
La pericia super Actas: dificultades, certeza y valor objetivo

Expertise super Actas: problematics, certainty and objective value

RECIBIDO: 5 DE MARZO DE 2013 / ACEPTADO: 21 DE MARZO DE 2013

José Tomás MARTÍN DE AGAR

Profesor Ordinario de Derecho Eclesiástico del Estado y Derecho Canónico
Facoltà di Diritto Canonico. Pontificia Università della Santa Croce
martinagar@pusc.it

Resumen: Una Respuesta de la Signatura Apostólica recordaba que la pericia es medio de prueba imprescindible para declarar la nulidad por incapacidad, salvo que aparezca evidentemente inútil (cc. 1095 y 1680). Cuando el perito no pueda examinar al sujeto (frecuentemente porque este se niega) basará su dictamen en los datos, sobre todo de carácter médico, que encuentre en los autos.

La obtención de este tipo de datos sin o contra el querer del interesado es problemática; en Italia existe jurisprudencia civil que ordena facilitar esos datos cuando está en juego la defensa de derechos del mismo rango que la intimidad.

Aunque su valor como medio de prueba sea objetivamente más limitado que el de la pericia ordinaria, en la práctica depende de los datos fiables que resulten del sumario.

Siendo distintos los ámbitos de competencia científica de juez y perito, el diálogo entre ambos –necesariamente crítico por parte del juez– deberá buscar un terreno común, donde cabe bien el conocimiento que cada uno posee de la materia del otro.

Palabras clave: c. 1095, c. 1680, pericia, autos.

Abstract: A response issued by the Apostolic Signatura recalled that expertise is essential to declaring the nullity of marriage due to incapacity to consent, unless it seems as though this may serve no purpose (canons 1095 and 1680).

When he is unable to examine the subject (often because the latter refuses), the expert is to base his opinion on the information, especially the medical facts, recorded in the trial transcript.

Obtaining such data without or against the will of the party involved is problematic. Civil case law in requires the provision of such data when rights of the same rank as privacy are in dispute.

Although its value as evidence is objectively more limited than that of ordinary expertise, in practice it depends on reliable data set out in the court records. Since the areas of competence of judge and expert are different, the interaction between them –necessarily critical on the judge’s part– ought to seek out common ground, in which the knowledge of each is congruent with the other’s.

Keywords: c. 1095, c. 1680, expertise, court proceedings.

1. LA PERICIA *SUPER ACTAS*

Si tratara de hacer una apología, podría comenzar argumentando que, bien mirado, todas las pericias son *super actas*, visto el mandato codicial al juez de proporcionar al perito todos los actos instructorios que puedan servirle para mejor cumplir su cometido (c. 1577 § 2).

Pero aquí –es evidente– vamos a tratar de la pericia *solo* sobre los autos. Un concepto este de pericia *super actas* relativo al de pericia sin más, que de por sí incluye, a más del examen de lo actuado, la visita directa del sujeto por el perito. O sea, que en las causas matrimoniales por incapacidad consensual (que incluye la de asumir), la pericia sobre los autos sería como un pariente pobre, y por tanto lejano, de la pericia ordinaria o normal.

En realidad se trata de un recurso no extraordinario sino más bien de suplencia, una adaptación a las circunstancias, un plan B, al que se acude cuando no ha sido posible que el perito examine adecuadamente al sujeto sobre cuya situación psicológica al tiempo de las nupcias tiene que pronunciar un dictamen técnico.

Por lo demás, a este tipo de pericia se aplican *mutatis mutandis* las reglas sobre la pericia psiquiátrica o psicológica, pues lo es, aunque los medios con que se realiza sean limitados.

2. OBLIGATORIEDAD Y POSIBILIDAD

No es necesario abundar sobre la exigencia del c. 1680, de que en las causas por «defecto de consentimiento por enfermedad mental» el juez se sirva del aporte de uno o más peritos, *nisi ex adiunctis inutilis evidenter appareat*¹.

Al respecto y por lo que toca al tema de la pericia sobre las actas, parece importante detenerse en la Respuesta de la Signatura Apostólica del 16 de junio de 1998²:

¹ Según la doctrina, la extensión que de esta exigencia hace el artículo de la *Dignitas connubii* paralelo al c. 1095, resuelve las dudas sobre si es igualmente obligatoria la pericia en los casos que no se trata estrictamente de *mentis morbum* sino de una condición o estado psicológico del sujeto que sin merecer tal calificación, puede no obstante determinar falta de uso de razón, de suficiente discreción de juicio o de capacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, como podría ser la inmadurez, un trastorno transitorio o incluso una anomalía psicosexual. Por mi parte, prescindiendo de mayores precisiones técnicas, considero aquí equivalentes los términos perturbación, desorden o anomalía mental, psíquica o psicológica.

² SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, *Qaesitum de usu periti in causis nullitatis matrimonii*, Forum (1998) 51-57; también en Periodica (1998) 619-622, seguida de U. NAVARRETE, *Commentarium, ibidem*, 623-641.

Visto que en algún lugar se prohíbe a los sicólogos y siquiátras colaborar con los tribunales eclesiásticos, se pregunta si el juez podría declarar la nulidad prescindiendo de la pericia no solo cuando *ex adiunctis inutilis evidenter appa-reat*, sino también si *ex adiunctis moraliter impossibilis reddatur*, recurriendo a su leal saber y entender. La Respuesta advierte que en los procesos por incapacidad consensual (c. 1095), el recurso a los peritos no es solo exigencia de la ley, sino que dada la complejidad del objeto de la prueba (del *quid probandum*), es sobre todo un medio de prueba necesario *ex natura rei*, del que el juez no puede prescindir para alcanzar, *ex actis et probatis*, la certeza moral necesaria para declarar la nulidad del matrimonio (nn. 3-4).

La misma Respuesta declara que la pericia puede considerarse *evidenter inutilis* en dos casos excepcionales: cuando consta en autos un documento o un testimonio bastante a probar la incapacidad invocada, y cuando de los hechos y circunstancias bien probados resulta sin duda dicha incapacidad. Aún en estos casos el juez “puede” recurrir al perito para que le explique mejor el documento o los hechos de que se trate (n. 5).

La Respuesta también alude a la pericia sobre los autos diciendo que si la parte se niega a ser examinada por el perito, el juez suele (*solet*) pedir al perito un “voto” sobre los meros autos; mas inmediatamente se reitera que este “voto” no puede ser considerado técnicamente una pericia ni valorado como tal según las reglas de la psiquiatría o la psicología; pero se añade sí que se puede pedir al perito que explique él mismo el valor de su “voto”, en orden a conocer la verdadera naturaleza del eventual defecto síquico (n. 6).

Parece claro, y así lo señala la doctrina, que con esta redacción se ha tratado de salvar los obstáculos que la ley civil impone en ciertos lugares a la pericia en general y en particular a la obrada sólo *super actas*. Sobre si esto ha sido bastante, no tengo datos que aportar; si bastará en casos semejantes, no nos es dado saberlo de antemano, pero sí entiendo que no es del caso reservar la calificación de pericia para la normal y negarla a la *super actas*, que igualmente puede servir al juez para alcanzar la certeza necesaria: ni la Signatura lo pretende ni podría, siendo además que el Código canónico llama voto a toda pericia, a su resultado, como también la llama relación (cf. c. 1574, 1575).

De lo visto hasta ahora se pueden extraer algunas conclusiones sobre la posibilidad, obligatoriedad y valor de este tipo de pericia. Son conclusiones mías, no siempre necesariamente deducibles de los textos.

En primer lugar se puede presumir que la pericia sobre autos tiene como sujeto al demandado; no resulta fácil imaginar que el actor pueda negarse a ser examinado, como no lo sería que se ausentase de la causa, a menos que su

situación sea tal que la pericia resulte *evidenter inutilis*, caso en el cual el juez hará bien en nombrarle cuanto antes un curador.

En segundo lugar, opino que la pericia sobre las actas no es una opción entre otras posibles, sino como queda dicho un mal menor (en términos de integridad del medio de prueba) tendente a paliar en lo posible la ausencia del encuentro personal perito-periciando, del cual no se puede prescindir a voluntad o por fútiles motivos. Ya hemos visto que la Respuesta de la Signatura considera sólo este recurso en caso de que el sujeto se niegue a ser visitado por el perito.

Viceversa, entiendo que cuando no sea posible, por la razón que sea, que el perito examine directamente al sujeto, no por ello se puede prescindir totalmente de la pericia: ésta debe realizarse sobre las solas actas, siendo un medio de prueba imprescindible, para fundar una sentencia afirmativa en las causas por incapacidad (ORTIZ, 359).

Me parece que de la Respuesta (n. 6) se puede deducir también que, en igualdad de condiciones, el valor como prueba de la pericia *super actas* es en principio objetivamente menor³ que el de la pericia completa; pero también considero que esto es relativo a la calidad y cantidad de elementos de juicio que contengan las actas, así como a la “pericia del perito”, que bien podría suplir con creces la fallida relación directa con el periciando.

3. LOS AUTOS Y SU CONTENIDO

Por tanto el valor de este medio de prueba depende antes que nada de los resultados concretos de la instrucción judicial, pues es sobre ellos que se realizará luego la pericia.

