



ABRIR TOMO II

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE GEOGRAFÍA E HISTORIA
Dpto. de HISTORIA MODERNA**

LOS PLEITOS CIVILES EN CASTILLA. 1700 - 1835 :

**ESTUDIO DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
CASTELLANA EN EL MARCO DE LOS PLEITOS PRIVADOS**

TOMO III

La fase probatoria. Ideas generales sobre la probanza y su práctica.- La prueba de confesión y el juramento en juicio.- La prueba de testigos y su trascendencia en la práctica.- La objetivación de la prueba: Los documentos.- Los restantes medios de prueba. La consideración de impuros por la doctrina y su utilidad en la práctica. La publicación de las pruebas.

TESIS DOCTORAL

**MARÍA JOSÉ GANDASEGUI APARICIO
Madrid 1998**

INDICE TOMO III

PARTE TERCERA: LA FASE DE PRUEBA.

Capítulo VI.- La fase probatoria. Ideas generales sobre la probanza y su práctica.	Pág. 1
6.1.- Evolución de las pruebas y su fijación doctrinal desde el Derecho Común.	Pág. 3
6.2.- Confusión terminológica: Probanza como medio y como resultado. Concepto de prueba y su contenido.	Pág. 5
6.3.- La carga y valoración de la prueba.	Pág. 19
6.4.- Clases de pruebas.	Pág. 28
6.5.- El recibimiento del pleito a prueba.	Pág. 32
6.6.- El término de prueba y sus prórrogas.	Pág. 45
6.7.- La cuestión de la duración de los términos probatorios y sus posibles alteraciones por el juzgador.	Pág. 47
6.8.- Presentación de interrogatorios y demás pruebas a practicar.	Pág. 80
Capítulo VII.- La prueba de confesión y el juramento en juicio.	Pág. 89
7.1.- Evolución de la confesión como prueba en relación con el juramento.	Pág. 90
7.2.- Sobre qué es la confesión y cuales son sus requisitos.	Pág. 93
7.3.- Clases de prueba de confesión.	Pág. 102
7.4.- Las posiciones y su valor frente al interrogatorio. Forma de hacerse.	Pág. 104
7.5.- El juramento en juicio. Su valor y significado.	Pág. 122
Capítulo VIII.- La prueba de testigos y su trascendencia en la práctica.	Pág. 129
8.1.- Qué es la prueba de testigos. Requisitos para ser testigo y prohibiciones que les afectan.	Pág. 133
8.2.- Número de testigos necesarios para hacer prueba.	Pág. 151
8.3.- Los interrogatorios de preguntas y su presentación.	Pág. 156
8.4.- Cuando la prueba de testigos debía hacerse fuera de la jurisdicción.	Pág. 169
8.5.- El juramento como requisito previo al examen de de testigos.	Pág. 181
8.6.- El examen de los testigos ante el juez o receptor de la prueba.	Pág. 185
8.7.- La intervención de los intérpretes en la prueba de testigos.	Pág. 209
8.8.- La cuestión del examen de los testigos una vez finalizado el término probatorio.	Pág. 210

8.9.- La valoración de la prueba testifical.	Pág. 214
8.10.- La tacha de testigos	Pág. 220
Capítulo IX.- La objetivación de la prueba: Los documentos.	Pág. 226
9.1.- La prueba por documentos. Qué es el documento Sus clases y requisitos.	Pág. 229
9.2.- El otorgamiento de una escritura pública: Cómo se produce su elaboración.	Pág. 233
9.3.- La presentación de los documentos en juicio. Su cotejo y compulsas.	Pág. 243
9.4.- Efectos probatorios de los documentos públicos. La cuestión del planteamiento en juicio de la falsedad de un documento.	Pág. 254
9.5.- Los documentos privados y su valor como prueba.	Pág. 259
Capítulo X.- Los restantes medios de prueba. La consideración de impuros por la doctrina y su utilidad en la práctica.	
La publicación de las pruebas.	Pág. 262
10.1.- La inspección ocular o vista de ojos.	Pág. 263
10.2.- El privilegio considerado como un medio de probar.	Pág. 268
10.3.- Presunciones ley y fama como formas supletorias de probar.	Pág. 277
10.4.- La intervención de terceros expertos en las pruebas. Los peritos.	Pág. 286
10.5.- La restitución “In integrum” como un privilegio procesal.	Pág. 292
10.6.- La publicación de las pruebas.	Pág. 302

PARTE TERCERA: LA FASE DE PRUEBA.**CAPÍTULO VI.- LA FASE PROBATORIA. IDEAS GENERALES SOBRE LAS
PROBANZAS Y SU PRACTICA.**

"A la demanda, y respuesta (que llamamos conclusión del pleito) se siguen las pruebas de lo alegado".¹

Con la presentación de los escritos de conclusiones que las partes aportan sobre sus alegaciones iniciales, queda perfeccionada la fase de comienzo del proceso " y delimitado jurídicamente a través de las manifestaciones de las partes, o en su caso, a través de su falta de actividad."²

El criterio de preclusividad que rige el sistema procesal castellano³, obliga, para poder pasar de una fase o momento procesal a otra, a que la anterior haya quedado cerrada.

La fase inicial de un pleito es aquella en la que las partes fijan, respectivamente y por su orden, sus pretensiones en forma de alegaciones; una frente a la otra, una en respuesta de los hechos que la otra dice o alega, y siempre dentro de los plazos y de los términos a los que se ven sujetas. Pero una vez que se han hecho todas las afirmaciones que consideran necesarias, deben hacer llegar a la convicción del juzgador que son ciertas, y para ello se articula el sistema de pruebas procesales, para llevar al juez al convencimiento de la verdad de una alegación y para que esa convicción de verdad quede fijada a los efectos y fines del proceso.

¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 292.

² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 784.

³ La preclusividad es una característica general de todos los sistemas procesales cuyo origen y fundamento está en el Derecho Común.

"Fijado por la contestación o excepciones el punto en cuestión, se sigue dar la prueba para convencer al juez de los hechos dudosos que es la segunda parte del juicio".⁴

Por lo tanto, la prueba globalmente tiende a **fijar** unos hechos como **verdaderos** para que el juez los pueda tomar así en su sentencia; por ello, la actividad probatoria no debe llevar al proceso los hechos tal y como se produjeron, ya que no se está buscando la verdad material, sino el convencimiento del juez, adquiriendo así toda esta actividad procesal un matiz de formalidad que busca un resultado concreto.

De lo dicho se puede entender con facilidad que la prueba es una actividad procesal pues se integra en el marco del proceso, sujetándose a las normas que la regulan y a los principios que la influyen. Y es una actividad procesal de parte, aunque dirigida y controlada por el juez tanto en su admisión como en su práctica; la actividad probatoria corresponde a las partes del pleito. Son las partes, demandante y demandado, a los que corresponde la iniciativa de la actividad probatoria: las partes han de proponer al juez los medios de prueba que quieren utilizar para fijar la verdad de lo alegado, y es a las partes a quienes corresponde la práctica efectiva con su intervención directa en todas las actuaciones procesales probatorias.

Para estudiar y analizar como se probaba en los pleitos privados, nos vamos a mover en dos planos diferentes: El de las leyes reales y de la doctrina y la práctica

Las leyes reales poco o nada nos dicen a cerca de lo que es la prueba o lo que se debe entender como prueba en el proceso civil. Atienden a la actividad de lo que se debe probar, lo que se puede probar, y sobre todo cómo se debe probar.

Es en el plano de la doctrina, la clásica y la postclásica o práctica, en el que nos vamos a encontrar con una elaboración más completa y extensa de lo que es la prueba procesal y cómo

⁴ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 86.

se debe practicar esta prueba para que efectivamente sea válida y pueda surtir los efectos que se pretenden⁵.

Lo primero que llama poderosamente la atención al acercarse a los autores, sobre todo los prácticos, es la extensión que dedican en general al estudio de la prueba y su forma de llevarse a cabo; sorprende su desproporción por lo extenso en relación con lo explicado de otras fases o periodos procesales. Se convierte la prueba o fase de probanzas en una macro actividad desarrollada por la doctrina, sobredimensionando su importancia respecto del resto de los actos procesales. En cuanto a la práctica, es decir, a la forma material de hacerse las pruebas, resulta una fuente de información muy completa por ser una actividad procesal muy elaborada y sujeta a usos forenses.

6.1.- Evolución de las pruebas y su fijación doctrinal a partir del Derecho Común.

En la introducción al Titulo XIV de la Partida III, hace el Legislador una argumentación para motivar la existencia de la prueba, con todo el sentido práctico y realista que fluye de este cuerpo legislativo, no exento del reconocimiento de los errores conocidos del hacer procesal del momento." Los juzgadores hacen preguntas a las partes para saber la verdad del pleito, y aunque las hagan con juramento, tanta es la maldad de algunos hombres, que para torcer la demanda que les hacen, niegan la verdad de ellas, y por ello se va a decir la prueba que los hombres pueden aducir en juicio sobre las cosas negadas".⁶

En este momento histórico, en el que la recepción del Derecho Común se hace realidad plasmada en un cuerpo legislativo uniforme y homogéneo como son **Las Partidas**, se fija la verdadera dimensión de lo que va a ser la prueba judicial por la influencia directa del Derecho

⁵ Teniendo siempre presente que toda esta elaboración doctrinal no es mas que un trasunto del Dº Común, con escasa referencia a la práctica judicial o a la legislación, y menos aún un aporte crítico.

⁶ P.P. 14.3. Introducción

Canónico; estableciendo un sistema de prueba legal y tasada, frente a la prueba libre y sacralizada que había dominado en periodos anteriores de mayor arcaísmo jurídico.

Así configurada va a permanecer durante todo el sistema del derecho procesal del Antiguo Régimen, pasando casi intacta a la Codificación.⁷

El sistema de prueba judicial que a través del Derecho Común nos aportó el Derecho Canónico tendía a que las pruebas fuesen **legales y tasadas**. Se entiende como un sistema de prueba "legal" aquel que regula qué pruebas pueden aducirse en juicio y como han de realizarse; y son "tasadas" ya que deben todas las pruebas que las partes intenten utilizar estar comprendidas en aquellos medios que la ley permite. Este sistema, actuó como un factor de humanización en el ámbito de la administración de justicia, y además supuso un avance en el intento de hacer que los procedimientos judiciales fuesen investigaciones racionales de la verdad alegada.⁸

Según este sistema de pruebas legales y tasadas, las pruebas tienen que estar reguladas minuciosamente para limitar su admisión, obligando a ser presentadas según un procedimiento determinado.⁹ Su origen está ya en Las Decretales, y en un sentir social y de poder para controlar la actividad del juez sujetándolo a determinadas formalidades que actuaban como control y garantía de la imparcialidad de los juzgadores frente a las intromisiones personales en el pleito.¹⁰

Así, la valoración jurídica de las pruebas, frente a la misma valoración hecha por el juez, pero con carácter de libre sin sujeción a normas, supone una garantía más de las partes frente a posibles abusos judiciales. Las reglas que fijaban el valor que había que dar a cada clase de

⁷ Para una evolución histórica de la prueba, ver más extensamente MARÍA PAZ ALONSO, El proceso penal en Castilla, pags. 221 y ss.

⁸ MERRYMAN, J.H. La tradición jurídica Romano-Canónica, pág. 200.

⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 223.

¹⁰ MARÍA PAZ ALONSO, Ibidem.
MERRYMAN, Ibidem.

pruebas actuaban mecánicamente; se dirigían a evaluar las pruebas y a que a cada prueba se diese un valor aritmético a priori, basándose en lo que se consideraba experiencia común.¹¹

Puede servir como ejemplo de esta regulación exacta de valor que cada prueba debía tener para el juez, lo que se refiere a la prueba de testigos. En esta prueba tenía un valor por sí mismo, la condición, el número, el sexo y la edad de los testigos (en la documentación de esta prueba se hacían constar estas circunstancias). Determinados testimonios podían prevalecer sobre otros, según las personas que los aportasen; incluso se fijaba el número de testigos necesarios para hacer prueba plena o semiplena. Son en realidad mecanismos que actúan restrictivamente y con tendencia a la exclusión dirigidos a evitar la libertad probatoria.

La elaboración de la prueba procesal y sus medios, que se hace escalonada y ordenadamente, está marcada por la tendencia escolástica a la erudición y a la clasificación sistemática.¹² y procede en gran medida del Derecho Canónico

6.2.- Confusión terminológica: probanza como medio y como resultado. Concepto de prueba y su contenido

La ya mencionada amplia formulación doctrinal sobre la prueba y su diversidad, dió lugar a que con el término "prueba" se designase, tanto los medios como los resultados de la actividad probatoria; tanto el contenido, como sus fines. Este sentido unívoco del término "prueba" hace que prueba sea toda la actividad procesal, enmarcada en su momento concreto, dirigida a conseguir el convencimiento del juez mediante la averiguación de la verdad sobre lo que las partes han alegado. Prueba es el medio utilizado en esa actividad y a través del que se consigue el resultado buscado con su utilización, es un instrumento de entidad material con el que el juez

¹¹ MERRYMAN, Ibidem.

¹² MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 224.

aprecia sensiblemente los motivos que utiliza para convencerse sobre la verdad de los hechos; y prueba es el resultado que se obtiene con el medio de probar; finalmente, prueba es también el recibimiento del pleito para su admisión y su práctica.

La doctrina, la clásica y la práctica, no hacen distinción de estos matices y utilizan indistintamente el término prueba para referirse a los medios, a los resultados y al hecho mismo de probar; realmente, para los autores, prueba es todo aquello que en el proceso se dirige a la finalidad concreta de fijar la veracidad de los hechos, de ahí que no se distinga entre medios y resultados: los hechos probados tienen su valor en los medios probatorios utilizados, y los medios, como veremos a lo largo de este epígrafe son para los autores "**clase o tipos de pruebas**".

Pese a esta realidad procesal teórica y práctica, desde el plano del análisis basado en categorías actuales, debemos tener claro, para adentrarnos en el vastísimo mundo probatorio, que prueba es un todo y una parte integrantes, y que con esa diversidad y confusión tenemos que movernos y trabajar.

El concepto de prueba y su contenido. La definición de prueba que dan **Las Partidas**¹³ ha sido seguida por toda la doctrina con muy pocos añadidos o correcciones; refundiendo la opinión general se puede decir que prueba es:

"averiguación que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa, sobre la materia que se disputa o de las pretensiones de los litigantes, siendo un acto judicial para convencer al juez por medio de argumentos oportunos de la verdad de los hechos

¹³ La Partidas siguen directamente la definición dada por AZO, según nota de Gregorio López a la ley 1.14.3.

controvertidos".¹⁴

Al ser esta una definición tan sintética, vamos a analizar cada una de sus partes conceptuales para así obtener un desarrollo más amplio de lo que para la doctrina en general, dentro del sistema jurídico del antiguo derecho, era la prueba judicial, y más exactamente la prueba procesal privada o civil, con exclusión de las pruebas penales.

A) Averiguación.- O averiguamiento, que dicen Las Partidas tiene su raíz etimológica en la partícula **ad** y en el verbo **verificare**, que a su vez parten de las palabras latinas **verum**, como verdadero y **facere**, hacer.¹⁵ Pues bien, averiguar nos trasmite el significado del que parte la idea de prueba como el de "**hacer la verdad**". La búsqueda de la verdad en el pleito es lo que se persigue mediante la prueba que en él, las partes proponen, el juez admite y como tal se practica, actividad dirigida a que los hechos que no están reconocidos de contrario, o están confusos entre las partes lleguen a adquirir la categoría de verdaderos.¹⁶ Por lo tanto, toda la actividad procesal, de las partes y del órgano judicial, debe estar dirigida a conseguir que con las pruebas se haga la verdad sobre lo que se tiene dudas de su certeza, por ello, las pruebas nunca deberán ser superfluas, ni ajenas a los hechos que las partes han esgrimido en su contienda, ya que la esencia en sí misma de la institución procesal es el esclarecimiento de la verdad, estableciéndose una relación directa entre verdad y contenido del pleito que es la raíz misma de la prueba civil.

¹⁴ P.P. 1.14.3.

TAPIA, Ob. Cit. Pág.122.

GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 87.

¹⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Ed. 1970.

¹⁶ Dado que las sentencias anteriores al derecho procesal codificado no se fundamentaban jurídicamente ni relacionaban cuales eran los hechos, que una vez probados habían adquirido la categoría de verdaderos, para ser considerados probados por el juzgador y ceñir a ellos su decisión, es muy difícil rastrear en los pleitos y en las normas prácticas la concreción de los hechos que después de terminada la prueba tenían valor de probados para poder basar en ellos la decisión o juicio final. Únicamente, en el conocimiento personal del individuo que emita la sentencia estaría esta valoración de hechos probados, que no quiere decir otra cosa que hechos válidos para enjuiciar y fallar.

B) La veriguación se hace en el juicio, siendo por lo tanto un acto judicial. La prueba judicial, para que pueda tener valor como tal, debe llevarse a cabo dentro del marco del proceso,¹⁷ ya que es un elemento fundamental del mismo pues derivan de realidades jurídicas tanto la acción como la oposición y excepciones y la ley les implica en las consecuencias jurídicas que el demandante pretende o el demandado trata de evitar; por lo tanto, es necesario que tales hechos consten al juez por una convicción inteligente para que pueda fallar de acuerdo con ellos.

De ahí que la prueba esté inmersa en la propia estructura del proceso y encaminada directamente al resultado de la sentencia. Así visto, en su conjunto, el sistema probatorio procesal podrá dar lugar a que se le entendiese como un instrumento para que el juez pueda tener conocimientos suficientes sobre la verdad de lo alegado al dictar su sentencia; pero la prueba no tiene carácter de instrumento que el juez utiliza para su beneficio, no es una herramienta externa al pleito y que se le hace venir con una finalidad concreta: la prueba es un elemento procesal dentro del propio sentido de lo que es la contienda privada procesal; es el elemento necesario para que lo que se alega quede fijado con carácter definitivo mediante las conclusiones a la prueba. La doctrina en general no alteró el estricto contenido de la ya mencionada ley de Partidas: "en juicio" y consideró la prueba como

"esencia y sustancia del juicio, porque toca a la defensa natural de las partes, y su omisión o denegación da justa causa para apelar.[...] La prueba no toca al orden del juicio sino al de la Justicia".¹⁸

¹⁷ Esta realización probatoria no se refiere sólo a la práctica material de la misma, sino a toda la actividad que rodea a la prueba, desde el recibimiento del pleito a prueba, hasta la valoración que de ella haga el juez, después de concluir las partes y antes de dictarse sentencia.

¹⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

Es en otra ley de Las Partidas en la que se materializa este carácter procesal de la prueba, cuando se regula que el averiguamiento debe ser hecho y mostrado al juzgador ante el que se sigue el pleito, y no a la parte que lo aduce, y consiguientemente las pruebas han de referirse a cosas que se pueden dar en juicio.¹⁹ Que es tanto como decir que la prueba se haga en juicio y sobre cosa relativa a él.²⁰ No teniendo valor como tal todas aquellas actividades que las partes realicen fuera del ámbito procesal, aunque luego la traigan al proceso, ni tampoco las pruebas sobre hechos que no se refieran a los que las partes han alegado y argumentado en la primera fase procesal.

No deben ser recibidas pruebas sobre argumentos o cuestiones filosóficas, ya que estas discusiones no se deben librar a través del fuero ni en un juicio, y " la prueba debe ser tan solamente recibida en el juicio que pertenece al pleito principal sobre el que es hecha la demanda".²¹ El objeto del pleito es el limitador de la prueba al no poder exceder ésta de los propios límites de la contienda planteada, y consecuentemente dentro de estos límites están los que las leyes y la jurisprudencia marcan sobre el contenido de lo que las partes pueden aducir en juicio. De ahí que la ejecución de la prueba se deba limitar a los hechos del proceso encaminados a descubrir la verdad, pues son la materia capaz de probarse, y en los que debe buscar el juez el Derecho para encontrar el fallo.²²

C) En razón de alguna cosa que es dudosa.- Este elemento conceptual de la prueba fue para la doctrina, sobre todo la práctica, el que más dudas planteó porque en sí mismo supone una limitación a los elementos personales en el pleito para proponer y admitir las pruebas. La pruebas

¹⁹ P.P 7.14.3.

²⁰ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 292.

²¹ P.P. 7.14.3.

²² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 94.

que las partes pueden proponer al juez para que éste acuerde su práctica deben estar dirigidas precisamente a buscar que los hechos alegados, y sobre los que las partes manifiestan alguna duda, puedan llegar a fijarse como verdaderas, o por el contrario, si no se produce el efecto deseado con la prueba, queden excluidos de la decisión final. En esta línea, se vuelve a buscar la definición de lo dudoso para centrar en ello el objeto y la finalidad de la prueba. Se empieza por excluir lo superfluo, como ya se ha visto; no sólo entendiendo como superfluos los argumentos ajenos al pleito, sino también la no necesidad de demostrar la verdad de determinados argumentos:

"Si alguno razonare alguna cosa en pleito y dijere que lo quiere probar, si la razón fuese tal que aunque lo probase, no le podría aprovechar en su pleito, ni dañar a la otra parte, el juez no reciba la tal probanza y si la recibiere, que no valga."²³

Si **Las Partidas** excluían del objeto de la prueba las discusiones no jurídicas, esta norma, de las escasas que la **Nueva Recopilación** recoge del Fuero Real,²⁴ ordena a los jueces no recibir las pruebas sobre hechos cuya aclaración no se hace necesaria para el resultado final y por lo tanto han de quedar excluidos de la actividad probatoria, haciendo incluso que la prueba de tal manera pretendida y obtenida sea nula.²⁵

Así las cosas, y viendo ya acotado el objeto de la prueba a las cuestiones dudosas que

²³ N.R. 4.6.4.

²⁴ F.R. 21.8.2.

²⁵ Al ver la admisión de la prueba se analizará con más detenimiento esta cuestión. Una visión sobre la práctica judicial nos delata de inmediato que las pruebas propuestas por las partes para demostrar sus posiciones eran siempre admitidas por los juzgadores, sin que se produjesen inadmisiones frecuentes. De esta realidad se puede inducir una actitud general y extendida dentro las estructuras de la Administración de Justicia: de las alegaciones de las partes los jueces no conocían en profundidad en su momento procesal, someramente se enteraban de lo que las partes pretendían, sabedores de que el verdadero conocimiento vendría de la práctica de las pruebas, en la línea marcada por la Decretales para que las pruebas fuesen hechas a presencia del que tenía que juzgar, propiciando lo que luego ha sido un principio procesal de estricta necesidad: la intermediación judicial. Es posible que los jueces no rechazasen las pruebas propuestas, en general, para así facilitar su propia labor de convencerse sobre lo alegado, convirtiendo la prueba, sobre todo su práctica en el núcleo del pleito.

impliquen búsqueda de la verdad, habrá que excluir de los hechos a probar los que ya apareciesen probados antes de la conclusión de la fase inicial o de alegaciones. Los hechos pueden ser tenidos así por verdaderos, bien por acuerdo de las partes o por la confesión de alguna de ellas " de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca en los juicios desentendiéndose de solemnidades y sutilezas".²⁶ En estos casos no procede la prueba procesal, siendo ésta una cuestión que tiene una regulación tangencial, en la Legislación Real.

Regulación legal de esta cuestión

De las disposiciones recogidas en la **Nueva Recopilación** que se refieren indirectamente a la no admisión de prueba sobre cuestiones que aparecen como ciertas en el momento de concluir las partes sus alegaciones iniciales, vamos a hacer un análisis, pero no referido a su ubicación dentro de la sistemática de la obra, sino al orden cronológico de producirse, estas cuatro normas se reparten entre los libros dos y cuatro, en títulos que se refieren a los abogados, a la confesión de posiciones y a las sentencias. En el último de los títulos reseñados, el que habla de las sentencias y sus nulidades, la prueba ocupa el primer lugar cronológico, casi simultáneo con la dictada para regular las respuestas de las confesiones.

En la **ley 10.17.4 N.R.** que se conoce con la designación genérica de ley para la supresión de las solemnidades en los pleitos, de la que ya se ha hablado, dada en Alcalá en 1386 recogida en el libro en el que se regulan las sentencias y sus nulidades, después de una breve y sensata exposición de los motivos o circunstancias de los hechos y realidades que dan lugar al legislador a dictar esta ley,²⁷ establece que estando hallada y probada la verdad de los hechos por el proceso,

²⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 5.

²⁷ Evitar que los pleitos se alarguen por la búsqueda de nulidades de las partes.

en cualquiera de las instancias que se viere, [...] que los jueces que conocieran de los pleitos y los hubieren de librar, los determinen y juzguen según la verdad que hallaren probada en los tales pleitos.

La esencia de la disposición hay que buscarla en la circunstancia de que los hechos sobre los que hay que fallar **estén probados**; sin que tenga trascendencia en la instancia procesal en que se halle el pleito, sino únicamente la verdad que esté probada. Se quiere facilitar con ello, que se eviten trámites que no son necesarios para el buen resultado final del juicio a emitir; por lo tanto, cuando la verdad esté probada o demostrada, el juez debe resolver con su sentencia.

La ley habla de verdad probada en cualquiera de las instancias; la doctrina viene a entender que se debe evitar la prueba en los casos en los que los hechos estuviesen probados, "de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca y desea en los juicios, [...] no tendrá lugar prueba alguna, ni debe recibirse a ella, porque toda sería ilusoria resistiéndola las mismas leyes".²⁸

En el **libro 4 de la Recopilación**, y en **título 7** que regula genéricamente el juramento de calumnia y las posiciones, se recoge una ley, dada en 1387 en Briviesca, para regular como han de contestar la partes a las posiciones, incluyendo la ficta confesión por rebeldía, así como la conclusión y sentencia. En el párrafo in fine, ordena, que si de la respuesta de las posiciones hallare el juez que puede dar sentencia definitiva concluso el pleito, la de, la que por fuerza o derecho deba: y sino reciba las partes a prueba de lo por ellas dicho o alegado. La situación procesal de estas posiciones hay que buscarla en la confesión que hace el demandado sobre los

²⁸ CONDE DE LACANADA, Ob. Cit. Pág 95.

extremos de los que se le pide en la demanda,²⁹ ya que si de las posiciones y sus respuestas el juez no llega a tener conciencia clara de la verdad de los hechos, ha de recibir el pleito a prueba.

De este argumento se deduce fácilmente que se está refiriendo a un momento procesal previo a la prueba.

En el **título 16 del libro 2** al hablar de las funciones de los abogados, en la ley 31, que es una disposición de las Ordenanzas de Medina de 1502, se ordena a los Letrados no hacer preguntas sobre las posiciones ya confesadas por las partes, incluyendo la pena que deben pagar para el caso en que las hiciera. Norma restrictiva y tajante, del decir y sentir de las instrucciones procesales dadas por Los Reyes Católicos, sanciona a los letrados que insistan en hacer preguntas a las partes sobre los extremos que ya tuviesen confesados con anterioridad. Como una vez traspasado el momento procesal de la primera confesión, no se puede volver a hacer preguntas hasta la práctica de la prueba de confesiones, es en sí misma una limitación a la admisión de pruebas sobre hechos ya probados mediante la confesión anterior a la prueba.

Se insiste así en lo dispuesto en la primera de las leyes que estamos analizando, cuando se dispone que sobre los hechos ya confesados no cabe hacer más prueba, debiendo en todo caso dar el juez su sentencia una vez que llegue a tener conocimiento de la verdad de lo alegado. En esta ley la norma va dirigida a los juzgadores, mientras que la dada por los Reyes Católicos tiene como destinatarios a los letrados, limitándoles la sobrecarga de la prueba.

Finalmente, de este mismo año, pero de las Ordenanzas de Madrid confirmada por otra disposición de 1525, es la norma que dispone que sobre las posiciones confesadas por las partes, los Letrados no hagan preguntas, con la correspondiente pena. Casi exacta a la anterior, es un

²⁹ En este punto hay que recordar la diferencia entre esta confesión y la confesión como medio de prueba. Aunque en esta ley se confunden ambas confesiones para el legislador, en la práctica está muy clara la diferencia entre la confesión del demandado en las alegaciones iniciales y la confesión de las partes en periodo probatorio .

ejemplo de la dudosa sistemática aplicada que incluyó en el texto recopilado normas prácticamente iguales sin refundirlas.

La intención subyacente en todas estas normas reales es muy clara: evitar que se demore el resultado de los pleitos en actuaciones que se entienden inútiles o superfluas. Su contenido se puede dividir en dos bandas:

1º.- En dirección a los que deben juzgar, insistiéndoles en que den su fallo cuando estén seguros de lo verdadero de los hechos que las partes esgrimen desde sus respectivas posiciones, sin tener en cuenta en el momento en el que se halle el pleito, y lo que se haya actuado hasta ese momento, como un intento de simplificar los juicios plenarios.

Aunque se refiere la disposición a **cualquier instancia**, en una línea de interpretación amplia se debe entender que se puede aplicar igualmente a fases procesales,³⁰ por lo que se entendería que el juez puede tener auténtica conciencia de lo que las partes le han alegado al finalizar la fase inicial ; a partir de ese momento, debe dar su sentencia sin abrir la prueba, ya que entiende que no es necesaria. El conocimiento de la verdad el juzgador lo puede haber adquirido simplemente de lo que las partes dicen al no haber contradicciones, o bien de lo confesado por alguna de ellas a aquello que la otra le pide o exige.

Pero la situación que la ley propicia es muy clara: desde el momento que el juez piensa que puede tomar su decisión, a las partes no les cabe la posibilidad de intervenir pidiendo que se prueben los hechos que figuran como peticiones y contestaciones. Vuelve así a sacrificarse el principio de instancia de parte a favor del impulso procesal que tiene el juez, en este caso tendente a abreviar el pleito, o más bien a no prolongarlo innecesariamente y hacerlo más costoso para las partes, en beneficio, claro está de los procuradores, letrados y oficiales de justicia.

³⁰ Siguiendo la máxima romana de lo que vale para más, vale también para menos.

2ª.- Dirigidas a los letrados actuantes en los pleitos son los mandatos que se contienen en el resto de las normas reales. Los letrados, aún actuando dentro de su ética profesional, debían aconsejar a sus asistidos los medios procesales más realistas y sencillos para que pudiesen alcanzar el fin propuesto; la dirección profesional de fondo la ejercían ellos al ser preceptivo que determinados escritos o pedimentos de parte se presentasen firmados, además de por el procurador, por el abogado, teniendo el procurador una actividad más de forma que de fondo, como un interlocutor entre la parte y el órgano judicial y un gestor de procedimiento, pero sin la toma de decisiones procesales sobre el objeto mismo del pleito.

Los Letrados, por exceso de celo profesional, y como ya se ha visto,³¹ con intenciones de mejorar sus honorarios, en muchas de las ocasiones no resolvían los asuntos por el camino más fácil, sino que los llevaban por el más tortuoso y complejo para las partes y beneficioso para ellos; camino que no sólo les reportaba beneficios económicos, sino que también les daba prestigio en su oficio y categoría social.

Pues bien, en este caso las limitaciones que les viene a imponer el legislador se refieren a su actuación sobre las posiciones que las partes tienen contestadas; el entender que la respuesta con juramento a preguntas que se hacen a cualquiera de las partes en el curso procesal, dan a los hechos que se refieren valor probatorio total. Se debe entender consecuentemente que sobre lo ya confesado no cabe incidir mediante nuevas preguntas o posiciones. Esta limitación hay que enlazarla con las que se dirigen a los jueces en el sentido de que no admitan a prueba los pleitos en los que los hechos estén claros y aparezcan como verdaderos; los letrados no pregunten innecesariamente, porque los jueces no necesitan mayores aclaraciones sobre lo que las partes han alegado como cierto. El conjunto de intenciones se dirige muy claramente a que los pleitos se

³¹VER SUPRA 2.5.2.

puedan resolver breve y sencillamente, aunque no ocurriese así en la práctica, en la que como ya hemos dicho la rutina y el hacer procesal llevaba constantemente, tanto a los jueces como a los Tribunales Colegiados, a agotar todas las posibilidades que la mecánica procesal les brindaba.

La doctrina lo argumenta y justifica como el remedio menos malo, ya que si no se admiten las peticiones de las partes, éstas irremediablemente recurren, con lo que finalmente los pleitos se alargarían aún más con mayores costes y perjuicios para los interesados.

Para evitar estos abusos de las partes, se entienden los términos de probar, como todo término restrictivo en sí mismo, un límite a las dilaciones que puedan favorecer las actuaciones de las partes. Sería una conciliación entre **el uso propio de la natural defensa** y el que **no abusen las partes del medio que se les brinda** para convertirlo con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea y que es el objeto de toda la legislación.³²

D) Sobre la materia que se disputa o sobre las pretensiones de los litigantes. Funciona este criterio como limitativo de lo que con la prueba se puede hacer, restringiéndolo a medios empleados a la aplicación exclusiva de los hechos que se constituyeren como objeto procesal. La intencionalidad de la prueba no puede exceder de lo que las partes tienen alegado y pedido en sus escritos iniciales y en sus conclusiones a las alegaciones; es el juez el que está facultado en el momento de la admisión de las pruebas para rechazar aquellas que no se refieren a lo que las partes contienden en el marco del proceso.

Con la prueba lo que se debe justificar es el hecho, pues el derecho se da por sabido,³³ y los hechos se ceñirán a los que forman parte del petitum, nunca a los que sean ajenos al pleito,

³² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

³³ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, pág. 94

ya que las pruebas deben ser hechas sobre cosas que se pueden dar en juicio,³⁴ así, si es acción real se ha de justificar el dominio, si es personal el contrato, y si es de reintegro, la posesión y el despojo.³⁵

E) La prueba es un acto judicial dirigido al convencimiento del juez. La prueba se hará en juicio y sobre cosa relativa a él,³⁶ haciéndose y mostrándose ante el juzgador que sigue el pleito y no a la parte contra quien la aduce.³⁷

Entiende la doctrina en general que la prueba judicial forma parte de la misma naturaleza que el proceso, entendiéndolo como una defensa de las partes:

"resulta un principio constante, y es que la prueba cuando la permiten las leyes, siempre es de esencia y sustancia del juicio, porque toca a la defensa natural de las partes, y su admisión o denegación da justa causa para apelar".³⁸

Se coloca así la prueba como un elemento procesal determinante para el resultado final del pleito; resultado que se contiene en el fallo de la sentencia o del auto definitivo y que está interrelacionado con las conclusiones obtenidas por el conjunto de actos probatorios.

F) El juez no debe dejar de admitir la prueba que sea necesaria ya que es derecho divino.³⁹

La filosofía iusnaturalista ya había calado suficientemente en los autores del Derecho. Era

³⁴ P.P. 7.14.3.

³⁵ BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 98.

³⁶ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 292.

³⁷ P.P. 7.14.3.

³⁸ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

³⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

un iusnaturalismo que tenía su origen en la doctrina cristiana- escolástica del Derecho Natural, pero evolucionada hacia el iusnaturalismo racionalista postclásico. Partiendo del Derecho Natural cristiano, para el que la Justicia es una creación divina, insertándola en el plano de las esencias, el racionanalismo posterior insertaba el derecho natural en un plano más bien existencial porque partían de la idea renacentista de la naturaleza humana.⁴⁰

De ahí que sean autores jurídicos tardíos los que hagan mención a principios de Derecho Natural cuando tratan incluso temas práctico-jurídicos, aunque su escueta referencia sea al origen divino de determinados derechos de los individuos, como causa justificativa de la existencia de determinadas instituciones. Dentro de este contexto de pensamiento, se ve la prueba como un derecho del que no se puede privar a nadie en un proceso, precisamente por ser de origen divino para su justificación.

La prueba es esencia del juicio porque toca a la defensa natural de las partes, como ya hemos visto decía el CONDE DE LA CAÑADA en una defensa del uso del derecho a la prueba que entendía tenían las partes, casi frente al control del poder del juez, intentando evitar que las pruebas formasen parte del proceso en los casos en que no fuesen absolutamente necesarias.⁴¹

Basa la defensa que entienden las partes en que la prueba no forma parte del orden de los juicios, es decir de sus formalidades, sino que afecta a principios de fondo como es la **justicia**,⁴² y por lo tanto no puede verse restringido su valor y su utilización desde una postura de defensa de los formalismos.

⁴⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, pág. 310.

⁴¹ Curiosa actitud de este ecléctico y rebuscado autor, que mantiene en toda su línea la argumentación fundamental de defender la aplicación de la legislación real, y con la que se contradice con frecuencia, aunque buscando argumentos explicativos, como en este caso, en el que las leyes del reino tienden clarísimamente a restringir el ejercicio de la prueba a los casos confusos, y que él admite, pero manteniendo su ejercicio como un derecho individual "de la defensa natural de las partes".

⁴² CONDE DE LA CAÑADA, *Ob. Cit.* Pág. 96.

6.3.- Carga y valoración de la prueba.

A) LA CARGA DE LA PRUEBA. El carácter marcadamente privatista del proceso civil en los sistemas jurídicos mediatizados por la influencia del Derecho Común, hace que se traslade a las partes la responsabilidad del resultado final del pleito: al juez le corresponde tomar decisiones sobre las propuestas de las partes en función de la estructura procesal, y finalmente decidir el resultado de la contienda y poco más, como impulsar en determinados momentos el ritmo procesal.

El Juez se convierte así en un espectador que depende de lo que las partes hagan en el pleito para la toma de decisiones. Pero las partes han de decir y demostrar que lo que dicen es cierto; al juez no le está permitido utilizar autonomamente medios probatorios, y por lo tanto, depende de lo que la partes hagan. Según este sistema, el juzgador estaría privado de toda libertad a la hora de la toma de decisiones dirigidas a la obtención de pruebas, excepto en el proceso penal, en el que sí estaba facultado para hacer indagaciones de oficio.⁴³

Desde el momento que se fija el criterio de que el juez no puede juzgar ni decidir a favor de ninguna de las partes por no tener conocimiento cierto de los hechos que se le alegan, **se está cargando a las partes la responsabilidad de hacer que los hechos lleguen al juico del juzgador con la certeza de verdaderos.** Al partir pues de esta idea, de que la falta de la prueba implica consecuencias negativas para la parte que debería de plantearla, la teoría que la doctrina desarrolla sobre la carga de la prueba, es la teoría de las consecuencias negativas derivadas de la ausencia de la prueba.

En la evolución histórico-jurídica de las obligaciones probatorias de las partes procesales, y una vez superados los momentos más arcaicos de la prueba sacral y privilegiada, aporta el

⁴³ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 225.

Derecho Canónico la objetividad de los medios de prueba. Partiendo de esos criterios objetivos se trasmite al demandante la carga (**onus probandi**) de probar sus argumentos, pues si no lo hace decae en su derecho, "sin que por otra parte pueda influir en su resultado, dada su condición objetiva."⁴⁴

Y si al actor se le atribuye la obligación de probar lo que pretende como cierto, al demandado se le atribuye la misma obligación cuando excepciona al contestar a la demanda.

De estas dos premisas se infiere, que de la carga probatoria queda excluida la parte que niega, siendo sólo responsabilidad del que afirma el utilizar medios probatorios concretos. En líneas generales, la aportación Canónica a la afirmación del sistema probatorio, hizo que la carga de la prueba se atribuyese siempre al que decía, partiendo del principio de la imposibilidad de probar una negativa, rechazando así el sistema anterior, en el que el demandado tendría que demostrar su no implicación en los hechos.⁴⁵

Las Partidas se encargan de recoger este principio canónico desde la Decretales: "Regla cierta de Derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juicio, no está obligada a probarla",⁴⁶ y partiendo de esta idea fundamental, la doctrina admite como auténtico el principio de que sólo se ha de probar lo que se afirma, no lo que se niega, ya que la prueba normalmente incumbe al demandante que es el que pide, y no al demandado que niega los hechos, ya que el que dice y afirma tiene que probar por fundar su derecho en una afirmación probable; en cambio, el que niega, por basarse en una negativa, hace que por su propia naturaleza sea improbable.⁴⁷

⁴⁴ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 785.

⁴⁵ Sobre este problema de la carga de la prueba, ver para el proceso penal a María Paz Alonso, "El proceso penal en Castilla."

⁴⁶ P.P. 2.14.3.

⁴⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

De ahí que la prueba corresponda normalmente al actor que funda su intención en la existencia de una afirmación probable; en cambio, el demandado, al basarse en una afirmación negativa improbable, debe ser absuelto al no probar el actor su petición.⁴⁸

En la doctrina más avanzada, en la que se introducen matices de crítica e influencias de pensamiento más actualizado, se habla ya de presunción a favor del reo (en este caso demandado) ya que a todo ciudadano se le presume inocente y en justa posesión de sus derechos mientras no se pruebe lo contrario, por lo que el demandado siempre tiene la presunción absolutoria a su favor, y por lo tanto, no está obligado a probar los fundamentos de su negocio, como una regla general para cuando el demandado niega el derecho en que se funda la demanda.⁴⁹

Visto así, la formulación doctrinal hace que la responsabilidad de probar, lo que se conoce con el término técnico de carga de probar, recaiga únicamente sobre la parte procesal que afirma un hecho, liberando a la que niega lo afirmado por la contraria de tener que demostrar su negativa. Al hilo de este razonamiento, se introducen matices avanzados, por los que se **supone** exento de responsabilidad a toda persona contra la que se dirige una acción en tanto no quede demostrado que lo que se reclama es cierto; la presunción juega así a favor del "reclamado" frente a la postura del reclamante, no teniendo que probar en lo que fundamenta su negativa.

Es por lo tanto un juego de acusaciones y defensas: "si tu dices que te debo el pago del cumplimiento de una obligación, demuéstalo". Esta demostración es la prueba en sí misma; pero al ser la prueba un mecanismo procesal intrínseco al proceso, sus resultados habría que buscarlos dentro del propio proceso: para que esa demostración de la realidad del hecho alegado

⁴⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 123.

⁴⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 87.

o reclamado tenga valor y resultados, ha de ser tenido en cuenta en el resultado final del proceso, es decir en la sentencia definitiva. El problema que presentan los pleitos seguidos en un sistema procesal de Antiguo Régimen, es que del fallo de las sentencias no se puede obtener información sobre los resultados de las pruebas que se han hecho a lo largo del proceso, pues como ya hemos dicho las sentencias no se motivaban; se hará necesario rastrear en las alegaciones finales, y de la propia marcha de cada pleito hasta que punto la prueba ha dado los resultados deseados.⁵⁰

Aunque hasta aquí las premisas doctrinales parecen claras, los autores vienen a complicar sus formulaciones buscando argumentos para probar aquello que se niega, aunque desde luego les dá pié la ya mencionada **ley 2.14. de la Partida 3**. En esta ley, después de decirse que el que niega no tiene que probar, introduce un "**pero**" que viene a equivaler a excepciones particulares a la norma general, y que son los casos en los que, aunque la parte niega, tiene que probar sobre ellos. En primer lugar se refiere esta ley a los supuestos en que el demandado oponga alguna excepción que afecte al juez, al abogado o algún testigo por que valora que existen motivos para considerarlo prohibido por la ley o lo impide algún hecho, en este caso deberá probar la existencia de la ley o del hecho, ya que además de estar la presunción a favor del juez, abogado o testigo, es una excepción que aunque parezca que niega, contiene una verdadera afirmación.⁵¹ **Tapia** llama a esta excepción **negativa de derecho** porque se afirma que alguna cosa no es conforme a derecho o no está permitida por él, y se puede probar **indirectamente** haciendo ver por la ley y demás medios que no concurren en la persona el defecto que se le imputa, hecho que debe probar el que niega.⁵² Otra situación que admite esta ley de Partida como de necesaria

⁵⁰VER INFRA 12.2.6.

⁵¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 88

⁵² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 123.

prueba aunque parta de una negación, es aquella en la que se niega la validez del testamento en base al que se hace una reclamación, por que considera que el testador no estaba en sus facultades para testar, la parte que lo oponga a la demanda en la que se le reclama bienes o mandas contenidos en el testamento, lo debe probar. Es necesario por lo tanto un heredero instituido en virtud de testamento que reclama herencia o manda y que el demandado le contradiga que es nulo el testamento porque no estaba en su juicio el testador cuando lo otorgó; en este caso el demandado debe probar la falta de juicio que alega, aunque lo haga en forma de negación, porque la ley presume que todo hombre cuando testa se halla en su sano juicio.⁵³ A esta negación que puede ser considerada objeto de prueba, **Tapia** la llama **negativa de cualidad** ya que se niega que en alguno concurre cierta cualidad, que si es de las que naturalmente tienen las personas, debe probarla el que la niega porque es el fundamento de su intención, y de esta negación se deduce afirmación que trasfiere la obligación de probarla en el que la niega, ya que la presunción está a favor del contrario, y si no lo hace se resolverá a favor de éste, aunque no pruebe nada.⁵⁴ Es decir, la presunción juega a favor del contrario del que en este caso niega, ya que se debe presumir que todo hombre es cuerdo y en su memoria, salvo que se pruebe lo contrario, por lo que si la parte niega que el testador no estaba en su memoria o razón y no lo pudiese probar, el testamento será válido, aunque la parte que lo quiere utilizar no pueda probar la cordura del testador.⁵⁵

En resumen, cuando los hechos sobre los que niega están respaldados por presunción sobre su existencia y su veracidad, esta negación tiene que ser probada. Ocurre lo mismo en los

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 123.

⁵⁵ LAS PARTIDAS se refieren la **sabios antiguos** para el fundamento de estos argumentos

casos en los que fallecido el marido, si se hallare dinero o bienes en poder de la mujer que con el convivía, si los herederos se lo reclamasen a la mujer y la mujer negare en juicio que aquellas cosas no eran de su marido y las opusiese como propias, está obligada a probarlo. Si no puede hacer prueba verdadera sobre esta excepción, deben ser entregados todos los bienes al heredero del marido, pues se presumen suyos.

También se remiten **Las Partidas** aquí a "los sabios antiguos" cuando argumentan que se basaron en las sospechas que todo lo que se hallase en poder de la mujer era de los bienes del marido hasta que ésta demuestre lo contrario, por que de lo contrario habría que sospechar que los hubiese ganado de mala parte. Es curioso que mientras que ley de Partidas dice muy claro que los bienes que se encuentran en poder de la mujer se entenderán del marido mientras no se demuestre lo contrario, la conducción que de esta idea hace **Gomez Negro** parte de lo contrario: como hay que suponer que los bienes del matrimonio se presumen comunes para llegar al mismo resultado: la mujer ha de probar que los bienes que le reclaman los herederos de su marido fallecido no pertenecen a la herencia, ha de probar que son suyos privativos para no tenerlos que entregar.⁵⁶

En cualquier caso, la mujer que opone a la reclamación de los herederos del marido que los bienes son suyos, lo tiene que probar; en la situación que describen Las Partidas, hay que presumir en principio que los bienes son del marido, y sólo se puede negar a entregar aquellos sobre los que se haga prueba de privacidad, por el contrario, para el autor, que parte de la idea más adelantada de la comunidad de bienes en el matrimonio, se presumirían como privativos de la mujer al menos su parte de comunidad entre dos, es decir una mitad, y sólo estaría obligada a demostrar que la otra mitad de los que se le reclama también es suya.

⁵⁶ Ibidem.

Sobre esta diversidad de apreciación y valoración de los bienes dentro del matrimonio, conviene aquí hacer una puesta en situación. En **Las Partidas** la sociedad de bienes del matrimonio no existía; los conyuges eran propietarios de los bienes que aportaban como propios y de los que recibían posteriormente por transmisión hereditaria, suponiéndose propiedad del marido todos los frutos y ganancias. Por el contrario, la idea de sociedad matrimonial de bienes, supone que las ganancias que resultan del manejo mancomunal de este cuerpo de bienes, sean por iguales partes de uno y otro compañero,⁵⁷ haciéndose al ámbito del matrimonio una traslación del contrato de sociedad civil.

El **derecho de ganancias** tiene su fundamento en la sociedad que se supone entre marido y mujer, ya que los incrementos patrimoniales que resulten del manejo mancomunal de los bienes que cada conyuge aporte al matrimonio, son por partes iguales de uno y otro compañero.⁵⁸

Claramente este criterio no corresponde con el que **Las partidas** introducían sobre los bienes del matrimonio; la razón en este caso no está en la doctrina, sino en la propia legislación real:

- en primer lugar, **El Fuero Real**, que en el título 3 del libro 3, leyes 1,2, y3,⁵⁹ hace una definición de lo que se entiende por ganancias comunes del matrimonio, enumerando los bienes que así se consideraran (bienes que se dieran de acuerdo, determinadas donaciones), y excluyendo los que no tienen la cualidad de bienes gananciales, especificando que "esto que dicho es de suso de las ganancias de los maridos, eso mismo sea de las mujeres" en un intento de tender hacia la igualdad entre marido y mujer.

⁵⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 60.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Estas tres disposiciones están recogidas en las Recopilaciones:
N.R. 2,3,4. 9.5.
No.R. 1,2,3. 4. 10.

- En segundo lugar en el tiempo, una disposición de Enrique IV de 1473,⁶⁰ confirma el contenido de las leyes anteriores, penalizando a la mujer viuda "que viviere lujuriosamente" con la pérdida de su mitad de ganaciales

-En 1566, por una Pragmatica de Felipe II,⁶¹ se hace una recapitulación de la situación al decir que, según el derecho dice que todas las cosas que tengan marido y mujer se presumen del marido mientras que la mujer no demuestre que son suyas **pero la costumbre guardada es en contrario** , que los bienes **se presumen de ambos**, salvo que marido o mujer demuestren que son suyos.

-Finalmente, Carlos IV, en 1801, deroga la ley o costumbre que prohibía a las mujeres Cordobesas participar de las ganancias del matrimonio, extendiendo la ley general de la participación común de las ganancias en el matrimonio;⁶² esta decisión se confirmó por una Real Resolución a consulta del Consejo de Diciembre de 1803, teniendo presente que no se derogaba ninguna ley, fuero o costumbre racional anterior, sino que constituía la declaración de un Derecho del que habían estado privadas las mujeres cordobesas, por un pernicioso abuso.

En la **Ley 3.14 de la Partida 3.** se añade un cuarto caso de presunción que hace que su negación tenga que probarse. Si un padre, dejando a un hijo cuanto le permitan las leyes, declarase en su testamento que se le pagase alguna deuda que el testador tenía con él; los herederos no están obligados a pagarla si no la reconocen, salvo que el hijo en cuestión probase que es cierta y legítima.⁶³ Tiene el legislador una desconfianza cierta hacia la actitud de determinados padres que pueden disponer de sus bienes a favor de algunos hijos en detrimento

⁶⁰ N.R. 5.9.5. y No. R. 5.4.10.

⁶¹ N.R. 1.9.5. y No.R. 4.4.10.

⁶² No.R. 13.4.10.

⁶³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 88.

de otros, por el método de encubrir mandas haciendo que se le paguen deudas propias del padre. De ahí que en estos casos, se exige al hijo que pruebe a los demás herederos que el padre le debe dinero, para que puedan los herederos devolverle lo debido. No se tiene por cierto lo que dice el padre para dar por cierta la deuda, desconfiándose de que con este pretexto lo que quiere es mejorarle en más de lo que la ley permite.⁶⁴

B) LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. Frente a los sistemas jurídicos arcaicos en los que prevalecía **la íntima convicción del juez** en la valoración de la prueba, en un sistema de pruebas legales y tasadas, como es el sistema del derecho castellano anterior a la codificación, vienen dados los requisitos y la fuerza probatoria de los medios que se aportan en juicio, vinculando así la decisión del juez. Se busca la seguridad en la justa decisión del juez, frente a las posibles desviaciones de lo justo que podían producirse en su decisión. En este sistema, la ley fija un coeficiente de verdad que debe atribuirse a cada uno de los medios probatorios, que están representados por un valor preestablecido.⁶⁵ La elaboración doctrinal de este sistema complicó en cierta medida los presupuestos iniciales, que sobre los precedentes de leyes romano canónicas edificó toda una extensa y compleja teoría.⁶⁶

El sistema organiza una minimalización de las escalas jerárquicas y sus correspondientes valoraciones, que hacen que a las partes se les garantice un valor objetivo de aquello que han probado. Para ello se clasifican las pruebas en plenas, semiplenas o indiciarias, calculando aritméticamente su valor, y para que el juez juzgue según lo que hallare en el proceso, sin tener en cuenta elementos de convicción ajenos a él, señalándole la ley en cada caso el valor que se ha

⁶⁴ GÓMEZ NEGRO, *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

de otorgar a cada prueba.⁶⁷

Por lo tanto, es inevitable enlazar esta cuestión de la valoración que de las pruebas haga el juez, con la división que de las mismas hace la doctrina, entre pruebas plenas y pruebas semiplenas.

6.4.- Clases de pruebas.

La doctrina elaboró una división de la prueba teniendo en cuenta su resultado final, es decir, la valoración que el juez pueda hacer de las pruebas practicadas conforme a los baremos que determinan su apreciación y consecuentemente el grado de vinculación que para el órgano jurisdiccional impliquen sus resultados.

Ya desde los autores clásicos (Antonio Gómez, Barbosa), se agrupan las pruebas según su resultado en dos grandes bloques:

- Pruebas plenas

- Pruebas semiplenas.

A) Prueba plena. Hay pruebas que hacen fe entera en juicio, es decir, son bastantes para condenar,⁶⁸ son enteras y hacen tanta fe que bastan para definir la controversia,⁶⁹ siendo sus argumentos los que demuestran sin dejar duda la verdad del hecho controvertido, y por consiguiente, instruyen lo bastante al juez para que pueda dar la sentencia.⁷⁰ Como se ve, los autores basan el carácter de prueba plena en la cualidad de definir la verdad sin dejar duda de lo que se está diciendo, y por lo tanto y por sí mismas resuelven el conflicto planteado entre las partes de forma que el juez no tiene dudas sobre como ha de fallar en su sentencia.

⁶⁷ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 786.

⁶⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 293.

⁶⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

⁷⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 87.

Este tipo, o especie según los autores, agrupa a las pruebas más usuales y utilizadas en los pleitos, tales como el juramento, la confesión de parte, la prueba testifical, los instrumentos, el reconocimiento o vista del juez, la evidencia de hecho y las presunciones.⁷¹

Confesión sería el otorgamiento o conocimiento que la parte hace contra sí en juicio; **los testigos** narran correctamente los hechos, y hacen tal prueba que por razón de sus personas o de sus dichos no se pueden desechar; **los documentos** hechos por mano de escribano público; **los hechos evidentes** que deban ser creídos y válidos; **la presunción** que equivale a una gran sospecha que adquiere el valor de prueba, aunque las sospechas muchas veces no enciernen la verdad. **La vista del Juzgador** sobre la cosa objeto de la controversia, es bastante para poder decidir un pleito.⁷²

Ocurre que a la prueba plena se puede llegar por el camino indirecto de agrupar más de una prueba semiplena para así hacer fuerza de prueba plena.⁷³ En las causas civiles dos pruebas semiplenas la hacen plena, así, la confesión hecha fuera de juicio, que es una prueba semiplena, si a su vez es probada por al menos dos testigos hacen plena probanza, siempre que se refiera a una persona no ausente; si se refiere a una persona ausente, necesitará además un testigo, presunción o evidencia para hacer prueba plena.⁷⁴ Estamos en presencia del juego aritmético de valoración de las pruebas por el sistema de tasarlas y valorarlas: a una prueba incompleta, o lo que es lo mismo, no plena, se le suma otra a su vez no plena, y puede llegarse a sí a obtener el mismo resultado que el de la prueba plena o absoluta.

Es el sistema que permite al juez graduar el valor de las pruebas mediante una regla de

⁷¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 294.

⁷² P.P. 8.14.3.

⁷³ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 294.

⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 85.

tablas en las que se puede mover sumando o restando resultados para llegar al resultado final de obtener una prueba completa en la que poder basarse para resolver la contienda y así emitir su juicio.

B) La prueba semiplena es la que hace "alguna fe" pero no tanta que pueda el juez decidirse para dar la sentencia.⁷⁵ Es "media" y no bastante para condenar,⁷⁶ y son todas aquellas que no se definen como plenas,⁷⁷ tales como la escritura privada, la comparación o cotejo de letras, la confesión extrajudicial, cuando el demandado desaparece sin responder, la declaración de un único testigo, o la fama.⁷⁸

Hace así la doctrina romanista una elaboración en la que forma dos grandes grupos de pruebas, que como se ve entrelaza el valor de las pruebas con los medios utilizados: hay medios de prueba que obtienen el resultado de total convencimiento del juez por sí mismas, mientras que otros medios de prueba necesitan producirse en determinadas circunstancias o con determinadas garantías de número y calidad de las personas, para que puedan llevar al juez al convencimiento de la estimación o no estimación de lo pedido. O lo que es lo mismo, existen medios de prueba a utilizar por las partes que permiten al juez no dudar de los hechos que con ellos se prueban, y otros medios probatorios que necesitan de la concurrencia de determinadas circunstancias de tiempo y personas para que su valor probatorio sea total. Pero lo más importante a destacar de este sistema de tasación de las pruebas, es que la valoración no queda al libre arbitrio del juez, ya que éste se tiene que atener a las normas fijadas para tenerlas en cuenta en el momento de emitir su decisión.

⁷⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

⁷⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

⁷⁷ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 294.

⁷⁸ TAPIA, Ibidem.

Nos encontramos ante una obligación para el juez que no deriva de las normas legales, **son normas de uso en los tribunales**, cuyo origen no está propiamente en la práctica de los mismos, sino en una elaboración doctrinal previa⁷⁹; la doctrina crea el sistema como una garantía para las partes en litigio en cuanto a que lo que el juez valora para dictar su sentencia no esté basado en su convicción personal, sino en unos límites de control de la valoración; el sistema pasa a la práctica por la propia ósmosis interrelacionada entre jurisprudencia doctrinal y jurisprudencia práctica, y se aplica en el hacer procesal como si de una norma con fuerza vinculante de ley se tratara.

La valoración legal y tasada de las pruebas procesales se aplicó a lo largo de todo el período de Antiguo Régimen jurídico, hasta que con la codificación se introdujo la posibilidad de la valoración de las pruebas procesales por el íntimo convencimiento del juez.

Tenían su sentido uno y otro sistema: en el mundo procesal de Antiguo Régimen, la práctica de las pruebas no se realizaba a presencia de la persona que tenía que decidir y fallar, era el escribano ante quien declaraban los testigos, quien cotejaba escrituras y hacía las diligencias probatorias; aunque en ocasiones asistía el juez, en otras muchas era **la documentación procesal de la prueba**, la constancia en autos, la que le servía para tomar la decisión, como una sumisión más al rigor del principio de escritura.

Con las ideas que influyeron en la Codificación, se introdujo la obligatoriedad de la **inmediación** del juez en la práctica de la pruebas, de forma, que partiendo de su conocimiento directo de la actividad probatoria, fuese su convencimiento personal el que decidiese finalmente la solución a tomar. La rigidez del sistema tradicional podía llevar a resultados absurdos en la valoración probatoria, dada la facilidad con que se podían componer pruebas plenas a base de

⁷⁹ Dentro del proceso privado este aspecto de la prueba legal y tasada remite al Derecho Canónico y a la formulación que sobre él hace la escolástica

semiplenas. Era un poco el sistema de lo no racional, pero se entendió como un valor de control y de garantía de resultados, frente a una mejor eficacia en las decisiones finales.

Siguiendo nuevamente a los autores y sus clasificaciones, las pruebas, según la forma en que se hace, puede ser de distinto tipo; la prueba que se hace en juicio se llama judicial, y la que se lleva a cabo fuera de el, extrajudicial. Se llama prueba evidentísima a la que se hace por privilegios y escrituras auténticas; y plenísima la que se hace por evidencias y otros medios que no dejan duda. Es prueba clara la que se hace por testigos u otras formas parecidas; se llama menos evidente la que se consigue por conjeturas o presunciones, y legítima, la que se hace por testigos, instrumentos o por otros medios reconocidos por el derecho. Finalmente, es prueba mixta, la que se compone de dos semiplenas encaminadas a un mismo fin.⁸⁰

Combina así el autor, siguiendo a **Antonio Gómez** en sus "Variaciones" los tipos tradicionales de prueba por los resultados que se obtienen con otros criterios según las características de cada tipo de prueba en base a circunstancias de calidad, lugar y composición.

6.5. EL RECIBIMIENTO DEL PLEITO A PRUEBA

El acto procesal de **recibir el pleito a prueba** es la llave que abre el periodo en el que las partes proponen las pruebas de las que se intentan valer, se hacen las probanzas, se publican y se concluye sobre ellas. El sistema preclusivo que informa todo el proceso privado, hace que un acto procesal sea la causa del siguiente, enlazándose unos con otros, pero además, determina que las actuaciones en un pleito formen parte de cada una de las fases en las que están inmersas; y las fases a su vez concentran determinados actos que reúnen entre sí características afines, pero sobre todo cierran la posibilidad de que una vez que una fase ha precluido se pueda volver a

⁸⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 122.

realizar actuaciones propias de ella, y que no se puedan adelantar actos procesales que no se corresponden con los que se han de llevar a cabo en cada momento procesal.

Una vez que las partes han hecho todas las alegaciones y han concluido sobre ellas, ha finalizado la fase inicial o de alegaciones. De aquello que han alegado en sus escritos de demanda, contestación y segundas alegaciones, si consideran que necesita hacerse prueba sobre ello, le pedirán al juez que reciba el pleito a prueba, que es tanto como iniciar todas las posibilidades de la fase probatoria. En el sistema procesal de influencia romano-canónica, en el que el impulso procesal de oficio es tan escaso, y en el que es la actividad y la iniciativa de las partes la que determina la marcha procesal, al juez casi le corresponde un papel de imparcialidad, papel en el que se encuentra como un mero espectador de aquello que las partes hacen en el pleito. En el caso de la prueba, a las partes se les concede la posibilidad ilimitada de pretender del juez que se hagan todas aquellas pruebas que considere convenientes para llegar al convencimiento del juzgador sobre la veracidad de sus pretensiones, y aunque el juez, en principio tiene la facultad de admitirlas o rechazarlas, pesa mucho en la realidad procesal el hecho de que el propio juzgador, al saber que tiene que decidir sobre la contienda planteada, lo hará en mejores condiciones cuantos más datos tenga para ello. De ahí que, la parte pide y el juez ordena; la parte propone al juez que se hagan determinadas probanzas, y el juez ordena que se lleven a cabo. Se establece un escenario en el que las partes hacen sus pruebas, y el juez en la platea observa a distancia lo que allí ocurre. A veces, ni está sentado para presenciar la actuación de los testigos; sencillamente espera a que la representación termine, y que lo documentado le sea entregado para, viendo los autos, tomar su decisión. En este escenario las partes son a la vez actores, tramoyistas, y regidores, dejando en algunos casos al juez la dirección escénica.⁸¹

⁸¹ Para entender esta posición de inactividad del juez frente a las peticiones de las partes en el momento de solicitar que el pleito se abra a la prueba, hay que tener en cuenta el gran peso que los principios

El acto procesal del recibimiento a prueba. El recibimiento del pleito a prueba es un acto formal del órgano jurisdicente, a petición de las partes, por el que se posibilita toda la actividad probatoria. Él es la puerta para poder proponer las pruebas de las que se intenta valer cada parte, y el momento a partir del cual, con limitación de tiempo, se van a llevar a cabo la realización material de los actos probatorios. Una vez conclusos los autos, tanto si lo piden las partes o si los tiene el juez como tales con dos escritos de cada una, debe el juez en los seis días siguientes dictar auto o sentencia interlocutoria en el que los reciba a prueba.⁸² Legislativamente este momento procesal se apoya en la Pragmática dada por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Alcalá en 1503,⁸³ en la que se dispone que con dos escritos presentados por las partes el pleito sea tenido por concluso, aunque las partes no concluyan, tanto para la sentencia definitiva, como interlocutoria o de recibimiento a prueba. Pero como lo más frecuente es que las partes no han probado todo lo que ya han dicho en sus escritos, el juez dicta un auto en el que acuerda que se le traigan los autos a la vista para valorar si es necesario hacer las pruebas o no, en cuyo caso debería dictar sentencia.⁸⁴ Este auto de mero trámite implica **la citación de las partes**, es decir,

inspiradores en proceso civil o privado tenía el Derecho Canónico y su influencia desde el Derecho Común. En este Derecho el juez podía estar excluido de decidir sobre el recibimiento a prueba por convenio de las partes (Ver MALDONADO y GALLEGO MORRELL). En el marco de la justicia como una gestión pública no cabe entender esta posibilidad, ya que los convenios entre partes quedan excluidos por la misma esencia del hecho procesal, pero si puede servir este antecedente para colocar en su lugar histórico la falta de impulso procesal que atenaza al juez en este momento de decidir sobre la conveniencia o no de la prueba.

⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 120.

⁸³ N.R. 9.6.4.

⁸⁴ ÁLVAREZ, Instituciones, pág 240.

Dentro de la más pura mecánica procesal, el juez no tiene los autos ya que las actuaciones procesales, materialmente hablando, están en poder del **escribano de la causa**. La documentación procesal encomendada al escribano hace, unido a la no identificación de los espacios jurisdiccionales (escribanía/casa del juez), que los autos **se le lleven al juez** cuando tiene que resolver. El rizamiento del rizo se produce cuando el juez tiene que acordar en las actuaciones que le traigan los autos a la vista, ya que no los tiene materialmente cerca para verlos.

En la realidad práctica, se daba pocas veces la circunstancia de que el juez dictase sentencia en base a lo alegado sólo en la *primera fase procesal*; sólo se producía esta circunstancia en aquellos procesos acogidos a la sumariedad o a la simplificación, como las ejecuciones y en algunos asuntos de jurisdicción voluntaria. Lo frecuente era que el juez basándose en las conclusiones de las partes, abriera el período probatorio. Esta

se llama a las partes para que estén presentes en el acto de ver los autos el juez, vista de la que depende la toma de decisión de recibir el pleito a prueba, o por el contrario dictar sentencia y considerar que los hechos están suficientemente probados con lo dicho por las partes en sus respectivos momentos procesales para alegar, sobre todo si existe confesión de alguna de ellas o reconocimiento de lo alegado. Esta citación de las partes nace del principio contenido en,⁸⁵ por el que las pruebas han de ser hechas ante el Juez que ha de fallar, y no ante la parte contra la que se actúa; pero al mismo tiempo, se abre la posibilidad de que se llame a la parte contraria para que esté presente en la práctica de las pruebas pedidas por su oponente en el pleito "como quiera que esto se debe hacer estando ella delante y deben después darle traslado". Ahora bien, una vez tenido el pleito por concluso, y señalado día y hora para la vista, auto que se notificará lógicamente a ambas partes,⁸⁶ el juez ha de ver los autos. La vista se plantearía en principio de diferente manera según sea en Audiencia o Chancillería o ante Alcalde o Corregidor. La estructura y la mecánica procesal de un tribunal colegiado determina la necesidad de que se hagan **relaciones de los procesos**.

Las relaciones hechas por los Relatores

El Relator no sólo se limitaba a hacer un resumen de lo que se había actuado en el pleito, sino que también debía informar sobre los defectos que observara en el procedimiento, para que a su vista los jueces ordenaran subsanar los vicios encontrados o bien decretaran inmediatamente el auto proveyendo sobre el término que se debía conceder en razón a la

limitación que tenía el juez para intervenir en las decisiones de las pruebas, y que era inversamente proporcional con la gran capacidad de decisión de las partes, se venía a corregir finalmente mediante las diligencias para mejor proveer que venían a facilitar al juez el medio necesario para poder realizar actos de prueba antes de dictar su sentencia, por considerar que lo que se había llevado a cabo hasta ese momento era insuficiente para tomar su decisión de fondo.

⁸⁵ P.P. 7.14.3.

⁸⁶ MARTNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 156.

naturaleza de la causa.⁸⁷

Las partes no pedían que se hiciese la relación, a no ser que existiese un interés especial en que en la misma se incluyesen determinadas circunstancias procesales. Así, en Chancillería en un pleito de alimentos seguido en primera instancia, la parte demandante dice:

"[...] que se halla concluso para prueba, y sobre que a mí parte se le habían de dar los precisos [alimentos] para su manutención, al derecho de mi parte conviene que al tiempo que se haga relación se haga también de la demanda que sobre estos mismos alimentos puso la contraria a su padre y providencias que en ella se tomaron".⁸⁸

En la misma petición de conclusos, la parte que lo dice se refiere a la relación que ha de hacerse, como un acto procesal consecuencia de la situación de conclusos para prueba.⁸⁹

Al estar los autos, es decir la materialidad del proceso en las Escribanías correspondientes, una vez que se concluían, debía el escribano numerar los folios de que constaba, y una vez hecho y anotados los derechos que debía percibir el relator, lo pasaba al Acuerdo con el fin de que allí se repartiase al relator que debía hacer la relación del pleito.⁹⁰ Una vez encomendada la relación a un relator mediante auto, éste debía hacerla por escrito si la conclusión era para sentencia definitiva o verbalmente si era para interlocutoria, o bien la cuantía de la reclamación objeto del pleito no superaba los 5.000 maravedis. La relación, cuya elaboración se encomienda personalmente a los relatores, sacándolas ellos mismos y en sus casas

⁸⁷ M.P. ALONSO, Ob. Cit. Pág.239. Remite a dos acuerdos recopilados en las Ordenanzas de la Audiencia de Valladolid, II,2,8,

⁸⁸ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

⁸⁹ Y esta relación se hace como un resumen de supuestos de hecho.

⁹⁰ N.R. 3.17.2.

sin encargárselas a otras personas,⁹¹ era un resumen procesal que servía de base para la toma de decisión de la Sala. Así pues, el esquema del sistema era: escribanía-acuerdo-relator-jueces. Se evitaba la relación directa entre escribanos y relatores, ya que la adjudicación de los asuntos la hacía el Acuerdo, y a los relatores se les prohibía recibir procesos sin que les fuesen encomendados, y a los escribanos dárseles, debiendo llevárselo al oidor correspondiente para que lo encomiende, prohibiendo expresamente entregárselos. Deben llevar los procesos enteros para que se entienda bien la calidad de los negocios.⁹² A su vez, el hecho de encomendar un proceso a un relator debe estar exento de toda negociación y sujeto a lo establecido en las ordenanzas.⁹³ El sistema, originado por lo voluminoso de la documentación, como una medida para que los jueces tuviesen mejor conocimiento de lo que el proceso o los autos contenía, se fue trasladando a los órganos unipersonales; pero como en en estos órganos no había relatores, las relaciones de los pleitos las hacían los escribanos.

Que esa era la realidad nos lo constatan dos leyes dadas para evitar que se produjesen estas situaciones. En 1539, en las Ordenanzas de Toledo, Carlos I, a una petición de Cortes, ordena que los jueces inferiores no tengan relatores, sino que vean por sí los procesos, ya que se derivan grandes inconvenientes del hecho de relatar los escribanos los procesos a los jueces para que sentencien.⁹⁴ Cincuenta años después, en las Cortes de Madrid, Felipe II, también como consecuencia de una petición, ordena que los jueces para sentenciar vean los procesos por ellos mismos, y **no por relación de sus escribanos.**⁹⁵ La insistencia de la norma hace pensar como

⁹¹ N.R. 5.17.2.

⁹² N.R. 5 y 8. 17.2.

⁹³ N.R. 4.17.2.

⁹⁴ N.R. 17.17.2.

⁹⁵ N.R. 6.10.4.

en tantas otras situaciones, que los escribanos de los Alcaldes y Corregidores hacían relación de los pleitos, lo que suponía dos posibles disfunciones: en primer lugar, el juez no veía por sí mismo los autos, y en segundo lugar, la relación sacada por el escribano, sin citación de las partes, no ofrecía las garantías de una relación hecha por un relator, como persona cualificada para ello. Pero la práctica era esa, como muy bien nos lo dice **Tapia**, al haberse hecho práctica en todos los Tribunales de la Corte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de día para verlos, citándose a las partes; como el hecho de que los escribanos hagan relación a presencia de los litigantes o de sus letrados.⁹⁶ Para los autores prácticos, era ésta la forma más frecuente de actuar, hasta el punto de que en sus manuales de práctica procesal, en los que se contenían instrucciones detalladas de como actuar en los juicios, se decía que “después de citadas las partes pasará el escribano de número a hacer relación al juez para lo que formará memorial o apuntamiento del pleito, para en su vista proveer auto para recibir la causa o prueba”.⁹⁷

De nuevo aparece la contradicción entre el Derecho Real y la práctica procesal; uno prohíbe y la otra recomienda hacer lo prohibido con total olvido de lo que la ley pretende que se haga; de ésta forma, la decisión de si el pleito debe ser o recibido a prueba, decisión propia del juez en base a lo alegado y ya suficientemente probado, no se toma viendo personalmente el juzgador lo que los autos contienen, no sólo de lo alegado por las partes, si no también de las Escrituras presentadas y de las informaciones hechas; se toma en base al resumen o relación del pleito que le hace el Escribano, en la mayoría de los casos verbalmente

Una vez que el juez ha visto los autos, con o sin relación, debe tomar la decisión consistente en dictar sentencia definitiva o acordar que en el juicio deben ser practicadas

⁹⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 121.

⁹⁷ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 157.

determinadas pruebas. Como ya se ha dicho, son las partes las que en sus escritos de conclusión piden que el pleito sea recibido a prueba, y aunque en la mayoría de los casos el juez accede a esta petición, debe primero valorar si es realmente necesario hacer la prueba, o si por el contrario, teniendo suficientes elementos de juicio dictar sentencia sin más trámite. Tanto si lo pide o no la parte, aunque lo frecuente es que así sea, si el juez estima que no tiene con lo que se ha actuado suficiente convicción de lo que las partes tienen alegado, toma la decisión de abrir la siguiente fase del proceso, que al mismo tiempo que cierra todas las posibilidades a las partes para volver a alegar, permite que, a propuesta de éstas, se hagan determinados actos procesales encaminados a que los hechos alegados y fijados en la primera fase procesal, la de alegaciones, adquieran la dimensión de ciertos para el convencimiento de la persona que tiene que enjuiciar finalmente la contienda tomando la decisión que la cierra, es decir, la sentencia.

