

2.3.3. *Prueba documental*

MAFALDA V. DÍAZ-MELIÁN DE HANISCH

Profesora de Historia del Derecho. Universidad Internacional SEK

MEDIOS DE PRUEBA. EL DOCUMENTO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ROMA

I. Concepción de la Prueba

La prueba es trascendente en los procedimientos judiciales sean estos civiles, penales, administrativos, laborales, etc., pues mediante ella lo que se busca es determinar las acciones del hombre o bien algunos acontecimientos los que por su naturaleza provocaran el ejercicio de la justicia.

Cuando se habla de prueba nos estamos refiriendo a los medios que son posibles de emplear para comprobar los hechos que serán objeto de las contiendas judiciales. Bentham con acierto afirma que la palabra prueba es algo engañadora “pues parece que lo que se llama así tiene una fuerza suficiente para determinar la creencia, pero no debe entenderse por ello más que un medio de que nos servimos para probar la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto”.¹

La prueba es un tema que pertenece al derecho procesal y Bentham la define con precisión cuando dice “el arte de procedimiento no es otra cosa que el arte de administrar las pruebas”. En el campo del derecho sólo interesan los hechos que tienen relevancia jurídica. Ahora bien en doctrina se discute si la prueba se apoya en los hechos mismos o en las afirmaciones de las partes.

La meta de la prueba consiste “en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos... pues una de las funciones de la prueba es lograr la traslación de los hechos de la realidad al proceso”² y procurar la convicción de

¹ Jeremías BENTHAM, *Traité de preuves iudiciaires*, France, vol II, p. 235.

² Manuel SERRA DOMINGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, España, 1969, p. 358.

los jueces sobre la realidad. Entre los romanos la prueba legal fue desconocida en el período formulario en general se admitieron “todos los medios de prueba que podían iluminar al juez en el pronunciamiento de su sentencia”.³ Las mismas pruebas de que hoy nos servimos fueron las más usadas por los romanos. Pero debemos aclarar que en el presente, finales del siglo XX, existe el documento electrónico que es el emitido a través de un sistema computacional el que para ser debidamente valorado debe estar sujeto a medidas de seguridad. Este tema da lugar a otro trabajo.

Quizás la definición clásica de la prueba la de Baudry Lacantinerie cuando dice que es “el establecimiento por medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama”⁴. La prueba legal se originó en la Edad Media por la influencia del derecho germánico.

II. Los medios de prueba

Todos los elementos que pueden motivar la convicción sobre la efectividad de un hecho son medios de pruebas. En la etapa del procedimiento se pueden utilizar todas las pruebas posibles a fin de lograr la convicción en el juez. Las más usadas son: los testigos, documentos, inspección personal del juez, dictamen de peritos, confesión de las partes y juramento deferido o referido.

II.1. Los documentos

El documento tiene una finalidad informativa porque proviene de la palabra latina *docere* que significa enseñar una cosa ya sea con referencia a los hechos o al campo del derecho. Etimológicamente el profesor Helmut Arnt explica que el documento viene del latín *documentum* y éste a su vez del verbo *doceo* –enseñar– cuya raíz nos la da el griego *dekos* “término utilizado normalmente en el ámbito religioso, simbolizando el gesto de las manos extendidas para dar o recibir”.⁵ La historia del documento empie-

³ Enrique PAILLAS, *Estudios de Derecho Probatorio*, Santiago, Chile, *Editorial Jurídica de Chile*, 1997, p. 30.

⁴ Baudry LACANTINERIE et BARDE, *Traité theorique et pratique de droit civil*, T. XV, N° 2432 citado por Liliana Ximena SALGADO FERNANDEZ, *La Prueba, objeto, carga y apreciación. Comentarios de Jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 11.

⁵ Carlos PELOSI, “Autenticidad y falsedad en el Documento Notarial”, *Cuadernos Notariales. Serie Derecho Notarial*, N° 12, La Plata, Argentina, s/f. P.3 citado por Eugenio Alberto GAETE GONZALEZ. Tesis Doctoral de Derecho Notarial. *Instrumento Público Electrónico*, Facultad de Derecho Universidad de Lleida, 1998, p. 42, Inécita.