Huelga decir lo importante que es en estos casos el empeño del instructor por recoger el mayor número posible de datos ciertos y circunstanciados sobre el temperamento, carácter y comportamiento del indicado como incapaz; en general durante su vida, pero sobre todo en el periodo nupcial (el tiempo inmediatamente anterior y posterior a la boda); «con vistas a facilitar al perito un material fiable para su interpretación técnica. Es evidente que la prueba pericial perderá valor si se realiza a partir de hechos –que quizá pueden ser síntoma de una deficiencia grave– pero que no han sido probados. Así, por

³ Aunque sea en general y en abstracto, se puede pensar que el que algunos Colegios profesionales y Códigos deontológicos no consideren del todo ortodoxa este tipo de pericia obedece a razones científico técnicas, aunque puedan concurrir otras motivaciones como puede ser el respeto de la voluntad e intimidad del paciente, si faltare su consentimiento.

ejemplo, no bastará que un testigo esté dispuesto a declarar que una persona supuestamente incapaz, es *rara*. Tal afirmación no pasa de ser una mera opinión, carente de fuerza probatoria mientras el que la formula no precise qué criterios ha utilizado y, sobre todo, qué hechos fundamentan semejante afirmación» (BIANCHI, *¿Cuándo...?*, 167-168)⁴.

Siempre la instrucción ha de ser esmerada, pero más cuando el juez o auditor prevén razonablemente que la pericia habrá de cumplirse sobre las solas actas; y si acaso los indicios de una incapacidad hubieran aparecido durante la recogida de pruebas por otro capítulo, puede ser aconsejable volver a interrogar a la parte y los testigos, sobre todo los que hayan aportado esos indicios, para perfilarlos lo mejor posible en vistas a una ampliación de la *ratio petendi* en esa dirección.

3.1. *La documentación médica y su obtención*

Sobre todo en los casos que nos ocupan, es decisiva la adquisición de la eventual historia clínica que tenga que ver con la psique del sujeto. Desde luego si no existe (o fuese de un tiempo bastante posterior a la celebración) es también un dato a tener en cuenta, pues cuando menos se podrán descartar ciertos diagnósticos de perturbaciones cuyo desarrollo y aparición están ligados a determinadas fases del desarrollo biosicológico de la persona, o sea con la edad.

Sobre el historial médico del periciando, cuando este no está dispuesto a facilitarlos, se presenta el problema de su accesibilidad. Se entrecruzan aquí intereses diversos, tal vez contrarios, que pueden hacerla difícil o incluso rayana en lo ilícito y por ello arriesgada: el secreto profesional, la protección de la intimidad, el derecho a la defensa. Las hipótesis son muchas sin que podamos detenernos a analizarlas todas; dependen en buena medida de la actitud del sujeto (que puede ir desde la oposición amenazadora a la simple ausencia aquiescente: no me opongo pero no me llaméis); depende también de quién esté en posesión de los datos que interesan, si la parte actora, un facultativo privado o una estructura privada o pública de salud, caso este el más frecuente.

Los centros públicos de sanidad (y también los privados con algunas diferencias) se ajustan a la legislación administrativa en lo que respecta al acceso y copia de sus archivos clínicos; desde luego están obligados cumplir las órdenes judiciales de consulta o copia certificada de esos documentos cuando sean

⁴ Son interesantes las observaciones de HERNANDO CALVO sobre el interrogatorio de la parte actora y sus testigos (1997, 307-310).

necesarios en la instrucción de una causa; también suele estar previsto el acceso a esos datos por privados, cuando sea necesario para defender derechos o intereses legítimos. La pregunta que se pone es si esta posibilidad se extiende a los tribunales eclesiásticos en el cumplimiento de su cometido y concretamente en la resolución de las causas matrimoniales por incapacidad, ya que esos datos médicos pueden constituir elemento de prueba decisivo en dichas causas.

En Italia existe una legislación y una jurisprudencia interesante sobre esta cuestión, no sólo por ser positiva sino mucho más por sus fundamentos jurídicos y la argumentación empleada, que bien puede ser trasladada a países con un sistema de matrimonio concordatario similar al italiano.

La ley italiana reconoce a terceros el derecho de acceso a datos, cuando ello sea necesario para reivindicar o tutelar sus derechos fundamentales, o un derecho o situación jurídica relevante que sea *de igual rango* al derecho del sujeto de cuyos datos se trata. Si, como es el caso, esos datos son de los llamados sensibles, el acceso debe limitarse (en cuanto al objeto, fin o uso, tratamiento y periodo de tiempo) a lo estrictamente indispensable⁵.

El *Consiglio di Stato* en diversas ocasiones ha afirmado que la normativa civil sobre el derecho de acceso a los archivos administrativos, también de datos sensibles como son los de carácter médico, se extiende a las causas eclesiásticas de nulidad (que se sustancien en Italia).

