierten sobre un bien privado, se deja a la discreción del juez³²⁷, llegando a admitirse el pacto entre las partes para no solicitar el juramento³²⁸.

En la Instrucción *Dignitas Connubii* el régimen jurídico es algo distinto, pues refuerza la exigencia del juramento de decir verdad o al menos de haber dicho verdad a no ser que una causa grave aconseje otra cosas y, en caso de que el testigo se niegue a prestar juramento, el juez deberá hacerle prometer que dirá verdad, lo que supone un cambio respecto al régimen previsto en el canon 1532, pues no se sitúa en la facultad del juez poder oír al testigo sin haber prestado juramento o promesa³²⁹.

Por último, el artículo 166 de esta Instrucción añade la facultad del juez de pedir a los testigos juramento o promesa de guardar secreto.

3.3.- *El interrogatorio formal*

El canon 1563 dispone que el juez deberá comprobar en primer lugar la identidad del testigo, y ha de preguntarle cuál es su relación con las partes y, cuando le hace preguntas específicas acerca de la causa, debe investigar también cuáles son las fuentes de su conocimiento y en qué momento concreto se enteró de aquello que afirma. La primera parte de este mandato legal se sustancia con las llamadas preguntas generales, que están encaminadas a averiguar la identidad (nombre, apellidos, filiación, domicilio, profesión...) del testigo y su relación con las partes (parentesco, amistad, trato...). La segunda parte son las preguntas especiales, esto es, las que tienen relación directa con los hechos

³²⁶ Cf. CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas», *cit.*, p. 562.

³²⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* pp. 588-589.

³²⁸ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1562*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1364.

³²⁹ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *La instrucción "Dignitas..."*, *cit.* p. 156.

por los que se llama al testigo, y afectan tanto a los hechos en sí, concretando circunstancias de modo, lugar y tiempo³³⁰; como a las fuentes del conocimiento del testigo de dichos hechos (testigo directo, de referencia...) ³³¹.

En nuestro país, la identificación del testigo se realiza, principalmente con la presentación del correspondiente documento oficial de identificación (DNI) o cualquier otro documento fehaciente en el que se acompañe una fotografía³³²

Para ello es necesario evocar las partes en las que se conforma el interrogatorio de los testigos, o las finalidades que tienen las distintas preguntas que lo conforman³³³.

Así, la parte de preparación y ambientación, para la que se hacen preguntas generales de la ley acerca de la identidad del testigo, y otras aparentemente menos conectadas con la causa pero que permiten conocer antecedentes y cerciorarse de las disposiciones con las que el testigo va a declarar.

La segunda parte del interrogatorio abordan la exposición de los hechos, versan directamente sobre los hechos controvertidos³³⁴.

Finalmente, el interrogatorio acaba con la fase de adveración, una serie de preguntas que tienen la finalidad de proporcionar nuevas noticias interesantes para la controversia³³⁵.

La sustanciación del examen no debe desarrollarse en un marco rígido y formal propio de un interrogatorio judicial. Esta atmósfera rígida y fría puede provocar una reacción adversa, a veces involuntaria, en el testigo tanto si es creyente como si no. Con frecuencia se trata de cuestiones que afectan a aspectos personales, especialmente en las causas de nulidad matrimonial, lo que sitúa al testigo en una posición complicada.

La declaración testifical, según el canon 1548, es la declaración de un testigo de la verdad al juez que lo interroga legítimamente³³⁶. La legitimidad viene referida en este canon a un criterio estrictamente formal, que se sustancia en la competencia del juez que

³³⁰ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 560.

³³¹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 169.

³³² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1563*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1367

³³³ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub c. 1532*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada...*, cit. pp. 996-997.

³³⁴ Cf. CABERLETTI, G., «La psicologia della testimonianza nell'esperienza giudiziale», en ed. BRESCIANI, M.C.-CATOZZELA, F., *L'istruttoria nel processo di nullità matrimoniale*, Città del Vaticano 2014, pp. 241-243.

³³⁵ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. pp. 30-31.

³³⁶ Cf. BIANCHI, P., «L'obbligo...» cit. p. 382.

realiza el examen, por una parte; y en el cumplimiento de los requisitos del interrogatorio que se prescriben en el canon 1564³³⁷.

Este canon dispone que las preguntas, que deberán haber sido propuestas por las partes para cada testigo según el canon 1552 § 2, deben ser

- a) breves,
- b) acomodadas a la capacidad del interrogado,
- c) que no abarquen varias cuestiones a la vez,
- d) no capciosas o falaces,
- e) o que sugieran una respuesta,
- f) que a nadie ofendan; y
- g) que sean pertinentes a la causa.

a) Breves. Si las preguntas son largas y complejas, puede que el testigo no responda de manera ordenada y completa y, además, puede que el juez no sea capaz de discernir si lo dicho corresponde a todas las partes de la pregunta.

b) Acomodadas a la capacidad de la persona interrogada. El lenguaje debe ser comprensible para la persona que se somete al interrogatorio y acorde a la respuesta que se pretende obtener.³³⁸

c) Que no abarquen varias cuestiones a la vez. Las preguntas deben limitarse a una única cuestión, así cada número del cuestionario deberá contener una única pregunta, en evitación de preguntas concatenadas que pueden llevar al testigo a confusión o a respuestas fragmentarias.

d) No han de ser capciosas ni falaces. Dado que se persigue la búsqueda de la verdad, no deberán formularse al testigo preguntas que intenten confundirlo o llevarle a explicar los hechos de modo distinto a como él los percibió. Así, son capciosas las que pretenden sorprender al testigo en su buena fe o que buscan que se contradiga o crearle confusión; y son falaces las que se formulan de un modo oscuro, engañoso o ambiguo en búsqueda de una respuesta de interés para el proponente³³⁹.

e) Tampoco deberán ser preguntas de carácter sugestivo, es decir, que induzcan al testigo la respuesta.

³³⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 595.

³³⁸ Sobre el uso de una lengua no oficial comprensible para el testigo cf. *infra*.

³³⁹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, *cit.* p. 561.

f) Que a nadie ofendan. Las preguntas se formularán en tono respetuoso tanto para el testigo como en relación al resto de partes que actúan en el proceso, incluso cuando se trate de preguntas que se formulan durante el examen judicial.

f) Por último, que sean pertinentes a la causa. Las preguntas deben versar sobre los hechos controvertidos que son objeto del proceso. Las cuestiones que no cumplen con este requisito deberán ser rechazadas por el juez, así como las preguntas sobre las que el testigo no tiene por qué conocer. Se trata de preguntas impertinentes que el testigo no tiene obligación de contestar y que, en caso de que el juez las formulase, estaría actuando de modo ilegítimo³⁴⁰.