MEDIOS DE PRUEBA. EL DOCUMENTO: EVOLUCIÓN...

za a partir de la invención de la escritura. Existen documentos de diversas clases: históricos, filosóficos, literarios, etc. Aún no existe coincidencia entre los estudiosos del derecho sobre la utilización de la prueba. Unos afirman que la prueba escrita fue utilizada primeramente por los babilonios y después por los egipcios. Estos han inventado la escritura –jeroglíficos- y también se afirma que fueron los chinos.

El documento egipcio lleva el nombre de papyrográfico. El nombre lo da la hoja de papyrus las que al pegarse unas con otras dieron origen a los rollos.

Los escribas estaban incorporados en Egipto a la organización administrativa. El documento papyrográfico es un documento formal el que se concluía con la firma de los comparecientes en presencia del escriba quien era el que lo autorizaba: era el fedante.

Los asirios y babilonios escribían en tablillas de arcilla las que se guardaban en bibliotecas y archivos. Los documentos eran solemnizados y legalizados por el sacerdote, el perito o escriba. A estos les compete la redacción de las sentencias y contratos “concebidos como medio probatorio de las obligaciones contraídas”.⁶

En cuanto a los hebreos sabemos que su documentación está representada por la Biblia y el Talmud. Aquella nos hace conocer la tradición religiosa escrita y la Torah es la ley que dicta Dios a Moisés en el Sinaí (Pentateuco). El Talmud, que en hebreo significa “disciplina”, es la colección de tradiciones orales rabínicas que interpreta la ley de Moisés. Entre los judíos el escriba era muy importante y más que en Egipto y Babilonia. En Israel existieron distintos escribas. Así existieron el Escriba de la Ley y el Escriba del Rey quien autorizaba los actos y las sentencias de éste. En tanto el Escriba del pueblo era un amanuense el que para algunos estudiosos sería el antecesor del Notario actual.

Los chinos fueron los inventores de la escritura la que se conoce a partir del siglo III A.C. En principio utilizaron las tablillas de madera y con posterioridad inventaron primeramente el papel de seda y luego el de pulpa. Las invasiones musulmanas difundieron la invención y la que pasó a Europa aproximadamente en el año 1100.

Casi no conocemos de los chinos las leyendas, tradiciones, los actos o contratos porque utilizaban la seda. Sólo nos han legado algunas fuentes procedentes de los siglos X – XII en adelante.

⁶ Eugenio Alberto GAETE GONZALEZ, Tesis Doctoral ... *Instrumento Público Electrónico*, Opus Cit., ps. 88-89.

MAFALDA V. DÍAZ-MELIÁN DE HANISCH

Los fenicios fueron los que crearon el primer alfabeto de la historia. Difundieron la escritura entre los griegos y cartagineses. Ellos nos legaron las palabras *biblos* y *liber* que significan láminas finas donde se gravaba “la escritura alfabetizada”.⁷

Los griegos: En las causas civiles y criminales utilizaban como medio de prueba la confesión. El juramento inicialmente no tuvo prestigio pero el tiempo introdujo el juramento por Júpiter y fue la ley de Solón la que lo hizo obligatorio para las causas públicas. Sin embargo la prueba testifical tuvo gran importancia pues llegó a constituirse en un deber y si se negaban a cumplirla recibían sanciones penales.

En cuanto a la prueba documental esta era representada por actas privadas, actas públicas e instrumentos mercantiles o banqueros. Los documentos privados eran conocidos por el nombre de *cheirografos*, los documentos dobles por el nombre de *singraphophylax* y a los documentos públicos los denominaban *authentikos* pues los funcionarios fideidantes eran los que los autorizaban y autenticaban dichos documentos.

Los griegos conocieron las hojas de papiros y las denominaban *chartes*. De este vocablo nace la palabra latina *chartae* que tendrá extraordinaria importancia a partir del siglo VIII en el desarrollo del instrumento público y que “constituye el antecedente de la escritura matriz”.⁸ Después de escritas las hojas se agrupaban en rollos denominados *kilindros* o *tomus* cuyo largo era de 6 a 7 metros. Los más antiguos papiros datan de los siglos IV y III A.C. y muchos han llegado hasta nosotros.