La acuñada expresión forense "recibir el pleito a prueba" tiene un contenido de **aprobación o de admisión**; el juez admite a prueba lo que las partes le proponen, y en consecuencia **abre** la posibilidad de que ejerciten determinadas actuaciones, regladas y tasadas, dentro de un marco temporal rígido que también le corresponde fijar al propio juez que toma la decisión de que el pleito pase a la fase de prueba. Significa facilitar la instrucción probatoria, ofreciéndose a las partes la posibilidad de realizar actos de prueba. Esta decisión judicial, no es una decisión de mero trámite, pero tampoco afecta al fondo, sino al impulso del proceso, de ahí que se hable de auto de recibimiento a prueba y de sentencia de prueba indistintamente.

La ley habla de **sentencia**: *concluso el pleito [...] den sentencia en que reciban las partes a prueba sobre todo lo que en ello han dicho y alegado.*⁹⁸ Fue la práctica, sobre todo la tardía, la que introdujo la ambivalencia de los términos auto/sentencia de prueba; **Monterroso y**

⁹⁸ N.R. 1.6.4.

Alvarado, que escribió y trabajó en el último tercio del siglo XVI, habla de sentencia de prueba, en la que el juez decía que debía recibir a ambas partes juntamente a la prueba, de lo que habían dicho y alegado; dándose el término, para que dentro de él hagan las probanzas.⁹⁹ **Muñoz**, escribe su "Práctica de Procuradores", en 1612 y habla también de sentencia que ha de dar el 'juez en los seis días después de la conclusión del pleito, aunque en el párrafo siguiente habla de auto de prueba.¹⁰⁰ En realidad, la mayoría de los prácticos, (Álvarez, Escolano de Arrieta, Tapia, Conde de la Cañada) hablan sólo de auto de prueba, y no de sentencia. En cualquier caso, esta cuestión irrelevante, sólo conviene matizarla en el sentido que le da la ley, cuando distingue las sentencias interlocutorias de las definitivas,¹⁰¹ para lo que hay que tener en cuenta que las sentencias interlocutorias no resuelven la cuestión planteada en el proceso, como sí lo hacen las definitivas,¹⁰² pero tampoco son simples resoluciones de trámite o impulso procesal. Hqe no afecten al fondo del asunto, no quiere decir que sólo se resuelva una cuestión de mera tramitación procesal; implica, es indudable, una toma de postura del juez sobre el estado del proceso en un momento en que debe decidir si puede o no puede fallar el pleito; supone por lo tanto una valoración jurisdiccional previa a la toma de decisiones, y por otro lado, en un momento en el que la sentencia definitiva puede ser decidida; de ahí que se hable de sentencia y no de auto. La evolución hizo que con la práctica, en la que se recibía siempre a prueba los pleitos en los que las partes solicitaban el recibimiento, esta decisión dejase de tener el peso de valoración previa para la toma de una resolución, por lo que se habló normalmente de auto de

⁹⁹ MONTERROSO Y ALVARADO, Práctica civil y criminal e Instrucción de Escribanos, Fol 15.

¹⁰⁰ MUÑOZ, Práctica de Procuradores, fol. 20.

¹⁰¹ N.R. 1.17.4.

¹⁰² "dícese interlocutoria esta sentencia porque con ella no se acaba el pleito y negocio principal, antes espera tras si otra sentencia para acabarle" MUÑOZ, Práctica de Procuradores, fol.20.

recibimiento a prueba. La fórmula, tan simple como todas las utilizadas por los jueces para tomar decisiones, era la de *Vistos, recíbase esta causa a prueba*, o más extensamente, *recibo las partes a prueba sobre lo que se trata este pleito, y lo que de derecho ha lugar, y no prueba impertinente y superflua, y en esto las recibo y no en más*,¹⁰³ añadiéndose el término que se concede a las partes para proponer y practicar las pruebas.

La precisión hecha de que lo **impertinente en derecho y lo que no se admita**¹⁰⁴ se hace como una advertencia, ya que si se consiente y se da lugar a que los litigantes hagan probanzas excesivas, y no haciendo caso al pleito son impertinentes, el juez que lo consiente está obligado a pagar las costas y gastos que se le produjeran a las partes.¹⁰⁵

Este auto debe hacerse saber a ambos litigantes,¹⁰⁶ ya se siga el pleito en presencia de todos o con rebeldía de alguno.¹⁰⁷ En estos casos en los que la parte demandada está declarada en rebeldía, la ley previene expresamente, que cuando se libre carta receptoria, antes de usarla como tal la parte a la que se le conceda, ha de notificársele a la que está ausente, y en caso de que no se la encuentre, ante las puertas de su casa haciéndoselo saber a su mujer, hijos o vecinos más cercanos, de manera que se pueda establecer la presunción de que ha tenido conocimiento de la resolución.¹⁰⁸ Así se practicaba en el Consejo,¹⁰⁹ en donde el relator entrega el auto de recibimiento a prueba en la Escribanía de Cámara para su notificación a los procuradores de las

¹⁰³ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol. 15.

¹⁰⁴ *salvo iure impertinentur, y non admitendorum.*

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pág. 241.

¹⁰⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 121

¹⁰⁸ N.R. 8.6.4.

¹⁰⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 121

partes.¹¹⁰

Cómo se recibían los pleitos a prueba en la práctica

Si en la práctica lo frecuente era que las partes pidiesen el recibimiento a prueba,¹¹¹ y que no se denegase por los jueces, la decisión se plasmaba en los autos de diferente manera según se tratase de un pleito en Consejo, Chancillería o ante un juez unipersonal, Alcalde o Corregidor.

Dejando las pruebas de las apelaciones, las que Chancillería hacía en primera instancia se referían a casos de corte, y se resolvían linealmente, como la mayoría de las decisiones de los Oidores. Después de que la parte haya dicho que el pleito está concluso para prueba, recae una resolución de cuatro Oidores en la que escuetamente se dice que se recibe el pleito a prueba por término de veinte días.¹¹² En el mismo sentido se dicta el auto de recibimiento a prueba en el pleito de María González, viuda de Miguel Cubero, contra sus cuñados,¹¹³ según se desprende de la relación del pleito que aparece en los autos, en la que el relator dice que *se recibió la causa a prueba por auto por el término de la ley*.

En el Consejo podían los jueces ser más explícitos en el momento procesal de recibir el pleito a prueba; en 1750, en un pleito sobre posesión, goce y aprovechamiento de dehesa, la **sentencia de prueba** dice:

"Fallamos, recibimos el pleito y las partes de él a prueba. Para que lo dicho y alegado lo prueben por la vía de prueba que a su derecho convenga; *salvo iure impertinentium et non admitendorum*. Para hacer, traer y presentar plazo de treinta días comunes. Se les cite en forma por si quieren

¹¹⁰ ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo, pag. 357.

¹¹¹ En el CONDE de la CAÑADA el estilo de tramitar hacía más pesado y denso el curso procesal. Normalmente se dictaba sentencia de prueba y no de auto

¹¹² CHAN. VALL. P.A. 2987-2

¹¹³ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

nombrar personas presentes a ver y conocer los testigos".¹¹⁴

La resolución judicial, encabezada como "**sentencia de prueba**" arranca con una expresión de resolución definitiva: *fallamos* lo que le confiere un matiz de cuestión principal más que de mero trámite. Se recibe a prueba el pleito y "**a las partes de él**", lo que hace suponer que existen piezas incidentales al negocio principal; se añade que esta decisión va dirigida a probar lo dicho y alegado, según lo que convenga al derecho de cada parte, excluyendo las pruebas que se consideren impertinentes conforme a derecho. Se fijan los días del término de prueba, que en este caso son treinta, y se termina acordando que se cite a las partes para que estén presentes en la testifical.

No se resolvía este paso procesal de forma muy distinta en los pleitos que se seguían ante Alcaldes y Corregidores. En estas instancias de la Justicia, las actuaciones tenían más inmediatez que en las Chancillerías y en las Audiencias. Al escrito de conclusiones de las partes, en el que en el suplico se añade que *se ofrece a probar lo necesario*, el Alcalde Mayor de Segovia, en este caso, dicta auto en el que acuerda unirlos a los autos,¹¹⁵ para a los treinta días dictar un nuevo auto en el que dice que recibe el pleito a prueba, con vista de los autos, con término de siete días comunes a las partes para que en ellos justifiquen lo que en su derecho convenga.¹¹⁶ En el período de tiempo que media entre un auto y otro, el juez ha visto los autos, es decir a examinado lo actuado para valorar la necesidad de practicar pruebas o en caso contrario dictar la sentencia que resuelva el pleito. Considera que no puede resolver, y por lo tanto ha de recibir el pleito a prueba,

¹¹⁴ A.H.N. CONSJS. ESCRIBANÍA DE AYALA. 48450. Legajo. 1125. Se trata de un legajo que contiene diversos autos y sentencias entre 1750 y 1772.

¹¹⁵ Como ya se ha mencionada al hablar de la forma de las resoluciones judiciales y su lenguaje, esta decisión se hacía constar con un escueto: *autos*

¹¹⁶ A.H.P.S. J-1027/28.

y lo hace por un término escueto, sólo siete días, aunque tanto demandante como demandado no residen en Segovia, sino en Valseca y en la Roda; se añade también que en estos días las partes tienen que justificar lo que a su derecho convenga.

El mismo esquema procesal se sigue en el pleito sobre arrendamiento seguido en Segovia en 1757 entre el Boticario de Herreros y la propietaria de la casa que utiliza como despacho de botica y como morada. En él, después de alegar las partes, el juez acuerda unir a los autos, *y que se le traigan para en su vista proveer*; a los tres días, dicta un nuevo auto:

"[...] habiendo visto estos autos y lo en ellos dicho y alegado por las partes litigantes, por ante mí el escribano dijo: los debía de recibir y recibió a prueba de justificar y todos cargos, para que durante ellos pidan, aleguen y prueben dichas partes y con ellas las contenga."¹¹⁷ El discurso procesal es en síntesis el mismo: las partes concluyen sus alegaciones, el juez acuerda que se unan a los autos, pide los autos para verlos; según el resultado de lo que ve ("en su vista") decide que se ha de probar los hechos, por lo que recibe el pleito a prueba para que las partes justifiquen según pidan. En realidad, a este esquema procesal poco más cabía añadir, salvo circunstancias concretas de cada asunto, como lo acordado en el auto de recibimiento a prueba en el pleito sobre samenamiento de tierras, en el que el juez, después de decir que ha visto los autos, recibe el pleito a prueba por término de quince días para que las partes digan, prueben y aleguen lo que les convenga, para lo cual sean citados los hijos, herederos y curadores de los menores que hasta el momento no hayan sido citados en esta nueva demanda, así como a los que resulten ser poseedores de las heredades hipotecadas.

Desde luego es infrecuente que en el momento procesal de resolver sobre la procedencia

¹¹⁷ A.H.P.S. J-1236/17.

o no de la prueba, el juez decida llamar a otras personas al proceso, citándoles a la prueba.¹¹⁸ No se trata de la constitución en parte procesal, sino de la citación para que las pruebas se hagan en su presencia. Hay que llamar la atención sobre dos aspectos: en primer lugar, el juez sí ha visto realmente los autos; no estamos como en otros casos ante una mera fórmula procesal que hace recaer una decisión que puede ser inútil, sino que el hecho de que el Corregidor de Olmedo, en funciones en este caso, se haya dado cuenta que han de ser llamadas a la prueba determinadas personas que pueden tener un interés determinado en el pleito, aunque no sean ni puedan ser partes procesales, hace pensar que se ha estudiado las alegaciones que las partes han hecho y los instrumentos que hayan presentado hasta el momento. La citación de las partes, aunque necesaria no siempre se acuerda en el auto de prueba. Sí lo hace el Alcalde Mayor de Villa Vieja cuando acuerda recibir a prueba, después de ver los autos, el pleito sobre la propiedad de un molino, diciendo expresamente que se hará la prueba citando a las partes.¹¹⁹

Se está pues ante resoluciones jurisdiccionales, no de fondo, que suponen una toma de decisión del juez sobre la necesidad o no de practicar prueba, son por lo tanto más que un mero impulso procesal, ya que abren la posibilidad de practicar las partes sus pruebas. Estas decisiones tienen que pasar por la vista de los autos por el juzgador para poder valorar la conveniencia o no de que se practiquen las pruebas, ya que en caso de no ser necesarias deberá dictar sentencia.

6.6. EL TERMINO DE PRUEBA Y SUS PRÓRROGAS.

En el auto o sentencia en el que el juez recibe el pleito a prueba, debe fijar el término o plazo en el que las pruebas se ha de llevar a cabo. Plazo para probar es *el espacio de tiempo que*

¹¹⁸ CHAN. VALL. P. A. 3782-4

¹¹⁹ CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

da el Juzgador a las partes para responder, o para probar lo que dicen en juicio, cuando fuere negado.¹²⁰ El sentido común que informa a **Las Partidas** hace explicar el por qué de la necesidad de que existan plazos para probar: para que las partes puedan buscar abogados que les aconsejen, o para que tengan tiempo de saber responder a la demanda que les hacen [...] o para que puedan aducir el juicio testigos o privilegios o cartas para probar y averiguar lo que cumple a sus pleitos [...]. Lo que se pretende es **dar tiempo** a las partes para que puedan encontrar argumentos y los medios de probarlos; no se pretende por lo tanto la exigencia a las partes para que demuestren lo que alegan en la inmediatez de las alegaciones, si no que se frena la perentoriedad del discurso alegatorio para **dar un tiempo a las partes** con el fin de que articulen la forma y manera de demostrar al juez como verdad lo que ya han dicho . Por ello, continúa en la ley siguiente diciendo que *deben los Juzgadores dar plazo a las partes para probar cuando las razones que dijeren por sí les fueren negadas*, entendiéndolo como una obligación del juez en el proceso. El resto de la legislación Real, más pragmática y menos didáctica que Las Partidas elude como en otros casos las definiciones de los términos que utiliza, y se limita a fijar los tiempos para la práctica de prueba, que llama en estos casos **término** desvinculándose de la denominación de **plazo**.¹²¹

La Doctrina, o bien se remite a la definición de **Las Partidas**,¹²² o bien elabora sus conceptos, pero siempre refiriéndose a "término" más que a plazo.¹²³ Término, o *dilación*, en el lenguaje forense es lo mismo que espacio de tiempo que se concede al reo o al actor para evacuar

¹²⁰ P.P. 1.15.3.

¹²¹ N.R. 1.6.4.

¹²² Es el discurso de JORDÁN DE ASSO, que sigue, en lo que puede, la línea argumental de LAS PARTIDAS utilizando sus definiciones. En la obra citada, pág. 306.

¹²³ GÓMEZ NEGRO, JUAN Y COLOM, MARTINEZ SALAZAR, ÁLVAREZ, CONDE DE LA CAÑADA, MONTERROSO Y ALVARADO, ZÚÑIGA Y ESCOLANO DE ARRIETA.

algún acto judicial,¹²⁴ con carácter general, y en cuanto al término probatorio, es *el que se da al que quiere acreditar su derecho, o el que se concede al actor y reo para probar su intención y sus excepciones después de contestado el pleito.*¹²⁵ En resumen, es el término o plazo probatorio, el espacio de tiempo que el juez concede al actor y al demandado para que hagan la prueba de la que se intentan valer y así probar sus intenciones.

6.7.- LA CUESTION DE LA DURACION DE LOS TERMINOS PROBATORIOS Y SUS POSIBLES ALTERACIONES POR EL JUZGADOR.

1º. La modificación de los plazos para probar y sus prórrogas.

El lapso de tiempo que se concede a las partes para que hagan sus pruebas, ha de ser fijado por el juez en el propio auto de recibimiento a prueba, conforme a los tiempos que las leyes señalan, ya que no se pueden dejar a la libre voluntad o decisión del juez, pues no los pueden fijar según el albedrío de su voluntad, sino cuando existe razón que lo justifique.¹²⁶

Las leyes reales, como en otros casos no son coincidentes; **Las Partidas**, hablan de que se pueden conceder a cada una de las partes, hasta tres plazos para probar, en los que sólo aquella que lo solicita tiene que demostrarle al juez que existió algún impedimento para hacer la prueba en el primero de los plazos concedido; así las cosas, aún puede conceder el juez un cuarto plazo cuando la parte jure que no puede hacer las pruebas en los que se habían dado anteriormente. Lo que no dicen **Las Partidas** es cual será la duración de los plazos, lo que hace entender que los días que integraban los plazos probatorios los fijaba el juez a su voluntad. Así la situación, se

¹²⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 180

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ P.P. 3.15.3.

añade lo dispuesto por **Los Reyes Católicos**, en las Ordenanzas de Madrid de 1502,¹²⁷ en las que se establecen el término (en singular) que se ha de fijar en la sentencia de prueba, tanto para probar como para presentar la probanza; se faculta a los miembros del Consejo, al Presidente y Oidores de la Audiencia para abreviarlo. Pero lo más determinante de esta disposición, que viene a indicar que intenta evitar el problema existente de exceso y descontrol de los plazos, es cuando dice que estos plazos son únicos y el término es perentorio, sin que se pueda dar más término y prórrogas al ya concedido, lo que nos habla de la flexibilidad de los plazos probatorios. Equivale a decir que una vez pasado el término y hecha la publicación de probanzas, no se puedan recibir más pruebas, salvo que la parte tenga privilegio de restitución.¹²⁸

Como constatación de esta realidad práctica es muy ilustrativo lo que nos cuenta **Monterroso y Alvarado** en lo que epigrafea como *Prorrogación del término [de prueba]*. Explica el autor que algunas veces en los pleitos, " se pide más término y el juez lo da, y prorroga algunas veces, pidiéndolo las partes, ya sea por petición o de palabra ante el escribano; comparecía el interesado y decía que el pleito fue recibido a prueba por un término que resulta breve, por lo que pide al juez que se le prorrogue por unos días más. A esta petición el juez decía que prorrogaba el término para las partes. Pero además de estas prórrogas, suelen las partes pedir otras mayores prorrogaciones, que llaman tercera, cuarta y quinta dilación, y ferias de pan y vino coger".¹²⁹ El juez puede dar los términos o denegarlos, cuando se le piden con malicia.¹³⁰

El cómo la práctica y los autores interpretan y compaginan la existencia de dos leyes

¹²⁷ N.R. 1.6.4.

¹²⁸ N.R. 5.6.4. y 3.8.4. JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 306.

¹²⁹ Se está refiriendo al motivo de imposibilidad de traer a los testigos por encontrarse realizando trabajos agrícolas estacionales.

¹³⁰ MONTERROSO Y LAVARADO, Ob. Cit. folio 16.

contradictorias entre sí, se hace con eminente sentido práctico: no se tiene por derogada ninguna norma, sino que más bien se entiende que ambas están vigentes y son aplicables. Para ello se establece como norma general la de la **Recopilación** en el sentido de que se concederá a las partes para sus pruebas un único término probatorio; ahora bien, de forma no ordinaria, se puede conceder hasta tres veces el término de probar, debiendo la parte que lo solicite motivar y probar su necesidad, y para la tercera vez, demostrar el impedimento que tuvo para hacer la prueba en el segundo plazo.¹³¹ Relacionada con la cuestión del único término probatorio, la doctrina y la práctica nos remiten a situaciones producidas, no por la concesión de nuevos plazos, sino por **la posibilidad de que el juez haga variar la duración, el número de días, que integran cada período de tiempo para probar.** Aunque la ley es muy clara: *los términos y plazos son perentorios con apercibimiento que no les sea dado otro término, ni éste les sea prorrogado, ni éste se les pueda prorrogar ni largar*, es cierto que previamente ha dejado en manos del juzgador la posibilidad de *abreviar los dichos términos y cada uno de ellos, acatada la claridad de la causa y personas, y cantidad y distancia de los lugares donde se han de hacer las probanzas, y que no los puedan largar.* Partiendo de éste supuesto, se entiende que los términos que la ley fija, y de los que hablaremos a continuación, tienen el carácter de máximos, pero dentro de ellos el juez está facultado a ceñirse a los tiempos que considere necesarios en función de la calidad, cantidad y distancias geográficas que influyen en la forma y tiempo de hacer las pruebas. De ahí, que pueda el juez conceder a los litigantes el término que considere que necesitan para probar su intención, pues está en su mano abreviarlo, según considere que debe adaptarse a las necesidades de cada proceso [...]; pero no puede ampliar el prescrito por la ley, ya que la ley se

¹³¹ P.P. 3.15.3. JORDÁN Y ASSO, Ob. Cit. Pág. 307.

lo prohíbe expresamente.¹³²

La explicación de la doctrina se basa en los criterios de generalidad y particularidad:

"porque las leyes se establecieron para los casos comunes, y los legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del juez su ampliación, restricción y revocación."¹³³

Por lo tanto, la facultad concedida a los jueces para que a su arbitrio acomodasen los plazos probatorios a las necesidades reales de las pruebas que tenían que practicar las partes, partiendo de la calidad del proceso, se acaba convirtiendo en la facultad de acortar y de alargar los plazos, pese a las limitaciones que vienen impuestas por leyes reales. A lo dicho hasta ahora, conviene tener en cuenta el comentario que recoge **Tapia** a pie de página, y que atribuye a **Febrero** en la edición reformada:

"Los intérpretes arrogándose la máxima autoridad, y haciéndose superiores a la misma ley, dan a los jueces amplias facultades para ampliar las dilaciones.¹³⁴ El legislador instruido por una dilatada experiencia de la malicia de los litigantes, coartó los términos para abreviar los pleitos: y a pesar de esto los intérpretes parece que se empeñan en eternizarlos abriendo una anchurosa puerta a los enredos y fraudes. La ley concede que los males que pueden originarse de no quebrantar o de observar con todo rigor los términos, son muy pocos en comparación de los innumerables que pueden ocasionar su violación, y sin embargo, los intérpretes sólo tratan de evitar los primeros sin

¹³² TAPIA, Ob. Ci. Pág. 180.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ El mismo TAPIA nos dice que la expresión *dilación* en lenguaje forense es lo mismo que término a plazo que se concede a las partes en el proceso (Ibidem)

poner la atención en los segundos."¹³⁵

Vuelve a sentirse la vieja y permanente pugna entre dos conceptos de la Justicia que se van diversificando con las evoluciones del pensamiento jurídico, en función de la mayor importancia que va adquiriendo el individuo y las garantías que necesitan los súbditos cuando pretenden que el Estado/Monarca solucione sus conflictos de intereses surgidos en el ámbito de lo privado, y que han de ventilarse en el ámbito de lo público. Por una parte, la acuciante insistencia de la Monarquía en que los pleitos dejen de ser procesos complicados, largos y costosos tendiendo en sus leyes a que se abrevien suprimiendo actuaciones superfluas y acortando los tiempos procesales, o al menos evitando que se alarguen innecesariamente. Y la doctrina, el pensamiento jurídico y la práctica procesal por otro lado, argumentando en favor de la efectividad de la Justicia como un derecho innato al ser humano, es decir natural, y en consecuencia, para evitar que se puedan producir situaciones en las que por falta de actividad o tiempo procesal, las partes no puedan ver satisfecha su demanda de justicia solucionadora de problemas, permiten que las normas sean interpretadas tan ampliamente que pierden su verdadero carácter. Así, para que por falta de tiempo no queden las partes sin poder probar sus derechos y alegaciones, los plazos probatorios pueden ser prorrogados, quizás en detrimento de la eficacia del pleito, que por su prolongación deja de resolver las situaciones en el momento preciso. Es el mismo sentido el que hace a los jueces admitir pedimentos innecesarios argumentando que la negativa daría lugar al recurso de apelación del peticionario, y por consiguiente la prolongación del pleito sería inevitable. Es toda una actitud colectiva de los elementos personales del proceso: las partes piden, aún sabiendo que lo que piden lo prohíben expresamente las leyes reales; y el órgano accede a lo solicitado, aún siendo contra lo legislado para evitar más actuaciones inútiles,

¹³⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 180. nota a pie

mintiéndose todas de forma general, y sabiendo que se están mintiendo. Las mentiras procesales acaban así convirtiéndose en práctica y la práctica en norma para actuar.

Esta visión conciliadora también era tenida en cuenta por el resto de los autores prácticos del XVIII. Para el **Conde de la Cañada** las leyes vienen a conciliar

"el uso propio de la natural defensa y el que no abusen las partes de este saludable remedio convirtiéndose con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea, y que es el objeto de toda la legislación, señalaron término competente para que puedan hacer sus respectivas probanzas [...]"¹³⁶

Considera el autor que los inconvenientes derivados de la legislación de **Partidas**, en cuanto a que permite que los plazos fueran tres para hacer la pruebas, se corrigieron con la disposición ya mencionada dada por los **Reyes Católicos** en las Ordenanzas de Madrid de 1502 ; el plazo que se da en esta ley como ordinario es un término "solo, continuo y perentorio, y excusa las providencias intermedias" que había que dar cuando se regulaba la prueba en tres plazos.¹³⁷

Siguiendo la línea argumental derivada de la legislación real para probar que es de un único término dentro del que pueden moverse el juez y las partes hasta el límite máximo marcado por la propia norma se entiende la prórroga como un movimiento dentro de estos márgenes temporales, ya que el término de prueba se puede prorrogar hasta ochenta días,¹³⁸ lo que hace entender la prórroga de los plazos no como un exceso sobre el término legal, sino una **prolongación del término probatorio inicial concedido por el juez y siempre sujeto al**

¹³⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 96.

¹³⁷ Ibidem, pág. 97.

¹³⁸ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 157

tiempo maximo fijado por la ley ¹³⁹ Los jueces en principio no reciben a prueba por todo el término legal y sí lo hacen por un número limitado de días según las características del pleito; por ello, si las partes quieren utilizar la totalidad del término ordinario, sin que se entienda que se concede nuevo término, deben solicitar que se prorrogue las veces que se considere necesario, para lo que es indispensable que lo pidan dentro del concedido¹⁴⁰

Desde este punto por lo tanto se podría hacer una **distinción entre prolongación y prórroga**. Se entiende que se prolonga del término cuando se solicita dentro del concedido inicialmente y sin exceder de la totalidad del único y perentorio, o por decirlo en términos coloquiales, sin agotar el ya otorgado. Por el contrario, nos encontraríamos con una prórroga cuando de forma extraordinaria se pide del Juez plazo excedido del término legal. Si el litigante jura y justifica que durante el término ordinario no tuvo posibilidad de hacer su prueba, puede el juez conceder hasta un cuarto plazo, que se entiende como un término nuevo, ya que no se puede hablar de prórroga por haber finalizado; en estos casos se debe dar traslado de la petición a la parte contraria, para que en tres días digan lo que estimen sobre lo pedido, acordándolo el juez por auto que se notifica. Si ésta parte se opone y la peticionaria no justifica los motivos surgidos para no poder hacer la prueba en el término probatorio inicialmente concedido, el juez no accederá y si accede, contra su decisión cabe **recurso de apelación**.¹⁴¹ Se protege así el

¹³⁹ Si bien al final de esta etapa histórica, la propia mecánica forense actuó como una fuerza controladora y amortiguadora de una tendencia anterior a extrapolar y exceder los tiempos de las pruebas, esta situación existía, más o menos asentada y admitida por los prácticos. Así lo describe MONTERROSO Y ALVARADO en su tratado editado a mediados del Siglo XVI, y que siguió imprimiéndose hasta finales del S.XVIII

¹⁴⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág 182

¹⁴¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 182 y ss.

derecho de la parte a la que puede resultar gravosa la prórroga de la prueba.¹⁴²

En el caso de que la parte a la que se hace saber la petición de prórroga no la contradiga o la acepte, se puede conceder sin que el solicitante tenga que justificar los motivos por los que tiene que pedir esta prórroga; en este caso el peso de la decisión judicial debe basarse en criterios de equidad según el tipo y objeto del pleito, cual fué el término trascurrido y el motivo alegado para su prórroga,

"para que la parte no quede indefensa, respecto de no haber ley que trata de este caso específico, podrá no prorrogar el término que expiró, porque no hay materia sobre que recaiga la prórroga, sino conceder por equidad el que estime competente, para que en él haga la parte su prueba, **de modo que por defecto del suficiente no alegue estar indefenso**".¹⁴³

Pero lo mejor será ver desde las propias entrañas de los pleitos cómo se desarrollaba el sistema de pedir términos prorrogados. Cuando se ha analizado en éste mismo plano de la práctica procesal el **recibimiento a prueba**, hemos visto que los plazos probatorios no eran muy extensos y que variaban en cada caso sin que se igualasen. Pues, bien estamos en una muy clara actuación del arbitrio judicial; como ya hemos dicho, se entendía el plazo de la ley como el término máximo dentro del cual el juez se podía mover en función de lo que valorase del pleito para fijar los días que integraban el término para que las partes hiciesen sus pruebas

Forma de concederse los términos para probar en los pleitos

Ante el Corregidor de Olmedo, D. José Fernández de Córdoba, Abogado de los Reales Consejos, se pide una prórroga del plazo para probar; es en 1726 en un pleito sobre la evicción de la venta de unas tierras hecha por la generación anterior. El demandante dice que el pleito se

¹⁴² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 83. Remite el autor a otro teórico del Derecho Civil, como es SALAGADO, ya que este criterio no tiene soporte en la legislación real.

¹⁴³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 183.

recibió a prueba con cierto término,¹⁴⁴ que se ha cumplido, y necesita más días para hacer la probanza que le es conveniente; en consecuencia lo que pide es que el término para probar se prorrogue hasta los ochenta días de la ley. El juez accede a prorrogar, pero le concede de nuevo, como prórroga otros quince días.¹⁴⁵ Es también el demandante el que pide del juez una prórroga del término para probar en el pleito en reclamación de los réditos de la paga de un censo ante el Alcalde Ordinario del Estado general de la Villa de Iscar en 1750; al ser un pleito en ejecución de un censo, es decir, no es un pleito declarativo u ordinario, no se habla de recibimiento a prueba, sino de que *están encargados los diez días de la ley*, en los que no ha podido hacer la probanza que le compete, para lo que pide la prórroga a los ochenta días de la ley, aunque han trascurrido más de cuatro meses desde que se encargaron los diez días; el juez accede de plano a que se prorroguen los ochenta días de la ley.¹⁴⁶ En Chancillería, en los pleitos que se tramitaban en primera instancia por ser Caso de Corte, los términos eran más amplios; se dan cuarenta días para practicar la pruebas en el pleito en recalación de alimentos que hace un madre viuda a su hijo. El día 25 de Junio se recibe el pleito a prueba por veinte días; el 17 de Julio la demandante pide que se prorrogue otros veinte días, petición a la que la Sala compuesta por cuatro Oidores accede. Y aquí parece el demandado, cinco días después diciendo que el pleito se ha recibido a prueba por cuarenta días, y por ser muy breve y necesitar hacer probanza por instrumentos y testigos, pide que se le prorrogue a los ochenta días de la Ley, petición a la que accede la Sala.¹⁴⁷ Un año antes, en Segovia, ante su Alcalde Mayor, D. Juan Pérez de la Lastra, se sigue un pleito por una cuestión de arrendamientos, en el que se discute la resolución del

¹⁴⁴ Exactamente se recibió a prueba por término de quince días, en un auto dictado tres meses antes.

¹⁴⁵ A.H.CHAN. VALL. P.A. 3782-4

¹⁴⁶ A.H.CHAN: VALL. P.A. 3782-4.

¹⁴⁷ A.H. CHAN.VALL. P.A. 2987-2.

contrato a un boticario por necesitar la vivienda su propietario para sí; pues bien, en este asunto se recibe el pleito a prueba por quince días, y tres semanas después la parte demandante dice que la parte contraria pidió prórroga del término por ocho días, se entiende que comunes a las partes, lo que se concedió, pero durante este tiempo no ha podido [el solicitante] *evacuar la probanza a causa de hallarse los testigos que han de deponer en la más urgente ocupación del recogimiento de sus frutos del campo* por lo que pide segunda prórroga de ocho días, prórroga que el juez concede.¹⁴⁸ Igualmente se conceden dos prórrogas en el pleito que se hizo en 1766 ante el Alcalde Mayor de Villavieja, Don Pedro Herrera, entre miembros de una familia, por la propiedad de un molino. En él, el juez al recibir el pleito a prueba, concede nueve días comunes a las partes para que hagan sus pruebas; antes de que transcurra el plazo, a los siete días, el demandante dice que no puede hacer las pruebas por estar ocupado, pide treinta días más jurando de malicia; a esta petición, el juez accede sin más trámite. Un mes después, el demandado hace una serie de alegaciones y por otrosí solicita otra prórroga de veinte días, a la que el juez también accede, pese a que no se alegan motivos para pedirla. De nuevo es el demandado el que transcurrido el tiempo pide que se prorroguen los días hasta los ochenta de la Ley, por estarse haciendo la prueba. A esta petición el juez resuelve por auto diciendo que *para determinarlos [los autos] sin el más leve escrúpulo ni presunta maliciosa y mirando a obviar quejas se prorroga el término probatorio al cumplimiento de los ochenta días legales*.

De lo visto hasta ahora se pueden extraer una serie de **conclusiones** que pueden dar una idea de conjunto de la incidencia en los pleitos de las prórrogas de los términos de prueba.

1º.- El porcentaje de los pleitos en los que las partes piden prórrogas del plazo dada para probar, es elevado. De los pleitos analizados en el presente trabajo, un 35% de ellos han

¹⁴⁸ A.H.P.S. J-1236/17.

necesitado de prorrogaciones de los términos probatorios. Indudablemente, este porcentaje no es exacto respecto del total de los asuntos que podían ser tramitados y fallado en un periodo de tiempo, pero es significativo y sirve de aproximación cuantitativa a la realidad procesal. Se puede hablar como de una práctica frecuente el hecho de que las partes procesales soliciten del órgano jurisdiccional nuevos tiempos para hacer sus pruebas.

2º.- Las partes, cuando solicitan prórrogas para probar, no argumentan razones de importancia para hacer esta petición. Y cuando las dan pueden ser vagas y difusas, como el no poder hacer las pruebas por estar ocupado o no ser suficiente el plazo dado. En el tercero de los casos vistos se argumenta como razón el hecho de que han de hacerse las pruebas por instrumentos y por testigo.¹⁴⁹ Como causas externas a la parte solicitante están las ocupaciones del abogado o de los testigos que se quiren presentar como prueba, pero lo normal es que se diga simplemente que no pueden hacer las pruebas en los términos concedidos.

Como aclaración a este comentario, los prácticos piensan que la prolongación del término para probar se debe conceder "llanamente", sin necesidad de decir la causa, cuando la prórroga se pida dentro del término concedido. Se entiende en este caso como una continuación del mismo término, aunque se acuerde después de pasado el anterior, ya que las demoras imputables al juez o al escribano no afectan al derecho de las partes.¹⁵⁰

3º.- Aunque en algunos casos cuando se pide la prórroga el término ya está excedido, es frecuente que las peticiones de tiempos extras se hagan sin que hayan vencido los ya concedidos. Así una prórroga se continúa con el plazo o la prórroga anterior, sin que se

¹⁴⁹ La prueba por instrumentos, o documental, suponía el libramiento de una **carta receptoria**, sobre todo cuando el asunto se seguía en Chancillería, lo que suponía una complicación, ya que en muchos casos el Receptor debía trasladarse a otros lugares para poder obtener los testimonios documentales de los protocolos de los Escribanos. También suponía una complicación la prueba de testigos cuando eran muy numerosos. En este asunto se presentan diez testigos con un interrogatorio de diez preguntas para cada uno de ellos.

¹⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 183.

produzcan tiempos muertos en el pleito. Cuando esto ocurre se debe a la inactividad de las partes que no presentan peticiones ni de concluir ni de prorrogar, pero en cualquier caso, el juez no suele querer plantear problemas con las partes ya que en los casos en que han transcurrido varios meses desde que se concede un plazo probatorio hasta que se pide su prórroga, el juez accede sin hacer mención o referencia a que el plazo ha pasado en exceso; es importante destacar el comentario del Juez de Villavieja al acceder a la tercera prórroga, cuando dice en su auto que lo hace para evitar las quejas, que se suponen de las partes en el juicio, lo que supone mayor complicación en el trámite procesal. Es significativo que de los ejemplos estudiados, en un único caso el juez no acceda a la prórroga de ochenta días solicitada, concediendo sólo quince días; aunque también es cierto que el demandado hace su solicitud de prórroga sin argumentos y una vez que han transcurrido tres meses del plazo inicial concedido.

4º.- Los tiempos de los plazos son muy variables aunque siempre se encuentran con el límite de los ochenta días de la Ley. Se verá más adelante la duración de los términos de prueba, por lo que en este momento sólo cabe hacer una precisión a cerca de cómo las partes piden las prórrogas de los tiempos probatorios. La norma de actuación práctica se puede clasificar en dos planos:

a) **la duración de las prórrogas que solicitan las partes está en relación directa con el término de prueba que se concede en el momento del recibimiento a prueba.** Con un plazo probatorio inicial de quince días, se conceden dos prórrogas, la primera de ocho días, y la segunda hasta los ochenta de la ley. Con un plazo inicial de cuarenta días, la prórroga para probar se solicita directamente a los ochenta de la ley.

b) aunque el juez abra el período probatorio por un tiempo que considere discrecionalmente suficiente para hacer los actos procesales de prueba que sirvan para justificar

las pretensiones de las partes, las partes finalmente , **cuando solicitan prórroga, lo hacen hasta los ochenta días que marca la ley como plazo máximo.**

Hasta ahora hemos hablado de **perentoriedad de los términos o plazos para probar** con, carácter general, como la tendencia de la legislación real a conferir este carácter a los tiempos que las partes disponen para hacer sus pruebas, esta postura se enmarca en la tendencia general de la Monarquía de responder a las quejas de distintas Cortes e incluso de particulares¹⁵¹, para evitar que los pleitos civiles continuasen siendo excesivamente largos confusos de trámite y costosos en gastos, con una respuesta de simplificación en evitación de que las partes pudiesen continuar obteniendo excesos de términos del Tribunal. Pero dentro de la prueba, la doctrina entiende que existe una **prueba con término perentorio** específico de los asuntos denominados de poca entidad en los que la cuestión de fondo no exige una prueba muy complicada. En estos casos no se debe acceder a la prórroga si no es con un motivo muy influyente.¹⁵² Supone este planteamiento que en los asuntos cuya cuantía no sea muy elevada o el fondo planteado especialmente complicado, el tiempo de la prueba ha de ser exclusivamente el que el juez concede inicialmente, sin posibilidad de prórrogas. Lo que finalmente nos hace remitirnos al planteamiento inicial, por el cual el juez puede acortar el plazo probatorio cuando la entidad del asunto lo permita. Esta prueba con término perentorio también llamado en **via de justificación**, produce el efecto de limitar los **alegatos de bien probado** limitándose el trámite a la vista para dictar sentencia.

2º. Los términos de prueba. Su duración.

De lo que hasta ahora se ha visto sobre los plazos que da el juez a las partes en un proceso

¹⁵¹ DE MANUEL Y RODRIGUEZ, Memorial sobre los defectos de los textos legales y la Administración de Justicia. A.H.N. ESTADO:292984.

¹⁵² ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág.51

para que prueben sus respectivas posiciones procesales, la idea general es que se entendían como **plazos máximos**, y dentro de ellos el juez podía otorgar un número de días , según su criterio, para que las partes hiciesen sus pruebas. A su vez, las partes podían pedir al juez que **ampliase** el plazo dado, pero siempre dentro del límite de tiempo impuesto por la ley, ya que se podía prorrogar hasta los ochenta días.¹⁵³

En la práctica general de los Tribunales se fue creando el uso, ya visto al analizar los pleitos, de recibir a prueba por un término limitado (veinte o treinta días) que posteriormente se prolonga hasta llegar a los ochenta de la ley, no precisándose en estos casos alegar causa para justificar la prórroga. Todo sin soporte legal ya que las leyes no lo mencionan aunque el sentir se funda *en que como el espíritu de éstas se dirige en que cuanto antes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos, confiriendo por esto a los jueces la potestad de restringir o abreviar el término*¹⁵⁴ Aunque opiniones más críticas hacen ver que pocas veces el sistema de acortar los términos probatorios por el juez sirva para abreviar los tiempos procesales, porque la mayoría de las veces las partes piden que se prolongue, petición a la que el juez viene obligado a acceder. Por todo ello deberían los jueces y Tribunales recibir el asunto a prueba por los ochenta días del término ordinario, y se evitarían los inconvenientes relativos a la brevedad, que se traducen en mayores gastos para las partes, al tener que reiterar peticiones con las notificaciones correspondientes de las decisiones judiciales a las resoluciones que sobre ellas recaigan.¹⁵⁵

La confusión existente, partiendo de la regulación de **Las Partidas**, dada la ambigüedad

¹⁵³ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 157.

¹⁵⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 186.

¹⁵⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 99.

con la que se regula en este cuerpo legal la cuestión de los tiempos probatorios, su duración y sus posibles ampliaciones, vino a ser controlada con la disposición ya mencionada de las Ordenanzas de Madrid de 1502,¹⁵⁶ y que sirvió de base para que toda la doctrina posterior, sobre todo la práctica, admitiéndose los plazos de esta norma como los únicos válidos en materia de prueba. Viene la ley a establecer la duración de los plazos probatorios en base a **la distancia física o geográfica** que separa el lugar en el que se "vive" el pleito y aquel en el que se han de practicar la pruebas:

- ochenta días como plazo ordinario cuando las pruebas tengan que hacerse en los territorios castellanos más próximos, es decir **aquende los puertos**.

- ciento veinte días para los casos en los que haya que alejarse más allá. es decir, **allende los puertos**.

- seis meses cuando la prueba se tenga que hacer fuera de la Península, sus Islas, o en Territorios Ultramarinos.

- año y medio si los países fueran muy remotos, como Filipinas o el interior del continente Americano.

Dice la ley:

*que si fuere en la ciudades y villas de aquende los puertos, sea término ochenta días, y si allende los puertos sea término ciento veinte días, para probar y haber probado, y para presentar la probanza.*¹⁵⁷

En lo que se refiere al tiempo que se ha de conceder para hacer una prueba distante más allá de la Península, fue en el ordenamiento de Alcalá en el que se regula esta posibilidad.¹⁵⁸

¹⁵⁶ N.R. 1.6.4.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ordenamiento de Alcalá, T.10. LL. 2y3. N.R. 2.6.4.

*si tiene testigos allende de la mar o fuera del Reino, mandamos que el Juez no les de más plazo de seis meses,[...] y porque no pueda ser hecha malicia o alongamiento, mandamos que estos plazos no sean otorgados a la parte que se lo pidiere, salvo si probare primeramente que aquellos testigos que nombraren eran a la sazón en el lugar donde el hecho acaeció.*¹⁵⁹

El contenido de esta norma fue recogido por las de las Ordenanzas de Madrid a la que nos venimos refiriendo, pero con un importante matiz, como es el exigir a la parte que solicita el término que ha de jurar solemnemente que no lo hace maliciosamente y facilite la información necesaria, nombrando o designando en ese momento los testigos, que supone sean del lugar en el que ocurrieron los hechos, e incluso haciendo el depósito que garantice la práctica de la prueba.¹⁶⁰

En el plano de la opinión doctrinal, existe unanimidad entre los autores prácticos, que son los que en realidad se refieren a la cuestión de los tiempos probatorios, en apreciar como válidos los que se fija en la legislación real.¹⁶¹ Se admite como auténtico y necesario que el término se ajuste a lo que previene la ley, es decir los ochenta días para los pleitos de aquende los Puertos, y ciento veinte para los de allende.¹⁶² Desde luego, siguiendo el criterio del legislador, se habla de los términos en razón de la distancia para la práctica de la prueba de testigos, que se entiende a su vez como la que puede tener mayor complicación, así cuando se ha de hacer esta prueba dentro de los puertos del lugar de la provincia donde el pleito se controvierte, se señalan ochenta

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Es uno de los casos en los que se puede observar que el criterio refundidor de la Nueva Recopilación no fue muy acertado. Ambas disposiciones legales recogidas en este cuerpo, 1 y 2. 6. 4., tiene un contenido muy similar, y siendo más completa la posterior, debía haber derogado a la anterior.

¹⁶¹ No hay que olvidar que los juristas prácticos hablaban un mensaje de corrección procesal hipotética; el hecho de que escriban manuales para la práctica forense no quiere decir que se pueda valorar su contenido como lo que se hacía realmente en el ejercicio de los Tribunales. Su mensaje es aséptico y doctrinal, pero no tiene que corresponderse con la realidad.

¹⁶² JORDÁN DE ASSO. Ob. Cit. Pág. 306. TAPIA, Ob. Cit. Pág. 181.

días, y si es fuera de ella o de puertos allende, ciento veinte días.¹⁶³ A esta aceptación por la doctrina del criterio de la ley, hay que hacer dos obsevaciones:

1º.- Los dos términos de ochenta y ciento veinte días se entienden como **términos ordinarios**, es decir, que se pueden conceder sin que concurren circunstancias especiales de dificultad o lejanía; el único criterio que ha de tener en cuenta el juzgador es la distancia o la situación geográfica de los testigos que han de deponer en relación con el lugar en el que pleito se está ventilando, pero sin que la parte haya de demostrar este extremo ni mucho menos garantizar o afianzar el que no actúa de malicia.

2º.- La intepretación que se pueda dar a las expresiones **allende o aquende los puertos** puede dar lugar a equívocos. *Dentro de los puertos del lugar o provincia en que el pleito se controvierte, y ciento veinte cuando se ha de avacuar fuera de ellos.*¹⁶⁴ El término **puertos** sitúa el límite de la distancia geográfica en los **puertos de la provincia**, es decir, son los territorios situados más allá o más acá de una sierra o una cordillera.¹⁶⁵

Merece apartarse aquí del discurso procesal para acercarnos a la realidad física. Estos puertos son los llamados *puertos secos* como vías naturales impuestas por la geografía y que hacían las veces de **aduanas o peajes**.¹⁶⁶ No se puede dejar de tener en cuenta el inmenso condicionante que para Castilla fue, e incluso hoy es, su estructura geográfica; el hecho de que su núcleo sea una gran meseta rodeada de cadenas montañosas, que a su vez está atravesada por otra cordillera que la divide en dos territorios con características de medio ambiente y habitat diferentes, unido a que a la Corona Castellana pertenecían regiones periféricas, hizo que las

¹⁶³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 118.

¹⁶⁴ TAPIA, Ibidem.

¹⁶⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, voz puerto.

¹⁶⁶ DOMINGUEZ ORTIZ, A. El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias, pág. 89.

barreras montañosas adquiriesen la importancia derivada de la necesidad de salvarlas. Los pasos que facilitaban la travesía de cordilleras, los puertos, eran los datos de situación para poder valorar una distancia. Así, las dos Castillas, la Nueva y la Vieja, están separadas entre sí por la Cordillera del Sistema Central, lo que hace que los lugares situados al norte de los puertos que permitían su travesía, estuviesen mejor comunicados entre sí que con los situados al sur, y a la inversa. La región conocida tradicionalmente como Castilla la Vieja enmarcaba las ciudades de mayor peso económico durante siglos; Segovia y Avila por el ganado, Burgos por el comercio, Valladolid como centro Administrativo. Si se sitúa la tramitación de un pleito ante la Chancillería de Valladolid, se concederían ochenta días de prueba para el caso de que los testigos que tuviesen que declarar residiesen dentro de esta región; ahora bien, si los testigos se encontraban en las tierras más allá de la vertiente sur de la cordillera, es decir, en Castilla la Nueva, por estar allende los puertos, tendrían las partes ciento veinte días para hacer sus pruebas. Pero no era esa la única situación que dependía de las distancias y de la geografía. Las dos regiones del centro castellano debían comunicarse también con las regiones periféricas peninsulares, que además de integrar también la Corona Castellana, estaban a su vez separadas por cadenas montañosas que las cerraban y dificultaban su acceso: los Montes de Toledo, Sierra Morena, los Montes de León, la Cordillera Cantábrica y las sierras orientales, estribaciones a su vez del sistema Ibérico, debían ser atravesadas desde el centro para acceder al Reino de Granada, después Andalucía, al Reino de Galicia, a Asturias, y a Vascongadas. En los casos en los que los testigos a deponer se encontrasen en algunas de estas regiones, el término de prueba debería ser el de ciento veinte días. No se puede dejar de tener en cuenta, que pese a estarnos refiriendo a pasos entre montañas, como accidentes geográficos que permitían el trasvase de personas y de mercancías de una región a otra, los caminos eran difíciles y de tránsito dificultoso para las carretas *de puerto*

a puerto,¹⁶⁷ las rutas de viajeros, aunque numerosas, tenían un trazado muy difícil, o muy lento por las distancias que había que recorrer para evitar las dificultades de las zonas montañosas.¹⁶⁸

Hasta ahora nos hemos referido a los dos plazos que la ley posibilita a las partes para hacer la prueba, en función de las distancias que separasen el objeto de la prueba del lugar en el que se estuviese tramitando el pleito. Los dos, de ochenta y de ciento veinte días, son **términos ordinarios**, es decir, no incide en su concesión ninguna circunstancia especial que los justifique. Por el contrario, existía un tercer término de prueba llamado ultramarino, que se seguía basando en criterios de distancia geográfica o de dificultades para acceder a determinados lugares, pero que requería para su concesión una serie de presupuestos y de garantías. Por lo tanto, si las pruebas que se han de hacer son de testigos que están en Ultramar o fuera del Reino, puede ser concedido el término llamado ultramarino o extraordinario que es de seis meses.¹⁶⁹ El demandante o el demandado dirán que tienen testigos *allende la mar o fuera del reino*; en estos casos el juez les dará el **plazo máximo de seis meses** para que le traigan los testigos a declarar, aunque si el propio juez viese que la prueba se puede hacer en menos tiempo, a su voluntad podrá acortar este plazo. Para que el término **extraordinario** sea concedido, debe la parte que lo pide probar que los testigos en cuestión se encontraban en el lugar en el que el hecho acaeció; y para probar estos extremos se le conceden treinta días.¹⁷⁰ Por tener el carácter de **extraordinario**, se

¹⁶⁷ HISTORIA DE ESPAÑA, dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Tomo VII, "Centralismo, Ilustración y Agonía del Antiguo Régimen", pág. 143.

¹⁶⁸ FERNAND BRUADEL, hace un tratamiento muy acertado, aunque global, para el sistema de travesías de personas y de mercancías en las regiones mediterráneas, en su obra "El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II", y en obra citada anteriormente también se pueden encontrar interesantes observaciones sobre los caminos peninsulares.

¹⁶⁹ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pág 241.

¹⁷⁰ N.R. 2.6.4; Ordenamiento de Alcalá, t. 10, 11, 2 y 3.

exige a la parte que lo solicite que nombre a los testigos, jure y deposite las expensas.¹⁷¹

Precisamente, por el carácter reconocido de extraordinariedad, es por lo que a las partes que acuden en petición de que el Juez les conceda este término, se les exijan unos **requisitos**.¹⁷²

1º.- Tiene que pedirlo con el término ordinario, ya sea cuando la causa se recibe a prueba, o cuando se prorroga, de manera que corran ambos al mismo tiempo, ya que después de pasado el término ordinario está prohibido al juez conceder el extraordinario.¹⁷³

2º.- Que mencione los nombres y apellidos de los testigos de que se intenta valer y el lugar en el que residen, y dentro de los treinta días siguientes tiene que justificar que el testigo está en aquel lugar, y que en el tiempo del hecho litigioso estaba en el pueblo en el que ocurrió. Se supone aunque la ley no lo diga expresamente que la forma de probar este extremo será mediante información testifical.

3º.- Tiene que jurar que no pide el término maliciosamente para alargar el pleito, ya que *en el pedir y conceder de los términos ultramarinos suele haber mucha dilación, y no basta lo proveído por las leyes para obviar la malicia, y porque ésta cese y toda dilación.*¹⁷⁴

4º.-Que deposite la cantidad que el juez estime necesaria, para las expensas que el colitigante haga en ir o enviar la persona al pueblo en que dice hallarse los testigos, a fin de conocerlos y verlos presentar y juramentar, ya que si no es pobre el Fisco litigante, debe ser condenado a ellas si no prueba su intención.¹⁷⁵

¹⁷¹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág 307.

¹⁷² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 181. GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 118.

¹⁷³ N.R. 3.6.4; Segovia, 1532.

¹⁷⁴ Ibidem

¹⁷⁵ La obligación aquí descrita deriva de la facultad que tiene todo litigante de estar presente en la celebración de las pruebas solicitadas por la contraria (*con citación de las partes*), y si se solicita la práctica de una prueba en lugar alejado de la ciudad en la que se tramita el pleito, deberá la parte que lo pide correr con los gastos que para la parte contraria suponga el desplazamiento para asistir a la prueba.

La doctrina está de acuerdo que este término no ordinario para probar se refiere a hechos ocurridos en territorio peninsular, pero se da para los casos en los que las personas que los presenciaron se encuentran en territorios alejados. Es distinta la cuestión procesal, cuando los hechos que una parte intenta probar sucedieron en Ultramar; en estos casos se entiende que no se trata de dar un plazo extraordinario para ir a buscar a los testigos que están en lugares alejados, si no de carácter ordinario que sería de año y medio para la Nueva España, y para el resto de las Indias o Perú de dos años. Si consta suficientemente que los hechos alegados y que se quieren probar ocurrieron en los lugares alejados que se ha dicho, deberá concederse, sin los requisitos que se venían exigiendo en los casos de término ultramarino, a saber: nombrar a los testigos, dar información, ni depositar costas.¹⁷⁶ La justificación de este planteamiento, que no tiene soporte legal sino doctrinal, se hace en base al criterio de que cuando los hechos suceden fuera de la Península, es accidental que la demanda se interponga ante un tribunal "peninsular", por lo que hay que suponer que los testigos están en su tierra, ya que el domiciliario está presente en su domicilio si no se prueba que está ausente de él. Cesa así la presunción de malicia, o el fraude de la dilación que se pretende evitar. Lo que hace que para su petición y concesión no se necesiten los requisitos exigidos en los casos de término extraordinario o ultramarino. En cualquier caso la parte solicitante debe señalar exactamente el lugar en el que estaban los testigos para que la contraria pueda ir o enviar a conocerlo o verlos declarar. Este término no debe ser prorrogado sin justa causa o un impedimento demostrado.¹⁷⁷

3º. Los términos de prueba son comunes.

Tanto el término de prueba ordinario, como las prórrogas que de él se puedan pedir y

¹⁷⁶ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁷⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 79.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 182.

acordar por el juez, **son comunes para todas la partes procesales**,¹⁷⁸ ya que *los litigantes son correlativos: entre ellos debe haber igualdad, lo que no es conveniente para el uno no lo es para el otro; y lo propio ha de ser para entrambos*,¹⁷⁹ lo que supone que los términos en general, y los probatorios en concreto deben correr comunes a todas las partes procesales, desde luego, desde que el dicho término les haya sido notificado. En el caso de que la notificación del auto en el que se recibe a prueba y se fija el plazo para probar, o del auto en el que se prolonga o prorroga el término probatorio no se haga a todas las partes en el mismo día, el momento en el que se empieza a descontar el plazo dado será el día de la última notificación, aunque las partes sean varias. Circunstancia que tampoco tiene apoyatura legal, sino teórica y en todo caso por analogía práctica con la situación que se produce en los **concursos de acreedores** en donde "todo compete a todos y a cada uno para probar".¹⁸⁰ Es la solución más sensata que evita que cada parte disponga del término independientemente de las demás, con lo que se podrían llegar a producir situaciones de desigualdad.¹⁸¹ Este criterio se sigue igualmente en los casos en los que se **prolonga** el término concedido dentro de un período de tiempo ordinario; si se acuerdan y notifican antes de que termine el período anterior, no empieza a contar el período siguiente hasta que no termine el primeramente concedido, por ser todo un término.¹⁸² Para los supuestos en los que la petición de utilizar más días se hace una vez finalizado el período concedido para probar, debe seguirse el criterio inicial: no empezará a correr este nuevo plazo hasta que no se haya

¹⁷⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 119.

¹⁷⁹ TAPIA, Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ El autor que expone esta opinión, lo hace añadiendo que es práctica en la Corte, y que por lo tanto debe servir de regla común práctica a todos los Tribunales del Reino, pese a que exista uso en contrario, ya que cuando se den dos opiniones contrarias deben examinarse para adoptar la más sólida, razonable, y conforme a derecho. TAPIA, 185.

¹⁸² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 25.

notificado a todas las partes en el pleito.¹⁸³

4º.Contenido material del término de probar.

Los días que integran el período de tiempo que se concede a las partes para hacer sus respectivas pruebas, han de ser todos continuos, aunque sean feriados, ¹⁸⁴ incluso la mayor parte de los días ya que el término es continuo.¹⁸⁵ En el caso de que la situación de **ferias** se produzca inesperadamente, se debería pedir al juez que habilite los días para evitar que se produzca un perjuicio a alguna de las partes, pero siempre para los casos de que sea una o ambas partes las que los soliciten, y evitar indefensiones. Esta petición de parte también es necesaria para los casos en los que se entiende que el término **ha estado en suspenso** debido a alguna aconteciemeinto del Reino o de la Corte, petición a la que el juez ha de declarar los días afectados por el suceso en concreto, como días inhábiles. En ningún caso podría el juez declarar días inhábiles si no es a petición de parte perjudicada o interesada, *porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad a la utilidad privada, lo cual ha visto declarar y practicar en la Corte.*¹⁸⁶ Se parte pues de la idea de que, si la parte no pide la habilitación de días o el carácter de suspenso, es porque no le perjudica y por lo tanto no tiene la necesidad de solicitar del Juez nuevas medidas.

5º.La intervención de los Receptores y Comisionados en la realidad de las pruebas.

Al ser la prueba un acto estrictamente procesal, no puede quedar su práctica encomendada a la actividad de las partes, si no que debe llevarse a cabo en el marco del proceso. Supone por lo tanto que las pruebas sólo se pueden realizar con la intervención del elemento personal que

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁸⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 185.

¹⁸⁶ Ibidem.

detenta la jurisdicción, el juez, auxiliado por los oficiales que el sistema burocrático castellano aplicaba a este tipo de actividad. Se sabe que las pruebas podían hacerse por escribanos aunque se limitó ésta actividad a causa de la desconfianza que suponen sus actos, pero sí era muy claro que los oficiales cuyo cometido se dirigía precisamente a hacer pruebas fuera de la sede del Tribunal eran los **Receptores de pruebas**

Al hablar del **oficio de Receptor** y explicar su actividad¹⁸⁷ se ha visto que su existencia se justificaba por la necesidad de hacer actuaciones fuera de la demarcación territorial del órgano jurisdiccional, que en un principio fué la Chancillería, para lo que el propio órgano designaba a determinadas personas a él adscritas con el fin de encomendarles la comisión de determinados actos. Igualmente, al tratar de **los jueces en comisión** se ha visto cómo estos oficiales Reales dirigían su actuación a la realización de determinados y concretos actos judiciales que les eran encomendados. Situándonos en el momento procesal en el que las pruebas van a ser propuestas por las partes y donde el juez ya se ha pronunciado en cuanto al tiempo que se dispone para hacerlas, los Receptores y Comisionados intervienen en su práctica como aquellas personas a las que el órgano judicial les encarga, a costa y petición de las partes, que acometan las actuaciones concretas de las que consistan las pruebas. En ellos es común el hecho objetivo de la necesidad de hacer las pruebas fuera de los términos del lugar en el que jurisdiccionalmente ejerce el órgano, ya que los que pretendan aprovecharse de testigos que estén en distinto lugar que las partes, pueden pedir rectoria para las justicias,¹⁸⁸ pues es frecuente en muchos asuntos, que además de las pruebas que se hacen ante el juez de la causa, en el lugar en el que se reside, hay

¹⁸⁷VER SUPRA 2.5.1.

¹⁸⁸ GONZALEZ DE TORNEO, Ob. Cit. fol. 9.

testigos fuera de la jurisdicción, cuya declaración ha de ser tomada por carta requisitoria.¹⁸⁹

Y es diferencial su situación respecto al órgano; los **receptores de pruebas** son oficiales adscritos al Consejo de Castilla y las Chancillerías, y posteriormente a las Audiencias, cuyo cometido fundamental es precisamente el de *recibir* o hacer las pruebas,¹⁹⁰ desde luego a costa de las partes proponentes. Por el contrario, los **comisionados** para hacer las pruebas fuera de la jurisdicción, se corresponde con los jueces o escribanos que actúan en aquel lugar en el que se van llevar a cabo los actos probatorios. En todo este contexto, hay que tener presente la realidad de las situaciones, en las que normalmente la demarcación jurisdiccional de las Chancillerías era muy extensa, aunque esta extensión se fue acortando según fueron creándose nuevas Audiencias, lo que hacía imposible que el Tribunal se constituyese o actuase en toda su área, teniendo que recurrir a los **auxilios** específicos de determinados oficiales.

Una vez que la prueba ha sido admitida y el Juez ha acordado y señalado un término probatorio, *a cada una de las partes se de su carta de rectoria*,¹⁹¹ carta o documento en el que ha de hacerse constar, que ha de ser notificada a las partes, si puede ser habido, y sino a las puertas de su morada, haciéndolo saber a su mujer, hijos y vecinos más cercanos, de tal manera que se pueda presumir que se conoce su existencia. Además, en todas las cartas ha de decirse como el juez, escribano o receptor ha de preguntar a los testigos.¹⁹² Porque, aunque el juez que ha de juzgar el pleito ha de recibir por sí mismo los testigos, “puede ocurrir que determinados testigos no residan en el lugar en el que ha sido presentado el pleito, por lo que el juez debe

¹⁸⁹ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol.16.

¹⁹⁰ Receptor y rectoría son términos que comprenden el acto de **recibir a los testigos**, que es el utilizado en LAS PARTIDAS para referirse a la forma de hacer la prueba testifical; a los testigos se les reciben las posiciones.

¹⁹¹ N.R. 1.6.4.

¹⁹² N.R. 8.6.4.

enviar carta al juez del lugar en el que residen los testigos, y pedirle que los reciba; [...]y el juez del lugar en el que habiten los testigos debe hacerlo así".¹⁹³

Hasta aquí la ley.¹⁹⁴ El resto lo fué haciendo la práctica forense y su concreción en manuales dirigidos a los actuantes en el foro. En este punto es fundamental destacar que todo aquello que se refiere a hacer pruebas fuera de la localidad en la que tenga su sede el tribunal, va dirigido fundamentalmente a la prueba de testigos, prueba que por otro lado supone el gran núcleo de actividad probatoria en el proceso de Antiguo Régimen. De ahí, que una vez presentados los interrogatorios para los testigos, si estos tuviesen su vecindad en otra parte de la que el juicio se trata, debe pedir la parte *requisitoria de receptoria* para las Justicias de cuyo domicilio fueran los testigos, requisitoria que se les deberá conceder.¹⁹⁵

Es la parte interesada en la prueba la que tiene que pedir al juez que libre la carta receptoria, y lo normal es que la petición se haga en el momento de presentar los interrogatorios de preguntas para los testigos, por medio de **otro sí** en el mismo pedimento, diciendo que alguno o algunos de los testigos son vecinos o residentes en otro lugar, se pide librar requisitoria de Receptoria a las justicias del lugar para que reciban las declaraciones, dándoles comisión, y para que procedan como sea necesario, incluyendo la citación a las partes.¹⁹⁶

En cuanto a la estructura de este documento, se corresponde con la estructura general de las Reales Cartas y Provisiones: encabezada por el titular del órgano que la emite, Corregidor, Alcalde o Presidente de Chancillería y Audiencia, dirigida a las justicias del lugar en el que

¹⁹³ P.P. 27.16.3.

¹⁹⁴ En este caso, como en algunos otros, la propia letra de la Ley hace pensar que la norma es consecuencia y fijación de una práctica existente; *es de estilo de la Audiencia [...] mandamos que esto mismo se haga y ponga en las cartas de receptoria que de aquí en adelante se dieren.*

¹⁹⁵ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26.

¹⁹⁶ JUAN Y COLOM, *Ibidem*; MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 160; TAPIA, Ob. Cit. Pág. 320.

resida la persona a la que se debe tomar posiciones, se les hace saber la existencia del pleito, la petición de recibimiento a prueba, su admisión y la solicitud de carta para hacer las pruebas; muchas de estas actuaciones se insertan literalmente.¹⁹⁷ Se dice que se ha acordado librar la carta rectoria solicitada por la parte, y en base a ella, y en nombre de su Majestad, exhorta y requiere a los jueces a los que se les presente, la manden cumplir; y en su consecuencia tomen las posiciones a las partes, para lo que se dan instrucciones precisas para el interrogatorio. Una vez terminado éste, y las demás diligencias encomendadas, deben remitir, o bien el original o bien un traslado de lo actuado al órgano que lo ha emitido a través de la parte que lo ha presentado para su cumplimiento, que no es otra que la parte interesada.¹⁹⁸ Como se ve, la única especificidad que contiene una **carta rectoria de prueba** son las instrucciones para la forma de llevar a cabo el interrogatorio. Pero veamos en la práctica como se desarrollaba el esquema de actuaciones mencionados.

Las rectorias en los pleitos

En primer lugar vamos a analizar una carta rectoria librada por la Chancillería en un pleito seguido en primera instancia. Encabezada en nombre del Rey, y dirigida a todos los Corregidores, Alcaldes Mayores y Ordinarios, y a otros Jueces y justicias de todas las ciudades, villas y lugares de estos nuestros reinos ante los que se presenta la Real Carta, se les hace saber que ante el Presidente y Oidores de la Audiencia y Chancillería se litiga un pleito, en el que la demandante es vecina del Lugar de Campo, Jurisdicción de Ponferrada; se enumeran y citan las

¹⁹⁷ La inserción de peticiones y autos completos en los documentos judiciales que se expiden y entregan a las partes para su diligenciamiento puede tener en principio una finalidad garantizadora de lo que se pretende con la expedición de la carta, así como informadora, pero también cabe pensar, de nuevo, en la desmesurada e innecesaria actuación de los escribanos, que con el afán de aumentar sus salarios hacían que los documentos se hicieran más extensos, sin verdadera necesidad o justificación.

¹⁹⁸ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 28; GONZALEZ DE TORNEO, Ob. Cit. fol.9; TAPIA, Ob. Cit. Pág. 322; MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 165.

demás partes y sus procuradores, para después referirse al objeto del pleito, el que por Auto del Presidente y Oidores fué recibido a prueba por plazo y término de los ochenta días de la Ley y *cometidas la probanzas a Receptor de esta Corte que tocase por turno*; pero notificado este auto a las partes, la solicitante de la carta manifiesta sus cortos recursos para costear los gastos del receptor y sus salarios, *pidió se sometiese la ejecución de probanzas a Justicias y Escribanos, y posteriormente noticiosa de que en el paraje se halla un Receptor de esta Corte evacuando otra Comisión, pidió se le diese la competente para el recibo de su prueba*. De la petición se dió traslado a las partes restantes, y uno de los demandados respondió que *se sometiesen las probanzas a quien la sala tuviese por más conveniente*. La Sala, por auto acuerda encomendar la ejecución de las pruebas a las Justicias y Escribanos *de estos nuestros reinos y señoríos*. A ello, la demandante pidió que se mandase librar Real Provisión Receptoria, petición a la que se accede. Por ello, manda a las Justicias a las que les sea presentada, que requeridos dentro del término de prueba, compelan y apremien a los testigos para que se haga la prueba, compareciendo personalmente **ante un Escribano que el Juez nombre**, tomándoles juramento en forma, y preguntándoles por estado, edad y vecindad y por las demás preguntas generales de la Ley, y por las de los interrogatorios que sean presentados con firma de abogado, haciendo constar de donde proceden sus dichos y cómo los conoce. Con todo ello, y con las actuaciones subsiguientes a la presentación de la provisión, se hará sacar un traslado, que sellado se hará remitir al oficio de D. Bernardo Zamora y Tejada, pagando los derechos conforme al Real Arancel, que asentará el Escribano al pie de su firma. Antes de que se comiencen a hacer las pruebas, debe constar que están citadas las partes, las que estén en rebeldía en estrados, para que dentro del segundo día nombre **su Escribano acompañado** para que ante los dos se ejecute la probanza, *y no lo haciendo mandamos que sólo ante por el vos nombrado y haga tanta fe y*

prueba como si ante los dos Escribanos se hiciera. Para todo esto ordenamos comisión en forma, para lo que se manda a cualquier escribano que sea requerido con la carta que se le presente, que la notifique y de fe. Se cierra con los nombres de cuatro Oidores, del Escribano y del Teniente Chanciller.¹⁹⁹

La estructura del documento no difiere de la estructura general establecida para este tipo de **cartas jurisdiccionales**; Comienza con el encabezamiento propio de una Chancillería, en nombre del Rey, dirigida a cualquier justicia del reino.²⁰⁰ Igualmente se mantiene la estructura en la enumeración de las partes procesales y sus representaciones, y en la concreción del objeto del pleito como factores identificadores de la contienda y sus límites subjetivos y objetivos. Al centrarse en los **actos procesales propios del momento probatorio** se especifica que en el auto en el que se recibe el pleito a prueba se acuerda también encomendar la práctica de la probanza al **Receptor que le corresponda por su turno**: era la práctica habitual en estos casos en que era necesario hacer prueba fuera de la demarcación del Tribunal, que por otra parte, eran los más numerosos teniendo en cuenta el amplio territorio al que le correspondía la jurisdicción de una Chancillería o una Audiencia. Sigue la real provisión con la narración procesal, diciendo que al notificar este auto a las partes, la demandante, manifiesta su falta de recursos económicos por lo que pide que no se encomiende a Receptor el hacer la prueba, ya que ésta gestión supone un gasto para la parte interesada en la prueba que es quien tiene que pagar los salarios y los gastos de la persona comisionada para hacer la prueba, y por ello solicita que se le encarguen las actuaciones a jueces y escribanos del lugar, pero sabiendo que en el mismo territorio en esos

¹⁹⁹ A.R.CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

²⁰⁰ No hay que olvidar que este tipo de documentos procesales eran entregados a las partes "para su diligenciamiento", hablando en tónica terminología forense, lo que hace que se dirijan a justicias y escribanos, pero sin determinar ni concretar, ya que es la propia parte a la que se le entrega, y que es la misma que ha solicitado su emisión la que ha de presentarla ante un Escribano.; el vehículo es un portador de parte procesal, y de él depende la presentación a uno u otro Escribano, en el caso de que en lugar al que se presente haya más de uno.

momentos se encuentra un receptor de Chancillería, podría encomendársele a éste Oficial que realice lo contenido en la carta, suponiendo una reducción de gasto para la misma parte que expone todo esto. Siguiendo el espíritu privatista del proceso civil, de este pedimento se da traslado a la parte contraria para que diga o alegue lo que crea interesarle; la parte demandada, no concreta su deseo en cuanto a las personas a las que se debe encargar la prueba y sólo dice que sea hecha por quien la Sala acuerde; y la Sala acuerda encomendarla a las Justicias ordinarias y Escribanos del lugar en el que se hallan los testigos. Como parte integrante de una carta o real provisión, se dán instrucciones en cuanto a la forma de hacer los interrogatorios a los testigos, especificando que debe hacerse con citación de todas las partes, y que en base a esa citación, la parte contraria, puede nombrar un Escribano acompañado. Terminan las instrucciones añadiendo un mensaje al Escribano **por el que pase** la carta o provisión para que haga un traslado de la carta y de las diligencias que se hagan subsiguientes, por lo que el original ha de quedarse en su propio protocolo de escribanía; este traslado, en el que se asentarán los derechos del arancel, se entregará a la parte que presentó la provisión de prueba; todo ello se **encomienda a aquel Escribano al que se le presente el documento.**

Ante los Jueces unipersonales, las cuestiones se resolvían y ventilaban con mayor inmediatez y menos rigurosidad que ante las Chancillerías y Audiencias. Ante el Corregidor de Olmedo, el demandante en un pleito declatativo de evicción presenta una petición, en la que manifiesta que, recibido el pleito a prueba, necesita valerse de tres testigos, vecinos del lugar de Aguasal, *personas noticiosas del término y sitios donde están dichas tierras, y no quieren venir a deponer lo que supieren* según las preguntas del interrogatorio que la misma parte ha presentado, por lo que pide del juez que se les notifique la obligación que tiene de venir a declarar, *y que a ello se les apremien por prisión y todo rigor de Derecho sirviendo el auto de despacho.* A esta petición,

el Corregidor de Olmedo, D. José Fernández de Córdoba, sin más traslado ni notificación de lo pedido, dicta un auto, por el que acuerda que *el presente Escribano pase a examinar los testigos que el pedimento contiene, a costa de la parte que para ello se le da comisión en forma*. Después de diversas solicitudes de nuevos términos probatorios por ambas partes, se toma declaración a los testigos ante el propio Corregidor y en Olmedo, es decir, no se cumple el auto que se ha narrado, ni se pide su suspensión, simplemente, comparecen los testigos y se hace la prueba.²⁰¹

Se dá en este caso la misma situación básica que en el pleito visto anteriormente: los testigos que han de contestar a las preguntas que les formula la parte que les propone viven en distinto lugar al del conocimiento del pleito; pero a diferencia del supuesto anterior, se resuelve de distinta manera el problema. Dejando de lado el resultado final en cuanto al modo de hecerse la prueba, interesa destacar, en primer lugar el intento de la parte proponente de la prueba para que los testigos se desplacen desde Aguasal a Olmedo a deponer; al negarse ellos, pide del juez el requerimiento para que comparezcan, incluso apremiándoles de prisión. En segundo lugar, llama la atención la solución de corregidor, que parece contener el mensaje de "si no quieren venir a Olmedo, que vaya el escribano a Aguasal", eso sí, costeando la parte los gastos de esta gestión. Por lo tanto, el "oficial" designado para recibir la prueba de testigos, al no haberlos de número en el Corregimiento de Olmedo, es el propio escribano de la causa, al que se le comisiona para hacer la prueba; por ello, no se puede hablar de receptor de prueba, sino de **Escribano comisionado para hacer las declaraciones de los testigos**. Lo que no se puede deducir de los autos es cómo los testigos deciden comparecer en Olmedo; quizás el propio proponente les convence en el intento de evitar los gastos de la **comisión** acordada de plano por el juez; incluso el propio juez tomó esa decisión como una medida de presión para evitar

²⁰¹ CHAN.VALL. P.A. 3782-4.

complicaciones, conector de que la evitación de gastos procesales puede hacer que las partes se pongan de acuerdo en determinadas cuestiones. Pero realmente estamos moviéndonos en el terreno de la hipótesis al margen de lo documentado.