El juez tiene amplias facultades para valorar la pertinencia de las preguntas propuestas por las partes, en sentido amplio, es decir, tanto en lo que atañe al objeto de la causa —el último requisito al que se ha hecho referencia— como en lo que afecta a aspectos meramente formales (extensión, claridad, sugestividad...).

Las preguntas no deben facilitarse, bajo ningún concepto a los testigos antes de que presten declaración *ex canon* 1565 § 1.

Los abogados, el defensor del vínculo y el promotor de justicia, y en su caso las partes, asisten al examen judicial *ex canon* 1559, y el canon 1561 les reconoce la facultad de formular preguntas al testigo al margen de las incluidas en el interrogatorio propuesto por las partes en el momento procesal de la proposición de prueba, preguntas que generalmente tendrán carácter aclaratorio respecto de las respuestas dadas por el testigo³⁴¹. Esta facultad se reconoce incluso si no han propuesto testigos en el momento procesal oportuno³⁴².

Al juez pertenece siempre la facultad de transmitir estas preguntas al interesado, e incluso formular otras *ex officio*. La ley particular, como dice el canon 1561 *in fine* puede prever que las preguntas se formulen directamente al testigo³⁴³. En todo caso, se trata de una facultad innovadora del régimen de las declaraciones testificales que se introdujo en el Código de 1983 contrastando con la regulación del *Codex*³⁴⁴.

³⁴⁰ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1564*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1372; BIANCHI, P., «Alcune annotazioni circa l'interrogatorio di parti e testi nelle cause di nullità di matrimonio», en *Quaderni di diritto ecclesiale* 17 (2004) pp. 221 ss.

³⁴¹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit. p. 560.

³⁴² BIANCHI, P., «Alcune annotazioni circa...», cit. p. 217.

³⁴³ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *sub c. 1561*, en *ComVal* p. 681.

³⁴⁴ Cf. canon 1771 del *Codex*.

Nada se dice en la legislación sobre el momento en el que deben formularse estas preguntas, pueden haberse sugerido al juez antes del interrogatorio o bien durante el mismo interrogatorio³⁴⁵. Quedará a la discreción del juez si las preguntas *sobrevenidas* a instancias de los actores en el proceso se realizan durante el propio interrogatorio, lo que sería lógico si se trata de preguntas aclaratorias; o una vez ha concluido el interrogatorio propuesto, supuesto este que puede ser contraproducente respecto del objetivo de obtener la verdad, pues puede crear confusión en el testigo³⁴⁶.

El testigo ha de contestar las preguntas oralmente, sin posibilidad alguna de consultar notas o textos, salvo que se trate de cálculos o cuentas (canon 1566).

La práctica oral en general y en los interrogatorios en particular es, ciertamente, la forma más idónea para proporcionar al juez un cuadro seguro de los hechos relevantes al fin de la decisión y, por tanto, de una sentencia justa. La oralidad es normalmente más completa que un resumen o acta escrito en el que se describen actos que no se han llevado a cabo en presencia de quien tiene que participar en el veredicto. Sobre todo escuchando y mirando a la persona interrogada o examinada y dialogando con ella es posible hacerse una idea más precisa de lo que verdaderamente esa desea expresar, si está convencida de decir la verdad, si incurre en errores de percepción, de fijación de recuerdos o de re-evocación, o bien si dice intencionalmente una falsedad a pesar de la grave obligación de decir la verdad. La oralidad es importante porque facilita al juez al menos una valoración aproximativa de la personalidad del sujeto al fin de discernir su credibilidad sobre cuanto ha afirmado; en consecuencia, esas observaciones particulares sobre la persona interrogada o sobre hechos concretos acontecidos en el curso del interrogatorio se deberían unir –con tal de que sea respetado el principio de la caridad y de la prudencia– a la acta de la audiencia³⁴⁷.

Por último, respecto a la oralidad de la prueba hay que valorar, cada vez más, la posibilidad de que concurren testigos que desconocen el idioma oficial del lugar donde tienen lugar las actuaciones, o incluso conociéndolo, lo hacen de una manera muy precaria que no garantiza la comprensión de las preguntas que se le formulan o la correcta expresión de las respuestas. En este punto, la ley sitúa la norma en el canon 1471, donde

³⁴⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 240.

³⁴⁶ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 26.

³⁴⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción “Dignitas connubii”», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2010) pp. 651-653.

se estipula que si una persona a la que se ha de interrogar emplea una lengua desconocida para el juez o las partes, ha de recurrirse a un intérprete jurado, designado por el juez. Ello no obstante, las declaraciones han de consignarse por escrito en la lengua original, añadiendo la traducción.

Este canon también prevé que se recurra al intérprete cuando deba ser interrogado un sordo o mudo, salvo que el juez prefiera que responda por escrito a las preguntas que se le presenten.

Este canon ha sido reproducido en la Instrucción *Dignitas Connubii* literalmente (artículo 172) —salvo por la referencia a las partes— y a su vez, es muy similar al 1641 del *Codex*, si bien este último cuerpo normativo reconocía expresamente la facultad de las partes de oponer “excepciones legítimas” a la designación del juez. En la actualidad se considera que las partes pueden recusarlo si existe un grave motivo y pedir su cambio³⁴⁸. El intérprete deberá prestar, antes de iniciar su cometido, el juramento “*de munere rite et fideliter implendo*” (canon 1454).

Si las respuestas se tienen que consignar por escrito en la lengua original en que se formularon, como señala García Faílde sólo el intérprete podrá realizar la transcripción, lo que complica el examen, y de decanta porque en estos casos el juez permita al testigo contestar por escrito, de modo que el intérprete se limite a traducir lo escrito por el testigo³⁴⁹.

3.4.- La conclusión del examen

Una vez finalizado el interrogatorio, el canon 1569 dispone que debe leerse al testigo lo escrito por el notario de su declaración, o hacerle oír lo que se ha grabado en cinta magnetofónica, dándole la posibilidad de añadir, suprimir, corregir o modificar lo que juzgue necesario (§1), para seguidamente, firmar el acta con el juez y el notario (§2).

El contenido del acta debe incluir todas aquellas cosas que sean dignas de consideración y que hubieran ocurrido durante el interrogatorio, además del propio interrogatorio *stricto sensu*. Así deberán consignarse en tres bloques la siguiente información³⁵⁰:

³⁴⁸ Cf. CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico...*, cit. p. 596.

³⁴⁹ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *La instrucción “Dignitas...”*, cit. p. 159.