Concretamente una Sentencia de noviembre de 2006⁶ se refiere al caso de un señor que con vistas a incoar causa canónica de nulidad por incapacidad de la mujer, habiendo sabido que ésta había sido atendida en una unidad pública de sanidad psiquiátrica, solicita de la misma el acceso y copia del expediente de la consorte. Ante el silencio del Departamento recurre al Tribunal administrativo regional (TAR).

Este se plantea necesariamente el equilibrio de intereses en juego en el caso concreto y entiende que si de un lado está en juego la protección de datos “supersensibles”, del otro lo están el derecho de defensa del actor (fundamental y constitucional) así como su libertad para contraer eventualmente un nuevo matrimonio con efectos ante la Iglesia y el Estado. Admite asimismo la motivación aducida por el actor de que para plantear la nulidad por incapacidad en el fuero canónico (c. 1095), debe ya en la demanda aducir los motivos concretos de la misma; sin que obste el hecho de que el juez eclesiástico puede ordenar la pericia

⁵ Principalmente: Legge sulla *privacy* 675, de 31 diciembre 1996, art. 22 y Legge 15 del 11 de febrero 2005, art. 16.7.

⁶ Sentenza 6681 del 14 de noviembre de 2006.

psiquiátrica sobre la demandada, pues además de que esta se podría sustraer a ella, «es muy probable que el perito necesite repasar la historia clínica de la interesada, compulsando los documentos sanitarios, para poder aportar un cuadro nosográfico suficientemente detallado y atendible científicamente»⁷. Concluye pues ordenando la exhibición de la documentación requerida, si bien restringida al periodo conyugal a partir del comienzo del año de celebración del matrimonio (condena además en costas a la Administración demandada).

Es entonces la mujer la que recurre la sentencia ante el Consejo de Estado aduciendo su derecho a la intimidad, prevalente frente a la mera intención del marido de introducir demanda de nulidad, para lo cual además no tenía necesidad alguna de acceder a su historial clínico, bastando para el *fumus boni iuris* la somera descripción de los hechos en que funda su demanda.

El Consejo de Estado rechaza el recurso y confirma la sentencia del TAR, estableciendo que el objetivo de obtener la nulidad «en cuanto atañe a un significativo derecho de la personalidad, constituye ciertamente una situación jurídica de rango por lo menos igual a la tutela del derecho a la reserva de los datos sensibles referentes a la salud»⁸. El actor ha pretendido legítimamente el acceso a esos datos desde el principio, para sostener eficazmente su acción ante el tribunal eclesiástico, sin que fuera necesario entrar a juzgar en profundidad, de antemano, la necesidad estricta de tal documentación ni las posibilidades de éxito de su pretensión canónica, basta que con ese acceso se le dé la posibilidad de ejercerla.

Y ante la objeción de que los tribunales de la Iglesia no son estatales, el *Consiglio* responde que, en base al Acuerdo con la Santa Sede, las sentencias eclesiásticas de nulidad, aunque emitidas por un tribunal no estatal, están no obstante llamadas a adquirir eficacia en el ordenamiento italiano, con la misma dignidad jurídica que las sentencias civiles de divorcio, por lo que el derecho a los datos de quien intenta la nulidad canónica es el mismo de quien intenta la acción de divorcio.

En otra sentencia del 2008⁹, el *Consiglio di Stato* reitera la misma doctrina, al reformar la sentencia de un Tribunal regional de justicia administrativa (Se-

⁷ «Il perito ha verosimilmente la necessità di ripercorrere attraverso i dovuti riscontri documentali di natura sanitaria, la storia clinica del periziando, al fine di fornire un quadro nosografico sufficientemente dettagliato e scientificamente attendibile».

⁸ «Costituisce certamente una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza dei dati sensibili relativi alla salute, in quanto involgente un significativo diritto della personalità».

⁹ Sentencia 5374 del 28 de octubre 2008.

zione autónoma per la Provincia de Bolzano) que había negado al actor el acceso a la historia clínica de su mujer, por considerar que su interés de sopesar el fundamento que podría tener una acción de nulidad por incapacidad, no era parangonable al derecho a la reserva, ni esos datos eran necesarios (“estrictamente indispensables” como dice la ley) para iniciar el proceso canónico ni para proseguirlo con los medios de prueba propios de ese fuero.

Citando ampliamente la sentencia reseñada anteriormente, el Alto Tribunal reitera su doctrina y rebate los fundamentos de la sentencia apelada, añadiendo que tampoco es óbice el que el mismo actor hubiera obtenido ya antes sentencia de divorcio civil (cesación de efectos civiles): esta no excluye que una eventual posterior sentencia canónica de nulidad obtenga eficacia civil a tenor de las normas concordatarias, pues se trata de procesos distintos aunque ambos tengan como presupuesto la formal existencia y validez del matrimonio impugnado.