En cuanto a la forma de trabajar en el Consejo, es muy clara la explicación que nos da **Escolano de Arrieta**, en su manual práctico de las actividades del Tribunal, en el que nos expone que del auto de recibimiento a prueba se tiene que pasar una certificación al oficial encargado de repartir los asuntos a los receptores, *en virtud del privilegio que tiene para la ejecución de probanzas cuando se pidan fuera de la Corte*, devolviendo otra certificación a la escribanía en la que se hace constar quien es el receptor al que le ha correspondido; mediante ésta certificación son requeridos los procuradores intervinientes en el pleito, que tendrán ocho días para responder si desean que el receptor designado haga o no prueba; si en estos ocho días, no dicen nada ni presentan los despachos, el receptor es despedido, y los procuradores han de correr con los salarios.²⁰²

Se habla de **privilegio** del oficial repartidor de receptores, como un valor a tener en cuenta para la valoración que se haga del reparto y designación; llama la atención, y al mismo tiempo es significativo de la estructuración interna del Consejo, el hecho de que a los receptores se le haya de notificar por certificación del escribano una decisión judicial, y de que éstos hagan saber a las partes mediante otra certificación la persona designada para hacer la recepción de la prueba. Comparándolo con la situación anterior, no deja de ser significativa la gran diferencia entre la inmediatez del Corregidor de Olmedo en la toma de decisiones para la solución de un problema procesal, y la gran complicación interna del órgano para dar cauce procesal a la práctica de una

²⁰² ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. cit. pag. 357. El autor hace referencia, a pie de página al Auto del Consejo de 23 de Junio de 1774, por la Escribanía de Aguado en el pleito entre la ciudad de Alfaro y D. Angel del Rio, Abad de su Colegial, sobre nuevos diezmos.

decisión tomada en un pleito, que no es ni más ni menos que un trámite.

De todo lo que se ha visto , se pueden considerear como válidas ciertas conclusiones que se extraen de lo dicho hasta ahora a cerca de los actos de prueba hechos fuera de la demarcación del órgano que conoce del pleito y de la intervención de receptores y otros oficiales.

1º.- No siempre que los testigos vivían fuera de la demarcación jurisdiccional del órgano era necesario encomendar la práctica de la prueba a Receptores o Comisionados.

2º.- Salvo en escasos juzgados unipersonales en los que podía existir algún receptor adscrito, este oficio se seguía únicamente el las Chancillerías y Audiencias, en las que existían unos **Receptores de número**, a los que se les encomendaban las pruebas que se debían hacer fuera de la sede del tribunal, correspondiéndose sus ingresos o salarios a los devengados en la práctica de estas actuaciones, es decir, si no actuaban, no cobraban, de ahí que en los Tribunales no se dude en mandar a un Receptor, salvo en los casos en los que la parte pide otra solución, y que además, se controlen **por turno** para entregar los despachos, con el fin de no favorecer a algunos en detrimento de otros.

3º.-Se podían encomendar en cualquier caso, tanto en Tribunales como en Juzgados, la prueba a un **Comisionado**. **Este Comisionado podía ser el juez del lugar** en el que residían los testigos, o un escribano de número también de ese mismo lugar, o bien otro escribano designado para tales fines del lugar en el que se encontraba el juez de la causa, incluso el propio escribano de la causa. El hecho es que, a falta de la incomparecencia de los testigos ante el propio juzgador, la prueba había de hacerse en el lugar en el que estos residían, encargándose su práctica a una persona ajena al proceso y a su tramitación, generalmente un escribano, y añadiéndose nuevos gastos para las partes procesales , que no sólo debían costear los gastos de traslado y habitación, sino que debían pagar sus salarios y aranceles.

6.8. Presentación de los interrogatorios y demás pruebas a practicar.

El hecho procesal que determina que en un pleito las partes desean que se hagan pruebas para demostrar la veracidad de los hechos que respectivamente se han alegado, respaldado por la decisión judicial de que tales pruebas se practiquen en un período determinado de tiempo, y formalizado procesalmente por el auto o la sentencia de prueba, ha de tomar cuerpo de realidad procesal en el paso que las partes han de dar ante el juez diciéndole cuales son concretamente estas pruebas, también llamadas medios de prueba. Desde el momento en que el término de prueba ha quedado abierto, deben las partes hacer sus pruebas, y para ello ha de decirle al juez cuales son los instrumentos que desean aportar o complusar, en que ha de consistir la prueba de pericia, su deseo de que la parte contraria confiese a las posiciones que presenta, o cuales son las preguntas que han de responder los testigos que se pretenden utilizar. Todos ellos son unos actos procesales intermedios y tendentes fundamentalmente a preparar las prácticas de pruebas en concreto.

Aunque en este momento del proceso ambas partes conocen cuales son sus fundamentos fácticos y jurídicos para llevar adelante su pretensión, igual que conocen los de la contaria, es muy probable que para concretar sus probanzas necesiten consultar las actuaciones como fuente de informaciones concretas.

recibida la causa a prueba, han de tomar las partes los autos por su orden para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se cumpulsen con citación de la contraria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, según lo alegado y deducido, y que se comprueben los reproducidos antes si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citación. Y si les conviene probar algunos particulares nuevos, concernientes a la acción intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.²⁰³

²⁰³ ALVAREZ, Ob. Cit. Pág. 241.

En el caso de que se pretenda alegar la falsedad de determinados instrumentos por no ser los originales, o haberse sacado sin la necesaria citación de la aparte contraria, es preciso que hayan sido tachados de falsos previamente; y en cuanto al señalamiento de particulares debe ser concreto y no genérico o indefinido. En el caso en que se pretenda probar particulares nuevos que se refieran a la acción ya intentada, que no se hayan alegado por olvido, debe darse, lógicamente traslado a la aparte contraria para que alegue y pruebe contra ellos o impugne su admisión por no ser concernientes al pleito.²⁰⁴

El hecho de tomar los autos se encuadra dentro de la actividad procesal general por la que una de la partes, previo a hacer alegaciones, necesita consultar lo documentado en las actuaciones; en estos casos, la entrega se ha de hacer al procurador, como garantía de su devolución y correcta utilización. El procurador ha de comparecer ante el oficio del escribano a tomar los autos, autos que a su vez el escribano le ha de entregar íntegros, excepto la última solicitud de prolongación de la prueba, que debe quedar en su poder para constancia del día en que se notificó el auto, y por lo tanto saber que día cumple el término.²⁰⁵ Aunque Álvarez habla de que la toma de los autos la deben hacer las partes "**por su orden**", no parece que éste sea el convencional: en primer lugar lo hará el demandante, y una vez devueltos por esta parte lo hará el demandado. Si no que puede hacerlo sin preferencia, ya que estos se entregarán, sin distinción, a la primera de las partes que comparece a por ellos; es decir, sólo se respetará el orden convencional (demandante, demandado), si las partes comparecen al mismo tiempo a tomarlos.²⁰⁶

²⁰⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 186.

²⁰⁵ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 160.

²⁰⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 187

Al devolverlos lo harán con la petición correspondiente de prueba, en la que se puede solicitar desde el despacho de la Provisión correspondiente, como la ratificación de testigos que ya han declarado en un trámite previo y la comprobación o cumpulsa de instrumentos. Una vez los autos en manos del procurador, éste se los hará llegar al abogado, que ha de elaborar el interrogatorio de preguntas.²⁰⁷ El problema parecía estar precisamente en la devolución de los autos, ya que *si no los devuelven a los ocho o quince días (tal vez como suele suceder con ánimo de que éste quede indefenso y no pueda formar su interrogatorio) se le puede apremiar a que los vuelva.*²⁰⁸ Las razones por las que se piensa que las partes no deben tener los autos en su poder un tiempo prolongado son tres:

1- Cuando el demandante formula su demanda, se supone que tiene estudiado el fondo del asunto y consiguientemente conoce los medios de los que dispone para probar su intención. Lo mismo no le sucede al reo que se ve sorprendido por la demanda y dispone de un tiempo limitado para instruirse y argumentar su defensa y las pruebas que le asisten.

2-Si los autos se entregan por su orden, es decir, en primer lugar al actor, el demandado dispondrá únicamente para instruirse del tiempo en el que el actor guste devolver los autos; por ello el actor debe ser apremiado a devolverlos *sin que sirva alegar que la mitad del término toca al actor y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos y no se puede dividir, pues la ley no permite división* y “la práctica contraria ha sido introducida por litigantes de mala fe, resulta viciosa y se debe derogar”.

3-Al demandante no le afecta el tiempo que el demandado tenga los autos en su poder pues el ya los ha utilizado, y en el caso de que los precise para hacer una comprobación siempre

²⁰⁷ MARTINEZ SALAZAR, Ibidem.

²⁰⁸ TAPIA, Ibidem.

podrá pedirlos.²⁰⁹ En cualquier caso, el orden no es preceptivo por ley sino por práctica de los tribunales, y por eso, si el primero que se presenta es el demandado en solicitud de los autos, se le deben entregar a esta parte y no a la actora. Es determinante y a tener en cuenta, que partiendo del término único y común al de la prueba para ambas partes, éste no se ve interrumpido en su cómputo por el hecho de que alguna de las partes tenga retenidos los autos para instruirse un su proposición de prueba. Queda así en manos de las propias partes procesales la responsabilidad de controlar los tiempos en los que las contrarias tienen las actuaciones en su poder, cabiendo la facultad de exigir su devolución desde el tercer día en el que los tenga el procurador; actúa así esta facultad como un catalizador o controlador de posibles abusos, toda vez que los jueces siempre acceden a las peticiones de devolución de los autos. Se podían producir insistentemente, hasta tres veces en cuatro días, requiriendo a la parte que tiene los autos en su poder y no los devuelve **por apremio de prisión**.²¹⁰

Quizás, lo que sea más destacado de la práctica, corresponda precisamente al problema de las devoluciones de autos, que son reclamadas, a veces con insistencia por la parte contraria, que "está esperando turno", para a su vez solicitar que le sean entregados. Para ello, presentan petición diciendo que los autos se recibieron a prueba *con cierto término* para lo que le fueron entregados a la demandante, que por petición renunció a los términos de prueba admitiendo que los autos se fallasen definitivamente; de este escrito se le dió traslado de lo que la parte propone, y en consecuencia dejó de hacer la prueba que le correspondía. En esta situación se le viene a notificar un auto por el que se prorroga la prueba a solicitud de la actora, de lo que supone que esta parte está haciendo prueba contra la renuncia en su día presentada, situación que viene a

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ CHAN. VALLA. P.A. 2791-2.

perjudicar a su derecho. Por lo tanto, y para hacer patente el derecho que le asiste, pide que se le entreguen los autos para ejecutar su prueba antes de que expire el término concedido. Por auto, el Alcalde Mayor de Villavieja, Licenciado y Abogado de los Reales Consejos, D. Pedro Herrea, acuerda que se entreguen los autos al demandado para que use de su derecho. Dado que por "otro sí" esta parte ha pedido que en caso de ser necesario se le prorrogue el término hasta los ochenta días por estar en desventaja con el demandante que ha tenido los autos tiempo de más, también se acuerda esta prórroga, *para determinarlos sin el más leve escrúpulo ni presunta malicia, y mirando a obviar quejas.*²¹¹ Dejando al margen la anormal situación de renuncia a la prueba por una de las partes y las prórrogas pedidas con posterioridad que hacen suponer que no ha sido consecuente con su petición, lo cierto es que para poder seguir adelante con la prueba que le conviene, la parte solicitante necesita que se entreguen las actuaciones, y así se acuerda sin ningún obstáculo.

Una vez que el procurador ha recibido los autos que le entrega el escribano en su oficio, debe hacerlos llegar al abogado, es decir, los procuradores llevan las actuaciones procesales a sus letrados,²¹² que son quienes tienen que examinarlas para extraer los datos necesarios tendentes a mejor articular sus medios de prueba. A partir de ahí, es el abogado quien tiene la obligación profesional de utilizar el traslado en beneficio de la parte a la que asiste letradamente, aunque la responsabilidad en cuanto a demora, extravío o deterioro de las actuaciones se le exigirá al procurador, como el cumplimiento de una obligación inherente a su oficio.

Ya los autos en poder de los abogados, estos han de hacer los interrogatorios de preguntas

²¹¹ CHAN. VALLA. P.A. 2792-3

²¹² MUÑOZ, Ob. Cit. fol. 20.

que desean sean formuladas a los testigos que presentarán,²¹³ aparte para que por ellos sean examinados los testigos que pretenden utilizar.²¹⁴ Se debe entender por lo tanto, como una labor específica del letrado la formulación de la relación de preguntas y posiciones que pretenden y precisan hacer a las personas que en el momento de la prueba van a presentar como testigos. Estas preguntas se han de referir a las cuestiones planteadas y sobre las que exista controversia, con un matiz procesal muy específico: las preguntas se harán a presencia del juez, escribano o receptor, pero las hace la parte, que se las presenta al juez y éste las admite como válidas o pertinentes. El contenido del interrogatorio no lo asume el juez cuando ha de preguntar a los testigos que se le presenten, sino que es la propia parte la que pregunta, actuando así el oficial de justicia como un mero ejecutor de las intenciones y voluntad de las partes. Además, el interrogatorio de preguntas para los testigos supone el cierre, en principio a posibles preguntas accesorias o aclaratorias, ya que ha de atenderse la parte a su contenido, sin que en el momento de examinar a los testigos pueda variarlo ni aumentarlo. Únicamente le cabría la posibilidad de formular nuevas preguntas a los testigos haciéndolo "atrás del juez", con lo que el recorrido sería distinto: en el interrogatorio se circula parte/testigo, y en el caso de formularse preguntas en el momento del examen de los testigos que no están contenidas en el interrogatorio el esquema sería parte/juez/testigo; de esta manera, en un mismo acto el juez admite como válida o pertinente la pregunta que formula la parte y se la hace al testigo. Los pliegos de interrogatorios deben contener las preguntas relacionadas de forma que queden diferenciadas unas de las otras, lo que en práctica se consigue numerándolas.

En una cuestión tan decididamente práctica como es ésta la ley no dice nada, pero

²¹³ MUÑOZ, Ob. Cit. fol. 20.

²¹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.25.

tampoco los prácticos indican esta conveniencia en sus disertaciones "teóricas"; únicamente en los apartados de **formularios**, que vienen a ser zonas de aclaración de lo que se ha explicado, indican la forma que han de tener los interrogatorios. Así, el interrogatorio debe comenzar por decir que las preguntas que contienen son para examinar a los testigos que **se presentarán**, no incluyéndose en esta relación los nombres de las personas, con una simple observación al objeto del pleito; *serán examinados a tenor de las preguntas siguientes*, que se incluirán en la relación. El interrogatorio puede incluir además la indicación de que le hagan al testigo las preguntas llamadas **generales de la ley** y que se refieren al conocimiento que tenga el testigo de las partes del litigio, lo que saben del pleito, su edad, condición y vecindad, así como la forma en que han tenido entendimiento sobre lo que se les pregunta, si lo han visto, oído, lo saben por ser público y notorio, de pública voz y fama y de común opinión.²¹⁵

Aunque los interrogatorios de preguntas para los testigos se analizan con mayor detalle al estudiar la prueba testifical y su práctica, sí conviene en este momento que se vea, con un sólo ejemplo, cómo se hacían en la práctica los pliegos de preguntas a los testigos:

" los testigos que fueren presentados por la parte de [...] dirán y serán examinados a tenor de las preguntas siguientes:

1ª primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito y demás generales de la ley.

2ª si saben que [...], 9ª, que lo saben porque es público y notorio, pública voz, fama y común opinión, digan y de todo den razón.[...] Otro sí digo, que la causa está recobida a prueba, y para hacer la que a mí parte convenga presento éste interrogatorio, suplico a VM le haya por presentado y mande que por el tenor de sus preguntas se examinen los testigos que presentare. Firmado, el Licenciado Nicolás Nieto.²¹⁶

Es claro que la práctica del foro no difiere de los mensajes que daban los prácticos en sus

²¹⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 206.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 319.

²¹⁶ CHAN, VALLA. P.A. 3782-4.

formulados, es decir eran plenamente coincidentes en cuanto a las fórmulas contenidas en el documento : los testigos se presentarán, se les preguntará como ha tenido conocimiento de los hechos sobre los que se les pregunta y la relación de preguntas. En lo único que la práctica introduce un dato es en la **numeración de las preguntas**. Así, las preguntas se diferencian y delimitan unas de otras lo que facilita tres aspectos a la hora de interrogar:

1- en el acta de las declaraciones no se transcribirán las preguntas, si no que se hará referencia al número que cada una tiene en el interrogatorio.

2-las respuestas serán más ceñidas y concretas cuanto más diferenciadas estén las preguntas.

3- las preguntas se unirán al unir el interrogatorio

El interrogatorio podía presentarse como se ha visto, o bien como un documento anejo a un pedimento específico de aportación del interrogatorio, en el que se dirá que se hace *presentación aparte, con el juramento necesario, de un interrogatorio de preguntas*; se pide que se tenga por presentado el mencionado interrogatorio y que en base a él se examinen a los testigos que se presentarán con citación de la parte contraria²¹⁷ o bien, el interrogatorio va **incorporado** a la petición,²¹⁸ presentándolo para la prueba que se intenta hacer.²¹⁹ En la práctica las dos soluciones eran utilizadas, aunque para **Gomez Negro** la práctica normal era la de presentar el interrogatorio y solicitar su admisión por medio de **otro sí**, aunque en algunos tribunales se haga la presentación del interrogatorio por un escrito separado concebido en los mismos términos, observándose ésta práctica en las salas del crimen de Chancillerías y

²¹⁷ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 320.

²¹⁸ MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. Pág. 15.

²¹⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 207.

Audiencias, aunque en las Salas de lo civil no se presentan de este modo, ya que se llevan a la Secretaría de Cámara correspondiente, donde los toman los receptores comisionados para hacer la prueba.²²⁰

En el mismo pedimento que se presenta con la lista de testigos, pueden hacerse otras alegaciones que se refieran así mismo a la prueba, éstas serían las que intentan evitar que **los instrumentos públicos puedan ser redargüidos de falsos**. Para evitar que se produzca sospecha de falsedad en los instrumentos que se intentan utilizar como prueba y que ya se han presentado, así como que pueda alegar que adolecen un vicio o defecto, se deben comprobar o cotejar con los originales o sus protocolos de donde se sacaron, con citación de la parte contraria y señalamiento de día y hora.²²¹ Esta petición deberá incluirse por medio de otro sí en el pedimento de presentación de listas de preguntas.

Presentado el interrogatorio en la escribanía, debe el escribano guardar los interrogatorios con la probanza que por ellos se hiciere, sin que sean vistos por nadie, únicamente por el juez y los testigos en el momento de declarar y ser examinados.²²² A la petición que le acompaña, debe el juez dictar auto en la que tiene por presentado el interrogatorio²²³ en todo aquello que pertenezca al juicio de que se trata.²²⁴ Con esta fórmula lo que se pretende es concretar que el interrogatorio es válido en cuanto a que el contenido de sus preguntas se ciñe a lo que en el pleito se está debatiendo; se hace necesario salvar así la validez de las preguntas a los testigos. La otra posibilidad que se puede dar es la de sustituir el auto de admisión del interrogatorio por una

²²⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 207.

²²¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 190.

²²² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26

²²³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 207.

²²⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 27.

diligencia del escribano al que se le presente; con este sistema se hace necesario en cualquier caso que se dicte un auto posterior sobre la admisión del contenido del interrogatorio.²²⁵

La obligación de custodia de los interrogatorios que tiene el Escribano, implica que se mantengan en secreto para el resto de los intervinientes en el pleito. Y la necesidad de secreto conlleva que las pruebas se hagan en piezas separadas, que se reservarán en las Escribanías, hasta que se haga publicación y se entreguen en el pleito.²²⁶

CAPÍTULO VII.- LA PRUEBA DE CONFESIÓN Y EL JURAMENTO EN JUICIO

Aunque la **confesión judicial** es un medio de prueba en el sistema procesal castellano, al igual que en el resto de sistemas cuyo origen está en el Derecho Común, y el juramento es un instrumento procesal ajeno a la prueba y a sus límites, ambas instituciones procesales han discurrido indisolublemente unidas hasta tal punto, que una de las formas de juramento, el llamado *necesario o supletorio*²²⁷ se fue incorporando a la prueba instalándose como una diligencia para mejor proveer. Pero la confesión no siempre fue prueba judicial; se sitúa como tal en el proceso procediendo directamente del Derecho Germánico y siendo adoptada por el Derecho Visigótico. El derecho Romano sólo reconocía dos medios de prueba en un proceso: los testigos y los documentos;²²⁸ a estos medios se añadió posteriormente la confesión judicial.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ ORTIZ ZUÑIGA, Ob. Cit. Pág.52

²²⁷ Esta posibilidad se da en el momento procesal en el que el Juez, una vez concluidos los autos para dictar sentencia, y teniéndolos a su vista, decide que para proveer mejor la decisión que ha de tomar, suspendiendo el trámite de sentencia, necesita que alguna de las partes confiese sobre determinado particular del pleito y así tomar mejor su decisión, es lo que procesalmente se ha llamado **diligencias para mejor proveer.**

²²⁸ El juramento, como instrumento procesal, no tenía reconocido carácter probatorio.

De su origen germánico y su ubicación en la justicia criminal antes de serlo en la privada, conserva esta institución un marcado matiz de sacralización, aunque en el desarrollo de las instituciones procesales durante la Edad Media, la confesión no tenía un gran valor reconocido,²²⁹ reduciéndose a casos determinados y exigiéndose en ocasiones que se completara con otro medio de prueba, tales como instrumentos o testigos.

Situándonos ya en la consolidación del proceso privado con su gran aporte del Derecho Común, es la confesión en juicio el medio de prueba que por sí mismo tiene valor probatorio pleno y que puede hacer que se decida un juicio. Su apoyatura en el juramento como forma de reconocer una verdad le da el valor que le hace llegar a ser la **reina de las pruebas**. Pero a pesar de su magnífico carácter, en la práctica seguía siendo la prueba de testigos la más utilizada. Con todo ello, y como iremos viendo, nos encontramos con un medio de prueba, de origen sacral y germánico, introducido en el proceso privado castellano para dirimir las contiendas en el nombre de Dios.

7.1. Evolución de la confesión como prueba en relación con el juramento.

La confesión en juicio como prueba, a lo largo de la formación del proceso y de sus normas reguladoras, no deja de tener una gran trascendencia, no sólo por su contundencia probatoria, sino porque puede servir para finalizar una gran cantidad de procesos en un momento inicial de la formación y desarrollo procesal coincidente con el período de la Alta Edad Media. Se produce una reducción de su valor con la recepción del Derecho Común y con su sistema de pruebas objetivas, que hace que la confesión en juicio (a la confesión extrajudicial nunca le fue

²²⁹ BENEYTO PÉREZ, Historia de la Administración española e Hispanoamericana, págs. 285 y ss.

reconocido valor probatorio salvo en casos tasados) se equipare con el resto de los medios de prueba.²³⁰ La proximidad de la confesión y el juramento, por tratarse de instituciones muy similares, nos hace establecer el origen de la confesión en la figura del juramento primitivo y sacral que quiere desplazar a la ordalía, pero cuya función, en el caso de la confesión es la de probar en el proceso. No se trata de preparar un pleito o de exculpar al demandado finalizando así el proceso, sino de probar unos hechos ya alegados por las partes. Aunque parece que el juramento de calumnia,²³¹ aquel que hace el actor o el demandado para garantizar una buena gestión procesal sobre el derecho que le asiste al pleitear, es una 3 figura que procede del derecho Romano, en realidad es una institución diferente de la confesión bajo juramento con valor probatorio.²³² El valor del juramento decae con la pérdida de la religiosidad y el avance cultural en la sociedad, pero en su forma permanece incorporado en la prueba de confesión que ha de hacerse **bajo juramento**, que en el caso que éste sea *decisorio*, decide o concluye la contienda, mientras que el juramento *indecisorio* que el confesante hace previo a absolver las posiciones su valor instrumental reside en que actúa en contra del confesante, pero sin decidir por sí mismo el resultado del juicio.²³³ Por lo tanto, se puede decir que en momentos de consolidación de las estructuras procesales, el juramento pierde su aspecto

²³⁰ Sobre la naturaleza de la confesión se crea un larga polémica desde el momento en que aparece en **Las Decretales** tratada en título aparte, y antes de los medios de prueba, por lo que se discute si la confesión es un medio de prueba o por el contrario, exime de hacer prueba sobre los hechos ya confesados; la realidad es que los efectos de la confesión hecha en juicio son equiparables a los de las pruebas procesales, por lo que al margen de su naturaleza o del momento procesal en que se plantea, se la considera una prueba más. MARÍA PAZ ALONSO, El proceso Penal en Castilla, pág. 18.

²³¹ Se suele equiparar al antiguo juramento de *mancuadra* por ser cinco las cosas sobre las que se debe jurar : ausencia de malicia en la demanda o en la contestación; las partes siempre dirán verdad; no se ha cohechado ni se cohechará a los oficiales reales; no se alegarán pruebas falsas y no se pedirán plazos con malicia. JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 296.

Es el juramento que hacen las partes de que en el pleito actuarán con verdad y sin engaño. P.P. 23.11.3.

²³² MARÍA PAZ ALONSO, *Ibidem*.

²³³ Sobre evolución, en general de las instituciones procesales, LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Págs. 757 y ss.

sacral y su valor exculpatório con carácter general, conservando sólo valor liberador aquel que se hace como supletorio de la prueba ya hecha cuando sus resultados son insuficientes.²³⁴ La legislación Real mantiene este criterio en los momentos de evolución y formación de las normas procesales. **El Fuero Real**²³⁵ admite que el juramento haga prueba cuando no exista otro medio para probar o cuando las pruebas de que se dispone sean insuficientes.²³⁶ En cuanto a la confesión en sí misma, aparece en la época de no fijación de las estructuras procesales confundida con el allanamiento del demandado, como una forma extraordinaria de finalizar el proceso.²³⁷

Antes de comenzar a hablar de la confesión como prueba procesal, hay que concretar que nos encontramos con un medio de prueba, que por sus especiales connotaciones y relaciones con el hecho de jurar adquirió valor de prueba plena; valor que originado en las instituciones germánicas se unió a los dos medios probatorios reconocidos por el Derecho Romano, es decir, los documentos y los testigos. Y en el sistema de pruebas legales y tasadas que influye el proceso castellano, la confesión adquiere la categoría de **reina de las pruebas** por no necesitar de más instrumentos que le hagan tener efecto; y también por servir para probar cuando los medios empleados no hayan sido suficientes. Pero a pesar de lo dicho, y del valor que la doctrina le dió, la práctica nos revela que la confesión no se utilizaba con toda la frecuencia que cabría esperar de todo lo ya dicho, mientras que las formas de juramento, que ya veremos más adelante, aparecen con profusión en los pleitos, antes de alegar y después de alegar; en realidad se podía declarar bajo juramento, a petición de la parte contraria o espontáneamente, sin límites de fases procesales.

²³⁴ PÉREZ PRENDES, Ob. Cit. Pág. 1275.

²³⁵ FR, 2.12.4.

²³⁶ VALLEJO, La regulación del proceso en el Fuero Real, pág. 537.

²³⁷ VALLEJO, Ibidem. LALINDE ABADÍA, Ibidem.

7.2. Sobre qué es la confesión y cuales son sus requisitos.

La confesión en juicio es un medio de prueba procesal que consiste en la declaración o declaraciones de las partes, a petición de la contraria, para que se manifieste sobre aspectos de hecho que tienen relevancia en el proceso; no es una declaración de ciencia o conocimiento y no se hace para que el juzgador llegue a tener constancia de realidades fácticas que ignora, sino para fijar en la sentencia unos hechos que tienen el valor de ciertos y verdaderos. Por lo tanto sus efectos se producen directamente en la sentencia por entenderse que los hechos han quedado probados.

Es la confesión de la parte en juicio el mejor medio de prueba²³⁸ ya que es prueba plena cuando se hace en juicio confesando la parte contra sí,²³⁹ y consiste en una "declaración judicial en forma de respuesta afirmativa que un litigante da en juicio a lo que el colitigante o el juez de oficio le pregunta una o más veces".²⁴⁰ **Las Partidas** llaman a la confesión *conocencia* que es hacer preguntas en juicio a las partes sobre cosa o hecho allí alegado. Supone que no se haga en el pleito otro tipo de prueba, ya que es la manera de probar más cierta y más ligera, y menos costosa para las partes que los testigos y los documentos.²⁴¹ Y *conocencia* debe entenderse como reconocimiento, porque por la confesión la parte reconoce el derecho y justicia del contrario.²⁴² Como se ve, el reconocimiento como prueba es general entre la doctrina que le reconoce un valor liberador del resto de las pruebas. E igualmente la doctrina se remite o se refiere a LAS

²³⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 106.

²³⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 198. y HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84

²⁴⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 124.

²⁴¹ P.P. título XIII, de la Partida 3; introducción

²⁴² JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 297.

PARTIDAS cuando ha de definir la confesión como prueba: *conocencia es respuesta de otorgamiento que le hace una parte a la otra en juicio*²⁴³ Se entiende por lo tanto, que en esencia la confesión supone un reconocimiento entre partes hecho en juicio por hechos en él contenidos, y la parte está obligada a contestar a las posiciones que se le hagan por la otra ya que lo manda el juez; y lo hará en su presencia, en secreto, sin dilación y sin que se le pueda dar término para aconsejarse; ha de responder clara y abiertamente, negando o confesando claramente.²⁴⁴ La confesión que se hace con estos criterios y reuniendo una serie de requisitos de ley es considerada como prueba plena y que supera a todas las pruebas:

"hace prueba plena, aprovecha al contrario del confeso, le exime del gravamen y precisión de probar, supera a todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutiliza las opuestas hechas por testigos o instrumentos a su favor, desvanece las presunciones contrarias, y es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto o inválido, puede hacerse sentencia según ella, y el confeso se tiene por condenado sin ninguna otra"²⁴⁵

Como se puede ver, la contundencia del valor dado a la confesión como prueba era total, no sólo por lo que en sí misma puede suponer dentro del pleito, sino también en relación con los restantes medios de prueba, que no podían competir con la fuerza intrínseca de la confesión, a los que incluso podía invalidar. Al ser la confesión el mejor medio de prueba de todos los que se pueden utilizar en juicio, puede ser utilizada en cualquier momento del pleito, incluso después de conclusos los autos, siempre que no se haya dictado sentencia, y por lo tanto se puede pedir entre las partes que se absuelvan las posiciones siempre que se considere necesario la aclaración y definición de algunos de los hechos sobre los que no se haya confesado anteriormente. Además,

²⁴³ P.P. 1.13.3.

²⁴⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

²⁴⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 126

el mismo juez puede de oficio acordar la confesión de una de las partes cuando considere que es necesario para el mejor entendimiento de lo que en el pleito se debate. De esta manera se evitan gastos y dilaciones para los litigantes, ayudando la confesión a que los pleitos sean más breves y menos costosos.²⁴⁶ Pero aunque pueden las partes pedirse confesión mutuamente en cualquier estado de la causa hasta sentencia, no está permitido por ley que el demandante o el demandado hagan más preguntas antes de abrirse la causa a prueba, que aquellas que sean necesarias para continuar el pleito,²⁴⁷ ya que son de tal naturaleza, que si no se hacen, el juicio no se puede plantear o seguir adelante.²⁴⁸

Una vez situados en el gran valor que la doctrina da a la prueba de confesión y qué se entiende por tal, vamos a concretar, siguiendo a los autores y lo que dicen **Las Partidas**, cuales son los requisitos que debía reunir semejante medio de probar para que tuviese toda la eficacia que se le daba dentro del pleito. Dice la **ley 4 del título 13 de la Partida 3**, que para que la *conocencia* pueda tener efecto, debe ser hecha voluntariamente, sin yerro, sobre cosa cierta y honesta, delante de la parte o su procurador y por persona hábil.²⁴⁹ Es decir, que los que confiesen tengan la edad necesaria, que declaren con claro conocimiento de los hechos, siempre a su voluntad y sobre cosa cierta.²⁵⁰ Se exigen por tanto una serie de garantías en la persona que confiesa y en las circunstancias en que la confesión se lleva a cabo, toda vez que los efectos de esta prueba son tan completos y tan determinantes para la parte que confiesa y para el pleito en

²⁴⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 127. Insiste el autor en la conveniencia de que los jueces accedan siempre a las solicitudes de confesión cuando así lo pida alguna de las partes, ya que así se practica en la Corte.

²⁴⁷ Se están refiriendo a las diligencias preliminares para antes de comenzar el pleito y son aquellas confesiones que el que va a demandar tiene que pedir al que va a ser demandado para así poder poner su demanda. P.P. 1.10.3.

²⁴⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.109.

²⁴⁹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág.298.

²⁵⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 111.

sí mismo y su decisión final.

Elaboradas por la Doctrina, los civilistas, partiendo de **Azzo**, llegan a exigir **diez circunstancias** como requisitos de la confesión, que se resumen en una serie de versos:

*" Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, ethostis,
Certum, lisque, favor, jus nec natura repugnet".*

El desarrollo de este enunciado nos va a dar el contenido de las circunstancias que se debían tener en cuenta para que la prueba de confesión tuviese todos sus efectos en el proceso, o "para que haga daño al que la hace".²⁵¹

1º.- La confesión sólo puede ser hecha por quien sea de edad cumplida,²⁵² que será el mayor de veinticinco años, y si es menor y entró en la pubertad ha de hacerla con autoridad y a presencia de su curador²⁵³, siempre que éste no lo contradiga.²⁵⁴ Tampoco es válida la confesión hecha por mayores que sean locos o desmemoriados, si las personas encargadas de su custodia supiesen que alguna cosa en juicio podía causarles algún daño.²⁵⁵ Se sigue por lo tanto el criterio de la mayoría de edad como una garantía de que la persona que confiesa lo hace con su plena capacidad y con el conocimiento de lo que hace, suponiendo siempre que un menor no está capacitado para decir en contra suya. Pero fundamentalmente lo que se valora o se tiene en cuenta es que no exista ningún **vicio de conocimiento**.

2º.- Que se haga espontáneamente, sin amenazas, y sin miedo a la tortura, ni por engaño a promesa que le haga el juez de que le libertará, ya que no es válida la confesión conseguida por

²⁵¹ SALA, Ob. Cit. Pág.198.

²⁵² SALA, ibidem.

²⁵³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 125.

²⁵⁴ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 298.

²⁵⁵ P.P. 1.13.3.

tormento a menos que al día siguiente el que ha confesado se ratifique en ella.²⁵⁶ Porque el miedo al tormento, a la muerte, heridas o deshonor, hace inválida la confesión sin que perjudique al que la hace.²⁵⁷ La existencia de la libre voluntad del que confiesa en juicio, se requiere para evitar que la prueba esté viciada al estar viciada también la voluntad de la persona que confiesa, pues toda declaración o consentimiento de voluntad se hacen nulos si en sí misma tiene un vicio o defecto, como sería el actuar apremiado por un miedo de tal fuerza que se hace invencible.²⁵⁸

3º.- Debe ser hecha la confesión con suficiente conocimiento o ciencia, ya que si se hace partiendo de un error de los hechos, error que después es probado, puede hacer que la prueba, y todo lo que de ella se derive quede invalidado; incluso aquel error no voluntario pero que parte de un estado de ánimo o de una falsedad anterior, puede tener los mismos efectos.²⁵⁹ Por lo tanto, la confesión hecha con *yerro*, puede no tener efecto contra aquel que la haga, y siempre antes de darse la sentencia puede probarlo.²⁶⁰ Estamos, igual que en el primer requisito, en el plano del conocimiento exacto para dar validez a una declaración de voluntad; si la menor edad puede ser causa de que la persona no tenga todo el conocimiento necesario para declarar en contra suya, el error involuntario o procedente de una ira o descontrol personal, hacen que lo declarado pueda

²⁵⁶ JORDÁN DE ASSO, *Ibidem*.
TAPIA, *Ibidem*.

²⁵⁷ P.P. 5.13.3.

²⁵⁸ Sobre la confesión obtenida con tormento, práctica sólo seguida en en los procesos criminales, ver MARÍA PAZ ALONSO, *El proceso penal en Castilla*. El actuar bajo la presión de un miedo real e insuperable, entraña un vicio tal que hace que el acto de conocimiento así efectuado nazca nulo. Así lo alega ANTONIO DE AVILA en el pleito que PEDRO GARCÍA le pone ante el Corregidor de Salamanca en 1715 para ejecutar una escritura de obligación. El demandado, en la oposición a la ejecución, presenta una escritura pública de protesta, hecha inmediatamente antes de obligarse, en la que hace la manifestación de que, estando en prisión, le violenta el miedo a las tropelías y mortificaciones que está sufriendo en la cárcel, por lo que todo lo que diga es "nullius". CAN.VALL.P.A.2485-G

²⁵⁹ TAPIA, *Ibidem*.

²⁶⁰ P.P. 5.13.3.
JORDÁN DE ASSO, *Ibidem*.

ser anulado antes de que se use para dictar sentencia.

4º.- La confesión ha de hacerse contra uno mismo, es decir en contra de la persona que confiesa;²⁶¹ el sentido de la prueba es precisamente el de perjudicar al que confiesa, y en ese matiz residen su gran fuerza probatoria, ya que debe presumirse que nadie mentiría nunca en detrimento propio, sobre hechos que sólo afectan precisamente a aquella persona que está confesando.

5º.- Es requisito imprescindible que la confesión sea hecha en juicio y ante juez competente o persona, oficial real, en la que el juez delegue.²⁶² Se ha de exigir además la presencia de la parte que ha pedido la confesión como prueba, o al menos su procurador.²⁶³ El hecho de que una persona declare bajo juramento sobre unos hechos, y que esas declaraciones hagan perjuicio en contra de quien confiesa, no tiene ningún efecto procesal si no se hace ante el juez que sea competente para conocer de la contienda en la que se pretende que haga efecto, pues la confesión extrajudicial no tiene ningún valor procesal si no se hace en el mismo pleito, aunque luego se pretenda aportar al proceso como un medio de prueba documental, ya que en este caso tendría el valor que según le correspondiese a una prueba de documento. Aunque la doctrina piensa que tiene valor la confesión hecha por orden del juez de la causa ante el alguacil o el escribano, la Ley no menciona esta posibilidad. En las escasas disposiciones que se dedican a la confesión y al juramento²⁶⁴, no se menciona la posibilidad de que se jure y declare ante el Alguacil o el Escribano, sino que se refiere a "**los oidores ante los que la causa pendiere, u**

²⁶¹ TAPIA, Ibidem.

²⁶² JORDÁN DE ASSO, Ibidem.
TAPIA, Ibidem.

²⁶³ P.P. 4.13.3.

²⁶⁴ Cinco leyes del Título 7 del Libro 4., N.R. además del título 11 de la PARTIDA 3.

otro juez ante el escribano de la causa".²⁶⁵ A lo que se está haciendo referencia, es que la confesión podrá hacerse ante los oidores que conocen de la causa, o bien ante otro juez, que puede no ser a quien le corresponde el fallo por actuar por delegación o por comisión, pero sí ante el escribano de la causa, lo que no quiere decir que pueda hacerse la confesión ante un oficial sin la presencia del juez.²⁶⁶

6º.- Ha de estar presente siempre la parte contraria, o su Procurador, precisamente por ser quien ha pedido que se haga la confesión y ha confeccionado las posiciones sobre las que quiere que su contrario confiese; aunque hay que suponer que las declaraciones van dirigidas al juez para que tenga mejor conocimiento de los hechos y pueda mejor fallar, la presencia de la parte supone, no sólo una garantía de veracidad en la prueba, sino también que las incidencias y valoraciones que se hagan necesarias al juez puedan pasar por ella, pues se pueden hacer preguntas en el momento de la confesión no directamente de la parte, sino de ésta a través del juez. Al fin y al cabo las partes pueden pedir las confesiones de sus contrarias en cualquier momento del pleito, y en consecuencia pueden pedir aclaraciones o afirmaciones cuando se hace la confesión, es decir, la intervención de las partes en este momento está justificada. Aunque en la práctica no siempre se hacía así, la citación a la contraria podía evitarse, y como nos dicen los autores, rara vez se usaba esta diligencia, más bien se hacía la prueba sin la citación y presencia de la parte contraria, y después de lo documentado en los autos se daba traslado.²⁶⁷

7º.- La confesión debe ser hecha sobre cosa, cuantía o hecho cierto, tanto sobre el

²⁶⁵ N.R. 2.7.4.

²⁶⁶ La intermediación del Juez en la práctica de las pruebas no estaba reconocida o mencionada, y podía en ese momento pensarse que lo documentado en los autos era suficiente para que el juez, a la vista de lo declarado por la confesante pudiese dictar sentencia. Se puede tener la certeza, por los comentarios y las críticas hacia la forma de hacer justicia de los jueces, que aunque en las actas apareciese que estaba presente el juez, que no se correspondiera con lo que en realidad ocurría.

²⁶⁷ TAPIA, *Ibidem*.

fundamento como sobre la cantidad, ya que no existiendo esta certeza no puede recaer sentencia y por lo tanto no perjudica al que confiesa; si la no certeza parte de un error, podría aquel que lo ha sufrido probarlo antes de sentencia para así evitar que el resultado gravoso de la prueba recaiga sobre ella.²⁶⁸ Se sigue el criterio de exigir que lo que contiene la demanda sea sobre algo cierto y determinado, por lo que el que demanda debe fijar los límites de su reclamación, tanto en cantidad como en calidad o por circunstancias de lugar o tiempo. En el caso de que la persona que confiesa no precise estos límites, el juez puede compelerle para que responda concretamente a lo que se le pregunta, siempre claro está, que la pregunta esté hecha con toda certeza, ya que si no es así el confesante no está obligado a responder.²⁶⁹

8º.-La confesión tiene que ser hecha en juicio para que haga fuerza de verdadera prueba, pues la que no se hace en el pleito solo tendrá valor de presunción a efectos probatorios.²⁷⁰ El rotundo valor procesal de la confesión como un instrumento probatorio, depende, entre otros factores, de su realidad procesal: "*y sobre todo que sea hecha en juicio*" se dice en **Las Partidas**, como el requisito de inmediación en el procedimiento que confiere el carácter procesal un hecho tan personal como reconocer unos hechos propios. Por ese matiz personalista de la prueba, si la confesión se ha hecho fuera del marco procesal, sólo se le debe dar el valor de una presunción, lo que supone procesalmente y prácticamente, que dicha declaración necesita de otra prueba complementaria, como la de testigos o documentos, para poder ser valorada como prueba procesal plena.

9º.- El contenido de la confesión no puede darse en favor del que confiesa, ya que si está

²⁶⁸ TAPIA, *Ibidem*.
P.P. 4.13.3.

²⁶⁹ P.P. 6.13.3.

²⁷⁰ TAPIA, *Ibidem*.

contestando a posiciones que le favorecen, lógicamente se está liberando al confesante de una carga, y además tendría el valor de lo probado por un testigo.²⁷¹

10º.- La confesión no debe ser hecha contra la naturaleza ni contra la ley. Contra la naturaleza porque el objeto de la confesión sería un hecho imposible, tal como que el hijo es de mayor edad que el padre, y por lo tanto sería nulo por su mismo contenido. El mismo resultado tendría lo confesado contra lo que disponen las leyes reales, haciendo inválido el resultado de lo que se pretende probar.²⁷²

Se pueden resumir los requisitos exigidos para que la confesión sea válida, como aquellos que afectan a la persona que confiesa y a su capacidad, aquellos que se refieren a las circunstancias procesales, y finalmente los que afectan al propio contenido de la manifestación de voluntad. Los dos primeros grupos de circunstancias exigibles para que la confesión tenga el valor que se pretende, las circunstancias personales y procesales, pueden y deben ser exigidos y controlados por el juez de la causa o por el juez ante el que se celebre la prueba; deberá preguntar al confesante su edad aproximada y observar si en su personalidad pueda tener deficiencias que le hagan incapaz para contestar a las posiciones; igualmente, como controlador del procedimiento y sus normas, será de su cargo que la prueba se instrumente procesalmente correcta. Sólo en el grupo de requisitos que se refieren a elementos personales del confesante, tales como la voluntad y el conocimiento, queda al arbitrio de la parte que confiesa, o de la contraria, la facultad de impugnar la prueba y su valor en el pleito. Por lo demás, una confesión hecha en juicio ante juez competente y a presencia de contrario, por persona con capacidad, sin error en el conocimiento y la voluntad, sobre cosa cierta que no vaya en contra de la naturaleza

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² TAPIA, Ibidem. y P.P. 4 y 6. 13. 3.

o de las leyes, será prueba plena a favor del que pide la confesión, sin que tenga resquicios o imperfecciones que le hagan necesaria de ser completada con más medios de prueba.

7.3. Las clases de la prueba de confesión.²⁷³

Aunque la prueba de confesión es una institución procesal de carácter único y diferenciado de las otras pruebas por sus propias características internas, la doctrina del Derecho Civil elaboró una división en especies de la prueba de confesión según determinadas circunstancias que la podían afectar. Y lo hace con el criterio de anteponer conceptos contrarios.

a) confesión verdadera o tácita, también llamada ficta.- La verdadera confesión es aquella que se hace en un juicio, compareciendo la parte confesante, o su procurador especial, que reúne los requisitos exigidos por la ley, y en la que se responde a las posiciones con palabras o señales manifiestas e inequívocas, negando o confesando sobre lo que se le pregunta.²⁷⁴ En contraposición a esta especie de prueba, se coloca la confesión que se supone hecha, por rebeldía del confesante, por negarse a contestar o por responder indebidamente.²⁷⁵ Si el que confiesa contesta que no sabe a lo que se le pregunta, o si una vez que el juez le ha mandado que responda a las posiciones más de una vez, no quiere responder o no lo hace claramente, ha de ser tenido por confeso, lo mismo que una vez preguntado se ausenta. El ser tenido por confeso supone "que en todas aquellas cosas que en las posiciones y artículos se contienen, sobre que no respondió

²⁷³ Para las clases de confesión, TAPIA, 125 y GÓMEZ NEGRO 109.

²⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 125.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág.109.
N.R. 1.7.4.

²⁷⁵ Ibidem.

y le fue mandado, que sea habido por confeso y así lo pronuncie luego el juez por sentencia"²⁷⁶

El no querer contestar equivale como si otorgase aquello sobre lo que le preguntan, lo mismo que para el que elude la respuesta clara,²⁷⁷ por lo que parece que el legislador tiene la intención de penalizar estas conductas procesales que no se atienen a la buena fe y para ello le da a estos actos el valor contrario del pretendido por el que los realiza. Sirve además esta **ficta confesio** para no alterar el curso del procedimiento en las pruebas; las pruebas se solicitan, se autorizan y se llevan a cabo, y la intervención de mala fe de una de las partes no puede interrumpir el curso del pleito, para ello se utiliza de nuevo una ficción procesal, similar a la de la ficta respuesta o contestación a la demanda, que se entiende como una herramienta para nivelar posibles situaciones no encuadradas en una conducta procesal correcta.

b) confesión simple y confesión calificada. El tipo básico de prueba de confesión es aquel en el que el confesante lo hace de forma *lisa y llana* afirmando o negado sin más sobre aquellos hechos que su contrario en el pleito le pregunta, ésta sería la llamada confesión simple. Por el contrario, cuando la parte que confiesa, al hacerlo lo hace añadiendo alguna calidad, circunstancia o cualidad, de tal manera que destruye la intención del interrogante poniéndole en la necesidad de hacer nueva prueba sobre lo añadido o modificado al confesar. Este tipo de confesión puede ser a su vez dividua o individua según que la circunstancia se pueda separar o no del hecho confesado.

c) confesión judicial y extrajudicial. Aunque ya se ha comentado que la confesión hecha fuera del juicio no tenía el valor liberatorio que se daba a la confesión hecha en juicio, podía la parte ante la que se confesaba extrajudicialmente utilizar esta prueba en juicio, aunque como

²⁷⁶ N.R. 1.7.4.

²⁷⁷ P.P. 3.13.3.

prueba **no plena** que necesitaba de ser completada por otros medios probatorios, teniendo el mismo valor que una presunción. Por lo tanto, se debe tener como un tipo imperfecto de confesión, frente a la **hecha en juicio**, que sí tenía todo el valor y fuerza probatoria reconocida a la prueba. Se entiende como prueba extrajudicial aquella que se hace ante un juez, pero no el competente para conocer de la causa, o para recibir la prueba, o bien ante un juez árbitro.

7.4. Las posiciones y su valor frente al interrogatorio. Forma de hacerse

Tanto la confesión y el juramento, como la prueba testifical son instrumentos procesales eminentemente **personales** y tienen en su forma matices coincidentes; ambas pruebas se hacen ante juez competente, o persona que éste designa, consistiendo en preguntas y respuestas. La primera diferencia entre ambas es la persona a la que se le dirigen las preguntas, ya que en la confesión ha de ser necesariamente formulada a una persona que sea parte en el pleito, mientras que en la prueba por testigos, las personas que responden a las preguntas son terceros ajenos al pleito. Pero es la propia forma de las preguntas y sus matices lo que las hace ser diferentes.

Si la confesión sólo debe referirse a los hechos y asuntos que son del pleito, las posiciones deben ser por lo tanto concernientes al punto controvertido,²⁷⁸ que se debe hacer clara y positivamente, y no con oscuridad o en forma de pregunta *porque el que las pone afirma como cierto lo que en ellas asienta.*²⁷⁹ No se le hace una pregunta al que confiesa, sino que se le conmina a que diga que es cierto determinado hecho o circunstancia. De ahí que la definición dada por la doctrina sea la de *simple aserción hecha por escrito de hecho perteneciente a la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo juramento, para relevarse*

²⁷⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 27.

²⁷⁹ Ibidem
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 107.

de probarle.²⁸⁰ Mientras en las posiciones, que es la forma de preguntar en confesión sobre la certeza y autenticidad de los hechos litigiosos, (de ahí que se exprese diciendo que el contrario declare como que tal hecho es cierto o incierto) se pretende de la parte que confiesa que afirme como cierto lo que se le está preguntando. Por el contrario en las interrogaciones o artículos de la prueba de testigos, existe una intención del que pregunta para probar determinadas circunstancias, y así no los formula la parte como hechos ciertos sino en forma de interrogación, no de afirmación. La consecuencia de esta intención de averiguar la certeza de determinadas circunstancias del objeto litigioso, hace que las preguntas que se hacen para interrogar a los testigos no sólo las pueda hacer la parte que los presenta, sino que también puede el juez hacer preguntas en el momento del interrogatorio para mejor conocimiento de lo que allí se prueba.

Por lo tanto, mientras que las preguntas que la parte que presenta a los testigos consisten en preguntarles si saben o conocen determinados hechos, y que expliquen cómo y porqué los conocen, sin que el preguntado en este caso tenga más obligación de responder que la que deriva de su propio conocimiento, las posiciones que se hacen en la confesión contienen una carga de profundidad para el resultado del pleito y para el que confiesa: no se pregunta a la parte que diga lo que sabe sobre hechos o circunstancias de la contienda, sino que **confiese que es cierto lo que el contrario afirma**; en este reconocimiento de veracidad de las afirmaciones del contrario, con su matiz de afirmar y corroborar lo que dice en el pleito, está su verdadera fuerza; si alguien, estando sujeto a juramento, reconoce que lo que afirma su contrario en el pleito es verdad, está admitiendo la razón de esta parte en la contienda y liberándole de tener que seguir probando y demostrando lo que alega. De ahí, que las posiciones se deben formular antes de la prueba de testigos, ya que si el confesante reconoce lo que se le reclama, es innecesario seguir probando

²⁸⁰ Ibidem.

para que el juez conozca, pues en su misma afirmación está toda la fuerza de la prueba.²⁸¹

Forma de hacerse las posiciones y realidad práctica de la prueba de confesión.

La confesión judicial, como institución procesal, está encuadrada en el proceso, de ahí que para tener valor como tal, haya de ser realizada a presencia judicial y con los requisitos y formalidades de la ley y la práctica. Y en la inmediatez del acto con el juez, éste se resuelve de una forma simple. En principio, el confesante, que siempre es la parte contraria a la que solicita la prueba, ha de comparecer ante el juez en un momento determinado, ya que al acto se ha de convocar a la parte que ha solicitado la prueba en cuestión, y después de jurar con las fórmulas de rigor, el juez ha de transmitirle las preguntas o **posiciones** que le ha presentado en su momento el solicitante de la prueba; previo a este comienzo el juez ha de considerar si estas posiciones, dada la trascendencia que han de tener para el confesante, se ajustan a lo pedido en el pleito y por lo tanto son **pertinentes**. Se realiza el interrogatorio por el sistema de contestación o *absolución* a las cuestiones que le ha formulado la otra parte.²⁸²

Para entender cual era la forma real de realizarse esta prueba procesal, hay que estudiarlo en los autores, en los prácticos, fundamentalmente por los formularios que incluyen, ya que en los pleitos aparece pocas veces esta prueba como solicitada y realizada²⁸³

²⁸¹ En la práctica no se daba este mecanismo liberador de la confesión, ya que se utilizaba como una prueba más incluso a continuación de la prueba testifical.

²⁸² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 786.

²⁸³ El porcentaje de confesiones es muy bajo en el material con el que se ha trabajado (aproximadamente unos cuarenta pleitos en los que sólo aparecen dos confesiones como tal prueba). Especular cuales eran los motivos por los que se prefería la prueba testifical sobre la de confesión, no pasa de ser precisamente eso, especulaciones. Se podía pensar en las dificultades para traer a la confesión a la parte contra la que se litiga, como una resistencia al resultado tan definitivo; se puede volver a pensar en el interés económico de los profesionales que en ellos intervienen: procuradores, abogados, escribanos, receptores, que ven incrementados sus ingresos al aumentar también el número de actuaciones judiciales. Y si la confesión tiene un efecto liberatorio y decisorio en el pleito,

En principio las posiciones deben presentarse de tal forma que se garantice el hecho de que no sean conocidas por el confesante hasta el momento de llevarse a la práctica la prueba, o lo que es lo mismo, recibirse por el juez; para ello se presentan en un pliego cerrado y sellado, que no se abre hasta el momento de ir a contestar el litigante.²⁸⁴

Pero ya que se ha visto que el arranque de la práctica de la prueba de confesión son las llamadas *posiciones* o preguntas que se han de hacer al confesante. Vamos a partir de su estudio para seguir conociendo lo que era confesar en juicio y con valor de prueba. Ya hemos visto que la prueba de confesión es una facultad de ambas partes, y por lo tanto las posiciones las pueden formular tanto el demandante como el demandado, aunque en la práctica es más frecuente que sea el actor quien se la venga a pedir al demandado, siempre después de contestada la demanda que confiese.

"posición es simple aserción hecha por escrito de hecho perteneciente a la causa, sobre el cual pide en juicio el litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarles"²⁸⁵

Se trata de diferenciar los límites y contenido de las posiciones con el fin de que los escribanos no las confundan con las preguntas o interrogaciones que se hacen a los testigos.²⁸⁶

En consecuencia, al referirse las posiciones a algún hecho del pleito, deben estar hechas de forma asertiva y no en forma de interrogación,²⁸⁷ es decir, el contenido de las posiciones no sólo

hace que estén de más todas aquellas pruebas que se planteen, lo que hace pensar que los letrados preferían los testigos a la confesión por el hecho de que para hacer prueba, con los baremos de su valor, debían hacer comparecer a numerosos testigos. En cualquier caso, no deja de ser una pregunta el por qué, siendo la confesión la reina de las pruebas, y sus efectos totales en el pleito se usaba de una forma tan restringida.

²⁸⁴ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Vit. Pág. 43.

²⁸⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 127.

²⁸⁶ Ibidem.

²⁸⁷ ÁLVAREZ, Ob. Cit. Pág. 241.

ha de ser de los hechos relativos al punto controvertido, sino que también deben estar hechas clara y positivamente, y no con oscuridad o con forma de interrogación.²⁸⁸ Porque precisamente la forma y contenido de las preguntas o interrogaciones que se hacen a los testigos deberán estar hechas en forma de interrogación "que son parto de la intención del interrogante"²⁸⁹ y quien contesta no confirma que lo que se le pregunta es cierto o no, sino que responde en conciencia lo que sabe y conoce de determinados hechos. Se podría decir que un testigo al contestar a lo que se le pregunta ha de implicarse más en su respuesta que una persona que confiesa, ya que el testigo ha de hacer un acto de conocimiento y relación de lo que se le pregunta y de los hechos que conoce, mientras que el confesante se ve limitado a contestar si los hechos que se le plantean son o no ciertos. Con el matiz diferencial en cuanto su vinculación al resultado del pleito, ya que el confesante está mediatizado por el resultado, que en parte depende de su respuesta, y el testigo es un tercero llamado, al que se le ha de suponer que no tiene interés personal en el resultado de la contienda. El autor, **Tapia** en este caso, insiste en diferenciar las posiciones de las preguntas o interrogaciones, "bien que hoy los confunden muchos"; se debe tener un cuenta este comentario pues viene a reflejar una situación en la práctica. Por ello insiste dándonos un catálogo de diferencias entre ambas mecánicas procesales, diciendo en que se diferencian las posiciones de las interrogaciones:

-1º.-en su origen, ya que las posiciones fueron inventadas por la costumbre y las preguntas por el derecho. Con esta afirmación se hace referencia al origen de ambas pruebas: es la prueba de testigos una forma de probar procedente y propia del derecho Romano que llega a nuestro derecho con sus principios , formas y estructuras, mientras que la confesión, de origen

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Ibidem

más tardío y germánico arranca de un derecho menos estructurado y con matices más consuetudinarios que el Derecho Romano.

2º.- por su forma, ya que las preguntas a los testigos se hacen en forma de **interrogación** mientras que las posiciones se hacen de forma **afirmativa** de algún hecho.

3º.- Por su finalidad, las posiciones van dirigidas a liberar a la parte que las utiliza de tener que hacer más pruebas, mientras que las preguntas que se hacen a los testigos van dirigidas precisamente a la realización de actos de prueba.

4º.- El que confiesa en juicio afirma al contenido de las posiciones, si ha sucedido o no, qué debe hacer o no, qué es cierto o incierto aquello sobre los que se le pregunta. De ahí que la forma de preguntar en el foro sea *confiense como es cierto, o incierto*; por el contrario no afirma ser verdadero el contenido de las preguntas, sino que dice lo que cree saber, de ahí que la fórmula forense sea *si saben, han visto o tienen noticias*.

5º.-Mientras que las interrogaciones a testigos son comunes a las causas civiles y criminales, las posiciones son propias de los pleitos civiles o privados.

6º.-Mientras que las posiciones son un facultad exclusiva de la parte, no pudiendo intervenir el juez nada más que en caso de duda, las preguntas a los testigos pueden hacerlas tanto la parte como el juez. El argumento sería que las posiciones anteceden o sustituyen a priori a la prueba, y por lo tanto el juez nada tiene que probar.²⁹⁰

Aunque esta clasificación y diferenciación se trate de una elaboración de tipo doctrinal, no deja de tener reflejos de la realidad en la práctica de los tribunales, por lo que su utilidad radica en lo que de ahí trasciende. Al tener las posiciones el valor liberatorio del pleito que se pretenden, hace que en la práctica se traduzca en un excesivo cuidado y control, por ello no

²⁹⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 128.

pueden cambiarse ni enmendarse una vez que están en los autos, salvo que sea inevitable porque haya existido un error de hecho, o bien por no ser lo suficientemente claras, y se pueden variar o hacer aclaración a petición de la parte contraria que es la que está obligada a contestar. En cuanto a la presentación de las posiciones que se le han de hacer al que va a confesar, aunque deberían presentarse en un pliego diferenciado del interrogatorio de testigos, ya que según el sentido de la prueba, la confesión ha de ser previa a la prueba testifical por su carácter liberador y excluyente, en la práctica, y para abreviar, lo que se venía haciendo era presentar el interrogatorio de preguntas para los testigos que tenían que ser examinados a tenor suyo, y en un **otrosí** de ese mismo pedimento, se decía, que antes de proceder al examen de los testigos, jurase posiciones el contrario al tenor de todas o algunas de las preguntas del interrogatorio; también podía pedir la parte que se haga la confesión antes de presentar el interrogatorio, y formar éste sólo sobre lo no confesado, ya que no en todos los pleitos se puede pedir la confesión de las partes, pues no siempre éstas conocen todos los hechos relativos a la prueba, lo que supone algo superfluo e innecesario el pedir que confiesen cuando de antemano se sabe que no pueden hacerlo.²⁹¹

Aunque el sujeto de la confesión está reservado a aquellas personas que sean parte en un pleito, como cualidad elemental, ya que no puede confesarse por otro, se admitía que los procuradores lo hicieran en nombre de las partes a las que representaban, y con poder especial que hacer este acto. En estos casos, el que pide que la confesión se haga a través de la persona del procurador, debe hacer constar la protesta de que lo que diga no le vincula salvo en lo que le sea favorable.²⁹² Así lo permite la ley real, cuando la parte estuviera ausente, puede su

²⁹¹ TAPIA, *Ibidem*.

²⁹² GÓMEZ NEGRO, *Ob. Cit.* Pág. 111.
TAPIA, *Ibidem*.

procurador, con poder especial, que esté bien instruido e informado, responder bajo juramento a cada una de las posiciones que le fuesen puestas, con la verdad de lo que supiese, aunque estén puestas por escrito, **confesando o negando simplemente y sin cautela, y no por palabra de creo, o no creo, bajo pena de quedar por confeso**²⁹³. Se requiere, como requisito previo, la ausencia del llamado a confesar para justificar la presencia del procurador en la confesión. Ahora bien, si se entiende que los hechos sobre los que se ha de preguntar son personalísimos, así como las respuestas, el simple mandato que se da al procurador con carácter general para actuar ante los Tribunales no puede amparar la facultad de confesar, de ahí la exigencia de un poder con carácter de especial para confesar, en el que el poderdante faculta al apoderado para que absuelva las posiciones. El segundo aspecto a tener en cuenta en esta situación es precisamente el hecho de que la absolución de posiciones implica o supone una vinculación personal con lo que se pregunta y lo que se contesta, por lo que en la absolución de las posiciones el procurador apoderado debe contestar según lo que conoce personalmente y no lo que supone que ha de saber la parte interesada en el pleito.

Para los casos en que fuese el Procurador la persona que contestase a las posiciones, podía utilizar una fórmula que le hacía evitar que lo dicho en confesión le pudiese perjudicar. Consistía en una cláusula o protesta de "no estar a lo dicho, sino en cuanto le sea favorable",²⁹⁴ con la que se evitaban los posibles inconvenientes o perjuicios derivados de la respuesta a las posiciones.

En cuanto a la forma material de hacerse y contestarse las posiciones en una prueba de confesión, pocas veces nos encontramos con una ley Real que regule con detenimiento la forma

²⁹³ N.R. 2.7.4.

²⁹⁴ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 111.

de llevar a efecto un acto procesal; en el caso de la prueba de confesión, recoge la **Nueva Recopilación** dos disposiciones, la primera dada por Juan II en las Cortes de Briviesca en 1387, en la que se prescribe que cada una de las partes ha de responder a las posiciones por palabras de niego o confieso, o lo creo o no lo creo.²⁹⁵ En el caso de que el contenido de la respuesta sea que no sabe de aquello sobre lo que se le pregunta, no puede ser tenida por recibida esa contestación, y el confesante será tenido por confeso. En los casos en los que se dé negativa a contestar, cuando el juez se lo tiene que mandar más de una vez, o contumacia en comparecer a responder, igualmente será tenida esta parte por confesa, y así se hará constar en la sentencia.²⁹⁶

La segunda disposición pertenece a **Las Ordenanzas de Madrid, de 1502**, y es una reiteración de la anterior; se manda que ante el juez de la causa, ya sea oidor u otro juez, y a presencia del escribano, la parte ha de responder bajo juramento a las posiciones que por la otra parte se le hagan, de forma secreta y apartada, sin dar traslado ni tiempo para deliberar y sin consejo de letrado, y sin que tenga el juez que mandarlo más de una vez.²⁹⁷

Se pueden exceptuar los casos en los que las preguntas se referían a libros o cuentas, en los que el confesante, acompañado del juez o del escribano, puede recoger los papeles y en su vista declarar, y en el supuesto en el que el confesante tenga más de 70 años o esté desmemoriado, en este caso no debe contestar inmediatamente, sino que se le debe entregar copia de lo que se le pregunta, siempre que previamente se haya justificado la edad o el hecho de estar

²⁹⁵ Se deberá responder otorgando o negando llanamente aquello sobre lo que se le pregunta, y si aquel al que se le pregunta tiene alguna duda y necesita un tiempo para acordarse, debe el juez darle ese tiempo para recordar mejor la respuesta. P.P. 3.13.3.

²⁹⁶ N.R. 1.7.4.

²⁹⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág.84.

desmemoriado.²⁹⁸

En este aspecto esta segunda norma es más restrictiva que la mencionada, pues no permite la insistencia en las preguntas del juez para exigir la obligación del confesante e hacerlo. Para los casos en que la posición contenga varias partes o apartados, el que responde está obligado a hacerlos a cada una de las partes de la posición, sin que pueda contestar diciendo que la niega, y si no responde será tenido por confeso. Y para evitar la posibilidad de que los confesantes perjuren, impone la ley una pena para estos casos, además de las que se le impongan por el delito de perjurar, específica, que equivale al perjuicio que ha de soportar el confesante que hace perjurio en el pleito en que ocurre, en este sentido, al actor se le dará por perdida la petición, y al demandado se le tendrá por confeso en las posiciones que se le hayan hecho.²⁹⁹

Se puede deducir claramente del contenido de estas dos leyes, que la intención del legislador en insistir en una manera *garantista* de realizarse por los jueces la prueba de confesión. En principio, la segunda de las leyes insiste en el hecho de que se hará ante un oidor o un juez, a presencia del escribano, de forma reservada,³⁰⁰ incluso secreta, sin que al confesante se le permita consultar, ni siquiera con su letrado para hacer las respuestas,³⁰¹ pero se le exige

²⁹⁸ BERNI Y CATALÁ, Apuntamientos de Partidas, pág. 92. Se contradice con el criterio de pleno juicio y conocimiento del que confiesa.

²⁹⁹ N.R. 2.7.4.

³⁰⁰ Fuera de este Libro de la Nueva Recopilación, en el Libro II en el que se regulan las funciones del Presidente y Oidores de Chancillería, se recoge una norma dada al siguiente año a las Ordenanzas de Madrid, en la que expresamente se dice y se insiste, en que en los pleitos que a los Oidores les parezcan de gravedad e importancia, deben guardar lo dispuesto en ley de Madrid, recibiendo personalmente las posiciones y juramentos de las partes, tomando la confesión en su propia persona sin encomendárselo a otra, no sirviendo la tomada ante escribano aunque se ratifique después ante el oidor. N.R. 60.5.2.

³⁰¹ El juez no debe permitir que el abogado del que confiesa esté presente en la declaración, ni darle copia de las posiciones, ni tiempo para que se aconseje, pues debe responder a ellas en el mismo acto. TAPIA, *Ibidem*.

En LAS PARTIDAS hay una gran desconfianza hacia la intervención de los abogados en este tipo de actuaciones, ya que se sospecha de los consejos que puedan dar a la parte que confiesa, por lo que el juez no debe dejar que el abogado esté con su defendido mientras éste confiesa; pues ocurre que los abogados, con su interés por ganar el pleito no guardan a Dios ni a sus almas, y hacen a sabiendas que las partes nieguen la verdad de las cosas sobre que les hacen las preguntas. P.P. 3.13.3.

concreción en la forma de responder y se penan las actitudes contrarias, tales como eludir un respuesta concreta, respondiendo ambigua y confusamente³⁰² negarse a contestar a lo que se le pregunta, incluso ausentándose para no hacerlo³⁰³; y por último contestar a sabiendas algo que no es cierto, para lo que se articulan consecuencias que van en perjuicio de la parte que tales manifestaciones haga.

El matiz que contienen estas dos leyes mencionadas de la **Nueva Recopilación** en cuanto la exigencia y obligación de contestar a las preguntas que se le hagan que tiene el confesante, queda matizada o paliada por lo que **Las Partidas** regulan en estos casos, y que se refiere a preguntas confusas o que no se afectan al pleito, que los litigantes no están obligados a contestar ni el juez debe admitirlas ni hacérselas a la parte a la que se le pide que confiese.³⁰⁴ De esta manera las preguntas se han de hacer de forma cierta y con pocas palabras, no conteniendo muchos argumentos en uno, de manera que el preguntado las pueda entender y responder con certeza, pues en caso contrario no será tenido por hecha ni la parte a la que se le haga obligada a contestar.³⁰⁵

Para los casos en los que el confesante está ausente del lugar en el que se sigue el pleito, pueden pedir las partes carta-receptoría para las justicias del lugar en el que estuviere la parte ausente para que le hagan responder a las posiciones que le hayan sido puestas, respuesta que deberá ajustarse a lo dispuesto en las leyes que se han mencionado.³⁰⁶ Por supuesto que el

³⁰² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 129.

³⁰³ TAPIA, Ibidem. El autor nos dice que en casos de ausentarse el confesante para eludir hacer la confesión, deberá requerirle el juez por tres veces, con tres autos, antes de tenerle por confeso a las posiciones.

³⁰⁴ TAPIA, Ibidem.

³⁰⁵ P.P. 2.12.3.

³⁰⁶ N.R. 3.7.4.

documento para hacer esta prueba a través de receptor, debe ser solicitado por la parte interesada, haciendo referencia a que

"las contrarias juren de calumnia, por los artículos y posiciones que por mi parte se pondrán, clara y abiertamente, negando o confesando, conforme a la ley, bajo pena de ella"³⁰⁷

Por lo demás, la carta o provisión para hacer la prueba sigue los trámites y pasos establecidos para el resto de estos documentos.

Finalmente, hay que hacer una referencia a la fórmula de hacer el juramento previo a la absolución de posiciones, ya que se entiende el juramento como un requisito esencial para que la prueba tenga validez. La fórmula que se utilizaba era abreviada, en la que se hacía constar que se recibía juramento en forma de derecho, por Dios nuestro Señor y una señal de la Cruz, haciéndolo así el confesante, prometiendo decir verdad.³⁰⁸ **Las Partidas** decían que se debe jurar por una cosa santa, que no entiende que sea cielo, tierra u otra criatura, sino por Dios primeramente, y por Santa María su madre o por alguno de los otros santos; también cabe jurar por la Cruz o por el Altar, e incluso por la Iglesia.³⁰⁹ En otro título de la misma Partida se regula con minuciosidad la forma de jurar a la que se han de sujetar cristianos, moros y judíos para que su juramento revista carácter de validez; no dejan de ser fórmulas a tener en cuenta, aunque como se ha dicho la práctica había establecido una forma simplificada de jurar.³¹⁰

Al comenzar a hablar de la confesión en juicio como prueba, ya se hizo notar la escasa incidencia de este medio probatorio en la práctica forense, en los pleitos era infrecuente que se

³⁰⁷ PÉREZ DE AYALA Y AULESTIA, Formularios de la Chancillería de Valladolid, fol 69.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ P.P. 1.11.3.

³¹⁰ P.P. 19, 20 y 21. 11.3.

pidiese que una de las partes confesase a las posiciones que le hacía la contraria, prefiriéndose con mucho las declaraciones de testigos para hacer prueba sobre la confesión de parte. Pero aún así se puede ver como se desarrollaba este paso procesal en la práctica.

En principio, se solicitaba que una de las partes confesase a continuación del interrogatorio de preguntas para los testigos.

El pliego, en general, se encabezaba con la fórmula "por las preguntas siguientes serán examinados los testigos que fueren presentados"; a continuación se hacía una mención a las partes y objeto del pleito, para comenzar con las preguntas del interrogatorio que aparecen numeradas. Una vez finalizada la relación de preguntas, se solicita que se admita el interrogatorio y que se examinen los testigos, con citación de la contraria,

"y que por la Doña Josefa Martínez del Royo, absuelva por posiciones, las seis primeras preguntas, compareciéndola por este fin por medio de requisitorio, en el caso de que no concurra, compeliéndola a que manifieste y declare [...], sobre cuyos particulares protesto practicar las demás diligencias que a mí parte convengan en justicia"³¹¹

Y en el auto de admisión se dice expresamente que

"Doña Josefa Martínez del Royo **jure y declare** como se pide por las seis primeras preguntas de dicho interrogatorio, y que para ello siendo necesario se libre competente despacho Requisitorio"³¹²

Del documento se puede entender que el planteamiento de la confesión como prueba liberatoria no se daba en la práctica. En primer lugar, se pide la confesión a continuación y secundariamente a la prueba de testigos, y no a la inversa que es como queda planteado por la

³¹¹ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

³¹² Ibidem.

doctrina; no se trata únicamente de que no se está pidiendo la confesión como prueba principal, sino que se invierte el orden que los autores previenen: se solicita la prueba de testigos, y a continuación se pide que la parte jure y declare, es decir, confiese, precisamente a algunas de la preguntas que se harán a su vez a los testigos. Tiene así el valor de una prueba más, sin que se le dé el carácter de exclusión de otros medios probatorios.