³⁵⁰ Cf. CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas», cit. pp. 564-565.

- Encabezamiento: nombre del tribunal, número de la sesión, invocación del Nombre de Dios, circunstancias temporales y espaciales de la sesión (lugar, día, hora...), datos identificativos del juez y demás asistentes a la sesión, así como si el testigo prestó juramento de decir verdad³⁵¹ o, por el contrario, no lo prestó y fue oído en aplicación de lo dispuesto en el canon 1562 y, en su caso, el motivo por el que no quiso prestar dicho juramento³⁵².

- Medio: preguntas y respuestas dadas. En este punto no es necesario que se transcriban las preguntas de los interrogatorios propuestos, bastará con referencias tales como “a la primera pregunta...”. En esta parte se incluirán, en su caso, las preguntas que hayan podido formular los abogados, el defensor del vínculo o el promotor de justicia, indicando a instancias de quién se formulan. Cuando sean preguntas formuladas a iniciativa del juez se hará constar la expresión *ex officio*³⁵³.

- Conclusión: figurará en este apartado si el testigo ha prestado juramento asertorio y, en su caso, si se le ha conminado a prestar juramento de guardar secreto y si lo ha hecho (art. 163 § 3 de la Instrucción *Dignitas Connubii*). Por último se consignará la firma del testigo, del notario y del juez³⁵⁴.

El acta tiene una importancia fundamental en la fase de prueba testifical³⁵⁵. La más importante es que ha de ser leída al testigo una vez finalizado el interrogatorio para que confirme, con su firma, que se han recogido fielmente sus respuestas, y, en su caso, puedac no solo de corregir expresiones no precisas o correctas gramaticalmente, sino de añadir, aclarar o puntualizar³⁵⁶.

En el supuesto de que la declaración se haya grabado, el canon dispone que al finalizar, el testigo oiga la grabación. Pero esta grabación deberá ser transcrita necesariamente y, entonces -que puede ser con posterioridad al día en que tuvo lugar el interrogatorio, deberá el testigo firmarla *ex canon 1569 § 2*³⁵⁷

³⁵¹ O promesa, según el artículo 166 de la Instrucción *Dignitas Connubii*.

³⁵² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1562*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1364.

³⁵³ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, cit. p. 335.

³⁵⁴ El art. 175 § 2 de la *Dignitas Connubii* también prevé que firmen el acta el defensor del vínculo, el promotor de justicia y los abogados que hayan asistido.

³⁵⁵ Si al escribir el acta se hubiese deslizado alguna equivocación y hubiese que añadir o corregirse algo, corresponde al notario declarar expresamente al margen, al final del folio, o al final del acta que la corrección fue hecha por él mismo (cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub c. 1569*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada...*, cit. p. 998).

³⁵⁶ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 598.

³⁵⁷ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 248.

3.5.- Después del examen

Una vez que ha tenido lugar el examen quedan dos aspectos por tratar. El reembolso de los gastos en los que hayan incurrido los testigos con motivo de su declaración. Se trata de un supuesto relativamente infrecuente pero que ya se preveía en el *Codex*. Con esta medida que supone que los testigos puedan solicitar al juez una tasación de los perjuicios que les ha ocasionado el tener que comparecer para declarar y que las partes se lo reembolsen, si es que no se fijó una fianza con este fin antes de la declaración³⁵⁸.

La otra cuestión que, en relación con los testigos puede darse tras el examen es que el juez considere que el testigo debe volver a declarar.

Se trata de una situación que encuentra su cobertura en el canon 1570. Se aplica a testigos que ya han prestado declaración, pero las actas aún no se han publicado, por lo tanto, el proceso aún está en la fase previa a la conclusión de la instrucción.

Según dispone este canon, el juez puede llamar a declarar de nuevo a los testigos cuando concurren tres circunstancias: se considere necesario o útil, no haya peligro de fraude o corrupción, y lo solicite una parte o *ex officio*, aunque también podría ser que el propio testigo lo solicitase, en cuyo caso se configuraría como un testigo espontáneo³⁵⁹.

Respecto a la necesidad y utilidad, debe valorarse a la luz de lo que puedan aportar los testigos en esta segunda declaración en aras de descubrir la verdad. En este sentido, la doctrina juzga que es una opción más recomendable que la del careo para poder esclarecer puntos oscuros o discernir en caso de contradicciones³⁶⁰.

Si la nueva testifical responde a una petición de parte, incluido el defensor del vínculo, deberá justificarse oportunamente su necesidad y utilidad, al efecto de que el juez pueda discernir la conveniencia de realizarla o no, siendo en todo caso, un hecho excepcional³⁶¹.

³⁵⁸ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, cit. p. 471.

³⁵⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1570*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1388.

³⁶⁰ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1570*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1387.

³⁶¹ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, cit. p. 336.

No procede una nueva testifical cuando puede darse fraude o corrupción, esto es, colusión³⁶², prevaricación o soborno³⁶³.

³⁶² Es este el término que se utilizaba en el canon 1781 del *Codex*, junto el de corrupción: “*Testes, quamvis iam excussi, poterunt, parte postulante aut ex officio, antequam acta seu testificationes publici iuris fiant, denuo ad examen vocari, si iudex id necessarium vel utile ducat, dummodo tamen omnis collusionis vel corruptelae absit periculum*”.

³⁶³ La colusión es un pacto ilícito en perjuicio de un tercero (RAE, «Colusión» en <http://dle.rae.es/?id=9s5urAcDRAE> —consulta 4.4.2016—).

Gil de las Heras dice que es cuando con advertencia, el testigo traiciona a quien lo propuso y favorece a la otra parte. Cabrerros de Anta, sin embargo, entiende que es el pacto concertado entre el testigo y la parte que lo presenta en perjuicio de la parte contraria (cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1570*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* p. 1387; Cf. CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas», *cit.* p. 564).

La prevaricación se da cuando un testigo falta a la verdad para favorecer más a una parte que a otra (cf. GIL DE LAS HERAS, F., *ibid.*).

El soborno es cuando el testigo falta a la verdad movido por regalos o con promesas (cf. GIL DE LAS HERAS, F., *ibid.*).

CAPÍTULO IV

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

El vigente Código de Derecho Canónico disciplina la valoración de la prueba testifical en los cánones 1572 y 1573, aunque realmente sólo el primero de éstos contiene una orientación al juez sobre cómo valorar las distintas pruebas testificales, ya que el canon 1573 se limita a reproducir el principio jurídico clásico de *testis unus testis nullus*: testigo único, testigo nulo.

1.- LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: PRINCIPIOS GENERALES

Valorar significa reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo³⁶⁴.

