



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

www.rg.mpg.de



Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2019-09 • <http://ssrn.com/abstract=3363668>

Rafael Ruiz

Pruebas (DCH)

Published under Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



Pruebas (DCH)*

Rafael Ruiz**

1. Introducción

Con el término “prueba” se hace referencia, de manera general, a tres cosas diferentes: en primer lugar, se llama “prueba” a la acción que busca la verificación, normalmente por vía argumentativa o demostrativa, de un hecho o una cosa dudosa. En ese sentido, se está en el terreno de la lógica deductiva o inductiva, en que, genéricamente hablando, se pasa de un hecho o cosa que se tiene como verdadero a otro que hasta el momento es desconocido.

En segundo lugar, también se usa el término prueba para referirse a los “medios de prueba” establecidos por el derecho, como la prueba por testigos o por instrumentos públicos o privados, la confesión, etc. En ese sentido, el término hace referencia a la producción de elementos para probar la verdad en juicio y llevar al juez a formar una convicción suficiente para dictar la sentencia.

Y, en tercer lugar, se dice que algo está probado porque el resultado de los argumentos usados y las pruebas presentadas, con los medios permitidos, lleva a la certeza jurídica. Una vez concluida la fase probatoria, el resultado final es que aquellos hechos o cosas sobre los que, antes, había duda, ahora están probados y serán tenidos como verdaderos.

En realidad, como resume Michele Taruffo, se parte de la idea básica de que un litigio surge a partir de ciertos hechos, y se basa en esos mismos hechos, que son disputados por las partes y que serán resueltos por el tribunal.¹

Teniendo esto en cuenta, serán tratadas a continuación las siguientes materias: 2) El concepto de “Prueba” en perspectiva histórica; 3) Verdad y certeza moral; 4) Conciencia y probabilidad; 5) Carga de la prueba y convicción del juez; 6) Tipos de Prueba: a) Artificial y no artificial, b) Plenas y semiplenas, 7) Pruebas negativas: 1) Negativa de derecho, 2) Negativa de cualidad, 3) Negativa de hecho; 8) Prueba “per inspectionem ocularem”; 9) Prueba por la fama; 10) Problemática de las probanzas en Indias; 11) Anotaciones bibliográficas.

* Este artículo forma parte del Diccionario Histórico de Derecho Canónico en Hispanoamérica y Filipinas (S. XVI-XVIII) que prepara el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, cuyos adelantos pueden verse en la página Web: <https://dch.hypotheses.org>.

** Universidade Federal de São Paulo.

¹ TARUFFO (2014), Pág. 15.

2. El concepto de “Prueba” en perspectiva histórica

Un repaso sobre los diferentes sentidos que el concepto de “prueba” ha tenido a lo largo de la historia y principalmente en el paso de la época medieval a la moderna ayudará a tener una visión más amplia sobre toda la cuestión.²

El concepto clásico de prueba, a partir de la influencia de la retórica y la dialéctica de Aristóteles, Ermagora y Cicerón, estribaba principalmente en la idea de *argumentum*.³ Como el mismo Cicerón había definido: “Prueba es lo que, sobre una cosa dudosa, persuade (hace fe) al juez por medio de argumentos”.⁴ En ese sentido, lo que se buscaba era la persuasión del juez, pero no por cualquier medio, sino por aquellos que fueran relevantes para el caso concreto. De esa manera, se relacionaban a la vez la persuasión y los “medios de prueba”, ya que era por medio de ellos que se llegaba a “influir en la convicción del juez, a crear el presupuesto de su decisión”.⁵

Como Elena Di Bernardo lo explica, la dimensión específica de la “prueba” estaba relacionada con el campo de lo dudoso, lo controvertido y opinable, y no de lo cierto. Y, en ese sentido, se remarcaba más claramente su aspecto de argumentación o de *ratio*.⁶

Así, si por un lado, en Las Siete Partidas se podía leer que “Prueua es aueriguamiento que se faze en juyzio en razon de alguna cosa que es dubdosa”,⁷ por otro lado, los Glosadores y Decretalistas, como Accursio, Azzo, Bártolo y otros, destacaban la exposición o manifestación hecha (“ostensio facta”) en juicio por *argumentos legítimos*⁸ sobre una cosa dudosa o controvertida,⁹ como recogería Giuseppe Mascardus, en su obra publicada en Venecia, en 1584: “probatio est rei dubiae seu controversae per legitima argumenta iudici facta ostensio”.¹⁰

Esa manera de entender la cuestión de la prueba acabó tornándose “patrimonio común” de la doctrina y de la jurisprudencia canonística, destacando principalmente el aspecto de “instrumento de persuasión del juez”,¹¹ dando mayor realce a la figura del defensor y relegando al juez a una dimensión de “receptor pasivo” de la demostración argumentativa del hecho.¹²

Simultáneamente con la idea de “argumentum” se fue desarrollando también el concepto de orden, dando lugar a dos diferentes modelos: el de orden isonómico y el asimétrico.¹³ En la estructura isonómica la carga de la prueba aparece como un deber de persuasión y el papel

² DI BERNARDO (2002), Pág. 17.

³ GIULIANI (1964), Pág. 358.

⁴ GIULIANI (1964), Pág. 358.

⁵ DI BERNARDO (2002), Pág. 17.

⁶ DI BERNARDO (2002), Pág. 21.

⁷ LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 1, Que es prueua, e quien la puede hazer.

⁸ Las itálicas son mías.

⁹ DI BERNARDO (2002), Pág. 22.

¹⁰ MASCARDUS (1584), q. 2, n. 17, f. 3 v. La cita es de DI BERNARDO (*Conclusiones probatium omnium quae in utroque Foro iure quotidie versantur, I, Venetiis, apud Zenarium.*).

¹¹ La expresión es de STANKIEWICZ, citado por DI BERNARDO (2002), Pág. 23.

¹² DI BERNARDO (2002), Pág. 23.

¹³ STANKIEWICZ (1994), Pág. 571.

del juez como el de garante de la imparcialidad, dentro del ámbito del contradictorio.¹⁴ En la estructura asimétrica se da más importancia a la información y al cálculo, y no tanto a la comunicación o diálogo entre las partes y, por eso, se concede prioridad a la “operación mental solitaria del juez”.¹⁵

A partir del siglo XIII, cobra una relevancia cada vez mayor la noción de “conocimiento probable como opuesto al necesario”¹⁶ y, dentro de esa perspectiva, el papel de los testigos asume un lugar prioritario, a tal punto que el proceso pasa a ser entendido como el lugar privilegiado del contradictorio y, por ello, de las partes, de manera que el juez adoptaría un papel de “controlador de las hipótesis argumentativas presentadas por los litigantes, manteniendo imparcial su propio juicio”.¹⁷

Un momento importante en la historia del proceso y de la prueba fue el desarrollo del concepto de “evidencia”, como forma de garantizar la verdad, por medio racional o a través de los sentidos, como una tentativa de superar o de ir aún más lejos de lo probable. Se estaba procurando llegar a la verdad de los hechos en una dimensión externa y objetiva. Fue en ese momento que se fue afirmando la idea de “normal como aquello que muchas veces sucede” y la metáfora de la luz que se transformó en un brocardo jurídico: “luce meridiana clarior” (más claro que la luz del mediodía).¹⁸ Ese desarrollo de conceptos gnoseológicos acabó influenciando la manera de entender tanto la prueba como los medios de prueba, llegándose a formular una nueva *forma probandi*: el juez debía juzgar de acuerdo con *allegata et probata*.¹⁹

Se pretendió de esta forma dar un cierto “status” científico a los medios de prueba en el proceso, disminuyendo el aspecto subjetivo de una retórica argumentativa que buscaba la persuasión para dar realce al aspecto objetivo que suponía que los hechos jurídicos podrían ser probados o demostrados como los empíricos. Y, en ese sentido, “el repudio a la concepción clásica de la prueba determinó los presupuestos para la elaboración de la teoría moderna de la misma”,²⁰ asimilando la lógica jurídica con la inducción, de tal modo que la prueba por excelencia se fue identificando con la prueba indirecta, principalmente a partir del pensamiento de Bentham para quien la esencia del conocimiento probatorio consistía en el paso de un hecho conocido a uno desconocido.²¹

Esos diferentes sentidos de “prueba” fueron dejando su marca en el proceso canónico, de tal modo que, como advierte Arroba Conde,²² parece importante matizar que lo que se buscaba en el derecho canónico, y más aún en el proceso canónico, no era, de manera principal, la persuasión del juez o su convicción (*sentido argumentativo*) sino alcanzar la verdad

¹⁴ DI BERNARDO (2002), Pág. 24.

¹⁵ DI BERNARDO (2002), Pág. 24.

¹⁶ DI BERNARDO (2002), Pág. 24.

¹⁷ DI BERNARDO (2002), Pág. 25.

¹⁸ DI BERNARDO (2002), Pág. 25.

¹⁹ DI BERNARDO (2002), Pág. 25.

²⁰ DI BERNARDO (2002), Pág. 27.

²¹ DI BERNARDO (2002), Pág. 27.

²² ARROBA CONDE (2007), Pág. 108.

de los hechos (*sentido demostrativo*) o, si se quiere decir de otra forma, lo primario en todo el proceso canónico es la verdad y su comprobación, y, como consecuencia, juzgar en verdad. En ese sentido, es importante tener en cuenta que, si en el terreno civil se puede pensar en contraposición o conflicto de intereses, en el canónico es más adecuado, teniendo en cuenta la *salus animarum* y el *favor veritatis*, hablar en colaboración en la búsqueda de la verdad.²³

Por eso, al tratar de la prueba en derecho canónico, lo que se debe colocar como meta y horizonte, utilizando las mismas palabras de Arroba Conde, es la comprobación de los hechos, mientras que convencer al juez sería el resultado final y necesario teniendo en vista la decisión.²⁴ En su íntima estructura, se llama “prueba” a cualquier elemento que pueda ser empleado para el conocimiento de los hechos y, por lo tanto, para llegar a esa comprobación es imprescindible distinguir entre los hechos y la prueba de los mismos.

Los hechos, en cuanto acontecimientos empíricos y pasados, son la base de todo el litigio, sin embargo, los hechos en el proceso son llevados en consideración, como explica Taruffo, “de una forma peculiar, o sea, en la forma de enunciados acerca de lo que ocurrió fácticamente”.²⁵ Y, en ese sentido, continúa el autor italiano, “cuando se habla sobre la verdad de un hecho, en realidad se habla de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho”.²⁶ Enunciados que son construcciones y narrativas formuladas por las partes y el juez, a partir de una serie de criterios: lingüísticos, jurídicos, conceptuales, evaluativos, etc.