Hay que añadir que anteriormente la norma era que el mismo Tribunal eclesiástico solicitaba los datos médicos, ora de la autoridad civil ora de los centros sanitarios, con resultados variables por ausencia de normativa clara. La vigente normativa para la protección de la intimidad y datos personales, contempla varias posibilidades de acceso a datos personales, incluso sensibles, aun contra la voluntad del interesado; y no se puede decir que a la jurisdicción eclesiástica esté vedado solicitar directamente esa información como legítima interesada; me parece que las sentencia citadas dejan bien abierta esta posibilidad.

Junto al reconocimiento de la relevancia pública que se puede atribuir a los procesos canónicos matrimoniales, me parece importante esta búsqueda legal y jurisdiccional de un justo equilibrio entre los derechos en juego. Sin detenerme más en ello, considero que todo este cuadro civil aunque sea limitado a un país también arroja luz sobre el proceso canónico a la hora de juzgar la licitud (y por tanto la admisibilidad) de documentos médicos aportados por una parte, referentes a la otra sin o contra el parecer de esta: el derecho a la propia intimidad que sanciona el c. 220 no es absoluto y está limitado por los derechos ajenos, que en determinadas condiciones pueden prevalecer¹⁰.

¹⁰ No es posible una digresión sobre, pero bastará aludir al, por llamarlo así, principio del menor daño; es decir a la correspondiente obligación de reserva –reiterada en diversos documentos: p. e. el disc. del Papa a la Rota de 1989 (nn. 6-9)– por parte de quienes en razón de su participación en el proceso vienen a conocer datos sensibles de una persona (más si es contra su voluntad) y que incumbe al juez hacer respetar; recurriendo cuando lo considere necesario a la facultad de no publicar ciertos actos según el c. 1598 § 1 (cf. cc. 1546 y 1548 § 2).

4. LA VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PERICIA SOBRE LOS AUTOS

Me detendré solo en algunas de entre las diversas facetas que presenta la valoración de la pericia *super actas*. Doy por sabido que el derecho procesal canónico sigue el principio de libre apreciación de las pruebas (salvo excepciones), que el juez debe valorar la pericia razonadamente, que puede admitir peritos privados a los cuales por causa justificada el juez puede no entregar determinados autos; en definitiva que a la pericia sobre las actas se aplican las reglas generales sobre esta clase de pruebas, sin que existan normas especiales al respecto. Todos estos y otros temas que tampoco trataré, son susceptibles de interesantes consideraciones que no caben en una intervención limitada como esta.

Tampoco voy a detenerme aquí en los criterios generales sobre la incapacidad expuestos por el Papa en sus alocuciones a la Rota Romana, que intento resumir (consciente de que simplifico) en estas frases tomadas de esos discursos:

— «debe quedar claro el principio de que sólo la incapacidad, y no la dificultad para prestar el consentimiento y para realizar una verdadera comunidad de vida y amor, hace nulo el matrimonio»¹¹;

— «una verdadera incapacidad es pensable solamente en presencia de una forma seria de anomalía que, como sea que se la quiera definir, debe afectar sustancialmente las capacidades de entender y/o querer del contrayente»¹²;

— «sólo las formas más graves de psicopatología llegan a atacar la libertad fundamental de la persona»¹³.

¹¹ «Deve rimanere chiaro il principio che solo la *incapacità*, e non già la *difficoltà* a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio» (Disc. 1987, 7).

¹² «Una vera *incapacità* è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente» (Disc. 1987, 7).

¹³ «Solo le forme più gravi di psicopatologia arrivano ad intaccare la libertà sostanziale della persona» (Disc. 1988, 6). Brevemente, siguiendo la lúcida exposición de BIANCHI en su resumen de las tendencias de la jurisprudencia rotal al respecto, puede señalarse que estas más graves son las psicopatologías “mayores”: las psicosis (esquizofrénicas o maniacodepresivas) en estado declarado o cualificado; en su presencia hay que presumir la incapacidad aunque el consentimiento fuera prestado en intervalo lúcido. Si esas mismas patologías no se hubieran todavía manifestado, habría que apurar si, aún latentes, han influido en el sujeto al momento de consentir disociando su percepción de sí y de lo exterior. Otras patologías “menores”, como las neurosis, pueden incapacitar cuando son graves e influyentes o referentes a los derechos y deberes esenciales del matrimonio (bloques sexuales, obsesiones de celos);

4.1. *El valor probatorio de la ausencia del supuesto incapaz*

Precisamente porque el juez debe recabar sus conclusiones del conjunto de los resultados instructorios (*ex actis et probatis*), atribuirá el valor que estime oportuno en cada caso a la resistencia del demandado a someterse a la pericia. En algún caso se ha asimilado este hecho a la negativa de las partes a responder ante el juez del c. 1531 § 2. Es difícil en cualquier causa atribuir un valor de prueba al silencio, más aun en causas matrimoniales donde está en juego un bien público; se suele aducir el aforismo *expressa nocent, non expressa non nocent*, y se concluye que esa negativa puede considerarse un indicio cuya significación dependerá de las circunstancias del caso¹⁴, casi como decir que es indicio pero hay que ver de qué.