Y en segundo lugar, la parte que pide que se haga la declaración y juramento, a su vez *protesta* para poder hacer otras diligencias sobre los mismos particulares que se le van a preguntar en confesión. Es decir, no sólo la prueba no excluye que se utilicen otros medios de probar, sino que sobre los hechos o particulares que se pretende que confiese la parte, se reserva el solicitante la posibilidad de hacer nuevas diligencias a favor suyo, desposeyendo a los resultados de la confesión de su valor probatorio pleno, y dando a entender, que en el caso de no obtener los resultados pretendidos con las posiciones, probaría los hechos por otros medios.

Veamos ahora como se desarrolla la prueba de confesión propiamente dicha. Conviene en este punto aclarar que se trata de un pleito que no comenzó de forma contenciosa, sino por una solicitud hecha a un juez para constituir tutela de una *menora* a favor de la abuela materna; a esta pretensión "sale" la madre de la niña y reconvenciona a la demanda. Es sobre los hechos que la madre alega en su reconvención, sobre los que se pide que confiese la parte contraria, demandante y demandada reconvencionada.

Comienza la declaración por recabarle juramento "por Dios Nuestro Señor y una señal de la Cruz, en forma de derecho, y siendo preguntada a tenor de las preguntas del interrogatorio, dijo"; y aunque al comienzo de las respuestas dice **que es cierto**, continúa explicando el contenido de la misma sin ceñirse a contestar a la certeza o no de la pregunta, sino que incide en la explicación y narración de hechos y circunstancias que afectan a la pregunta.

Para terminar la declaración, se hace constar que lo que dicho lo hace a cargo del juramento. Se sigue viendo, que tampoco en la práctica de esta prueba se respetan las prescripciones de la ley, salvo la de hacer la declaración ante el juez y prestar juramento previo, pero más parece una declaración de un testigo que una confesión de parte.³¹³

Una vez que se ha efectuado la confesión de una de las partes, que debe hacerse en forma de contestación a las posiciones que se hayan presentado, se debe dar traslado a la otra, es decir, a la que hizo las preguntas, aunque no lo pida expresamente.³¹⁴ Así se dispone en las Ordenanzas de Madrid de 1502, completada por una ley de Toledo de 1525 con ocasión de la visita de D. Francisco Mendoza:

"[...] que la respuesta de las posiciones hechas por cada una de las partes, sea traída ante los del nuestro Consejo, o ante Presidente y Oidores donde pendiere la causa, y se dé traslado de las posiciones y respuesta a la parte, sin que haya necesidad de pedirlo en la Audiencia [...]"³¹⁵

Nuevamente una ley procesal está dada sólo para los casos de enjuiciamiento ante el Tribunal de Audiencia, sin hacerlo para los jueces unipersonales, en los que la inmediación de las pruebas se debe presumir que se daba en mayor medida que en los Tribunales; en cualquier caso, se refiere esta ley a la necesidad de que una vez que se haya hecho la confesión, se supone que ante uno de los Oidores de la Audiencia o la Chancillería, la **documentación** de esta prueba debe ser unida a las actuaciones procesales. Y una vez en los autos, se dará traslado a la parte que ha pedido la confesión de las respuestas a las posiciones que presentó, sin que la parte tenga que

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 130.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

³¹⁵ N.R. 4.7.4.

solicitar ese traslado, sino que el propio Tribunal ha de hacerlo de oficio, y como una forma de impulso procesal, aunque no le sea solicitado. Este traslado se hacía con el fin de que la parte interesada pudiera alegar lo que le conviniera según su derecho, pero una vez unido lo documentado en la confesión a las actuaciones, ya sea en el pleito principal o en ramo de prueba,³¹⁶ quedaba concluida esta prueba sobre la que ya no podían recaer más actos o diligencias de prueba. Es decir, la parte no podía hacer preguntas ni prueba sobre lo ya confesado, y a los letrados que así lo hiciesen, se les impone una pena de tres mil maravedíes para los estrados del Consejo o de la Audiencia.³¹⁷

Únicamente en los casos en que la confesión se tenga por hecha por no declarar o no hacerlo como debe hacerlo el confesante-*ficta confesio*-, en estos casos sí que se admite la prueba que pretenda hacer el confesante, "ya que esta confesión surte el efecto de que se trasfiera a él la obligación de probar que incumbía al interrogante".³¹⁸

Pero aunque parece clara la ley mencionada sobre la no posibilidad de prueba, sí que la práctica creó la estrategia para que sobre hechos ya confesados sí pudiera la parte que pide la confesión intervenir y pedir que se aclaren o se prueben nuevamente. La doctrina,³¹⁹ utiliza el argumento de no perjudicar al interrogante con la declaración de su contrario, para lo que se le traslada la obligación de probar los hechos que el confesante niegue o altere; y la práctica introduce la fórmula por medio de una cláusula de estilo : *sin que sea visto estar a su dicho o*

³¹⁶ No se puede decir que se trabajase con las pruebas en específicas **piezas de prueba**, pero lo que sí ocurría era que las pruebas que se hacían mediante Real Provisión Receptoria, una vez que ésta era devuelta a la escribanía en la que se seguía el pleito, quedaba como una pieza separada de los autos principales.

³¹⁷ TAPIA, *Ibidem* N.R. 4.7.4., "in fine".

³¹⁸ TAPIA, *Ibidem*.
HEVIA BOLAÑOS, *Ibidem*.

³¹⁹ TAPIA menciona a PAZ y GUTIÉRREZ

declaración más que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo o en parte. Con esta fórmula, que hemos visto en parte utilizada en el pleito de Chancillería en el que se hizo prueba de confesión, se pretendía salvar, no sólo los efectos negativos que pudiese tener para quien pide la prueba las respuestas de la parte que le es contraria, por el método de utilizar sólo aquello que le sea favorable, sino la posibilidad de demostrar por los medios de prueba que la ley permite, que lo contestado por el que ha confesado no es cierto o está alterado.

Frente a la poca incidencia de la confesión utilizada como prueba en la práctica, está la realidad de las confesiones pedidas entre las partes en cualquier momento del pleito, una vez fijadas las peticiones; en el pleito sobre ejecución de contrata de suministros ante el Alcalde Mayor de Paredes de Nava ya mencionado en otras ocasiones, en el momento en que en el pleito ya se han hecho las alegaciones de las dos partes, el demandado solicita que el representante del Monasterio, es decir del demandante, **declare y confiese con juramento** a las posiciones que se le presentan. Esta confesión se hace, y a ella alega la parte que ha confesado, que pese a que se ha planteado el pleito como una ejecución de contrato, al demandado se la ha dado traslado como si de una demanda ordinaria se tratase, y pese a ello han jurado a las posiciones ya que la confesión puede pretenderse en cualquier momento antes de la sentencia de remate. Esta confesión en concreto se compone de cuatro posiciones y dos otrosí, a los que contesta el confesante con todo lujo de detalles, iniciando la respuesta con la expresión "no es cierto", pero a continuación argumenta toda serie de razones, que van mucho más allá que la simple aclaración o concreción a la respuesta.³²⁰ Indudablemente la fuerza que pueda tener este medio de prueba queda así desvirtuada al añadirse tan prolija aclaración y explicación sobre los hechos y razones objeto del litigio.

³²⁰ CHAN. VALL. P.A. 3581-3

En cuanto a la última forma de confesión, la llamada confesión extrajudicial ya que se hace fuera del ámbito procesal, aunque la doctrina está de acuerdo que la prueba de confesión con pleno valor es sólo aquella que se hace en juicio, a este tipo de confesión se le atribuye un valor relativo en función de la forma y con las garantías que está hecha. Se requiere en principio la presencia de la parte contraria a la que confiesa, y que lo haga ante dos testigos; además, en cuanto a la forma de llevarse a efecto esta declaración, se exige para que tenga valor los mismos condicionantes que a la prueba de confesión que se hace en juicio: que las respuestas se hagan con palabras claras, terminantes y dispositivas, además, debe la parte que luego la intente hacer valer en juicio los motivos que justifiquen esta forma de confesar.³²¹ Con todo ello, una confesión extrajudicial se puede hacer valer en juicio, presentándose y aceptándose por la parte a quien perjudica, aceptación que también puede hacer su procurador; así se hace prueba plena. Obsérvese que no se exige que la declaración se haga ante escribano o persona autorizada, salvándose el valor de documento público por la presencia de testigos. Ahora bien, hace la confesión extrajudicial prueba plena siempre que la parte que ha confesado no está ausente, ya que en este caso sólo hará prueba semiplena, aunque si concurre a ella un testigo u otra presunción o indicio, puede hacerse plena. **Las Partidas**, no admiten que la confesión hecha fuera de juicio pueda ser utilizada posteriormente contra el que ha confesado en el curso de un pleito, y si el confesante en el juicio niega lo ya confesado, debe ser tomada en cuenta esta negativa en contra de lo reconocido fuera del ámbito procesal, pues se debe **sospechar** de la razón por la que confesó;³²² se introduce la **duda** sobre lo confesado para que no sea tomada en cuenta, y prevalece lo que el confesante dice en el juicio por contener esta declaración mayores

³²¹ TAPIA, *Ibidem*
HEVIA BOLAÑOS, *Ibidem*

³²² P.P. 7.13.3.

garantías que la que se hace fuera del juicio.

7.5. El juramento en Juicio. Su valor y significado.

Con la consolidación de las estructuras procesales desde la recepción del Derecho Común, corre paralela una decadencia del juramento exculpatario y una búsqueda de medios probatorios de convicción racional.³²³ En este contexto, el juramento se debe considerar como un **medio de prueba extraordinario o excepcional**, sólo utilizable como la única solución posible para la resolución de la controversia judicial en el supuesto de que no haya pruebas contra el demandado, o sean insuficientes como medios de convicción las presentadas.³²⁴ Por lo tanto, vamos a estudiar aquí aquel juramento que se hace un juicio, en ausencia de otras pruebas y que adquiere por sí mismo valor probatorio. Ya se ha visto lo que son los distintos tipos de juramento³²⁵, pero el que aquí nos interesa es distinto del que se puede hacer en la primera fase del pleito que debe ceñirse a las cuestiones fundamentales para que el proceso pueda seguir adelante, y que según **Las Partidas**, son de tal naturaleza que si el demandante no las hiciese o si el demandado no contesta a ellas, no se podría ir adelante con el pleito.³²⁶ Esta forma de jurar entra en lo que se han llamado **diligencias o actuaciones para preparar el pleito** que en nada están relacionadas con el momento de probar. Sólo en la fase probatoria se puede declarar bajo juramento a preguntas que van más allá de las necesarias para seguir adelante con el pleito, y que ya si pueden referirse a cuestiones o hechos del fondo del asunto.³²⁷ Encuadrando por tanto el

³²³ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 19.

³²⁴ VALLEJO, El proceso en el Fuero Real, pág. 537.

³²⁵ Ver supra 3.2.8

³²⁶ P.P. 1.10.3.

³²⁷ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 109.

juramento en juicio dentro de la prueba, sólo puede darse cuando se ha fijado la cuestión litigiosa para sobre su alcance y contenido poder preguntar a la parte que se opone.

Es por lo tanto el juramento, desde el punto de vista de la prueba, una institución procesal que como tal se enmarca, siempre que la necesidad de ser utilizado derive de la imposibilidad de probar los hechos por los normales medios de prueba. Se sitúa dentro del período probatorio, o como mucho en el momento de conclusiones, lo que implica que no se está jurando la existencia de unas circunstancias previas a la litis, sino sobre los hechos objeto del pleito que ya han sido fijados en la fase primera o de alegaciones.

La elaboración de las posiciones doctrinales sobre el juramento, aunque arranca de **Las Partidas**, no deja de tener un elevado contenido de formación teórica. Se comienza por admitir la forma de una declaración jurada³²⁸ y distinguir entre **juramento que decide el resultado del pleito** (*juramento decisorio*) y **juramento que se hace en juicio, pero sin resolver la cuestión planteada.** (*juramento ad litem, o juramento indecisorio*).

Es la primera de las dos fórmulas, **el juramento decisorio** la que en principio parece tener mayor fuerza e importancia, pues sus efectos son más concluyentes y definitivos, ya que hace plena prueba.³²⁹

Una vez definido el juramento decisorio por sus propios efectos,³³⁰ pasa la doctrina a relacionar los distintos tipos de juramento decisorio:

1º.- Juramento decisorio voluntario. Sería aquel que se hace sin intervención del juez, se lo pide una parte a la otra una vez iniciado el juicio, y su valor y eficacia deriva de la fuerza de

³²⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit, Pág. 110.

³²⁹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 84.

³³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 131
GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

la voluntad de las partes. Una de las partes invita a la otra, fuera del juicio, para que jure que aquello sobre lo que litigan es como dice la parte que solicita el juramento que lo cumplirá, y en consecuencia el demandante desistirá del pleito.³³¹ Se trata de no seguir con la contienda, sin que se haga a presencia del juez. Se le llama voluntario por lo tanto por estar su valor en la voluntad de quien lo pide y quien lo hace³³² y porque se da o se recibe con placer entre las partes.³³³ En consecuencia, el que jure de esta manera, debe ser liberado del pleito, tanto como si el juramento fuese hecho en juicio.³³⁴ Una vez que las partes han pactado esta forma de jurar, no puede negarse el obligado a hacerlo, y por lo tanto estaría obligado a pagar o renunciar al objeto del litigio.³³⁵ El único requisito que se puede exigir en el juramento voluntario, además de los generales para obligarse, es el de que no exista prohibición expresa para hacerlo.

2º.- El juramento necesario.-Esta forma de juramento puede quedar fuera de la autonomía de las partes y entra de lleno en lo que se puede denominar “impulso procesal de oficio”³³⁶ Aunque las partes pueden instar a que el Juez lo pida, siempre se reserva la posibilidad de admitir o no que se haga esta prueba. Sólo puede acordarse en los casos, en los que una vez hecha la prueba propuesta por las partes, ésta no ha sido suficiente para demostrar las pretensiones aducidas.³³⁷ Al que así se le ordena jurar, no puede negarse a hacerlo si no es por causa legítima,

³³¹ P.P. 2.11.3.

³³² TAPIA Y GÓMEZ NEGRO, *Ibidem*.

³³³ P.P. 2.11.3.

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 131.

³³⁶ El llamado impulso procesal es una figura implícita en la actividad procesal y sin la cual los pleitos no prosperarían; en épocas de predominio del sentido de la **justicia rogada**, anteriores al período constitucional, este impulso era casi exclusivo de las partes, aunque en determinados aspectos el juez de oficio podía intervenir con carácter de decisión en la marcha procesal; éste es el que denominamos **impulso procesal de oficio**, como una facultad discrecional del juez para activar los pasos de un pleito sin que la parte se lo pida expresamente.

³³⁷ GÓMEZ NEGRO, *Ibidem*.

y si se resiste a hacer se le debe dar por convicto.³³⁸ Esta forma de juramento se llama también supletorio porque viene a suplir la falta de prueba o de los resultados de la que se ha hecho en el pleito, y sólo se puede mandar hacer cuando el resultado del mismo es dudoso en cuanto a la toma de decisión del Juez, ya que no se ha justificado plenamente la acción o las excepciones planteadas. Esta forma de jurar, que LAS PARTIDAS llaman *de premia* puede ser pedida desde la publicación de pruebas hasta el momento de dictarse la sentencia, incluso después de la conclusión, y no puede ser hecha por el Procurador si no tiene poder especial.³³⁹

Para que pueda llegarse a plantear esta forma de probar, son necesarios varios requisitos: 1º, que la parte no esté sujeta a ninguna prohibición de jurar, ni consecuentemente de pedir el juramento, que el asunto esté dudoso y que la prueba no sea suficiente, ya que si lo solicitado esta probado suficientemente, no procede que se haga prueba sobre ello .2º, Hace falta que la causa esté semiprobada por un único testigo válido o por otro medio que sea verosímil, pues si nada está probado, debe ser absuelto el demandado. Lo que se requiere es que hecha la prueba, ésta sea insuficiente, no nula ni inútil, es decir, que se haya hecho prueba semiplena.3º, la parte a la que se pide que jure no puede estar sujeta a limitaciones para confesar o declarar como testigo; y que esté llamada la parte contraria.4º, la causa ha de ser civil y de poca entidad, aunque la dificultad o gravedad de la causa está a la decisión del Juez, que deberá hacerlo teniendo en cuenta entre otras cosas, la calidad de las personas.5º, es requisito para que se pueda dar este juramento, que aún existiendo prueba semiplena, ésta no esté desvirtuada por alguna prueba hecha por la contraria.

3º.- El Juramento judicial. Participa esta forma de juramento del contenido en las dos

³³⁸ TAPIA, Ibidem

³³⁹ Ibidem.

formas anteriores de juramento: originándose en la voluntad de las partes, ha de ser aprobado por el juez,³⁴⁰ dependiendo por lo tanto de la libre voluntad de aquel a quien se pide el hacerlo. La intervención del juez en su autorización hace que aquel al que se le pide el juramento no pueda excusarse de hacerlo, teniéndosele por confeso y perdiendo su derecho si no tiene causa que justifique su resistencia.³⁴¹

En cuanto a la otra forma de juramento, el llamado **juramento en juicio o ad litem**, consiste en una forma de jurar que no sirve para resolver la contienda ni decide por sí mismo el juicio, sino que, existiendo una deficiencia en cuanto a la prueba, el juez, de oficio, pide a la parte que jure el daño que su contrario le ha causado, o la valoración de la cosa sobre la que se litiga.³⁴²

Este juramento, también llamado *asesorio*, es el verdadero juramento de *decir verdad*, cuando la estimación del valor de la cosa o de los daños es imposible establecerlo desde la prueba. Se puede utilizar en los casos, en los que una vez que el demandante ha probado la justicia de su derecho, no hay acuerdo en cuanto al valor, tanto si el objeto del juicio es una cosa como si se refiere a valorar los daños causados por el demandado. Estos daños deben ser dolosos y no culposos. Para cuando se ha de referir a los daños, el juramento deberá hacerlo el actor y no el demandado, "el señor mismo del pleito".³⁴³ Nos encontramos con una forma especial de juramento en juicio, ya que sólo se puede utilizar en los casos en los que se dan las circunstancias que la ley previene: que el objeto del pleito sea un bien o los daños en el sufridos; que el fondo del pleito, o la razón del que pide esté demostrada; aunque se haya hecho prueba,

³⁴⁰ GÓMEZ NEGRO, *Ibidem*.

³⁴¹ TAPIA, *Ibidem*

³⁴² GÓMEZ NEGRO, *Ob. Cit.* Pág. 110.

³⁴³ P.P. 5.11.3.
TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 133.

ésta es insuficiente para probar este aspecto del pleito. En cuanto a la causa de los daños, éstos han de ser hechos por el demandado, interviniendo malicia o dolo en ellos, no simple negligencia culposa. Además, se exigen los requisitos generales de la confesión en juicio, es decir, que se haya abierto el período probatorio y que el que jura tenga capacidad para hacerlo. Por último, decir que la voluntad de las partes es ajena completamente a la decisión del juez para acordar esta forma de probar un aspecto concreto del asunto a fallar; en estos casos, no puede ser pedido por la parte interesada que la parte jure, sino que tiene que ser el propio juzgador el que, una vez hechas las pruebas, y antes de dictar sentencia, acuerde esta prueba para mejor decidir en el fallo por existir desacuerdo entre las partes.

Cuando el dueño jura, no sobre el valor de cambio que tenía la cosa, sino por el aprecio que para él suponía y el daño que el demandado le ha causado, es necesario que el reo haya sido condenado por daños dolosos, y se que niegue a restituir la cosa a su estado anterior a los hechos; que el objeto del pleito no sean bienes fungibles, y sobre todo que el dueño, en su valoración actúe de buena fe, exigiéndose para que quede demostrado este buen criterio, que el juez nuevamente le pida que jure sobre la cantidad que ha estimado.³⁴⁴

Por último, esta forma de juramento también puede ser utilizada contra el tutor, una vez finalizada la tutela por la mayoría de edad del menor tutelado, en los casos en los que se resista a dar el inventario de los bienes del menor, aunque en estos supuestos no es necesario la premisa de la existencia del dolo o la intención maliciosa de desbaratar los bienes del menor; simplemente, es una forma de obtener una valoración de un patrimonio que no se hace desde la voluntad del que está obligado a ello, y se hace necesaria la intervención de otros mecanismos probatorios.

³⁴⁴ Ibidem.

La aplicación en la práctica de estas normas, supuestos y requisitos, no parece muy frecuente; sí era relativamente frecuente peticiones de jurar sobre lo pedido, sin que se tengan en cuenta las fases procesales; a un escrito de alegaciones o de manifestaciones de una de las partes en el que se plasmaban dudas, se pedía que la parte contraria jurase sobre determinados extremos dudosos, y los jueces así lo acordaban. En 1763, en Segovia, se sigue un complicado asunto contra los Alcaldes Ordinarios y los demás oficiales de justicia del lugar de Bernardos que lo fueron en el año anterior de 1762 por no haber dado bien las cuentas y consecuentemente deber al Concejo una cantidad de fanegas de trigo, que por cierto, el Síndico del Común refiere ser muy necesario para los habitantes del pueblo. Después de diversos avatares, de comenzar la ejecución de la deuda, de decidir el juez en Comisión la prisión de uno de los demandados por resistirse a dar las cuentas, de idas y venidas entre Segovia, su Alcalde Mayor, Bernardos y el Juez Comisionado, uno de los demandados pide que un consorte jure y declare clara y abiertamente con palabras de juro y confieso a tenor de los capítulos que se presentan, *sin embargo de los que se litiga y para los efectos que haya lugar*. El juez, que en ese momento es el Regidor perpetuo en ausencia del Alcalde Mayor, acuerda que se haga la declaración que se ha pedido y que una vez hecha se le de traslado a la parte que la ha solicitado. Esta confesión se hace ante el escribano comisionado a tales efectos, y una vez que ha comparecido el confesante le recibe juramento *por Dios nuestro Señor y una señal de la Cruz según forma de derecho, bajo del que prometió decir verdad de lo que supiese y fuese preguntado*; a continuación el escribano le formula las tres preguntas que figuran en la petición, y con las respuestas se da por finalizada. Las preguntas se refieren a las cuentas del año anterior que son el verdadero objeto del pleito, y en este punto el Juez Comisionado ya no sabe contra quien se tiene que dirigir para hacer la ejecución. Aunque no es ejemplo que se ajuste a los distintos tipos de juramento, si es

expresivo de como en la práctica se recurría a las declaraciones bajo juramento para determinar o fijar algunos aspectos del pleito, en este caso se trata de saber contra quien se tiene que dirigir para poder ejecutar las cuentas del Concejo. En cualquier caso, es una muestra de como las partes se piden declarar sobre las cuestiones del pleito, y que al hacerse esta declaración bajo la fórmula de jurar, no deja de ser un medio de presión procesal.

CAPÍTULO VIII.-- LA PRUEBA DE TESTIGOS Y SU TRASCENDENCIA EN LA PRÁCTICA.

Mientras que la prueba de confesión era considerada por la doctrina civilista y la doctrina práctica como *regina probatorum* y, según se ha visto en el capítulo anterior, en la aplicación de la práctica forense, este medio de prueba estaba realmente relegado por la masiva utilización de la prueba de testigos como el medio más frecuente de llegar a la convicción del juez sobre aquellos hechos que se intentan demostrar. Por otro lado, la prueba de testigos fue siempre origen de discusiones y desconfianzas por parte de los hombres del derecho; se discutía su fiabilidad a causa de las distintas condiciones de inteligencia, percepción, retentiva y crítica de las personas, lo que hace que el testimonio dado por las personas tenga marcado carácter de falibilidad; y se desconfiaba por el peligro de falsedad que encerraba debido a lo difícil que puede resultar mantener la objetividad de la conducta humana. De ese sentimiento de desconfianza hacia la prueba de testigos, se puede decir que nace toda la limitación formalista en cuanto a su admisibilidad y exclusión de personas para ser testigos, que por otra parte encuentra su

plasmación normativa en la regulación que de ella hace el Derecho Canónico.

El por qué de la gran importancia que tiene la prueba de testigos en el sistema procesal consolidado desde la recepción del Derecho Común hasta la Codificación, hay que buscarlo en las propias estructuras de una sociedad de Antiguo Régimen en las que la existencia y la eficacia de los medios objetivos de prueba era mucho más limitada que los medios subjetivos. En una sociedad con una capacidad de información limitada, en la que la palabra seguía teniendo valor casi por encima de lo escrito, sobre todo en las sociedades rurales, era normal que "los dichos" de las personas fuesen en muchas ocasiones el único medio de que se disponía para poder demostrar aquello que se argumentaba al juez.

Siguiendo una guía evolutiva lineal desde la Baja Edad Media en lo que supone la trascendencia y el alcance de la escritura en la actividad social en general, muy especialmente en lo que se refiere a su relación con el mundo del Derecho, se puede decir que el predominio del documento público- (como tal se entienden las decisiones, órdenes, peticiones, que se mueven en el ámbito de lo político y no de lo privado)- empieza a ceder a favor del escrito privado - (que no es el que permanece limitado al círculo de la privacidad personal, sino el que va dirigido a la actividad humana que queda fuera de la esfera pública)- con el auge de la burguesía, en general y especialmente la burguesía comercial. Este crecimiento de la escritura en detrimento de lo dicho no es tan claro en la sociedad rural, en la que persisten las formas de "información" a través de la palabra sobre lo escrito, pero desde luego, se puede decir que en Castilla, desde el siglo XVI hay una clara imposición de lo escrito sobre lo dicho, al haber cedido la concepción medieval que consideraba inferior el testimonio escrito al verdadero testimonio que era el oral y vivo.³⁴⁵ Tendencia por otra parte generalizada en la cultura europea, en la que la escritura es el signo del

³⁴⁵ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág.229.

tiempo y donde lo jurídico asume formas escritas.³⁴⁶ Ahora bien, este crecimiento de lo escrito sobre lo dicho, ya muy definido en el siglo XVI y consolidado en el XVII y XVIII, no hace que decrezca el valor de los testigos procesales a favor de los medios de prueba objetivos. Los documentos en los que se plasman por escrito las diversas actividades humanas, no tienen generalizado su uso nada más que en lo burocrático y en lo mercantil y comercial, pero muchas de las acciones sociales de las personas no tenían más justificación que otras personas declarasen ante la autoridad que debía valorarlas, como habían ocurrido y que circunstancias las habían rodeado. Se puede entender esta situación si se tiene en cuenta la inmensa trascendencia social de lo judicial, como llegan a participar de ella todas las capas sociales, y la gran magnitud que llega alcanzar la escritura procesal. En menor medida la actividad comercial y contable fue el otro vehículo a través del cual la escritura y la documentación de la actividad humana y social fueron adquiriendo mayor importancia para incorporarse paulatinamente al proceso. Pero pese a este crecimiento de lo documentado y lo escrito, lo dicho continuó siendo durante todo este período la principal herramienta probatoria de la sociedad, incluso, lo dicho se utilizaba para validar o invalidar lo escrito.

Estamos por lo tanto ante la prueba subjetiva de mayor éxito histórico, que soportó la competencia de los medios objetivos de prueba mejor que la confesión y el juramento.³⁴⁷ El Derecho Común considera la prueba testifical como la prueba por excelencia, partiendo de la realidad histórica de la escasa difusión de los documentos y de su difícil conservación.³⁴⁸ Es posible que de esa sobrevaloración que se da a este medio de prueba nazca su permanente

³⁴⁶ MARAVALL, JOSÉ ANTONIO, Estado moderno y mentalidad social 2, pág.181.

³⁴⁷ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 788.

³⁴⁸ VALLEJO, JESÚS. La regulación del proceso en el Fuero Real, pág.528.

importancia y trascendencia pese a los avances de la escritura y la documentación, aunque como se ha dicho ya, esta sobrevaloración del derecho y la doctrina no puede dejar de conjugarse con las realidades sociales y culturales respecto del medio escrito y su difusión. Su importancia deriva directamente de su necesidad y utilidad, ya que la mayor parte de las causas o negocios no se pueden probar de otra manera, de ahí su uso frecuente en casi todos los asuntos.³⁴⁹ Además, no se puede olvidar que los testigos fueron una herramienta procesal que excedía de los límites de la prueba; se hacían con mucha frecuencia informaciones testificales para dar validez a un documento o para fijar el contenido y los límites de una alegación; estas declaraciones de testigos, aunque efectuadas en y para el proceso, no pueden ser consideradas como medios de prueba, ya que no se solicitaban como tales ni se llevaban a cabo en el momento procesal de probar, pero desde luego refuerzan la idea fundamental de que los testigos eran el medio más utilizado en el proceso privado para fijar las cuestiones procesales, consecuencia de las dificultades inherentes para poder demostrar los hechos por medio de otras pruebas o instrumentos, lo que hacía de las declaraciones de terceros la única fuente de información posible, tanto de los hechos como de la existencia de derechos.³⁵⁰

En resumen, la prueba de testigos, de origen romano, no se instaura definitivamente en el sistema procesal castellano hasta la recepción del Derecho Común, teniendo su primera regulación, muy extensa, en **Las Partidas**, gozando en el **Fuero Real** de atención preferente sobre los otros tres medios de prueba que admite.³⁵¹ Del **Ordenamiento de Alcalá** pasan dos

³⁴⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 199.

³⁵⁰ Piénsese en los **pleitos de hidalguía**, en los se hacía necesario probar determinadas circunstancias, que dada la inexistencia de constancia documental se recurría a las declaraciones de testigos, para acreditar posesión inmemorial, inexistencia de oficios bajos en los ascendientes y la reputación en general. PÉREZ DE AYALA Y AULESTIA, Formularios de la Chancillería de Valladolid, folios 16 y ss.

³⁵¹ VALLEJO, JESÚS, Ob. Cit. Pág. 528.

leyes de esta materia a la **Nueva Recopilación**, las que se refieren a los testigos que deben recibirse y el plazo que deba darse a los testigos de fuera del reino. Es por tanto la legislación real una buena fuente para el estudio de la prueba de testigos, además, por supuesto de la elaboración doctrinal de autores tanto teóricos como prácticos, y desde luego la aplicación en la práctica de todo este sistema legal y doctrinal, que en este caso ofrece una riqueza inusitada.

8.1. Qué es la prueba de testigos. Requisitos para ser testigos y prohibiciones que les afectan.

En esencia, la prueba de testigos son declaraciones hechas por personas ajenas al proceso, es decir, que no son parte ni tienen interés en el resultado del pleito sobre hechos de su conocimiento³⁵²; con esta declaración se aportan noticias sobre hechos o circunstancias que conocen por haberlas visto u oído, sin que esta transmisión de conocimiento al pleito suponga un información "técnica". Al declarar los testigos no lo hacen en disposición de ningún derecho, por lo que no se precisa que tengan una capacidad específica, sino la que determine su relación directa con el asunto del que se trate. El objeto directo de las declaraciones de los testigos ha de ser aquello que se ha alegado por las partes los hechos y circunstancias que tengan relación directa con ellos, y siempre serán acontecimientos ocurridos con anterioridad al planteamiento de la cuestión litigiosa. Se pretendió siempre que las declaraciones de los testigos, además de aportar al proceso datos e informaciones sobre las alegaciones de las partes, contuviesen un razonamiento lógico que llevase al testigo a concluir sobre lo que informa.

Es importante tener en cuenta, que en el momento de fijación del sistema procesal castellano, es cuando se produce una delimitación o separación entre la prueba de testigos en el

³⁵² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 788.

proceso civil y en el criminal; mientras que en el proceso privado se exige conocer el nombre de los convocados y de las preguntas a las que han de responder, es decir *la publicatio testium* y *capitulum*, con un marcado carácter de publicidad hacia el resto de las partes, en el proceso penal se acentuó la tendencia a interrogar en secreto a los testigos sin que el acusado tuviese acceso ni a una identificación de los mismos. Se elimina la publicidad de las preguntas, del nombre de los testigos y de las respuestas que estos den; esta práctica no pasó al proceso civil, en el que la parte contraria tuvo siempre la posibilidad de discutir, no sólo lo testificado, sino también la idoneidad del testigo³⁵³

Los autores no definen la prueba de testigos ni por su contenido ni por su objeto, sino que recurren a la definición que dan **Las Partidas** de lo que son *los testigos*³⁵⁴, aunque dedican extensos capítulos al estudio y explicación de la prueba testifical.³⁵⁵ "*Testigos son hombres o mujeres, que son tales, que no pueden desechar de prueba, que aducen las partes en juicio para probar las cosas negadas o dudosas*"³⁵⁶ La definición no se puede considerar en ningún caso completa, ya que se limita a hablar de hombres o mujeres que en juicio hacen prueba sobre lo que no está probado o es dudoso; no se precisa en que sentido se hace esta prueba, ni cómo, ni que valor se le da finalmente en el contexto del proceso privado. El valor de esta prueba o su resultado a posteriori, hay que buscarlo en los casos concretos según se plantee y se desarrolle

³⁵³ PÉREZ PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, Curso de historia del derecho español, pág. 1275.

³⁵⁴ SALA, Ob. Cit. Pág. 199;
MUÑOZ, Ob. Cit. fol.20
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 100
JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 298.

³⁵⁵"Apenas hay autor que no se haga cargo de tan importante asunto, pues por testigos se libran los pleitos [...] en asunto de testigos hay mucho que saber para apurar la malicia con que suelen deponer; y es menester atender a las circunstancias de los testigos, verosimilitudes de sus dichos, contrariedades de sus deposiciones, animosidades de sus relaciones, sus pasiones pretextadas, ocultando *amor, odio e interés*"
BERNI Y CATALÁ, Apuntamiento de Partidas, pág. 103

³⁵⁶ P.P. 1.16.3.

finalmente, como se verá. Pero, a priori, era considerada de gran utilidad, ya que a través de la declaración de los testigos se podía conocer la verdad, que en otro caso estaría oculta y no podría servirse de ella la parte para llegar a la convicción del juez.³⁵⁷

Los requisitos para poder ser testigo y las prohibiciones que les afectan: quién puede testimoniar y quién no.

Al ser la prueba de testigos la utilizada con mayor frecuencia en los pleitos, es entendible que estuviese la declaración de los testigos sujeta a determinados requisitos o exigencias, que actuarían como en el caso de la confesión, a modo de garantía respecto de sus efectos y resultados. Como en otros muchos casos de derecho, la teoría del Derecho Común elaboró esta tabla de condiciones de forma positiva y de forma negativa: exigiendo a los testigos unas circunstancias básicas o **requisitos** y al mismo tiempo no estar sujetos a una serie de **prohibiciones**.³⁵⁸ Dado lo extenso y minuciosos que suelen ser los autores en el desarrollo de estas circunstancias, se ha elaborado un catálogo de circunstancias para una mejor comprensión y análisis.

A) Circunstancias que afectan a la capacidad de las personas para ser testigo en juicio. Se

exige, con carácter general, que las personas que sean presentadas como testigos tengan el conocimiento suficiente para declarar en juicio; al igual que en la confesión, no es ésta una

³⁵⁷ SALA, Ob. Cit. Pág.199

El gran valor de los testigos derivaba de su utilidad, ya que en numerosísimos casos era el único medio factible para poder probar unos hechos, pero la desconfianza existía, de ahí que se regulase este medio de prueba con tanta precisión; con su uso forense y su necesidad parece que queda paliada la desconfianza que los testigos podían haber despertado en determinados momentos, tal como parece deducirse del consejo que se da en LA MARGARITA DE LOS PLEITOS, y que recoge un mensaje de LAS DECRETALES: "cuando traigas los testigos, pónlos de acuerdo que digan aquello que tu quieres probar; pero todavía guarda el juramento de calumnia que juraste que no aducirías falsa prueba, y guarda que los testigos no digan todos una palabra igual [...] pues semejaría que vienen corrompidos" Título XIII, no. 1

³⁵⁸ "que sean contestes y mayores de toda excepción" ELIZONDO, Ob. Cit. Pág. 127.

capacidad especial procesal, sino simplemente la capacidad general para obrar y ser responsable de los actos propios. Para ello se exige en primer lugar un límite de edad; esta limitación actúa como mínima o como máxima. En cuanto a los años que debe tener un testigo para que su testimonio sea válido, no hay acuerdo unánime en los autores. **Las Partidas** exigen **catorce** años para los testigos que han de declarar en causas civiles y **veinte** para los que tienen que declarar en causas criminales.³⁵⁹ Este criterio de exigir mayor número de años para las causas penales es seguido por la totalidad de los autores,³⁶⁰ aunque no hay acuerdo en cuanto a los años que se deben exigir a estos testigos, pues la mayoría aboga por los veinte años que establecen **Las Partidas**, pero se pueden exigir hasta **treinta** años,³⁶¹ o por el contrario, en un momento más avanzado, reducir esta edad a **dieciséis** años para considerar que "está atemperado" lo que dice.³⁶² Se valoran esta circunstancia con ciertos matices de duda en cuanto al valor que se puede dar a lo declarado por una persona que por su edad no es considerada con suficiente juicio para dar un testimonio en juicio, o lo que dicen **Las Partidas**, *un hombre que sentido haya*; por la gravedad de los resultados en las causas penales, en las que puede producirse una condena, aunque se admite que puedan declarar menores de veinte años cuando declaren sobre las cosas que han visto y se acuerden, deba su testimonio ser valorado con sumo cuidado por el juez, tal como aconseja **Tapia**:

"Por lo mismo, y suponiendo en los jueces los conocimientos necesarios para juzgar de la capacidad o incapacidad de los testigos, cosa muy difícil, se requiere en ellos gran prudencia para

³⁵⁹ P.P. 9.16.3.

³⁶⁰ ELIZONDO, TAPIA, HEVIA BOLAÑOS, JORDÁN DE ASSO, ORTIZ DE ZÚÑIGA, GÓMEZ NEGRO.

³⁶¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶² BERNI Y CATALÁ, Ob. Cit. Pág. 107.

graduar la de los muchachos, a lo menos cuando se trata de la vida de un hombre.[...]No quiero decir con esto que no se admitan sus deposiciones, sino que se debe proceder con mucha circunspección y muy maduro examen"³⁶³

Admitiéndose la declaración de un menor de edad, ésta no hace prueba plena, sino que tiene el valor de una **presunción**, por lo que debe ser valorada con mucha atención, y en cualquier caso, para que haga plena prueba debería ser completada con otro medio probatorio.

En cualquier caso, existe unanimidad para admitir que los catorce años son suficientes para considerar como válida una declaración de un testigo en un pleito civil, y lo mismo que se ha explicado para los procesos criminales, si el testigo está en la edad puber, sin tener los años exigidos, y es presentado y admitida su declaración, no hará prueba plena y el juez debe valorar su testimonio con el cuidado necesario, partiendo de la idea del escaso conocimiento que pueda tener este testigo sobre los hechos y circunstancias que recuerde.³⁶⁴

En cuanto al límite máximo de edad para ser testigo, no actúa de forma absoluta, sino que el número excesivo de años puede ser causa de negarse a declarar sin que el juez pueda obligar a la persona a comparecer ;no puede ser obligado a declarar como testigo la persona mayor de setenta años en los juicios civiles,³⁶⁵ con lo que pueden auto excluirse aquellas personas que aleguen tener esta edad sin que el juez pueda obligarles a ello.

La circunstancia de la edad era tenida muy en cuenta en la práctica, y en la documentación de las pruebas de testigos se hacía constar siempre el número de años que tenía

³⁶³ TAPIA, Ob. cit. pág. 135. Nota pie de página citando a *Febrero adicionado*.

³⁶⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

³⁶⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 138.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 44

el que declaraba; en parte desde luego como garantía de que había cumplido los años que la ley le exigía para declarar como testigo, y jugando también un papel de ayuda para que el juez pudiese valorar lo que se le estaba diciendo; la edad era también determinante en cuanto a los conocimientos se exigían al testigo según los casos y los hechos sobre los que éste declarase. Cuando se está tratando de probar acontecimientos ocurridos muchos años atrás o derechos no documentados que se venían ejerciendo continuadamente, el número de años que decía tener el testigo era fundamental para hacer o no creíble su declaración.

En 1767 se sigue ante el Alcalde mayor de Zamora un pleito de obra nueva³⁶⁶; en él la parte demandante, para fundar su derecho como propietaria de la casa, aporta un documento privado consistente en una carta fechada en Palencia en 1748 por el que se comunica a su marido, ya muerto, que el Obispo de Calahorra ha hecho donación de la casa, objeto del litigio, a su marido. Al mismo tiempo pide la declaración de testigos para validar lo que en la carta se comunica; en este caso, al tener que declarar sobre unos hechos ocurridos casi veinte años antes, es entendible que la edad los testigos llegue a tener importancia. Veamos como se desarrolla esta información testifical en el aspecto que en este momento nos interesa:

A los testigos se les pregunta sobre el conocimiento de la carta de donación en cuestión y sobre el disfrute durante los últimos años de la posesión de la finca y de la casa; pues bien, el primer testigo dice que no puede reconocer la carta pues no sabe leer, pero sí sabe, por habérselo dicho el marido de la demandante que D. Juan de Luelmo Prieto le había cedido la casa y la tierra con advertencia a sus parientes de que no le inquietasen en el derecho de propiedad; así mismo declara que el corral en el que se está haciendo la obra siempre ha sido de uso común de los propietarios colindantes como paso de carros. Termina la declaración diciendo que es de edad

³⁶⁶ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

de sesenta y dos años. El segundo testigo, una vez que se le ha leído la carta, dice que por estar corto de vista no puede reconocer si la letra es la del Ilustrísimo Señor Obispo de Calahorra " pero por su nota y **lo que el testigo ha sabido en el lugar por notorio años hace** no duda que sea cierta la donación hecha de la casa y tierra". Este testigo afirma ser de la edad de cincuenta y dos años *con corta diferencia*; son frecuentísimas las imprecisiones en cuanto al número de años de los testigos, en los que dicen los años que creen tener por aproximación, o *más o menos*, no discutiéndose nunca por las partes esta circunstancia común por la falta de registros, en medios en los que era la transmisión oral la que permitía conocer esta información.

Entre 1748 y 1751 el Capellán de Cojeres pretende ante el Alcalde Ordinario de Iscar ejecutar un censo constituido a favor de la capellanía en 1675³⁶⁷, pidiendo su reconocimiento y el pago de sus réditos; aunque es un pleito ejecutivo, se discute el deslinde de las tierras gravadas, por lo que el ejecutante, pide los 10 días para "encargar" y solicita como prueba la de testigos y la de los peritos que actuaron en el deslinde. Los testigos son preguntados, no a preguntas concretas, sino sobre la petición inicial; dice el primer testigo que los anteriores tenedores del censo hicieron arreglo con el deslinde, "lo que le consta por haberles tratado y conocido muchos años", añadiendo que es de edad de cincuenta y tres años *poco más o menos*. Otro de los testigos insiste en que el deslinde fue hecho con todo arreglo y justificación, pues aunque uno de los censatarios ya ha fallecido, le conocía y era persona ajustada en sus actos; y dice tener cuarenta y seis años. Al ser el censo un derecho de transmisión hereditaria, y habiendo muerto una de las personas que intervinieron en el deslinde de las tierras objeto de las hipotecas, la prueba de aquello que esta persona hiciese debería ser verificada por personas con suficientes años para haber conocido a la persona y a sus actos.

³⁶⁷ CHAN. VALL. P.A. 3783-4

Entre 1720 y 1723 se pretende ante el Corregidor de Olmedo el saneamiento y evicción de unas tierras³⁶⁸; nos encontramos con que la escritura de venta de las tierras es de 1685, es decir, treinta y cinco años antes del litigio. Para poder demostrar la legitimación de los demandantes, se les pregunta a los testigos si los padres de éstos tuvieron más hijos y herederos, así como sobre la cabida de las tierras que es la cuestión debatida en el fondo del pleito; los testigos declaran conocer lo que se les pregunta por ser de pública voz y fama, no pudiendo haber conocido directamente con juicio suficiente los hechos y las trasmisión que dan origen a la demanda, por ello, sólo se hace constar la edad de uno de los testigos, que dice tener cincuenta y seis años.

Desde luego es más frecuente encontrarse testigos de edad sobre los más jóvenes, pues se les supone más conocedores de los hechos: los testigos que intervienen en la prueba que se hace a petición del demandante en un pleito de arrendamiento,³⁶⁹ tienen entre 53 y 69 años, excepto uno de ellos que dice tener 30 años, y lo que se intenta demostrar con esta prueba es la existencia del arrendamiento verbal, ya con la persona del padre del demandante y el tracto sucesivo de la relación arrendaticia; de ahí que declaren saber que el padre "trajo muchos años en renta diversas tierras pertenecientes a los mayorazgos de D. Bernardo Alaiza y que han pagado puntualmente la renta"; el más joven aclara que lo sabe por habérselo dicho su padre.

Es por lo tanto la edad de los testigos un factor de garantía en cuanto a la credibilidad y autenticidad de la prueba, pero también, como veremos más adelante la edad de los testigos juega un importante papel en los criterios a los que el juez se ve sujeto para valorar esta prueba.

La otra circunstancia que afecta a la capacidad de las personas que deben ser testigos, y

³⁶⁸ CHAN. VALLA. P.A. 3782-4

³⁶⁹ Villacastin, ante su Alcalde Ordinario, 1751. CHAN.VALL. P.A. 3782-3

en consecuencia a su conocimiento es la razón de su entendimiento.³⁷⁰ se trata de que los testigos den razón de lo que dicen, conteniendo la respuesta un razonamiento lógico, y debiendo contestar positivamente y con conocimiento cierto,³⁷¹ sin que se basen en lo que les parece o creen que percibieron con los sentidos, ya que una respuesta dada en este sentido es una conjetura y sólo puede ser valorada como una presunción. Por el mismo motivo, la respuesta no puede consistir en tener el conocimiento de oídas de otras personas, ya que no se basa en un conocimiento auténtico, sino en el dicho de un tercero, salvo que se esté refiriendo el testigo a hechos tan anteriores oídos a los mayores y éstos a los suyos³⁷²

Aunque el planteamiento general es que toda persona que tenga la edad exigida y el conocimiento de los hechos puede ser testigo, y de forma excepcional se plantean las excepciones o prohibiciones para ser testigo, este conocimiento que se exige previo en el testigo de aquello sobre lo que se le va a preguntar, no puede dissociarse de la necesidad de conocimiento o capacidad general que ha de tener toda persona para poder hacer afirmaciones válidas; cabe aclarar que no se está hablando de capacidad de obrar en sentido jurídico, sino de capacidad de conocer de todo ser humano, no llegando más allá para los testigos que a la necesaria para poder informar sobre algo que saben por su propio conocimiento, ya que no quedan vinculados ni obligados por su declaración.

Pese a ser esta circunstancia, la del conocimiento de la persona, básica y fundamental para que lo dicho por un testigo sea válido en juicio y haga prueba, no aparece documentado en las actas procesales que se haga un previo examen de la capacidad del testigo para declarar ni por

³⁷⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101

³⁷¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 44.

³⁷² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 136.

el juez ni por el escribano; sencillamente se dice el nombre de quien comparece, se le toma juramento, y al ser preguntado, se hace en la primera pregunta sobre el conocimiento que tiene del pleito:" a la primera pregunta dijo que tenía noticia de este pleito y de qué se trata"³⁷³. No supone una información sobre el conocimiento que tiene el testigo de los hechos ni sobre su capacidad de conocer, sino simplemente se le pregunta por la parte que le propone, para que el juez tenga esta información, si conoce el testigo de qué trata el pleito o sobre lo que se está litigando. Desde luego, esta ausencia de constatación de esta circunstancia se puede entender que queda subsanada por la libre posibilidad que tiene la parte contraria de la que presenta al testigo, de **tacharle** por ausencia de conocimiento suficiente para declarar.

Dentro del juego de exigencias y prohibiciones que se aplican a los testigos, que como ya se ha dicho no es nada más que el aspecto positivo y el aspecto negativo de una serie de circunstancias, en las que se refieren a la edad y conocimiento de los testigos, está claro que **las prohibiciones para ser testigo** dentro de estas dos circunstancias será las de no tener la edad exigida, con las matizaciones que ya se han explicado para los menores de catorce años, y aquellas personas faltas de conocimiento natural, o lo que es lo mismo, las que hayan perdido seso, mientras les dura la locura³⁷⁴

B) Circunstancias que afectan a la vecindad y localización del testigo.

Aunque la exigencia de que el testigo sea vecino del lugar en el que se sigue el pleito parece un residuo de épocas de apogeo de ordenamientos locales,³⁷⁵ o de dispersión normativa, sí es cierto que era preferido un testigo con vecindad en el lugar antes que un transeúnte,³⁷⁶

³⁷³ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

³⁷⁴ P.P. 8.16.3.

³⁷⁵ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 788.

³⁷⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 136.

posiblemente como una garantía más de estabilidad de la persona y de proximidad con los hechos que se debatían en el pleito. Consecuencia de esta exigencia de vecindad se puede entender la necesidad de citación previa del testigo, para evitar toda sospecha de falsedad.³⁷⁷ Se puede decir que la citación actúa aquí como una garantía de que no van a ser presentados testigos falsos, ya que la parte que los propone ha de dar su nombre y lugar de vecindad, y en consecuencia el juez debe ordenar que sean citados expresamente con la finalidad de comparecer a declarar. Además, en el restringido mundo de las noticias en la sociedad en la que estamos centrando este estudio, era de mayor garantía de veracidad y conocimiento lo dicho por personas del lugar, pues se les supone mayor información por el tiempo en el que se convive y la proximidad entre los convecinos, que aquellos que proceden de otro lugar y no están al corriente de los hechos y acontecimientos.

La citación a los testigos la hacía el escribano de la causa o el del lugar en el que residan los testigos por comisión del propio juez de la causa; en 1772 se comienza en Segovia, ante el intendente y corregidor, un juicio universal de concurso de acreedores³⁷⁸; una de las partes llamadas, para poder probar la existencia de un testamento solicita probar unos extremos y propone prueba de testigos; al residir en lugar distinto del que se sigue el juicio, se libra un despacho para hacer las declaraciones de los testigos; el escribano de Santa María de Nieva, se desplaza hasta Anaya y allí notifica y hace saber el despacho antecedente y cita en toda forma para el efecto que expresa a Ángel Manso, vecino de dicho lugar en su persona quien se dio por citado; a los cuatro días "hace otra notificación como la antecedente" a otro de los testigos, e "in continenti" hace la última de las citaciones. Curiosamente, después de las diligencias de citación

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ A.H.P.S. J-1188/2

en la que ha invertido once días, pone el escribano una diligencia en la que dice que, pese haberle sido entregado el despacho por la parte el día tres de junio *por haberme hallado sumamente ocupado en el servicio de S.M. en mi villa y en otros pueblos con despachos del Sr. Alcalde Mayor, no he podido antes practicar estas diligencias*. Con esta nota en los autos, el escribano quería eximirse de la responsabilidad que se le pudiese atribuir por el retraso en citar a los testigos, y por distanciar en varios días las citaciones. En cualquier caso no es frecuente que se justifiquen en autos los retrasos en hacer las diligencias.

C). La imparcialidad del testigo. Si la cualidad del testigo es la de ser **un tercero ajeno al pleito**, queda excluido por origen y principio la posibilidad de que alguien actúe como testigo en causa propia o de aquella que espera algún provecho³⁷⁹ Es por tanto determinante para conocer si es realmente imparcial, el saber si tiene algún interés directo o indirecto en el pleito. Este interés puede ser indirecto, pues no se valora sólo como personal, sino los de la familia tanto de origen como de convivencia. Se supone que está incurso en esta prohibición para ser testigo **el amigo íntimo y el enemigo capital** de quien le presenta, aunque la enemistad, si es común a ambas partes puede no jugar como prohibición.³⁸⁰ Como la imparcialidad de un testigo se mide por la ausencia o no de relaciones de afecto y parentesco y de intereses comunes o opuestos en la resolución de la contienda, debe ser excluido el testigo al que le une relación de parentesco hasta el cuarto grado;³⁸¹ los ascendientes o descendientes, salvo que se intenten probar la edad o el parentesco,³⁸² ni el marido por su mujer o a la inversa, ni los hermanos mientras están en la

³⁷⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101

³⁸⁰ "Aunque parece peligroso admitir como testigo al enemigo capital de ambos litigantes, porque podría serlo de uno más que del otro, y faltar a la verdad, vengándose así del uno más que se vengaría del otro con decirlo" TAPIA, Ob. Cit. Pág. 137.

³⁸¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

³⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 137.

patria potestad.³⁸³ Por el mismo motivo no puede ser testigo en la causa el familiar o criado del presentante, sino cuando se trate de resolver asuntos domésticos y que no se puedan probar de otro modo.³⁸⁴ De forma general cualquier interesado en la causa está excluido como testigo³⁸⁵, ya sea por interés directo o indirecto derivado de la misma contienda, y en este aspecto se excluye como testigos tanto al juez de la causa, como el abogado o procurador que hayan intervenido, extendiéndose a los apoderados, agentes de negocios, tutores y curadores; por el contrario, las personas con este tipo de relación sí pueden ser presentadas por la parte contraria a la de sus vinculados, que para evitar ser perjudicado por lo que dicen, al momento de presentarlo debe hacer la **protesta** de *no estar a su dicho más que en lo favorable*, ya que pueden declarar a favor de la otra parte, y por el hecho de valerse de ellos de forma ilimitada hacer prueba en contra.³⁸⁶

D) La cuestión de la moralidad y la religión de los testigos. Al hablar de la prueba en general se refirió la gran trascendencia que para el proceso privado tuvo el **sistema de pruebas legales y tasadas** propio del Derecho Común. Dentro de este sistema objetivo de valoración de la prueba, a los testigos se les atribuía distinto valor según fuese la condición personal y social de la persona que declarase. Los mencionados en la práctica como *testigos abonados* son personas que llevan una buena vida, tienen buena fama, y se tiene de ellos buena opinión, por lo que sus dichos hacen más fe y tiene más fuerza que la de aquellas personas que no reúnen estas cualidades: *todo hombre de buena fama [...] puede ser testigo por otro en juicio y fuera de*

³⁸³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ Se excluye de la prohibición a los miembros de concejo, comunidad, cabildo o universidad, siempre que no actúen en interés particular, sino como miembros de la comunidad.

³⁸⁶ TAPIA, Ibidem.

juicio.³⁸⁷ Pero no sólo juega la buena fama y la conducta moral de los testigos como un factor de valoración, sino que en ausencia de éstas pueden ser rechazadas determinadas personas, que por sus actos anteriores están descalificadas para atestiguar en juicio pues se hacen sujeto de duda en cuanto a la verdad de los que dicen: *los hombres conocidamente de mala fama, que es tal que no pueden ser testigo en ningún pleito*.³⁸⁸ Así, no pueden ser testigos el que es conocido como infame, tanto por hecho o por derecho y el que tiene una mala vida y fama, tales como el taur, el alcahuete, el ladrón y el borracho, aunque no lo esté mientras depone, lo mismo que el hombre vil en general.³⁸⁹ Además de esta condición de mala fama en general, quedan excluidos de la posibilidad de ser testigos aquellas personas a las que se le conoce haber cometido falsedad, en testimonio, en documento o en otro medio, y en general a los delincuentes, como el traidor o el alevoso.³⁹⁰

Se incluyen en esta prohibición específica para ser testigo la persona que por su forma de vida o por sus actos anteriores se le supone que su testimonio puede no ser de verdad y que por lo tanto puede alterar el efecto de la prueba.

En cuanto al aspecto de la religión, es motivo de prohibición para atestiguar en juicio el estar **excomulgado**, en el mismo plano equivalente de suponer una condición de no fiabilidad que a la persona de mala vida y fama; pero además se excluye de declarar a los **judíos, moros y herejes** en los pleitos contra cristianos, pues en los pleitos que traigan entre ellos si pueden ser

³⁸⁷ P.P. 8.16.23.

³⁸⁸ P.P. 8.16.3.

³⁸⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 137.
P.P. 8.16.3.

³⁹⁰ P.P. 8.15.3.; en esta ley se relacionan una serie de actividades "ilícitas" como excluyentes de la cualidad de testigo, tales como envenenar, hacer abortar, hacer daño corporal, matar, tener barraganas conocidas estando casados, o los que fuerzan a las mujeres, e incluso los menores que salen sin licencia.

testigos.³⁹¹

E) Las formalidades en las declaraciones de testigos. Además de la edad, la capacidad, la vecindad y la probidad de las personas que se presenten como testigos para que puedan ser admitidos como tales por el juez y no tachados por la parte contraria, en la declaración de estas personas deben concurrir una serie de circunstancias sin las cuales no sería válida. En primer lugar debe hacerse la declaración **con citación de la parte contraria**, esta circunstancia, común a la práctica de toda la prueba procesal, es particularmente trascendente en la prueba de testigos; la presencia de la parte en el acto del juramento de los testigos es una facultad discrecional que viene a posibilitar a la contraria el conocimiento personal de los testigos a los que se va a interrogar para poder en el caso de que lo considere oportuno, ponerles las objeciones o tachas que considere procedentes. Las partes eran citadas, normalmente con la notificación del auto en el que se admite la prueba de testigos y se acuerda que así se celebre, dándole traslado del interrogatorio y al mismo tiempo citándole para ver jurar a los testigos que comparezcan.³⁹² A la solicitud de la parte, recae auto en el que se dice que *con citación contraria se reciba la información que ofrece, y a su tenor se examinen los testigos que por ella se presentasen*³⁹³ A continuación el escribano "notifica y hace saber el auto antecedente citando en forma para los efectos que en él se expresan". Esta citación-notificación se hacía normalmente al procurador, pero podía ocurrir que el procurador diga que se cite en persona a su parte, protestando la nulidad de lo actuado mientras tanto. La finalidad de la citación a la contraria es la de facilitar su acceso a la prueba para estar presente en el momento del juramento, pudiendo designar a alguien que

³⁹¹ P.P. 8.16.3.

³⁹² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 103.

³⁹³ A.H.P.S. J-1188/12

comparezca en su lugar. Era el propio escribano el que "en consecuencia de la respuesta antecedente pasa a la casa en donde S.S^a se halla hospedado, y habiendo estado en ella y dando a un criado de dicha casa el recado de urbanidad correspondiente, apareció en persona, se le leyó el despacho, y dice que para los testigos que estén en Daroca que se cita a su mujer"; a las varias semanas, en Daroca, el escribano, "habiendo precedido recado de atención y por lo dicho por la demandante, comparece para citar a su mujer", que a su vez dice que se cite al procurador de su marido.³⁹⁴ Esta circunstancia observada en un pleito no es una casualidad, ya que los **Formularios de la Chancillería de Valladolid** incluían como fórmula para citar al procurador de la "otra parte" una muy similar a la que se acaba de ver:

"Yo el Receptor cité [...] a Fulano procurador en nombre de su parte, el cual dijo: se le cite a su parte en persona para que se halle presente a ver jurar y conocer los testigos"³⁹⁵

Como se ve, la fórmula es muy similar que la de Daroca, lo que hace pensar en esta práctica como usual. La justificación estaría en la facultad discrecional que se da a la parte contraria a la que ha pedido la prueba para estar o no presente en el acto de al misma, de ahí que el procurador transfiera la noticia a la propia parte que es la llamada a tomar la decisión, que por extraordinaria queda fuera del proceso y por lo tanto se consideraría externa a las facultades que tiene el procurador como director o señor del pleito. Desde luego, estamos ante un claro ejemplo de cómo la práctica forense va introduciendo sus formas y sus condicionantes en el largo camino recorrido de perfilar los actos procesales, pues en concreto esta práctica no tiene base procesal para existir

³⁹⁴ A.H.P.S. J-1188/12
A.H.N. CONSEJOS. 22196.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 66.

Si la parte contraria a la prueba de testigos es citada para que este presente en el momento de jurar, y pese a ello no lo hace, la prueba seguirá adelante.³⁹⁶

En las formalidades para que la declaración de un testigo sea válida, hay que incluir desde luego el juramento de la persona que declara, que será hecho ante el juez que le va a preguntar *pues no vale el dicho del testigo si no se dijo con juramento*.³⁹⁷ El juramento de los testigos pertenece a las **solemnidades** de la recepción de esta prueba, aunque las partes pueden convenir en lo contrario.³⁹⁸ Vale para el juramento de los testigos todo lo dicho al hablar del juramento del confesante, y se explicará la forma de hacerlo en la práctica cuando se hable de la manera de interrogar a los testigos.

F) Obligación de comparecer los testigos. Los testigos eran "presentados" por la parte que pretendía valerse de ellos y por lo tanto la comparecencia no era precedida de citación, ya que lo hacían de forma espontánea en la mayoría de los casos; sólo en aquellos en que se tratase de personas no cercanas a la esfera del presentante, se podría solicitar del juzgador que se le citase previamente, apremiándosele para comparecer, ya que el juez puede compeler y apremiar a los testigos de la parte que se intente valer, para que comparezcan a declarar, y puede hacerlos comparecer ante sí, aunque no quieran[...].³⁹⁹ esta facultad del juzgador para exigir a los testigos a comparecer a contestar a las preguntas que se les formulen tiene sus limitaciones.

Debido a circunstancias específicas de determinadas personas, y sólo en los pleitos civiles, no tiene el juez que apremiar a las personas mayores de setenta años, ni a los soldados o personas ocupadas en la guerra. Igualmente está exento de la obligación de comparecer como testigo la

³⁹⁶ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 300.

³⁹⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.

³⁹⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 300.

³⁹⁹ N.R. 6.6.4.

persona que tuviere un enemigo tal, que el hecho de comparecer le pudiese acarrear un gran riesgo; tampoco está obligado el enfermo mientras dure su enfermedad. Por distinto motivo que los anteriores, no pueden ser obligados a declarar determinadas personas por la dignidad que ocupan o que están investidos, así los obispos, o próceres importantes; y por un motivo de salvaguardia del honor de las mujeres, éstas no están obligas a declarar, y si la causa fuese de gravedad, deberá ir al juez a su casa a tomarle allí la declaración.⁴⁰⁰

Las prohibiciones genéricas para ser testigos en cuanto a las relaciones de parentesco, vínculo y dependencia, actúan también como un obstáculo legal para que el juez pueda obligar a declarar a determinadas personas. Así están exentas del deber de comparecer los ascendientes y descendientes, y los parientes por colateralidad hasta el cuarto grado en causas en las que se discuta su condición personal, su fama o la pérdida de la mayor parte de sus bienes, extendiéndose igualmente al parentesco por afinidad, y desde luego por matrimonio.⁴⁰¹ Pese a la prohibición que afecta a estas personas para ser testigo y a la restricción que se impone al juez para que le obligue a declarar, y lo hacen espontáneamente y el escribano lo hace constar, su declaración puede ser válida.⁴⁰² Por la relación de dependencia también se imposibilita al siervo a declarar en causa de su señor o contra su señor, pero el juez sólo le puede obligar a comparecer en causa criminal de gravedad cuando sea el único medio para esclarecer los hechos, en los pleitos privados esta obligación no existe, pues se entiende que no se puede ver lesionado la persona, los bienes y la fama del señor.

⁴⁰⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 138 y ss.

⁴⁰¹ TAPIA, Ibidem.
JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 299.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 101
P.P. 10,11 y 15. 16.3.

⁴⁰² P.P. 11, in fine, 16. 3.

8.2. Número de testigos necesario para hacer prueba.

En la filosofía jurídica es muy frecuente que determinados principios conceptuales se consideren fundamentales o invariables, informando la forma de hacer la doctrina, e incluso de hacer las leyes el legislador. Estos principios básicos se plasmaron desde La Glosa como **axiomas** manejados desde entonces, y hasta hoy, por todos los juristas tanto teóricos como prácticos que se movían en los márgenes del derecho privado, objeto directo y concreto del Derecho Común. Pues bien, uno de estos axiomas jurídicos contenía el principio por el cual un solo testigo no podía, en principio hacer prueba en juicio: "*testis unus, testis nullus*". Ningún pleito podía probarse por un solo testigo, aunque si este testigo es hombre bueno y honrado haría gran presunción sobre el hecho que atestiguase.⁴⁰³ Es decir, la declaración de un único testigo equivaldría a prueba semiplena, lo que supone la necesidad de completar esta prueba con otro medio probatorio, salvo que el asunto sea de poca importancia, ya que entonces puede completarse con el juramento del actor. También en asuntos de alcabalas, puede ser válido el testimonio de una sola persona, si ésta es el Corregidor, y es hombre de buena fama, justificándose que no se puede presentar otro testigo. Y en general será válido el dicho de un solo testigo cuando no se cause perjuicio a tercero, las partes están de acuerdo, el testador ha fijado a una persona para que se esté a sus dichos, y en general, cuando se intente demostrar la inocencia de un acusado, o cuando no existe otro modo de probar sin dificultad.⁴⁰⁴ Pero aún hay otra excepción a la unicidad del testigo: los casos en que la persona goce de una cualificación muy alta estamentalmente hablando: "*si el Emperador o el Rey diese testimonio sobre alguna cosa, decimos que abonda para probar todo pleito*", en estos casos la cualidad de la persona

⁴⁰³ P.P. 32.16.3.

⁴⁰⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 152.

destruye todo rigor del principio jurídico que duda de que lo dicho por una sola persona los hechos estén probados.⁴⁰⁵

En resumen, el principio y norma general es que lo dicho por un solo testigo no es suficiente para hacer prueba sobre lo que alega, ahora bien, a esta norma se le fueron yuxtaponiendo una serie de excepciones, basadas en la imposibilidad de hacer otra prueba o en la cualidad específica de la persona que declara como testigo, para que con una única declaración se pudieran llegar a probar efectivamente los hechos.

Desde que la recepción del Derecho Común tuvo su reflejo en la legislación real, se acogió el principio general que postula la necesidad de un mínimo de dos testigos para que la prueba surta los pertinentes efectos.⁴⁰⁶ Aunque el número de dos testigos se entiende como mínimo para poder hacer prueba sobre algún hecho, **Las Partidas** sólo exigen que los testigos sean de buena fama y que sean hábiles, es decir, no sujetos a prohibiciones; posteriormente la doctrina, interpretando la necesidad de que los testigos estuviesen libres de toda excepción como la coincidencia en sus declaraciones, se añadió otra exigencia en estos dos testigos para hacer prueba, y era que las respuestas fueran coincidentes en la cosa, el hecho, el tiempo, el lugar y las circunstancias; por lo tanto, si no hay concordancia y son discordantes en sus declaraciones, se entienden que son **singulares** y por lo tanto no hacen plena probanza, lo que equivale a un solo testigo, aunque sean mil.⁴⁰⁷ Tampoco hacen prueba plena los testigos varios y singulares, que son los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica de un hecho y no

⁴⁰⁵ TAPIA, *Ibidem*.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Ob. Cit.* Pág. 47.

⁴⁰⁶ VALLEJO, *La regulación del proceso en el Fuero real*, pág. 529.
F.R. 2.8.1.
P.P. 32.16.3

⁴⁰⁷ TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 152.
HEVIA BOLAÑOS, *Ob. Cit.* Pág. 88.

concuera con el testimonio de los otros. Esta llamada **singularidad de los testigos** puede ser de distinto tipo:

-la singularidad adversativa, que es aquella que contiene contradicción en los hechos que hace imposible que ambas declaraciones sean ciertas, por lo que no pueden ser utilizadas como prueba.

-la llamada cumulativa, cuando sin contradecirse en sus dichos, son distintos pero complementarios, por lo que el uno no destruye al otro, haciendo plena prueba cuando lo declarado se refiere a hechos de naturaleza sucesiva.

-la singularidad diversificativa se refiere a distintos hechos pero que no se contradicen entre sí, sino que se acumulan; no hacen prueba plena pues no son coincidentes los hechos, en todo caso podrían hacer sólo prueba semiplena.⁴⁰⁸

Aunque la necesidad de no discordia se restringe sólo a lo principal y su sustancia, pues cuando es sólo en lo accesorio y de poca importancia se dará valor al testimonio, aunque la declaración hará menos fe que si fuese coincidente. Existe otra excepción a la norma general de hacer prueba plena dos testigos, y es que se exige mayor número, hasta **cinco** para cuando el deudor quiera probar la excepción de pago en la ejecución de un título, *lo debe averiguar [...] el juez por carta valedera o por cinco testigos que digan que estaban presentes cuando se pagó.*⁴⁰⁹ Y hasta **siete** para probar la autenticidad de un testamento, que si resulta que el testador es ciego el número exigido será de **ocho**.⁴¹⁰

Así pues, la norma general era la de ser necesarios dos testigos que reúnan los requisitos

⁴⁰⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 153 y 154.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 89.

⁴⁰⁹ P.P. 32.16.3.

⁴¹⁰ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 301

exigidos a las personas que se presenten como tales, y que a su vez sean coincidentes en sus declaraciones para poder hacer prueba. Ahora bien, en los pleitos examinados ninguna de las pruebas testificales reduce el número de testigos presentados a dos, siempre son más las personas que se pretende que declaren para hacer prueba sobre los hechos que se intentan demostrar. Como en otros muchos aspectos, la realidad procesal era ajena a lo previsto en las leyes. En la misma ley de **Las Partidas** que hemos visto para el límite mínimo de testigos, en el párrafo "in fine" aparece la limitación al número máximo de testigos que se pueden presentar en juicio. El juez no debe consentir a las partes que utilice más de **doce** testigos en pleito, pues se considera que con estos testigos está suficientemente probado lo que se intente demostrar. Pues bien, esta limitación no debía ser tomada muy en cuenta, ya que el número de testigos era muy elevado hasta el punto que se hace necesario fijar un nuevo límite máximo del número de testigos.⁴¹¹ En las Ordenanzas dadas por Fernando e Isabel en Alcalá de Henares en 1503, se ordena que ninguna de las partes pueda presentar en los pleitos y causas más de **treinta testigos**; pero si las preguntas fueran distintas para cada testigo, se permite que presente por cada pregunta los treinta testigos, siempre que jure que no lo hace por malicia, ni por dilatar. Incluso puede la parte, una vez nombrados los testigos, variarlos si llega a su conocimiento la existencia de otras personas que puedan probar mejor, siempre que renuncie a alguno de los presentados y en límite de treinta.⁴¹² Una vez presentados todos los testigos, si la parte no quiere que sean examinados todos, puede renunciar a los que estime, sin que nadie le pueda obligar a que sean interrogados, ya que entra, el número de testigos que se presentan y se examinan, dentro de las facultades discrecionales de

⁴¹¹ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 789

⁴¹² N.R. 7.6.4.

las partes.⁴¹³

En cuanto al número máximo de testigos que le son permitidos a las partes presentar, nos encontramos con una de las situaciones propias del sistema procesal de la Época Moderna, en el que la acumulación de actos innecesarios daba al proceso en general la pesadez y poca agilidad que le hacía acumulativo y lleno de actuaciones de las que se podía prescindir; y como en otras ocasiones similares, (reiteración de las solicitudes de rebeldía, de los escritos de conclusión, de requerimientos para devolver los autos) si se busca el origen de las que podríamos llamar "**disfunciones**", habría que hacerlo en la forma gravosa para las partes de actuar los profesionales del Derecho y de la administración de justicia. Si la ley y la doctrina consideran suficientes las declaraciones de dos testigos para hacer prueba, es innecesario la presentación y el interrogatorio de mayor número de personas, y si así se hace es con fines distintos a la buena marcha y consecución del proceso. El número de testigos encarecía el pleito a costa de las partes, pues aunque su asistencia a declarar era gratuita, en el caso que el testigo viviese fuera de la sede del tribunal, había que costearles los gastos de traslado, pero además, las actas en las que se documentaba la prueba testifical se hacían más extensas y por lo tanto más costosas en beneficio económico para los escribanos; pero sobre todo, latía la intención de los letrados y procuradores de complicar el pleito ante su representado y defendido para aumentar los honorarios y derechos profesionales. Por ello, los beneficiados con un número de testigos excesivos, no era la parte en sí misma y su derecho, sino los procuradores, los letrados y los escribanos, así como los comisionados para hacer la prueba fuera del lugar de la jurisdicción. Y los pleitos se probaban con excesivos testigos que repetían monótonamente sus respuestas a las preguntas que les hacían la parte, sin que su exceso supusiese para el juez ninguna garantía de veracidad, ni mucho menos

⁴¹³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 153.

una ayuda a la hora de fallar el pleito por considerarlo suficientemente probado, pues según las normas de apreciación y valoración de la prueba, el exceso de declaraciones de testigos no tenía utilidad finalmente. En cualquier caso, la práctica común de los jueces y escribanos, como también lo era en otras cuestiones, consistía en admitir los testigos que las partes propusiesen, ya que la parte contraria puede utilizar la posibilidad de la **tacha de testigos**; con este criterio, se dejaba abierta la puerta para que las partes actuaran sin limitaciones y sin tener en cuenta las normas de procedimiento.⁴¹⁴

Finalmente se da una limitación específica en los testigos en segunda instancia, tanto en apelación como en suplicación, al no poderse presentar como testigos a personas que ya han declarado en la primera instancia, pues la prueba en esta instancia tiene un carácter de excepción, ya que de lo que se trata es de valorar si el juez de instancia juzgo bien y correctamente.

8.3. Los interrogatorios de preguntas y su presentación.

Es un elemento esencial en la prueba de testigos **el interrogatorio de preguntas** que ha de confeccionar la parte que presenta a los testigos para que sean examinados conforme al contenido del mismo. Estos interrogatorios son una pieza fundamental en la prueba y tienen su propia identidad, ya que no se incluyen en la proposición de las pruebas, sino que se forman a parte y se presentan con un pedimento específico. La partes han de confeccionar los interrogatorios después de que se les notifique la sentencia o el auto de recibimiento a prueba, y para ello se les da vista de los autos por su orden, es decir, primero al actor y después al demandado.⁴¹⁵ Esta vista de los autos se hace necesaria , ya que supone un repaso de todas la

⁴¹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 31.

⁴¹⁵ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 45.

alegaciones de las partes que pueden dar una idea de cuales son aquellos aspectos de la litis que necesitan ser probados. Por lo tanto, a la vista de los autos la parte forma un interrogatorio para examinar a los testigos, que no es otra cosa que un catálogo o carta de preguntas que cada parte ordena y presenta con pedimento para que a su tenor sean examinados y preguntados los testigos.