La prueba de algo – un hecho, una afirmación, una cosa – está relacionada y, de cierta manera, depende de una previa teoría de conocimiento, una epistemología, dado que, cuando se quiere probar algo de una forma determinada, se parte previamente de una posición sobre la verdad y sobre la certeza, aunque la prueba en derecho no sea ni una cuestión teórica, ni filosófica, sino fundamentalmente práctica.

3. Verdad y certeza moral

El debate sobre qué se debe entender por “verdad” cuando se trata, como es propio del proceso, de comprobar la “verdad de los hechos” tiene una muy larga duración en la historia.

Ya en La Edad Media, Santo Tomás defendía que, en cuestiones jurídicas y procesales, no se estaba discutiendo ni sobre la verdad ni sobre la certeza absoluta, sino sobre la certeza que era posible en las cosas contingentes. Así, al tratar sobre los testigos, en la *Summa*, el Aquinate, refiriéndose a Aristóteles, explicaba que

acerca de los actos humanos, sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios, no puede tenerse una certeza demostrativa, puesto que dichos actos versan sobre cosas contingentes y variables,

²³ DI BERNARDO (2002), Pág. 17.

²⁴ ARROBA CONDE (2007), Pág. 108.

²⁵ TARUFFO (2014), Pág. 19.

²⁶ TARUFFO (2014), Pág. 19.

y, por tanto, es bastante la certeza probable que alcance la verdad en la mayoría de los casos, aunque en muy pocos se separe de ella.²⁷

Fue entre los siglos XV y XVI, en los comienzos de la Edad Moderna, y, en parte, como consecuencia de la influencia de la filosofía en todos los ámbitos del saber, que se fue desarrollando todo lo referente al concepto de “certeza” y “probabilidad” no sólo en el campo matemático, sino principalmente en el campo jurídico y moral. En el ámbito procesal pasó a entenderse que si, por un lado, no se podía llegar a la verdad completa, teniendo en cuenta las limitaciones del entendimiento humano y el tenor subjetivo del que narra y prueba, por otro lado, el juez debería ser lo suficientemente prudente para conducir el juicio y, principalmente la valorización de las pruebas, de modo que se pudiese llegar a una certeza tal que excluyese cualquier duda razonable.

En ese sentido la certeza jurídica no excluía, por humanamente imposible, toda y cualquier duda, pero sí aquella que fuese razonable y prudente. De cierta forma, el debate se fue desarrollando cada vez más dentro de las posibilidades de alcanzar o no la verdad de los hechos, y, por lo tanto, en torno de la certeza y sus diferentes grados. Ese nivel en que la certeza judicial se encontraba estaba entre la certeza “absoluta”, que pretendía excluir toda y cualquier posibilidad de error, y la “simple probabilidad”, que equivalía a una mera opinión sin mayor fundamento, y que permitía que hubiera un fundado temor de equivocarse. Por lo tanto, en el derecho procesal canónico se trataba de actuar y de llegar a una verdad razonable, a una certeza jurídica, que el juez debía encontrar, teniendo presente el derecho divino y humano, bien como los indicios y pruebas, para poder emitir una sentencia que en conciencia excluyese toda duda razonable, también en contrario.²⁸

El debate en torno a la verdad y a la certeza destacó otro concepto estructural del derecho canónico, de raíz clásica, teniendo en cuenta la finalidad principal de la *salus animarum*: la equidad. Se entendía que la verdad y la justicia no se sacrificaban al espíritu de la letra de la ley, porque como Santo Tomás decía, aún las leyes que son rectamente puestas en algunos casos fallan.²⁹ Por eso, el juez, buscando la verdad (*favor veritatis*), debía, a veces y en casos concretos, actuar, como recomendaba Aristóteles al tratar de la epiqueya, como si el legislador estuviese presente en aquel caso concreto y, en su lugar, realizar el derecho y decidir lo justo.³⁰ De cierta forma, como explicaba Grossi, lo opuesto al arbitrio y a la incertidumbre; sería, el colmo y la perfección de la legalidad y la certeza.³¹

²⁷ AQUINO, Summa Theologiae, II-IIae, q. 70 a. 2 co.

²⁸ VITELLIO (2007), Pág. 22.

²⁹ AQUINO, Summa Theologiae, II-II, q. 57, a.2, Arg. 1.

³⁰ Grossi advierte en su artículo sobre la *aequitas canonica* que este concepto pasó a desempeñar un papel central contra la rígida aplicación del principio de que el juez debía sentenciar conforme a lo alegado y probado. Lo específico del derecho de la Iglesia es la *salus animarum* y, por eso, el adjetivo de canónica para designar que la cualidad de la equidad en la Iglesia no es algo accesorio, sino substancial y diferente a la equidad en un proceso civil. GROSSI (1998), Pág. 384.

³¹ GROSSI (1998), Pág. 390.

Fue en ese período, entre el seiscientos y el setecientos, que se fue entendiendo mejor que cuando se decía que el juez debía sentenciar, según conciencia, conforme a lo alegado y probado, se entendía que esa conciencia del juez debía ser seguida precisamente porque debía estar informada por el derecho, o sea, por lo justo y no tan sólo por la ley. Se trataba de que el juez podría ir más allá de la verdad formal aducida por las pruebas, si fuese el caso, para llegar a la verdad en derecho, o sea, a la certeza jurídica.

Y para eso el arbitrio, principalmente a la hora de admitir y valorar las pruebas, era un instrumento estructural y sistémico de todo el proceso.³² No un arbitrio caprichoso, como muchas veces se entiende y como también fue discutido por los doctores en el siglo XVII. El arbitrio era el instrumento por medio del cual el juez, cuando se daba el caso, debía encontrar la solución justa para aquel caso concreto, buscando la verdad de los hechos. No había arbitrio que no fuese de acuerdo con la razón, el derecho, la equidad y la justicia.

Precisamente porque no se podía establecer previamente, debido a la infinidad de casos y circunstancias, cuáles serían las pruebas convincentes o concluyentes y cuáles no lo serían, como indicaba Quintana Reynés en su obra, citando al comentarista de las Decretales, Anacleto Reiffenstuel, se debía dejar al “prudente criterio del juez”. Para explicar el sentido y la extensión de ese arbitrio, recurría al jurista italiano Menochio, que explicaba que “aun cuando tal arbitrio y estimación del juez no sea enteramente libre y absoluto, sino que se halla regulado, según enseñan los Doctores; debe, pues, regirse según el derecho, la razón y la equidad; y no por la mera voluntad del juez”.³³

4. Conciencia y probabilidad

A lo largo de toda la escolástica se fue estableciendo un intenso debate, entre canonistas, civilistas y teólogos, con relación al caso, o a los casos, en que el juez tuviera una duda razonable a pesar, o en contra, de lo alegado y probado. Actuar contra la conciencia era un pecado mortal, por eso, como advierte Padoa-Schioppa, el debate en torno a la tensión entre “seguir la propia conciencia” y “decidir de acuerdo con lo alegado y probado” se puede seguir a partir del siglo XII y durante los seis siglos siguientes.³⁴ De acuerdo con su opinión, el primero que trató el tema de la conciencia del juez fue Petrus Blesensis, a mitad del siglo XII, al preguntarse si el juez debía juzgar contra conciencia y siguiendo lo alegado.³⁵ A partir de ese punto este tema pasaría a ser una de las cuestiones más intensamente debatidas por los comentaristas, civilistas y canonistas de los siglos XIV y XV, por los Pragmáticos de los siglos XVI y XVII, por los Escolásticos de Salamanca, por los juristas de la Escuela holandesa del siglo XVII y

³² MECCARELLI (1998), Págs. 225 y ss.

³³ QUINTANA REYNÉS (1943), Pág. 13.

³⁴ PADOA-SCHIOPPA (2001), Pág. 122.

³⁵ PADOA-SCHIOPPA (2001), Pág. 123.

por los teóricos del derecho natural. Todos se dedicaron a encontrar alguna solución para ese problema.³⁶

En un primer momento, el foco central de la cuestión fue colocado sobre si el juez, conociendo extra judicialmente los hechos, podría absolver, en contra de lo alegado y probado, a un inocente. De manera general, un buen número de doctores seguían la pauta trazada por Santo Tomás de que el juez debía juzgar de acuerdo con la verdad, sí, pero una verdad que resultaría de las pruebas que le fuesen presentadas, y no según su propio arbitrio.³⁷ Ocurriendo tal caso, el juez debería, en primer lugar, examinar diligentemente los testigos para encontrar un modo de declarar inocente al reo. Si eso no era suficiente, debería elevar el caso a sus superiores. Y si aun así no fuera posible, debería juzgar conforme a lo alegado y probado, porque, haciendo así, no pecaría, ya que se trataba de una función pública y no privada.³⁸

Ese modo de pensar fue sufriendo alteraciones entre los siglos XIV y XVI, cuando la cuestión fue colocada en otro nivel. La pregunta se centraba en cuál sería el poder del juez con relación a la admisión y valoración de las pruebas. Si, por un lado, el famoso jurista Paolo di Castro defendía que el juez podría decidir una causa con una argumentación diferente de la que había sido presentada, por otro, el Cardenal Gian Batista De Luca recurría a la distinción entre “fuero interno” y “fuero externo” para explicar que Dios veía la verdad directamente en el corazón de los hombres, pero el juez humano tenía necesidad de una demostración que fuese lo suficientemente clara para que la verdad fuese patente a los ojos de todos.³⁹

Dentro de esa situación, como explica Schioppa, surgió un nuevo concepto, destinado a afirmarse durante la Edad Moderna y Contemporánea: la idea de la ‘certeza moral’ como fundamento necesario y suficiente para pronunciar un juicio relativo a los hechos humanos. Y, junto con la certeza moral, venía la de diferentes ‘grados de probabilidad’ que un determinado hecho (o un conjunto de hechos) podía tener a los ojos del juez para que pudiese sentenciar en conciencia y justicia.⁴⁰

Aunque el término surgió más claramente en el ámbito moral que en el jurídico, sus efectos y consecuencias se extendieron mucho más allá de lo filosófico y teológico, adentrándose en la esfera jurídica.⁴¹ El “tuciorismo”, que defendía que, en caso de duda, lo más seguro era seguir la ley; el “probabiliorismo”, que, por su parte, consideraba que lo más seguro sería seguir la opinión más probable, y el “probabilismo”, que aceptaba cualquier opinión probable, sin preocuparse si era o no la más probable, fueron sistemas morales, con consecuencias jurídicas, que acapararon la mayor parte del debate intelectual en la Iglesia durante los siglos XVII y XVIII. Baste pensar en un moralista como Hermann Busenbaum que, a mitad del siglo XVII, defendía, por ejemplo, que el juez podría decidir siguiendo la opinión meramente

³⁶ PADOA-SCHIOPPA (2001), Pág. 144.