En materia probatoria, el acto de valorar las pruebas se erige en el punto culminante de la práctica de las pruebas, puesto que a ello se ordenan, a ser apreciadas en cuanto a los alcances de las mismas y en base a su transcendencia demostrativa respecto del mérito de la causa. En este sentido, el alcance probatorio de las pruebas es diverso y dependen en gran medida de la capacidad probatoria de las pruebas. La valoración, por tanto, busca fijar con la mayor exactitud posible ese grado mayor o menor de capacidad probatoria³⁶⁵.

Por valoración de la prueba se puede entender, tanto la actividad inferencial del juez que se dirige, por medio del examen crítico a las mismas, a fijar con la exactitud posible la capacidad o el alcance probatorio de un medio de prueba como también el resultado concreto de dicha actividad. En consecuencia, la valoración de las pruebas corresponde en última instancia al juez, a quien van dirigidas las pruebas y en base a cuya valoración deberá alcanzar un convencimiento sobre la verdad de los hechos que sustentará su sentencia³⁶⁶.

³⁶⁴ Cf. RAE, «Valorar», en <http://dle.rae.es/?id=bJiPomE> (consulta 4.4.2016).

³⁶⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit. p. 566.

³⁶⁶ Cf. *Ibid.*

Sin embargo, no sólo el juez valora las pruebas. Las partes en el proceso también elaboran su propia valoración de las pruebas que no tiene porqué coincidir exactamente con la del juzgador y en ello se fundamenta, entre otros aspectos, el derecho al recurso

La valoración de las pruebas constituye el trabajo más delicado e importante del juez, que debe examinar atentamente las pruebas recogidas y juzgar la credibilidad de las mismas y su fuerza probatoria con alto sentido de responsabilidad³⁶⁷. Es, sin duda, la función más trascendental de cuantas realiza el juez en el proceso³⁶⁸.

El valorar toda prueba entraña, pues, dificultad, porque implica contrastar y poner en relación la capacidad intelectual del juez con la objetividad demostradora del elemento de prueba; y ni todos los elementos probatorios contienen siempre objetividad demostrativa ni la inteligencia de los jueces está siempre en buenas condiciones para desvelar y deducir lo que de objetivo y demostrativo pueda contener una prueba. Mayor grado de dificultad entraña valorar el testimonio de una persona en tanto que comporta fijar el sentido exacto de unas palabras o enjuiciar las intenciones de quien declara³⁶⁹.

Respecto a la valoración de la prueba testifical, *stricto sensu*, hay que tener en cuenta que el testimonio, que es acto humano, no admite cálculo riguroso; pero sí puede someterse a examen o juicio que aprecie las cualidades de las personas (inteligencia, sentidos, índole, carácter, moralidad, religiosidad, veracidad, el influjo de las circunstancias (parentesco, amor, enemistad, interés), y que deduzca en conclusión el grado mayor o menor de convencimiento producido por la prueba. No interesa tanto conocer la operación psicológica que realiza el juez cuando evalúa las pruebas, cuanto saber cómo ha de formarse el llamado criterio de autoridad humana: se ha de oír al testigo y averiguar si se equivoca él o si engaña al juez³⁷⁰.

Panizo indica que la valoración del testimonio tiene tres proyecciones distintas, la personal, relativa a los aspectos propios y objetivos del testigo (edad, relaciones...); una segunda, sobre las formas de la declaración, vinculadas a la subjetividad del testigo en el momento de la declaración, esto es, el lenguaje utilizado, la actitud, coherencia... Y por

³⁶⁷ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 602.

³⁶⁸ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, *cit.* p. 336.

³⁶⁹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, *cit.* p. 566.

³⁷⁰ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 278.

último, una tercera dimensión será estrictamente objetiva y se centrará en los hechos declarados por el testigo y la manera en que los ha conocido³⁷¹.

En el mundo del Derecho existen dos métodos de valoración de las pruebas: el de la libre apreciación de la prueba por el juez, conocido como el sistema de “sana crítica” y en el que el juez establece con arreglo exclusivamente a su conciencia el valor de las pruebas practicadas³⁷²; y el sistema de apreciación legal, en el que la ley dispone el valor que ha de tener la prueba y donde, por tanto, el juicio de ponderación lo realiza el legislador no el juez.

Se trata de dos métodos de valoración con pros y contras. Así, el sistema legal evita el subjetivismo³⁷³ del juez, la disparidad de la valoración entre jueces³⁷⁴, y aún la arbitrariedad³⁷⁵. En su contra se afirma que su rigidez impide valorar las circunstancias concretas de cada supuesto³⁷⁶, se trata, pues, de un sistema que es poco concorde con la finalidad epistémica del derecho probatorio³⁷⁷.

El sistema de valoración de la prueba en Derecho Romano era el de la libre apreciación de la prueba, sin embargo, en el Derecho justiniano y postclásico se incrementaron de manera notable, especialmente por la influencia del derecho germánico³⁷⁸, las normas legales de valoración de la prueba que, por otra parte, existían previamente aunque en menor número³⁷⁹. El sistema de valoración legal se impuso progresivamente en el Derecho europeo hasta la Revolución Francesa, cuando se empezó a implantar un modelo de libre apreciación de la prueba, que hoy es el general en el Derecho europeo³⁸⁰.

³⁷¹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 568.

³⁷² ARROBA CONDE discrepa de esta manera de entender la libre apreciación y afirma que «[a]un separándose de las definiciones más comunes, he preferido siempre entender las pruebas libres no como aquellas en las que la ley confía al juez la tarea de atribuirles un determinado valor, sino como aquellas en las que la ley se limita a establecer los criterios que el juez debe seguir para cumplir esa tarea» (cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas...», cit. p. 33).

³⁷³ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, cit. p. 336.

³⁷⁴ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 568.

³⁷⁵ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y la comprobación...», cit. p. 34.

³⁷⁶ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, cit. p. 336.

³⁷⁷ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y la comprobación ...», cit. p. 33.

³⁷⁸ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 252.

³⁷⁹ Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», cit. p. 602.

³⁸⁰ Cf. ARROBA CONDE, M.J., «Relación entre las pruebas y la comprobación...», cit. p. 33.

El Código Canónico sigue un modelo ecléctico en el que predomina la discrecionalidad³⁸¹ si bien se establecen ciertos criterios que reducen esa discrecionalidad judicial³⁸². Con el predominio del método de la libre apreciación se facilita la valoración conjunta de todas la pruebas que obran en autos³⁸³ y, al tiempo, esta valoración conjunta ofrece al juez una mayor certeza moral que la simple aplicación de una valoración legal³⁸⁴.