La cuestión de los interrogatorios de preguntas se reduce casi en exclusiva a la práctica procesal, que fue perfilando unas formas que se impusieron, de tal manera que existe una total unanimidad entre aquello que los autores prácticos explican y lo que en la práctica se hace. En primer lugar, hay que ver de qué tipo son las preguntas y cuestiones que se han de incluir en el interrogatorio. En todos los casos se incorporarán tres preguntas llamadas *generales*, que se sitúan tanto al principio como al final del pliego. Se le preguntará el testigo en primer lugar sobre el conocimiento de las personas que son parte en el asunto, y la sobre la noticia que tienen del pleito su objeto y contenido⁴¹⁶; y las verdaderamente preguntas generales de ley, que son si tiene parentesco con alguno de los litigantes amistad íntima o enemistad manifiesta; si han sido sobornados o intimidados por alguno de ellos para ocultar la verdad o decir en falso.⁴¹⁷ La intención de preguntar esto expresamente al testigo, que como se ve se refiere a las prohibiciones para ser testigo, se dirige a las **tachas** que les puede poner la parte contraria, pues si alguna le comprende su declaración puede ser nula. Y en cualquier caso, si el testigo reconoce que algunas de estas cuestiones le comprende o le afecta, no por eso debe dejar de examinarle el escribano, después de preguntar cual de los impedimentos le afectan y si a pesar de ello no dejará de decir

⁴¹⁶El conocimiento que se exige a los testigos sobre el pleito, no va más allá de lo que las partes pretenden en su contienda, pues queda fuera de esta exigencia el dicurrir procesal, basta con que los testigos conozcan las intenciones, no el proceso

⁴¹⁷ ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Ibidem*.

la verdad.⁴¹⁸ La última de las cuestiones de carácter general que se le han de hacer al testigo se refiere a sus circunstancias personales, así debe preguntársele la edad que tiene y el oficio y destino que ejerce, y de donde es vecino. En cuanto a la edad, está claro que, como ya se dijo cuando se vieron los requisitos para ser testigo, debe constar para tener en cuenta la validez del testimonio dado; más difuso es el hecho de preguntar al testigo por su oficio, pues se justifica esta pregunta en conocer si el testigo ejerce o no un **oficio vil**, pues si así fuese habría que suponerle capaz de cometer la vileza de declarar sin honor. Por el contrario, el dato de la vecindad sí tiene sentido que le sea preguntado, pues sirve para tener mejor referencia de su conocimiento y su procedencia y tenerle localizado en caso de que se averigüe que es perjurador y haya que castigarle.⁴¹⁹

Finalmente, se incluye en los interrogatorios una **última pregunta** por la que se le pregunta al testigo si lo que ha contestado es *público y notorio, de pública voz y fama y común opinión*. Esta pregunta, que en la práctica no se omitía y se incluía siempre al final del interrogatorio antes de firmar el testigo, podría ser considerada impertinente para ser utilizada en las causas civiles, ya que quedan dentro del marco de la privacidad y por lo tanto no se puede pretender que los hechos que allí se discuten sean de público conocimiento.⁴²⁰

El segundo grupo de preguntas que forman un interrogatorio de testigos, son las llamadas *preguntas útiles* que vienen a ser las que conciernen directamente al punto que se discute u objeto litigioso. Deben ceñirse estas preguntas a los hechos alegados y a lo excepcionado, sin poder ir más allá, pues si así lo hiciese la parte, la pregunta será tenida como impertinente por el juez, ya

⁴¹⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 143.

⁴¹⁹ TAPIA, Ibidem.

⁴²⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 103.

que así lo dispone una Ley Real, que dice que aunque alguien alegue algo en juicio, si su razón fuese de tal carácter, que aunque la probase no le podría beneficiar en el pleito ni perjudicar a la otra parte, el juez no debe recibir esta prueba, y si la recibiese que no valga.⁴²¹ Ahora bien, otra vez nos encontramos con una abertura para que las partes actúen al margen de la normas: debido a que al juez no le da tiempo a examinar todas la preguntas de los interrogatorios que presentan las partes, se limitan a dictar un auto por el que dicen que *habiendo por presentado el interrogatorio en lo que pertenece a la causa*; esta cláusula de Estilo, procede de las Leyes de Estilo, le habilitaba para desestimar después las pruebas que se hiciesen sobre las preguntas inconducentes⁴²², y además produce tres efectos en el pleito: 1º.- está cumpliendo con la norma sin incurrir en penalización; 2º.-si en el momento de hacerse la prueba se observa que determinadas preguntas no debieron hacerse se las estima por no admitidas, y lo dicho por el testigo carece de validez.^{3º}-si un testigo no debería ser examinado por su infamia, no hará fe su dicho.⁴²³ Es decir, se actúa salvando las consecuencias negativas que a posteriori pueda tener el hecho de no examinar el juez el interrogatorio, basándose en la última parte de la norma mencionada, en el que se explicita, que los testigos examinados fuera del contexto regulado, no tendrán validez, por ello, se advierte por el juez que el interrogatorio vale y lo admite, sin perjuicio de que si resulta ser impertinente alguna de las preguntas, ésta no tendrá validez y lo que conteste el testigo será nulo para la prueba.

Del pedimento con el que se presenta el interrogatorio de preguntas, una vez admitido por

⁴²¹ N.R. 4.6.4.

⁴²² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 103. Señala el autor que sólo se debe entender esa situación cuando el interrogatorio se presenta al juez y en las Salas del Crimen de las Chancillerías y Audiencias, ya que en las salas de lo civil de éstas no se presentan a los jueces principales, sino a los receptores comisionados para hacer las pruebas.

⁴²³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 144
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46

el juez, se debe dar traslado a la otra parte,⁴²⁴ este traslado mediante entrega de copia a la parte contraria se hace " para que de preguntas que sean repreguntados, y para que mejor den razón de sus dichos y se averigüe la verdad".⁴²⁵ La verdadera intención de este paso es la de que la parte contraria a la que presenta el testigo o testigos y las preguntas por las que quiere que sean interrogados, puedan formar, si lo creen conveniente, otro **interrogatorio de repreguntas**. Este interrogatorio no tiene base legal,⁴²⁶ y en la práctica era poco utilizado, aunque su utilidad está basada en que los testigos expongan mejor el hecho y la razón de sus dichos, y para hacerles variar y apurar si venían o no sobornados.⁴²⁷ Pero el mismo **Tapia** nos advierte que la *inconclusa* práctica del Consejo y de muchos de los juzgados reales está en contra de la formación de estos interrogatorios de repreguntas, y que incluso no se da el traslado a la parte contraria ni el escribano lo pone de manifiesto, practicándose sólo en los Tribunales Eclesiásticos, por lo que se debe seguir su práctica, que admite que el interrogatorio de repreguntas se haga con los mismos criterios que el interrogatorio de preguntas.⁴²⁸

Y dentro de este momento procesal en el que se puede producir la intervención de las partes en la prueba de testigos, hay que referirse a los **escribanos acompañados**. Esta figura, arraigada en la práctica, aparece como un control de la actuación de los comisionados receptores de pruebas, que como ya se ha visto eran en la mayoría de los casos escribanos, o bien el de la causa o el del lugar en que se habían de practicar las pruebas, y si la probanza procedía de audiencia o chancillería, se encomendaba a un receptor de oficio. Pues bien, la práctica introdujo

⁴²⁴ GÓMEZ NEGRO, *Ibidem*.

⁴²⁵ HEVIA BOLAÑOS, *Ob. Cit.* Pág. 85.

⁴²⁶ La referencias que da HEVIA BOLAÑOS son todas de autores clásicos.

⁴²⁷ TAPIA, *Ob. Cit.* Pág. 145.

⁴²⁸ *Ibidem*.

la figura del escribano acompañado como designado por la parte contraria a la que había pedido la prueba,⁴²⁹ y como su término hace entender, asistía a la prueba *acompañando* al comisionado o receptor. Aunque se verá la actuación práctica de estos acompañados al ver la práctica real de las prueba de testigos, cabe decir en este momento, que los acompañados podían en el momento de examinar a los testigos repreguntarlos, sin excederse ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleito

*"como muchos enredadores lo practican, ni el escribano comisionado ha de admitirlas, ni permitirlo, pues se deben dirigir a apurar la verdad del hecho, y no a confundirla ni oscurecerla."*⁴³⁰

Finalmente, cabe hacer dos observaciones acerca de los interrogatorios, tanto de preguntas como de repreguntas, y es que deben estar firmados por letrado; aunque este requisito no aparece expresamente contenido en ninguna norma, así se observaba en la práctica, primero por ser el interrogatorio una de las actuaciones que no se entendían como de mero o simple trámite y por lo tanto precisar firma de letrado con carácter general, y segundo, porque así venía precisándolo la práctica de los tribunales. Así se expresa en Carta Receptoria librada por la Chancillería de Valladolid en Caso de Corte a petición de la parte actora, en la que dentro de las instrucciones que se dan a las justicias para hacer la prueba, se incluye la precisión de que los interrogatorios que se le presenten *vayan firmados de Abogado examinado en la dicha nuestra Audiencia, y si no lo hicieren, no los recibáis.*⁴³¹ Como en otros casos, el hecho de que el interrogatorio de preguntas debe ir firmado por el letrado, se convierte en una garantía de no

⁴²⁹ TAPIA hace mención al **estilo** en algunas **provincias** de nombrar "acompañados" que vean examinar a los testigos. Ob. Cit. Pág. 145.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2

banalidad para el juez y las partes, pues el contenido del interrogatorio se ha de suponer ajustado a la realidad del pleito si es el propio letrado director el que lo formula. La otra de las exigencias a las que se somete el interrogatorio de preguntas es la su **reserva en la escribanía** una vez que ha sido presentado, sin que tenga acceso a él la parte contraria ni pueda hacerse uso de él hasta que se vayan a recibir las declaraciones; corresponde al escribano la responsabilidad de guardar estos interrogatorios, sin que los pueda ver persona alguna, salvo el juez y los testigos al tiempo de su examen.⁴³² El interrogatorio de repreguntas se ha de reservar también para no hacerlo público.⁴³³ Se contradice este criterio con el de otros autores que consideran el interrogatorio, como secreto, dentro de una cierta influencia del proceso criminal

En la cuestión de la publicidad de los interrogatorios de preguntas, prevalece el deber del secreto sobre el conocimiento de las mismas a la parte contraria; solamente **Hevia y Bolaños** menciona la posibilidad de esta práctica que arranca del Derecho Canónico y para lo que se basa en la opinión de **Paz**; práctica que en la realidad no se llevaba a cabo

En cuanto a la confección material de los interrogatorios, la mayoría de los autores prácticos dedican parte de sus obras a indicar a los profesionales del derecho como deben hacer estos documentos.⁴³⁴ Como el interrogatorio debe ser presentado con un pedimento, en éste se decía que la causa había sido recibida a prueba, por término común a las partes, y para hacer la que se pretende presenta el interrogatorio, suplicando que lo tenga por presentado, *se sirva mandar que a su tenor, con citación contraria se examinen los testigos que a este fin se*

⁴³² JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 26.

⁴³³ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46.

⁴³⁴ Conviene tener presente, para valorar la aportación de la práctica, que la Codificación recogió su creación pues la regulación que hace la Ley de Enjuiciamiento Civil de la prueba de testigos trae el contenido de este hacer forense, pues la legislación real era escasa y parca en este aspecto.

*presentan, acometiendo este examen en la forma ordinaria.*⁴³⁵ Normalmente el pedimento finalizaba aquí, aunque se podía en este momento designar los nombres de los testigos por medio de "otro sí" en el que se decían los nombres y la vecindad de las personas conocedoras del hecho y que se presentaban como testigos para ser interrogados.⁴³⁶ Aunque lo frecuente en la práctica era no nominar a los testigos y presentarlos en el momento de hacer la prueba como se verá.

La forma más común de hacerlo consistía en que el interrogatorio fuese un documento separado del pedimento con el que se presentaban las preguntas, aunque podía hacerse de forma conjunta en un solo escrito al finalizar las preguntas y separadamente, se decía que se presentaba el interrogatorio para que según el contenido se examinasen a los testigos que se presentaran,

"para lo que se dará comisión en forma al presente
Escribano, y mediante la estación del tiempo, y
que con dificultad podrán venir en otros días los
testigos de que mi parte intenta valerse, y lo
limitado del tiempo probatorio, habilitar para el
examen y juramento de ellos los dos primeros días
festivos."⁴³⁷

La meticulosidad de los autores les lleva a explicar la forma material de hacer el interrogatorio: "adjunto a este pedimento -se refiere al anterior- pero en pliego o medio separado, se forma el interrogatorio. La cabeza del interrogatorio se suele escribir con más margen que el resto del escrito, no por una razón misteriosa, sino por distinguirla de los artículos".⁴³⁸ Este **encabezamiento** era invariable:

⁴³⁵ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 102.

ELIZONDO, Ob. Cit. Pág. 125.

CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág.99.

⁴³⁶ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 99.

⁴³⁷ A.H.P.S. J-1236/27.

CHAN.VALL. P.A. 2792-3

⁴³⁸ GÓMEZ NEGRO, Ibidem.

"por las preguntas siguientes se examinaran los testigos que fueren presentados por parte de D^a Josefa Asensio Coronel, vecina de la ciudad de Zamora, en el pleito que litiga con D^o. Alonso José de Zuazo [...] sobre que la contribuya y asista con los alimentos necesarios correspondientes a sus circunstancias".⁴³⁹ O bien como modalidad simplificada : " los testigos que produjere Pedro Blasco Crespo boticario titular y vecino del lugar de Otero de Herreros, de esta jurisdicción, en el pleito que sigue con María Calatraveño, viuda y su convecina sobre que le mantenga en la casa que hoy habita, y de la que esta es administradora en concepto de curadora y madre de Pedro Villagro, y poseedor de cierto aniversario a que parece que está y es afecta aquella, sean examinados y preguntados a tenor de lo que subsigue"⁴⁴⁰ Como se puede ver de estos dos ejemplos, el encabezamiento de los interrogatorios de testigos no era nada más que la colocación de los datos esenciales del pleito: las partes y el objeto, que era por los cuales se identificaban los asuntos en las Escribanías. A continuación se incluían **las preguntas** que aparecían siempre numeradas.

La primera, se refería al conocimiento de las partes que litigan, noticias del pleito y las demás generales de la ley, que se refieren a las circunstancias o requisitos que deben tener los testigos, tales como conocimiento, ciencia o imparcialidad: "si conocen a las partes que litigan, tienen noticia de este pleito y causa y demás generales de la Ley".⁴⁴¹ Y se llaman "generales" porque se deben poner necesariamente como preliminares de todos los interrogatorios sin que puedan las partes omitirlas, pues es un requisito ajeno a su voluntad y por lo tanto necesario, y se llaman "de la ley" porque estas preguntas están contenidas en una ley que las manda incluir

⁴³⁹ CHAN. VALLA. P.A. 2987-2

⁴⁴⁰ A.H.P.S. J-1236/27.

⁴⁴¹ CHAN. VALL. P.A. 2792-3

en los interrogatorios a los testigos.⁴⁴² Esta ley es el capítulo 16 de las Ordenanzas de Madrid, en la que se recogen las instrucciones que se deben dar en las cartas receptorias de prueba en las que se debía decir que el juez receptor o escribano pregunte a cada testigo, que edad tiene, si es pariente en grado de consanguinidad, afinidad de la parte, o en que grado, o si es enemigo o amigo de alguna de las partes; o si desea que alguna de las partes gane el pleito, o fue sobornado, corrupto o atemorizado por alguna de ellas.⁴⁴³ Por el contrario, las preguntas que se refieren al conocimiento de las partes y noticia del pleito no aparecen en ninguna ley, pero han sido introducidas por la práctica y estilo del foro para que el juez pueda valorar y entender la fuerza de las declaraciones partiendo del supuesto de que los testigos están seguros de la identidad de las partes y de lo que el pleito se trata; al ser esta práctica observada generalmente, a estas preguntas también se las denomina generales, aunque no estén incluidas en la ley.⁴⁴⁴ A continuación de estas cuestiones previas e imprescindibles para la validez posterior de la prueba y para las posibles tachas que pudiese presentar la parte contraria, empiezan a formularse las preguntas sobre el objeto de la prueba, la llamada "útiles", que empiezan en la **segunda** del interrogatorio y se inician con la interrogación indirecta "*si sabe y ha oído decir*". Este grupo de preguntas constituye el verdadero objeto de la prueba, y en el se incluyen todas aquellas cuestiones que afectan al fondo del asunto litigioso no probados en confesión, tanto por el actor como por el demandado.⁴⁴⁵ Aunque se imponía la limitación de **treinta preguntas** como máximo, no se producían interrogatorios excesivamente largos o complicados en cuanto al contenido, estando la media aproximada en unas **diez preguntas**, que salvo excepciones solían

⁴⁴² CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 101

⁴⁴³ N.R. 8.6.4.

⁴⁴⁴ CONDE DE LA CAÑADA, Ibidem.

⁴⁴⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ibidem.

ser comunes a cada testigo. Se podía preguntar desde el conocimiento de la propiedad de una casa de dos transmisiones anteriores, hasta por la escasez de casas de un determinado pueblo; o desde si saben que el difunto, antes de morir llamó a su sobrino para que le custodiase una gran partida de dinero; o bien "que atendida la calidad y circunstancias bien notorias que asisten a doña Josefa Asensio Coronel para que se mantenga y porte con la debida decencia y aseo correspondiente, le es preciso y necesario no sólo el ornato de vestidos de sedas y lana de la mejor calidad, sino también el de algún aderezo de diamantes u otras piedras de que usan regularmente las mujeres y todas las de su condición y prendas". Incluso las preguntas podían referirse a sentimientos y actitudes ajenas que podrían determinar declaraciones de derechos a favor o en contra, tales como, si se conocen los sentimientos que una madre tenía hacia su hijo y como se sentía el hijo respecto de la madre. Estas preguntas deberán estar hechas con cuidado y orden para que resulten **claras y distintas**, poniendo en articulo separado cada hecho que se intenta demostrar, haciéndose resaltar aquellas circunstancias interesantes que puede haber en los hechos. De esta necesidad de articular las preguntas en base a los hechos que se intentan demostrar, como una premisa lógica del razonamiento procesal necesario para llegar a la decisión final, surge la exigencia de que los interrogatorios vayan firmados por un letrado, o lo que es lo mismo, que sea el propio letrado el que los confecciona.

La última parte del interrogatorio es la pregunta que se refiere a que si lo que pregunta es público y notorio, de pública voz y fama, y común opinión. La fórmula aparecerá exactamente igual en todos los interrogatorios, sin ninguna alteración. Lo que en un principio se puede pensar que se preguntaba a los testigos como una forma de garantizar que su conocimiento era extensible a la generalidad y por lo tanto creíble, queda finalmente congelado como un formulismo más, que como ya hemos dicho, parece contradecir los intereses de un proceso civil,

en el que el bien jurídico que se intenta proteger o ejercitar es un derecho subjetivo, que queda incluido dentro de la esfera privada de las personas.

Una vez que la parte ha presentado el interrogatorio de preguntas por el que quiere que se examinen los testigos que piensa presentar, tanto si lo hace en documento independiente como si está el interrogatorio unido al pedimento de presentación, deberá el juez examinarlo, pero aunque en los juzgados unipersonales recae inmediatamente auto sobre su admisión, en Chancillerías y Audiencias y en el propio Consejo de Castilla a su presentación deberá el escribano rubricarlo igual que el pedimento antes de pasarlo al *diligenciero* para que proceda a hacer la prueba.⁴⁴⁶ En cuanto al examen, por el juez o receptor, de las preguntas para declarar si son o no pertinentes ya se ha hablado. En el examen que se hace del interrogatorio, para evitar que contenga preguntas maliciosas o superfluas, puede el juez hacer retirar aquella que no considere pertinente.⁴⁴⁷ Lo cierto es que a este necesario y no siempre efectivo examen debe seguir un auto admitiendo las preguntas. En este auto no sólo se admitían las preguntas diciendo que eran pertinentes o que se admitían "en cuanto haya lugar en derecho", sino que también se acordaba examinar a los testigos, a tenor de las preguntas, siempre que constase la citación de la contraria, y además se podía resolver sobre prórroga de prueba, habilitación de días y libramiento de despachos, pero lo esencial era desde luego tener la preguntas como admitidas, aunque fuese con la parodia de hacer que se examinaban y no hacerlo, y a continuación ordenar que se hiciese la prueba. Y consecuencia de esta orden era la necesaria citación de la parte contraria, decidir sobre los tiempos en que se podía hacer el examen de los testigos y ordenar que se librasen los

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 161.

ESCOLANO DE ARRIETA nos dice que normalmente las pruebas, aunque las pueden ejecutar en Madrid los Escribanos de Cámara, lo normal es que se le encomienden el **escribano de diligencias** de la Escribanía de Cámara por la que pasa el pleito, a menos que las personas que hayan de declarar sean de elevado carácter o distinción, pues en ese caso lo ejecuta el propio escribano de Cámara. Ob. Cit. Pág. 361.

⁴⁴⁷ JUAN Y COLOM. Pág. 26. El autor aclara que así se hace en la práctica

despachos que fueran necesarios.⁴⁴⁸

Si la parte que presenta a los testigos y forma el interrogatorio, omite alguna pregunta o la mención de algún testigo, ya sea por olvido o porque en el momento de su preparación no cree que se pueda probar, y después de presentado el interrogatorio y la relación de testigos en su caso encuentran alguna persona que pueda hacer prueba como testigo, se puede presentar un nuevo pedimento, incluso un nuevo interrogatorio para que se examine al testigo o testigos. La única limitación que se debe tener en cuenta, es que la petición debe hacerse dentro del período de prueba; y la razón o argumento procesal a favor de sus admisión, es la de que ninguna ley lo prohíbe expresamente, ni que tampoco se dice en ninguna disposición que el interrogatorio es único y que se pueda hacer nuevo pedimento con preguntas para testigos, *lo cual es corriente, y así lo he visto practicar.*⁴⁴⁹

En cuanto a la citación a la parte contraria para que estuviese presente si así lo pretendía hacer en el juramento de los testigos, debía constar, y constaba en los autos.⁴⁵⁰ Lo normal era que apareciese a continuación del auto, por el escribano, en el mismo día, **mediante notificación de lo que se contenía en el auto**, citando para los efectos al procurador o la parte en su persona. Pero también aparece en los autos una **diligencia de constancia** por la que el escribano da fe que están hechas las citaciones necesarias para el examen de los testigos.⁴⁵¹ En realidad, de lo que se trataba era de poner en conocimiento de la parte contraria a la que presentaba la prueba, su existencia y la decisión del juez de que la prueba se podía hacer, para que sabiéndolo decidiese

⁴⁴⁸ A.H.P.S. J-1236/27.
CHAN. VALL. P.A. 3558-1; 2987-2; 3325-1.

⁴⁴⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 152.

⁴⁵⁰ VER SUPRA, formalidades en los testigos

⁴⁵¹ Ibidem.

si quería asistir al juramento de los testigos. Al entenderse una obligación del órgano judicial este conocimiento a la otra parte, debía quedar constancia en los autos de que así se había hecho, de ahí que constase expresamente la citación al procurador o a la misma parte, o al menos que estas citaciones se habían hecho antes de entrar a hacerse la prueba de testigos en sí misma.

8.4. Cuando la prueba de testigos debía hacerse fuera de la jurisdicción.

La propia estructuración del sistema judicial en la Época Moderna, con su atípica jerarquización, sus confusiones jurisdiccionales y competenciales, hacía que el lugar en el que se seguía el juicio no siempre era coincidente con aquel en el que se desarrollaron los hechos o las circunstancias específicas del pleito. Es fácil entender que si el asunto se planteaba ante el Corregidor o Alcalde Mayor de una de las ciudades castellanas importantes, las partes podían tener su residencia en cualquiera de las poblaciones que integraban su amplia jurisdicción, circunstancia que se ampliaba en mayor medida cuando el pleito era un Caso de Corte planteado en primera instancia en Chancillería, y tanto demandante como demandado residían en cualquier lugar de su amplísima demarcación. Se trata de una de las características del mundo judicial de la monarquía moderna: las distancias físicas entre la realidad social y humana origen de la contienda y su resolución en vía judicial. De esta situación surgía la necesidad, frecuente en los pleitos, de hacer determinadas diligencias fuera del ámbito territorial de la jurisdicción de quien conoce del pleito; se ha visto en los emplazamientos y se ha hablado con carácter general de las pruebas hechas fuera del territorio. En este momento del proceso, situándonos en la realización de la prueba de testigos, es decir, en la materialización de sus declaraciones ante el juez, sea o no comisionado, el abundante desplazamiento de personas y oficiales reales hace reflexionar sobre esta circunstancia.

Si al hablar de la prueba ya se trató de las **receptorias** y de los **receptores y comisionados**, en este punto hay que llamar la atención sobre que la mayoría de las receptorias que se expedían eran para la realización de la prueba testifical, y aunque alguna contenía también instrucciones para sacar traslados de escrituras, un gran número de estos documentos y de su consiguiente estela humana, tenían por finalidad tomar declaración a los testigos que residían fuera del ámbito territorial del juez de la causa. Los motivos, pueden ser dos: el primero se corresponde con otra circunstancia ya reflejada, como era el gran volumen de pruebas de testigos que se llevaban a cabo en los pleitos, y el segundo el que se ha apuntado al principio de esta exposición: que los testigos vivían en distinto lugar de aquel en el que residía el juez de la causa,⁴⁵² lo que obligaba a librar despachos o cartas receptorias para poderles tomar declaración.

Aunque como ya se ha dicho, la legislación real posterior a **Las Partidas** no contiene una regulación extensa o sistemática de la prueba de testigos, en este aspecto de la residencia externa de los testigos, sí se menciona al regular las receptorias y su contenido. Conviene en cualquier caso hacer un posicionamiento de la legislación en este punto. En primer lugar, en **Las Partidas** sólo se regula el supuesto en el que **el juez de la causa** envía su despacho **al juez del lugar** en el que viven los testigos, rogándole que reciba las declaraciones, y documentadas y selladas sin ser vistas por las partes, se las envíe.⁴⁵³ Si el juez de la residencia de los testigos (un Alcalde Ordinario) pertenece a la misma jurisdicción que aquel que conoce de la causa (un Alcalde

⁴⁵² Si la competencia para conocer de un asunto venía fijada por motivos subjetivos -el lugar de residencia del demandado, aquel en el que había de cumplir la obligación-, o bien objetivos -el Alcalde Ordinario sólo era competente para conocer de asuntos de menor importancia -paga de obligaciones de cuantía inferior, arriendos, discernimiento de tutor-, se producía un desplazamiento hacia estos jueces para el conocimiento y fallo de las contiendas; y teniendo en cuenta que un Alcalde Mayor o un Corregidor extendía su jurisdicción a distintos lugares de su territorio, las personas que en ellos vivían se veían obligadas a acudir a su sede para pedir que les juzgase, lo que indudablemente tenía como consecuencia que los testigos, o bien acudían ellos ante el juez, o bien el juez debía encomendar su examen a un comisionado o un receptor.

⁴⁵³ P.P. 27.16.3.

Mayor o un Corregidor) el despacho se dirige de juez superior a juez inferior, pero si los dos jueces pertenecen a distinto ámbito territorial e igual o similar capacidad jurisdiccional, los despachos para hacer la pruebas se entienden **exhortatorios** pues se manada y reciben por jueces iguales. En segundo lugar, la Nueva Recopilación regula la situación en el plano de las Chancillerías y Audiencias que expiden **cartas receptorias** a cualquiera de la Justicias ordinarias, sin especificar el nivel jerárquico del juez al que va dirigida. Son dos normas de la Ordenanzas de Madrid, los capítulos 15 y 16,⁴⁵⁴ que van dirigidas a situaciones en las que el órgano jurisdicente es el Consejo o la Chancillería, lo que supone **siempre** distanciamiento geográfico entre el órgano y los sujetos de las pruebas. En la primera de estas disposiciones, se hace una referencia muy clara al condicionante que suponen las distancias, cuando se refiere a que el presidente y oidores pueden abreviar los términos de prueba *acatada [...] la cantidad y distancia de los lugares donde se han de hacer la probanzas*. Constituía pues un elemento circunstancial de la prueba el hecho de que habían de hacerse en lugares distintos de los que tenía sus sede el tribunal. En la última parte de esta misma norma, una vez que se han fijado y establecido los tiempo para poder hacerse las pruebas según las distancias, se manda que *a cada una de las partes se les de su carta receptoría*, obligación del tribunal inherente a la práctica de las pruebas en sí mismas: para que se puedan hacer las pruebas en los distintos lugares de la amplia jurisdicción de estos órganos jurisdiccionales. En resumen, por la ley se admite que las pruebas se han de hacer en lugar distinto al de la sede del tribunal, y que para ello habrá de darse a las partes una carta receptoria con el fin de que la prueba se puedan llevar a cabo.

La segunda de las normas mencionadas comienza regulando la exigencia de notificar las receptorias a las partes que estén en rebeldía, pero en la segunda parte extiende la exigencia a

⁴⁵⁴ N.R. 1 y 8. 6.4., respectivamente.

todas la cartas receptorias, sin distinción de situaciones de rebeldía o con parte personada. Contiene esta norma unas minuciosas instrucciones que serán incluidas en los despachos para prueba testifical, para ser seguidos por el juez, receptor o escribano que tome las declaraciones a los testigos. Con ello se está insistiendo en la importancia de controlar que los exámenes a los testigos se hagan correctamente, una vez que quedan fuera del control del juez que conoce del asunto.

La doctrina de los prácticos admite como general la posibilidad de que los testigos residan fuera del territorio o jurisdicción del juez que conoce de la causa, para lo cual el juez deberá enviar receptoria o requisitoria para que las justicias donde estuvieran los examinen.⁴⁵⁵ Si el juez envía la requisitoria a las justicias del pueblo en el que viven las personas que se presentan como testigos, en la misma ha de incluirse el interrogatorio de preguntas para que a tenor suyo sean interrogados los testigos; si el documento que se expide es una requisitoria, igualmente se incluirán los interrogatorios, y todos aquellos documentos o traslados de particulares de lo actuado para que los testigos puedan declarar conforme a lo que se pretende.

Esta realidad procesal -la de que los testigos declaren ante juez distinto del que ha de fallar el juicio- que era admitida por la doctrina y regulada en la legislación real, tiene solamente una limitación para su ejecución real, limitación en la que también es unánime la doctrina y la legislación: en causas de las llamadas arduas o de importancia, deberá ser el propio juez del pleito el que tome declaración a los testigos, examinándolos personalmente para instruirse mejor en sus declaraciones.⁴⁵⁶ Este criterio tiene su apoyatura legal en lo dispuesto en la ya mencionada

⁴⁵⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 151.
HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104.
SALA, Ob. Cit. Pág. 204.
ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁴⁵⁶ Ibidem.

ley de **Las Partidas**,⁴⁵⁷ en la que refiriéndose a pleitos en los que el resultado pudiese ser gravoso para las partes -se habla de muerte, pérdida de miembro o destierro-, en estos casos debe ser el propio juez que ha de juzgar el que reciba la declaración de los testigos y no otro.⁴⁵⁸ Esta norma fue recogida por uno de los capítulos de la Pragmática dada en Sevilla por Los Reyes Católicos en el año de 1500, y que contenía una **Instrucción de lo que han de hacer los Asistentes, Gobernadores, Corregidores y Jueces de residencia del Reino**; por el capítulo 37 se mandaba que en los procesos criminales y en los civiles arduos y de importancia siempre el juez tome y examine **por sí** los testigos [...] sin encomendarlo al escribano ni a otro oficial, bajo pena para juez y escribano que no lo cumplan.⁴⁵⁹ La intención de los legisladores y de los autores del derecho era muy clara: garantizar que fuese el propio juez que después dictaría la sentencia el que examinase a los testigos, en aquellas causas que por su dificultad o por las consecuencias que se podrían derivar para las partes fuese necesario un mejor conocimiento de los dichos de los testigos; está latente en esta intención lo que después se ha llamado el principio de la **inmediación del juez**, y que al margen de sus motivaciones garantistas, no deja de ser una fórmula por la que se coloca de forma predominante el principio de oralidad sobre el principio de escritura: si la escritura procesal surge como una necesidad de la constancia en el proceso de lo que allí se ha dicho o discutido para poder ser utilizado en una segunda instancia, acaba dominando y envolviendo todo el hacer procesal de tal forma que lo documentado en los autos era lo que el juez debía tener en cuenta a la hora de tomar una decisión. Si una prueba de testigos

⁴⁵⁷ P.P. 27.16.3.

⁴⁵⁸ GREGORIO LÓPEZ glosa esta norma diciendo que el juez que no ha conocido del asunto no podría entender sus dichos, por lo que deben ser compelidos para que comparezcan ante el juez de la causa. A su vez el autor se remite a AZO.

⁴⁵⁹ N.R. 28.6.3. Esta ley fue hecha guardar por Carlos en 1537 a la petición 149 de las Cortes de Valladolid, lo que hace pensar que no era cumplida y que los testigos no eran examinados por el juez aunque la causa fuese de importancia.

se había hecho ante un escribano receptor o ante otro juez, lógicamente lo documentado en los autos era el único material del que podía disponer el juez para emitir su juicio; ahora bien, si el propio juez sentenciador presenciaba y seguía los interrogatorios de los testigos, por supuesto hechos ante el escribano que documentaba lo que se decía, podía tener un conocimiento más auténtico y menos desviado del contenido de las declaraciones y respuestas y valorar mejor las pruebas, y en consecuencia emitir un fallo más correcto que si sólo contaba con los que se decía en las actas de las pruebas para tomar su decisión: Si las leyes reales exigían que fuese el propio juez conocedor del asunto el que examinase a los testigos, era porque los legisladores ya conocían los inconvenientes de la falta de presencia y pretendían con ello paliar los resultados lesivos de una falta de conocimiento directo del juez, sobre todo en los asuntos difíciles, consiguiendo así un mejor conocimiento del contenido del pleito.

Por el contrario, en el resto de los asuntos, aquellos en los que no se puede producir algún perjuicio a las partes con su resultado o cuyo contenido no es de trascendencia e importancia, si puede ser el escribano o un receptor el que reciba declaración a los testigos.⁴⁶⁰ Lo importante a destacar de este planteamiento no está en lo diferenciado de las dos situaciones, sino que se debe considerar como norma general la posibilidad de que las declaraciones de los testigos se hagan ante persona distinta de la que ha de fallar la causa, mientras que es norma especial el que sea el juez que conoce del asunto el que reciba personalmente las declaraciones de los testigos cuando la importancia del asunto así lo requiera. La creación y el origen de este sistema puede estar en el Derecho Canónico, en el que se establece la posibilidad de que el juez delegase en otros oficiales para la ejecución de esta prueba,⁴⁶¹ como una manera de garantizar la inmediatez,

⁴⁶⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.

⁴⁶¹ MALDONADO FERNÁNDEZ DEL TORCO, Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español. pág. 476.

ya que no es lo mismo que las declaraciones sean tomadas por el escribano en solitario sin que medie delegación del juez actuando solo como actuario, que cuando esta delegación está presente, pues en estos casos actuaría el escribano con autonomía jurisdiccional y por lo tanto con inmediatez. Podía ser incluso la parte interesada en el examen de los testigos solicitar del juez que otorgase esta comisión al escribano explicando los motivos, argumentando que tiene que presentar a los testigos, que están enfermos o están ocupados en sus haciendas, y "al tiempo que lo traigo no se pude juntar con V:M: el escribano de esta causa", por ello se pide que el juez mande dar comisión al escribano de la causa para que ante él los testigos que se presenten juren y se examinen.⁴⁶² En los casos en los que deba ser el juez del asunto el que reciba la declaración de los testigos propuestos, si estos no pueden comparecer espontáneamente a prestar las declaraciones, deberá ser el propio juez el que se desplace hasta el lugar en el que se encuentran los testigos. Y aquellos en los que los testigos se trasladen al lugar en el que se encuentra el juez, y en los demás en los que se les originen gastos o perdiesen intereses por el tiempo que emplean en ir a declarar y volver a sus lugares de origen, deberá ser la parte que los presentó la que les cubra los desplazamientos y les indemnice por los perjuicios que ir a declarar les suponga.⁴⁶³ En principio están obligados los testigos a acudir ante el juez cuando éste así lo acuerde, salvo en los casos recogidos en una ley de Partidas que enumera las personas que no están obligadas a comparecer a declarar ante el Juez: caballeros, obispos, personas ocupadas en el servicio del Rey, enfermos graves y mujeres honradas.⁴⁶⁴ No se refiere expresamente esta ley a las personas que tienen su residencia en lugar distinto del que se encuentra la sede del órgano judicial, sino que

⁴⁶² MUÑOZ, *Práctica de Procuradores*. fol. 23.

⁴⁶³ GÓMEZ NEGRO, *Ob. Cit.* Pág. 104.

⁴⁶⁴ P.P. 35.16.3.

establece los motivos de excusa con carácter general, lo que ocurre es que la doctrina los aplica especialmente a los casos de alejamiento geográfico entre juez y testigos; si se diesen estos casos y el pleito fuese importante y la declaración de estos testigos se considerase determinante par el fallo, debe ir el juez al lugar en donde estuviesen y recibir las declaraciones y hacerlas escribir,⁴⁶⁵ aunque si la causa no fuese de importancia podrá el juez mandar el escribano para que tome las declaraciones, reiterándose así el criterio de que en los pleitos que no son de importancia podrán los testigos ser examinados por el escribano o persona que el juez comisione para hacer la prueba.

Hasta aquí nos hemos situado en el plano de la legislación y de la doctrina práctica que se suponía en ella basada, pero existía un gran bloque de **actividad probatoria que en la práctica se hacia realmente por los escribanos, sin que existiese delegación o encargo formal de hacerlo así por parte de los jueces o de las audiencias.** El que en el práctica eran los escribanos los oficiales que hacían las pruebas encomendadas a los jueces por dejación de estos, era una realidad conocida y admitida por todos aquellos que participaban profesionalmente en el proceso. El origen de esta actividad viciada y viciosa estaba sin duda en el gran volumen de pruebas de testigos que debían hacer los jueces, lo que originó el desentendimiento de su práctica directa, [...] quedando relegadas a los escribanos, a los auxiliares de éstos, o a un otro personal no judicial de los tribunales.⁴⁶⁶ Pese a lo legislado y ordenado en esta materia,⁴⁶⁷ y teniendo en cuenta los consejos de los teóricos en cuanto a la necesidad de que las pruebas fuesen tomadas directamente por los jueces y de los prácticos dando consejos a los escribanos de como deben

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ ROLDAN VERDEJO, Los jueces de la Monarquía Absoluta, pág. 278.

⁴⁶⁷ Sobre la falta de intermediación en la práctica, ver la obra citada de ROLDAN VERDEJO en la que se recoge no solo legislación, sino también Ordenanzas de Chancillerías y Audiencias.

hacer la prueba de testigos, es fácil conjeturar que las pruebas se hacían por los escribanos o por sus auxiliares, aunque luego se ratificasen ante el propio juez de la causa. Desde luego, la falsedad documental en la que se incurría hace imposible deducir de la práctica de los pleitos como , cuanto y de que manera eran los escribanos los que tomaban las declaraciones de los testigos.

En este punto hay que hacer especial mención a la figura de los **Acompañados**. Los acompañados son una creación de la práctica insertados en el sistema de oficios de justicia, que encuentra su justificación en la propia mecánica de comisionados receptores, y en la facultad que tiene la parte de acudir a la citación para presenciar las juras de los testigos. Aunque en los pleitos aparecen los acompañados como Escribanos que junto al receptor hacen la prueba por designación de la parte, su origen es posible que estuviese en el sistema de recusaciones tanto de jueces en comisión como de los escribanos. En **Las Partidas**⁴⁶⁸ se regula la posibilidad de que si el juez comisionado fuese tenido por sospechoso, es decir, fuese recusado, podría designar a una persona que le acompañase a fallar y decidir para estar libre de esta sospecha. Esta norma está confirmada por la ley única del título 5 del **Ordenamiento de Alcalá**, mandada guardar en las Cortes de Madrid de 1534⁴⁶⁹, y da entrada a la figura del acompañado cuando en la ley se dice que *tome el juez por compañero a un hombre bueno para que libren el pleito ambos y dos de consuno*. En estos casos es el juez, se entiende en comisión y que por interpretación extensiva será también el receptor, el que nombre su acompañado; estos nombramientos los hará el juez por auto, una vez que se haya hecho constar la recusación hecha por alguna de las partes, y en el mismo auto, se mandará que el acompañado jure y **se junte para la probanza**, tomándole el

⁴⁶⁸ P.P. 22.4.3.

⁴⁶⁹ N.R. 1.16.4.

propio juez el juramento de que guardará el oficio de acompañado con fidelidad y guardará secreto.⁴⁷⁰ Desde ahí, y sin que se diese la circunstancia de la recusación o sospecha, las partes tenían la facultad de nombrar ellas mismas a un acompañado para hacer la prueba, que si trasladan aquí los criterios de sospecha que parecen estar en el origen de la justificación de los acompañados, se harían por sospecha de la actuación del comisionado o receptor.

En cualquier caso, la citación a la parte contraria le posibilita, no sólo acudir ella misma al acto del juramento de los testigos, sino también enviar a *persona que los conozca y los vea juramentar*.⁴⁷¹ En el ejercicio de esta facultad, las propias partes o sus procuradores pueden designar a una persona que "**acompañe**" al comisionado o receptor a hacer las pruebas. Su justificación real y última es la misma que da origen a la existencia de receptores de las pruebas o de comisionados para hacer diligencias: la imposibilidad de acudir a lugar o lugares que resultan alejados de la residencia habitual de cualquiera de las personas que son parte en el pleito. Si el juez ha de desplazar a un oficial para que haga la prueba o diligencias en general fuera de su demarcación, o aún dentro de su demarcación, lejos de su sede, la parte utiliza la misma fórmula para asistir a la práctica de la prueba: designa a una persona que le representa, y que por acompañar al receptor o al comisionado, se le da el nombre de acompañado, que va unido a veces al de escribano aunque no se trataba propiamente de un escribano, sino que se le daba esta cualidad por el que acompañaba al escribano comisionado para hacer las pruebas. Este sistema, sin apoyatura normativa, era considerado a finales de la época moderna como **ineficaz y desacreditado** y fue abolido con la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁴⁷²

⁴⁷⁰ GONZÁLEZ DE TORNEO, Ob. Cit. fol. 10.

⁴⁷¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁴⁷² ALCUBILLA, Diccionario de la Administración Española, voz "acompañado".

En la práctica era muy frecuente encontrarse con nombramientos de escribanos acompañados, pero para mejor conocer la mecánica haremos un seguimiento en una Carta Receptoria de prueba librada por la Chancillería de Valladolid en el pleito por caso de corte que se ha utilizado en otras ocasiones, y en el que tanto la demandante, viuda, como el demandado, su hijo residen en Zamora.⁴⁷³ En el documento expedido por la Chancillería como Receptoria, y dentro de las instrucciones que se dan a las justicias, se dice que antes de dar comienzo a la probanza, deberá estar citada la parte demandada (el hijo), para que si quiere dentro del segundo día nombre su escribano acompañado; a continuación se transcribe completo el párrafo, que es muy similar en todos estos documentos, y que es un dechado paradigmático de perífrasis redundantes:

"que se junte con el por Vos nombrado para que por ante ambos a dos pase y se haga la dicha probanza, y no le nombrando dentro del citado término, mandamos pase y se haga por ante el solo por Vos nombrado, la cual valga y haga tanta fe y prueba como si por ante ambos pasara y se hiciera, los cuales sean del Número de la tal citada ciudad, villa o lugar donde la dicha probanza se hubiere de hacer, y a falta de ellos, de los que con Vos asisten a librar en vuestras audiencias y juzgados"

Se puede ver como el oficio de escribano se había perfeccionado para poder abundar en lo mismo con reiteración y exceso. Pues bien, a continuación se cita a la parte que presenta el documento, y hace la manifestación formal de admitir que si a la otra parte quiere nombrar escribano acompañado, al que nombre se le tendrá por nombrado y al que recuse por recusado. Una vez que la carta receptoria es notificada al Alcalde Mayor de Zamora, y de nuevo a ambas partes, el demandado, que es la parte contraria a la que ha pedido la prueba, en la que después de explicar el objeto del pleito y la situación en la que se encuentra (explicación siempre

⁴⁷³ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

superflua y reiterativa que lo único que suponía era un mayor volumen de escritura), dice, que se le ha notificado la receptoría

"y según en la misma se previene, y usando mi parte de las facultades que por dicha Real Provisión se le conceden [...] nombra por Escribano acompañado de Juan González Serrano nombrado por Vd. a José Rodríguez Crespo, escribano también de este numero. A Vd. pido y suplico se sirva tenerle por nombrado, y mandar que no siendo por ante el Escribano nombrado por mi parte y con su precisa asistencia no se proceda al examen de los testigos nombrados"

A esta petición se accede por decreto, y una vez comenzado el examen de los testigos, en el acta de la probanza consta que se hace *ante nos los escribanos, actuario y acompañado*, es decir presentes los dos Escribanos. El motivo o finalidad principal por el que asisten estos acompañados es el de hacer posible la tacha de los testigos en el caso de ser necesaria, de ahí que su presencia se entienda y justifique como una garantía de objetividad de los testigos aportados como prueba. Esta forma puede variar, como ocurre con otro pleito, también por caso de corte entre una viuda y los hijos de su marido.⁴⁷⁴ En este caso, la demandante apodera a procurador para que asista a la prueba de testigos que se celebrará en Bemibre; el procurador comparece ante el juez Comisionado y presenta, con el poder, una petición por la que solicita se admita como escribano acompañado a un escribano del número de Ponferrada; por Decreto se admite al propuesto como acompañado, al que a continuación, "in continenti" se le notifica el nombramiento que lo acepta jurando ante el Juez comisionado hacer bien y fielmente el oficio para el que es nombrado. Igual que en el ejemplo anterior, al comenzar a examinar a los testigos, el juez comisionado, que no es otro que el Corregidor de Bemibre, toma juramento a los

⁴⁷⁴ CHA. VALLA. P.A. 3558-1

testigos, ante el **escribano originario y el comisionado** que están presentes en el momento de la prueba. La exigencia del juramento y aceptación del cargo no parecía necesaria, y no se hacía siempre, ya que este requisito formal es más propio de aquellas circunstancias en las que una persona ajena al pleito es llamada para aportar datos específicos, tales como los peritos o los intérpretes; pero al acompañado no se le pide más aportación que la de su presencia, además, el hecho de que el cargo recaiga con frecuencia en escribanos del número, hace pensar que por la propia cualidad de su oficio no necesita jurar el fiel cumplimiento de su cometido. Finalmente, la función de estos oficiales en las pruebas, no era otra que la de garantizar su correcta llevanza por el juez y el escribano ante los que se hacían, pero sobre todo su presencia estaba dirigida a la posibilidad de poder presentar las tachas que considerasen necesarias a los testigos que presentase la parte contraria a la que representaba.

8.5. El juramento como requisito previo al examen de los testigos.

Al relacionar y estudiar los requisitos que se exigen a una persona para que sea válida su declaración como testigo ya hemos visto que el juramento previo y hecho ante el juez o receptor es una de las exigencias formales que se plantean como ineludibles en las dos pruebas subjetivas principales, la confesión y los testigos. El juramento en sí, solo una fórmula utilizada con gran profusión en todo el ámbito del proceso antes de la codificación, e incluso después de esta etapa, no varía si es prestado por la parte, el confesante o un testigo; ahora bien, conviene tener en cuenta las especificidades dentro de la prueba de testigos. Pues ningún testigo debe ser interrogado sin jurar, y lo dicho y declarado en esta circunstancia no tiene valor;⁴⁷⁵ pues debe el

⁴⁷⁵ P.P. 23.16.3

juez recibir su juramento antes que su testimonio,⁴⁷⁶ para que sea válido lo dicho en la prueba. Se trata de que los testigos juren **que dirán la verdad delante de la otra parte** como un paso previo a la declaración que no hace sino darle la garantía de veracidad y por lo tanto de validez. De todas formas, a esta exigencia ineludible parece que puede haber alguna excepción; en primer lugar, están excusados de jurar los testigos cuando ambas partes consienten en ello, pues se admite su probidad, o cuando se toma declaración a alguna mujer para que atestigüe sobre si alguna otra está embarazada o no, siendo válidos estos dichos sin el juramento.⁴⁷⁷ En la misma ley de **Las Partidas** mencionada se hace referencia a la necesidad del **señalamiento** para el juramento, señalamiento que se ha de notificar a las partes para que estén presentes si así lo desean, sin que pueda suspenderse en caso de que no compareciesen.⁴⁷⁸ Este señalamiento, que no es otra cosa que la fijación procesal de un momento para la realización de determinados actos, puede incluso ser solicitado por la propia parte, en el momento en el que se le notifica el auto de admisión del interrogatorio, pidiendo que se señale día y hora para ver juramentar a los testigos que la otra parte presente, o bien exigiendo que el propio juez los juramente y examine por su persona, en cuyo acto quiere hallarse presente. Si el escribano hace constar estas manifestaciones en la diligencia de notificación, es el propio escribano de la probanza el que hará el señalamiento, incluso en el mismo acto anterior, diciendo a que horas de la mañana o de la tarde pueden ser presentados los testigos en el oficio del escribano que corresponda o en la audiencia del juez: indudablemente, este señalamiento hay que notificárselo a la parte que pretende hacer la prueba para que acuda eficazmente a estar presente en las interrogaciones de los testigos. Este momento

⁴⁷⁶ Ibidem.

⁴⁷⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 87.
P.P. Ibidem.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104

⁴⁷⁸ SALA, Ob. Cit. Pág 202

del juramento previo con la presencia de la parte contraria tenía la finalidad de evitar que pudiesen intervenir en el juicio testigos falsos o rechazables, por lo que estaba facultada la parte para presentar tachas contra los testigos de la contraria.⁴⁷⁹ Así planteado el acto de jurar adquiere su propia entidad procesal, como una actuación previa a la prueba en sí y específica en cuanto a su contenido; de ahí que el acto de juramentar a los testigos pudiese estar constituido por la jura de todas aquellas personas que la parte pretenda presentar como testigo, aunque luego prescindiera de alguno y no se interrogara a la totalidad de los presentados y juramentados *porque no hay ninguna ley que lo prohíba, ni de ello resulta el más leve daño al que los presenta ni a su contrario.*⁴⁸⁰ En la práctica lo normal era que se confundiesen los dos actos, el de jurar y el de contestar a las preguntas, tomándose el juramento una vez que el testigo comparece a declarar y con carácter previo a la formulación de las preguntas. Pero también podía ocurrir, que una vez juramentados los testigos que se presentan por las partes, no se pueda recibir en ese momento la declaración a todos, pudiéndose posponer en este caso su examen,⁴⁸¹ y para que el juramento tenga efecto hasta ese momento se debe por el escribano hacer constar en los autos que el testigo ha jurado dentro de tiempo hábil, firmando si es que sabe hacerlo, y en el momento de hacerle las preguntas, al comenzar la declaración, hacer constar que la hace en virtud del juramento prestado en su día, que en ese momento reitera.⁴⁸²

" Pareció por testigo Francisco Alvarez, vecino de San Estaban del Toral de esta jurisdicción, al cual Su Merced por ante nos los escribanos, tomó juramento por Dios Nuestro Señor y una señal de

⁴⁷⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 240.

⁴⁸⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 141.

⁴⁸¹ Esta demora en la declaración puede ser a solicitud de la persona llamada a testificar, para poder comprobar determinados datos para responder así con mayor exactitud. TAPIA, Ob. Cit. Pág. 149.

⁴⁸² Ibidem.

la Cruz en forma, como se requiere, bajo de él prometió decir verdad, y siendo preguntado a tenor del interrogatorio de preguntas.[...] ⁴⁸³

Se hacen por lo tanto simultáneamente jura y declaración, según van compareciendo los testigos de uno en uno, y no conjuntamente como un acto exclusivo de jurar antes de que el juez les reciba las declaraciones. Aunque si esto ocurre, en el acta sólo se recogerá completo el primer juramento que se haga, pues en los demás basta decir que fue recibido juramento en forma; esta fórmula abreviada, podía estar siendo utilizada en las audiencias, y parece que tenía el sentido de simplificar las actas de prueba, pues aunque el juramento materialmente se hubiese tomado con anterioridad al comienzo de las preguntas, se hace constar precisamente en este momento. ⁴⁸⁴

En cuanto a la forma de hacer el juramento, no hay que olvidar que en esencia es eso, **una fórmula destinada a hacer creíble lo que a continuación se dirá.** En la práctica se hacía de forma muy abreviada y simple y sin variaciones de un lugar a otro y de un pleito a otro. No deja de ser una dato a tener en cuenta en lo que se refiere a la exigencia y valor que el juramento tenía en la práctica, el hecho de que la mayoría de los autores, desde luego los más prácticos y menos teóricos, incluyen en sus obras las fórmulas para jurar, con pocas variaciones en cuanto a lo esencial, que es el decir verdad de lo que supiese en razón del pleito sobre el que es preguntado, no interviniendo falsedad, ni por amor u odio, miedo o daño, dejará de decir la verdad de lo que sabe ni todo lo que sabe sobre el pleito. Otra obligación más se impone a la persona que jura, y es la de no describir a ninguna de las partes lo que dijo, hasta que no se hayan publicado las pruebas, ⁴⁸⁵ pues de este modo se evita la corrupción y soborno de otros testigos , ya que las

⁴⁸³ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

⁴⁸⁴ CARVAJAL, Bartolomé. Instrucción y memorial para Escribanos y jueces ejecutores [...]

⁴⁸⁵ P.P. 24.16.3.

respuestas que se excedan a la pregunta no serán conocidas de otros testigos que han de responder con posterioridad.⁴⁸⁶ Aunque en la fórmula que se contiene en esta ley se dice que el testigo ha de poner las manos sobre los santos Evangelios y otras cosas, no se observaba esta práctica y en vez de ello se juraba sobre la cruz.⁴⁸⁷

Por último, hay que tener en cuenta respecto del juramento de los testigos determinadas observaciones que derivan exclusivamente de la práctica en la prueba testifical. Si el testigo juraba que contestaría con verdad a todo aquello que se le preguntase, estaba limitando la garantía del juramento al contenido exclusivo de la pregunta, sin que pudiese excederse de sus límites, pues si, al contestar añadía hechos o circunstancias que conocía pero sobre las que no era preguntado, podía cualquiera de las partes **impugnar lo declarado** argumentando haberse excedido de los particulares contenidos en las preguntas y no haber juramentado este exceso en sus respuestas. Para evitar que esto ocurriese, debería el escribano o el juez, al recibir el juramento de los testigos, pedirles que lo hiciesen *diciendo cuanto supiesen y sea concerniente a los hechos de aquel pleito por ambas partes, aunque sobre ello no sea preguntado.*⁴⁸⁸ Con esta nueva fórmula procesal se juraba **a priori** que será cierto todo lo que contesten y digan al ser preguntados, aunque no esté contenido en las preguntas, pues si se tiene que ceñir el testigo en su respuesta a la literalidad de lo que la pregunta contiene, puede estar faltando a la verdad de parte de los hechos, con lo que su respuesta estaría viciada por contener un error.

8.6. El examen de los testigos ante el juez o receptor de la prueba.

⁴⁸⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 140.

⁴⁸⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 140.

⁴⁸⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 140.

Una vez que se les ha recibido el juramento a los testigos, se comenzará a hacerles las preguntas del interrogatorio, *separadamente y por cada pregunta o "artículo" del interrogatorio en particular, anotando su respuesta, y razón que diere por vista, oída, ciencia o creencia si de ella fuese preguntado; esta declaración se debe leer a los testigos para que la confirmen.*⁴⁸⁹ De esta narración de como se ha de desarrollar las declaraciones de los testigos en un pleito, se puede deducir los aspectos fundamentales a tener en cuenta:

1º.- los testigos tienen que ser examinados separadamente.

2º.- para el interrogatorio se tiene que seguir el pliego de preguntas presentado.

3º.- lo dicho por los testigos debe estar documentado en un acta.

4º.- una vez hecha la declaración y su correspondiente documentación, se le debe leer al testigo para que ratifique el contenido del acta.

Pero antes de pasar a desarrollar estos cuatro aspectos del hacer de la prueba de testigos, considero fundamental las consideraciones y recomendaciones que los prácticos hacen a los escribanos en cuanto a la forma de hacer una prueba de testigos.⁴⁹⁰ Partiendo de la circunstancia de que son estos oficiales los que en la mayoría de los casos examinan a los testigos, se considera como la **actividad más importante del ejercicio del oficio de escribano**, ya que los pleitos se fallan en base a la prueba testifical, por lo que deben poner todo su estudio y explicación en esta materia.⁴⁹¹ Los autores prácticos que gustan de dar consejos en sus manuales insisten en la

⁴⁸⁹ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 300.

⁴⁹⁰ Estos consejos dirigidos a los escribanos y demás oficiales de justicia en cuanto a la necesidad de actuar correctamente en la toma de declaraciones a los testigos, no sólo se hace teniendo en cuenta los casos en los que el escribano actúa por comisión o delegación de otro juez, sino que no podemos olvidar lo dicho anteriormente sobre la realidad de las pruebas y su práctica por los escribanos y sus auxiliares, sin que existiese un mandato procesal para ello, sino simplemente por la dejación que los jueces hacían de esta función y obligación de inmediatez.

⁴⁹¹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 33. Continúa diciendo el autor, que deberán *suplicar a Dios nuestro Señor los alumbre y ayude para que sin pasión, odio ni amor particular procedan, mayormente en quitar vidas, honras y haciendas; pues estando sin pasión el entendimiento, ayuda Dios a los que desean acertar; y de otra manera se ofusca y sujeta a cualquier color de justificación, para proceder errando.*

trascendencia del hecho del examen de los testigos por el escribano.

“Es cosa cierta que lo mejor y principal del oficio [de
escribano]
es saber examinar un testigo, y la mayor parte de la justicia de
las partes va en ello, porque por las provanzas se determinan los
pleitos, a lo menos todos los que consisten en provanzas. Y como
por la mayor parte los escribanos y no los jueces (sino raras veces)
examinan los testigos, ay gran necesidad que en esto sean
especiales
hombres, y busquen todos los avisos del mundo que pudieren

Si los pleitos se suelen fallar en base a lo que se prueba, y si los hechos se prueban fundamentalmente por testigos, es de trascendencia aquello que los testigos respondan a las preguntas que les formule la parte que los propone; y si el fallo ha de emitirlo el juez en base a lo que se encuentra documentado en las actuaciones, se puede valorar la trascendencia de lo que se haga al interrogar a los testigos y lo que en consecuencia se recoja en el acta. Si además, se tiene en cuenta que los escribanos actuaban como comisionados del juez de la causa, la trascendencia de su actuación en este tipo de prueba radica en dos aspectos fundamentales: actúan como juez y como escribano, es decir, en su forma y arte de dirigir las preguntas a los testigos, y en su oficio documentador, está el resultado final de esta trascendente actuación en el proceso de la que en la mayor parte de las ocasiones depende el resultado final de pleito. Así lo entienden los autores prácticos, como se puede ver en el mensaje que dirige TAPIA a los escribanos:

"la habilidad y la destreza del escribano en los pleitos consiste en saber examinar los testigos, a fin de no perjudicar a los litigantes, mayormente cuando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto, como que ejerce oficio de juez en virtud de la comisión que este le confiere, no debe llevar otra mira ni objeto que el de investigar y aclarar la verdad, sin pasión por ninguna ni otra parte. A este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que están concebidas, y del fin al que se dirigen, para explicarlo a los testigos, y evitar que tal vez declaren con error o

falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al revés la pregunta, como suele suceder, y hasta que evacuen, no les ha de leer ni examinar por la siguiente, sino cada una con separación: lo mismo ha de practicar con la parte, cuando se la pide que jure posiciones al tenor de los diversos capítulos"⁴⁹²

Se puede deducir el gran valor que se daba al acto de interrogar a los testigos por la gran trascendencia que se otorgaba a su resultado, de ahí que se hiciese necesario un control de la forma en la que los comisionados y los jueces interrogaban a los testigos, mediante consejos para evitar *la mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima*⁴⁹³ que podía suponer para las partes y para el resultado de la contienda un examen incorrecto de los testigos.

En primer lugar deberán ser examinados los testigos en la sede del órgano jurisdiccional, salvo las excepciones de traslado del juez al domicilio del declarante por enfermedad o por circunstancias personales especiales;⁴⁹⁴ ahora bien, la sede para la práctica de las pruebas es distinta según quien sea el oficial que hace las preguntas. En los casos en los que el propio juez de la causa, tomará declaración a los testigos en el lugar en el que físicamente tenga la sede el órgano al que pertenezca, o bien en su propia casa, que era el lugar en el que despachaba con el escribano y veía los autos. Incluso se podía señalar un lugar para la audiencia que no coincidía ni con la casa del juez ni con la sede del órgano, sede que en la mayoría de los casos se situaba en el lugar que el Concejo cedía para estos fines, por causas de espacio, o simplemente por imposibilidad de hacer la prueba en otro lugar del pueblo, se podía habilitar una casa particular para hacer las pruebas. En estos casos se ponía por diligencia o fe del escribano en los autos haciendo constar *haberse dado principio a la prueba mandada extender en este día*

⁴⁹² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 146.

⁴⁹³ Ibidem.

⁴⁹⁴ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 32.

en la casa auditorio de Juana Airanoba, vecina de esta villa.⁴⁹⁵ Pero si era un escribano el que actuaba como juez comisionado o receptor de las pruebas, debería recibir a los testigos en el lugar en el que estuviese situado su "oficio" si era el escribano de número, y si se trataba de un oficial de tribunal enviado como receptor, solicitaría de las justicias del lugar que se le habilitase una sede, que no siempre coincidía con la casa del juez o el oficio del escribano, pudiéndose tratar de un lugar público o una casa privada como ya se ha visto.

En segundo lugar cada testigo debía ser examinado secreta y separadamente de los demás sin que estos, las partes u otra persona le vean declarar, ni sepan lo que respondió ni lo que se le preguntó hasta que se haga la publicación de las pruebas.⁴⁹⁶ La incomunicación de los testigos siempre se vió como una garantía de veracidad en las declaraciones y de no influencia por conocimiento de las preguntas y las respuestas. De ahí la exigencia que no sólo era de la práctica, sino que tenía su refrendo legal. Ninguna de las partes podría saber lo que los otros testigos dijeron,⁴⁹⁷ pues podían hacer llegar su conocimiento al resto de los testigos antes de que fuesen interrogados; a los que ya se había interrogado, debía el receptor y el juez encargar al testigo que no declare ni diga cosa alguna de lo que se le había preguntado, ni de su respuesta hasta que se haga la publicación de la prueba.⁴⁹⁸ Es por lo tanto el examen por separado de los testigos una manera de evitar influir a los demás testigos que se le ha de tomar declaración; y este examen por separado incluye la necesidad de que los testigos no se comuniquen entre sí mientras duren los

⁴⁹⁵ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

⁴⁹⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 150.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104.
JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 30.

⁴⁹⁷ P.P. 27.16.3.

⁴⁹⁸ N.R. 8.6.4.

interrogatorios, siendo la forma más sensata la de que los testigos esperen a las puertas de la sede, y una vez que han declarado no pueden salir de esta hasta que no se concluya la prueba, pues el juez debe apartar a los testigos de manera que ningún otro le oiga lo que diga.⁴⁹⁹

En tercer lugar los testigos debe ser examinados conforme al interrogatorio de preguntas y poniendo el escribano un especial cuidado y atención. Al hablar del interrogatorio de preguntas ya se ha explicado cómo se forma y que requisitos ha de reunir para que sea válido, ahora sólo hay que mencionar la obligación que tiene el oficial de justicia que recibe la prueba en observar el orden de las preguntas, y por supuesto su contenido. Así, una vez recibido el juramento, se le deberá preguntar por la primera pregunta del interrogatorio que es la del conocimiento de las partes y de la noticia de la cosa sobre la que se funde el pleito; a continuación se le preguntará sobre la llamadas **generales de la ley**, es decir, la edad que tiene el testigo, si es pariente de alguna de las partes y si lo fuere en que grado de consanguinidad o afinidad; si es amigo o enemigo, o si ha sido sobornado, rogado o inducido por halagos, temores, promesas o dádivas para que no diga la verdad, o si bien tiene interés en que alguna de las partes venza en el pleito sobre la otra; no se debe hacer constar en el acta todo el contenido de las preguntas generales, sino sólo la referencia a que se le hacen al testigo este tipo de preguntas.⁵⁰⁰ Desde ese momento, han de comenzar las preguntas que se refieren al hecho del negocio, siendo la primera de éstas en la que se articula el objeto principal del pleito y la causa fundamental por la que se pide. En cuanto a la forma de estar redactadas estas preguntas para que el juez o el escribano se las lean al testigo, **Bartolomé Carvajal** nos hace una curiosa observación sobre su **redacción** al explicar

⁴⁹⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 203.

⁵⁰⁰ BARTOLOMÉ CARVAJAL aclara que estas preguntas del interrogatorio, si se hacen constar en el acta completas y duplicadas, suponen un perjuicio para las partes, pues sobre todo en los pleitos de Chancillerías y Audiencias que llevan vista, pues "a secretarios, relatores y demás oficiales de justicia se les paga más como tenga el proceso más volumen. CARVAJAL, B. Ob. Cit. folio 3.

que las preguntas contienen varios extremos, poniendo al principio dos o tres artículos, los más difíciles de probar, y acabando la pregunta con otro artículo notorio y muy probable, ya que terminada de leer la pregunta al testigos lo que permanece en la memoria inmediata son las últimas razones, a las que contesta, pero que en realidad su respuesta afecta a los aspectos anteriores o primeros de la pregunta. De esta práctica nos dice el autor que resultan graves inconvenientes para las partes, como si el juez no se da cuenta en el momento de ver el pleito, da por probado todo el contenido de la pregunta, o bien el testigo al no entender la pregunta y responder inadecuadamente, está faltando a su juramento de responder a la verdad, pues la pregunta contiene otras razones que da por ciertas sin serlo.⁵⁰¹ Añadido a esta circunstancia está la realidad que se producía con frecuencia como era el hecho claro de que los testigos *mienten a rostro firme* ya sea por odio, pasión o soborno, o bien encubren y velan los hechos de tal manera que los desfiguran, sin tener en cuenta, no sólo su juramento sino también el grave daño que causan y del que son responsables; es por ello, que para evitar todos estos inconvenientes, la ley por un lado, pero sobre todo la práctica de hacer la pruebas fue creando un método de interrogar a los testigos que intentaba evitar el equivoco, las disfunción, el error, e incluso la mentira o la falsedad, circunstancia esta última más difícil de evitar por los miembros de la justicia que intervenían en la elaboración de las pruebas, pues era puramente subjetiva y dependiente únicamente de la voluntad del testigo de faltar a la verdad o falsear algunos de sus aspectos, sin que las cautelas pudiesen evitar que esta realidad se produjese.

Al llegar a este punto hay que entrar en los **consejos que se dan a los escribanos para la forma de recibir las pruebas**. Está claro que se les está atribuyendo una gran responsabilidad, que es la de llegar hasta el testigo con la pregunta haciéndosela comprender, y a continuación

⁵⁰¹ Ibidem.

comprender su respuesta con las aclaraciones necesarias, pues sólo así puede quedar garantizada la veracidad, autenticidad y eficacia de la prueba de testigos, en un sistema procesal en el que por ley pocas veces es el mismo juez del pleito el que interroga a los testigos, y por práctica viciada y disfuncional de los escribanos, jueces y oficiales de justicia, se asumen por personas distintas a las que han de poner la sentencias los cometidos de interrogar correctamente a los testigos, que las partes hayan propuesto como medio de probar sus pretensiones. Para que esta actuación sea correcta, deberá el escribano *desmimbrar* la pregunta para ver cuantos apartados tiene, separándolos de tal manera que quede satisfecho de como lo entiende; y ha de hacer entender al testigo cada artículo de los que en cada pregunta hay, leyéndole el primer artículo de cada una de las preguntas, y una vez hecho entender, el testigo ha de responder lo que sabe a este punto, incluyendo la razón de cómo y por qué lo sabe. Y una vez enterado y satisfecho el escribano de la respuesta del testigo a este primer apartado, continuará por los demás que tuviere la pregunta, dando de cada uno su razón bastante, sin que se mezclen las fuentes del conocimiento en unas partes y otras de la pregunta.⁵⁰² Es más, una vez que se le haya instruído al testigo del contenido de cada pregunta y sus correspondientes apartados, *deberá el escribano mirarle atentamente a la cara como que le está leyendo y penetrando su corazón, oírle con agrado y mansedumbre, sin interrumpirle mientras hable, referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió* haciéndole las preguntas necesarias para llegar a la verdad, mirándole todavía a la cara.⁵⁰³ Así lo explica la ley de PARTIDAS: desde que el testigo comience a hablar debe el juzgador escucharle mansamente y callar hasta que haya terminado, fijándose en la cara. Cuando termine de hablar el testigo deberá decirle el juez:” *ahora escúchame a mí pues quiero que oigas si entendí bien,*

⁵⁰² Ibidem.

⁵⁰³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 147.

repitiéndole entonces lo que el testigo dijo".⁵⁰⁴ Este consejo/obligación que se impone al juez o al escribano no es gratuito, pues basa su necesidad en que en la cara del testigo, observándola correctamente, se puede saber si éste está o no mintiendo. Pero además de mirarle a la cara y de penetrar en su corazón, deberá el escribano que interroga hacer al testigo una serie de preguntas, que se pueden ver como complementarias y destinadas a fijar la respuesta de acuerdo con lo que se pregunta al testigo. Para que el examen del testigo sea correcto, se deberá tener en cuenta **diez circunstancias** que resumidas serían:

Auditus, visus, personae, scientia, causa, fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.

El desarrollo de estas máximas, supone preguntarle al testigo **si oyó** a los litigantes o a otra persona decir lo que está contestando, y en ese caso, cuando, en que lugar y nombre de la persona que lo dijo. Si el testigo **vió** lo que ocurrió, en que día, a que hora y en que lugar sucedió, y quienes estaban presentes en el caso de que se recuerde la concurrencia con otras personas. Se le debe preguntar si **conoce** a los litigantes, desde cuando, por que motivo, y por que sabe aquello sobre lo que declara. También se le debe preguntar si sabe cual fue la **causa** del **hecho litigioso** y de que el pleito se hubiese planteado: en el caso de que esté seguro de que es cierto lo que responde, deberá decir en que se basa su certidumbre, y si sólo lo creyese deberá decir el por qué de la falta de certeza. En cuanto a la fama de lo que conoce el testigo, se le deberá preguntar si existe la **fama pública** en el lugar, desde cuando empezó a divulgarse y si esta circunstancia es anterior o coetánea con el comienzo del pleito.⁵⁰⁵

Siguiendo en la línea de aconsejar a los escribanos la mejor y más correcta manera de

⁵⁰⁴ P.P. 26.16.3.

⁵⁰⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 146. El autor en este punto se refiere a la **causa 37, libro 2 Decretal título 20 "de testibuse attestationibus"**
P.P. 29. 16. 3. in fine

hacer las preguntas a los testigos, en Chancillería se les recomendaba, que después de haberles hecho las llamadas preguntas generales, y siguiendo con las del interrogatorio, deberá cada una de estas preguntas dividirse en **cuatro partes**, preguntándoles **si saben, creen, vieron y oyeron decir**; si el testigo dice que lo sabe, en **primer lugar** se le preguntará cómo y de qué manera lo conoce; y si dice que lo vio ha de explicar **en segundo lugar** cómo y donde lo vio y quienes estaban presentes y en que tiempo ocurría; y si el testigo dice que lo cree, ha de expresar en **tercer lugar** en que basa su conocimiento, diciendo **en cuarto lugar** a que personas oyó la información si esta procede de terceros.⁵⁰⁶

Si a todo lo anterior el testigo no contesta con suficiente credibilidad, dudando o contradiciéndose, será obligación del juez o del escribano el **intervenir** para que las respuestas se puedan aclarar o ser más exactas, no ateniéndose a lo estrictamente contestado por el testigo aunque de su respuesta se desprendan dudas para hacerla creíble. En estos casos, se le deberá relatar las contradicciones para que las aclare, o bien hacerle preguntas periféricas que consigan fijar mejor la respuesta, tales como que tiempo hacía, a que hora ocurrieron los hechos, o como estaban vestidos los presentes; todos estos son datos que pueden aportar circunstancias que contrastadas con las respuestas de los otros testigos hagan más auténtica la respuesta dada por el testigo, descubriendo la mentira y sabiendo si el testigo está o no sobornado. Ahora bien, para hacer esto, *el Escribano deberá desnudarse de toda pasión, y prescindir de consideraciones que influyen muchas veces en daño de las partes, faltando a su obligación.*⁵⁰⁷

Finalmente, en cuanto al arte de preguntar a los testigos y sus respuestas, el juez, el escribano o el receptor se pueden encontrar con una situación que no se encuadra ni en la

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 67.

⁵⁰⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 147.

respuesta clara y llana ni en la que desvirtúa la verdad o directamente miente, y es cuando el testigo, a lo que se le pregunta dice no saber la respuesta; en este caso, se hará constar la contestación para que el juez, en el momento de examinar las pruebas para dictar sentencia tenga en cuenta que la pregunta no se le dejó de hacer correctamente al testigo, pero que a pesar de ello, dijo no saber la respuesta.⁵⁰⁸

En cuarto lugar, y una vez que el juez o el escribano han obtenido las respuestas más correctas de los testigos a cada una de la preguntas del pliego y a sus distintos apartados, les ha dicho lo que ha entendido por respuesta, deberá **documentarlo en los autos**, pues el juez debe estar asistido de escribano en el acto de las pruebas.⁵⁰⁹ Quizás sea en la práctica de estos actos procesales de prueba en los que adquiere mayor peso la labor documentadora que tenían encomendada los escribanos en el proceso. Si la escritura procesal confiere a los pleitos su materialidad, es decir, **los autos**, es precisamente en este momento en el que adquiere su auténtico valor de necesidad emergente para que lleguen al plano de la realidad procesal las actuaciones en las que en principio prevalece la oralidad sobre la escritura. Tanto en la confesión como en el examen de testigos es el escribano el encargado de dar forma a lo que se pregunta y a lo que se responde, y su gran trascendencia radica en que una vez hecha el acta de todo lo que allí se ha dicho, **este documento tiene el valor de ser la base sobre la que se ha de decidir el resultado del pleito**; de ahí que en los manuales para escribanos se incida insistentemente en la forma en la que se han de documentar estos actos procesales. Si los primeros escritos iniciales y sus posteriores alegaciones son la base del planteamiento de la litis, no cabe duda que la convicción del juzgador sobre su veracidad y realidad nace de cómo se prueben estas

⁵⁰⁸ BARTOLOMÉ CARVAJAL, Ob. Cit. fol. 4.