³⁷ AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 67, a. 2 co.

³⁸ Sobre este tema se puede ver, además del artículo de PADOA-SCHIOPPA (2001), la tesis de doctorado de ZONA (2011).

³⁹ PADOA-SCHIOPPA (2001), Pág. 149.

⁴⁰ PADOA-SCHIOPPA (2001), Pág. 154.

⁴¹ PADOA-SCHIOPPA (2001), Pág. 156.

probable, aunque hubiese otra mucho más probable, porque procediendo así – tan sólo de forma probable – ya juzgaba con prudencia.⁴²

Dentro del debate sobre el probabilismo y de su influencia en tierras americanas, conviene tener en cuenta al teólogo Alonso de la Peña Montenegro, que fue profesor de filosofía (1622) y Rector (1644) de la Universidad de Santiago de Compostela⁴³ y nombrado arzobispo de Quito en 1653. Catorce años después de su nombramiento, y como resultado de los insistentes pedidos de su clero para que escribiera un libro de teología de cuño eminentemente pastoral, dando soluciones a los problemas y situaciones que surgían en Indias, escribió su *Itinerario*, donde se posicionaba claramente a favor de seguir la opinión probable e, incluso, la menos probable y, en ese sentido, afirmaba que su conclusión “era cierta y muy común en el fuero de la conciencia y tiénenla muchos Autores”⁴⁴ y, enseguida de su argumento añadía un buen número de Doctores y teólogos en defensa de su opinión.

De esa manera, por ejemplo, en el caso de una restitución, Peña Montenegro consideraba que si alguien, delante de una opinión más probable de restituir y otra opinión menos probable de no hacerlo, podría seguir en conciencia la menos probable, porque “la conciencia con la qual obra le asegura”⁴⁵ y, para esto, traía en su apoyo la doctrina de Juan Machado de Chaves (1594-1653), nacido en Quito y autor de la obra *Perfecto Confesor y Cura de almas*, publicada en Barcelona, en 1641.

La obra de Busenbaum tuvo más de 150 ediciones en diferentes países entre 1670 y 1770, siendo una de las más consultadas y más criticadas dentro del mundo católico, hasta el punto de que San Alfonso María de Liguori en un primer momento la utilizó como obra de referencia para su *Tratado de Moral* y, más tarde, pasó a ignorarla.⁴⁶ La obra de Peña Montenegro tuvo sólo dos ediciones en vida del autor, la de Madrid, en 1668 y la de Lyon, en 1678, otras cuatro ediciones en Amberes, posteriores a su muerte, entre 1698 y 1754, y una quinta y última, en Madrid, en 1771.⁴⁷ No fue una obra de erudición, sino que respondió a una necesidad pastoral,⁴⁸ y quizás por ello, tuvo una enorme influencia, que puede ser deducida por el número de citas a su obra en una serie de confesionarios y catecismos en lenguas indígenas, entre los siglos XVII y XVIII⁴⁹ no sólo en la América española sino también en la portuguesa, no sólo en la biblioteca del colegio jesuita de Vigia, en Pará (Brasil), sino incluso en las misiones entre los indios Kariri, en la selva amazónica.⁵⁰

Por medio principalmente de la Compañía de Jesús se fue distinguiendo, en el campo de la probabilidad, entre un elemento extrínseco – la autoridad – y un elemento intrínseco – la

⁴² BUSENBAUM (1659), Pág. 338: “*Iudex inferior videtur secundum ea posse iudicare licet minus probabilem*”.

⁴³ BARROS/FONSECA (2010), Pág. 670.

⁴⁴ PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario*, Libro V, Tratado IV, Session 20, No. 1. Pág. 557.

⁴⁵ PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario*, Libro V, Tratado IV, Session 20, No. 7, Pág. 559.

⁴⁶ Sobre ese tema se puede consultar VIDAL (1986).

⁴⁷ RIMBAU MUÑOZ (1998), Pág. 166.

⁴⁸ RIMBAU MUÑOZ (1998), Pág. 167.

⁴⁹ BARROS/FONSECA (2010), Pág. 672.

⁵⁰ BARROS/FONSECA (2010), Pág. 672.

fuerza del argumento.⁵¹ Y, en ese sentido, todo el *iter* procesal era entendido como el esfuerzo conjunto, de las partes y el juez, para la comprobación de los hechos a través de una argumentación racional, y no meramente persuasiva, buscando no la persuasión del juez, sino su convicción. Se consideraba que los hechos no eran sencillamente datos, sino el resultado –por obra del juez– de un análisis de las afirmaciones que sobre los hechos contraponían e intentaban probar las partes y que, inicialmente, eran tenidos como hipótesis que, en el proceso, podían o no encontrar su comprobación.⁵²

5. Carga de la prueba y convicción del juez

La prueba se establece sobre *hechos*, no sobre *derechos*, a no ser que sean derechos particulares, privilegios o costumbres.

La carga de la prueba cabía al actor, de forma que, si no probaba conforme al derecho, “aunque no pruebe el reo, ha de ser absuelto”.⁵³ Bolaños, en la *Curia*, daba los motivos por los cuales se debía actuar de esa forma, explicando que “naturalmente, el que dice y afirma, ha de probar, por fundarse en afirmativa probable”; mientras que el que niega no necesitaba probar “por fundarse en negativa improbable de su naturaleza, salvo si de la negativa resulta la afirmativa, como si se niega la cosa por alguna causa que se dice y afirma”.⁵⁴ Murillo Velarde, por su parte, indicaba que, en los casos en que la presunción era en favor del actor, la carga de la prueba se transfería al reo; así por ejemplo, cuando el reo afirmase que había pagado una deuda, o cuando el actor era una persona privilegiada, como en el caso de pupilo, menor, mujer, soldado o rústico.⁵⁵

Se entendía, sin embargo, que había cosas o hechos que no precisaban ser probados, como los hechos notorios, por notoriedad de derecho, como era el caso de la sentencia transitada en juzgado o por confesión judicial, o por notoriedad de hecho, por ser públicamente conocidos y no poderse ocultar. Tampoco debían ser probados los hechos presumidos por fuerza de ley, que eran considerados como probados, ni aquellos hechos alegados por una parte y admitidos por la parte contraria, a no ser que fuese exigida la prueba por fuerza de la ley o del juez, como en los casos de no consumación del matrimonio.

La doctrina sobre *lo notorio*, como explica Rosoni, fue elaborada dentro del derecho canónico. La notoriedad de un hecho excluía la necesidad de prueba porque, como se pensaba, no hacía falta probar lo notorio porque “lo notorio es prueba indudable y acabada sobre la cual

⁵¹ MARYKS (2008), Pág. 85.

⁵² DI BERNARDO (2002), Pág. 69.

⁵³ HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Parte I, Párrafo 17, Número 2, Pág. 84. En Las Partidas se determinaba que, en ese caso, “deuen dar por quito al demandado de aquella cosa que no fue prouada contra el”. Cfr. LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Partida Tercera, Título 14. De las Pruebas, Ley 1.

⁵⁴ HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Parte I, Párrafo 17, Número 2, Pág. 84.

⁵⁵ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 140.

no hay discusión”.⁵⁶ En este mismo sentido, como también indica el historiador del Derecho y canonista, Maldonado Fernández del Torco, lo importante es entender que, aunque no total y completamente definidos por la doctrina, lo que caracteriza a un hecho notorio no es que no precisa de prueba, sino que, “los hechos notorios llegan al proceso con unos caracteres tales que hacen que no se exija una prueba de ellos, independientemente de que hayan sido recogidos por las partes (admitidos) o por el Derecho (presunciones)”.⁵⁷ Es precisamente porque la verdad de los mismos es patente y manifiesta que no necesitan acreditarla en el proceso.⁵⁸

Para la doctrina, no era lo mismo que el hecho fuera algo manifiesto o evidente y que fuera notorio. La diferencia consistía en que, mientras que lo manifiesto o evidente podía serlo así para uno o para muchos, lo notorio tenía que serlo para todo el pueblo o para su mayor parte. Aunque también en este punto, Maldonado aclara, que lo significativo no sería el número de personas que reconocieran un hecho como notorio sino la posibilidad y normalidad de ese conocimiento en el hombre medio y en unas circunstancias determinadas, de manera que lo notorio no sería un concepto absoluto (reconocido por todos y siempre) sino relativo (aquí y ahora)⁵⁹ y, en ese sentido, recoge una definición de Calamandrei quien, en su opinión, es quien mejor ha intentado una definición clara de “lo notorio”:

se consideran notorios aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en aquel tiempo en que se produce la decisión.⁶⁰

Murillo Velarde establecía una relación entre lo notorio y lo que era de “fama pública” y explicaba en su *Cursus* que se llegó a discutir, entre juristas y teólogos, cuál sería cuantitativamente el número mínimo suficiente de personas para que, reconociendo un hecho, fuese considerado como de “fama pública”. Y así elaboraba de forma no taxativa algunos ejemplos, afirmando que si la comunidad estaba compuesta por ocho miembros, bastarían cuatro que lo reconociesen; si de veinte, siete; si de cien, quince; si de mil, veinte o treinta, que lo supiesen. Y, añadía, que en algunos casos podría ser un número diferente, si se trataba de hombres graves y doctos.⁶¹

El debate histórico sobre el concepto de “notorio” entró en el derecho canónico a partir del derecho penal y del concepto de los *delicta notoria*, a partir de la época medieval y con el trabajo de los canonistas se fue relacionando con el de “evidencia” y “patenticidad”. Y, en ese sentido, se fue haciendo necesario, como vemos en Murillo Velarde, la determinación de un número de testigos para producir o reconocer la “evidencia”.⁶²

⁵⁶ ROSONI (1995), Pág. 65.

⁵⁷ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (1947), Pág. 761.

⁵⁸ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (1947), Pág. 761.

⁵⁹ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (1947), Pág. 755.

⁶⁰ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (1947), Pág. 754.

⁶¹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 147.

⁶² MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (1947), Pág. 752.