Lo que no sería serio es pretender atribuir un valor objetivo, *a priori* y aisladamente, al hecho de que quien viene señalado como incapaz no quiera someterse al examen pericial; solo dentro del conjunto de los autos puede esta actitud adquirir un significado en orden a la demostración de su incapacidad. Con todo, a veces se comienza afirmando (recalcando) que la actitud del demandado es *ya en sí significativa* (lo que bien mirado es una obviedad) y se termina por pretender que ella sola, tal vez junto a cualquier otro indicio, lo demuestra todo.

En mi opinión, la renuencia del demandado, culpable cuanto se quiera, no exime de la prueba de su falta de capacidad al actor (quizá en otras causas privadas y sobre otros hechos sí); ya hemos visto que la pericia es necesaria en principio para demostrarla; pericia que a su vez depende, precisamente en estos casos, de los datos útiles que contenga el Sumario.

Tal vez ante la falta o la escasez de esos datos, se ha pretendido atribuir a la actitud obstruccionista del periciando una relevancia procesal o demostrativa que a mi entender no puede tener; no ya de eximir de la carga de la prueba,

asimismo, los desórdenes de la personalidad cuando son graves y relevantes *in re uxoria*: violencia, erraticidad del comportamiento, asocialidad, etc. En el caso de las intoxicaciones agudas o crónicas, hay que valorar de un lado su influjo en el acto mismo de contraer (cantidad, tiempo, influjo real), de otro la dependencia y efectos degenerativos presentes al contraer; o también si el uso de esas sustancias sea síntoma de otras patologías. La “inmadurez” tiene que ver con la normalidad; en buena medida depende si por *inmadurez* se entiende no haber llegado al desarrollo máximo y óptimo de las posibilidades humanas o del sujeto, o si se entiende la ineptitud radical para una cierta tarea. En todo caso debe tratarse de una *inmadurez* grave (psicológica o afectiva), que no se da sin una psicopatología precisa (¿*Cuándo...?*, 163-166).

¹⁴ L. DEL AMO, *sub c. 1531*, en AA.VV., *Código de Derecho canónico. Edición anotada*, EUNSA, Pamplona 2007.

mas ni siquiera implica una suerte de “rebaja” de esa carga, aduciendo que su comportamiento es lesivo del derecho de defensa de la parte actora, a la que impide culpablemente demostrar lo que afirma; todo lo cual, cuando sea cierto, no constituye demostración alguna del hecho controvertido.

El que incoa una causa debe estimar si puede probar lo que alega. El derecho de defensa consiste en la posibilidad de proponer o aportar pruebas y aducir argumentos, pero no incluye el de ser relevado de ellas con la simple demostración de que son muy difíciles o imposibles de aportar. En estos casos, una actitud indulgente del juez no sería otra cosa que facilonería y atribuir valor probatorio a un hecho que, en sí, ni siquiera es indicio de lo que se afirma.

Si fuera el perito el que dedujera consecuencias, en el campo de su competencia, de este mismo dato negativo, estimo que el juez debe estar particularmente atento a contrastarlas con otros datos objetivos que emerjan de las actuaciones; pues aunque puede que no sea así siempre, el principio de que de donde no hay no se puede sacar, parece válido para todas las ciencias al menos como presunción. Me parece que ayuda más al proceso que el perito certifique que del sumario no se puede deducir un diagnóstico claro y cierto, que no el extremo contrario de pretender reconstruir toda la evolución psicológica de un personaje, que ni siquiera se ha tenido enfrente, a partir de un par de frases encontradas en las actas.

4.2. *Peritus in arte credendus, iudex peritus peritorum*

Estas consideraciones nos llevan, siempre en el campo del valor de la pericia sobre las actas, a la contraposición tal vez dilemática entre los dos aforismos que enuncian este epígrafe.

De una parte, en el importante diálogo que debe instaurarse entre el juez y el perito, como luego en la motivación de la sentencia, la corrección metodológica y el respeto de la competencia ajena, debería llevar al juez a aceptar las conclusiones de la pericia siguiendo el adagio *peritus in arte credendus*. Por tanto cualquier intento por su parte de inquirir sobre los resultados periciales, quizá sirviéndose de sus conocimientos en materia psicológica, sería para algunos una intromisión en campo ajeno, estaría sustituyendo el conocimiento científico y objetivo por su criterio privado, subjetivo y primitivo, por lo que no estaría ya juzgando *ex actis et probatis*: según esta visión el juez es experto en derecho y en nada más, aunque lo fuera.