⁵⁰⁹ P.P. 26.16.3.

circunstancias allí contenidas; y se debe tener en cuenta que mientras en los escritos de las partes, son estas las que dicen y contradicen, en la documentación de la prueba es el escribano, como único oficial de justicia autorizado, el que construye la realidad documental sobre la que se basará el fallo, por lo se entiende el cuidado con el que ha de confeccionar el acta procesal. Pero aún hay más, de todo el desarrollo de la práctica de pruebas, se ha visto cómo podía ocurrir que era el propio escribano el que preguntaba y el que documentaba, situación que aunque en un principio puede parecer de mayor autenticidad, está haciendo que se confundan dos intervenciones funcionales muy distintas procesalmente hablando: la función de intermediación del juez y la de documentación del escribano. Ahora bien, esta confusión funcional no se transcendía a los autos, es decir, si era el escribano el que hacía las preguntas que le correspondía hacer al juez, en el acta de la prueba no aparecía este particular, sino que era el propio juez de la causa o el comisionado el que dirigía las preguntas al testigo y entendía las respuestas que éste daba. Y eran precisamente estas respuestas de los testigos el contenido de las actas de prueba, pues se recogía aquello que los testigos decían a las preguntas que únicamente se enumeraban según el orden que contenía en el pliego o interrogatorio de preguntas.

Finalmente, es importante tener en cuenta que si el interrogatorio de los testigos se hacía secretamente, las partes tenían acceso al resultado de esta prueba solamente cuando se les exponían las actas y su contenido, resultado que les era imprescindible para poder confeccionar las alegaciones finales o de bien probado.

De las normas en las que se regulan las actuaciones de los **receptores de pruebas** de Chancillería recoge la Recopilación varias de ellas dadas entre 1503 y 1534 en las que se reitera que los receptores *pongan a la letra los dichos de los testigos, sin mudar palabra ni aclararla, sino como lo dicen*, continúa la norma ordenando la forma en que deben ser escritos los

"registros" de las pruebas: sin abreviaturas, ni juntando la letra, dejando márgenes, *y no dándole a escribientes que lo alarguen y extiendan*.⁵¹⁰ Se refiere esta ley a dos aspectos de la documentación de la prueba. El primero afecta a la sustantividad de lo dicho y declarado por los testigos, pues deben los receptores recoger **a la letra** lo que los testigos han contestado sin cambios ni aclaraciones, y el segundo se refiere al aspecto formal de la escritura del acta que resumen una intención de **claridad** que en la práctica se veía lesionada con las abreviaturas judiciales y el descuadramiento de la página; es de gran importancia por su trascendencia que se prohíba encargar la escritura a terceros que puedan alargarla y extenderla; se ve en este mensaje la preocupación por evitar el vicio en el desarrollo del oficio de escribano y de sus ayudantes de alargar y aumentar lo que se escribe para así conseguir que crezca su fuente de ingresos. En general, esta ley, que como se ha dicho fue reiterada en varias ocasiones, es una imagen de lo que intentaba evitar y que en la práctica ocurría, como era que las actas de las respuestas de los testigos las extendían terceros que no conociendo bien cual debía ser su cometido, o simplemente su oficio, cambiaban lo que el testigo decía dando otro sentido a la prueba. Pero pese a lo que la ley real dispone, en cuanto a que las declaraciones de los testigos deben estar recogidas "a la letra" y no en abreviatura, escribiendo lo que dice el testigo sin hacer alteraciones ni aclaraciones a lo que ha dicho, la práctica que se venía observando era la de hacer la redacción en tercera persona, y más bien recogiendo la esencia de lo que ha dicho el testigo, que no su contestación literal.⁵¹¹ La práctica fue haciendo que los dichos de los testigos se pusiesen en términos claros, inteligibles y bien sonantes, sin que por supuesto se varíe el contenido esencial de la respuesta, consiguiéndose así que se entiendan mejor los hechos, pues en el caso de que el testigo no fuese

⁵¹⁰ N.R. 11.22.2.
No.R. 5.11.11.

⁵¹¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 46.

instruido (*rústico*⁵¹²) puede ser que lo que contesta cree confusión en lugar de ser una verdadera declaración pues *cuesta muchísimo trabajo entender a algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen para que lo entiendan y vean que los entienden.*⁵¹³ Esta especie de traducción al lenguaje más común e inteligible de lo que pueda contestar un testigo a lo que se le pregunta, puede suponer un riesgo si los escribanos no actúan con corrección y prudencia, no alterando las voces que sean correctas para explicar la intención del testigo y colocarla en el plano jurídico, de ahí la desconfianza que desprendía esta práctica para los autores que consideraban mejor camino el cumplimiento estricto de la ley.⁵¹⁴ En realidad, lo que debía hacer un escribano era *escribir lo sustancial sin dejar de escribir lo necesario*, pues por tendencia a abreviar o por el contrario, a escribir más de lo necesario se pueden causar daños irreparables a las partes haciendo que la prueba resulte sospechosa para el juez y desconfiando de su autenticidad, o bien, si se ha escrito más de lo necesario, pueden los jueces sentirse confusos, sin que encuentren más justicia en lo abigarrado de los escritos.⁵¹⁵

La situación era divergente entre la legislación, la práctica y lo que pensaban los autores más

⁵¹² Cuando los testigos no eran personas con mínima instrucción, tales como pastores, labradores y otros oficios, se podía producir otro inconveniente en la práctica que también correspondía a los escribanos cuidar de que no afectase al resultado de la prueba. Se trataba de la utilización de voces latinas con frecuencia usadas por los letrados; en estos casos deberá el escribano receptor, hacérselo entender al testigo, y si el mismo no lo supiera traducir, pedirá ayuda a algún letrado o persona próxima para que colabore. En cualquier caso el vocablo en latín como aparece en el pliego se deberá hacer constar en el acta al margen de la pregunta. BARTOLOMÉ CARVAJAL, Ob. Cit. fol. 5.

⁵¹³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 150.

⁵¹⁴ Ibidem. Remite el autor a Febrero en su comentario.

⁵¹⁵ BARTOLOMÉ CARVAJAL, Ob. Cit. fol. 4. Continúa el autor explicando que "por hacer el escribano muchas hojas y llevar él más derechos, dan causa que las partes se gasten y se hagan los pleitos inmortales; que la probanza se pudiera hacer en cien hojas hacen quinientas, y el relator y secretario llevan a ambas partes tres o cuatro veces más vista y derechos de lo que llevara si el receptor hiciera lo que debía. Los letrados llevan más que el doble por ver los pleitos y procesos, y también, lo que es peor es, que como hacen tanto volumen el pleito, que se podría ver en una audiencia y en menos, dan causa que duren tres o cuatro audiencias, y siempre se muda un juez a otra sala [...]. Y así son inacabables, y también dan ocasión a que se despachen el término de los pleitos que se pudieran despachar, y otros muchos inconvenientes que era mucho papel para referirlos, y aquí se puede decir porque la codicia es raíz de todos los males, pues la codicia de hacer el escribano receptor hojas lo acarrear y es causa de todo.

críticos. Por un lado la norma imponía al escribano la obligación de recoger en el acta de la prueba todo lo que el testigo dijese en su respuesta, como un medio de evitar lo que ocurría en la práctica, y que era que por resumir las respuestas, éstas se podían ver alteradas, unas veces por la poca práctica del escribano o por su poco cuidado, y en otras ocasiones variando el contenido de la respuesta *pues hay escribanos que tienen las plumas venales y pervierten la verdad*,⁵¹⁶ pero el sentido común y el hacer forense hacía ver claramente que la contestación literal del testigo no era necesario recogerla completa, por lo que era inevitable resumir y trasladar al acta sólo lo esencial de la respuesta. Y aquí era en donde radicaba la importancia de la actuación del escribano en la prueba de testigos: precisamente en la concisión y precisión con la que debían documentar lo que el testigo respondía a cada una de las preguntas, y a cada una de las partes de cada pregunta.

Pero veamos cual era **la realidad cotidiana en la documentación de la prueba de testigos**. Al observar en conjunto varias pruebas testificales la primera conclusión que se extrae es la de la uniformidad en la manera de realizar esta documentación; las fórmulas eran idénticas en los distintos pleitos, aunque geográficamente fueran distantes los lugares en los que se celebraban o seguían; como idéntico era el orden de seguir el desarrollo de las pruebas, respetándose en apariencia lo dispuesto por la ley; digo en apariencia porque estamos ante documentos y no ante realidades, y en estos casos se establece una simbiosis entre realidad y documento que hace imposible conocer en donde se encuentran los límites de una y de otro. En las documentaciones de actos judiciales, se cuenta para su análisis con dos márgenes: uno es el del contenido del propio documento que hace fe o realidad documental lo que de la auténtica realidad recoge; y el otro margen o límite que haya que tener presente es el posible falseamiento

⁵¹⁶ CASTILLO DE BOVADILLA, Política de Corregidores, pág. 276, tomo 2

de esta realidad material al ser documentada, tal sería el hecho de que en acta figurase que el juramento y preguntas se hacen ante el Alcalde o Corregidor, cuando sabemos, por otras informaciones que era frecuente que los jueces no presenciasen la mayoría de las pruebas de testigos. Es importante tener presente esta circunstancia para extraer de las declaraciones de testigos lo que puede ser auténtico y de acuerdo con la realidad del acto procesal.

El encabezamiento de la prueba se hacía con el lugar y la fecha, la constancia de ante quien se hacía la prueba, alcalde ordinario o mayor, juez de la causa, o juez de comisión, y la presencia del escribano, excepto en el caso de hacerse la prueba ante el juez de comisión que a su vez actuaba como escribano y resolvía con la fórmula *por mi y ante mi*.⁵¹⁷ El testigo comparece o es presentado por las partes en la mayoría de los casos, pues no existen citaciones a los testigos, únicamente en los casos de apremio por negarse a comparecer. Del testigo se hace constar su nombre, y si es una mujer quien comparece como testigo se hace constar también el nombre de su marido en el caso de estar casada; además de hacerse una referencia a la vecindad, si fuese natural de lugar distinto al que se hace la prueba, se hace constar de donde procede el testigo, y en algunos casos se dice cual es la profesión o el oficio de la persona que va a declarar, sólo cuando es de relevancia esta circunstancia para el asunto que se trata: cirujano, cura presbítero, maestro de obra, oficial mayor de la contaduría de millones, o criada o sirviente. Este dato del oficio es determinante según que casos para valorar posteriormente las respuestas que da el testigo y el resultado de esta prueba; si en el pleito se discute una cuestión de obra nueva o servidumbre, es importante que lo que dice el testigo esté respaldado por sus conocimientos como maestro de obra, o si se trata de conocer el juicio y capacidad de un moribundo para

⁵¹⁷ La parte que solicitaba la prueba podía presentar petición, una vez librada la carta rectoria, en la que explicaba que por vivir los testigos en otro lugar distinto del que se sigue la causa, y por no poder ir al tribunal los testigos, pide que se le de comisión y facultad necesaria al **presente escribano**. A esta petición sigue un auto por el que para la recepción de la prueba se da comisión **a mí el escribano**. CHAN. VALL. P.A. 3325-1

otorgar testamento, lo que declare el médico que le asistió es de mayor relevancia que lo declarado por persona lega en estas cuestiones. Por el contrario, es importante si la persona que cuenta las cuestiones íntimas de una familia ha servido en la casa durante años y por lo tanto convivido con la familia, y en cambio es intrascendente el hecho de que el testigo sea del oficio de la contaduría de millones. La edad, factor importantísimo en los testigos pues de ella depende si tiene o no conocimiento directo de determinados hechos, no se hace constar casi nunca en este encabezamiento, sino al final de la declaración del testigo, cuando lee su declaración y la ratifica. A continuación, el juez, cualquiera que sea la condición con la que actúe, toma y recibe juramento al testigo, a presencia de la parte o las partes que asisten a la prueba,⁵¹⁸ e inmediatamente se le examina a tenor del interrogatorio de preguntas presentado, leyéndole las preguntas o mostrándole directamente el interrogatorio. Cuando a los testigos se les interroga para **recibir información** la fórmula que se utiliza es la de preguntarle o interrogarle a tenor del pedimento presentado a cerca del contenido de algún documento, para lo cual se le lee dicho documento o bien directamente se le "exhibe"; si se hace constar que se le leen las preguntas, también se hace constar que entiende las preguntas que le han leído. Incluso se puede preguntar por la memoria del testigo presentado. Y una vez que se comienzan a hacer al testigo las preguntas, se deben redactar sus respuestas; en este aspecto la práctica es totalmente unánime: las respuestas de los testigos se redactaban todas en tercera persona. De las declaraciones de los testigos en su conjunto se puede extraer una información complementaria, que es la de la fuente del conocimiento que tiene el testigo sobre lo que se le pregunta y sobre lo que contesta:

al parecer del testigo, hace memoria, al entender del que declara, ha oído, lo vio durante nueve años, lo sabe, hace juicio, le parece, lo oyó por público, lo ha oído decir, lo sabe por haberlo visto,

⁵¹⁸ Ver supra juramento de los testigos.

oyó varias veces a diferentes vecinos, lo sabe por hallarse presente cuando han pagado la renta, tiene el conocimiento por vistas.

Todas son contestaciones dadas por testigos en las que se incluyen **el por qué saben lo que están diciendo**. Y del mismo modo que los testigos dicen la fuente de su conocimiento sobre lo que están diciendo, cuando no saben aquello que se les pregunta, igualmente lo dicen sencillamente: no sabe, no tiene noticia, no puede dar razón, no estaba presente ni oyó decir, no estaba presente ni oyó asertivamente.

En cuanto al contenido mismo de las contestaciones de los testigos nos encontramos con redacciones muy prolijas en la mayoría de los casos, en los que no sólo no se sintetiza la respuesta dada por el testigo, sino que una vez que el declarante dice que es cierto lo que se le pregunta, se añade a continuación el contenido de la pregunta. Veamos un ejemplo:

Pregunta: Y si saben que el referido D. Alonso es tal caballero del hábito y regidor perpetuo de dicha ciudad, y se halla casado con D^a María Josefa Fornaleo y Osorio, que es persona de conocidas circunstancias y de este matrimonio se hallan con hijo inmediato sucesor del referido Mayorazgo, y que con el producto y residuo que queda de él bajadas dichas cargas aún no tienen lo suficiente para mantenerse según su calidad y circunstancias, sin embargo de hallarse reducidas a no traer más familia que dos doncellas y un criado y a vivir con un porte sumamente moderado.

Respuesta: A la quinta pregunta dijo sabe muy bien que el dicho D. Alonso es caballero profeso del hábito de Santiago y regidor perpetuo de esta ciudad, y que se halla casado con D^a María Josefa Fornaleo y Osorio la que es persona de distinguidas circunstancias por su noble nacimiento; y que también de este matrimonio se hallan con un hijo inmediato sucesor al referido vínculo; y que con el producto y residuo que de él queda bajadas dichas cargas y gastos, aún no

tienen lo suficiente para mantenerse según las circunstancias y calidad y el porte y fausto que mantuvo el dicho D. José su padre; no obstante no mantener más familia que una doncella y la criada que deja declarado y un criado, y que gastan un porte sumamente moderado.⁵¹⁹

Es muy evidente que el resultado, a efectos de probar unos hechos, sería el mismo aunque en la respuesta se hubiese consignado únicamente la certeza de lo que se le pregunta sin añadir todo el contenido de la pregunta. Estamos de nuevo ante la viciosa práctica de escribir más de lo necesario para el buen fin del juicio, viciosa por corresponder a una actitud incorrecta que únicamente tenía como finalidad aumentar los ingresos de los oficios de justicia, y en este caso claramente los de los escribanos y sus oficiales, siempre por supuesto a costa de las partes que litigaban y que eran quienes pagaban estos gastos.

Pero, aunque en la mayoría de los casos esta forma de redactar la respuestas complicaba la documentación de las pruebas y las hacía inútilmente extensas y farragosas, se pueden encontrar formas escritas de expresión más sencillas, en las que lo dicho se narra de forma resumida recogiendo en el acta con una redacción menos prolija y extensa. Tales son las respuestas dadas por los testigos en pleito de obra nueva y recogidas en el acta por el escribano con formas de expresión procedentes de un lenguaje menos adulterado por la práctica del foro que en otros casos.

"Dijo, también sabe, que la puerta trasera de la casa de dicha María Gómez queda fuera bien desviada e independiente del cierro de dicho corral, y desde dicha pared hacia la parte que sale para la calle pública, queda un pedazo de corral muy grande, común para las casas y posesiones de los dichos Diego Cabrero, Francisco Brioso y María Gómez, y en medio hay un marco de piedra que el testigo ha oído decir en varias ocasiones a vecinos de dicho lugar, que no tiene presentes, que por ocasión de un pleito [...] se había puesto dicho marco en el citado corral para que

⁵¹⁹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

de allí en adelante no pudiesen entrar los carros cargados de leña, y el testigo hace memoria, que en una ocasión en que todavía vivía dicho Juan de Luelmo, vió que yendo a entrar de dicho marco para dentro un carro cargado de leña del referido Diego Cabrero, le prohibió la entrada al referido Luelmo, y tuvo dicho Cabrero que descargar el carro fuera".⁵²⁰

Sin tener en cuenta las expresiones de acomodación de la redacción tales como *el referido, el dicho*, el testigo cuenta lo que sabe porque lo ha visto o lo ha oído a cerca de unos hechos que conoce con bastante claridad y sencillez, sin que en este caso el escribano adorne la respuesta con excesivas complicaciones o innecesarias prolongaciones o añadidos. Precisamente, en lo que se podía denominar **intervención personal de los escribanos en la redacción de las pruebas** de testigos, se pueden rastrear en dos aspectos muy concretos. El primero de ellos sería en la inclusión en las respuestas de datos específicos y concretos que los testigos no pueden dar con total precisión, imprecisión que suple el propio oficial con los conocimientos de su oficio o con la información que le brinda el propio pleito. Así, en las respuestas se hacían constar datos tales como que *la dicha heredad de pan llevar nunca ha estado arrendada más que en seis cargas de pan mediado trigo y cebada; no le quedan libres más de quinientos ducados en cada un año con corta diferencia; goza un oficio de regidor [...] que según la decadencia a que han venido todos los de esta clase no le contempla emolumentos que contribuyan a sufragar los gastos; que en cuanto a los bienes que se le adjudicaron le han sido útiles treinta y seis mil reales de vellón; se persuade que pagadas sus cargas y hechos los precisos reparos no le quedarán de trescientos a cuatrocientos reales arriba; y además tiene la casa de su mayorazgo que actualmente vive en ella el señor Alcalde Mayor*. Analizando expresiones tales como la que hace referencia a las cargas del arriendo, o los ducados que quedan libres, emolumentos, bienes adjudicados, cargas pagadas, se puede entender que no son expresiones propias de testigos que

⁵²⁰ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

se suponen se limitan a contar lo que saben sobre hechos o circunstancias, y por lo tanto hay que pensar que estas formas expresivas se deben al hacer y oficio de los escribanos y sus oficiales, con lo que su intervención en la confección y redacción de las actas de la pruebas es clara y directa. Pero además existe otro aspecto por el que se puede percibir claramente la intervención de los escribanos en las pruebas, y es la clara reiteración de expresiones en las declaraciones de los distintos testigos de una probanza: Se pueden encontrar frases expresivas tales como *hizo un viaje al Reino de Portugal, que la casa era pudiente, que cobraba rentas y vendía pan y vino, siempre se ha portado con lisura y verdad*. Son todas respuestas concretas a una pregunta concreta, pero que se puede suponer que no se corresponden a las respuestas personales de los testigos sino a la transcripción al acta que hacía el escribano de las distintas preguntas, por lo que su intervención en la redacción de las pruebas no puede dejar dudas en cuanto a con su aportación marcaban lo que las actas contenían.

Dentro del contenido de las respuestas de los testigos se puede observar como en las declaraciones de las mujeres se contiene una mayor frescura en el lenguaje y sobre todo en la forma de contar lo que saben o lo que conocen, pues no sólo responden a la pregunta, sino que describen las situaciones con mayor precisión que otros testigos llegando incluso a contar conversaciones, que el escribano recoge en el acta de la prueba. Cuando las mujeres son presentadas como testigos es porque saben sobre determinados hechos y circunstancias del pleito, y la fuente de conocimiento suele ser el hecho de trabajar y vivir como criadas o sirvientes en las casas, es decir una relación doméstica; esta posición les facilita adquirir información sobre la vida de la familia, que en algunos casos se extrapola a personas ajenas a la casa pero que se relacionan con ellas.

En un pleito que plantea un viuda a los herederos de su marido en reclamación de

gananciales y de dinero no incluido en la herencia,⁵²¹ presenta como testigo a una criada que lo fue de la casa para demostrar que antes de morir el marido éste guardaba dinero en metálico. Cuenta la testigo que quince días antes de morir el amo, le pidió chocolate en pasta por haberse gastado el que había comprado, por lo que en compañía de la declarante fue hasta un arca que estaba cerrada, y después de abrirla, advirtió que la cerradura estaba separada de la tabla, por lo que dijo: *ay, que estos pícaros (hablando por los nietos) me han robado*, sin poder averiguar el dinero que le habían quitado. Y estando posteriormente enfermo, llamó a su hermano entregándole la llave de un arca para que recogiese de ella una porción de dinero, que no sabe su cantidad, *sólo advirtió haber caído el talego en el suelo y haber hecho bastante ruido*. Las dotes de observación, los detalles que añade a lo que cuenta y las expresiones directas de un tercero en la escena, dan a la declaración una vivacidad y una frescura que es una garantía de autenticidad de que lo que se ha recogido es lo que el testigo ha dicho. Y en un asunto en el que está en juego la tutela de una menor y sobre todo la administración de sus bienes,⁵²² la madre de la niña, intentando demostrar que su suegra tiene un carácter poco recomendable para hacerse cargo de una menor, aporta como testigo a una de las criadas que conocen esta peculiaridad del carácter de la otra parte; dice la testigo que servía como criada en casa de una tía del padre de la menor, ya fallecido, en cuya casa tuvieron que acoger al matrimonio, diciendo expresamente el marido que no podía sufrir el genio de su madre y lo mal que se portaba con ellos, a lo que respondió su ama (tía del marido): *para un hijo que tiene su madre, que mal se porta*. No deja de ser ésta una forma sencilla de contar algo que se ha oído y que se conoce. En este mismo asunto, en unas diligencias previas que se hacen a instancia de la demandada para autenticar

⁵²¹ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

⁵²² CHAN. VALL. P.A. 3325-1.

y protocolizar un testamento dado cuando su marido estaba muriéndose, los testigos declaran sobre el estado del enfermo, siendo muy distinto lo que cuentan cada uno de los ellos sobre la enfermedad del otorgante del testamento; mientras que un hombre de 48 años se limita a afirmar la gravedad del accidente, otro de los testigos menciona que por la enfermedad los vecinos rehusaban ir a la casa; por el contrario, el cirujano que le atendió habla de la *grave fluxión* que tenía en los ojos por el contagio de viruelas, utilizando expresiones más bien técnicas. Y las testigos femeninas entran en mas detalles: la primera, que dice que asistió al enfermo hasta que falleció, por *estar casi ciego de la inflamación que tenía [...] y se puso en estado de casi no ver*, y la última de los testigos, que dice haber sido criada en la casa, cuenta que su amo no podía firmar *ya que no veía nada pues parecía un monstruo y las gentes de este pueblo se excusaban de ir a verle*. Las declaraciones de estos testigos en cuanto a la capacidad del fallecido para testar son en general bastante sencillas, y aunque se repiten algunas expresiones en todas ellas, mantienen las distintas formas de expresarse de las personas que le confieren mayor autenticidad que si apareciesen unificadas las respuestas.

Por último, se puede hablar de un aspecto del contenido de las declaraciones de los testigos, que aunque no es muy frecuente sí que aparece en algunas respuestas; se trata de los juicios de valor que el testigo hace al responder a la pregunta. Son observaciones tales como que el testigo piensa que las rentas de determinados bienes son escasas, o que piensa que la elevación de una pared medianera no pudiese causar perjuicio al predio colindante, o que a su juicio una abuela tiene el genio tan vivo y áspero que no está en condiciones de cuidar de su nieta. Estas valoraciones subjetivas, en ocasiones se los piden expresamente al testigo, pero en otras surge en la respuesta como una aportación personal del que contesta, lo que vuelve a dar carácter de autenticidad a lo que se dice, pues es una opinión personal que se sale de los márgenes normales

de respuestas de los demás testigos.

Una vez que se habían hecho al testigo todas las preguntas del interrogatorio que afectaban a la cuestión litigiosa, en la última se le insistía sobre la verdad de lo que había dicho, afirmándose en su declaración antes de firmarla y una vez que le era leída; la pregunta era una fórmula fija e inamovible en la práctica de los tribunales pues aparecía redactada prácticamente igual en todos los interrogatorios y en todas las respuestas. Decía el testigo que todo lo que había dicho constituía *pública voz y fama, siendo público y notorio y de común opinión*. Realmente era una de las muchas fórmulas superfluas y que se utilizaban más por costumbre que por real utilidad, como una herramienta de afirmar como válido el dicho del testigo si estaba respaldado por un conocimiento general de lo que se había contado, aunque se estuviese respondiendo a cuestiones domésticas que en principio no debían de haber salido del ámbito familiar y personal es decir de lo privado. También es cierto, como se ha visto al analizar las explicaciones de algunos testigos, sobre todo en los casos de sirvientes, que determinados hechos y circunstancias atravesaban el umbral puramente doméstico para constituirse en conocimiento público desde la difusión que se hacía por vía de sirvientes y de parientes de sirvientes, que sabían hechos privados por ser hermanos o esposos de otras personas que trabajaban en la casa de las partes del pleito.⁵²³

Quedaba de esta forma terminada la declaración de cada uno de los testigos, sucediéndose un interrogatorio al otro, con las mismas fórmulas y las mismas estructuras expresivas.

⁵²³ Es especialmente significativa la prueba de testigos que propone la parte actora en el ya mencionado pleito de alimentos seguido por una madre contra su hijo, Regidor de la ciudad de Zamora; en esta prueba, los testigos, que son criados o familiares de criados en su mayoría, tienen conocimiento de la situación económica de los litigantes, de los bienes con los que cuentan cada uno y sus rentas y frutos, de las particiones de herencia, y del valor del precio de alhajas vendidas; son una verdadera fuente del saber privado.

8.7. La intervención de los intérpretes en la prueba de testigos.

En lo que es el hecho material de la realización de la pruebas, cuando éstas son de carácter subjetivo, no sólo pueden intervenir la personas que son las partes en el pleito a través de la confesión, sino que el acceso a los terceros ajenos a la contienda es posible haciéndolo como testigos o bien como personas expertas o peritas en alguna materia u oficio específico que son llamadas precisamente por sus conocimientos. Pero además existe una tercera posibilidad de que terceras personas puedan intervenir en una prueba procesal, y es en los casos en los que el testigo propuesto por una de las partes no hable castellano por ser natural de otro Estado; en estos casos el propio procurador deberá presentar petición para que sean nombrados intérpretes que asistan a la declaración del testigo.⁵²⁴

No existe regulación legal de esta situación, ni en la práctica se ha encontrado actuación procesal de intérpretes en la prueba de testigos; los autores prácticos, cuando hablan de su intervención en esta prueba, remiten a **Antonio Gomez, Padilla** y otros romanistas y canonistas clásicos. Ya que era la parte que presentaba al testigo que necesitaba intervención de intérprete la que debía pedir del juez o del tribunal que se autorizase su nombramiento, quedaba sometido a esta iniciativa de parte que se acordase que el testigo debía ser interpretado. Esta decisión del Juez contenía en la misma resolución el hecho de la intervención de los intérpretes y el nombramiento de las personas que como tales debían actuar en la prueba; el auto del juez se debía hacer saber a las personas a las que se designaba como intérpretes, quienes debían aceptar y jurar el cargo⁵²⁵. Pero una vez que así era acordado por el juez o receptor, debían ser dos los intérpretes los que intervendrían en la declaración, pues lo mismo que los testigos para hacer la

⁵²⁴ MARTÍNEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 170.

⁵²⁵ Ibidem

prueba deben ser un mínimo de dos, así los interpretes que intervengan en la declaración de un testigo deberan ser tambien dos,⁵²⁶ aunque tambien se admite la posibilidad de que sea un solo interprete el que colabore, no habiendo más en el lugar en el que se ha de hacer la prueba, o bien porque las partes se muestren de acuerdo en que sea un único interprete el que asiste a la declaración del testigo; en estos casos se entiende que hace prueba plena la declaración así tomada a testigo que no habla castellano.⁵²⁷ A los interpretes les debe ser tomado juramento por el juez, juramento por el cual se compromete a traducir fielmente lo que digan los testigos,⁵²⁸ reproduciendo en castellano lo mismo que el testigo diga en su idioma, sin añadir, suprimir, interpretar o alterar su contenido. Tanto el juramento como el examen del testigo deberá hacerse a presencia del escribano de la prueba, para que el contenido de la declaración no arroje ninguna duda y tenga el valor probatorio necesario.⁵²⁹ La forma material de hacerse las declaraciones testificales consistía en leer el escribano la pregunta a los interpretes que se la hacian entender al testigo, y lo que parecia recogido en el acta de la prueba era lo que los interpretes decían que el testigo habia respondido.⁵³⁰

8.8. La cuestión del examen de los testigos una vez finalizado el término probatorio.

En principio, el examen de los testigos está sometido a los mismos tiempos generales de la prueba, es decir, a aquellos términos que se fijan para que las partes hagan sus pruebas en el auto o sentencia de prueba, sin que la ley establezca excepciones para esta clase de probanza.

⁵²⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob.Cit.Pag.89
MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pag. 172

⁵²⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 104

⁵²⁸ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 104

⁵²⁹ Ibidem.

⁵³⁰ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 172.

Pero como en otros muchos aspectos procesales, no es la ley, sino la práctica la que determina que algunos actos del proceso discurran en distinto sentido del previsto. Aunque se vio⁵³¹ que los términos eran con mucha frecuencia concedidos sin agotar el máximo que permitía la ley para luego ser alargados hasta los días que venían establecidos por las normas, y que muchas veces los motivos que las partes alegaban para pedir esta prolongación del término de probar eran precisamente que las personas que querían presentar como testigos no podían acudir en el tiempo que inicialmente se les había concedido, ocurría que la presentación y examen del testigo, o bien sólo el examen, no era posible hacerlo dentro del término concedido como para probar. Estimaba la doctrina que, una vez hecha la prueba de testigos, podían las partes presentar más testigos de los ya examinados, siempre que el término probatorio no hubiese concluido y que la parte que lo solicita **jure que desconoce las respuestas dadas por los demás testigos**, tanto los de su parte como los de la contraria.⁵³² De ahí la fórmula utilizada por los escribanos al finalizar las declaraciones de los testigos, por la que se pregunta a las partes, requiriéndolas para que si quieren presentar más testigos respondan que no: en ese caso añade el escribano, *por ahora y sin perjuicio de presentarlos en tiempo cuando lo tenga por conveniente*.⁵³³ Con este sistema se salvaba la posibilidad de presentar nuevos testigos dentro, eso sí, del término probatorio.⁵³⁴ Entendían los autores que pese a la renuncia de las partes a presentar nuevos testigos, éstos podían ser admitidos siempre que no se hubiese hecho la publicación de pruebas, que la parte

⁵³¹ VER SUPRA 6.6.

⁵³² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 105.

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ Esta fórmula, útil aunque no imprescindible, ya que el escribano comisionado, aunque no se use la fórmula, puede recibir a los testigos sin que la parte necesite acudir al juez para ello, siempre dentro del término probatorio, ya que se entiende que en virtud de la comisión esta subrogado en lugar del juez durante todo el tiempo que viene acordado para probar, dándole las facultades legales para ello. TAPIA, Ob. Cit. Pág. 153.

jurase no saber lo que habían declarado sus testigos ni los de la contraria y que no hubiesen finalizado los plazos para probar.⁵³⁵ Se basan los autores en una ley de **Partidas** en la que apoyándose en el argumento de que los jueces deben intentar conocer siempre la verdad, cuando los plazos de prueba no hubiesen finalizado, se deban autorizar aquellas que se soliciten, aunque la parte dijese que no quería hacer más pruebas,⁵³⁶ la ley era más permisiva que la práctica que después añadió la necesidad de incluir la fórmula de salvar la posibilidad de probar aunque se hubiese renunciado a la presentación de nuevos testigos.

Se podía dar en la realidad procesal otra situación por la que la prueba de testigos se hiciera en distinto momento del que se habían hecho el resto de las pruebas. Podía ocurrir, que traídos los testigos y **juramentados** por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, no pudiesen ser examinados todos en el mismo acto; en este caso podrían ser interrogados los testigos una vez finalizado el término de probar, siempre que se hiciese su examen antes de la conclusión, o al menos en el término de la publicación y si el término dado es menor del que marcan las leyes, es decir no es el máximo de la ley.⁵³⁷ En resumen, entiende la doctrina, que si el término dado para probar no es el máximo que la ley autoriza según los casos, pueden ser examinados los testigos presentados y no interrogados, teniendo sus dichos pleno valor y efecto; pero si se hubiese recibido la causa a prueba por todo el término de la ley, aunque los testigos se presenten y juren dentro del término, no se les puede tomar declaración una vez pasado.⁵³⁸ Este autor reconoce el tema como asunto de desacuerdo dentro de la doctrina. Para él, los autores más

⁵³⁵ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 108.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 47.

⁵³⁶ P.P. 35.16.3.

⁵³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 79.

⁵³⁸ CONDE DE LA CAÑADA Ob. Cit. Pág. 102.

clásicos, como **Acevedo**, han hecho una **ficción jurídica** por la que retrotraen el tiempo en el que se hace la prueba al término de probar produciéndose una *ficción traslativa de los tiempos* que no tiene ninguna apoyatura legal ni está basada en la equidad o necesidad de la causa pública. Por el contrario, si se tiene en cuenta que el tiempo de probar procede en el proceso de un auto interlocutorio, como lo es el auto de prueba, y dado que este auto puede reformarse por el mismo juez que lo dictó, si el juez recibe el juramento a los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba que sea menor al máximo de la ley, reservándose recibir las declaraciones después de este acto, **se entiende que lo está prorrogando** por el tiempo que sea necesario para concluir la prueba, y por este medio puede extenderse al tiempo que señala la ley. La conclusión a la que llega el autor es que cuando el juez recibe el juramento a los testigos y recibe las declaraciones *alza y remueve el término primero y deja sin embarazo el de la ley como si hubiera empezado con él*. Basa esta argumentación en que el juramento y examen es un solo acto procesal que comienza con la jura y termina con la declaración, quedando evidente el ánimo del juzgador en quitar todo impedimento para continuar y terminar el acto empezado en tiempo hábil dentro de lo que es propiamente el término de prueba legal, **alzando la restricción que había puesto el mismo en la idea de que sería suficiente y no resultó así**. Con este argumento viene el autor a montar una **ficción jurídica** distinta de la que había establecido la doctrina más clásica, por la que, en lugar de basarse en una retroacción de los términos de probar, se basa en la intención **implícita del juez** en prolongar el tiempo probatorio entendiendo que si ha recibido juramento a los testigos, desde ese momento el tiempo discurre como único hasta que se le recibe declaración, lo que no aclara el autor en su exposición es el esencial elemento de que si el tiempo para probar era o no el máximo concedido por la ley; únicamente se basa el autor en la idea de que siendo el juez el que otorga a las partes el plazo para probar, puede por propia intención

modificarlo o alterarlo en base a la idea de tiempo único de jurar y declarar. En cualquier caso, no hace referencia a ninguna ley, por lo que su argumentación queda tan vacía de apoyo legal o normativo como lo estaba la de **Acevedo**.

Finalmente, y a modo de resumen de la cuestión se daban dos situaciones respecto de los testigos extemporáneos:

- aquellos que la parte pretende presentar después que haber hecho su probanza y haber renunciado a nuevos testigos; la doctrina, basada en **Las Partidas** es común en cuanto a que cabe admitirlos siempre que se haga dentro del término de prueba, incluso justo hasta la publicación de las pruebas, y que la parte jure que no sabe lo que se ha declarado por el resto de los testigos.

- el otro supuesto se refiere a la posibilidad o no de tomar declaración a testigos que han juramentado dentro del tiempo para probar, una vez que ha finalizado éste. Aunque la ley no permite que se hagan pruebas una vez finalizado el plazo de probar, la intención de los autores por buscar fórmulas para poder hacer este tipo de pruebas es tan clara que no se puede dejar de pensar que sus argumentos buscaban afianzar situaciones que en la práctica se estaban produciendo, llegando claro está a la conclusión, que por distintas vías argumentales se podía admitir la posibilidad de tomar declaración a testigos que, habiendo jurado dentro del término de prueba, se les recibe una vez finalizado éste.

8.9. La valoración de la prueba testifical.

La valoración de la prueba en general es una cuestión que ya se ha visto, lo mismo que se ha tratado su proyección en la práctica del proceso al estudiar la confesión; en lo que se refiere a la prueba de testigos, y sus resultados finales en cuanto al efecto que pueda tener en el

convencimiento del juez -que realmente es la verdadera finalidad de la prueba procesal en general-aparece más patente que en las demás pruebas la gran trascendencia que todo el entramado jurídico del medievo y de la Edad Moderna daba a lo que se consideraban las **pruebas legales y tasadas**. Esta importancia de lo que se puede valorar de la prueba de testigos no sólo deriva de la prueba en sí misma, sino que incide el hecho de que la testifical sea, con mucho, el medio de prueba más utilizado en todo el sistema jurídico vigente en el Antiguo Régimen; unido todo a la especificidad del medio utilizado, eminentemente **subjetivo**, hizo que la doctrina, ateniéndose a criterios tales como el número de testigos, su calidad y demás circunstancias que incidían en su práctica elaborase una fórmula para valorar la prueba de testigos eminentemente sistemática y jerarquizada.⁵³⁹ Aunque con la evolución general del derecho y sus manifestaciones la prueba de testigos fue perdiendo parte de gran fuerza a favor de los documentos, no deja de tener una **fuerza mítica**⁵⁴⁰ que la hace buscar su eficacia plena probatoria frente a medios concretos, y sobre todo ante la ausencia de otras posibilidades de probar. Lo que sí prevalece en esta evolución es al carácter tasado de la prueba que la sujeta a rígidos márgenes de valoración que quedan fuera de la intervención personal del juez. Si en la Edad Media podía valorarse distintamente el testimonio dado por hombres honestos frente al de los hombres viles,⁵⁴¹ e incluso ser en última instancia el juez quien aprecie el valor de la prueba practicada en base a criterios racionales aplicados a los datos aportados por los testigos,⁵⁴² es a partir de LAS PARTIDAS, en donde ya se dan reglas para la ponderación de los testimonios, y desde donde va elaborándose

⁵³⁹ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág. 227. La autora hace su exposición en el marco procesal del proceso penal, que aunque con especiales matices en cuanto a los fines probatorios, puede ser útil en los pleitos civiles.

⁵⁴⁰ MARÍA PAZ ALONSO, Ob. Cit. Pág.230.

⁵⁴¹ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 789.

⁵⁴² VALLEJO, J. La regulación del proceso en el Fuero Real, pág. 531.

todo el sistema de tasación de esta prueba hasta su total implantación desde el siglo XVI, momento en el que la intervención de la normas reales va fijando las circunstancias a tener en cuenta para que la prueba tenga total eficacia, y el mismo tiempo, la doctrina, con criterios de ordenación escolástica, había ido fijando las bases para valorar y medir los testimonios dados en juicio. Desde el momento de la recepción del Derecho Común, los criterios de valoración de la prueba de testigos se hacía en base a **tres puntos de referencia: el número, la calidad y las circunstancias de los testigos y de sus declaraciones.**⁵⁴³ Vamos por lo tanto a seguir el guión que los autores del Derecho Común utilizaron para su creación jurídica y así estudiar mejor cuales eran los criterios a aplicar por el juzgador para valorar una prueba de testigos hecha en juicio.

1º.- EL NUMERO DE TESTIGOS APORTADOS. -Aunque en la Edad Media el número de testigos que se exigían para hacer prueba era de dos, con el tiempo se complicó este entramado- en **Las Partidas** se aumenta el número a doce - debiendo fijarse en treinta en una disposición de 1503 como una necesidad de limitar la creciente afluencia de testigos propuestos. En este momento no se va a explicar el numero máximo y mínimo de testigos exigidos, sino cual debía ser este número para que la parte consiguiese probar plenamente sus alegaciones, es decir, para que hiciese **prueba plena**. Siguiendo el principio jurídico de que *en boca de dos testigos está toda la verdad*, se acepta por unanimidad por todos los juristas, que el dicho coincidente de dos testigos, que reúnan las circunstancias que la ley exige a las personas que como tal intervienen, y que se les haya recibido declaración con las debidas garantías de veracidad y secreto, hará **prueba plena en juicio**. Desde **Las Partidas** se venían admitiendo excepciones a la suficiencia de dos testigos para probar con toda fuerza, y son las ya mencionadas de intención

⁵⁴³ Consistiendo la fe de los testigos en el número, condición y otras circunstancias. JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 301.

de probar paga o testamento. Y un único testigo no hará prueba, sólo **presunción**, lo que equivale a decir que es prueba semiplena y que completada por otro medio probatorio, su dicho sería tenido en cuenta hasta tener pleno valor. Ocurre lo mismo para los testigos llamados **singulares**, que inicialmente sólo harán prueba semiplena y que deberá ser completada por otros medios para llegar a hacer plena fuerza de probar. Pero habiendo un solo testigo, o prueba semiplena, en causa de poca importancia, valorándolo conjuntamente con el juramento del actor, puede ser tenido en cuenta.⁵⁴⁴

2º.- LA CALIDAD DE LOS TESTIGOS COMO ALGO INHERENTE A SU VALOR. Ya en la Edad Media se da más valor al testimonio de los hombre honestos que al de los llamados "viles", prevaleciendo la posición de la parte que presenta "**mejores**" testigos,⁵⁴⁵ aunque siempre era tenido en más el número ante testigos de la misma calidad, pues siempre se considera más **objetivo** la cantidad de las personas que se presentan para confirmar las alegaciones o pretensiones de las partes, que su **condición personal y social**. Esta condición aparecía en datos que se incluían en las practicas de las pruebas, tales como la profesión de los testigos, la familia de procedencia, el hecho de ocupar determinados cargos u oficios, eran circunstancias de la personas que se tenían en cuenta a la hora de valorar mejor se dicho, pues se suponía mayor **honestidad** en estas personas; incluso, dentro de las declaraciones de los testigos, se hacían preguntas a estos sobre la condición y capacidad de decir verdad del resto de los presentados: el testigo decía que conocía al testigo anterior y que le tiene por persona que dice la verdad.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.

⁵⁴⁵ VALLEJO, JESÚS, Ob. Cit. Pág. 531. F.R. 2.8.2.

⁵⁴⁶ CHAN. VALL. P.A. 3558-1.

Si el principal objetivo de la valoración de las pruebas, es el determinar la razón que asiste a las partes desde sus alegaciones probadas, ante igualdad de resultados probatorios, es deber del juez establecer cual de ellas a demostrado mejor derecho para reconocérselo; para ello, si ambas partes han presentado igual número de testigos para apoyar sus pretensiones, deberá el juzgador atenerse a aquellos testigos que dicen la verdad o que se acercan más a ella, por ser hombres de mejor fama y de mayor derecho, pues debe creerlo, aunque los testigos que dicen lo contrario fuesen más numerosos.⁵⁴⁷ Sólo en los casos en los que la condición y calidad de los testigos sea la misma, prevalecerá el número como criterio objetivo para valorar lo dicho en juicio a favor de una de las partes; aún siendo imposible "desempatar" con estas reglas, deberá el juez absolver al demandado,⁵⁴⁸ a menos que el demandante intente "causa favorable", que son las que afectan a la libertad, dote, matrimonio o testamento, es decir, a cuestiones intrínsecas de la persona, pues en ellas el juez debe estar a las cualidades personales antes que al número.⁵⁴⁹ El criterio de la mejor fama era admitido por la doctrina ya que se consideraba que

"probando ambas partes su intención con testigos, debe el juez gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo más verosímil, **tengan mejor fama, estén más autorizados y sean más dignos, aunque menos en número**".⁵⁵⁰

Incluso debe tener el juez en cuenta la mejor fama cuando entre los testigos de una misma parte hubiese discordancia para valorar en más esta declaración frente a la hecha por persona que no alcance las mismas cualidades, quedando descalificado por tal el testigo que se contradice dentro de lo que declara. Se puede pues deducir de lo dicho, que es la buena fama y calidad del

⁵⁴⁷ P.P. 40.16.3.

⁵⁴⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Pág. 301.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 155.

⁵⁴⁹ TAPIA, Ibidem.

⁵⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 155.

testigo lo que se indica al juez que debe tener en cuenta en primer lugar, y sólo recurrir al número de testigos para inclinar la balanza a favor de una u otra de las partes y de sus pretensiones.

3º.- LAS CIRCUNSTANCIAS DE LAS PERSONAS. En principio podría pensarse que las circunstancias que rodean a los testigos forman parte de la cualidad de testigo **más calificado por su procedencia**, pero se trata en realidad de hechos circunstanciales que hacen que por ellos el testimonio dado por determinadas persona tenga mayor peso en un asunto concreto. Mientras la calidad del testigo tiene un carácter más absoluto, pues va con la misma persona, las circunstancias personales del testigo son relativas, pues se tienen en cuenta en función del por qué de la declaración, lo que las parte intenta probar, y lo que en cada caso se puede aportar por un testigo. Por ello, no es lo mismo el testimonio dado en un asunto de servidumbre por una persona que es maestro de obras que por un desconocedor del oficio, o el dado en un asunto de cabida de fincas por un agrimensor colegiado sobre otros testimonios. Además de lo específico del oficio, el conocimiento de los hechos que tiene el testigo puede venir derivado de muchas circunstancias que a la hora de valorar se deben tener en cuenta por el juez: la convivencia con las partes, la proximidad o lejanía del lugar en el que lo hechos que se van a probar ocurrieron, y lo mismo en el tiempo: cuando se declara sobre hechos que se conocen por fama pública, que en sí mismos sólo hace prueba semiplena, los argumentos del testigo para demostrar como ha llegado a tener esta noticia, pueden hacer que el juez valore la fama como una prueba plena. Era importante en los pleitos de hidalguía esta circunstancia de la fama pública de los hechos pues en estos pleitos la carencia de medios probatorios hacía que la fama, unida al dicho de un testigo llegase a tener el valor de prueba plena, lo que no ocurría en los casos en los que la fama se refería a hechos menos antiguos.⁵⁵¹

⁵⁵¹ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 88.

8.10. La tacha de testigos como posibilidad de las partes.

Se llama *tacha de testigos* a la posibilidad que tienen las partes de impugnar a un testigo al que ya se le han hecho las preguntas, por considerar que tiene motivo para estar inhabilitado, y que por lo tanto su testimonio debe quedar excluido de la prueba por no ser imparcial.⁵⁵² Los motivos por los que la parte contraria a la que ha propuesto al testigo considera que éste no es hábil, son los que se incluyen en las preguntas que se les hacen al comienzo de su declaración, y que se conocen por el nombre genérico de *preguntas generales de la ley*; si el testigo ha dicho que no está comprendido en los motivos de exclusión que vienen regulados, y la parte considera que sí lo está, es cuando puede plantear este incidente procesal para demostrar que lo dicho por el testigo debe ser invalidado. Por el contrario, si el testigo al momento de hacerle la pregunta de las cuestiones generales que marca la ley, reconoce que alguna le afecta o le comprende, no le cabe a la parte la posibilidad de plantear la tacha de testigos. Aunque procesalmente el momento en el que se pueden plantear las tachas de testigos es el de la **publicación de las pruebas**, se ha preferido incluir aquí este apartado por estar más cercano a la estructura de la prueba testifical que a las posibles incidencias posteriores de la pruebas en general.

Puede ocurrir que para probar si intención las partes del litigio, y desvirtuar la de su contraria, se valgan a veces de testigos que son **parientes o amigos suyos, o bien enemigos de su contraria**, incluso de personas que tienen **prohibición de testificar en juicio**.⁵⁵³ Para ello "queriendo la leyes evitar el perjuicio que puedan causar con sus respuestas, proveyeron el remedio permitiendo que se les pongan las tachas, y defectos que tengan, para que justificadas

⁵⁵² LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 789.

⁵⁵³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 204.

se desprecien sus dichos como sospechosos".⁵⁵⁴

La facultad procesal de tachar a los testigos contrarios tiene apoyo legal en distintas disposiciones de la legislación Real. En primer lugar, en **Las Partidas** se encuentran dispersas por la leyes del título 16 de al Partida 3 las causas que pueden dar lugar a las tachas; causas que no son otras que aquellas que afectan a la ausencia o vicio en los requisitos que se exigen en estas normas para que los testigos y sus dichos tengan validez en el pleito. Pero es en la legislación posterior en la que se pueden encontrar normas para su control y su formulación en el proceso; se trata fundamentalmente de tres disposiciones, una de ellas es de Juan II en 1387, por la que se ordena que las tachas han de ser singularmente especificadas, sin que puedan admitirse tachas generales,⁵⁵⁵ para evitar la malicia de los litigantes al poner este remedio con el único fin de alargar y prolongar la contienda.⁵⁵⁶ Las otras dos normas a las que nos referimos, son las dadas por los Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid de 1502, en los capítulos 18 y 19,⁵⁵⁷ en ellas se contienen instrucciones respecto del tiempo, la forma y el trámite que se ha de seguir en los casos en que se ejercite esta facultad por alguna de la partes en litigio, incluso con medidas restrictivas en lo que al tiempo de la prueba de este incidente se refiere, motivándose la norma por el hecho de que la experiencia venía demostrando que se actuaba por malicia en estos casos con resultados dañosos para algunas de las partes.

En cuanto a la doctrina, elabora el estudio de las tachas de testigos desde un punto de vista practicista más que teórico, siguiendo las disposiciones legales; de su contenido se puede hacer el siguiente guión.

⁵⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵⁵ N.R. 2.8.4.

⁵⁵⁶ N.R. 1.8.4.

⁵⁵⁷ N.R. 3.8.4.

1°.- Causas que en el proceso pueden dar lugar a la tacha de testigos. Se puede tachar a un testigo por su propia condición personal, considerando que es inhábil para declarar en el pleito o en cualquier causa, o por un examen incorrecto del testigo y de sus dichos en el que no se han respetado lo prescrito por la ley para estos actos.⁵⁵⁸ Los motivos por los que cualquiera de las partes puede presentar esta objeción a la prueba se puede clasificar en tres grupos:

A) Los que se refieren a las personas, que es cuando se argumenta que el testigo no es hábil para declarar en ninguna causa o especialmente en la que se trata. Dentro de este grupo se incluyen las circunstancias del testigo que le hacen inhábil para declarar por no reunir los requisitos que la ley exige a las personas que se presentan como prueba testifical. Es por tanto causa de tacha o motivo para presentar tacha contra un testigo que éste sea menor de catorce años, el perjuro, el excomulgado, el de mala fama, el que ha cometido delito o infamia, el vil, el esclavo, el demente, el pariente de la parte hasta el cuarto grado, el que tiene interés en la causa, al familiar, el criado, el amigo íntimo o el enemigo capital, y el muy pobre.⁵⁵⁹

B) Motivos que se refieren al examen que se ha hecho al testigo; tales causas se circunscriben a los requisitos procesales exigidos para la práctica de esta prueba como son la falta de jurisdicción del juez o receptor que los examina, o por haber hecho el examen fuera de tiempo permitido, sin hacer el juramento, sin secreto y otras formalidades propias de esta prueba.⁵⁶⁰

C) Causas de tachar que se pueden presentar por las declaraciones de los testigos,

⁵⁵⁸ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 115.

⁵⁵⁹ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág.37.
MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. fol. 19.
N.R. 2.8.4.

⁵⁶⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 208.

y que son las que afectan al contenido de lo dicho por los testigos a las preguntas que se les hacen, pues pueden haber contestado cosas contrarias a la verdad, oscuras, dudosas, incongruentes, incluso por no haber dado razón de su conocimiento sobre los hechos.

En conclusión, los motivos por los que la ley permite poner el impedimento a los testigos una vez que se ha hecho la prueba, son precisamente la ausencia de uno o varios de los requisitos que se vienen exigiendo para que la prueba de testigos, y sus declaraciones sean válidas y tengan eficacia en el proceso. Si la persona del testigo no es plenamente capaz, o se le conocen acciones anteriores que hacen desconfiar de lo que diga, o incluso mantiene una actitud hacia las partes del juicio distinta de aquella que debe tener un testigo para que lo que en el diga se objetivo, está aquejada de un defecto que la hace inhábil para ser testigo, en cualquier causa o en concreto en la que se está discutiendo. Si en la realidad procesal de la prueba no se han tenido en cuenta todas las prescripciones formales que la ley exige, la prueba en sí misma puede devenir nula, si la parte a la que perjudica así lo plantea. Y por último, si la parte contraria a la que ha presentado el testigo considera que la persona ha declarado falsa o maliciosamente, también puede oponer esta circunstancia para así anular la prueba.

2º.- Requisitos para que prospere la tacha de testigos. Al partir de la idea de que el tachar a los testigos contrarios es una facultad de parte y que por lo tanto es una posibilidad a plantear, para que dicha objeción procesal pueda llegar a prosperar se han de tener en cuenta una serie de **requisitos de tiempo y forma** que garantizan que pueda llegar a conseguir lo que se propone la parte con su alegación.

- el tiempo de presentar las tachas será el de seis días, después de hecha la publicación de pruebas y notificado el auto al interesado o a su procurador.⁵⁶¹ Ahora bien, la práctica vino a

⁵⁶¹ N.R. 1.8.4.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 205.

entender que el término, en sí mismo perentorio, debía interpretarse en cuanto a su comienzo con cierto cuidado, pues el término deberá empezar a correr desde el momento en que las partes hayan tenido conocimiento de las pruebas de testigos, de quien ha sido el testigo y que ha declarado, para partiendo de este conocimiento poder valorar y plantear, en el caso de que proceda la tacha a los testigos y a sus dichos.⁵⁶² Desde luego, el término de seis días no es común para las partes, pues se deberá computar para cada parte desde el momento en que toma los autos para instruirse de los resultados de las pruebas que se han hecho, tanto de las propias como de las contrarias.

- claridad en la especificación de las causas que son el origen de las tachas. No se considera motivo suficiente de tachar a un testigo, aquel que se plantea de una forma vaga e imprecisa, por lo que no se pueden aceptar los motivos que no incluyen las circunstancias específicas que vienen a concretar las cuestiones; así, si se alega como causa de tachar a un testigo que es una persona excomulgada, se deberá concretar quien, cuando y en que sitio fue excomulgado; o si al testigo se le tacha por perjuro, habrá que decir cual fue el asunto por el que se le tuvo por tal, fijando el sitio, el tiempo y la razón en la que se basó el fallo. Es decir, no basta que las tachas sean generales, sino que deben estar bien especificadas.⁵⁶³

-para evitar malicia en tachar, se exige a quien la presente que jure que no lo hace por malicia ni con ánimo de injuriar al testigo; es una formalidad que evita que, en caso de no quedar probados los motivos de la tacha, se le pueda imponer pena al que la formula.⁵⁶⁴ Este no es propiamente un requisito, en primer lugar por no venir exigido por ninguna ley, sino que se trata

⁵⁶² TAPIA, Ob. Cit. Pág. 205, n.p.p. citando al Conde de la Cañada.

⁵⁶³ N.R. 2.8.4.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 206.
JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 37.

⁵⁶⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 86.

de una formulación doctrinal y práctica,⁵⁶⁵ y porque además es una formalidad garantizadora de resultados futuros, más que de una exigencia a priori para que el planteamiento de la tacha sea válido.⁵⁶⁶

- la forma procesal de presentar las tachas será mediante un **pedimento** de parte, que puede ser incluso el escrito de alegaciones llamado de **bien probado**, aunque se consideraba de buen hacer procesal el presentar un pedimento para esta cuestión, sin formular las alegaciones de bien probado, pues si se hace de forma conjunta, deberán repetirse de nuevo según el resultado del incidente de tachas. En esta petición, después de identificar al testigo y expresar la tachas que le tenga que poner, dice la parte que por esos motivos *no merece el menor crédito y fe en las deposiciones que tiene ejecutadas en los autos, siendo los presentados por mí los de mayor excepción y sin defecto alguno.*⁵⁶⁷ Aprovecha así la parte "tachante" a alegar en favor de sus testigos y en contra de los de la parte contraria.

3º.-La prueba o justificación dentro del incidente de tacha de testigos. En el mismo pedimento en el que se planteaba la tacha, se solicitaba que se recibiese a prueba, por el término *que bien visto fuere*. La ley lo permite así, dejando a criterio del juez el recibir o no a prueba la tacha.⁵⁶⁸ Es un término arbitrario y discrecional que no puede exceder de la mitad del que se haya concedido en la causa principal, pues se piensa que las tachas son "**odiosas**" y para admitirlas y probarlas se debe conceder el término con buen conocimiento de lo que ha ocurrido, de ahí que

⁵⁶⁵ HEVIA BOLAÑOS cita a PAZ, CAVEDO Y JULIO CLARO para apoyar sus afirmaciones.

⁵⁶⁶ La fórmula que se utilizaba, al final del escrito en el que se planteaba la tacha, "jurando en forma que dichas tachas no las pongo en malicia, ni por infamar a dichos testigos, sino para defensa de mis derechos y justicia"

⁵⁶⁷ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pág. 38.

⁵⁶⁸ N.R. 1.8.4: *y fuere visto a los de nuestro Consejo y Oidores que son tales que deben ser recibidas, que den sentencia en que reciban a prueba de ellas.*

el tiempo de prueba se pueda restringir.⁵⁶⁹ Los testigos que se utilizarán serán los adecuados , pues a estos ya no se les podrá oponer tacha alguna, y se les examinará mediante un interrogatorio que presentará la parte, y del que se da traslado a la parte contraria, para que diga si considera o no admisibles las tachas y a su vez pueda oponer sus propias objeciones a los testigos del litigante contrario. A la solicitud de prueba dará el juez un auto por el que admitirá el incidente, recibirá la causa a prueba y fijará el término para su práctica. Una vez hechas las pruebas, se hará publicación de ellas, se unirán a los autos y se notificará a las partes para que aleguen de bien probado.

En cuanto al resultado final de las tachas y del incidente en el que se tramitan, no recae ninguna resolución sobre su resultado, pues el juez nada ha de decir en cuanto a lo que la partes digan y prueben, pero lo ha de tener en cuenta al decidir el fallo del pleito, pues la finalidad de tachar a un testigo está en hacer que su testimonio se invalide, y por lo tanto no hará prueba por sí mismo y no entrará en el juego de valoraciones y escalas probatorias.

CAPÍTULO IX.- LA OBJETIVACIÓN EN LA PRUEBA. LOS DOCUMENTOS.

En la configuración de los rasgos procesales que definieron el proceso castellano, fue la **escritura** no sólo una herramienta procesal, sino parte de la esencia misma del proceso. En primer lugar, la influencia del Derecho Común, con su enorme aportación del Derecho Canónico, consagra la escritura y su materialización en la documentación. Y este elemento procesal material llega a alcanzar el mayor volumen de producción entre los siglos XVI y XVIII. Pero

⁵⁶⁹ TAPIA, Ob. cit. pág. 207.

además, en esta configuración histórica de los componentes del proceso, tuvo influencia un hecho histórico como era el triunfo de la escritura en lo que **Maravall** llama la modernidad. Lo escrito procesal no ha de ser considerado únicamente aquello que se documenta en las actas de los pleitos, sino los elementos de apoyo que las partes aportan al proceso, tanto a su inicio como en el momento probatorio: los documentos públicos o privados que constituyen la base definidora de las peticiones de las partes, y sobre los que el juez debe decidir para poner su sentencia. La idea de que la escritura es un instrumento de poder, con carácter general, tiene su reflejo en el mundo procesal; la mayor producción documental que comienza a tener importancia en el siglo XVI, no afecta solamente a lo público, sino que también en la esfera de lo privado se puede hablar de una mayor creación de expresiones escritas para fijar aquellas decisiones o voluntades entre particulares con posibles efectos en el futuro. Nos referimos a la gran extensión de contratos, testamentos, acuerdos matrimoniales, constituciones de dotes, transmisiones de derechos sobre bienes, y cómo no, el tráfico privado en su totalidad. Se puede hablar, por tanto, de una hipertrofia documental en el proceso en cuanto a la propia documentación procesal, pero además, va creciendo considerablemente el hecho documental privado que se aporta como medio probatorio en los pleitos. Se admite como principio general que la expresión escrita es superior a la expresión oral, y que de los documentos nace una fuerza que vincula a las partes que intervienen en su creación, ante ellas mismas y ante terceros. El sentido de la existencia de los documentos era reconocido por los autores en general, sobre todo los prácticos, y puede servir de ejemplo lo que pensaba **Gomez Negro** sobre lo escrito:

"no hay duda que la escritura es el medio más seguro de conservar la memoria de los hechos, señaladamente cuando pasan entre particulares, más aunque ellos privadamente los escribiesen y se valiesen de testigos, muertos estos y los contrayentes, no merecían fe sus escritos, como que la sociedad no podía tener gran confianza en unos y otros, ya porque sus firmas podían fácilmente

fingirse, y también porque no todos tendrían la instrucción necesaria para exponer su intención en los términos que la concebían, y podían por consiguiente firmar obligaciones que no querían contraer".⁵⁷⁰

Como prueba, los documentos constituyen un medio objetivo y tasado que se ve enfrentado a la prueba de testigos en cuanto a su valoración y credibilidad; aunque se hable de documentos con carácter general, late en el fondo la distinción entre **documento privado** y **documento público**, pues constituyen elementos probatorios con distinto valor y diferente importancia. Los documentos que se aportaban en los pleitos, en principio, eran privados pues afectaban a la esfera de la actividad privada de las personas; posteriormente, para validar el documento en sí y que no pudiese ser puesto en duda, se recurría a la autorización por testigos: el acuerdo de voluntades se hacía ante personas ajenas al negocio básico, pero que con su presencia lo autentificaban: eran la garantía de la ausencia de falsedades y de que el contenido del documento se correspondía con la realidad. Es desde el momento en el que los testigos empiezan a ser sustituidos por oficiales reales en la función autenticadora, cuando se puede empezar a hablar de **documentos públicos**, frente a aquellos documentos en los que se recogían voluntades personales sin la intervención de terceros, es decir, en la esfera auténticamente privada. El adjetivo de públicos se correspondía a una antítesis de privacidad, al hecho de que estos documentos estuviesen autorizados y autenticados por oficiales reales, y a que su contenido **se podía hacer valer frente a terceros**. Por supuesto que el valor y la fuerza de probar de unos y otros documentos no era la misma; los documentos privados podían ser impugnados con mayor facilidad que los públicos que necesitaban la declaración de más de tres testigos en contra de su contenido. Partiendo de su valor dudoso para ser aportado en una contienda judicial,

⁵⁷⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 95.

el documento privado existe y aparece presentado como prueba en los pleitos, pero cede en importancia al documento público por las mayores garantías que encierra éste en cuanto a resultados y efectos. Es importante considerar este aspecto, pues a él va unido el crecimiento de la actividad y de la presencia social de los escribanos públicos con las consecuencias socio-económicas que esto supuso. Por eso, al hablar de los documentos como medio de prueba, en la mayoría de los aspectos se está teniendo en cuenta el documento público, por su mayor incidencia procesal, tanto por su volumen como por sus efectos.

9.1. La prueba por documentos. Qué es un documento, sus clases y requisitos.

Los documentos como medio de prueba no llegan a alcanzar en el período que nos ocupa el mismo volumen que llega a tener la prueba de testigos, pero sí se puede decir que su utilización está patente en los pleitos, siempre que las partes tengan acceso a este medio, pues en caso contrario han de recurrir a probar por testigos los hechos sobre los que no hay constancia por escrito.

Se llevan al pleito los documentos privados, pero sobre todo se encuentran documentos hechos ante escribanos como el medio más seguro de demostrar las voluntades de las partes. Estamos ante un medio de prueba de **carácter objetivo** que queda fuera de la esfera de intervención personal, y como tal medio objetivo se puede estudiar de una forma más despersonalizada de los que hacen necesario conocer la prueba de confesión y la prueba testifical. Aunque en principio su creación depende de la voluntad de las partes y de las manifestaciones de su forma de pensar y de sentir, pierde el documento su vinculación con las personas que lo crean, desde el momento que su contenido tiene valor por sí mismo y se hace inatacable e indiscutible, es decir se objetiviza y se desvincula de su origen personal. Adquiere así el

documento, como medio material de recoger los acuerdos entre particulares, su propia entidad fuera y dentro del proceso; es un objeto utilizable por aquel o aquellos a quien beneficie, y así se hace cuando se presenta con la petición inicial o con la contestación a la demanda el instrumento en el que la parte basa su derecho para pedir o contestar; o cuando se aportan en el período de prueba, o bien cuando las partes piden que tengan valor de probar y demostrar aquellos documentos que se presentaron en la fase inicial o de alegaciones. La objetividad del documento, tanto privado como público, está garantizada, y precisamente este carácter no personal es lo que hace que los documentos se tengan en cuenta como una prueba, que por quedar fuera de la intervención o aportación de las partes del pleito, puede garantizar su contenido como algo estable y seguro.

En lo que se refiere al estudio de los documentos como medio de probar, como se hace inevitable seguir a la doctrina y a **Las Partidas**, hay que tener en cuenta que al hablar de **documentos** los autores y las leyes se refieren a lo que se entiende por **documento público**, por lo que el análisis de los documentos privados, o no públicos, que se aportaban en los pleitos, se hará por separado.

Partiendo de aquí, documento en general viene a ser *expresión escrita del pensamiento y la voluntad, materializada en papel, y que se refiere a hechos ocurridos con anterioridad a la iniciación del proceso*, y desde el punto de vista probatorio es un medio de prueba **objetivo y tasado**. Se parte de que la escritura es el medio más seguro para conservar la memoria de los hechos,⁵⁷¹ y como los documentos escritos entre particulares, en privado aunque fuese con intervención de testigos, llegaba un momento en que se podía dudar de su autenticidad por haber desaparecido los contrayentes o los testigos, se fue creando la necesidad de que estos **escritos**

⁵⁷¹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 94.

entre particulares se hiciesen ante determinados oficiales públicos nombrados por los Concejos o por el Rey para que con su firma autorizasen el contenido de lo que aparecía escrito, que se entendía como escrito por el propio oficial y dicho ante él mismo. Estos oficiales gozaban de **la confianza y la fe pública**, y de ellos se valían los particulares para hacer escribir los hechos y contratos, si querían que la sociedad diese crédito a estos escritos.⁵⁷² Desde el siglo XIII la definición de documento público se ciñó a la que se hacía en **Las Partidas** como *toda carta que sea fecha por mano de Escribano público de Concejo, o sellada con sello del Rey, o de otra persona auténtica, que sea de creer, nace de ella gran pro, pues es testimonio de las cosas pasadas y averiguamiento del pleito sobre el que es hecha*.⁵⁷³ En la misma definición están recogidos los dos tipos de escrituras que se entiende tienen el valor de documento público o auténtico. *Público* sería el que se hace ante Escribano Público, y *auténtico* el que está hecho, firmado y sellado por personas revestidas de autoridad real, señorial, eclesiástica o señorial.⁵⁷⁴ Por lo tanto, la idea que recogen **Las partidas**, y que transmiten a los autores jurídicos, es que una escritura para que tenga efectos probatorios, ha de ser hecha por escribano público, o bien confeccionada por las personas que están revestidas de una cierta autoridad, lo que equivale a decir que *ex officio*, con la utilización de signos identificativos, autorizan un documento como inequívocamente expedido por la persona o agrupación que le confiere valor intrínseco. **Documento auténtico** es aquel que hace fe por sí mismo, por estar autorizado con el sello de

⁵⁷² Ibidem.

⁵⁷³ P.P. 1.18.3. Es importante destacar que este título de Las Partidas es uno de los más extensos de la Partida III, pues tiene 121 leyes, lo que es un indicativo de la importancia que ya en este momento se daba a los documentos.

⁵⁷⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 90.

quien le hizo,⁵⁷⁵ y aunque se pueden confundir documento público y documento auténtico, éste último no es público por no otorgarse ante persona pública y testigos, ni con las solemnidades que se exigen para su valor y por lo tanto no se puede oponer frente a terceros; por el contrario, todo documento público sí tiene el valor de auténtico, aunque ambos son estables y hacen fe de su contenido.⁵⁷⁶

Depende por lo tanto el valor y eficacia de un documento que éste esté hecho teniendo en cuenta unos determinados **requisitos**, que si no son respetados pueden hacer que el hecho documental pierda su valor, en todo o en parte. Como se explicará mas detalladamente al hablar de la elaboración y confección de los documentos públicos, conviene aclarar, que siendo una escritura pública un instrumento que hace fe, no sólo entre los que hayan intervenido en ella, sino frente a terceros, debe reunir unas garantías de forma y solemnidad que hagan suponer que el negocio subyacente es válido, precisamente en base a las formalidades que se le exigen y que adquieren valor constitutivo, de ahí su objetivación respecto de los intervinientes. En primer lugar, se exige a un documento, para que tenga la condición de público, que esté firmado por escribano público de número de los pueblos. La doctrina entiende que siempre tienen prioridad los escribanos públicos y del número sobre los reales, que podrán en ausencia o por carencia de escribanos del número; es la condición que garantiza que el escribano ha pasado el control del examen por el Consejo, y por lo tanto conoce su oficio y es persona honesta.⁵⁷⁷ De esta exigencia se deriva el hecho de que no se tengan en cuenta los documentos expedidos por Notarios

⁵⁷⁵ Si fuere sellada con sello del Rey, de Arzobispo, o de Obispo; de Cabildo o de Abad bendito, o maestro de orden de caballeros *debe valer como aquel que la mandó sellar para probar aquello que en ella fue escrito*. P.P. 114. 18. 3.

⁵⁷⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 163.

⁵⁷⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 90 y N.R. 1,2. 25. 4.

Eclesiásticos, ni el que haga el escribano en favor suyo o de alguno de sus familiares⁵⁷⁸ ; y cuando se pretenda hacer valer una escritura autorizada por escribano de un lugar lejano al del pleito, se ha de certificar la firma por otros escribanos del número del mismo lugar. En segundo lugar, para hacer fe han de reunir todas las solemnidades exigidas, pues no hacen fe las escrituras en las que falten los nombres de los contrayentes, del escribano y de los testigos; las firmas, las fechas y el asunto sobre el que se otorgó así como el registro y protocolo; lo mismo ocurriría si el documento está roto o cancelado en alguno de estos extremos. En cuanto a las solemnidades, es importante la observación hecha por **Hevia Bolaños** por la que recuerda, que según la doctrina general, las partes no pueden renunciar a estas solemnidades que son parte constitutiva del propio acto jurídico.⁵⁷⁹ Por último, la fuerza del documento público se deriva del protocolo del escribano, que es la base de su valor al exterior, pues el crédito del instrumento está en relación con el protocolo del que procede, que debe ser conservado por los escribanos evitando su destrucción. El protocolo es la garantía de la autenticidad y contenido de las copias que por el escribano se expidan.⁵⁸⁰

La exigibilidad de estos requisitos deriva de su valor constitutivo del documento, pues en ausencia de alguno de ellos, o existiendo un vicio en su elaboración, el documento puede estar viciado de nulidad y por lo tanto su valor como elemento probatorio quedaría desvirtuado.

9.2. El otorgamiento de una escritura pública: como se produce su elaboración.

Del origen del oficio de escribano y de cómo después quedó fijado, nacen muchas de sus

⁵⁷⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ibidem.

⁵⁷⁹ HEVIA BOLAÑOS, Ibidem.

⁵⁸⁰ Para una explicación conjunta de este tema, sigue una línea metodológicamente válida JORDÁN DE ASSO en sus "Instituciones del Derecho Real de Castilla" . pags 302 y ss. El autor para hacer su exposición sigue LAS PARTIDAS, NUEVA RECOPIACIÓN y la disertación sobre el tema de PAREJA al que remite.

prácticas y formas de trabajo, que una vez que se regularon por las leyes, quedaron como las formalidades a respetar para que lo que un escribano hiciese pudiese ser tenido como válido. Las formalidades que las leyes exigían en las escrituras, estaban en función de asegurar cuanto fuese posible los derechos, el honor y la vida de los ciudadanos;⁵⁸¹ y se valoraban desde un punto de vista garantista, con lo que quedaban revestidas de un carácter de esencialidad para el propio documento.

Si en un principio los escribanos se limitaban a extender los contratos o manifestaciones de voluntad que se les solicitaban, entregándoles el original, pero por instinto comenzaron a llevar un registro o índice de las escrituras que hacían, por su propio interés, y al mismo tiempo conservaban el borrador o minutario que ellos utilizaban para después confeccionar la escritura original y definitiva, que con el tiempo no se entregaba al solicitante sino que formaba parte de un libro de papel seguido que se llamó protocolo, quedando custodiado y archivado por el escribano, que le daba una copia a las personas intervinientes en la escritura.⁵⁸² Y además de esta copia primera o auténtica, que tenía el verdadero valor documental de la escritura original, del documento protocolizado se podían extraer más copias o traslados que necesitaban estar hechos con una serie de garantías para a su vez tener valor de probar. De estos cuatro elementos, **minutario, registro o protocolo, original y traslado** está formado el andamio de trabajo de los escribanos.