La doctrina fue delimitando cada vez mejor el alcance y el contenido de ese tipo de prueba, caracterizándola como un hecho público y notorio, reconocido por todos o por la mayor parte de los miembros de una comunidad. Y fue elaborando una serie de características del hecho notorio para evitar posibles dudas que llevasen a considerarlo todo (o nada) como notorio. Así se llegó a tres propiedades: a) El conocimiento de un dato de hecho o de derecho; b) La extensión de tal conocimiento o, por lo menos, la presunción de la extensión de tal conocimiento entre todos, o la mayor parte del pueblo; y c) La absoluta imposibilidad de ocultar, negar, o incluso, impedir que fuese reconocida la existencia de tal dato de hecho o de derecho.⁶³

Por otro lado, el juez no debía permitir la presentación de pruebas que tuviesen como finalidad retardar el juicio, o el interrogatorio de testigos muy distantes o cuyo domicilio fuese desconocido, o aceptar documentos que no pudiesen ser conocidos rápidamente, a no ser que fueran necesarios porque otros no eran suficientes o presentasen fallas.

Las pruebas eran presentadas al juez por medio de una *Propositio* con el pedido de que fueran admitidas y el juez, oída la otra parte, podía admitirlas o rechazarlas, notificándolo por un decreto. Si la parte contraria contestaba alguna prueba, surgía una cuestión incidental, que debía ser resuelta antes de dar continuidad al proceso. Cabía al juez el arbitrio y la prudencia para que esta parte del proceso no se transformase en dilaciones innecesarias.

Bártolo hizo una clasificación de los diferentes grados de certeza por los que pasaría el juez y que nos pueden servir aquí como un buen resumen de lo dicho. La convicción del juez pasaba por cinco etapas antes de llegar a la certeza necesaria para que pudiese dictar la sentencia: (1) “nescientia”, en la que el juez no tenía ningún elemento en que poder apoyar su juicio; (2) “dubitatio”, en que estaba en la incertidumbre y sin razón suficiente para adherirse a una de las partes; (3) “suspiciatio”, en que el juez tenía tan sólo indicio o indicios, pero la duda persistía. En cierto sentido, es el primer grado de prueba capaz de orientar al juez en uno u otro sentido, aunque aún no lo suficiente para salir de la duda; (4) “opinio”, en que el juez recogía fuertes argumentos y formaba así una opinión. En ese punto se estaba en un segundo grado de prueba, comúnmente llamado de prueba semi-plena; (5) “fides”, cuando el juez transformaba su opinión en una convicción segura, adhiriéndose sin ninguna duda a una parte.⁶⁴

Por lo tanto, el convencimiento del juez consistía en un paso gradual desde la duda (*dubitatio*) a la fe (*fides*) y era ese paso lo que se buscaba por medio de la fase probatoria. Como ya fue dicho, no tanto el formalismo legal, necesario e indispensable, sino la verdad dentro de la mayor certeza posible, o sea la verdad jurídica.

⁶³ ROSONI (1995), Pág. 65.

⁶⁴ ROSONI (1995), Págs. 236-237.

6. Tipos de prueba

Como dijimos, se usa también el término “prueba” cuando se quiere indicar los “medios de prueba”. De hecho, son dos cosas tan diferentes como el efecto y la causa: una es la averiguación y otra los medios que se utilizan para eso.

Antoni Stankiewicz, en su artículo sobre las características del sistema probatorio canónico,⁶⁵ dice que, en el aspecto estático, la prueba son los instrumentos o medios regulados por la norma procesal canónica, relevantes para llegar a la certeza moral sobre la verdad de la afirmación de un hecho controvertido,⁶⁶ mientras que, en el aspecto dinámico, la prueba es la actividad y los procedimientos probatorios, establecidos por la norma procesal, para verificar la afirmación sobre un hecho controvertido.⁶⁷

Volviendo a lo que decíamos antes, lo que parece digno de nota, si queremos caracterizar de manera general los diferentes tipos de prueba es, por un lado, que se da importancia a la prueba como “argumento racional” y no como “argumento persuasivo”;⁶⁸ y por otro lado, que en realidad, no se está discutiendo sobre si se tratan de hechos verdaderos o falsos, sino sobre la afirmación de la existencia de un hecho, la cual sí puede ser verdadera o falsa, así la prueba se refiere a la verdad sobre la afirmación de la existencia de un hecho.⁶⁹

Resumiendo lo dicho hasta ahora, y antes de entrar en los diferentes tipos de prueba, se puede decir que hay tres aspectos significativos en materia probatoria: el argumentativo, o sea, por medio de esquemas de argumentación y a partir de conjeturas; el demostrativo, haciendo uso de silogismos y deducciones; y el cognoscitivo, buscando encontrar la verdad de lo que se afirma o se niega sobre los hechos.⁷⁰

Los medios de prueba se hallaban consignados en las *Decretales*, donde eran tratados entre los siguientes Títulos: *De probationibus*, *De testibus et attestationibus*, *De testibus cogendis*, *De fide instrumentorum*, *De praesumptionibus*, *De iureiurando* y, de acuerdo con la tradición de los comentaristas, podían ser resumidos en el siguiente brocardo: *aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptura, iurans, confessus, praesumptio, fama probabit*.⁷¹

También en Las Partidas se determinaba a quién cabía la carga de la prueba según los diferentes casos. Así, por ejemplo, se establecía que la parte que negaba no tenía que probar,

⁶⁵ STANKIEWICZ (1994), Págs. 567-597.

⁶⁶ STANKIEWICZ (1994), Pág. 567.

⁶⁷ STANKIEWICZ (1994), Pág. 568.

⁶⁸ Elena Di Bernardo distingue esas dos formas de argumentación, insistiendo en la idea de que “por medio de la comprobación racional y dialógica de los hechos durante la fase probatoria se llegará necesariamente a una decisión que los destinatarios deberán sentir como propia en conciencia, aceptándola, en definitiva, como el producto de una actividad comunicativa paritaria y no coactiva. Como un acto de obsequio a la verdad”. En DI BERNARDO (2002), Pág. 72.

⁶⁹ STANKIEWICZ (1994), Pág. 572.

⁷⁰ STANKIEWICZ (1994), Pág. 572.

⁷¹ CADENA Y ELETA (1894), Pág. 132.

a no ser en casos señalados,⁷² o que si el padre dejaba en testamento a su hijo más de lo que estaba permitido en las leyes, cabía al hijo probar que le era debido.⁷³ En el caso de que alguien dijera que se había hecho el contrato siendo menor de edad,⁷⁴ o que era siervo y no libre⁷⁵ o, aún, que había hecho el pago pero lo hizo en la forma o a la persona errada,⁷⁶ cabía al demandante probarlo.

Poco a poco, la doctrina posteriormente fue clasificando los medios de prueba de manera más sistemática y ordenada, para facilitar su estudio. De cierta manera, se puede decir que “la historia de la prueba coincide con la historia de sus clasificaciones”⁷⁷ e, incluso, para algunos juristas modernos lo verdaderamente importante no son los “tipos”, sino que sean racionalmente sostenibles.⁷⁸ De cualquier forma, como recordaba Stankiewicz citando al famoso jurista Joseph Mascarudus, el nombre genérico es “prueba”, de la cual hay muchas “especies”, de tal forma que no hay un sistema cerrado legal, sino que la tradición canónica se caracteriza por la libertad, como consecuencia de la búsqueda de la verdad.⁷⁹

Así, por ejemplo, de acuerdo con la *Curia Philippica*, al tratar de la “Prueba”,⁸⁰ explicaba que se dividía en “seis especies: la primera la que se hace por juramento decisorio, que defiende una Parte a otra, según una Ley de Partida. La segunda, por confesión de Parte. La tercera, por testigos. La cuarta, por instrumentos. La quinta, por vista, y evidencia del hecho. La sexta, por presunción, según otra Ley de Partida”⁸¹ y, al ir explicando cada una de las especies, iba asentando si hacía plena probanza o semiplena.

Murillo Velarde, por su parte, explicaba que se llamaba prueba artificial a aquella que, extraída de las mismas entrañas de la cosa, era configurada por medio de argumentos. Y daba como ejemplo las *presunciones*. Y la no artificial era aquella que, de forma extrínseca, era realizada por medio de testigos, instrumentos, confesión u otros medios.⁸² Seguidamente,

⁷² LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 2 Como la non es tenuto de prouar lo que niega, si non fuere en cosas señaladas.

⁷³ LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 3 Quando el padre dexa a sus hijos de ganancia en su testamento mas de lo que dizen las leyes de nuestro libro.

⁷⁴ LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 4.

⁷⁵ LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 5 Que quando alguna de las partes dize en juizio que su contendor es siervo, e el otro responde que es libre qual deue prouar.

⁷⁶ LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 6 Como el fiziesse paga a otro si dixesse despues que la ouiesse fecha que la fiziesse por yerro como non deuia qual es tenuto delo prouar.

⁷⁷ STANKIEWICZ (1994), Pág. 576.

⁷⁸ STANKIEWICZ (1994), Pág. 577.

⁷⁹ MASCARDUS (1589), Conclusiones probationum, Vol. I, q. 4, No. 1-15, ff. 4v-5r., citado por STANKIEWICZ (1994), Pág. 593.

⁸⁰ HEVIA DE BOLAÑOS, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 17, No. 3, Pág. 84.

⁸¹ HEVIA DE BOLAÑOS, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 17, No. 3, Pág. 84.