Con Del Amo, se puede afirmar que son útiles ambos sistemas complementándose mutuamente: el legal, en cuanto establece principios generales y da orientaciones sabias sacadas de la experiencia constante; el discrecional, en cuanto sin dejar de atenerse a esas orientaciones legales, goza de libertad para resolver en concreto lo que el juez considere más acertado según su propio convencimiento, después de examinar y pesar en concreto el influjo de todas las circunstancias del caso³⁸⁵.

2.- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

El principio general, al juez le corresponde en exclusiva valorar los testimonios a la luz de su conciencia³⁸⁶ (canon 1608 § 3), pero no una conciencia libre y exenta, sino una conciencia sometida a criterios de valoración doctrinal y jurisprudencialmente reconocidos, lo que comúnmente se denomina “sana crítica”³⁸⁷.

Sin embargo, el canon 1572 establece una serie de “aspectos” que deberá tener en cuenta el juez a la hora de valorar los testimonios. A saber:

- a) cuál sea la condición de la persona y su honradez;
- b) si declara de ciencia propia, principalmente lo que ha visto u oído, o si manifiesta su opinión, o lo que es sentir común o ha oído a otros;
- c) si el testigo es constante y firmemente coherente consigo mismo, o si es variable, inseguro o vacilante; y

³⁸¹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub articulo 4 De testimoniorum fide*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada...*, cit. p. 1001.

³⁸² Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 568, para Arroba Conde, la prueba legal es residual en el Derecho Canónico, cf. ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa...*, cit. p. 34.

³⁸³ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa...*, cit. pp. 50-52.

³⁸⁴ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 252.

³⁸⁵ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 280.

³⁸⁶ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 174.

³⁸⁷ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 569.

d) si hay testimonios contestes, o si la declaración se confirma o no con otros elementos de prueba.

Antes de entrar en la explicación de cada uno de estos criterios, conviene detenerse en que el propio canon faculta al juez para pedir “cartas testimoniales” para poder confirmar los aspectos, en relación al testigo, que se enuncian en el canon. La doctrina es unánime al considerar la escasa utilidad de este tipo de documentos³⁸⁸.

En cuanto a los criterios que se señalan, no son propiamente límites a la conciencia del juez o a su discrecionalidad, que no arbitrariedad, sino que se trata de orientaciones que pueden ayudarle en el mejor cumplimiento de su misión. Son, según expresión de Gil de las Heras, *orientaciones-normas*³⁸⁹, que provienen de la experiencia judicial, de la tradición y del sentido común y de la experiencia común³⁹⁰.

2.1.- *Cuál sea la condición de la persona y su honradez.*

Este es un criterio *moral*³⁹¹ conocido como criterio de *probidad*, que, a su vez, se refiere a dos ámbitos distintos: las cualidades personales del testigo, y su honradez.

La condición personal se refiere a las circunstancias subjetivas de la persona, tales como si es laico o clérigo, si es religioso o no, la edad, si está casado o soltero, si es independiente o depende de otras personas, si tiene un interés claro a favor de una parte o es neutral, si ha sido preparado o no, etc... Sobre algunas de estas circunstancias habrá de responder expresamente el testigo cuando se le formulen las preguntas generales de la ley (estado civil...), pero otras circunstancias más relacionadas con la fiabilidad del testimonio serán percibidas por el juez a través de las respuestas que dé a lo largo del interrogatorio³⁹², e incluso del interrogatorio de otros testigos³⁹³ y en mucha menor medida de las cartas testimoniales a las que ya se ha aludido *ut supra*.

³⁸⁸ Cf. GOTI ORDEÑANA, J., *Tratado de Derecho...*, cit. p. 337; Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit. p. 569. Más ampliamente sobre las cartas testimoniales a las que se refiere el canon 1572, cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. pp. 407-408. Sin embargo, en el pasado, la opinión era distinta, considerándose que «mucho pueden ayudar para conocer el valor de cada testimonio» (cf. CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas», cit. p. 567).

³⁸⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1393.

³⁹⁰ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 407.

³⁹¹ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 409.

³⁹² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1393-1394.

³⁹³ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 410.

Junto con estos elementos, también se encomienda al juez la apreciación de las condiciones subjetivas del testigo tales como su cultura, su capacidad para percibir y retener hechos y datos sin tergiversarlos, equilibrio o apasionamiento.

Pero también su honradez, entendida como la honestidad de costumbres, la cual mira directa e inmediatamente a las cualidades morales del testigo, por ejemplo, si es perjurio, criminoso, infame, mentiroso, liviano³⁹⁴. Para que el juez pueda valorar la honradez del testigo deberá tener en cuenta sus costumbres o religiosidad, aunque esto no implique *per se* una relación de necesidad entre honradez y buenas costumbres o religiosidad. También su comportamiento en el proceso o en otros procesos y, en este caso, si ha sido perjurio, y aunque la doctrina aconseja prescindir de este tipo de testigos en aplicación de la máxima *semel mendax, semper mendax*, la jurisprudencia rotal está más matizada³⁹⁵. En este sentido, el juramento prestado puede ser un dato a tener en cuenta aunque no es necesariamente una garantía de honestidad³⁹⁶.

En el *Codex*, en su canon 1789 § 1, se añadía a los dos aspectos aún vigentes, condición y honradez, si el testigo “*está investido de alguna dignidad*”, tanto eclesiástica como civil o militar, ya que el legislador entendía que estas personas, conscientes de la fealdad del perjurio, faltarán menos contra la verdad que el común de las demás personas³⁹⁷.

2.2.- La ciencia del testigo

Se refiere este criterio a cuál es el origen del conocimiento que tiene el testigo de los hechos sobre los que es llamado a testificar. Es un criterio *intelectual*³⁹⁸. Tal como se ha explicado *ut supra* existen varios tipos de testigo en función de su proximidad a los hechos sobre los que ilustra al tribunal. Así, hay testigos directos o de *ciencia propia*, que son aquellos que han visto o vivido en primera persona los hechos sobre los que es preguntado. Estos testigos son, por definición, los más fiables *prima facie* pues su testimonio debe limitarse a narrar o relatar lo que vieron y oyeron concretando las circunstancias³⁹⁹.

³⁹⁴ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 288.

³⁹⁵ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* pp. 1395.

³⁹⁶ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, *cit.* p. 253.

³⁹⁷ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 288.

³⁹⁸ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 410.

³⁹⁹ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, *cit.* pp. 1395.

Los testigos también lo pueden ser “de referencia”. Se trata de personas que no han visto u oído personalmente los hechos sobre los que testifican, sino que los conocen porque un tercero lo ha puesto en su conocimiento. Y este tercero puede ser una de las partes del proceso, o alguien ajeno a las partes. También puede conocer los hechos por rumores o por la fama de las personas implicadas⁴⁰⁰.