Desde el momento de su consolidación como un oficio que procedía de nombramiento real, que estaba controlado por los órganos de la propia monarquía, y en el que las personas depositaban su confianza o fe, haciendo con todas estas circunstancias que los documentos que

⁵⁸¹ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 97.

⁵⁸² Ibidem.

ellos hacían tuviesen el valor de que su contenido era cierto. Aunque luego se verá cuales eran los elementos que toda escritura debía contener para ser válida, y que los escribanos no podían dejar de tener en cuenta, vamos a seguir el recorrido de los elementos que se han mencionado para en cada paso detenernos y analizar su sentido y justificación.

1º.- El minutario.- Cuando las personas que pretenden del escribano la confección de una escritura en la que plasman sus acuerdos de voluntad o sus declaraciones, le han de explicar en qué consisten sus intenciones; en esta entrevista los escribanos tomaban nota del contenido de la escritura *en un cuaderno de papel común* que utilizaban para después pasarlo o transcribirlo extensamente al protocolo. Aunque el origen de este borrador está en la práctica del oficio, los minutarios fueron adquiriendo la fuerza que les daba la propia realidad: eran un útil instrumento de trabajo con entidad propia; de ahí que para algunos autores el minutario de un escribano pudiese, en caso de duda, ser aportado como prueba procesal, siempre que se completase con declaraciones de testigos, pues puede el interesado pedir al juez que dé por legítimo el minutario y lo mande protocolizar.⁵⁸³ En este sentido es importante la opinión de SALA, no sólo por su contenido en sí misma, sino también por ser un autor muy difundido entre los juristas prácticos lo que hace suponer que influyese en la opinión de otros autores.⁵⁸⁴

"A este **Minutario** no se le puede negar la calidad de original, como que lo es con toda propiedad, como que es la primera escritura [...] que se formó a presencia de los otorgantes en los términos que expresaron querer, cuyas circunstancias faltan a las escrituras extendidas en el **protocolo**; no parece poder dudarse que se debe más fe a ellos que a éstas, cuando se observase alguna discordancia. Pero como en los dichos minutarios hay las veces borrados y enmendados, y no se cuida salvarlos, y por no estar

⁵⁸³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 97. Es frecuente pedir la protocolización de testamentos que se han hecho sin escribano, y de los minutarios cuando ha muerto el escribano antes de haber extendido en el protocolo las escrituras que contiene.

⁵⁸⁴ GÓMEZ NEGRO, posterior a Sala, le refiere en su explicación del trabajo de los escribanos y recoge como válidas estas opiniones.

custodiados y recabados como corresponde, es fácil a cualquiera mal intencionado el corromperlos, y al mismo tiempo hay escribanos que no los conservan como deben; nace de ahí, que no son respetados y atendidos como se merecían si estuviesen buenos. Si se presentaren algunos enteros y perfectos, siempre sería de dictamen, que deben ser preferidos a los Protocolos, por más campanillos que se pongan a estos, como no fuera el de que antes de firmar las escrituras extendidas en el se hubiesen de leer a las partes, y de ellos y de su aprobación costase allí mismo.⁵⁸⁵

En resumen, el minutario es un instrumento de trabajo de los escribanos, y al mismo tiempo una base documental de la que pueden obtener documentos auténticos si se pide su protocolización ante un juez, con lo que su contenido, un resumen abreviado de lo que ha de constar en la escritura definitiva, es el sustrato para la elaboración de otros documentos.

2º.- Registro o protocolo.- Con las notas que ha recogido abreviadamente el escribano en su minutario, se lleva a un libro de papel continuo, que se llama registro o protocolo, el negocio que las partes quieren hacer por escrito. En esta redacción se ha de prescindir de los términos ambiguos y abreviados pues lo que allí se escriba es la base del documento original. Es pues este documento **la escritura matriz que se otorga y queda en poder del escribano**, para ser guardada y conservada, y al mismo tiempo de ella extraer la escritura original que se entregará a los interesados, y servir de referencia para las dudas que puedan surgir a posteriori.⁵⁸⁶ Es por lo tanto el registro o protocolo un documento que no se entrega a terceros, pero que sirve de base y referencia de la escritura original, y por lo tanto ha de estar sujeto a determinadas circunstancias. El registro es un libro cuya finalidad es el tener presente las escrituras que se hacen, pues si estas se pierden o deterioran, o son puestas en duda, partiendo del registro se pueden obtener las perdidas y restaurarse la deterioradas. Además, a partir del registro de

⁵⁸⁵ SALA, Ob. Cit. Pág. 207.

⁵⁸⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

escrituras pueden destruirse las dudas que contra un documento se puedan argumentar.⁵⁸⁷

Doctrinalmente se consideraba el **registro** como *escritura matriz que se otorga y queda en poder del Escribano, cuya introducción y uso es para estar en guarda, por forma de que se saque y transcriba el original, y determinen por ella las dudas que en él se ofrecieren;*⁵⁸⁸ y materialmente el protocolo o registro de un escribano es un **libro** para evitar las introducciones de nuevos documentos o añadidos. **Las Partidas** no hacen ninguna referencia a este libro, solamente se limitan a mencionarlo, pero la legislación real posterior se dedicó a fijar con claridad y exactitud las circunstancias que se dan en el oficio de los escribanos.⁵⁸⁹ Se obligaba a los escribanos a tener un libro de protocolo encuadernado, de pliego de papel entero, en el que tenían que escribir las notas de las escrituras que ante él se hiciesen; las notas debían contener toda la escritura en su extensión, especificando datos, condiciones y cláusulas. Las notas que se recogen en el protocolo deben ser leídas a las partes y firmadas por éstas y los testigos presentes, y una vez hecho no podrán ser modificadas. Se exige la existencia del asiento en este libro de cualquier escritura para poder ser entregada a las partes que intervienen.⁵⁹⁰ Los libros de registro de los protocolos deben ser guardados y coservados por los escribanos que los extienden y tienen sobre ellos el deber de secreto, pues no pueden ser exhibidos, salvo a determinados oficiales reales, como el sellador y el notario, o por orden real o judicial.⁵⁹¹ Sobre el deber de guardar bien los libros se insiste en la

⁵⁸⁷ P.P. 8.19.3.

⁵⁸⁸ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁵⁸⁹ LA NUEVA RACOPILACIÓN recoge en el título 25 del libro 4, bajo el epigrafe: "De los escribanos del concejo, públicos y del número, hasta 48 leyes, la mayoría del siglo XVI, en las que se regulan las actuaciones de los escribanos detallada y nimuciosamente. Es ciertamente curioso el hecho de la extensión de este título, pues coincide con el también extenso título 18 de la Partida Tercera, igualmente dedicado a los escribanos y al ejercicio de su oficio.

⁵⁹⁰ Pragmática dada por Isabel en Alcalá el 7 de junio de 1503. N.R. 8.25.4.

⁵⁹¹ P.P. Ibidem.

Pragmática dada en Alcalá por Isabel en 1503, ordenando que los escribanos sean diligentes en guardar bien los libros de los registros y protocolos, y los procesos que ante ellos pasasen,⁵⁹² como una obligación específica de su oficio dirigida precisamente a proteger los libros de protocolos, como la base documental que era y la trascendencia de futuro que tenían.

3º.- Escritura original. El negocio o las manifestaciones que se hacen al escribano para que lo formalice en una escritura o documento público, queda por lo tanto anotado y transcrito en el protocolo, pero dado que ese protocolo queda en su poder y custodia, a los interesados les ha de facilitar una copia de lo escrito, copia que tiene valor de auténtica, para que puedan hacerla valer en su favor ante autoridades o particulares. Por lo tanto, una vez hecha la escritura, con las formalidades acostumbradas, los contratantes, sobre todo aquel a favor de quien se otorga el negocio, suelen pedir *copia de ella como que es el garante de sus derechos, y el escribano no puede menos de dársela inmediatamente que la haya extendido en su protocolo.*⁵⁹³ Hará y entregará al escribano una **primera copia** que se llama original y como tal se entiende que es respecto a lo escrito, por entregarse en el mismo acto, merece la misma fe que el protocolo, aunque no lleve las firmas de los intervinientes y sólo la cláusula que dice *a su otorgamiento presente fui.*⁵⁹⁴ Este original que se extrae de la matriz, hace fe si está autorizada por el escribano ante quien pasó *y no por otro aunque sean ciento.*⁵⁹⁵ El valor de esta primera copia original hace fe plena como si de la primera inscripción se tratara,⁵⁹⁶ no sólo por la autenticidad de lo que recoge por lo inmediato de su confección: a presencia de las partes y siéndole leída, sino porque

⁵⁹² N.R. 16.25.4.

⁵⁹³ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 98.

⁵⁹⁴ Ibidem.

⁵⁹⁵ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁵⁹⁶ SALA, Ob. Cit. Pág. 210

la ley obliga a la entrega de la escritura original a la parte que la pide en el mismo momento o a los tres días primeros siguientes, con lo que la obligación de esta entrega hace que la copia primera que se da a los intervinientes, al hacerse ex lege, actúa como una validación de esta escritura original.⁵⁹⁷

4º.- El traslado.- Además de esta primera copia que por sí misma tiene el valor de un documento original, y en base precisamente al protocolo, puede ocurrir que por pérdida del original o primera copia, o porque el juez necesita para su información otra copia, los escribanos hayan de hacer escrituras que teniendo en cuenta determinados requisitos, tendrán también el valor probatorio de un documento original. Esta posibilidad aparece recogida en **Las Partidas** cuando se admite que la escritura original que entrega el escribano puede dejar de estar en poder de la persona a la que se le entregó; en ese caso acudiría de nuevo al escribano para que se la hiciese otra vez; y el escribano, valorando si la escritura se refiere a negocios en los que no se puede causar perjuicio a las partes si se emite una nueva copia, debe darla; y por el contrario, si la escritura contiene reconocimiento de deuda, o acuerdo similar, en el que se puede perjudicar a alguien exigiendo sus cumplimiento más de una vez, en estos casos no debe entregar el escribano la copia que se le pide. Ahora bien, si la persona que ha perdido su escritura de deuda, acude al juez, jurando que la ha extraviado y que no va usar maliciosamente de ella, y el juez llama al deudor que reconoce la deuda, en estos casos el juez ha de ordenar al escribano que haga la copia, que entregará a la parte y de la que el juez ha de tomar nota.⁵⁹⁸ Indudablemente estas copias documentales, pueden ser aportadas como documento público, y tienen pleno valor probatorio, y esta *originalidad* deriva de la autenticación que de ella hace el escribano al

⁵⁹⁷ N.R. 15.25.4.

⁵⁹⁸ P.P. 10.19.3.

otorgar la copia que se le pide, lo que se puede aplicar a las copias que ha de otorgar escribano distinto del que originalmente intervino en el documento inicial, pues si se hace con intervención del juez y contradicción de las partes, estas escrituras son válidas como prueba y frente a terceros.⁵⁹⁹ Para algún autor, la autorización del juez y la contradicción no han de ser necesarias para dar valor auténtico al **traslado**, cuando es el mismo escribano quien hizo el original, haciendo falta las exigencias anteriores sólo en los casos en los que es distinto escribano el que expide la copia del que extendió el original.⁶⁰⁰ El efecto probatorio será el mismo que el de la escritura inicial, aunque se haga sin solemnidades, siempre que no sea impugnado por la parte a la que puede afectar y perjudicar, y cuanto el derecho a que se refiere, si está consolidado después de treinta años, tendrá validez aunque el traslado sea antiguo *pues más crédito se debe dar a los instrumentos antiguos que a los dichos de los testigos, porque la memoria de estos es débil, mutable y falible y las palabras de los instrumentos firmes y constantes y la antigüedad tiene lugar de ley y verdad.*⁶⁰¹ Se puede observar una cierta tendencia de los autores, que se basan en la práctica de los tribunales, en admitir como norma general la validez probatoria de los traslados de escrituras, y sólo excepcionalmente, si son impugnados por los contrarios, podrán ser discutidos y no tenidos en cuenta.

En la forma de elaborarse el documento se han tener en cuenta unos **elementos constitutivos**, que son esenciales para que la escritura tenga valor; se convierten así estos elementos en **requisitos** necesarios a tener en cuenta en la confección de una escritura, que cuando no son observados hacen que el documento sea nulo y su valor probatorio sea ninguno.

⁵⁹⁹ SALA, Ob. Cit. Pág. 210. El autor opina que los requisitos formales no están en uso y por lo tanto no han de ser tenidos en cuenta, salvo la autorización del Juez.

⁶⁰⁰ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁶⁰¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 162.

Si hasta ahora hemos hablado de **formalidades estructurales** al referirnos a los tipos de registro y de escrituras, lo que se trata a continuación es de examinar aquellas circunstancias que los escribanos han de seguir para la confección material del documento; nos referimos pues a elementos esenciales de esta confección

En primer lugar, deberá el escribano autorizante reconocer a las partes que ante él comparecen y que son los intervinientes en el negocio y por lo tanto en el documento. Los escribanos no pueden hacer ninguna escritura sin conocer a alguna de las partes que intervengan (en la ausencia de este conocimiento, se presentará a dos testigos que responderán de la identificación, haciendo mención de esta circunstancia al final de la escritura con el nombre de los testigos, lugar de procedencia y fuente de conocimiento de los otorgantes).⁶⁰² Aunque se piensa que este requisito, de presentación por testigos, si no es tenido en cuenta no hace nulo el documento,⁶⁰³ sí es imprescindible que figuren los nombres de los otorgantes⁶⁰⁴ y el origen del conocimiento que de ellos tenga el escribano.⁶⁰⁵ Se trata con estos preceptos de asegurar las identidades de los intervinientes, y teniendo en cuenta que salvo que el escribano conozca a uno de ellos (que a su vez sería testigo de la identidad de la otra persona), la única manera de probar o demostrar quien es cada uno, es la referencia de terceros, de ahí que se exija que las personas que comparecen ante un escribano para otorgar un negocio, se identifiquen por terceras personas que les conocen.

En segundo lugar, en las escrituras han de constar el lugar en el que se otorga, el día,

⁶⁰² GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 96.
N.R. 14.25.4

⁶⁰³ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 91.

⁶⁰⁴ P.P. 55.18.3.

⁶⁰⁵ N.R. 14.25.4.

mes y el año, y por supuesto, los nombres de los otorgantes y de los testigos ante quienes se haga.⁶⁰⁶ Indudablemente, ha de escribirse lo que las partes otorgan en toda su extensión, declarando quienes son los que otorgan y que es lo que se otorga, *especificando todas las condiciones y partes, cláusulas y renunciaciones, y sumisiones que las dichas partes asientan.*⁶⁰⁷ Una vez que se ha escrito el verdadero contenido del negocio que se hace entre los intervinientes, y el escribano lo ha anotado en su protocolo, les debe leer a las partes lo que ha escrito para que en caso de desacuerdo, se salve antes de firmar el documento, firma que han de signar los intervinientes ante el escribano, y en caso de no poder hacerlo porque no saben firmar, lo harán a presencia de algún testigo, circunstancia que también se hará constar en el final de la escritura.⁶⁰⁸

Quedan por último otras dos exigencias de tipo formal para validar un escritura hecha por escribano. En la confección material de la escritura se exige a los escribanos que cuiden lo que escriben y como lo escriben, sin incluir las abreviaturas de las que se valían normalmente en otros documentos, y sin utilizar guarismos, incluso para las fechas,⁶⁰⁹ no debiendo recurrir a las menciones por iniciales en los nombres propios de personas o de lugares.⁶¹⁰ Y finalmente mencionar la obligación de los escribanos de utilizar el **papel del sello** según una disposición de 1637⁶¹¹. En los motivos preliminares de esta norma, se argumenta la proliferación de escrituras falsas hasta llegar a tales términos *que ni bastan las dispuestas por mis leyes reales, ni el temor*

⁶⁰⁶ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 90.
N.R. 14.25.4.

⁶⁰⁷ Ibidem.

⁶⁰⁸ Ibidem.

⁶⁰⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 96.

⁶¹⁰ P.P. 7.19.3.

⁶¹¹ N.R. 44.25.4.

de sus penas, ni diligencias de mis justicias con los perjuicios que supone, máxime teniendo en cuenta la extensión de los reinos que dificulta su control. Para evitar esta situación se ordena escribir los instrumentos en pliegos de papel en los que estará estampado un sello, con cuatro clases para según la importancia del negocio que contenga. La utilización del papel de sello no invalida el resto de solemnidades o requisitos que la ley exige, sino que añade uno nuevo *como norma sustancial*.⁶¹² Desde el momento de la promulgación de esta ley, serán nulas las escrituras que se otorguen sin este requisito, y los escribanos que las confeccionasen, o los jueces y otros letrados que las utilizasen o hiciesen valer, serán castigados con penas pecuniarias, de pérdida de sus oficios, y hasta corporales. Se establecen a continuación los cuatro tipos de sellos, que se imprimirán en pliegos de papel, según la calidad y cantidad de cada negocio; a estos cuatro sellos hay que añadirles el de **ilustres**, el de **oficio** y el de **pobres**. Esta norma fue completada, desde luego tardíamente, por una orden dada en 1794 por la que se prohíbe el uso del sello negro con las armas de Castilla y León, y que tenía **franquicia para las cartas**, en todos aquellos casos en que no se trate de negocios de oficio, imponiendo las penas correspondientes para el caso de contravenir la orden, y por supuesto para aquellos que falsifiquen el sello en cuestión.⁶¹³

9.3. La presentación de los documentos en juicio. Su cotejo y compulsas.

Los documentos, con valor de públicos y auténticos, pueden aportarse a lo largo de todo el discurrir procesal. En primer lugar, el demandante y el demandado deben aportar con la demanda y la contestación aquellos instrumentos en los que intenten fundar su derecho; con posterioridad, durante la prueba podrán presentar documentos tendentes a probar determinados

⁶¹² Ibidem.

⁶¹³ No.R. 20. 13. 3.

hechos, fuera de la argumentación jurídica. Pero además, las partes en los pleitos podían aportar, después de la prueba y antes de la sentencia, todos aquellos documentos que hubiesen llegado a sus manos con posterioridad al inicio del pleito, siempre que juren que no tenían antes conocimiento de ellos. Por lo tanto, la norma general es que los instrumentos se aporten al proceso en el momento en que tanto el actor como el demandado hacen sus primeras alegaciones, pero no se excluye la posibilidad de poder presentar documentos hasta el momento de la citación para la sentencia, tal como lo indica la práctica: *cuando se ponen las demandas, e intentan los pleitos, en todo género de Tribunales se deben presentar al mismo tiempo todos los instrumentos que la parte tuviere para justificación, y así por esta razón hacen juramento, queriendo decir en él que ahora llega a su noticia para presentarlos, que a esto sólo mira el juramento y porque se hace*.⁶¹⁴ La obligación de los participantes en toda contienda judicial de aportar con su petición y sus alegaciones iniciales los documentos que sirven de base para su reclamación, está recogida en la legislación real posterior a Las Partidas cuando se entiende que el demandante, si puede probar su demanda por escrituras las presente al inicio del pleito, y el demandado debe hacer lo mismo que el actor en cuanto a la presentación de las escrituras que hubiere de presentar para su defensa:⁶¹⁵ *el actor la ha de presentar [la escritura] con la demanda y el reo con las excepciones. Y sólo después han de jurar que viene de nuevo a su noticia [...]*. Al mismo tiempo que el actor presentaba su escrito de demanda, con el poder del procurador debía aportar, si estaba en su poder el documento o documentos en los que basaba esa petición: en el pleito sobre **evicción de una compraventa de tierras** es indispensable demostrar la existencia de esa compraventa, y así lo hace el demandante, especificando en el escrito inicial que la obligación

⁶¹⁴ FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. fol.5.

⁶¹⁵ N.R. 1y2. 2.4.

de evicción y saneamiento *consta en la escritura de venta que presento con el juramento necesario*, escritura fechada en 1685, cuando el pleito se inicia en 1708. El documento en cuestión es primera copia u original sacada en el mismo día de otorgamiento de la escritura por el escribano del Ayuntamiento de Olmedo, y recoge la venta efectuada al padre del demandante por los padres de los demandados.⁶¹⁶ Mediante el documento Antonio Redondo y María Hernandez, que actúa con licencia para aceptar y usar, venden a Diego Nieto una serie de tierras como propias y libres de toda carga; se delimitan los lindes de las fincas y se indica la procedencia de la adquisición anterior, se señala la capacidad de las tierras por obradas y el precio en que se vende cada una, indicando el valor por obrada. En el acto se dá carta de pago y se traslada la propiedad y la posesión de las tierras, comprometiéndose al saneamiento y la evicción, que es la acción que se está ejercitando por el heredero del comprador. Es semejante la situación que se produce en un pleito en el que lo que se pide es la nulidad de una venta de tierras y su escritura⁶¹⁷; en el momento de personarse el demandado y contestar a la demanda presenta y jura la escritura debatida, en la que él mismo está fundando su derecho. La escritura en cuestión es efectivamente testimonio de la primera copia, u original, que está expedida por el escribano otorgante en el mismo día en que se hace la venta, sólo un año antes de que el pleito se plantee. En el documento, además de los nombres de los otorgantes y de la descripción de las tierras que se transmiten, tanto por sus lindes como por sus cargas (está gravada con un censo perpetuo a favor del Hospital General de Segovia), se otorga carta de pago por el precio de la venta, se renuncia a determinadas leyes romanas y del ordenamiento real, trasmitiéndose la propiedad y la posesión y se regulan las obligaciones derivadas de la transmisión, dándole a la

⁶¹⁶ CHA, VALL. P.A. 3782-4

⁶¹⁷ A.H.P.S. J-1027/28

escritura el valor de **guarentigia**, lo que suponía poderla ejecutar como si de un título se tratase.

El sentido de la exigencia de aportar los documentos en el inicio de la contienda está en que las partes tienen que conocer lo que la contraria intenta demostrar y como lo intenta demostrar, para que pueda oponerse al documento por considerarlo no auténtico o nulo. Pero pese a esta norma, la práctica fue admitiendo la posibilidad de presentar los documentos que no estuviesen en poder de cada parte en el momento inicial,⁶¹⁸ o que incluso la parte los desconociese, basándose en el valor objetivo del documento, pues a los escritos no se les admite la sospecha de ser alterados como ocurre con los testigos, que pueden ser buscados y falseados.⁶¹⁹ El sentido de las leyes en su exigencia de presentar los documentos en el momento inicial deriva de la posible actitud maliciosa consistente en retardar su presencia en el pleito con el fin de dilatar la causa y causando un perjuicio a la parte contraria, pero este temor queda salvado por medio del juramento que se le exige a la parte que presenta documentos extemporáneos, diciendo que el documento lo ha conocido después y que es fundamental para probar su posición.⁶²⁰ Además, el sentido de esta actitud procesal nace también de la realidad objetiva del desconocimiento de la existencia de determinadas escrituras, o de la imposibilidad con la que se podían encontrar las partes para tener acceso a determinados instrumentos, por lejanía de los archivos o de los protocolos, realidad que no podía ser ignorada y que si no se tenía en cuenta también se causaba un perjuicio a quien se intentaba valer de tales instrumentos probatorios.

⁶¹⁸ La única norma que puede haber dado base para que esta práctica arraigase en los tribunales es una disposición dada en Alcalá en 1386, ley única del título 4 (N.R. 1.4.4.) en la que se habla de las excepciones que el demandado puede oponer a la demanda para lo que tiene un término perentorio de veinte días, tanto para alegarlas como para probarlas. Pues bien, este término puede ser alterado ya que se pueden admitir alegaciones fuera de este tiempo *con juramento de la parte de que se deben recibir y que no se alegan maliciosamente*. Es por tanto este juramento de ausencia de malicia en lo que se pretende lo que libera a las partes de actuar para perjudicar a su contraria, y al juez de la obligación de impedir que se actúe procesalmente en beneficio de una de las partes y en perjuicio de otra.

⁶¹⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pág. 114.

⁶²⁰ Ibidem.

Tenían los jueces el sentimiento del posible perjuicio que se causaba a quien intentaba presentar un documento fuera de su momento, pero también eran conscientes que el poder dispositivo de las partes le confería la posibilidad de dejar que fuese la parte contraria sobre la que recayese la obligación de oponerse o de impugnar esta presentación documental extemporánea.

Nos encontramos pues ante una cierta paradoja procesal en el tiempo, ya que se entiende que los documentos son medios probatorios, pero no tienen su aportación limitada al momento de la prueba, pues se exige que se aporten en el momento inicial aquellos que sean la base del derecho alegado o pretendido, y no se cierra la posibilidad de su aportación hasta el momento de las conclusiones; pero no por ello deja de tener sentido hablar de la aportación de documentos durante el periodo probatorio pues es indudable que también en este momento se pueden presentar, por supuesto siempre que no sean los fundamentales para justificar la petición o simplemente aquello que se refieren a hechos que tienen un carácter esencial en la contienda.

Importa en este momento del proceso la presentación de documentos, pues es dentro del término dado para probar el momento en que se puede y debe hacer la diligencia de cotejo, diligencia que por otra parte procede cuando se traigan a los autos documentos sin citación de la parte contraria y esta puede rechazarlos como falsos.⁶²¹ Nos encontramos pues con una actividad procesal que queda enmarcada dentro de lo que se entiende como prueba. Cuando se presentaban escrituras o varios documentos, se hacía con un escrito en el que simplemente se hacía constar el hecho de su aportación con juramento,⁶²² o bien se solicitaba que la escritura fuese comprobada con su original, con citación de la contraria, para lo que el escribano que la

⁶²¹ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 48.

⁶²² FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 4.

otorgó la tendrá que comprobar.⁶²³ **Comprobación y compulsa** son dos actividades distintas dentro de lo que es la actividad probatoria referida a los documentos en general. La **Comprobación** va dirigida al mismo escribano que otorgó la escritura en cuestión y el testimonio que de ella ha aportado la parte en el pleito, pues tiene que cotejar que lo que aparece en la copia testimoniada se corresponde con el original que está en su poder.⁶²⁴ Por el contrario, la **compulsa** la tiene que hacer el escribano al que se le encomienda la diligencia, pero sobre protocolos o archivos que no están en su poder, como pueden ser archivos civiles o parroquiales, para lo que el escribano está autorizado a poder exigir que se le exhiban.⁶²⁵ En principio esta actividad la ha de hacer el escribano de la causa, pero si el archivo del que se ha sacado el documento está fuera del lugar del pleito, habrá de librarse un despacho dirigido a la justicia del término en el que se encuentre el archivo en cuestión,⁶²⁶ lógicamente, pues es imposible hacer una comprobación con un documento original si no es en el lugar mismo en el que se encuentra registrado. Puede ocurrir que sea el escribano comisionado para hacer la prueba como receptor, el que se traslade al lugar en el que está ubicado el archivo para así hacer la comprobación, pues no deben ser sacados los documentos originales de los archivos públicos, ni los protocolos originales de los oficios de los escribanos, como tampoco los libros parroquiales de las iglesias *sino que se han de sacar y compulsar los instrumentos y partidas que se necesiten en el paraje que estuvieren custodiados, y a presencia de las personas a cuyo cargo esté confiada la seguridad de unos y otros.*⁶²⁷ Se corresponde este criterio con la idea del deber de custodia y

⁶²³ MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág. 174.

⁶²⁴ ESCOLANO DE ARRIETA, Ob. Cit. Pág. 360.

⁶²⁵ Ibidem.

⁶²⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pág. 48.

⁶²⁷ Ibidem.

secreto que tiene los escribanos sobre los documentos que están a su cargo, y además está sancionada por una disposición dada por Felipe II en las Cortes de Madrid de 1586, confirmada por otra de Felipe V de 1703,⁶²⁸ en la primera se manda a los receptores no sacar de los archivos las escrituras originales, y en la segunda se prohibía sacar de las iglesias los libros parroquiales y de los oficios de los escribanos los protocolos originales, así como en general padrones y papeles originales de cualquier archivo. Por lo tanto, los originales se pondrán de manifiesto a las personas interesadas, para que en presencia de los responsables del archivo puedan tener acceso a la información que necesiten para hacer la comprobación. En el caso de que los archivos sean particulares, si los responsables de los documentos son parte en el juicio, se les puede obligar a que los presenten en el lugar del juicio para ser cotejados con las copias de ellos que ya estén aportadas, devolviéndoseles una vez hecha la comprobación.⁶²⁹ Puede ocurrir que los documentos originales precisados para ser aportados en un pleito ante un juez inferior se encuentren ya aportados en otro pleito ante un tribunal superior, en estos casos debiera mandarse un despacho "suplicatorio" a la sala a cuyo cargo está el asunto en cuestión, para que por el escribano que le corresponda se haga la copia con testimonio del original que allí se encuentra.⁶³⁰ Los documentos así compulsados se aportaban por la parte diciendo que *expedido el despacho que exhibo por el que mando compulsar varios instrumentos y los demás que pido [...] del pleito*

⁶²⁸ No. R. 15.10.11.

⁶²⁹ Ibidem. FERNÁNDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Pág. 4.

⁶³⁰ FERNÁNDEZ DE AYALA. Ibidem.

Sobre el particular, se menciona el hecho en un pleito seguido ante el Alcalde Ordinario de la villa de Iscar entre 1751 y 1760; mediante una petición, el demandante dice que en año de 1734 ante la Justicia de la Villa, por testimonio del presente escribano, se siguió ejecución *contra diferentes particulares de dichos lugares, de pedimento de Maria García Orduña, como heredara de D. Andrés García de Orduña, capellán antecesor a mi parte sobre paga de réditos de un censo de dos mil doscientos cinco reales y treinta maravedís de principal, a favor de dicha capellania donde se halla presentada la escritura censual que pasó por testimonio de Esteban de Elias Laguna escribano que fue de este número en veintiocho de abril de mil seiscientos sesenta y cinco [...].* CHAN. VALL. P.A. 3783-4.

*de tenuta que obra en la Escribanía de Cámara del presente Escribano.*⁶³¹

La comprobación es en sí misma una actividad propia del escribano. Una vez que se haya hecho la citación a la parte contraria, se hace constar que se le exhibe el documento original o registro de la escritura, y los datos que se contengan del protocolo o archivo; a continuación el presentante del documento copiado del original lo va leyendo *verbo ad verbum* para así comprobar el escribano que coincide con el original; este es el momento de salvar los errores que se hayan podido cometer en la copia aportada.⁶³²

En la práctica estos cotejos y comprobaciones de documentos suponían una parte importante de la actividad probatoria encomendada a los receptores en los tribunales, y a los escribanos en los lugares menores, llegando a formarse con ellas verdaderas piezas separadas para prueba.

Analizamos a continuación una de estas piezas procesales, formada para hacer compulsoria para sacar escrituras en 1795 a petición de los demandados en el pleito de reclamación de gananciales seguido en Chancillería

La pieza numerada como primera en los autos, está encabezada por la **Real Provisión** dirigida al *escribano o escribanos en cuyo poder obrasen, o ante quien se exhibiesen, los libros sacramentales y demás instrumentos de que en esta nuestra carta y real provisión de hará mención*; el despacho sigue fielmente el esquema de estos documentos procesales, copiando íntegramente la petición que lo origina y el auto que resuelve sobre lo pedido. Dicen los demandados, que son los solicitantes de la prueba, que para presentar en el pleito, necesitan que por el escribano que corresponda *se les de copia o testimonio de las partidas de bautismo [de los*

⁶³¹ A.H.N. CONSEJO. 3.205.

⁶³² MARTINEZ SALAZAR, Ob. Cit. Pág 175.

*tres demandados] como también testimonio en relación o con inserción de que lo que fuere señalado de la causa y autos de inventario de bienes y testamentaria, a consecuencia de la muerte del marido de la demandante, padre y abuelo de los demandados. Se pide también que la compulsoria de los instrumentos se haga con citación de la parte contraria, y para el caso de que estuviesen en poder de personas o archivos particulares, se les exija su exhibición. Ordenan el Presidente y oidores a los escribanos que hagan entrega de los testimonios que piden *escritos en limpio signados firmados en pública forma y manera* para poderlos presentar en la Chancillería, en el oficio del escribano de Cámara de la causa, en los que debe constar el estar citados en estrados un demandado rebelde y la parte demandante, *para que si quiere se halle presente, o nombre persona que lo esté, a verles dar, corregir y concertar con sus originales* que deberán devolver a las personas o archiveros que se los hayan entregado.*

Dos días después de expedida la carta, aparece la citación hecha en Valladolid a la parte contraria en la persona de su Procurador, que dice que deben entenderse con su parte. Dos semanas después es requerido con la Real Provisión el escribano de Bembibre que dice partir hacia Ponferrada; llega en el mismo día y requiere al Corregidor para el cumplimiento de la carta, y a continuación sale hacia el lugar de Campo, que pertenece a la jurisdicción de Ponferrada; allí se dirige directamente a la casa habitación de María Gonzalez (que es la demandante y la contraria a la parte que ha pedido la prueba), donde la encuentra y le notifica, leyéndole la Real Provisión; *y sin embargo de estar teniente de oído, respondió que la había percibido y entendido*, en vista de lo cual el escribano la cita según se le ordena. A continuación, ocho días después, aparece la certificación de las partidas de bautismo, expedida en distinto lugar, Santibañez de Toral; para ello, el escribano de Bembibre, que fue a Ponferrada, de Ponferrada a lugar de Campo, y de aquí a Santibañez del Toral, le **hace presente** la Real Provisión al cura párroco del

lugar para que le exhiba y ponga de manifiesto el **libro de bautizados** para compulsar las partidas de bautismo que se le indican. Inmediatamente el cura le enseña un libro **forrado en pergamino de buelta y botón** que tuvo principio en el año de 1711, y en le folio 113 vuelto de los bautizados, alla el escribano la partida que copia literal. Una vez copiado el asiento registral, se **compulsa** con el original, con el que concuerda y que le devuelve al cura párroco, que para recibirlo, firma con el escribano.

Unos días después aparece una certificación emitida por el escribano de número y Ayuntamiento de Bembibre, luego, el escribano viajero ha vuelto a su punto de origen. La certificación hace referencia al expediente de cuentas y particiones de los bienes del marido de la demandante. La certificación incluye íntegramente el poder del demandante, la petición inicial y el decreto con el que juez porvee y dice que el inventario que se hizo esta autorizado por el propio escribano como los demás documentos del asunto *según que todo lo referido así más por menor y extenso con otras cosas resulta de los citados documentos, papeles o autos con que concuerda lo inserto, los cuales quedan en mi poder y archivo.*

Con este certificado termina el documento de prueba, que se presenta en el registro de Chancillería nueve días después de la última diligencia, y en el que constan los derechos en los que se incluye el registro, el sello y el traslado.

El contenido de los documentos que se aportaban al pleito en el momento de probar podía ser tan variado como el de los documentos iniciales; desde luego, el matiz por el que se diferenciaban unos y otros era impreciso, pues no afectaba de un modo objetivo a lo que el documento transportaba de la realidad, sino que más bien se trataba de una diferencia relativa en función de la necesidad de demostrar la existencia de un derecho o de probar la realidad de unos hechos. Si en los documentos iniciales se contenía el derecho en el que se estaba basando la

petición que iniciaba el proceso, aquellos instrumentos que se aportaban durante el tiempo que las partes tenían para probar iban dirigidos a demostrar la existencia de una situación de hecho o jurídica que servía para afianzar lo que ya se había alegado o para aclarar puntos que pudiesen estar confusos. Pero al fin, todos eran un trasunto de una situación anterior a los que se habían llevado intereses, acuerdos, convenios y realidades personales, económicas y sociales en fin, pues de todo aquello que las personas podían disponer por sí misma podía quedar constancia en los documentos, ya fuesen públicos o privados. Así, en periodo de prueba del **interdicto de obra nueva** planteado por la modificación de un corral en una zona colindante entre dos casas en el lugar de Morales, próximo a Zamora, es exhibido por el escribano del pueblo al escribano del pleito, que se sigue en Zamora, un **registro de instrumentos públicos originales** para testimoniar una escritura de compromiso entre Arbitros fechada en 1698 (el pleito se inicia en 1768). En ella, los entonces propietarios de las fincas litigiosas, para evitar las costas del pleito que tienen en Zamora por la salida de unos corrales, acuerdan someterse a la decisión de **dos árbitros** a los que nombran y *los eligen por jueces, árbitros y arbitradores y prorrogamos en ellos cumplida jurisdicción para que determinen el dicho pleito y diferencias*. Después de ver los árbitros nombrados el corral, llaman a los interesados para que expongan sus dudas, y oídos **determinan** sobre el conflicto en una serie de puntos, para decidir que el corral se quede como está, pero con unas mermas para su utilización; a este acuerdo arbitral, hecho en forma de escritura pública, se le dá valor **ejecutivo** pues la escritura tiene valor de *guarentigia*.⁶³³ La parte que lo aporta intenta demostrar con este acuerdo que la situación de los corrales no puede modificarse

Un ejemplo del amplio contenido que podían tener las escrituras que se utilizaban para

⁶³³ CHAN. VALL. P.A. 2791-2.

probar en los pleitos, es una llamada **escritura de protesta** por la que un ejecutado por el cumplimiento de obligación, en el periodo de prueba, pide que se le entregue un mandamiento para compulsar un instrumento que otorgó estando en prisión ante el escribano que allí compareció y manifiesta, que si había contraído la obligación de entregar dinero, era para librarse de la cárcel, donde se sentía vejado y humillado, pero que con esta declaración hacía nulo el compromiso anterior, pues había sido obtenido por miedo, lo que hacía que su consentimiento estuviere viciado.⁶³⁴ Así se oponía a la ejecución de la obligación por inexistencia del negocio

9.4. Efectos probatorios de los documentos públicos. La cuestión del planteamiento en juicio de la falsedad de un documento

La prueba documental fue adquiriendo una cierta primacía práctica sobre el resto de las pruebas subjetivas y de las indirectas: su objetividad hacía que resultase eficaz y cómodo probar con este medio, y aunque la doctrina siguió valorando la confesión como la prueba teóricamente óptima, y la práctica continuó utilizando con profusión a los testigos, lo cierto es que el **documento público** se afirmó a lo largo de la época moderna, y en el momento de pasar al sistema de la codificación, los documentos obtienen un trato privilegiado.⁶³⁵ Ya decían **Las Partidas** que *valer deban las cartas, para probar con ellas los pleitos sobre que fueron hechas*, y el valor que en juicio tenga un documento público deriva de su estructura interna y de su formalidad externa: **son los propios requisitos de los documentos públicos los que, si son tenidos en cuenta y cumplidos, hacen que cualquier escritura que se presente en un pleito**

⁶³⁴ CHAN, VALL. P.A. 2791-2.

⁶³⁵ LALINDE ABADÍA, Ob. Cit. Pág. 791.

haga fe de su contenido.⁶³⁶ El hecho de que al documento para su validez se le exija por ley que cumpla con unos requisitos de orden interno: conocimiento de las partes por el escribano, manifestaciones de voluntad emitidas libremente, y de unas formalidades tales como los datos personales, las fechas y lugares, el papel de sello, la firma del escribano y los testigos, la ausencia de correcciones o enmiendas, le confieren un matiz de inmediatez en sus efectos, que serán los que la parte que lo aporta en juicio pretende que produzca la escritura que como prueba de su derecho y de sus argumentos presenta al juez en el proceso. La doctrina fue elaborando los supuestos en los que el documento o documentos aportados en juicio con la intención de probar no podían hacer prueba y se puede fijar un catálogo de estos casos. No harían prueba en juicio las escrituras que no están hechas por mano de escribano; las que están hechas en lugar remoto si no está legitimada la firma por otros dos escribanos del mismo número o por la autoridad de un juez,⁶³⁷ ni la hecha por notario eclesiástico en causas civiles: además, si el escribano dice que el documento no lo ha hecho él, se le deberá creer, aunque haya testigos que lo nieguen si el propio escribano no es de mala fama. Igualmente, ante cualquier duda que se plantee sobre la validez y autenticidad de una escritura, la referencia obligada será siempre el protocolo, sin el que es imposible hacer ninguna comprobación.⁶³⁸

Dentro del esquema escolástico de las pruebas, con sus valoraciones tasadas según las circunstancias en que se producen y se aportan, el documento público está equiparado en valor a lo dicho por dos testigos. Se parte de la premisa de que el valor de un documento puede ser

⁶³⁶ Ya se entendía así desde el Fuero Real, y así lo manifiesta VALLEJO, Ob. Cit. Pág. 535.

⁶³⁷ Así aparece en el poder presentado en un pleito seguido ante la Sala de Justicia del Consejo de Castilla, pleito que comenzó en 1748 sobre la validez y ejecución de una escritura de capitulaciones matrimoniales, y que en 1800 se pide la ejecución. Los herederos de la demandada presentan un poder otorgado en Caspe y legalizado por dos escribanos públicos y reales de la misma ciudad. A.H.N. Consejo. Escribanía de Aragón. 22.196.

⁶³⁸ JORDÁN DE ASSO, Ob. Cit. Págs. 303 y 304.

probado con la intervención de dos testigos, luego el mismo número de testimonios es el equivalente al valor de la prueba hecha por un documento.⁶³⁹ También hay que tener en cuenta en lo que se refiere al valor probatorio de una escritura, hará siempre prueba plena contra el que la presenta, ya que el hecho de mostrarla es una confesión de su contenido.⁶⁴⁰ Por eso, la parte no puede pretender utilizar el documento en aquello que le sea favorable, pues siempre le afectará en todo su contenido, incluso en aquella parte que lo haga en contra.⁶⁴¹ Es una forma de manifestación del principio jurídico de que nadie puede ir en contra de sus propios actos, de ahí que está protegido el demandado para no verse obligado a aportar en juicio documentos que le son propios y que afectan sólo a su derecho.⁶⁴²

De todo ello se puede decir, que el valor probatorio de escrituras públicas viene sujeto a la seguridad de su contenido partiendo del respeto a las formas de los propios documentos, pero que una vez asentado esto, su valor de probar es indiscutible. De este innegable carácter de validez que tienen los documentos, deriva el hecho de que fuesen utilizados con frecuencia en todos los pleitos. Si la prueba testifical era con mucho utilizada sobre la confesión en juicio, en casi todos los asuntos contenciosos y no contenciosos que con carácter privado se ventilaban ante la jurisdicción, aparecen siempre documentos que las partes en litigio presentan. Lo que ocurre, frente a la prueba de testigos, es que su simple volumen procesal es infinitamente menor, pues no se desplazan con los documentos actividades secundarias de la administración de justicia, como sí ocurre con la prueba de testigos, y en la materialidad de los autos resultan más discretos y de menor importancia que el resto de la prueba. Indudablemente hay un tipo de pleitos en los que

⁶³⁹ HEVIA BOÑALOS, Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁴⁰ ELIZONDO, Práctica Universal Forense, tomo I, pág 135.

⁶⁴¹ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 160.

⁶⁴² Ibidem.

la aportación de un documento es básica para poder dar curso al asunto, y son los pleitos ejecutivos por lo tanto los que precisan siempre del documento o título que se pretende ejecutar. Son las escrituras de obligación en general, las de constitución de censo y las llamadas guarentigias, que llevaban implícita la posibilidad de ser ejecutadas como si de una sentencia firme se tratase. Por lo demás, es muy frecuente que aparezcan escrituras de venta y transmisión, de constitución, paga y recibo de dote, contrato de arrendamiento, escritura de capitulaciones matrimoniales y de promesa de boda, todos estos documentos con carácter de fundamental por ser en los que las partes basan su derecho. Además se encuentra frecuentemente en los pleitos otros tipos de documentos con valor secundario, pero siempre dirigidos a probar las pretensiones de quien los presenta; así se pueden encontrar certificaciones de matrimonio y nacimiento, testamentos, particiones de bienes e hijuelas hereditarias, numerosos inventarios de bienes, recibos y cartas de pago, cuentas de Concejo, y certificaciones en general emitidas por los escribanos sobre cuestiones debatidas en otros pleitos. Aunque como ya se ha dicho, en casi todos los pleitos aparecen aportados documentos, el catálogo se puede reducir a estas tres categorías que se han mencionado: los documentos esenciales en los cuales basa su derecho el aportante en los juicios ordinarios o declarativos; los que son la base de ejecución en los sumarios ejecutivos, y los documentos accesorios a los iniciales, que aportan datos sobre los hechos alegados.

Llegando a este punto, hay que entrar en una cuestión frecuentemente planteada en la práctica en lo que a prueba de documentos se refiere, y de la que la doctrina también se hizo cargo. Se trata de la posibilidad que se admite a la parte contraria a aquella que presenta un documento, una vez que se le da traslado y tiene conocimiento de su contenido, para rechazarlo por no ser documento auténtico, con lo que se está admitiendo la posible intención de fraude

procesal. *La falsedad es mutación de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero, y se comete por escrito, dicho, hecho, y uso [...]*.⁶⁴³ La falsedad así plantada no tiene más valor que el de la presunciones, y por lo tanto tiene que ser probada. En primer lugar el juez ha de tener en cuenta las circunstancias personales y sociales de quien ha presentado el documento que se intenta desvirtuar por falso, valorando los vicios legales del instrumento mismo y los defectos que contenga (escritura, gramática, estilo, papel y firma, imposibilidad de contratar tales cláusulas, testigos muertos, manchas o roturas).⁶⁴⁴ Más allá de este examen "de oficio" por el juez, se puede racabar prueba del escribano que en principio parece que autorizó el documento, y si dice no haberlo hecho y es de **buena fama**, debe ser creído, pero si es de **mala fama**, la prueba de testigos en contrario hará más fe.⁶⁴⁵ En estos casos se exigen tres circunstancias a los testigos, pues han de ser mayores sin ninguna duda, han de estar todos de acuerdo en que no estaban presentes en su otorgamiento, y el escribano ha de tener mala fama pública. En los casos en los que se impugne la firma del escribano por no ser la auténtica, si él mismo la reconoce, este reconocimiento hace fe, pero en el caso de que niegue la firma, ha de recurrirse a la prueba de perito calígrafo para demostrar la no autenticidad, pero siempre el resultado de esta prueba debe ser valorado por el juez.⁶⁴⁶

Cabe sólo añadir a estas cuestiones de la falsedad, que se han de presumir falsas aquellas escrituras que la parte pretende probar su contenido mediante testigos, y que un documento

⁶⁴³ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 158.

⁶⁴⁴ Ibidem.

⁶⁴⁵ P,P, 115.18.3.

⁶⁴⁶ BERNÍ Y CATALÁ, en su Apuntamiento a LAS PARTIDAS, advierte que las leyes castellanas no admiten la prueba de cotejo de letras mediante peritos calígrafos, pero que los tribunales, usando de la facultad contenida en la ley 118 del título 18 de la Partida 3, por la que los jueces pueden valorar la autenticidad o no de un documento público, se puede entender que les está permitido usar del cotejo; donde no existe esta posibilidad es en los casos en los que se tachan de falsos los documentos privados. Ob. Cit. Pág. 172.

aportado en juicio en idioma extranjero ha de ser traducido para que adquiera valor de prueba. Finalmente, la doctrina a esta cuestión añade una cuestión a tener en cuenta, y es que aún siendo nulo el instrumento que soporta un negocio, el negocio en sí no ha de estar viciado de nulidad necesariamente, pues la escritura no da valor sustancial al contrato.

9.5. Los documentos privados y su valor como prueba.

Si la eficacia de los documentos públicos está precisamente en su valor intrínseco que hace que sean medios objetivos de probar, es claro que no puede ocurrir lo mismo con los documentos de carácter privado que las partes pueden llevar a un proceso con la intención de probar determinados hechos o argumentos jurídicos. Si la materialidad de esta prueba en principio es la misma que la de una escritura pública, pues se ha de sustentar en papel y contener un mensaje escrito, al excluirse la fundamental intervención de un escribano en la confección del documento, desaparece el especial matiz de garantía que tienen los llamados documentos públicos. Por lo tanto, nos encontramos con acuerdos de voluntades entre particulares que no han sido hechos ante la autoridad de la persona designada para ello, pero que mantienen su valor como acuerdo entre las partes que intervienen, quedando obligadas en su contenido, aunque no puedan oponerse frente a terceros ni utilizarse como argumento de que su contenido hace fe de lo que en el documento se dice. Por todo esto se entiende que las definiciones que de este tipo de documentos hacen los autores prácticos son definiciones por exclusión, pues entienden que son *las que hacen las personas privadas o particulares, que no están autorizados en forma por Escribano auténtico*.⁶⁴⁷ La doctrina elaboró un catálogo de los tipos de estos documentos, dividiéndolos en:

⁶⁴⁷ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 163.
SALA, Ob. Cit. Pág. 210.

-**ápoca o quirógrafo**, que no es más que un recibo o garantía de pago que el acreedor entrega al deudor cuando se ha liberado de la obligación de pagar contraída.

-**antápoca**, que equivale al **vale o pagaré**, es el documento por el que el deudor reconoce su obligación y lo recibido por el acreedor.

-**singrafa** es un simple acuerdo para que conste la fe de un pacto.

-**libro de cuentas**, es el documento en el que se hacen las anotaciones de lo que se da y lo que se recibe.

-**inventario privado** es una relación de bienes y su valor

-**carta** es simplemente una misiva o comunicación.⁶⁴⁸

El problema que plantean este tipo de documentos en un pleito es la cuestión de si tienen o no valor para probar. En principio no se discute este valor, siguiendo a **Las Partidas** cuando dicen que *si la parte contra la que aducen tal carta la otogaren, debe valer como si fuese hecha por mano de escribano público. Pero si la negara diciendo que no la hizo ni la mandó hacer, y aquel que se quiere aprovechar de ella dice que sí, [...] entonces es tenida la parte de jurar si la hizo o la mandó hacer o no.*⁶⁴⁹ Por lo tanto se deja el valor de un documento no público a la admisión o negación de la parte a la que puede perjudicar su contenido. Puede la parte contraria no oponerse al documento cuando este es presentado, y en estos casos hará prueba aunque no lo reconozca, pues con su silencio está confesando y aprobando el contenido del documento.⁶⁵⁰ Pero también puede oponerse a los documentos o pedir que son falsos, han de ser reconocidos por quien los hizo, o por dos testigos que declaren haberla visto hacer, siempre que esta declaración

⁶⁴⁸ TAPIA, Ibidem.

⁶⁴⁹ P.P. 119. 18. 3

⁶⁵⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 164.

sea hecha en juicio contradictorio.⁶⁵¹ En estos casos los documentos privados sí pueden hacer prueba, pero fuera de esta situación, aunque fuesen comprobados por testigos, fuera de juicio, o por comparación de letra y firma con otra escritura pública, no servirán para probar en juicio.⁶⁵² También podía entenderse que el cotejo hecho con otro tipo de documentos públicos en cuanto a las firmas que aparecen en los mismos, sería válido siempre que el juez lo apreciase así, pues quedaba su valoración a la voluntad del juez.⁶⁵³

En cuanto a los libros o documentos de cuentas, tienen la especial característica de que sólo interviene en su confección una persona de forma unilateral, es decir, no constituyen un acuerdo de voluntades, por lo tanto sólo haran prueba a favor de quien los aporte, **pero no contra terceros**; y el que pretenda utilizar este tipo de documento como prueba deberá hacerlo de su totalidad, pues no se le permite alegar sólo parte de los mismos, como partidas de cuentas individualizadas o anexos al libro, sino que una vez aportado, todo su contenido puede ser utilizado en el pleito.⁶⁵⁴ Lo mismo hay que decir en lo referido a los **libros de los comerciantes**, que son los libros en los que los comerciantes asientan los débitos que tienen a su favor. Cuando se aporten al proceso este tipo de documentos, si contienen varias partidas a favor y en contra, se han de aceptar o rechazar como un todo, *porque se les prohíbe admitir lo favorable y desechar lo adverso*.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ ORTIZ DE ZUÑIGA, Ob. Cit. Pág. 48.
GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 99.

⁶⁵² HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 93.
TAPIA, Ob. Cit. Pág. 164.
P.P. 114 y 119. 18. 3

⁶⁵³ ORTIZ DE ZUÑIGA, Ibidem.

⁶⁵⁴ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pág. 93.

⁶⁵⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pág. 173.

CAPÍTULO X.- LOS RESTANTES MEDIOS DE PRUEBA. LA CONSIDERACIÓN DE IMPUROS POR LA DOCTRINA Y SU UTILIDAD EN LA PRÁCTICA.

La confesión en juicio era considerada por la doctrina clásica como el medio de probar más perfecto desde un punto de vista teórico, la prueba de testigos era con mucho, el medio más utilizado en los pleitos para conseguir probar las respectivas posiciones de las partes, y finalmente, los documentos se fueron afianzando como el medio de probar más fiable y objetivo. Coexistían con estas tres pruebas otros sistemas llamados **menores** que se utilizaban también en los pleitos como un medio de probar cuando las tres pruebas fundamentales fallaban o no conseguían por sí mismas obtener los resultados probatorios pretendidos; o bien, podía ocurrir que la necesidad de demostrar determinados hechos o circunstancias hiciese preciso recurrir a medios más específicos que los que ya hemos visto.

A estas formas de probar, que se las llamó **menores o imperfectas**, quizás por el reducido índice de aplicación en los pleitos, y se les atribuyó por la doctrina en general un carácter de medio de prueba impuro por la incidencia de un factor psicológico en el momento de su valoración,⁶⁵⁶ factor que no provenía de las partes ni de terceras personas sin conocimientos especiales, sino que se refería precisamente a la interpretación que de determinados datos o circunstancias podía hacer el propio juez ayudado por personas con unos conocimientos específicos para intervenir en el asesoramiento. Se trata de pruebas de libre valoración por el juzgador, de ahí que se les aplicase el carácter de **medios de prueba imperfectos** frente a la valoración objetiva que permitía hacer la confesión, los testigos y los documentos. Y esta valoración que hacía el juez libremente sobre lo que veía o lo que se podía deducir o suponer de

⁶⁵⁶ LALINDE ABADIA, Ob. Cit, Pág 791.

determinados datos, se establecía dentro del jerarquizado sistema probatorio, con lo que su utilización se relegaba a los casos en los que no fuese posible hacer la prueba que se necesitaba mediante la confesión, los documentos o los testigos. Y desde luego teniendo en cuenta que la libertad probatoria del juez venía limitada por las *reglas del criterio humano y de la sana crítica*, como una limitación a la valoración que libremente pudiese hacer de lo que veía o de lo que los peritos le decían. Se trata de **tres instituciones probatorias**, tales como *la vista de ojos o reconocimiento del juez, los privilegios y las presunciones o la fama*. De ellas pasaron al derecho codificado el reconocimiento del juez y las presunciones, aunque con matices. Pero la Codificación recibió un medio de probar que como tal no estaba considerado en el período procesal anterior, y que se utilizaba con el matiz de ser un *auxilio judicial*; nos referimos a la **intervención de los peritos expertos o técnicos** en el hecho de la práctica de las pruebas: Aunque era frecuente que los jueces se hiciesen asistir de profesionales cualificados por sus conocimientos para mejor llegar a una convicción, ni la ley ni la doctrina les daban el carácter o valor de probar en sus intervenciones, aunque en la práctica se recurría a estas personas como asesores sin que su colaboración tuviese un valor autónomo de probar.

10.1.- LA INSPECCIÓN OCULAR O VISTA DE OJOS.

También llamada esta prueba **reconocimiento del juez**, denominación con la que pasó a la Ley de Enjuiciamiento, estaba determinada por la necesidad de esclarecer hechos o circunstancias del pleito, que hacía que el juez examinase directamente el objeto de la prueba, e hiciese su apreciación personal. Inspirado este medio de probar por la idea de **inmediación del juez** que regía en el proceso altomedieval,⁶⁵⁷ fue perdiendo vigencia hasta quedar relegado

⁶⁵⁷ Ibidem

como consecuencia de la complicación que al proceso le dió la escritura y consiguientemente el alejamiento del juez de la realidad procesal; la práctica de los tribunales fue haciendo que se convirtiese en un medio extraordinario de probar, sólo utilizado cuando los medios *normales* no podían conseguir que el juez llegase a una convicción de lo que se alegaba en la contienda.⁶⁵⁸

Aparece regulada la **vista de ojos** en **Las Partidas**, y de ahí arranca toda la elaboración doctrinal y práctica que de esta prueba se ha hecho. En primer lugar, al relacionar las formas de probar, se menciona la *vista del juzgador, viendo las cosas sobre que es la contienda*,⁶⁵⁹ y en una ley del mismo título se establece que los pleitos que no puedan probarse por testigos o por carta, deberá el juzgador ver en primer lugar el objeto de la contienda,⁶⁶⁰ ahora bien, el objeto de la contienda está limitado a dos tipos de situaciones:

- cuando se refería a edificaciones, términos de pueblos, lugares o heredades, es decir a bienes inmuebles y los espacios en los que se encuentran ubicados.
- cuando se intente demostrar una injuria grave en el cuerpo de alguna persona, injuria que no pueda ser probada por declaraciones de testigos.

En estos casos ,debe el juez *ver primeramente cual es el hecho, porque ha de dar su juicio, y en que manera lo podrá mejor o más derechamente departir*.⁶⁶¹

Partiendo de este criterio de Las Partidas, la doctrina fue fijando el sentido y la realidad

⁶⁵⁸ Curiosamente, en la actualidad la situación es muy similar, habiéndose llegado a que la práctica haya alterado el espíritu del legislador, ya que es frecuente que, aunque la prueba esté solicitada sin carácter subsidiario, los jueces no admiten el reconocimiento judicial como prueba, dejando la decisión según el resultado que arrojen las restantes pruebas una vez hechas todas. Y cuando tiene los autos “a la vista” para fallar la sentencia, suspende el término y si considera necesario hacer el reconocimiento, lo acuerda como “diligencia para mejor proveer”.

⁶⁵⁹ P.P. 8.14.3.

⁶⁶⁰ P.P. 13.14.3.

⁶⁶¹ Ibidem

de este medio de probar, que se basaba en la necesidad de la intermediación del juez para un mejor conocimiento de determinados hechos. La primera cuestión a tener en cuenta es que **el objeto de la prueba de vista de ojos** han de ser edificaciones, obras, términos de pueblos, linderos de heredades y otros objetos de esta clase,⁶⁶² así como las posibles injurias hechas en la persona de una mujer, poniendo en duda su virginidad.⁶⁶³ Y la segunda de las cuestiones suscitadas ante la realidad de este medio de probar es el martiz de obligación que adquiere para el juez acordar que se haga el reconocimiento en los casos en los que el objeto litigioso sea del tipo que se ha mencionado o similar y que no se haya podido demostrar los hechos por los medios ordinarios de probar. En estos supuestos, está obligado el juez, sin que la parte se lo solicite a acordar la prueba. Esta decisión puede tomarla el juez hasta después de la conclusión para sentencia, y aunque las partes no la hayan pedido, puede el juez *de oficio* mandar que se haga la prueba como una diligencia para mejor proveer.⁶⁶⁴

Cómo se hacía esta prueba en la práctica. En la práctica no resultaba frecuente encontrar este tipo de prueba, pero se hacían las vistas de ojos en los pleitos en los que la cuestión a debatir afectaba específicamente a bienes inmuebles, tales como mediciones de linderos o modificaciones en su estructura. Tal es el caso del pleito de **obra nueva** en el que se pretende paralizar la construcción de *unas puertas carreteras* con las que se intenta cerrar el espacio común de unos corrales, y la servidumbre de paso de que disfrutaban.⁶⁶⁵ Después de hacerse las pruebas que las partes han propuesto, el juez dá un auto en el que decide, que para *mejor*

⁶⁶² ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 49.

⁶⁶³ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 305.
HEVIA BOLAÑOS. Ob. Cit. Pag.93.

⁶⁶⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 174.

⁶⁶⁵ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

proveer “se haga inspección y reconocimiento con toda individualidad”, acto para el que las partes han de nombrar cada una un maestro inteligente, ya que se verán, no sólo los perjuicios de la obra, sino también, las señales de división. Señalado el día y la hora y comunicada a las partes, el juez, que es el Alcalde Mayor de Zamora, va al lugar de Morales, al sitio en el que se encuentra el corral, y en presencia de las dos partes, recibe juramento a los dos maestros de obra que estos han nombrado para intervenir en la prueba; a continuación, el escribano da lectura a las pretensiones de las partes para que se instruyan los maestros, que *anduvieron tanteando, viendo y reconociendo dicho sitio del corral* sin que se haga constar nada más de lo que en ese momento se ve o se hace. A la semana comparecen ambos maestros ante el juez y emiten un dictamen sobre lo que han visto, diciendo que el demandado sí puede levantar la pared del corral, aunque la puerta carretera habría que desplazarla. En base a este informe, el juez falla diciendo que no se puede interrumpir la obra del corral. La demandante recurre en apelación ante los **Jueces Consistoriales de Zamora**, y aunque el demandado se opone a la apelación pues tiene prisa en concluir la obra, este recurso prospera, admitiéndose que los maestros que participaron en el reconocimiento judicial *no evacuaron el informe como debían, con escrupulosidad y formalidad* por lo que se decide hacer una nueva inspección ocular, que después de diversas vicisitudes con los nombramientos de maestros y sus recusaciones, se hace la prueba de *inspección, reconocimiento y vista ocular* ante el escribano de la causa que actúa en comisión, y en la que están presentes las partes en el proceso y los maestros nombrados. El demandante y el demandado exponen sus razones, aunque *ninguno manifestó título de pertenencia de las casas que gozaban y corral de la disputa*. Oídas las opiniones de todos y sus intereses, y *contemplando el corral*, dicen los maestros que el corral puede ser cerrado por tapias o piedras, poniendo la puerta según se indica en el informe de la prueba anterior, para que no se cause

perjuicio a la parte que reclama que se paralice la obra, la que también puede cerrar el corral en la parte que está enfrente de su casa. También dicen los peritos, que *para evitar quejas y perjuicios de las partes no se pueda entrar con carros por ninguna de ellas, desde el hito y marco de piedra que está puesto a la entrada del corral y para servidumbre de sacar de él el estiércol u otra cosa que necesiten, sea con caballerías y no en otra forma, con arreglo a lo que en lo antiguo practicaban los dueños de aquellas casas.* En realidad, lo que se hace con este acto, es más que una observación del lugar por quien tiene que fallar la contienda; lo que hacen las personas que asisten a la prueba, no es sólo el hecho de dar su opinión sobre cómo está la situación del objeto del litigio, sino que van más allá desde el momento en que **transmiten lo que debe hacerse para solucionar el problema.** Y como ocurrió con el Alcalde Mayor de Zamora que en auto definitivo lo que hace es recoger la opinión de los maestros que acuden al reconocimiento del lugar, en esta segunda instancia ante los Jueces Consistoriales de Zamora ocurre lo mismo: el auto que dan para resolver el recurso admite que las paredes de los corrales se pueden levantar, pero que la puerta ha de ser desplazada, impidiéndose el paso de carros por la servidumbre. Con esta decisión, por cierto, consiguen que la demandante, es decir, la persona que pretende desde el primer momento que las obras en los corrales no se puedan continuar, recurra nuevamente en apelación, esta vez ante la Chancillería de Valladolid, que a su vez vuelve a confirmar las decisiones anteriores, eso sí, después de dos años y seis meses de comenzar la discusión, que en principio sólo debía resolver sobre la paralización o no del cerramiento del corral común. Como se ve la solución, está muy lejos de ser efectiva, pero también es cierto, y esto es lo que interesa en este momento de la explicación de las pruebas, que existían determinados conflictos privados que podían ser resueltos desde el parecer de un tercero, que aconsejaba al juez sobre la realidad física del objeto de la discusión, eso sí, partiendo, o

basándose, en conocimientos técnicos derivados de la profesión o del oficio que ejerce.

10.2 EL PRIVILEGIO CONSIDERADO COMO UN MEDIO DE PROBAR.

Aunque para la doctrina clásica el **privilegio como argumento** parecía tener entidad e importancia, los prácticos de finales del XVIII no suelen incluir el privilegio entre los medios de prueba; solamente los autores más afines a la metodología del Derecho Común mantienen en sus manuales prácticos la institución del privilegio como un medio de probar en el proceso. Desde luego, la institución, recogida en **Las Partidas**, al final de la etapa absolutista, no parece que se utilizase como argumento procesal.⁶⁶⁶ Pero como finalmente el privilegio se fijó como una realidad en las estructuras legales, se va a analizar su configuración en la ley y en la doctrina y su práctica en el proceso, aunque aparezca escasamente con carácter particular. La idea de privilegio es la de una norma particular que concede determinados beneficios o exime de determinadas cargas, referidas tanto a las personas como a los lugares: *privilegio tanto quiere decir, como ley apartada que es hecha señaladamente por pro o por honra de algunos hombres o lugares, y no de todos comunalmente.*⁶⁶⁷ Se trata por lo tanto de una **norma particular**, y como toda norma sólo puede emanar de la persona que tiene potestad para legislar; si el privilegio ha sido dado a instancia del favorecido, por una petición, se le pueden objetar determinados vicios, pero si por el contrario, ha sido otorgado por el legislador por voluntad

⁶⁶⁶ Es posible que si los privilegios no se esgrimían en los pleitos con más frecuencia, se debiese a la consolidación en el derecho de algunos de estos: los que afectaban a menores y a mujeres, o a instituciones, con lo que su mención procesal ponía en marcha los mecanismos previstos para su validación (es el caso de la *restitutio in integrum*), sin que la particularidad fuese la norma más frecuente.

⁶⁶⁷ P.P. 1.11.1.

propia desde *cierta ciencia y plenitud de potestad o poder absoluto*⁶⁶⁸, es el privilegio tan indiscutible como las mismas leyes a favor de la persona a la que el privilegio favorece, *pues pertenece a los reyes hacer gracias y mercedes a sus naturales porque sean ricos y honrados.*⁶⁶⁹

El privilegio lleva implícita la condición tácita de ser cierto lo que contiene, pero se puede argumentar en su contra el hecho de haberse ocultado para modificar la verdad, o incluso haber dicho falsedad para obtenerlo, esto siempre en los casos de privilegio obtenido a petición del privilegiado, nunca del que se concede por la propia voluntad de quien tiene la potestad. El privilegio así otorgado no admite modificación o interpretación, nada más que por la propia persona que lo otorgó o sus sucesores, *pues el privilegio de donadío del Rey no lo debe ninguno juzgar, sino él mismo o los otros que reinasen después de él.*⁶⁷⁰ Se entiende muy amplio el contenido de las cartas de privilegios, pues una vez otorgadas al beneficiario pueden hacer tal favor como lo que quieran libremente, disponiendo como si de un bien suyo de tratara, pudiendo transmitirse por vía hereditaria, sin que ni la mujer ni el marido puedan reclamar derechos sobre los privilegios concedidos a sus cónyuges, por considerarse un beneficio personal.⁶⁷¹ Y según vaya dirigido a personas, o a cosas, la doctrina diferenció el privilegio en **personal**, que favorece a una persona o a varias y que no es transmisible, o **real** cuando se concede a las cosas o acciones y en este caso el privilegio acompaña a la cosa en la trasmisión hereditaria, pasando a formar parte de las cualidades del caudal de la herencia. El contenido de los privilegios es diverso: desde el hecho de poder hacer alguna cosa o recibir cosa cierta, hasta los de carácter negativo, como las exenciones de hacer o entregar, y la mayor parte se encuentran incorporados en el derecho,

⁶⁶⁸ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 164.

⁶⁶⁹ N.R. 1.10.5. No.R. 6.5.3.

⁶⁷⁰ P.P. 17.18.3.

⁶⁷¹ F.R. 8.12.3.; N.R. 6.10.5.; No.R. 1.5.3.

tanto en la legislación, **Partidas**, como en la práctica, así serían los que pueden disfrutar los eclesiásticos, los soldados, los menores, los estudiantes, los hidalgos, o las mujeres. Este tipo de disposiciones son **generales**, pues afectan a todos los miembros de la colectividad que se encuentren en esta situación de privilegiados. Pero a su vez los privilegios **particulares** concedidos a favor de personas concretas, benefician sólo a quienes los reciben.

Si la forma más directa e inmediata de obtener un privilegio es la voluntad de quien detente tal poder, ya sea espontáneamente o por que se lo pide al interesado en su concesión, también está admitido que los privilegios se adquieran por **prescripción o costumbre**. Referido sobre todo al privilegio de jurisdicción que debe considerarse como existente si se posee un título y se viene usando de él desde cuarenta años, e inmemorialmente si no existiese este título,⁶⁷² refiriendo estos casos a aquellas concesiones de privilegios a lugares concretos en los que expresamente no se haga incluido el uso de la jurisdicción, pero que usándose de ella sin oposición de las justicias que le son cercanas, y por el tiempo exigido, se puede considerar como adquirido el privilegio.

Si en la utilización de cualquier privilegio, o en el documento o carta de constitución surgiesen dudas, hay que buscar a quien corresponde hacer esta interpretación. En principio sólo corresponde al propio legislador o soberano interpretar sus cartas de privilegio, y sería esta la interpretación auténtica que tendría valor tanto en juicio como fuera de él, pues cuando hubiese duda sobre el entendimiento de las palabras, no puede nadie declarar sino el Rey.⁶⁷³ Pero además, los privilegios se pueden interpretar de forma *comprehensiva*, es decir, buscando la intención del legislador, o bien de forma *extensiva* sin por ello ir contra la voluntad de quien concede el

⁶⁷² N.R. 1.10.5. No.R. 6.5.3.

⁶⁷³ P.P. 4.33.7.

privilegio. Cabe también una interpretación *doctrinal o magistral*, que aunque cargada de autoridad y de opinión, no hace fuerza contra los otros tipos de interpretación. En cualquier caso, toda interpretación de *los privilegios que son contra el derecho común, o ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente, ya porque toda derogación de aquel es odiosa, y estas se deben restringir, ya porque no es visto derogarlo, ni quiere privar el Príncipe a nadie del que tiene adquirido, a menos que el mismo privilegio lo exprese.*⁶⁷⁴ Por el contrario, se puede hacer una interpretación lata de los privilegios que no son contra derecho o son meras gracias o beneficios del Monarca.

Por el extenso uso que pueden tener los privilegios en el plano temporal, estos pueden necesitar en algunos casos de confirmación o ratificación, acto que corresponde a la misma mano que lo otorgó *pues ninguno no los debe mandar hacer de nuevo, ni confirmar, sino el Rey mismo: ni aunque sean hechos por su mandado, no los debe otro dar sino el rey de su mano.*⁶⁷⁵ La confirmación de los privilegios *es un rescripto por el cual el Soberano ratifica y corrobora el primero expedido legitimamente, pues el que es nulo no se puede confirmar.*⁶⁷⁶ La manera concreta de hacer esta confirmación, la doctrina las entendía de dos tipos: **la forma común, simple y ordinaria** que no corregía ni añadía nada al derecho ya existente, y una confirmación más **específica** que supone un examen del privilegio en sí, sino que se entiende como una revalidación del derecho existente y por lo tanto una nueva concesión. En cualquier caso, deberá el Rey decir que confirma lo que los otros hicieron, y que manda que valga así como valió en el tiempo de los otros que lo dieron.⁶⁷⁷ Pese a la existencia de confirmación, si el privilegio deviene

⁶⁷⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 167.

⁶⁷⁵ P.P. 16.18.3.

⁶⁷⁶ TAPIA, Ibidem.

⁶⁷⁷ P.P. 2. 18. 3.

nulo por contener un vicio de nulidad, el hecho de ratificarlo se entiende como **inútil** .

Y en cuanto a la forma de extinguirse los privilegios, la doctrina sigue criterios parecidos a la extinción de determinados contratos o derechos; de ahí que se siga la línea de la voluntad del que lo concede y del contenido mismo del derecho, por supuesto los principios generales de adquisición y pérdida, pues por el no uso de un privilegio durante treinta o diez años, según el contenido del derecho, desaparece su validez.⁶⁷⁸ Si el privilegio es personal, es decir, en beneficio exclusivo de persona concreta, éste terminará con su muerte, pero no por la muerte o sustitución del otorgante; y si es real, terminará cuando se extinga o desaparezca la cosa objeto de la concesión. Y en concreto en cada caso de privilegio se pueden dar situaciones que determinen su finalización: cuando se concedió para un fin y este desaparece, o cuando se dá para un tiempo determinado y este tiempo transcurre; además, si el contenido del privilegio se hace dañino para muchos, también terminará.⁶⁷⁹ Y si del privilegio abusa la persona favorecida, este abuso será causa de su extinción, como también lo será el no usar de él en juicio, pues “si alguien tuviese privilegio que le haya dado el rey sobre algunas cosas, y le demandaren en juicio alguna de ellas y no se defienda alegando que tiene privilegio sobre alguna cosa sin apelar la sentencia”.⁶⁸⁰ Si el no uso será causa de que desaparezca el privilegio, el uso en contrario también lo será. Siguiendo la línea de disposición de las partes que en los privilegios intervienen, se considerará como la causa de extinción definitiva la voluntad de revocación del concedente o de la persona que le suceda en el ejercicio de la potestad, pero sujeta a que el donatario realice hechos culposos que determinen la revocación del privilegio, *pues las cosas que el Rey diere, no*

⁶⁷⁸ P.P. 42.18.3.

⁶⁷⁹ P.P. 42.18.3.

⁶⁸⁰ P.P. 43.18.3.