⁸² MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 137.

continuaba clasificando las pruebas como “judiciales”, si eran realizadas después de la litiscontestación, en juicio. Y las “extrajudiciales” que se obtenían antes de la litiscontestación o fuera de juicio. Y, completaba, que aún había una división más importante (*praecipua divisio*) que era en “plenas” y “no plenas o semiplenas”.⁸³

A partir de la división de la argumentación hecha por Aristóteles en su libro sobre Retórica⁸⁴ se decía que las pruebas podían ser *artificiales* o *no artificiales*. Se decía que eran artificiales cuando hechas a partir de algunos tipos de inducción o deducción, como los raciocinios y las presunciones, a los que se recurría cuando faltaba la prueba no artificial. Como explicaba Rosoni, las pruebas artificiales, o extrínsecas “son las pruebas específicas de la experiencia jurídica, practicadas en concreto en el proceso: los testimonios, los documentos, los resultados materiales, el juramento, la confesión”.⁸⁵

La prueba por excelencia era la prueba no artificial, en la que no cabía error, porque su verdad emanaba directamente y, por lo tanto, era una cuestión de evidencia, de ver y no de argumentar. Era una prueba inmediata, donde no había la mediación del jurista. La prueba artificial era considerada como semiplena por ser una construcción, un artificio realizado por las partes en el momento del proceso probatorio; un artificio de naturaleza retórico-argumentativa con la finalidad de dar credibilidad a una determinada línea discursiva y argumentativa.⁸⁶ Y, en ese sentido, era aquí donde surgía la posibilidad del error.⁸⁷

También se fueron distinguiendo los medios de prueba o bien *por el modo* en que habían sido producidas, y se hablaba entonces de *directas*, que inmediata y directamente probaban un hecho, o *indirectas*, que provenían de otros hechos que no conducían directamente a lo que se quería probar, pero que por conjeturas se asumían como medios de prueba. Otra necesaria clasificación será plena y semiplena. Murillo Velarde clasificaba los diferentes tipos de prueba *plena* como aquella hecha “por instrumento público y auténtico, o por el testimonio de dos testigos mayores de toda excepción, o por confesión judicial sobre la propia cosa, o por evidencia del hecho, o por presunción vehemente, o, finalmente, por juramento hecho por la parte”.⁸⁸

Mientras que la prueba *no plena* podía ser *semiplena mayor* o *menor*, según el tipo de firmeza que produjese y que, en cualquier caso, por sí sola no fuese suficiente para que el juez profiriese su sentencia. Así entendía que eran semiplenas las pruebas basadas en un único testigo, aunque mayor y de toda excepción, o en dos testigos, pero no mayores o de toda excepción, o por una presunción verosímil o por escritura privada, o por otros medios simi-

⁸³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 137. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 131-132.

⁸⁴ ARISTÓTELES, *Retórica*, Lib. I, Cap. 2.2, 1355b, 35, Pág. 174 y Cap. 15.1, 1375a-1377b, Págs. 290-300.

⁸⁵ ROSONI (1995), Pág. 53.

⁸⁶ ROSONI (1995), Pág. 58.

⁸⁷ ROSONI (1995), Pág. 53.

⁸⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 138. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Pág. 132.

lares.⁸⁹ Y a partir de ahí se podía inferir que se trataba de una prueba semiplena *mayor* si el único testigo fuese una persona muy excelente y cualificada, o podía ser *menor* si fuese el caso, por ejemplo, de una presunción leve.

Murillo Velarde⁹⁰ admitía que, en los procesos civiles leves, dos pruebas semiplenas hiciesen plena probanza, aunque fuesen de género diverso, entendiendo de esa forma la Glosa que afirmaba “*Quod non possunt singula, multa iuvant*”. Así, por ejemplo, explicaba que hacían prueba plena las presunciones de fama pública o el testimonio de un único testigo con juramento supletorio. Sin embargo, en los procesos contenciosos graves, en los criminales y en los matrimoniales no admitía tal solución, exigiendo pruebas más claras. El efecto más importante de la *prueba plena* era que la sentencia debía darse conforme a la misma, de acuerdo con el principio *iuxta allegata et probata sententia ferenda est*.

Entre las diferentes pruebas, la confesión judicial era considerada como *optima probatio*, porque se entendía que era la aseveración o manifestación hecha en juicio por una de las partes, contra sí y en favor de la contraria, acerca de aquello que se pide o se discute. Se consideraba que la confesión así hecha, dentro de las condiciones y en las circunstancias que la ley determinaba, tenía fuerza de prueba plena.

Una Glosa de las Decretales resumía en una máxima las condiciones para la confesión válida: *maior, sponte, sciens, contra se, ubi ius fit, et hostis, certum, lisque, favor e ius nec natura repugnet*⁹¹ y Murillo Velarde explicaba cada una de ellas de la siguiente manera: a) hecha por persona mayor de 25 años y, siendo menor, con la autoridad de su curador – *maior*; b) libre y espontánea, sin coacción de ningún tipo, ni por sugerencias, promesas o dádivas de ninguna especie – *sponte*; c) con conocimiento cierto y no por error o engaño – *sciens*; d) contra sí mismo – *contra se*; e) ante juez competente, o, por su orden, ante escribano o alguacil para tanto – *ubi ius fit*; f) en presencia de su contrario o, como acostumbraba suceder, dando ciencia después a su contrario – *et hostis*; g) sobre cosa, cantidad o hecho determinado – *certum*; h) hecha en juicio – *lisque*; i) que no sea hecha en favor de quien confiesa – *favor*; y j) que no sea hecha contra la naturaleza y el derecho – *ius nec natura repugnet*.⁹²

La confesión así hecha tenía consecuencias importantes para la resolución de la causa, puesto que aprovechaba a la parte contraria, eximiéndola de la obligación de probar, superaba todas las otras pruebas, inutilizando las opuestas por testigos o instrumentos a su favor y desvanecía las presunciones contrarias.

Sobre la prueba por testigos, Murillo Velarde⁹³ afirmaba que para que hubiera probanza plena era suficiente que hubiera dos testigos concordes, idóneos y mayores de toda excepción, como tradicionalmente se deducía de los textos del Deuteronomio⁹⁴ y del evangelio

⁸⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 138.

⁹⁰ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 139.

⁹¹ Additio a la Glos. Ord. Confessos, en X 2, 18, 3, en *Corpus juris canonici* (1582), Vol. 2, Col. 680.

⁹² MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 18 De Confessis, No. 131.

⁹³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et Attestationibus, No. 156.

⁹⁴ DEUTERONOMIO, 17, 6 y 19, 15.

según San Mateo.⁹⁵ Y, por lo tanto, con el testimonio de un único testigo no se podía dictar sentencia.

Sin embargo, de acuerdo con la calidad de las personas, podría bastar el testimonio de un único testigo: 1. Si era Príncipe Supremo, pero si de ese testimonio se seguía un daño notable contra tercero y principalmente en crímenes de herejía, no hacía probanza plena a no ser que la declaración fuese de hecho propio; 2. Se crease en el foro de la conciencia de un único testigo, así por ejemplo, citaba Murillo Velarde, si alguien decía que en Manila había un privilegio para comer laticinios durante la cuaresma; 3. Cuando eran causas leves o de pequeño daño; 4. Si los litigantes estaban de acuerdo en asentar ese testimonio o declaración; 5. En causas matrimoniales, cuando se trataba de impedimento dirimente, que tan sólo constase de la declaración de la madre, marido o mujer. Y lo mismo cuando hubiese peligro de pecado; 6. Cuando se tratase de un favor de uno sin perjuicio del otro, por ejemplo, si se dudaba si alguien tenía la edad requerida para el acto, ya fuese clérigo, o bautizado, o moribundo, y pidiese confesión. En todos estos casos, concluía Murillo Velarde, bastaba el testimonio de un único testigo.⁹⁶

La prueba documental o por instrumento recibía su nombre, como explicaba Murillo Velarde, de la acción de instruir – *instruo* – el proceso⁹⁷ y podía ser por instrumento público, cuando había sido hecho por mano de notario o escribano, y firmado, adquiriendo fe pública, o por instrumento privado, cuando había sido hecho por persona particular o sin las debidas solemnidades,⁹⁸ careciendo de fe pública, y valiendo como prueba entre las partes.

En Las Partidas ya se hacía referencia que podía haber una escritura hecha “por mano de escribano público de Consejo o sellada con sello de Rey o de otra persona autentica” y había otra “manera de cartas que cada un otro ome puede mandar fazer sellar su sello, e tales como estas valen contra aquellos cuyas son solamente, que por su mandado sean fechas e selladas, e otra escriptura que cada uno faze con su mano e sin sello, que es como manera de prueua”.⁹⁹ A continuación, y detalladamente, iban siendo examinadas las formas y solemnidades que debían ser guardadas para todos los privilegios, y gracias reales, todos los contratos, muebles e inmuebles, y todas las otras formas de beneficios u obligaciones y contratos.

A su vez, el instrumento público se dividía en “Protocolum”, cuando se dejaba constancia, de forma sucinta, breve y sumaria, de la cosa realizada y, después, se elaboraba de forma solemne, y en “Transumptum”, en el cual se anotaba sencillamente “instrumento auténtico original”, en que se exponía plenamente la cosa realizada, y se infería o deducía del Protocolo.¹⁰⁰ Estaba previsto que, para evitar cualquier problema o dificultad, se expidiesen dos o tres copias, y la matriz siempre era el Protocolo. Así como el instrumento público hecho con

⁹⁵ Mt 18,16.

⁹⁶ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et Attestationibus, No. 155.

⁹⁷ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 22 De Fide Instrumentorum, No. 176.

⁹⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 22 De Fide Instrumentorum, No. 176.

⁹⁹ LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Partida III, Tít. 18 De las escrituras, porque se pruevan los pleitos, Ley 1 Que cosa es escritura, e que pro nace della, e en quantas maneras se departe.

¹⁰⁰ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. I, Tít. 22 De Fide instrumentorum, No. 176.

las debidas formalidades producía prueba plena, las copias, sin la debida firma del escribano, nada probaban.¹⁰¹

El papel en el que debía venir el documento era la “carta sellada”, con el sello real, con la indicación del año concreto y, si era usado para otro año diferente, entonces debía ser habilitado para aquel año, como se acostumbraba hacer en Indias. Había cuatro sellos, cada uno con un valor y una finalidad diferente, desde el sello mayor, o primero, que valía 24 reales, hasta el sello cuarto, del valor de un cuartillo, que era el más utilizado en Indias, porque:

se han de escribir los despachos de oficio, y de pobres de solemnidad (si estos los deduxeren a papel) y aun en tal caso, si faltaren los sellos en que sea sellado, no sea causa de nulidad, por cuanto nuestra intención y voluntad siempre ha sido y es aliviarlos de cualquier carga y gravamen.¹⁰²

Debían constar todas las palabras, sin abreviaturas. El día, mes y año, no expresos por números sino por letras; el lugar en que se hizo el instrumento y el contrato, y el negocio realizado de forma clara y distinta, con sus circunstancias, condiciones, ampliaciones y limitaciones. Al final, debían constar el nombre de los testigos, normalmente dos, a no ser que se requiriese por ley otro número, y firmado por el escribano que por ser un oficio personal, no podía delegarlo a nadie.¹⁰³

7. Pruebas negativas

En Las Partidas,¹⁰⁴ se determinó que “las cosas que son negadas en juyzio no las deben ni las pueden probar aquellos que las niegan”, porque según la misma naturaleza de las cosas no podían ser mostradas ni probadas, a no ser en los casos y forma que se determinaba en la ley, donde ejemplificaba una serie de casos de negativas.