Cuando el testigo afirma que son las partes las que le han dado a conocer los hechos, el valor del testimonio depende de si realmente se lo han dicho y, en su caso, de si lo que le han dicho es verdad. Estos dos aspectos deberán ser contrastados por el juez a lo largo del interrogatorio, bien mediante preguntas aclaratorias, bien analizando el conjunto de la prueba⁴⁰¹. De hecho, el testigo podrá llegar a evidenciar de manera fehaciente que le han dado la información; sin embargo, la demostración de la veracidad de la información sólo la podrá comprobar el juez a partir del contraste con el resto de pruebas obrantes en autos⁴⁰².

Si el origen de la información es un tercero ajeno a los hechos, la valoración de la prueba dependerá de la credibilidad que se le pueda dar a ese tercero, para lo que será imprescindible atender a la riqueza de detalles que pueda aportar el testigo y, nuevamente, al contraste con el conjunto de la prueba en autos⁴⁰³.

Los testigos “de rumor”, sin embargo, no merecen credibilidad alguna en su testimonio, ya que al desconocer la fuente de la información es imposible contrastar la credibilidad de dicha fuente, y con ello de los datos que se presentan a los autos⁴⁰⁴. Lo contrario ocurre con los testigos “de fama”, esto es, los que aportan a la causa información sobre el sentir común que manifiesta la sociedad donde han sucedido los hechos controvertidos. A diferencia del rumor, la fama se puede probar con una serie de requisitos. Estos requisitos son dos testigos inmunes de toda excepción, declaración bajo juramento de haber oído el hecho como sabido por la mayoría de la comunidad, debe identificarse al menos a dos personas a las que se les ha oído la información, y explicar cuáles son los motivos por los que se da por cierta la fama⁴⁰⁵. Sin embargo, del mismo modo que los testigos de referen-

⁴⁰⁰ Cf. *Ibid.*

⁴⁰¹ Cf. *Ibid.*

⁴⁰² Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. p. 254.

⁴⁰³ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1395.

⁴⁰⁴ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1396.

⁴⁰⁵ Cf. *Ibid.*

cia, hay que discernir entre la veracidad de la existencia de la fama, que sí que será fácilmente comprobable según se ha dicho, y la veracidad del hecho que sustenta esa fama. Ello responde a que la fama suele responder a la verdad, lo que constituye una presunción, pero esta presunción, como señala García Faílde no es suficiente para dar certeza moral del hecho sobre el que versa, para ello habrá que recurrir al conjunto de pruebas⁴⁰⁶.

Por último, se mencionan los testigos “de opinión”. Estos testigos no relatan hechos, sino que se limitan a opinar sobre los hechos controvertidos. Su fuerza probatoria se asienta en la fuerza de los argumentos sobre los que sustentan su opinión, de tal manera que si bien es verdad que no se ajustan a la naturaleza propia de un testigo —referir hechos, no opiniones— su valor como indicio puede ser muy relevante⁴⁰⁷.

2.3.- *Credibilidad del testigo*

Este criterio, expresado en el canon en términos de constancia y firme coherencia consigo mismo, frente a la variabilidad, inseguridad o vacilación, es un criterio “material” que se refiere al modo en el que se realiza la deposición testifical⁴⁰⁸, a la manera en la que el testigo percibe los hechos, los siente, los refiere, los imagina o los ha vivido⁴⁰⁹.

El juez deberá tener en cuenta la constancia del testigo en su declaración, en los elementos esenciales de su relato, que se construye de forma congruente; no afecta a la constancia y congruencia del testimonio, pues, que exista vacilación en los elementos accesorios o accidentales⁴¹⁰. Constituirá un elemento positivo en la valoración que el testigo mantenga una correlación y conformidad, de tal manera que siga un hilo verosímil y congruente con los acontecimientos con exactitud de circunstancias fundamentales, con certeza en lo que narra, con trabazón causal de los hechos y sin contradicciones⁴¹¹.

Respecto al testigo vacilante o incongruente, la doctrina señala varios supuestos. Así el más obvio es el del testigo que a lo largo de su declaración realiza afirmaciones contradictorias entre sí. En este punto, el juez puede introducir preguntas tendentes a fijar

⁴⁰⁶ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. pp. 255-256.

⁴⁰⁷ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1397.

⁴⁰⁸ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 411.

⁴⁰⁹ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub c. 1572*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada...*, cit. p. 1002.

⁴¹⁰ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1398.

⁴¹¹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 573.

su posición. Hay que remarcar que con frecuencia las contradicciones responden a estados de ánimo del testigo o a circunstancias concretas tales como la formulación de la pregunta, etc. En estos casos, estas incongruencias pueden ser un indicio claro de espontaneidad del testigo⁴¹² y, por tanto, reforzar su credibilidad⁴¹³. Pero esta congruencia no se predica exclusivamente de su declaración testifical, deberá valorarse a criterio del juez si el testigo ha mantenido la misma posición en otros trámites de la causa e incluso en la jurisdicción civil⁴¹⁴.

Por el contrario, la excesiva congruencia en la declaración, así como la rapidez en la contestación de las respuestas puede ser considerada un indicio de que el testigo ha sido “preparado”⁴¹⁵.

También debe valorarse en este punto si el testigo, en su exposición, es vago e inconcreto, esto es, si realiza las afirmaciones o negaciones sin vincularlas a hechos concretos, lo que puede ser entendido como un indicio de falta de credibilidad⁴¹⁶.

Por último, hay que referir en este apartado la circunstancia que se da cuando el testigo es llamado por segunda o ulteriores ocasiones a declarar.

En estos supuestos hay que tener en cuenta si el testigo revoca una declaración previa, para lo que se tendrá en cuenta la rapidez y los motivos de dicha revocación⁴¹⁷. Sin embargo, si no hay propiamente una revocación de la primera declaración, se valorarán conjuntamente, junto con el resto de pruebas de la causa y, en todo caso, se presume siempre que la verdadera es la primera⁴¹⁸, debiéndose contrastar la segunda especialmente con el resto de pruebas aunque corresponde al juez discernir cuál es la verdadera⁴¹⁹.

2.4.- Conformidad en las declaraciones

⁴¹² Cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub c. 1572*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada*. Pamplona, EUNSA, 7ª ed. actualizada, 1987, p. 1002.

⁴¹³ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1398.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Cfr. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 290; PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales ...*, cit. p. 573; y GARCÍA FAILDE, J.J., *Tratado de Derecho Procesal ...*, cit. pp. 256-257.