Sin ignorar la amplitud y complejidad de este que suele llamarse diálogo entre el juez y el perito, del que me he ocupado en otra ocasión, haría un par

de consideraciones, que si no otra cosa, al menos podrán servir para el diálogo que seguirá a nuestras ponencias en esta mesa redonda.

La primera se podría formular de este modo: *peritus in arte credendus... quantum credenda est arte.*

Ni la medicina en general, ni la psicología o la psiquiatría en particular son ciencias exactas; tienen un grado de certeza relativo por más que basada en criterios científicos; lo demuestra si hubiera necesidad que el c. 1680 mande que el juez se sirva de uno o varios peritos, que se admitan las pericias privadas o de parte, en fin el hecho de que encontramos en los sumarios pericias no ya diferentes sino claramente contrarias, contrapuestas; de modo que por más que sean todas científicas por el método y los conocimientos aplicados, no pueden todas ser verdaderas a la vez y ni siquiera acertadas; y téngase en cuenta que a cada una su autor le atribuye (con mucha frecuencia, sobre todo si son de parte) un grado de certeza conspicuo si no máximo. Y es lógico: si no estaría poniendo en duda su propia ciencia y su prestigio.

No se dejará el juez persuadir fácilmente; él sabe que su propia ciencia o arte (el derecho) tampoco es apodíctica en sus conclusiones, más bien lo contrario: los juristas mejores suelen disentir entre ellos; y no solo por seguir escuelas o métodos distintos, sino también y quizá sobre todo por el grado de subjetividad que poseen los análisis y deducciones de las ciencias humanas, no exactas. Y esto aparte de la parte por la que el perito privado toma parte (en el pleito).

Hay pues que asignar a cada tipo de pericia el grado de certeza procesal que puede tener y se le puede pedir¹⁵; al juez le toca hacerlo y si se encuentra con varias pericias no coincidentes de alguna manera tendrá que tomar partido¹⁶.

Para esto tendrá que servirse de todos los elementos de prueba resultantes del sumario y también de su propio conocimiento; principalmente jurídico, pero también lógico, antropológico, sicológico, etc. No sé hasta qué punto se podría llamar moral una certeza alcanzada forzándose por prescindir de estos ámbitos de conocimiento.

¹⁵ Por hacer un parangón, aunque sea en otro campo, parece claro que una pericia grafológica es mucho más fiable cuando se usa para establecer si dos manuscritos proceden del mismo puño, que para definir la personalidad de quien los escribió.

¹⁶ No me detengo en la posibilidad que siempre existe de recurrir a otro experto, pues por este camino no se puede proceder *ad infinitum*, ni la respuesta del último, por más que se le llame *peritior* o *peritissimus*, tiene más garantías de ciencia ni de certeza que la del primero.

4.3. *Iudex peritus peritorum*

Y viene aquí una segunda consideración sobre el valor judicial de la pericia y su apreciación por el juez.

Como se ha dicho, se suele afirmar que en su arte el perito representa el saber científico y el juez sólo el saber profano hecho de meras opiniones subjetivas; por tanto, si entrara a discutir las bases de una pericia, estaría invadiendo un campo que no le pertenece; incluso aunque tuviera una cierta preparación psicológica debería prescindir de ella pues no es en ese campo donde tiene asignada competencia: el juez solo es competente en lo suyo.

De otro lado, tampoco se puede admitir que el juez deba aceptar acríticamente las conclusiones periciales y limitarse a transponerlas en la sentencia, pues entonces sería el perito el que decide en el fondo la causa; por esto se suele oponer que por muy *credendus in arte sua* que sea el perito, su opinión sobre la capacidad del sujeto no hace cosa juzgada (*dictus expertorum non facit res iudicata*), invocando al caso la máxima *iudex peritus peritorum*, que podría malentenderse como una omncompetencia del juzgador, pero que en realidad quiere decir que la decisión final, tomada de todos los indicios resultantes de la indagación judicial, le corresponde a él, puesto que es jurídica.

Con ser razonable todo esto, me parece que no es tan simple. El conocimiento humano en un *continuum* en todas sus dimensiones: no se pueden disecar netamente el conocimiento sensible del experimental o el científico (*per causas*, solía llamarse); por ejemplo no es fácil decir qué demostraciones matemáticas son meramente intuitivas y cuáles deben calificarse de científicas (solo para entendidos).

Tampoco es lineal la frontera entre lo objetivo de lo subjetivo, al menos en las ciencias humanas como hemos ya dicho: ser experto o perito en un área no equivale a ser objetivo en todas nuestras conclusiones; ni tampoco a que solo quien sea tan experto como nosotros será capaz de descubrir los puntos débiles de nuestro razonamiento.

Ni existe solución de continuidad entre las diferentes áreas del saber. Todos poseemos un cierto grado de conocimiento científico en muchas materias, aunque no seamos especialistas: es lo que a veces se llama cultura; somos capaces de razonar con mayor o menor profundidad en esos campos dependiendo de muchos factores.