Así, por ejemplo, cuando alguien negase que el juez fuera competente, o el abogado o el testigo de la parte, basándose en el motivo de que estaban impedidos por ley o derecho. En esos casos, declaraba la Ley de Las Partidas, la carga de la prueba recaía sobre quien negaba, indicando la ley o derecho en cuestión, porque – continuaba Las Partidas – esa negativa no tenía “de todo en todo natura en sí de negamiento”.¹⁰⁵ O cuando alguien alegase que el testamento no era válido porque su autor lo había hecho cuando no estaba en su sano juicio, dado

¹⁰¹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. I, Tít. 22 De Fide instrumentorum, No. 177.

¹⁰² MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. I, Tít. 22 De Fide instrumentorum, No. 180. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 164-165.

¹⁰³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. I, Tít. 22 De Fide instrumentorum, No. 181.

¹⁰⁴ LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 1 Que es prueua, e quien la puede hazer.

¹⁰⁵ LÓPEZ, *Las Siete Partidas*, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 2 Como la non es tenuto de prouar lo que niega, si non fuere en cosas señaladas.

que la presunción era que el testador sí estaba cuerdo, entonces quien lo negase sería quien lo debería probar.¹⁰⁶ Y así otra serie de ejemplos.

Por su parte, Murillo Velarde, resumía y organizaba mejor el caso de las pruebas negativas y, llevando en cuenta que las negaciones podían ser de diversa especie, distinguía entre proposiciones negativas de derecho, de hecho o de una cualidad.¹⁰⁷

La proposición negativa de derecho ocurría cuando se negaba que alguna cosa fuera conforme a derecho.¹⁰⁸ Así por ejemplo, si alguien negaba que algo se había hecho de acuerdo con el derecho previsto, a la vez estaba afirmando que eso mismo se había hecho injusta, ilícita o ilegalmente. En estos casos, como dijimos, la carga de la prueba se invertía y cabía, a quien negaba, probar su derecho. O, por ejemplo, cuando se negaba que alguien mató a una persona lícitamente. En ese caso, decía Murillo Velarde, la prueba recaía sobre quien lo afirmaba y no sobre quien lo negaba.¹⁰⁹

La proposición negativa de cualidad era la que negaba una determinada cualidad de alguien o de algo,¹¹⁰ como cuando se decía que tal persona no era legítima o idónea, como era el caso citado en Las Partidas de la impugnación de alguna de las partes en el proceso. Esa negativa podía probarse indirectamente, porque llevaba incluida una afirmación, ya que quien negaba que alguien era idóneo, también estaba afirmando que era incorrecto. La presunción en estos casos era a favor del poseedor, por lo tanto, se presumía que era idóneo a no ser que se probara lo contrario.¹¹¹

En la negativa de hecho, afirma Murillo Velarde, toda la dificultad estriba en la improbabilidad de un hecho por la propia naturaleza de las cosas.¹¹² Sin embargo, continúa el autor en su *Cursus*, esa afirmación no debía ser admitida como verdadera, siempre y en cualquier ocasión, de forma indistinta. Por eso, distinguía tres tipos de negativas de hecho: simple, encinta y coartada.¹¹³

La negativa de un hecho podía ser o bien “pura, simplex et indefinitiva”,¹¹⁴ como cuando alguien afirmaba de forma indefinida que no hizo algo, o que no ocurrió, o que no dijo, sin delimitación de tiempo y espacio y, en ese caso, no podía probarse ni directa ni indirectamente, porque era imposible.

Otra es la negativa encinta, que Murillo Velarde llama de *pregnans*, de forma bastante gráfica, porque esa negativa contiene en sí misma una afirmativa que sí puede y debe ser probada por quien niega. Así, por ejemplo, cuando alguien decía que no renunció espontá-

¹⁰⁶ LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida III, Tít. 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dubdosas, Ley 2 Como la non es tenuto de prouar lo que niega, si non fuere en cosas señaladas.

¹⁰⁷ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 141.

¹⁰⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 141.

¹⁰⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 141.

¹¹⁰ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 141.

¹¹¹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 141.

¹¹² MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 142.

¹¹³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 142.

¹¹⁴ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 142.

nea y libremente a un beneficio. En este caso se estaba afirmando indirectamente que hubo violencia y, por eso, se debía probar, porque, al contrario de la negativa pura y simple, ésta sí tenía determinación de lugar, tiempo o alguna otra circunstancia y podía y debía probarse, por lo menos indirectamente.¹¹⁵

Y, por último, existía la negativa coartada (“coarcta”), que se llamaba así porque se encontraba como confinada o restringida a un cierto lugar, tiempo o circunstancia. Así, por ejemplo, cuando se decía que en aquella hora en que se cometió un crimen estaba en otro lugar de tal modo distante que haría imposible que fuera su autor. También en este caso esa negativa podía y debía ser probada, correspondiendo la prueba a quien afirmaba esa circunstancia.¹¹⁶

8. Prueba “per inspectionem ocularem”

La inspección ocular era otro medio de prueba que podía ser hecha por los mismos jueces o por peritos. En el caso de que fueran peritos debían ser indicados aquellos que fuesen especialistas en el asunto o caso que estuviera en discusión. Así, por ejemplo, Murillo Velarde,¹¹⁷ se refería a los arquitectos en los casos en que hubiese daños o se temiese un daño en edificios, o a agrimensores si se trataba de una cuestión de límites en los campos, o a médicos y cirujanos si se dudaba si la herida había causado o no la muerte. Y así en casos semejantes, porque se entendía que aquellos que eran peritos o especialistas en un arte determinado gozaban de fe y crédito en todo lo que concernía a su área de conocimiento.¹¹⁸

Indicaba también que se requería el juramento de dos peritos y, para que hiciesen fe, debían juzgar conforme a los principios de su arte o ciencia y el dictamen de su conciencia.¹¹⁹ Sin embargo, si en el lugar donde se hacía la prueba sólo se podía encontrar un perito, su opinión debería ser tenida en cuenta, a no ser que se tratase de un caso verdaderamente difícil, porque, en esos casos, se debía llamar otro perito de algún lugar próximo o vecino.

Sus pareceres deberían ser reducidos a escrito, por el juez o por un delegado suyo, en presencia de un notario, citando a los litigantes y a todos los que pudieran tener algún interés en la causa. Esta prueba, decía Murillo Velarde, era una de las más válidas, entendiéndose por doctrina común que superaba las otras,¹²⁰ porque aquello que se obtenía por la evidencia del hecho debía ser tenido como verdadero, incluso después de publicadas las atestaciones, o concluida la causa o aún después de la cosa juzgada.

¹¹⁵ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 142.

¹¹⁶ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 142.

¹¹⁷ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 146.

¹¹⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 146.

¹¹⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 146.

¹²⁰ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 146.

9. Prueba por la fama

Un último medio de prueba, que, poco a poco, fue perdiendo fuerza, era la prueba por la fama, entendida como “una común opinión manifestada por lo que se acostumbra llamar de *vox populi*”.¹²¹

Murillo Velarde explicaba que, jurídicamente, no podía ser confundida la fama con el rumor, porque la fama tenía autor cierto, era reconocida por la comunidad y siempre iba creciendo, mientras que el rumor era una afirmación particular, que podía decaer fácilmente y su autor era siempre incierto y, por eso mismo, sólo podía inducir a una leve sospecha o presunción. Ya la fama, originándose en personas graves y fidedignas, podía ser alegada en juicio y debía ser probada por quien la alegaba, o por privilegios o instrumentos antiguos y, en el caso de que fueran muchos, debían ser coincidentes en lo mismo. Los testigos – que podían ser dos, de buena fama y juramentados – debían dar razón de su conocimiento: de quiénes lo oyeron, cómo lo supieron, etc.¹²²

Cuando la causa era de poca monta, la prueba de la fama hacía plena probanza. O cuando se trataba de evitar un pecado, como, puntualizaba Murillo Velarde, en el caso del matrimonio cuando se temía que hubiese impedimentos dirimentes, o cuando el hecho era oculto y de difícil prueba.¹²³ Así, ejemplificaba Murillo Velarde, si era fama que alguien había muerto y estaba ausente por más de diez años, bastaba que el heredero probase eso para que pudiese disponer de la herencia. Sin embargo, si se trataba de una muerte ocurrida hacía menos de cinco años, entonces podía ser probada, de forma plena, por dos testigos fidedignos que declarasen haberlo visto muerto o sepultado. También se podía probar por el testimonio del párroco que lo sepultó y, en ese caso, tal testimonio tenía valor notarial.¹²⁴

Sin embargo, en casos muy difíciles la fama era considerada como prueba semiplena menor y en algunos casos podría ser considerada plena si se añadiesen otras pruebas semiplenas concordes. Ya en las causas criminales, de naturaleza y prejuicio graves, se requería que la prueba fuese lo más clara posible,¹²⁵ haciendo alusión al proverbio común que pedía que la prueba fuese tan clara como la luz del mediodía.

¹²¹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 147. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 138-139.

¹²² MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 147.

¹²³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 147.

¹²⁴ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 147.

¹²⁵ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 19 De Probationibus, No. 147.

10. Problemática de las probanzas en Indias

En Indias, el tema de la prueba tenía algunas características particulares y específicas. Solórzano Pereira, el famoso jurista indiano, daba cuenta de su prolongada experiencia en Indias, advirtiendo que, en los casos en que se trataba de probar “las descendencias y parentescos para estos cacicazgos”, no era conveniente dar completa fe a los testimonios de los indígenas porque “cada pretensor prueba siempre lo que articula, y vienen los jueces a hallarse confusos en esta igualdad de probanzas, que de ordinario son de fama y de oídas”.¹²⁶ Y, aunque el Derecho determinaba que en los pleitos tenían igual fuerza los testigos y los instrumentos, su experiencia era que:

en los muchos pleitos que juzgué de esta calidad, siempre defería más a las probanzas que, fuera de los testigos, estribaban en instrumentos de listas y padrones antiguos de los pueblos y repartimientos que antiguamente se hicieron de los mismos indios y a los testimonios que se sacaban de los libros de bautismo y casamientos de los caciques antecedentes.¹²⁷

En ese mismo sentido se pronunciaba el III Concilio de México advirtiendo que, en los casos que dependiesen del testimonio de indios, el juez tuviese cuidado y ponderase cuánta fe debía dársele a sus testimonios, principalmente teniendo en cuenta su “propensión al perjurio”.¹²⁸

Por otro lado, Murillo Velarde consideraba que, en ciertos actos solemnes, se requería mucho más que dos testigos, así por ejemplo, siete para los testamentos solemnes y cinco para los codicilos; en los matrimonios se requería la presencia del párroco; siete para causas de impotencia; y cinco convocados exclusivamente para probar el pago de una deuda hecha por escritura pública.¹²⁹

Y, en el caso de las Indias, si eran causas graves, también se requería mucho más que dos testigos si eran indios. Los motivos que el jurista daba hacían parte de la imagen construida por los españoles desde los comienzos de la colonización: “la imbecilidad, inconstancia y mentira de los mismos”.¹³⁰ Murillo Velarde se remontaba al Virrey don Francisco de Toledo para explicar que, en el reino del Perú, el testimonio de seis indios contestes no probaban con mayor fe que uno idóneo. Y matizaba: “aunque no se admite esto en todo lugar, es oportuno que los jueces procedan con cautela y con juicio maduro y cuidadoso porque es sabido que los indios son fácilmente inducidos a perjurar”. Y completaba que aunque parecieran sencillos como palomas e inocentes como ovejas, había que tener cuidado porque simulaban fácilmente. Y concluía: “Por lo tanto, cuidado”.¹³¹

¹²⁶ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Libro II, Cap. XXVII, Pág. 203, ¶ 23.