⁴¹⁶ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 411.

⁴¹⁷ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1398.

⁴¹⁸ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1570*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1388.

⁴¹⁹ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 413.

La cuestión de la conformidad de las distintas declaraciones se relaciona directamente con la existencia en la causa de testigos “contestes” y testigos “singulares”. Los primeros son aquellos que declaran sobre hechos que conocen directamente de manera coherente o unánime; los testigos singulares son aquellos que declaran sobre un hecho que sólo ellos conocen. De esta manera, los testigos contestes hacen prueba plena cuando son dos o tres, salvo supuestos excepcionales⁴²⁰.

Por el contrario, los testigos singulares aportan a la causa versiones no coincidentes sobre los hechos⁴²¹. Versiones que bien no coinciden porque abordan aspectos distintos pero que pueden integrarse sin incoherencia (declaraciones acumulativas); porque dan versiones distintas de los hechos pero no contrarias entre sí (declaraciones diversificativas); o porque presentan versiones claramente contradictorias entre sí y de coherencia imposible en los elementos esenciales (declaraciones obstativas o adversativas)⁴²². Como regla general, a los testimonios singulares no se les da fe salvo que formen parte de una prueba compuesta y ésta sea eficaz o sean testimonios acumulativos⁴²³.

En el caso de las declaraciones adversativas u obstativas, en tanto no se demuestre cuál de ellas es realmente la verdadera, se produce la neutralización de las declaraciones entre sí.

Las declaraciones diversificativas no implican la destrucción de los testimonios de este tipo, si bien tampoco se refuerzan entre sí y cada uno mantiene la fuerza de testimonio singular que tiene, de manera que deberá completarse o contrastarse con otras pruebas obrantes en autos.

Por último, y como es obvio, los testimonios acumulativos sí que son susceptibles de llegar a formar prueba si cuentan con otros indicios que los corroboren.

3.- EL NÚMERO DE LOS TESTIGOS

⁴²⁰ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. pp. 1399.

⁴²¹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit. p. 574.

⁴²² Cf. *Ibid.*

⁴²³ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., *sub c. 1572*, en *Código de Derecho Canónico. Edición comentada...*, cit. p. 1002.

El último elemento de la valoración de la prueba testifical que regula el Código Canónico es el relativo al número de testigos. Con carácter previo, el propio Código ya ha encomendado al juez que evite un número excesivo de testigos (canon 1553)⁴²⁴.

Sin embargo, el canon 1573 aborda la cuestión desde la perspectiva de la valoración de la prueba y no desde la instrucción de la causa. Así, si el canon 1553 pretende evitar la dilación de la instrucción con la presencia de testigos innecesarios, el canon 1573 establece cuántos testigos serán necesarios para constituir una prueba plena. Y lo hace desde la óptica de la valoración de la prueba.

Este canon fija una regla general y dos excepciones a ella.

La regla general es un principio general del derecho desde tiempo inmemorial⁴²⁵, según el cual un testigo único no hace prueba: *testis unus, testis nullus*. Las excepciones son la existencia de un testigo cualificado que testifique en razón de su oficio, y que las circunstancias objetivas y subjetivas persuadan al juez de otra cosa.

3.1.- La regla general: *testis unus testis nullus*.

La razón de esta norma hay que situarla en el peligro que supone que un único testigo no declare con suficiente sinceridad o grado de verdad de tal manera que llegue a influir decisivamente en la labor epistemológica del juez⁴²⁶. Sin embargo, este principio no se ha aplicado nunca con la rigidez con la que se expresa, pues ciertamente el testigo único sí que tiene fuerza probatoria, pero no como prueba plena⁴²⁷.

Realmente será muy complejo encontrar una causa donde la única prueba sea la declaración de un único testigo, por tanto, este canon se aplica *de facto* a supuestos parciales en los que hay uno o varios testigos singulares diversos u obstativos y cuya declaración, por sí misma, no puede constituir prueba plena⁴²⁸, aunque sí semiplena⁴²⁹.

⁴²⁴ Cf. apartado correspondiente *ut supra*.

⁴²⁵ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit. p. 575. Esta inmemorialidad es situada por los tratadistas en el mismo Deuteronomio (Dt 19, 15), de aquí que la ley divina no pueda ser modificada por el legislador humano, si bien hay que hacer notar que el Deuteronomio se refiere a la imposición de penas, no a la afirmación de la verdad (cf. r. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 417).

⁴²⁶ Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1573*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1403.

⁴²⁷ Cf. DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», cit. p. 297.

⁴²⁸ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 180.

⁴²⁹ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 417.

En el régimen jurídico del *Codex* (can. 1791 § 1)⁴³⁰ recogía rígidamente esta norma si bien, tanto la doctrina⁴³¹ como la jurisprudencia hicieron una interpretación menos rígida en el sentido de que este testimonio pudiese ser complementado por otras pruebas⁴³².

3.2.- Primera excepción: el testigo cualificado

La primera excepción es que el testigo sea cualificado y deponga sobre lo que ha realizado en razón de su oficio.

Esta excepción se funda en la calidad pública del testigo —pues es cualificado aquel testigo que ostenta un oficio público⁴³³— y de su testimonio. Ello, sin embargo no evita que el juez deba valorar la prueba a la luz de su conciencia⁴³⁴, por lo que no estamos ante una prueba legal. Es importante que no exista motivo razonable alguno para dudar de la veracidad del testimonio prestado por este testigo, pues en este caso, el testimonio tampoco haría prueba plena⁴³⁵.

La excepción tiene en cuenta que el testigo da cuenta de lo que hace profesionalmente y que, precisamente, estas actividades cuentan con una serie de garantías, al menos externas y formales y de fidelidad al cargo que ostenta⁴³⁶. En este sentido, el oficio que concede la “cualificación” debe ser entendido en sentido jurídico no sólo canónico y, por tanto, su testimonio no debe dispensarse *ex canon* 1548 § 2⁴³⁷.

3.3.- Segunda excepción: las circunstancias objetivas o subjetivas

Señala García Faílde que esta excepción se incluyó en el Código de 1983 para acoger las teorías y práctica jurisprudencial que reconocían a la declaración de un solo

⁴³⁰ *Unius testis depositio plenam fidem non facit, nisi sit testis qualificatus qui deponat de rebus ex officio gestis.*

⁴³¹ Cf. CABREROS DE ANTA, M., «Las pruebas», *cit.* p. 567; DEL AMO PACHÓN, L., «Valoración de los testimonios...», *cit.* p. 297.

⁴³² Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.V., «La formación y valoración...», *cit.* p. 608.

⁴³³ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 180.

⁴³⁴ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 418.