*se las puede quitar él, ni otro alguno sin culpa.*⁶⁸¹ Esta revocación se puede hacer expresamente, refiriéndose a privilegios concretos, o con carácter general refiriéndose a todos los privilegios concedidos *con cualesquiera clausulas o forma de palabras [...] sin embargo de esto se revocan y dán por referidos e insertos a la letra como si lo fueran para que jamás valgan ni de ellos se pueda usar.*⁶⁸² Esta cláusula que se entiende como general, pero que no se puede aplicar a los casos en los que el privilegio fue concedido como un contrato por pago de méritos y servicios, pues en estos casos la revocación ha de ser específica y particular para cada caso concreto, pues lo mismo que en su concesión medió una causa, en su revocación el Rey ha de estar determinado por un motivo concreto. En cuanto la forma de revocar un privilegio tácitamente, conviene leer el párrafo que contiene la obra de **Tapia** pues es ilustrativo de la forma de desarrollar esta institución jurídica, absolutamente civilista y en línea más pura del derecho común:

“la revocación tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, o porque no puede subsistir ni tener efecto el fin para que dió, sin revocarse el anterior, con tal que sea de presumir tenía éste presente: de modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tácitamente revocados los que están en el cuerpo del derecho, porque como éstos pertenecen a las leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho común, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que existen fuera del cuerpo del Derecho, a menos que de ellos se haga referencia, porque como contienen derecho privado y hecho particular, y no se presume que el legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos mientras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero o el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mención, porque como el privilegio es un derecho privado y particular, se presume que el Príncipe concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente esta

⁶⁸¹ F.R. O.12.3.; N.R. 6.10.5.; No.R. 1.5.3.

⁶⁸² TAPIA, Ob. Cit. Pag. 171.

concesión fue subrecticia, y como tal nula.⁶⁸³

El párrafo contiene la idea apuntada más arriba por la que los privilegios que se pueden llamar **privados** por no estar incluidos en el cuerpo del derecho, necesitan para todos los actos que sobre ellos se intenten realizar la expresión de la voluntad del que lo concede o quien le sustituya en el uso de la potestad, en contraposición a los privilegios incorporados a los cuerpos del derecho, sobre los cuales se puede actuar con carácter general, ya que hay que suponer que el monarca conoce estos privilegios por ser **generales y estar incorporados al derecho**.

En cuanto a los privilegios como documentos, estaban sujetos a una serie de requisitos formales para que pudiesen tener validez y ser esgrimidos frente a terceros. En principio **Las Partidas** hacían una regulación de estas exigencias de formalidad; así, se exigía que toda acta de privilegio, para que fuese válida debía llevar el **sello o el signo** de la persona o autoridad que la expidiese. El documento debía comenzar en el nombre de Dios, *y después poner palabras buenas y apuestas, según conviene a la razón sobre que fuere dado*, nombrando a quien beneficia, a su mujer, hijos y parientes, y diciendo en que consiste la donación que en él se hace. Finalmente, se dirá quien es el rey que lo concede, con el nombre de su mujer, incluyendo la maldición para los que le quebrantasen.⁶⁸⁴ Irá refrendada la carta por el notario o escribano ante el que se escribió, actuando como secretario, y se registrará en el libro de las mercedes, y en cuanto al sello, el hecho de que se pudisen sellar de dos maneras, hace que estos instrumentos se les distinguiese entre sí: cuando estaban firmados por el Rey con su sello, se les llamaban albalá o cédula, y en los que aparecía inserto el nombre del Rey, de la reina, de los infantes y demás próceres, se les llamaban rodados pues los nombres que en ellos aparecían escritos en

⁶⁸³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 171 y 172.

⁶⁸⁴ P.P. 1y2.18.3.

forma de rueda. Con posterioridad, por una disposición real dada en las Cortes Valladolid de 1442, a petición de los procuradores, se limitó la concesión de donaciones a favor de terceros sobre los bienes y lugares del reino, y para los casos en los que fuese necesario hacer la enajenación, se establecía que se debía aprobar la donación de acuerdo con los miembros del Consejo a presencia de seis procuradores de las principales ciudades llamados a tal efecto.⁶⁸⁵ Más adelante los privilegios y sus confirmaciones se otorgaban por el Real y Supremo Consejo de la Cámara, y se refrendaban por el Secretario de la Cámara, lo firman o rubrican los señores de ella a la espalda de la firma real, se registran y se sellan en la Chancillería u oficina del Real Sello, y se toma la razón de ellos en las contadurías que están previstas para este fin.⁶⁸⁶ Quedan con estos criterios asegurados los requisitos de forma en la expedición de las cartas de privilegios que las hacen válidas para ser presentadas y esgrimidas en juicio o frente a terceros, siempre que tenga buen aspecto y que no esté roto o deteriorado o alterados los sellos, en cuyo caso deberá el que lo esgrime desvirtuar la apariencia de nulidad que presentaría esta carta. Estos documentos hacen prueba en juicio en todo su contenido, pues se les dá el valor probatorio del documento público. **Las Partidas** incluyen estas cartas en el título de los instrumentos para probar, y por lo tanto no precisan ser ratificados por testigos. Ahora bien, hay que conocer qué privilegios y con qué carácter se podían aportar, y se aportaban en los juicios. En principio, en lo que afecta a su **presentación** en juicio, podía aportarse el original o bien una copia testimoniada o autenticada, que deberá ser registrada por el escribano de la causa.⁶⁸⁷ Después, hay que analizar en que momento se aportarían estos documentos, pues pueden ser aportados con el escrito inicial o con

⁶⁸⁵ N.R. 3.10.5. No.R. 8.5.3.

⁶⁸⁶ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 172.

⁶⁸⁷ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 49.

la contestación a la demanda, si el derecho de quien lo aporta se basa en su contenido, y también pueden aportarse en período probatorio si están dirigidos a probar determinados hechos o alegaciones de las partes. En cualquier caso, su valor o su fuerza de probar, una vez supuestos todos los requisitos formales, devienen de su propio contenido. Si tenemos en cuenta que los privilegios son **favores de la voluntad real**, que están dirigidos a otorgar algún derecho a persona o persona, y que el contenido de este derecho se puede hacer en forma afirmativa o de negación, como estar eximido el favorecido de determinadas obligaciones generales para el resto de las personas, es precisamente la realidad fáctica de lo que el privilegio en sí otorga lo que las partes pueden alegar en un pleito, y claro está, si lo alegan deberán probarlo aportando el documento que lo respalda.

Vale como ejemplo la petición presentada ante el Corregidor de Olmedo en el pleito de evicción planteado contra varios codemandados, hermanos todos ellos y herederos de los vendedores; uno de ellos, después de haber sido emplazado presenta pedimento en el cual, después de advertir que sólo comparece a los solos efectos de poner de manifiesto su situación privilegiada, por lo que considera que, *sin ser visto conceder más jurisdicción que la de derecho le compete y es declinable*, aporta testimonio de una carta de privilegio, en la que consta que siendo soldado, tiene la preeminencia de que se le exima de las contribuciones debidas a S.M., excepto los Millones y Alcabalas, y a *no ser reconvenido en ninunguna causa civil o criminal, ante ningún otro juez que no sea su Capitán.*⁶⁸⁸ Ante esta petición, el juez acuerda darle traslado a la parte demandante, que nada dice sobre la petición de inhibición, y el pleito se resuelve sin tener en cuenta tal cuestión. Es el contenido del privilegio el hecho de estar liberado de comparecer ante juez ordinario, y estar sujeto a su propio fuero, en este caso el de la Guardia de

⁶⁸⁸ CHAN. VALL. P.A. 3782-4

S. M.; supone así el hecho del privilegio, la concesión de un derecho, la exención del fuero, y la prueba de su existencia con el documento que lo acredita, con lo que el valor probatorio queda enmarcado en la alegación en si misma, alegación que en cualquier caso no tendría ningún valor si no está respaldada por el testimonio de la carta de privilegio. Y funciona tal alegación probada, pues al demandado privilegiado no se le vuelve a mencionar en todo el asunto.

10.3 PRESUNCIONES, LEY Y FAMA COMO FORMAS SUPLETORIAS DE PROBAR.

El complejo andamiaje legal y doctrinal que sustentaba todo el sistema probatorio en el proceso del Antiguo Regimen, no siempre resolvía todos los supuestos que podían producirse en un pleito, dejando al descubierto espacios confusos en los que la intervención de las partes y del juez podían delimitar los resultados. Si el sistema de pruebas legales y tasadas aparecía perfecto y perfeccionado doctrinalmente, lo cierto es que en la realidad podían producirse situaciones en las que las pruebas válidamente admitidas, confesión, documental y testigos, no resultasen suficientes para demostrar determinadamente la existencia de hechos o la veracidad de alegaciones. Podían las partes en estos casos intentar llegar a la convicción del juez utilizando otros medios de probar, menos perfectos, pero a los que se recurría de una forma **supletoria**, por carecer las partes de otros vehiculos probatorios. Queda así en entredicho el sistema de pruebas legales y tasadas tan insistentemente mantenido por la doctrina jurídica desde la recepción del Derecho Común, pasando a primer lugar el opuesto, es decir, la íntima convicción del Juez o la dirección a tomar cuando se prueba en un pleito.⁶⁸⁹ El hecho cierto es que los autores prácticos del XVIII recogen como medios de prueba **las presunciones y las conjeturas**, en los casos en

⁶⁸⁹ Sobre este tema, ver M.PAZ ALONSO, en la obra citada, pags. 234 y ss.

los que fallen los medios admitidos como legales o válidos, es decir, la confesión de las partes, los testigos o los documentos, o cuando, y esto era lo que ocurría con mayor frecuencia, las pruebas presentadas, aunque válidas, resultaban **insuficientes** según las escalas y valoraciones establecidas: así, un único testigo, o documentos dubitados o impugnados sin que se pueda demostrar su nulidad o defecto, podían ser completados por los indicios o las conjeturas, aunque esta situación requería un elemento que siempre había repugnado a los juristas del derecho común, como era el de la libre valoración por el juez de las pruebas aportadas.

Veamos como enfocaba la doctrina práctica esta cuestión.

1º.- PRESUNCIONES O CONJETURAS. **Gómez Negro**, cuando habla de estos medios de prueba, comienza por decir que son los *intérpretes* los que consideran las presunciones entre los medios de probar, y le parecen *inexactas y confusas sus explicaciones*, que consideran las presunciones como *impulso nacido de alguno o algunas circunstancias que mueven al juez para que forme este o el otro concepto*,⁶⁹⁰ es decir, para los autores **el juez se ve movido, es decir, convencido por circunstancias** solamente, no por hechos objetivos determinantes, lo que supone un total giro en el concepto civilista de que el juez no debe valorar las pruebas por su solo arbitrio; lo que es lo mismo que considerar que el juez se **autoconvence** partiendo del efecto probatorio que él mismo concede a **simples circunstancias**. Para el autor mencionado las definiciones dadas por la doctrina son confusas, pues no delimitan tres ideas distintas: **las presunciones serán juicios o sospechas tomadas del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, y de las leyes ordinarias de la naturaleza**. Por el contrario, **conjeturas** será *el juicio que se forma de las circunstancias particulares de las personas*. Y finalmente, **los indicios** procederían de *vestigios o señales que dejan tras si los hechos*. Se debe entender así, según el

⁶⁹⁰ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 111. El autor se remite en su definición a SALA, lib.3º tit.6º, num 27.

autor, que las presunciones se deben basar en una valoración de las circunstancias que procede de formas de actuar o de comportarse generales, mientras que las conjeturas tendrán un ámbito particular, ceñido a cada situación concreta, aproximándose más a la realidad en los indicios, que sí suponen una relación más directa con los hechos objeto del debate. En cualquier caso, sí parece que debía existir una cierta confusión al emplear estos términos, pues el propio **Gómez Negro** a continuación lo utiliza confusamente y **Tapia** agrupa presunción o conjetura en una misma explicación; **Hevia Bolaños** dice que presunción es *la sospecha que se tiene del hecho*.

Estamos por tanto ante una conclusión que depende de un **juicio deductivo lógico**, por el que se dá por cierto unos hechos dudosos, partiendo de otro dato que sí es cierto, y este juicio deductivo significa **subjetividad en la forma de probar**, por lo que este medio se puede considerar **impuro o contaminado** frente a las restantes pruebas objetivas. En lo que sí confluyen los autores es en la elaboración doctrinal del hecho jurídico/procesal de las presunciones, reconociendo que no se encuentra la disertación en las leyes, siendo seguramente invención de los intérpretes.⁶⁹¹ Comienzan por distinguir tres categorías generales de presunciones: **de derecho, de hombre y de hecho**. De estos tipos de presunciones, **las de hombre y las de hecho** son imperfectas y por la tanto no hacen prueba por su total falta de objetividad y de certeza, ya que las que se consideran de hombre solo se basan en el buen juicio general de las personas, y las de hecho en ocurrencias pasadas o futuras, por lo que a la libre valoración del juzgador habría que añadir la circunstancialidad.

Pero las presunciones de derecho sí podían hacer prueba, incluso prueba plena. Así está admitido no solo por la doctrina, sino por la propia ley, pues en la ley de **Partidas** en la que se enumeran las formas de probar aparece la *presunción*, que es lo mismo que una gran sospecha,

⁶⁹¹ TAPIA, Ob. Cit. Nota p.p. 175.

y que para algunos casos supone prueba.⁶⁹² De todas formas, no todas las presunciones tenían la misma entidad ni el mismo valor probatorio, pues las llamadas **presunciones de iuris** o de derecho, son las que tienen su base en el propio derecho pues están recogidas por las leyes, y se consideran ciertas siempre que no se demuestre lo contrario, por lo tanto, mientras no ocurra esto y se desvirtuen, pueden hacer prueba plena. Duda que no cabe o no se puede plantear en las **presunciones uris et de iure** que hacen prueba plena. **Tapia** introduce algunos ejemplos explicativos de uno y otro tipo de presunción; si la legitimidad de un hijo habido en legítimo matrimonio se debe presumir mientras no se demuestre lo contrario, estando ante un caso de presunción de iuris; es irrefutable el hecho que ocurriendo la comoriencia de marido y mujer, siempre se supone que ella habrá muerto primero, como una presunción basada en el derecho (título 33, de la Partida 7), por lo que sería una presunción iuris et de iure.⁶⁹³ El mismo autor incluye en las presunciones de derecho la idea de que todo ciudadano es inocente y está en la legítima posesión de sus derechos, y concluye diciendo que en las causas civiles dos pruebas semiplenas pueden hacer prueba,⁶⁹⁴ pero que las presunciones no deben ser consideradas como verdaderos medios de prueba. Sabemos que **Gómez Negro** escribió como autor dentro de la línea de estos autores de finales del XVIII, pero también encontramos en su obra objeciones críticas a situaciones o instituciones de derecho que consideraba poco acordes con el racionalismo de su momento. Quizás en esta línea, dudase de la conveniencia de utilizar este medio de prueba tan dependiente de la íntima valoración y convicción del juez, por ser una vía de introducir sentencias poco objetivas, que solo adquieren valor de cosa juzgada en los casos en

⁶⁹² P.P. 8.14.3.

⁶⁹³ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 113.

⁶⁹⁴ SALA, Ob. Cit. Pag. 213

los que está dada basándose en otras pruebas que no sean sólo presunciones. Y autores menos críticos como lo era **Tapia**, también consideraba que *los miembros de la presunción de derecho, hasta ahora oscura y desaliñadamente definidos, debieran ser más breves, más claros y significativos* debiendo omitirse la presunciones de hecho.⁶⁹⁵

En la práctica no es frecuente encontrarse con la alegación de presunciones como medio de probar, pero puede valer el ejemplo de la prueba aportada por Antonio Dávila, al que se le presenta un pleito ejecutivo ante el Corregidor de Salamanca en 1715, para que cumpla con la obligación contenida en una escritura en la que se comprometía a pagar a Pedro García la cantidad de 3000 reales por **apartarse** del pleito matrimonial en el que ambos exigían el cumplimiento de promesa de matrimonio dada por Josefa García Ramos. Se opone el demandado a la ejecución, y en los diez días de la ley solicita que se le dé testimonio del pleito de matrimonio seguido ante jueces eclesiásticos un año antes. Cuando aporta como medio de prueba este testimonio, lo acompaña con un escrito de alegaciones sobre lo que pretende probar. En otrosí, refiere que la Iglesia **presume a la cópula** el consentimiento esponsal, ya que los esponsales pasan a matrimonio “per carnis copulandi”. Y que de la ejecución del consentimiento carnal **se presume** el consentimiento conyugal, *cuya presunción llaman los autores iuris et de iure*. Y además sólo hay que probar la presunción si no consta que la cópula fue admitida en fuerza de la palabra matrimonial anterior, y sobre todo que la cópula y la palabra de matrimonio hacen **matrimonio presunto**.⁶⁹⁶ Trataba con ello de demostrar el demandado la ausencia de obligación de pagar, pues la promesa de matrimonio que le exigía que cumpliera Pedro García a Josefa era nula al existir una **presunción de matrimonio a su favor** al haber cohabitado con

⁶⁹⁵ TAPIA, Ob. Cit, nota a p.p. 175.

⁶⁹⁶ CHAN. VALL. P.A. 2582-6.

la mujer y por lo tanto se debía tener como cierta la existencia de este matrimonio entre ambos. Está utilizada la presunción como medio de prueba. En otros casos la presunción aparece enmarcada dentro de un escrito de alegaciones, como un auto más a tener en cuenta en los argumentos esgrimidos, diciendo, por ejemplo, que “la presunción del derecho se halla en contra de la madre”, por el hecho de que hubiese contraído segundo matrimonio, como un argumento para que se la excluyese de la tutela de su hija menor.⁶⁹⁷ No se puede considerar la presunción como una institución autónoma probatoria, si no más bien como un mecanismo de derecho que puede ser utilizado dentro de la actividad probatoria.

II.- LA LEY O FUERO UTILIZADA COMO PRUEBA PROCESAL

En **Las Partidas** se dice que *toda ley de este nuestro libro que alguno alegare ante el juzgador para probar y averiguar su intención, que si por aquella ley se prueba lo que dice, que valga y que se cumpla.*⁶⁹⁸ Si la ley o fuero que se alega para probar es una ley extranjera, no hará prueba pues las que no son del reino no tienen fuerza de tales; si los colitigantes son extranjeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su reino, la decisión del conflicto ha de tomarse de acuerdo a las leyes y fueros de ese lugar. Por el contrario, si el objeto del pleito está en los términos del reino, o el contrato se celebró en su territorio, las leyes a aplicar son sus leyes propias, siempre siguiendo el orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá,⁶⁹⁹ *ya que últimamente todo lo perteneciente a derecho se prueba con la ley del reino, y no extraña.*⁷⁰⁰ Este último comentario viene a demostrar la vigencia en la aplicación de esta norma, y por el contrario su no aplicación anterior. Se pretende utilizar una norma jurídica, no por su carácter dispositivo,

⁶⁹⁷ CHAN. VALL. P.A. 3325-1

⁶⁹⁸ P.P. 15.14.3.

⁶⁹⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 175.

⁷⁰⁰ JORDAN DE ASSO, Ob. Cit. Pag. 306.

si no por la regulación de la situación de hecho que en ella se hace, que a su vez sirve como argumento procesal probatorio.

III.- LA FAMA Y LA NOTORIEDAD COMO UN RECURSO PARA PROBAR.

En ausencia de medios para probar determinados hechos, se podía recurrir a la aplicación de una circunstancia que también servía de base para dar veracidad a las declaraciones de los testigos como era que **los hechos fuesen de conocimiento público** y en ese conocimiento de la mayoría adquirirían mayor fuerza y certeza las afirmaciones que se viniesen a hacer en un pleito.⁷⁰¹ El hecho de la fama, que en principio no es más que un rumor generalizado, para que pueda actuar como prueba precisa que exista un hecho **notorio y manifiesto** y que la mayor parte de los habitantes del lugar afirmen conocerlo por haberlo visto, o bien oído a otras personas, que son fidedignas, y que a su vez lo vieron directamente. Se basa la fama pública, en que son hechos creídos como ciertos por un número considerable de personas, y por lo tanto no pueden ser puestos en duda, aportando tan firme convicción al juez que puede llegar a tener el valor de prueba hecha y por lo tanto los hechos notorios no necesitarían prueba.⁷⁰² Si en el rumor no hay referencia a nadie como origen del conocimiento, en la fama se dá la relación entre la información y el origen de la misma. La fama se inserta en el tipo de prueba que **ha de ser valorada personalmente por el juez** teniendo en cuenta la cualidades, las causas, conjeturas y

⁷⁰¹ En la práctica, al recibirse la declaraciones de los testigos y hacerles las llamadas preguntas **generales de la ley**, se incluía la pregunta para que *los testigos digan de público y notorio, pública vos y fama y común opinión*. Se tarataba de una cláusula de estilo que se aplicaba en todos los interrogatorios de testigos.

⁷⁰² La doctrina procesal siempre ha considerado que lo hechos notorios no necesitan prueba, basándose en el brocardo *notoria non agent probatione*, y así se entiende en la actualidad por algunos autores, aunque la jurisprudencia ha venido a matizar esta necesidad al considerar que no está exento de prueba por la parte que intenta velerse de él, quedando exonerados de prueba la notoriedad evidente concerniente a los hechos de la vida diaria que son conocidos por la mayoría social.

personas en las que se origina, la gravedad del asunto y las demás circunstancias.⁷⁰³ Estamos pues ante la misma situación que se planteaba al hablar de las presunciones, y del giro que se apreciaba en el sistema de valoración de pruebas, por el que se introducía la discrecionalidad del juez, frente a las reglas tasadas, en ausencia de datos más objetivos. Este matiz de subjetivismo hacía a los autores dudar de la efectividad de esta prueba en las causas civiles, pues desde luego era un medio de prueba excluido en causas criminales expresamente por la ley.⁷⁰⁴ En cualquier caso, se le podía dar a la fama el valor de prueba semiplena, que necesitaría estar reforzada por otro medio probatorio que la completase, aunque en determinadas circunstancias se entendía que su valor sí podía llegar al de la prueba plena. Se trataba de casos en lo que era imposible llegar a otra prueba más eficaz, por las propias circunstancias del hecho o por la simple ausencia de otras pruebas, serían los casos de **hechos antiguos y sin documentar, las cosas de leve perjuicio o las de difícil prueba**. En los casos en que se intentaba esta prueba con mayor frecuencia era para poder declarar al ausente como fallecido. La ausencia prolongada de una persona, unida a circunstancias de riesgos, como una catástrofe, un viaje peligroso o la guerra podían ser la base para que a una persona se le considerase como muerta, siempre que se reforzase con la declaración de al menos dos testigos que debían deponer sobre el origen de conocimiento que tenían de las circunstancias y los hechos, diciendo a que persona le oyeron lo que saben, *pues la fama debe traer su origen de noticias probables, y la vana voz del vulgo que carece de autor no solo cierto, sino fidedigno y de verosímiles fundamentos, no es atendible, por lo que los testigos deberán expresar la causa de las que se deriva, afin de que el juez discierna si son*

⁷⁰³TAPIA, Ob. Cit. Pag. 175.

⁷⁰⁴P.P. 12.14.3.

*probables, o es voz vana.*⁷⁰⁵

En la práctica no es fácil encontrar situaciones en las que se argumentasen hechos en base a la existencia de la fama pública o la notoriedad de los hechos. **La notoriedad** podía ser simplemente las declaraciones exigidas a una de las partes, previas a las alegaciones definitivas de la fase inicial, para que afirmase unos hechos como *indubitablemente ciertos*. Así ocurre cuando el demandado en el pleito de ejecución de contrata que el Monasterio de San Zoilo de Carrión le plantea a un fabricante de tejas de Paredes de Nava, le exige a los demandantes, dos monjes del monasterio que actúan en nombre de la comunidad, que declaren afirmativamente a determinadas cuestiones que fijarían el litigio dentro de determinados términos; y aunque en puridad procesal se trata de una confesión previa, el propio escribano que hace el interrogatorio y toma nota de las respuestas, llama a esta actuación **NOTORIEDAD**, pues se trata de fijar unos hechos como evidentes y ciertos dentro del contexto de la reclamación.⁷⁰⁶ Y en otro plano en el que en la práctica aparece la *notoriedad* como un concepto procesal sería en el llamado **recurso de injusticia notoria**, como el que formula ante el Consejo María Claudia Quevedo, vecina de Valladolid y viuda de un contador de Millones, contra la decisión de la Chancillería que le impone una multa por haber presentado a los oidores un “papel” en una ejecución, y que los jueces dicen que contiene expresiones injuriosas contra los que habían fallado en la causa. Después de haber pedido ante la misma Chancillería licencia para suplicar y no habérsela concedido, solicita un testimonio de las sentencias y autos para presentarse ante el Consejo, testimonio que deja ver la *notoria injusticia* por no darle todo lo que pedía y por la multa y

⁷⁰⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 177.

⁷⁰⁶ CHAN. VALL. P.A. 3581-3.

apercibimiento.⁷⁰⁷ Juega la notoriedad como un concepto genérico en la práctica y estilo de tribunales que puede servir de argumento o punto de partida para exigir o reclamar en base a la evidencia de unos hechos, y que por lo tanto no necesitarían los cauces normales probatorios, utilizando un recurso no ordinario por lo evidente de la cuestión planteada.

Resumiendo, para que la fama haga prueba tiene que ser uniforme y no variable, proceder de personas fiables, que se coplemente con la declaración de dos testigos, y que los testigos den razón del origen de su conocimiento. Con todo ello, y la ausencia de otra forma de probar, el juez debe valorar las circunstancias en las que se han producido los hechos y como se ha desarrollado la prueba, para poder resolver su valor. Es desde luego una forma de probar, no sólo subjetiva por la personal valoración que ha de hacer el juez, sino sujeta a variables externas que la condicionan. Con todo, se recurría a este medio cuando no resultase factible las formas de probar más convencionales o las dificultades en conseguir las harían que los hechos quedasen ciegos y no ciertos para el juzgador.

10.4.-LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EXPERTOS EN LAS PRUEBAS:

LOS PERITOS

Una de las instituciones procesales que la codificación elevó al rango de ley y que procedía de la práctica judicial y del estilo de los tribunales ha sido la **prueba pericial**. En el período anterior a la Codificación, la intervención de terceros expertos en el pleito no tuvo nunca ni rango ni reconocimiento como prueba, pero la realidad venía a demostrar dos cosas: que la aportación de información al juez por terceras personas con conocimientos especiales, conocimientos que por otra parte se admitía que el juez no poseía, se hacía necesaria en muchos casos para mejor conocer y apreciar los hechos del debate; y por otra parte, la realidad procesal

⁷⁰⁷ A.H.N. CONJS. 13090-5.

en la que era frecuente encontrar estas intervenciones. Tenían pues los peritos el **carácter de un auxiliar del juez** al que acompañaban en determinadas diligencias de prueba, o aportaban sus informes y opiniones en cuestiones en la que el juez necesitaba de una información especial y concreta, sobre conocimientos técnicos, artísticos o prácticos con los que podía valorar mejor las cuestiones debatidas y que intentaban probar. Su aportación al juez era muy variada, aunque siempre estaba referida a actividades muy específicas profesionalmente; intervenían *peritos contadores y tasadores* en los juicios de testamentarias, en las particiones hereditarias, en los concursos de acreedores, y en todos los asuntos de inventario; *maestros agrimensores* en la pruebas que consistiesen en medidas de terrenos o en deslindes, incluso en cuestiones de servidumbres; *los maestros de obras o albañiles* eran auxiliares de los jueces cuando se trataba de valorar si la ejecución de una obra era o no correcta o de fijar cuestiones que de ella derivaban; la declaraciones dadas por *médicos o cirujanos* tenían un especial valor, dados sus conocimientos, para tener en cuenta circunstancias personales consecuencia de situaciones de enfermedad o deterioro psíquico. Estas personas podían facilitar al juez unos datos, más circunstanciales que fácticos, que le permitían entrar a valorar los hechos con criterios basados en los conocimientos que se le aportaban. Con ello, estamos nuevamente ante un sistema en el que la libre valoración del juez es un elemento fundamental a tener en cuenta. En casi todos los casos en los que intervienen peritos, el juez no discute su informe y se basa totalmente en él para fallar el asunto, sólo cuando alguna de las partes recusa la intervención de un perito, o solicita que se someta la cuestión a un nuevo nombramiento, puede el juez desvincularse de la información que se le ha aportado desde una fuente de conocimiento externa. Con ello, se puede entender, que si bien en principio, le correspondería al juzgador valorar individualmente la intervención del perito en el proceso, parece que la situación se invertía: **el que valoraba era el**

perito y el que asumía la valoración externa al pleito era el juez. En cualquier caso, estas intervenciones se producían a solicitud de las partes y eran estas mismas quienes participaban en su nombramiento, estando desde luego presentes en el momento en que los peritos hacían su informe. También conviene hacer una distinción entre la intervención directa de un tercero experto en el pleito, y cuando esta intervención se produce por medio de un testigo especialmente cualificado, pues en este caso, si nos encontramos ante un verdadero medio de prueba, que puede ser valorada de una forma especial por los conocimientos que como experto aporta a la litis, mientras que cuando interviene un experto, por el mero hecho de serlo sin que sea llamado como testigo, nunca tendrá la consideración de prueba, a no ser que su aportación se haga dentro de una diligencia de *vista de ojos*. En cuanto a los conocimientos de estas personas y la forma de seleccionarlos, se podía apoyar en su *inteligencia* entendida como conocimiento u oficio para aportar información;⁷⁰⁸ o podían ser personas cualificadas oficialmente para dar esta información, como el *perito agrimensor* que interviene en la medida de la cabida de una tierras, y que dice en su informe *ser agrimensor examinado por el Supremo Consejo de Castilla*. La realidad debía ser que, salvo este tipo de cualificaciones acreditadas, el juez o las partes recurrían a personas de la localidad a las que cabía suponer un conocimiento especial sobre determinadas materias que las harían cualificadas para facilitar al juez la información que estaba solicitando.⁷⁰⁹ En cuanto al nombramiento, ya se ha dicho que normalmente este correspondía a las partes y que cada parte nombraba a un experto para que participase en la prueba conjuntamente, y si no lo hacía, perdía

⁷⁰⁸ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

⁷⁰⁹ Estamos ante un juego de presunciones o suposiciones, partiendo del contenido de las actuales leyes procesales, que como se ha dicho regulan la prueba pericial basándose en la práctica anterior. En la L.E. Cv. (Art. 615 in fine) se admite que no existiendo peritos con título en la ciencia o arte al que pertenezca el punto sobre el que han de dar su dictamen, podrá ser nombrada cualquier persona entendida o práctica, aun cuando no tenga título. Y la L.E. Cr., en su art. 457 admite la diferencia entre peritos titulares y los no titulares, que careciendo de título oficial, tienen sin embargo conocimientos o práctica especial en alguna ciencia o arte.

esta capacidad. El juez les ofrecía la posibilidad del nombramiento, al mismo tiempo que se les notificaba el que había hecho la otra parte; a estos nombramientos, en los que no intervenía el juez, las partes podían oponerse y **recusar** a los que nombrase la parte contraria.

Así ocurrió en el pleito que se ha mencionado el hablar de la diligencia de inspección ocular, a la que concurrieron maestros de obra por ambas partes; en los nombramientos se producen dos recusaciones y una excusa; ambas las formula la propia parte sin que intervengan los peritos en cuestión, y sin que se den motivos, diciendo únicamente que *por justas causas que a mi parte mueven, y dejando en su buena opinión y fama al citado Agustín, le recuso con el juramento necesario*,⁷¹⁰ y para hacer la diligencia de inspección ocular, el perito se excusa por no poder asistir el día que estaba señalada, sin dar motivos. En otras ocasiones, al notificarles a los peritos el nombramiento como tal, estos se excusaban, también sin alegar motivos. Pero aún en las causas civiles podía el juez de oficio hacer la designación de los peritos; así lo hace el Juez de Pedro Manrique, a solicitud de la demandante en el asunto en el que se discute la tutela de una niña menor entre su abuela y su madre; en un momento de la contienda se hace necesario fijar cuales son los bienes de la niña, y el juez nombra a dos **peritos contadores** para que hagan este cálculo, nombramiento en el que no intervienen las partes, pues los mismos contadores en su informe-certificación insisten en que han sido nombrados por el juez, y desde luego no han sido recusados. Una vez nombradas estas personas para intervenir en un pleito como auxiliares de un juez, sean designados por las partes o por el propio juez, han de aceptar y jurar el cargo, pues su intervención procesal queda condicionada a la libre voluntad de hacerlo y al compromiso de que lo harán *bien y fielmente* de acuerdo con lo que saben y conocen.

Y la forma concreta que tenían estos expertos de aparecer en el proceso, podía variar,

⁷¹⁰ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

desde el simple **informe**, o una **certificación**, o incluso la **participación directa** en las diligencias que como *prueba de ojos* podía hacer el juez. Lo vimos al hablar del reconocimiento judicial, como los maestros albañiles, o de obra, opinaban en el mismo acto de la prueba sobre el estado de la cuestión debatida, y además comparecían a los pocos días a dar verbalmente su informe al juez, diciendo qué era lo que habían reconocido *y declaran de común acuerdo y conformidad* aquello que consideran que es correcto.⁷¹¹ Puede aparecer la opinión del perito en los autos como un simple informe o una constancia de su opinión:

“Digo yo Manuel Arévalo Allar, vecino de la villa de Abades, *agrimensor examinado por el Supremo Consejo de Castilla*, que expreso haber medido una heredad en el lugar de Roda, de Juan Martín Casado,[...] en cuya suposición se hizo pesquisa de buscar al Alcalde, y no habiéndole hallado fue precisión reclamar el Señor Felipe de Frutos que a presencia se halló con labradores de pericia, y todos contestaron con fidelidad, *y por mi medida he hallado 320 estadales*. Y por ser verdad lo firmé en 18 de julio de 1764.⁷¹²

Con esta especie de nota aportada en las actuaciones, el experto agrimensor explica las operaciones llevadas a cabo para hacer su medición y la intervención de terceros. A continuación de este informe, el fiel de fechos hace una certificación diciendo que han comparecido dos personas como nombrados **peritos de justicia**, quienes ante el Alcalde, después de jurar, dicen haber tasado unos bienes en venticuatro cuartos y medio. De esta forma, la valoración que hacen dos persona llamadas por el juez, y ajenas al pleito, de unos determinados bienes, queda fijada por medio de la **certificación que hace el fiel de fechos**. Lo mismo hacen los peritos contadores en el pleito de tutela mencionado, quienes después de preguntar a una de las partes sobre las circunstancias de sus bienes dotales y de los hereditarios de su hija, sólo que este caso ellos

⁷¹¹ CHAN. VALL. P.A. 2791-2

⁷¹² A.H.P.S. J-1027/28

mismos certifican que las ovejas y la yegua son bienes que quedaron a la muerte del padre de la niña, y lo hacen *según su conciencia*, añadiendo finalmente el inventario de la hijuela, como una relación detallada de bienes muebles y su valor.

Con esta simple fórmula se incorporan a las actuaciones opiniones personales de terceros, opiniones y valoraciones que el juez acaba asumiendo como propias, y que por este medio quedan incorporadas al propio proceso.⁷¹³ Supone por lo tanto esta práctica de tribunales, la incorporación al sistema probatorio de unas operaciones no reconocidas por las leyes ni admitidas como medios de probar, pero que se ajustan a una cierta necesidad del juzgador de que se le aporten determinados conocimientos de los que él mismo carece, para lo que recurre a personas que se supone expertas, y que una vez que han dado su opinión, esta pasa a formar parte de la convicción íntima del juez, desde la que acabará emitiendo un fallo. Por lo tanto, pese a la no regulación legal de esta figura, y a su única base práctica, su importancia real no es nada desdeñable y debe ser tenida en cuenta como un parte de las actuaciones probatorias.

10.5. LA RESTITUCIÓN “IN INTEGRUM” COMO UN PRIVILEGIO PROCESAL.

En el proceso romano-canónico en general existe un principio que está presente en todo su curso; es el principio de **fases procesales preclusivas** que hace que una vez que se ha finalizado una fase del pleito, es imposible volver a la anterior, viéndose cerrada la posibilidad de hacer actuaciones que no estén incluidas en la fase en la que se encuentra en cada momento

⁷¹³ La codificación, al mismo tiempo que asumía la realidad práctica de los peritos como medio de probar, incorporaba al sistema unas garantías de mejor aplicación, para que la valoración subjetiva del juez estuviese respaldada por una forma de hacer que no perjudicase a las partes. Se exige que los peritos juren su informe, y que se haga la aportación a presencia de las partes para que puedan hacer aclaraciones al mismo.

el proceso.⁷¹⁴ Así, en la fase de prueba no se pueden hacer ningún tipo de actos procesales que no sean los propios de este momento, quedando excluido el hacer alegaciones o aportar hechos nuevos; pero una vez que se han hecho todas las pruebas que las partes pretenden en sus escritos de prueba, o que el término para ello ha finalizado, la máquina procesal debe seguir su marcha, y para ello el paso que se ha de dar es el de **cerrar o concluir este período**. Las pruebas de confesiones y de testigos se han ido haciendo en sus momentos, y se han traído los documentos que las partes consideran necesarios para demostrar sus argumentos; con todo ello se han ido formando las **piezas de prueba** que materialmente consisten en elementos documentales pertenecientes al pleito pero que están sin unir a los autos principales; en estas “piezas” o partes de los documentos procesales cada parte por separado ha ido formando su prueba material, y aunque cada una de ellas puede estar o participar directa o indirectamente en su práctica, se supone que son dos cursos del proceso independientes sin que la contraria conozca lo cada uno ha confeccionado en su propia prueba pues han de permanecer en la Escribanía hasta que se unan a los autos principales. Pero estas piezas o elementos documentales están destinados a integrarse en el proceso del que proceden, y llegado el momento, bien porque las partes lo piden, bien porque el juez de oficio lo acuerda, haciendo uso del impulso procesal innato a su propia función de ordenar el proceso, se unen a los autos para darle publicidad, es decir para que sus resultados sean conocidos por los participantes en el proceso: es el momento de **publicación de las pruebas** que supone el paso previo para que las partes puedan **concluir** haciendo sus respectivas alegaciones a lo que se ha probado y resumiendo sus resultados.

Pero en este momento aparece una institución procesal de clarísimo matiz privilegiado por la cual determinadas personas o instituciones, si consideran que no han probado todo lo que

⁷¹⁴ Existe una cláusula de estilo que tiene su origen esta idea fundamental y que ha pasado a la actualidad, y es la utilizada para rechazar peticiones de las partes *por no ser el momento procesal oportuno*.

precisan, o si no han formulado todas sus excepciones partiendo de un posible perjuicio causado por quien administra sus bienes o cuida de su persona, pueden pedir que se tenga en cuenta este privilegio, y que se les conceda la posibilidad de un nuevo tiempo para probar. Estamos ante la llamada **restitutio in integrum**, figura procesal admitida en general por la doctrina y la legislación real y que supone el reconocimiento de un privilegio o favor para algunas personas dentro de la propia mecánica del proceso. Concebida la institución de la restitución en un principio como un medio de proteger a los menores, su función de privilegio se extendió también a las universidades, iglesias y comunidades de utilidad pública, y parte del criterio de dar mayor protección a aquellas personas que pueden encontrarse en situación de desprotección, criterio que también informa los **casos de corte** como una muestra permanente de la justicia retenida por el Rey y dirigida a proteger a los más desprotegidos. Y desprotegidos se habían considerado siempre a los menores no sujetos a la patria potestad y sí a curadores o tutores, que pueden estar sometidos a engaño y por lo tanto ser perjudicados por su propia situación de minoría de edad, *porque no han entendido bien las cosas, como sería necesario, por culpa o engaño de sus guardadores o de otro.*⁷¹⁵ En esta situación, al menor se le concede el privilegio de pedir al juez que le *retorne* o le devuelva al estado en que estaba antes de haber hecho cualquier acto procesal o extraprocesal, pues *restitución en latín tanto quiere decir en romance, como demanda de entrega que hace el menor al juez que le torne algún pleito o alguna postura que ha hecho con otro, tiene daño, de si en el estado primero en que antes estaba y que revoque el juicio que fuese dado contra él, y vuelva el pleito en el estado en que era antes de que lo diesen.*⁷¹⁶ Todo ello para guardar a los menores del daño que les podía venir por su fragilidad o por el engaño a que

⁷¹⁵ P.P. 1. 1.9 6.

⁷¹⁶ Ibidem.

se viesen sometidos. Basándose en el **derecho de gentes y en el interés público de la sociedad**, admite la doctrina en general que a los menores no se les puedan exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de acuerdos tomados en su nombre por tutores o curadores, pudiendo reclamar el daño que padecerían si cumplieren estas obligaciones, y para que no sea incompatible la existencia de las obligaciones con la falta de cumplimiento, se crea la figura de no intervención de los menores en estas obligaciones *fingiendo que [...] se hallan en el estado y tiempo anterior a ellas libres y expeditos para consultar sus intereses, y preservarlos de la pérdida que ya habían conocido*.⁷¹⁷ El motivo y origen de esta situación privilegiada lo encuentran los autores precisamente en el mismo desamparo en se pueden encontrar los menores de edad y a la pérdida de sus bienes, y que necesariamente se ven sujetos a tutores, curadores y defensores, aunque algunos lo juzgan exagerado al suponer un desfase de las normas de competencia jurisdiccional que exigen que se haya de seguir el fuero del demandado en las demandas y que los pleitos en primera instancia se han de ver ante jueces ordinarios.

En cuanto a la extensión del privilegio a otras instituciones, hay que entender que se justifica porque las iglesias y comunidades ven gobernados sus bienes por representantes, que al administrarlos pueden incurrir en dolo o en engaño con el correspondiente daño para su titular, *pues les falta sin embargo la circunstancia principalísima del interés propio que es el que excita la actividad y rectitud en la operaciones, notándose por lo común su indolencia y flojedad para alcanzar el beneficio ajeno, [...] abusando de la actitud y desidia de los menores de edad y de las comunidades que no tienen voz para reclamar su perjuicio [...]*.⁷¹⁸

Partiendo de esta idea , vamos a analizar de que se trata exactamente esta figura dentro

⁷¹⁷ CONDE CAÑADA, Ob. Cit. Pag 127 y ss.

⁷¹⁸ Ibidem.

del proceso, cuales son sus requisitos y sus formas, así como sus consecuencias. Una vez que una de las partes pide la unión y publicación de las pruebas, bien porque considera que ya están todas las propuestas hechas o porque ha finalizado el término de probar concedido por el juez, y de la petición se dá traslado a la parte contraria, puede ésta si es menor, o cuerpo que goce del mismo privilegio, pedir *término por vía de restitución para hacer prueba, si la emitió enteramente en el término regular, o para probar algún hecho o excepción nueva.*⁷¹⁹ La petición la hará dentro de los quinze días después de la publicación, jurando que no pide con malicia,⁷²⁰ sin que exceda de la mitad del término que se le concedió para hacer tal prueba, y siempre por una sola vez.⁷²¹ Podría existir la duda de si la ley se refiere al término de prueba concedido en principio, o si todo el término prorrogado, y aunque el mensaje de la norma es claro y escueto, parece que la práctica fue configurando que el término de probar se midiese en toda su extensión, sea o no prorrogado.⁷²²

Pero aunque el juez debe admitir este tipo de peticiones siempre que se presenten en tiempo, es necesario que sean tenidas en cuenta una serie de circunstancias que devienen en requisitos para que la situación activadora del privilegio se produzca, y en consecuencia pueda el

⁷¹⁹ GÓMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pág. 114.

⁷²⁰ GONZALEZ DE TORNEO, Ob. Cit. Fol. 10.

MONTERROSO Y ALVARADO, Ob. Cit. Fol. 12.

En la práctica basta el juramento de no solicitar con malicia para que la petición pueda ser admitida.

JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 40. N.R. 5.9.4.

⁷²¹ N.R. 3.8.4. NoR. 3.13.11. Se trata de una ley de las Ordenanzas de Madrid, en la que en su exposición de motivos se explica el daño que se viene haciendo con el abuso de el privilegio de restitución.

⁷²² GOMEZ NEGRO, Ibidem.

TAPIA, Ob. Cit. Pag. 199: *según práctica inconcusa del Consejo se concede la mitad de todo el término ordinario, sea o no prorrogado, porque es uno mismo concedido en varias veces, y no término nuevo [...]; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso el privilegiado; y así se le ha de conceder, no sólo la mitad del primero otorgado, sino el que tuviere por competente el juez, atendida la cualidad del negocio litigioso, como se ha visto practicar. Lo mismo se observa en los demás tribunales de la Corte, y debe practicarse a su imitación en los restantes del Reino.*

juez considerar que se da la situación de hecho necesaria para utilizar y usar de la restitución. Aunque para la aplicación de este privilegio no se exige justificar la lesión, como sí ocurre en los contratos, bastando con una acreditación sumaria de la existencia del beneficio,⁷²³ se le exigen al solicitante tres circunstancias:

- **la primera** es el tiempo mencionado de quince días para solicitarlo desde que se le notifica la publicación de las pruebas.⁷²⁴ Algunos autores consideran que este término se refiere sólo a la concesión del beneficio, pero no al tiempo en que se puede pedir, pues nada impide que se solicite antes de la publicación de las pruebas, y aunque lo que sí parece es que se impide que sea pedido después de este término.⁷²⁵

- **la segunda** circunstancia que se exige al solicitante de probar nuevas excepciones, es que deposite la cantidad que le fije el juez, según las cualidades y circunstancias de la causa y las personas. Cantidad que adquiere valor de penalización a pasar como multa al tribunal si aquel que solicita el beneficio no puede probar lo que haya propuesto.⁷²⁶ Los autores se manifiestan de acuerdo en que en la práctica este tipo de fianza no debe utilizarse, pues no viene estando en uso,⁷²⁷ por ser una práctica contraria a derecho, y dándole a la ley todo su valor, pues su objeto es evitar el abuso de un privilegio digno siempre de restricción.⁷²⁸ Se piensa que el uso de esta práctica deriva del perjuicio que podía causarse al menor, actuando la exigencia de la pena/fianza

⁷²³ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 199.
ORTIZ DE ZUÑIGA, Ob. Cit. Pag. 53.

⁷²⁴ ORTIZ DE ZUÑIGA, Ibidem.
GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 115.

⁷²⁵ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 200.

⁷²⁶ N.R. 3.8.4. NoR. 3.13.11.

⁷²⁷ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 115.

⁷²⁸ ORTIZ DE ZUÑIGA., Ob. Cit. Pag 54.

como un medio restrictivo de usar de su derecho, *convirtiéndose entonces esta precaución, por la malicia presunta, en daño de la defensa natural.*⁷²⁹ Pero a pesar de esta actitud de la práctica de no exigir el depósito, como una forma de liberalidad hacia los menores y demás privilegiados, **Tapia** mantiene una postura más crítica, ya que piensa que la pena debería existir en la práctica *porque la malicia interviene frecuentemente en estas restituciones* y por lo tanto es una norma necesaria.⁷³⁰

- **la tercera** exigencia que se hace al solicitante sobre excepciones que se pusieron en la primera instancia, y aún habiéndolas puesto, se repiten en instancia superior por no haberse admitido al no estar planteado en el momento y la forma exigidas, es que no le puede ser concedido nada más que la mitad del término que se le hubiese concedido para probar en la instancia. Y además debe jurar el solicitante que de las excepciones que se proponen en este momento ha tenido conocimiento reciente de ellas. Y aunque la ley no tiene previsto que se exija juramento de malicia en la primera instancia, se reconoce que en la práctica se viene haciendo.⁷³¹

- **como requisitos** básicos para que se active la figura de privilegio, se tienen que dar unos presupuestos sin los cuales no puede darse la situación subyacente y por lo tanto no puede ser ejercitado. Lógicamente es inherente a la situación que exista una parte procesal que sea menor de veinticinco años y que se le haya producido un daño o perjuicio precisamente por el hecho de ser persona sujeta a las decisiones de un tercero, es decir, que no tiene autonomía en su capacidad de obrar.⁷³² Pero el daño sufrido sólo tiene que ser alegado en el momento en que se solicita la

⁷²⁹ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 149.

⁷³⁰ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 201.

⁷³¹ Ibidem.

⁷³² P.P. 2.19.6.

restitución, pero nunca se le podía pedir al privilegiado que intente demostrar su existencia, ya que para obtener el beneficio de la restitución es suficiente probar que el que la pide es menor o privilegiado, sin que sea necesario justificar el daño sufrido.⁷³³ Y si no consta en los autos la edad del menor que pide la restitución, es suficiente que con la solicitud se aporte un certificado de la partida de bautismo, o bien por información de dos testigos.⁷³⁴

Una vez que al privilegiado se le ha concedido término para hacer prueba o excepciones por vía de restitución, ha de entenderse el tiempo como común para ambas partes, *pues del término que se diese por restitución goce la otra parte, si quisiere, y pueda hacer su probanza, según y como lo puede hacer la parte a quien fuere otorgada la restitución.*⁷³⁵ Además, la mayoría de la doctrina considera, que una vez que se ha concedido este término excepcional y privilegiado, no pueden la beneficiaria del mismo renunciar en perjuicio de su contrario, pues éste ya adquirió el derecho a disfrutarlo.⁷³⁶ Se parte de la idea de que todo término es común a ambas partes, aunque lo haya pedido una sola, *y no se puede arrepentir ni renunciarle en perjuicio de su adversario, contra su voluntad, aunque sí antes de ser concedido. Y procede aunque se conceda por vía de restitución.[...].*⁷³⁷

Circunstancialmente, el privilegio de restitución no sólo puede beneficiar a cualquier menor que sea parte en un pleito, sino que también puede ser aplicado a aquellos menores que

⁷³³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 40.
N.R. 3.8.4.

⁷³⁴ Ibidem.

⁷³⁵ N.R. 3.8.4. NoR. 3.13.11.

⁷³⁶ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 54.
GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 115.
TAPIA, Ob. Cit. Pag. 201.

⁷³⁷ HEVIA BOLAÑOS, Ob. Cit. Pag. 78.

salen como opositores o terceros, aunque queda al arbitrio del juez su concesión.⁷³⁸ Y cuando las dos partes procesales son privilegiados, no se podrá usar del privilegio excepto que uno de ellos actúe con ánimo de lucro en perjuicio del otro; por ello, al contrario del que pretende el privilegio, se le deberá dar traslado de la petición para que dé su conformidad a la misma. Y si el objeto del pleito es una cosa imposible de dividir, siendo dos partes consortes, uno menor y otro mayor de edad, del posible uso del privilegio por el menor se beneficiará el que no lo es.⁷³⁹

Y en cuanto a **los efectos de la restitución** del término para probar, el más importante es que se retrotrae el menor al tiempo anterior al daño recibido, pues el favorecido por el privilegio *pide al juez que vuelva el pleito en el estado en que era antes*.⁷⁴⁰ Se crea así la ficción jurídica de que estuvo el menor siempre en esa situación, considerándose en el término ordinario de la ley por lo que sus pruebas tendrán el valor de las practicadas en el tiempo ordinario para probar.⁷⁴¹

Finalmente, la restitución produce también un efecto de privilegio sobre aquellos que obtienen el beneficio, como es el hecho de que de los testigos examinados por restitución no se ha de hacer publicación, ni pretender que a estos testigos se les puedan imponer tachas,⁷⁴² con lo que el hecho de ser en sustancia la restitución un figura privilegiada, actúa también sobre sus resultados, no sólo sobre los presupuestos en los que puede concederse.

Ya que estamos hablando de una figura procesal privilegiada, se entiende que su

⁷³⁸ ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Ibidem*
TAPIA, *Ibidem*.

⁷³⁹ *Ibidem*.

⁷⁴⁰ P.P. 3.19.6.

⁷⁴¹ CONDE DE LA CAÑADA, *Ob. Cit.* Pag. 150.

⁷⁴² JUAN Y COLOM, *Ob. Cit.* Pag. 40.

utilización en la práctica esté sujeta a criterios de excepcionalidad y que por lo tanto es infrecuente su uso en los pleitos. Pese a ello se puede encontrar en aquellas contiendas en las que alguna de las partes era menor de edad, eso, sí, representado debidamente por su curador, ya sea general o ad litem. Los prácticos incluyen en sus obras **formularios** en los que se indica la forma de solicitar la restitución. En la petición, que irá encabezada por el tutor o curador del menor, se dirá que *por no haber tenido noticia de algunos testigos que pudieran haber depuesto en favor de mi menor en esta causa, en el término de prueba concedido a ella, se ha pasado éste sin haberlos presentado, de lo que el menor queda enormemente lesado y damnificado.*⁷⁴³ O bien que *por culpa y negligencia de los agentes y procuradores de mis partes, se pasó el término de ella sin hacer probanzas.*⁷⁴⁴ Hechas estas manifestaciones “de facto”, se pasa a solicitar que se conceda el término, abriendo la causa nuevamente a prueba con la mitad del ordinario, jurando no pedir de malicia.

Si así se resuelve la práctica en los libros, en la realidad se puede ver como se articula procesalmente el privilegio de restitución en el pleito que seguido en Chancillería, por Caso de Corte, una mujer viuda, de 91 años, que reclama a los herederos de su marido determinadas cantidades de dinero que le corresponden por ser parte de sus bienes gananciales, y que los nietos han sustraído del inventario de los bienes de su marido, en perjuicio suyo. Siendo menores de veinticinco años actúan procesalmente desde un curador “ad litem”, pero sólo uno de ellos contesta a la demanda de María, considerándose a los otros rebeldes; la causa se recibe a prueba por el tiempo máximo de la ley, y cuando ya están hechas las pruebas que han propuestos las otras dos partes, demandante y demandado personado, **sale a la causa** el curador de los otros dos

⁷⁴³ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Pag. 41.

⁷⁴⁴ FERNANDEZ DE AYALA Y AULESTIA, Ob. Cit. Fol. 5.

nietos, pidiendo que se les absolviese de la demanda *y se recibiese la causa a prueba en restitución con la mitad del término*. El tribunal así lo acordó, aunque la demandante se opone, y se despacha una Real Provisión para hacer prueba testifical ya que no había podido hacer la prueba en el término ordinario, concediéndosele la mitad del tiempo que se había dado en el recibimiento a prueba normal.⁷⁴⁵ Como se puede ver, los requisitos esenciales se suponen, pues la parte que interesa acogerse al privilegio de la restitución los alega, pero no se comprueba la menor edad de los dos demandados pues es una realidad que se sobreentiende al comparecer con curador. Tampoco se entra a valorar el posible perjuicio causado a los menores a lo largo del pleito, sino que simplemente se entiende que, por lo que se ha alegado y probado, se puede estar en presencia de una situación perjudicial para el menor por la simple y mera existencia del pleito, con lo que la concede el tiempo privilegiado para probar y se produce de forma casi automática, incluso con al oposición de la parte contraria, y sin que se le solicite la fianza que se estipula para estos casos. Como consecuencia de esta decisión del juez, se hace una prueba testifical mediante receptor, que es unida al pleito, y después de su unión se hacen los resúmenes de pruebas correspondientes.

Supone así esta figura privilegiada la apertura de nuevo tiempo para probar, retrotoyéndose los tiempos procesales, y suponiendo en la realidad del pleito una nueva prolongación de los mismos.

10.6 LA PUBLICACIÓN DE LAS PRUEBAS

Para que la fase probatoria pueda darse por finalizada, y por tanto el discurrir procesal seguir caminando en el sentido que le impone la fase siguiente o de conclusiones, son necesarios

⁷⁴⁵ CHAN. VALL. P.A. 3558-1

una serie de actos de la parte y del órgano tendentes a **incorporar** a las actuaciones del pleito la materialidad de las probanzas que se hayan hecho en la fase de probar. Esta actividad, manifestación del principio *ad concludendum* del originario proceso romano-canónico, tenga quizás su último antecedente en el proceso inquisitorio, en el que el secreto de las actuaciones no permitía conocer a las partes aquellas pruebas hechas y sus resultados, y por lo tanto, aunque se vea en la práctica como una actividad imprescindible desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos formales, no tiene realmente el carácter de fundamentalidad que pudo tener en un principio ni mucho menos el sentido con el que nació. En el origen de la **publicación de las pruebas** se puede fijar precisamente en la necesidad de las partes en conocer el resultado de las que se hayan hecho por todos los intervinientes en el proceso, pues se las supone secretas y en poder exclusivo del escribano, para desde este conocimiento formular sus conclusiones finales, con el tiempo se fue perdiendo este sentido ya que los elementos personales en los pleitos tenían acceso al resultado de las pruebas desde el momento en podían estar presentes en algunas, o bien nombrar a persona que los representase quedando sólo las declaraciones secretas de los testigos fuera del conocimiento de los participantes de la contienda procesal. Sólo este matiz, el de las declaraciones secretas de los testigos, podría estar justificando en estos momentos finales del Antiguo Régimen, la necesidad de unir a los autos las piezas de prueba. Es más adecuado con la realidad procesal valorar la unión de las pruebas como un mero trámite material que permanece por la práctica forense, y justificado por el principio de preclusividad de las fases procesales que implica la necesidad de una actuación procesal que ponga fin a una de las fases para poder entrar en la siguiente, **dando por cerrada** la posibilidad de seguir actuaciones propias de la fase que se concluye. Pero además tiene otro sentido, también práctico y de utilidad: para que cada parte pueda presentar **sus conclusiones** previas a la sentencia necesita *instruirse* o

informarse del resultado y del contenido de las pruebas que se han hecho, tanto la propia parte que concluye como la contraria, para poder hacer sus alegatos conociendo en su conjunto todo el curso del proceso, sus incidencias y sus resultados y sobre todo el contenido de las declaraciones y documentos. Quizás sea este el motivo real que ha hecho que permnezca en el proceso civil castellano el trámite o paso procesal de la publicación de las pruebas, no sólo como una necesidad preclusiva, sino como una realidad material que permite a las partes el conocimiento del pleito en su conjunto, previo a la presentación de los llamados alegatos de bien probado, que son realmente resúmenes de lo alegado y probado antes de que el juez diga sus sentencia.

En principio, la idea es que se han de unir a los autos las piezas de las pruebas para que todas las partes procesales puedan conocer sus resultados en conjunto, una vez que ha finalizado el término de prueba, o bien cuando están hechas todas la pruebas que se han propuesto por las partes. A partir de este simple enunciado se pueden empezar a plantear dudas y problemas procesales, pues la pruebas se han de publicar si están todas hechas, pero ¿cuando se deben entender hechas todas las pruebas en un pleito privado?. Parece sencillo pensar que esta situación se produce cuando están hechos todos los actos de prueba necesarios para que queden cumplidas las propuestas de probar que hizo cada parte, o bien cuando se ha agotado el tiempo de probar; pero en la práctica las cosas no eran tan lineales como cabría pensar, pues si bien está recogido en una ley de **Partidas** que una vez publicados los dichos de los testigos, no se debe conceder más pruebas aunque alguna de las partes quisiera utilizar otras pruebas para probar lo mismo que ya estaba dicho, salvo que se tratase de desvirtuar declaraciones de testigos falsas o perjudiciales.⁷⁴⁶ Lo que ocurría en la práctica, es que se abusaba de la posibilidad de utilizar

⁷⁴⁶ P.P. 37. 16. 3.

testigos una vez concluido el período probatorio, abuso que dió lugar a restricciones legales en forma de disposiciones dadas por la monarquía *para evitar que no se corrompan los testigos por las partes [...], que después de publicados no puedan ser traídos otros en primera instancia,*⁷⁴⁷ o bien, *para que los pleitos se abrevien y cesen las dilaciones en ellos,[...] que pasado el término probatorio,[...] que si hay probanza se haga publicación,* teniéndose en caso contrario el pleito por concluso.⁷⁴⁸ Es significativo el párrafo que incluye **Tapia** en pie de página a modo de comentario sobre esta situación, y que se transcribe por lo que en sí mismo refleja.

“Regularmente hablando, [...] no deben admitirse testigos pasado el término de prueba , y esto es muy conforme a las leyes, que se propusieron el saludable fin de no abrir campo a la malicia de los litigantes, y de abrevair los pleitos. Sin embargo, pudiera suceder que alguna de las partes no hubiera hecho su prueba tan completa como necesitaba, y que por esto quedase ilusoria o dudosa su justicia. En este caso, si con mejor acuerdo podía rectificar o aclarar los hechos con los mismos testigos que le sirvieron antes, o con otros nuevos, no debía darse lugar a que quedase indefenso y perjudicado por ceñirse a los términos legales. Queda y debe quedar entonces reservado a la prudencia del juez el admitirlos, con tal que sea antes de hacer la publicación de probanzas, previo el juramento de no proceder de malicia, y con citación de la parte contraria.”⁷⁴⁹

Es uno de los muchos comentarios de los autores prácticos de esta época, en los que en principio parece que cabe una actitud *crítica* hacia la práctica viciada y abusiva de los tribunales, para a continuación caer en el reconocimiento de la validez de estos hábitos, eso sí justificando desde una posición de defensa de los derechos procesales de las partes, sobre todo la indefensión en la que podía verse su derecho y su justicia. Y es que los propios prácticos, a poco que

⁷⁴⁷ N.R. 5.6.4.

⁷⁴⁸ N.R. 10.6.4. Es una ley dada por Carlos y Juana en 1542, que viene a confirmar la anterior de 1386.

⁷⁴⁹ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 196. N.p.p.

aportasen algún comentario crítico a la situación, eran conscientes de las confusiones en que se podían encontrar aquellos que intentasen hallar una explicación a algunos problemas, y en concreto en el momento procesal que nos ocupa, si se deseaba *saber en que tiempo han de pedir y mandar hacer la publicación de probanzas, no hallaran en las leyes ni en los autores disposiciones claras ni observaciones fundadas, que aseguren cumplidamente el acierto de resoluciones*,⁷⁵⁰ pues aunque las leyes conceden dos tiempos para las pruebas, aquel en el que se han de hacer las probanzas y el que comienza cuando éste termina para pedir y hacer la publicación de las pruebas.⁷⁵¹ La situación la resumen partiendo de cuatro premisas:

- mientras esté pendiente el término de prueba, no se puede pedir que se haga la publicación de las probanzas hechas.

- que una vez pasado el término dado para probar, se pueden pedir y mandar hacer las publicaciones.

- ninguna disposición fija un tiempo para pedir y conceder la publicación de lo probado.

- a falta de solicitud de las partes para que se manden publicar las pruebas, no aparece en ninguna norma si puede hacerlo el juez de oficio,⁷⁵² aunque se puede admitir esta práctica.⁷⁵³

El discurso en la práctica de estos parámetros se resuelve entendiendo que hasta que no ha finalizado el término de probar, o bien estén hechas todas las pruebas que las partes hayan propuesto, no se puede pedir ni autorizar la publicación de las pruebas. Ahora bien, desde que esta situación procesal se ha dado, no hay límite temporal para que las partes pidan que las

⁷⁵⁰ CONDE DE LA CAÑADA, Ob. Cit. Pag. 155.

⁷⁵¹ Ibidem.

⁷⁵² Autores más avanzados que escriben a comienzos del siglo XIX, como ORTIZ DE ZÚÑIGA, no dudan en entender que si las partes no piden la publicación de las pruebas, la acordará el juez de oficio.

⁷⁵³ ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 52.

pruebas se publiquen, y en el caso de no hacerlo, el pleito quedará pendiente sin que le quepa al juez impulsarlo de oficio, pues algunos autores interpretan que la ley de **Partidas** en la que se regulan las publicaciones limitaba la actuación del juez que debe esperar que las propias partes le pidan que se hagan públicas las pruebas hechas. Por otro lado, la ley de **La Recopilación** a la que nos hemos referido, dice muy claramente que para que los pleitos se abrevien y cesen la dilaciones en ellos, una vez que se finalizo el término para probar, si la parte pide la publicación de lo probado, se ha de hacer la publicación y si no se tendrá el pleito por concluso.⁷⁵⁴ Con esta norma no parece tan dificultoso entender que las partes han de pedir la publicación de las pruebas, desde el momento en que éstas están hechas, y si no lo hiciesen, hay que entender que en un tiempo prudencial, el juez tendrá el pleito por concluso y dará su sentencia. Aunque esta parece la interpretación más correcta y sencilla desde la propia norma, la doctrina se complica con sus dudas e interpretaciones sobre si está o no facultado el juez para impulsar de oficio la publicación de las pruebas, cuando lo cierto es que si las partes no lo piden se entiende que no tienen interés en ello, y por lo tanto el juez puede no esperar a las alegaciones y fallar la sentencia. Añadiendo a esto que en los tribunales siempre se prefería tener las alegaciones de resumen de las pruebas pues le daban al juez una base para fallar y decidir. Lo cierto es que en la práctica no se observan dilaciones alarmantes en esta cuestión; desde la fecha en que se da el auto de prueba o de prórroga hasta los ochenta días de la ley, hasta que se pide la publicación y unión de lo probado a los autos, los tiempos medios están en uno que oscila entre los 80 y los 90 días, con lo que no parece que en la práctica se pudiesen estar produciendo en estos años desde la mitad del XVIII hasta su final grandes demoras por motivo de la publicación de las pruebas.

En cuanto a la manera en que se ha de pedir la actuación del juez para que lo probado se

⁷⁵⁴ N.R. 10.6.4.

una a los autos, cualquiera de las partes presentará un pedimento en el que formulará la petición sin hacer más manifestaciones que las que corresponden a justificar lo que piden. Así se hace sin grandes diferencias, diciendo en el escrito que :

estando como están hechas y formalizadas las probanzas por ambas partes, y los términos asignados y prorrogados conclusos, y ser preciso el que se haga publicación de las probanzas hechas, por convenir al derecho de mi parte, y que dicha causa sin retardación se determine, por tanto, A V. MD. , pido y suplico mande hacer según derecho la publicación de probanzas, y que se me entreguen los autos como parte demandante para que, a consejo de patrono, alegar de bien probado, o lo que convenga al derecho de mi parte.⁷⁵⁵ O bien, que dicho pleito se ha recibido a prueba con cierto término, el cual y demás prorrogado es pasado, y mi parte y las contrarias tienen hechas sus probanzas, suplico a V.MD. se sirva de mandar hacer publicación de ellas, por el término de la ley, y hecho a su tiempo se entreguen los autos, para alegar lo que a su derecho convenga.⁷⁵⁶

Como se vé, se reduce a una simple fórmula de pedir, en la que se hace constar que el tiempo de probar ha pasado, pudiéndose añadir la petición de que si alguna de las partes no hubiese hecho su prueba, se haga constar,⁷⁵⁷ constancia que se hará poniendo el escribano en su lugar la corespondiente nota.⁷⁵⁸

A esta petición, el juez, debe en primer lugar **dar traslado a la parte contraria**⁷⁵⁹ notificándole el auto para que exponga si está o no pasado el término, o falta que

⁷⁵⁵ CHA. VALL. P.A. 3325-1.

⁷⁵⁶ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

⁷⁵⁷ JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Fol. 35

⁷⁵⁸ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 114.

⁷⁵⁹ N.R. 10.6.4.
TAPIA, Ob. Cit. Pag. 197.
GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 114.
ORTIZ DE ZÚÑIGA, Ob. Cit. Pag. 52.
JUAN Y COLOM, Ob. Cit. Fol. 35.

examinar algún testigo que ya se le haya tomado juramento, o por si tiene algun motivo para impedir la publicación, y además puede solicitar los autos para informarse.⁷⁶⁰ A este traslado la parte opuesta a la petición podía estar conforme, y decirlo incluso en el momento de la notificación pues *consiente en la publicación de probanzas* con lo que el juez ha de dar un auto admitiendo la petición y teniendo por hecha *la publicación de probanzas y las practicadas se unan a los autos, y por su tenor se comunican para que aleguen de bien probado en el término ordinario.*⁷⁶¹ La conformidad con la petición se puede hacer por escrito, incluso presentando a su vez la contraria una solicitud similar,⁷⁶² a la que el juez dará un auto por el que manda que se haga la publicación, uniendo las pruebas y dándoles vista a las partes por su orden, *en atención a constar [...] que las partes que los sufren, están conformes.* Ahora bien, no siempre se daba este acuerdo procesal tan llevadero, pues podía ocurrir que la parte que no había pedido la publicación de las pruebas, se oponga a ello o sencillamente dé la callada por respuesta no contestando al traslado. Desde luego, en su oposición a la publicación deberá el contrario alegar los motivos por los que se opone, como por ejemplo *porque muchos testigos de los que tengo presentados están por examinar y no ha lugar de hacer dicha publicación, hasta tanto que se examinen.*⁷⁶³ Esta oposición originada en el traslado de la petición de publicación, sirve para que la parte contraria diga si el término de prueba a terminado, o si hay otro motivo suficiente que justifique que no se haga la publicación.⁷⁶⁴ Ahora bien, se produce otra forma de respuesta al traslado, que es en esencia la **no respuesta**. Ante esta actitud, lo normal es que el juez dé su

⁷⁶⁰ TAPIA, Ibidem.

⁷⁶¹ CHAN. VALL. P.A. 3325-1.

⁷⁶² CHAN. VALL. P.A. 2792-3.

⁷⁶³ MUÑOZ, Ob. Cit. Fol. 27.

⁷⁶⁴ TAPIA, Ob. Cit. Pag. 197.

auto mandando publicar las pruebas, sin que suponga una alteración del derecho de las partes, pues hay que considerar que el traslado tiene una finalidad, la de que se pongan de manifiesto obstáculos a la publicación, y si no se plantean estos obstáculos, *se observará el estilo del juzgado*⁷⁶⁵ dándose el auto de publicación. Pese a ese sistema, lo frecuente era que si a los tres días la parte contraria no había contestado al traslado dado sobre que las pruebas se publicasen, se repite de nuevo la petición, acusándose una sola rebeldía, es decir, que la insistencia en lo pedido sólo se prodrá hacer de una vez.⁷⁶⁶ Es quizás una interpretación un poco torticera da la norma, pues la ley 10.6.4. N.R. lo que dispone es que una vez dado el traslado de la petición de publicación de pruebas, si no dice nada la otra parte se le acusará la rebeldía *en otra Audiencia*, lo que equivale a decir al día siguiente.⁷⁶⁷ Pero en esta ocasión, como en muchas otras, la forma de hacer forense camina en otro sentido, contrario al espíritu de la ley, y detrás de la práctica van los autores confirmando las desviaciones y justificándolas como necesaria y convenientes.

Que en la práctica se insistía en la petición se encuentran frecuentes ejemplos. En 1721, ante el Corregidor de Olmedo el demandante en un pleito de evicción solicita, el día 23 de diciembre, la publicación de las pruebas. Se acuerda dar traslado y se notifica a todas las partes en el mismo día; el 29 de enero de 1722, más de un mes después, se insiste en la petición diciendo que *se pidió publicación de probanzas y se dió traslado a las contrarias, el cual auto se notificó, y el término es pasado y no ha dicho cosa alguna; suplico a VMD se sirva de mandar se cosan las probanzas con el proceso y se le entregue para alegar de bien probado*. A la petición el juez acuerda que *se pongan las probanzas en los autos y se entreguen a esta parte por*

⁷⁶⁵ Ibidem.

⁷⁶⁶ GOMEZ NEGRO, Ob. Cit. Pag. 114

⁷⁶⁷ En el lenguaje forense “una audiencia” equivale a un día de celebración de audiencia; así es frecuente, incluso actualmenete decir que se comparezca “en el termino de tres audiencias”, en lugar de en el término de tres días.

*el término ordinario.*⁷⁶⁸ Y en un pleito seguido en Chancillería en primera instancia, el demandado solicita por dos veces que se haga la publicación de las pruebas, entre el 23 de septiembre de 1757 y el 5 de octubre, añadiendo en el segundo de los escritos que se le declare la rebeldía a la demandante que nada ha dicho; ante esta petición, el tribunal pasa a dictar sentencia un mes y medio después.⁷⁶⁹ Desde luego que la intención del legislador no queda cumplida con esta práctica, que aunque no lo haga en gran medida y no suponga un exceso considerable del tiempo empleado, si supone una dilación más a costa de trámites procesales inútiles y superfluos.

Consiste pues la publicación en la unión material de las piezas de pruebas a los autos principales, que se hará constar por fe del escribano, pero no es la mera unión o “cosido” el efecto procesal deseado, si no el **conocimiento que del resultado de las pruebas puedan tener las partes**, para que estudiándolas en su conjunto puedan formular las alegaciones de bien probado:

Sirva la publicación para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demás medios legales de que se han valido; y en vista de ello aleguen lo conducente a su defensa, si quieren.

Es claro pues que la principal función de la publicación de las pruebas es el conocimiento, instrucción y visión que las partes puedan tener de los autos para llegar a su fin primordial que es la alegación de bien probado. Pero hay más, de este examen no sólo se informarán si han probado bien su intención, sino que pueden, en consecuencia de lo que observen, proponer los defectos de los testigos, es decir, las tachas, pudiendo probar su falsedad

⁷⁶⁸ CHAN. VALL. P.A. 3782-4.

⁷⁶⁹ CHAN. VALL. P.A. 2987-2.

y contradicción.

Decir únicamente sobre la publicación de las pruebas, que era una actuación procesal propia de los pleitos **declarativos**, también llamados “ordinarios” por seguir el orden común, pero en los sumarios **ejecutivos** no se encontraba este trámite, sobre todo en los de ejecución dineraria o de cumplimiento de obligaciones de pago. Aparece una publicación de prueba sin embargo en un juicio ejecutivo sobre la ejecución de los réditos de un censo, en la que el ejecutante presbítero titular de la capellanía que detenta el censo, dice que al oponerse el ejecutado, se le dieron los diez días de la ley para probar, y que prorrogados hasta los ochenta, se ha hecho la justificación, por lo que pide que se haga la publicación y se pongan con los autos, toda vez que el ejecutado no ha hecho ninguna de las pruebas propuestas. En este caso el juez no dá traslado a la contraria de la petición y se limita a admitir que las pruebas sean unidas a los autos, que se traerán para fallar.⁷⁷⁰ Si desde luego el juicio ejecutivo es un pleito sumario en el que no se sigue el orden **ordinario**, está justificada la actitud del juzgador de prescindir de un trámite no esencial, y que por considerarse superfluo se puede suprimir. El hecho es que se llega al mismo punto que en el juicio declarativo: las pruebas se unen a los autos principales, para poder decidir, sólo que en el ejecutivo se pasa directamente a la toma de decisión por el juez, sin que las partes tengan que manifestar ni alegar nada más.

⁷⁷⁰ CHAN. VALL. P.A. 3783-4.

ABRIR TOMO IV