¹²⁷ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Libro II, Cap. XXVII, Pág. 203, ¶ 25.

¹²⁸ CONC. III MEX. Libro II, Tit V De testibus, et de probationibus, § X in fine.

¹²⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et attestationibus, No. 157.

¹³⁰ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et attestationibus, No. 157. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 149-150.

¹³¹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et attestationibus, No. 157. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 149-150.

Solórzano Pereira, a quien Murillo Velarde hacía referencia en este punto, también tenía una opinión similar. Partiendo de la idea de que debían ser considerados dentro de la categoría jurídica de “miserables”, ya que cualesquiera que fuesen sus circunstancias y condiciones, “por su humilde, servil y rendida condición”¹³² todos se encajaban en esta categoría. Y si alguien opinase lo contrario, Solórzano aún añadía que debían ser considerados miserables, entonces, por su reciente conversión y por “su imbecilidad, rusticidad, pobreza, pusilanimidad y continuos servicios y trabajos”.¹³³ Y, recurriendo al Virrey del Perú, don Francisco de Toledo, afirmaba que “en las causas graves, donde fuere forzoso examinar testigos, no se recibían menos de seis”,¹³⁴ matizando que, aun así, no había por qué seguir la regla de derecho y opinión común de que fuesen oídos separadamente, porque, si al juez le pareciere, podían ser oídos todos juntos. Y, coincidiendo con Murillo Velarde, concluía que no se les debía dar más crédito “que si sólo uno idóneo se hubiera examinado”.¹³⁵

En el caso de segunda instancia, el III Concilio Mexicano puntualizaba que las pruebas de los testigos no podían ser hechas por los mismos artículos, a no ser en los casos y modos que fuese concedido por el juez y para que eso fuera cumplido se determinaba que los artículos que debían ser producidos por abogados o procuradores fuesen suscritos y examinados por el juez para que no fuesen los mismos.¹³⁶ Y, en el caso de procesos criminales contra servidores y oficiales nombrados por el obispo, que tuvieran como causa regalos, dineros o beneficios recibidos injusta o ilícitamente, se determinaba que era prueba suficiente lo que estuviera determinado en la Recopilación de Indias, y en rúbrica al margen estaban anotados el Libro III, Título IX, Ley VI y el Libro VII, Título VII, Ley VII, que, tratando sobre visitas a las cárceles, indicaba que se diese cuenta al Virrey, que avisaría a la Audiencia para conocer lo que ésta “siente de aquella causa” y, de esa forma, estando todos informados de la verdad del hecho, sabrían lo que deberían hacer.¹³⁷

Con relación a los plazos “para probar y haber probado y para presentar la probanza”,¹³⁸ era de 80 días para las ciudades y villas de “aquende los Puertos” y de 120 días “si allende”, se determinaba que para los pleitos que corrieran en la Casa de Contratación, “si se huviesen de dar probanzas en las Indias”¹³⁹ los plazos serían de un año y medio para la Nueva España, de dos para el Perú y de tres para las Filipinas.

¹³² SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Libro II, Cap. XXVIII, Págs. 206-207, ¶ 1.

¹³³ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Libro II, Cap. XXVIII, Pág. 207, ¶ 3.

¹³⁴ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Libro II, Cap. XXVIII, Pág. 211, ¶ 35.

¹³⁵ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Libro II, Cap. XXVIII, Pág. 211, ¶ 35.

¹³⁶ Conc. III Mex. Libro II, Tit V De testibus, et de probationibus, § VI.

¹³⁷ Conc. III Mex. Libro II, Tit V De testibus, et de probationibus, § VII.

¹³⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et attestationibus, No. 160. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 151-152.

¹³⁹ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Lib. II, Tít. 20 De Testibus et attestationibus, No. 160. La traducción está tomada de MURILLO VELARDE (2004), Vol. 2, Libro Segundo, Págs. 151-152.

11. Balance historiográfico

Entre los varios autores procesalistas y obras que podrían ser citados, me gustaría referirme a algunos más detalladamente, por parecerme que, de forma clara, abordan cuestiones centrales del sistema probatorio en derecho canónico.

El artículo sobre las Cuestiones fundamentales de Derecho probatorio canónico,¹⁴⁰ del profesor de derecho procesal canónico, Arroba Conde, detalla lo que él mismo denomina como “cuestiones fundamentales”, proponiendo una redefinición del concepto de prueba.¹⁴¹ La cuestión fundamental, en su opinión, se centraría en el hecho de que, a diferencia del proceso civil, donde los medios de prueba tienen como finalidad primaria obtener la convicción o persuasión del juez, en el canónico, por su especificidad, lo que se busca es alcanzar la verdad y comprobación de los hechos, de manera que el convencimiento del juez sería tan sólo el objetivo último.

En ese sentido, al tratar sobre otra cuestión fundamental, como es el principio del contradictorio, Arroba Conde advierte que en derecho canónico, al contrario del civil, el contradictorio no se entiende, o no se debe entender, como contraposición de intereses, sino como colaboración dialéctica, de todas las partes, en la búsqueda de la verdad. Y, continúa el autor, en esa búsqueda, la certeza moral no se confunde con la prevalencia numérica de las pruebas, sino con la posibilidad de superar cualquier duda razonable y, en ese sentido, es imprescindible distinguir dos tipos de racionalidad: una racionalidad intrínseca, más propia de los aspectos más personales e íntimos, y una racionalidad dialógica, que resultaría del consenso de los destinatarios.¹⁴²

Como el mismo autor explica en la introducción de su artículo, sus reflexiones con respecto a esas cuestiones están motivadas principalmente porque, en su entender, la fase probatoria es la que mejor refleja el carácter técnico y judicial, sin, por ello, disminuir el aspecto pastoral, a diferencia de otras formas con que la Iglesia afronta los problemas de los fieles.¹⁴³

También es interesante el artículo del mismo Arroba Conde sobre la Relación entre las pruebas y la comprobación de la verdad en el proceso canónico,¹⁴⁴ en que el autor vuelve a afirmar, destacando la importancia para el proceso canónico del *favor veritatis*, que lo que determina la verdad o falsedad de los enunciados presentados en el proceso es su correspondencia con la realidad. Y, por eso, explica que las reglas para la admisión de pruebas son diferentes de las de los procesos civiles, porque, de manera general, se admiten todos los medios de prueba, incluso los atípicos, ya que prevalece el deseo del conocimiento de la verdad.¹⁴⁵

¹⁴⁰ ARROBA CONDE (2007), Págs. 105-129.

¹⁴¹ ARROBA CONDE (2007), Pág. 108.

¹⁴² ARROBA CONDE (2007), Pág. 115.

¹⁴³ ARROBA CONDE (2007), Pág. 106.

¹⁴⁴ ARROBA CONDE (2012), Págs. 11-36.

¹⁴⁵ ARROBA CONDE (2012), Pág. 28.

El artículo de Alessandro Giuliani, “Il concetto classico de prova. La prova como ‘argumentum’”,¹⁴⁶ establece una distinción entre el concepto clásico y moderno de prueba, caracterizando lo moderno del concepto en la tendencia a identificar la prueba jurídica con la prueba indirecta, implicando el paso del hecho conocido al desconocido, mientras que en la tradición clásica griega y romana se entiende la prueba como *ratio* o *argumentum*.¹⁴⁷

El análisis histórico de Giuliani sobre el concepto clásico de prueba es profundo y detallado, tratando no sólo de los “topoi” y del “status” de los enunciados, sino también de lo dudoso, lo normal, lo verosímil y lo probable. El autor desarrolla sus tesis mostrando cómo, a imitación del discurso científico, el método retórico, propio de lo jurídico, también tiene una pretensión de objetividad y necesidad, pero con diferentes grados de certeza. En su opinión, se trata no de un conocimiento causal, sino conjetural, que es lo propio de una retórica judicial.¹⁴⁸

Elena Di Bernardo publicó mucho más recientemente un libro en que destaca como “la más válida”, de entre las varias definiciones de prueba, la ofrecida por Joseph Mascardi, de que la prueba es la manifestación hecha al juez, por legítimos argumentos, de un hecho dudoso o controvertido.¹⁴⁹ Hasta ese momento histórico, destaca Di Bernardo haciendo referencia al artículo de Giuliani, la característica principal de la prueba sería la de ser realizada por “argumentos”, dentro de los cánones retóricos clásicos de “*status*”, “*quaestio*”, “*topos*”, donde lo fundamental era la presunción y la conjetura. A partir de ese momento se fue dando paso a la prueba como “demostración”, haciendo uso del silogismo y de la deducción.¹⁵⁰

Di Bernardo concluye que el concepto de prueba no se puede reducir a esas dos formas o características, haciendo referencia a la opinión del procesalista Michelle Taruffo, para quien también se debe hablar del “aspecto cognoscitivo”, donde el problema de la verdad del hecho dudoso o controvertido no puede ser dejado de lado.¹⁵¹

Sobre una de las principales características del proceso canónico, Paolo Grossi trata en un artículo sobre la *Aequitas Canonica*,¹⁵² a partir de la idea de que la finalidad del derecho en la Iglesia es la salvación de las almas y ahí radica la diferencia con el concepto jurídico de equidad en el campo civil.¹⁵³

Grossi apunta como la característica principal de la equidad canónica “el nexo entre el caso concreto y el peligro del alma” y, por eso, representa un elemento indispensable contra “el rigor del derecho y el culto formal de la norma”.¹⁵⁴ Posteriormente el autor trata de las funciones interpretativa, supletoria y substitutiva de la equidad, concluyendo que, al contrario

¹⁴⁶ GIULIANI (1964), Págs. 357-388.