⁴³⁵ Cf. GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, *cit.* p. 180.

⁴³⁶ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, *cit.* p. 575.

⁴³⁷ Cf. ARROBA CONDE, M.J., *Diritto Processuale...*, *cit.* p. 475.

testigo, avalada o corroborada y reforzada por las circunstancias concurrentes en su caso concreto, la posibilidad de producir certeza moral⁴³⁸.

Esta excepción se articula en dos hipótesis. La primera es que haya un testigo único no cualificado cuyo testimonio aparece corroborado por otros elementos objetivos obrantes en la causa (prueba documental, pericial...). La segunda, es la existencia de un único testigo cuya declaración viene apoyada en las propias condiciones personales o subjetivas del testigo o de la declaración tales como la coherencia o verosimilitud⁴³⁹.

La jurisprudencia rotal ha establecido una serie de criterios orientativos para que los jueces puedan considerar plena prueba la declaración de un único testigo en una causa. Estos criterios son:

- que se trate de una persona dignísima;
- que sea imposible conseguir otros testimonios directos;
- que sus afirmaciones sean perfectamente coherentes con las de las partes y las de otras personas que hayan tenido noticia al menos indirecta de los hechos;
- si cuanto ha declarado es avalado por los hechos que pueden ser considerarse pacíficamente y que presentan un cierto valor probatorio; y
- todo ello, sometido al prudente arbitrio del juez⁴⁴⁰.

Tanto esta excepción como la primera se mantienen y aún refuerzan en el reciente *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*⁴⁴¹ (canon 1678 § 2).

4.- EL JUEZ Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Para concluir este apartado es necesario hacer una sucinta referencia a la intervención del juez a la hora de valorar la prueba testifical.

El juez goza, en la regulación del Código de Derecho Canónico de una amplia discrecionalidad en la valoración de los testimonios que se han incorporado a la causa. Se

⁴³⁸ Cf. GARCÍA FAÁLDE, J.J., *Nuevo Derecho Procesal...*, cit. p. 181.

⁴³⁹ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit. p. 575.

⁴⁴⁰ Cf. RAMOS, F.J.-SKONIECZNY, P., *Diritto Processuale...*, cit. p. 419.

⁴⁴¹ Cf. PEÑA GARCÍA, C., «El proceso ordinario de nulidad matrimonial en la nueva regulación procesal», en ed. OLMOS ORTEGA, M.E., *Procesos de nulidad matrimonial tras la reforma del Papa Francisco*, Madrid (2016) p. 103.

trata de una valoración que se realiza en particular, la propia declaración y las circunstancias subjetivas y objetivas del testigo; y en conjunto con el resto de pruebas, especialmente con el resto de pruebas testificales.

En la valoración de los testigos es fundamental hacer la crítica sobre cada uno de ellos y sus afirmaciones (ya que los testigos prueban afirmando, no negando). De esta manera, se considera inadecuada la práctica consistente en enumerar en la sentencia los testigos y sus declaraciones, sin crítica alguna como si la fuerza de los testigos estuviese en la suma de ellos sin más. Debe, por tanto, analizarse lo que se dice, lo que se omite, lo que es verosímil, lo que es coherente o discordantes con otros o con los hechos⁴⁴².

Al juez se le pide una valoración global que implica tres operaciones: el análisis de cada una de las pruebas, su crítica y una síntesis de todas ellas.⁴⁴³

Ello implicará en el juez una especial preparación de tipo filosófico y sobre todo, psicológica para poder situarse correcta y adecuadamente ante la valoración de unas pruebas con un elevado componente, específicamente las declaraciones testificales, de variables cognitivas, volitivas y afectivas⁴⁴⁴.

⁴⁴² Cf. GIL DE LAS HERAS, F., *sub c. 1572*, en *Comentario Exegético...*, cit. p. 1400.

⁴⁴³ Cf. *Ibid.*

⁴⁴⁴ Cf. PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales...*, cit., p. 577.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El proceso judicial canónico se orienta al descubrimiento de la verdad sobre los hechos controvertidos. En esta búsqueda de la verdad se implica la Iglesia y toda la comunidad a través de los instrumentos jurídicos creados y regulados por el Código de Derecho Canónico.

SEGUNDA.- Dentro de este proceso se reconoce como un elemento esencial el derecho de defensa de las partes, una de cuyas manifestaciones más indudables es el derecho de aportar pruebas a la causa en las que apoyar su posición jurídica en autos. Estas pruebas deberán ser valoradas y su finalidad no es otra que contribuir a que el juzgador alcance certeza moral sobre los hechos controvertidos y, en consecuencia, dicte una sentencia justa en términos formales y epistemológicos.

TERCERA.- Entre las pruebas que se admiten en el Derecho Canónico, desde antiguo y como en toda nuestra tradición jurídica, gozan de una relevancia destacada las pruebas testificales. Esto es, el testimonio de personas ajenas a la causa que incorporan a ésta sus conocimientos sobre los hechos controvertidos, aportando luz sobre la verdad de los mismos.

CUARTA.- El Código de Derecho Canónico regula de manera amplia y detallada la incorporación de las pruebas testificales al proceso judicial. Estas pruebas se caracterizan por una serie de rasgos cuales son: la oralidad, la inmediación con el juzgador, la libertad y a la libre valoración.

QUINTA.- El Derecho configura los testigos desde una óptica de libertad, de tal modo que la excepción son las limitaciones tanto a la capacidad para ser testigo como para proponer este tipo de prueba.

SEXTA.- La materialización de la prueba testifical, esto es, el examen del testigo, se encuentra regulado de manera muy rígida en el Código con la evidente finalidad de que su realización sirva al fin al que se ordena, la averiguación de la verdad. Para ello se disponen una notable serie de garantías procesales tales como la deposición separada, la excepcionalidad de las repreguntas o la posibilidad de reprobación de los testigos propuestos por otras partes.

SÉPTIMA.- En la prueba testifical, el juez dispone de un amplísimo margen de actuación en campos como la admisión del testigo, del interrogatorio, de las preguntas sobreenvidas, del desarrollo del interrogatorio, e incluso, de introducir testigos en la causa *ex officio*.

OCTAVA.- Este amplio margen de apreciación también se traslada a la valoración de la prueba, donde los criterios legales ceden en beneficio de normas orientadoras de la sana crítica del juez, quien a la hora de valorar los testimonios incorporados a los autos deberá realizar una compleja labor de análisis, tanto jurídico como psicológico, del testigo y de sus afirmaciones; y ponerlo todo ello en relación con el resto de pruebas al objeto de conseguir alcanzar la certeza moral necesaria para poder dictar sentencia.