Sobre el diálogo juez-perito las distinciones o disquisiciones teóricas son más fáciles de hacer que las prácticas: no es el único campo en que sucede esto; basta saber que son relativas y no exasperarlas.

Esas distinciones no bastan: para que pueda darse diálogo entre perito y juez, tiene que haber un terreno común, mínimo si se quiere, en el que puedan

encontrarse y entenderse con un lenguaje unívoco y compartido. Una cosa es el respeto de las relativas competencias y otra la incomunicación o la confusión de roles (MARTÍN DE AGAR, 1998: 5-10). El juez es el que se sirve del perito para mejor cumplir su función; es él quien formula las cuestiones a las que aquel debe responder, el que puede pedirle explicaciones ulteriores; a él le toca decidir la causa y para eso tiene que decidir también el valor de prueba que atribuye a la pericia o pericias. Las encuadrará en el contexto de todas las demás pruebas obtenidas, enjuiciará su coherencia con ellas y su lógica interna; y al hacer todo esto echará mano aunque sea con modestia y acribia, de sus conocimientos o informaciones en otra áreas, también de orden psicológico.

Puede servirse por ejemplo de clasificadores (como el DSM), que usan un lenguaje relativamente asequible, para comprobar si los síntomas de la perturbación diagnosticada por el perito pueden deducirse de las actas procesales. Así por ejemplo, si uno de esos síntomas es que el sujeto necesita del consejo o apoyo de los demás para decidir incluso cosas nimias, o que es capaz de servilismo o de soportar humillaciones, con tal de no perder ciertas amistades o relaciones (personalidad dependiente), me parece que el juez puede comprobar si esas circunstancias constan o no en las actuaciones, para hacerse una idea de cuánto sea fundado un diagnóstico en ese sentido.

En fin volviendo al valor de la pericia sobre autos, tanto el perito como el juez saben que esta no es el resultado de un reconocimiento médico: no hay paciente sino ausente de cuya situación psicológica se tienen más o menos noticias, más o menos ciertas, más o menos cercanas al día de la boda. El perito hará su trabajo con todo rigor y ese rigor incluye decir el grado de certeza que ha podido alcanzar con los datos que ha contado. El juez por su parte, sin dudar de la rectitud del experto ni discutir su aptitud, tendrá que valorar si realmente con los datos que ha manejado puede fiarse de sus conclusiones para decretar la incapacidad del sujeto.

Bibliografía

- ARROBA CONDE, M. J., *La prova peritale e le problematiche processualistiche*, en AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095 nn. 1-2)*, LEV, Città del Vaticano 2000, 383-410.
- AZNAR GIL, F. R., *Peritos y pericias sobre el c. 1095 a tenor de la Instrucción Dignitas connubii*, en M. CORTÉS - J. SAN JOSÉ (coords.), *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro (XVIII)*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 2007, 55-76.
- BIANCHI, P., *¿Cuándo es nulo el matrimonio?*, EUNSA, Pamplona 2005.

- Le perizie mediche e, in particolare, quelle riguardanti il can. 1095*, en H. FRANCESCHI - J. LLOBELL - M. A. ORTIZ (cur.), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della Dignitas Connubii*, EDUSC, Roma 2005, 145-178.
- GARCÍA FAÍLDE, J. J., *Cuando no es admisible, por ser prueba ilícita, una pericial psiquiátrica o psicológica*, en M. CORTÉS - J. SAN JOSÉ (coords.), *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro (XIX)*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 2009, 109-116.
- GEFAELL, P., *Valutazione e valutazione della perizia psichiatrica*, en H. FRANCESCHI - M. Á. ORTIZ (cur.), *Verità del consenso e capacità di donazione*, EDUSC, Roma 2009, 241-253.
- GULLO, C. - GULLO, A., *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, 3ª ed., LEV, Città del Vaticano 2009.
- HERNANDO CALVO, P., *La prueba pericial psicológica realizada solamente sobre los autos de la causa*, en F. R. AZNAR GIL (ed.), *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro (XIII)*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 1997, 295-318.
- MARTÍN DE AGAR, J. T., *Giudice e perito a colloquio*, en AA.VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, LEV, Città del Vaticano 1998, 187-196.
- MORÁN BUSTOS, C. M., *Condiciones de realización de la prueba pericial*, en M. CORTÉS - J. SAN JOSÉ (coords.), *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro (XIX)*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 2009, 227-291.
- ORTIZ, M. A., *Le dichiarazioni delle parti, la prova documentale e testimoniale e la loro portata processuale nelle cause ex can. 1095*, en AA.VV., *L'incapacità di interdere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095 nn. 1-2)*, LEV, Città del Vaticano 2000, 337-382.