¹⁴⁷ GIULIANI (1964), Pág. 359.

¹⁴⁸ GIULIANI (1964), Pág. 370.

¹⁴⁹ DI BERNARDO (2002), Pág. 22.

¹⁵⁰ DI BERNARDO (2002), Pág. 23.

¹⁵¹ DI BERNARDO (2002), Pág. 29.

¹⁵² GROSSI (1998), Págs. 379-396.

¹⁵³ GROSSI (1998), Pág. 383.

¹⁵⁴ GROSSI (1998), Pág. 392.

de lo que pueda pensarse, la equidad canónica representa una lectura objetiva de la situación concreta.¹⁵⁵

Sobre el desarrollo histórico de las pruebas en el proceso y, principalmente sobre la cuestión de la certeza, puede ser consultada la tesis de Valentina Zona, *La verità processuale nel Lungo Seicento*, defendida en 2011 en la Universidad de Macerata.¹⁵⁶

La autora realiza su estudio analizando históricamente el desarrollo del proceso, principalmente entre los siglos XVI y XVII. Zona discute las cuestiones en torno a lo alegado y probado, a decidir o no conforme a la conciencia, al choque entre la verdad conocida en privado y la verdad en los autos, e insiste en la idea de que la teología moral acabó por dar relieve a un elemento hasta entonces poco conocido como fue el de la subjetividad valorativa en la búsqueda de la verdad judicial. De cierta forma, en su opinión, la verdad procesal fue dejando de ser entendida como algo absoluto, que sería resultado de un mecanismo legal e impersonal, y se fue abriendo paso la opinión y el convencimiento del juez. La premisa para este cambio, de acuerdo con Valentina Zona, consistió en fundamentar la opinión en una matriz racional, confiriéndole, a la vez, certeza y confiabilidad, de manera que la certeza moral o judicial pasó a ser una alternativa a la matemática de la prueba.¹⁵⁷

También es interesante el artículo de Padoa-Schioppa, *Sulla coscienza del giudice nel diritto comune*,¹⁵⁸ donde el autor hace un recorrido por los diferentes teóricos (Bartolo, Santo Tomás, Paolo Di Castro, De Luca ...) y sus posiciones desde el siglo XII al XVIII con relación al tema de la conciencia del juez y advierte que, al entrar en el siglo XV y XVI se observa un cambio semántico en el que el problema ya no es más ‘seguir la ley’ o ‘seguir la conciencia’, sino saber cuál es el nivel de certeza que el juez debe tener al aceptar las pruebas, percibiéndose la estrecha relación entre el derecho civil y el canónico, que dominó la escena europea del XII al XVIII.

En ese mismo sentido, es también una obra importante el libro de Isabella Rosoni, *Quae singula non possunt collecta iuvant. La Teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*.¹⁵⁹ La autora también comparte la idea de que es precisamente el período del Seiscientos el gran divisor de aguas en la construcción doctrinal del sistema probatorio. En su libro, Rosoni intenta mostrar las relaciones entre los filósofos, los lógicos y los matemáticos y su influencia en el desarrollo de las ideas de verdad, certeza y probabilidad también en el campo judicial y procesal.

En sus capítulos trata de las pruebas artificiales y no artificiales, de las plenas y semiplenas, bien como de los indicios próximos o remotos y de las presunciones. Es un verdadero tratado sobre los diferentes tipos de prueba, con un análisis histórico profundo y con extensas referencias bibliográficas a los principales autores del derecho procesal, principalmente entre los siglos XV y XVII.

¹⁵⁵ GROSSI (1998), Pág. 394.

¹⁵⁶ ZONA (2011) (http://ecum.unicam.it/408/1/Tesi_dottorato_Zona.pdf, acceso 5/5/2015).

¹⁵⁷ ZONA (2011), Págs. 150-170.

¹⁵⁸ PADOA-SCHIOPPA (2001), Págs. 121-162.

¹⁵⁹ ROSONI (1995).

Bibliografía

Fuentes primarias del corpus

Corpus juris canonici emendatum et notis illustratum. Gregorii XIII. pont. max. iussu editum. Romae: In aedibus Populi Romani, 1582. 3 parts in 4 volumes (<http://digital.library.ucla.edu/canonlaw>).

ALONSO DE LA PEÑA MONTENEGRO, Itinerario para Parochos de Indios ..., En Madrid, Por Joseph Fernández de Buendía, 1668.

GREGORIO LÓPEZ DE TOVAR, Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas, Salamanca, 1555.

JUAN DE SOLÓRZANO PEREYRA, Política Indiana, 2 Tomos, Madrid, En la Imprenta Real de la Gazeta, 1776.

JUAN HEVIA DE BOLAÑOS, Curia Philipica, Primero y Segundo Tomo, Madrid, por Ramón Ruiz, de la Imprenta de Ulloa, 1790.

PEDRO MURILLO VELARDE, Cursus juris canonici, hispani, et indici in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones ..., 3 Ed., Matriti, Typographia Ulloae, a Romane Ruíz, 1791.

Sanctum provinciale concilium Mexici celebratum anno dni millessmo quingentesmo octuagessimo quinto, apud Ioannem Ruiz, Excudebatq(ue), Mexici, 1622.

Fuentes complementarias

ARISTÓTELES, Retórica, Introducción, traducción y notas por Quintín Racionero, 4ª reimpresión, Madrid: Gredos, 2008.

BUSENBAUM, HERMANN, Medulla Theologiae Moralis facili ac perspicua methodo resolvens casus conscientiae ex variis probatisque authoribus concinnata, Monasterii Westphaliae, Bernhardi Raesfeldi, 1659.

MASCARDUS, IOSEPHUS, De probationibus. Conclusiones probationum ómnium quae in utroque foro quotidie versantur ... quibus canonicae, civiles, feudales, criminales, caeteraeque materiae continentur, per ampliationes, ut dicitur, limitationes, intelligentiasque alphabetico ordine abunde digestae, Vol. I, Lugduni, apud Gulielmum Rovillium, 1589.

MURILLO VELARDE, PEDRO (2004), Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano, Trad. Alberto Carrillo Cázares [et al.], Vol. 2, 4 Vols., Zamora: El Colegio de Michoacán - UNAM, Facultad de Derecho.

CADENA Y ELETA, JOSÉ (1894), Tratado teórico-práctico de procedimientos eclesiásticos en materia civil y criminal, 2º Ed., Madrid: Gregorio del Amo.

Bibliografía secundaria

ARROBA CONDE, MANUEL JESÚS (2007), Cuestiones fundamentales de derecho probatorio canónico, en: RODRÍGUEZ CHACÓN, RAFAEL (ed.), Puntos de especial dificultad en Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal, y cuestiones actuales de Derecho eclesiástico y relaciones Iglesia-Estado. Actas de las XXVII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Cononistas en Madrid, 11-13 de abril de 2007, Madrid: Dykinson, Págs. 105-130.

ARROBA CONDE, MANUEL JESÚS (2012), Relación entre las pruebas y la comprobación de la verdad en el proceso canónico, en: Anuario de Derecho Canónico, No. 1, Págs. 11-36.

BARROS, MARIA CÂNDIDA DRUMOND MENDES/VITOR MANOEL MARQUES DA FONSECA (2010), Passagens do livro “Itinerário para Párocos de Índios”, de Peña Montenegro (1668), em um confessionalário jesuítico setecentista da Amazônia, en: Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi. Ciências Humanas Vol. 5, No. 3, Págs. 669-679.

DI BERNARDO, ELENA (2002), Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria, Roma: Lateran University Press.

GIULIANI, ALESSANDRO (1964), Il concetto classico di prova: la prova come “argumentum”, en: Société Jean Bodin Pour l’Histoire Comparative Des Institutions (ed.), La preuve. Antiquité, Vol. 1, Bruxelles: Éditions de la Librairie Encyclopédique, Págs. 357-388.

GROSSI, PAOLO (1998), Aequitas canonica, en: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Vol. 27, No. 1, Págs. 379-396.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, JOSÉ (1947), El problema de los hechos notorios en el Código de Derecho Canónico, en: Revista Española de Derecho Canónico Vol. 2, No. 6, Págs. 749-766.

MARYKS, ROBERT ALEKSANDER (2008), Saint Cicero and the Jesuits. The Influence of the Liberal Arts on the Adoption of Moral Probabilism, Hampshire, Burlington - Rome: Ashgate Publishing - Institutum Historicum Societatis Iesu.

MECCARELLI, MASSIMO (1998), Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune, Milano: Giuffrè.

PADOA-SCHIOPPA, ANTONIO (2001), Sulla coscienza del giudice nel diritto comune, en: Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca, Vol. 6, Napoli: Jovene Editore, Págs. 121-162.

QUINTANA REYNÉS, LORENZO (1943), La prueba en el procedimiento canónico, con un apéndice al libro „Las causas de nulidad de matrimonio y su tramitación“, Barcelona: Bosch.

RIMBAU MUÑOZ, FRANCESC MANUEL (1997), El matrimonio en el “Itinerario para párrocos de indios” de Alonso de la Peña Montenegro. Aportación jurídico-pastoral a la introducción del matrimonio cristiano en Indias, Roma: Tesis de doctorado en el Ateneo Pontificio de la Santa Cruz.

ROSONI, ISABELLA (1995), Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna, Milano: Giuffrè.

STANKIEWICZ, ANTONI (1994), Le caratteristiche del sistema probatorio canonico, en: BONNET, PIERO ANTONIO, CARLO GULIO (eds.), Il processo matrimoniale canonico, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, Págs. 567-597.

TARUFFO, MICHELE (2014), A prova, Trad. de João Gabriel Couto, São Paulo: Marcial Pons.

VIDAL, MARCIANO (1986), Frente al rigorismo moral, benignidad pastoral. Alfonso de Ligouri (1696-1787), Madrid: Instituto Superior de Ciencias Morales.

VITELLIO, ANTONIA (2007), La certezza morale nel diritto canonico, Napoli: Tesi di dottorato, Università degli Studi di Napoli, Federico II.

ZONA, VALENTINA (2011), La verità processuale nel lungo Seicento, Macerata: Tesi di dottorato in Storia del Diritto, Università degli studi di Macerata.