El pergamino tuvo su origen en Pérgamo y es resultante de la industria del curtido y preparación del cuero que podía ser de antílope, ciervo o gacela y la vitela, *vitellus* era del ternero o corderos nonatos. La charta pergamena se desarrolló entre los años 197 y 158 A.C. consecuencia de que los egipcios prohibieron la exportación de papiro.

Las pieles enrolladas tomaron el nombre de kilindros o volúmenes y si se cosían unas sobre otras formaban un libro llamado *codex*. Durante el Imperio romano estos materiales permitieron la actividad documental. A partir del siglo XII se empieza a usar el papel de seda chino, fabricado en Damasco, y que se lo conoce como *charta damascena*.

⁷ *Ibidem.*, p. 92.

⁸ *Ibidem.*

MEDIOS DE PRUEBA. EL DOCUMENTO: EVOLUCIÓN...

III. Roma

El Derecho romano se ha ido construyendo y rehaciendo a lo largo de los siglos lo que es revelado por las fuentes y pruebas que nos legaron: tablas de madera, papiros, palimpsestos, pergaminos y las provenientes de monumentos artísticos, inscripciones en piedra y bronce. Estas fuentes nos han permitido conocer las leyes y los documentos jurídicos públicos y privados. El documento romano todavía nos llega hasta nosotros por el descubrimiento de las llamadas *Tabulae*.

Veamos los ejemplos: 1786 las *Tabulae* de Transilvania; 1875 en Pompeya una caja con 153 *tabulae ceratae*; en 1887 dos trípticos “conteniendo una *mancipatio fiduciaria* que correspondía al año 61 D.C.; 1959 casi 200 *Tabulae pompeianae novae* relativas a derecho privado y procedimientos civiles; 1931 en Herculano tablas que se refieren a contratos y *mancipatii*; 1928 *Tabulae Albertinas*, de la época vandálica y 1979 *Tabulae pompeianae novae*”.⁹

La prueba documental en Roma fue adquiriendo gran importancia y recibía el nombre de *scripturae, tabulae, codex, membranae, chirographum, singraphae*. Aunque en general se designaba el documento con el nombre de *monumenta o instrumenta, publica, privata et domestica*.

Los códigos que conocemos de los siglos XIX y XX en general han usado el término documento, sin embargo el Código Civil chileno y algunos de América emplean la palabra instrumento.

En Roma la prueba documental adquirió con el tiempo significación por “la seguridad que ofrecía”.¹⁰ Casi hasta el siglo III los romanos usaban las *tabulae ceratae* que eran tablillas o tablas revestidas de cera las que adquirirían diversas formas: dípticos, trípticos y hasta de seis tablas. Eran unidas a la manera de libros y según su número conformaban un *Codex*.

La membrana es un pergamino. Se introdujo en el Imperio a partir del siglo IV y es de gran importancia porque los escritos eclesiales más antiguos se conservan “en forma de códigos de pergamino”.¹¹

Al papiro lo han utilizado menos por ser poco práctico pues no podía seguir las formas de las *tabulae*, aunque los que más se conocen son los de Egipto. Los que se han conservado entre los romanos se los individualiza por el nombre de los Emperadores: la *chartae Augusta, chartae Claudia*.¹²

⁹ *Ibidem.*, ps. 100-101.

¹⁰ Enrique PAILLAS, *Opus Cit.* P. 42.

¹¹ Eugenio Alberto GAETE GONZALEZ, *Opus Cit.* P. 108.

¹² *Ibidem.*, p. 107.

En una constitución de “fecha incierta, reconstruida sobre las Basílicas”¹³ y que aparece en el código justiniano (Cod. 4,20,1.) se confirma el principio de que “contra testimonio escrito no debe preferirse el no escrito”.¹⁴ La forma de negocios fue regulada por diversas constituciones dictadas por Justiniano las que expresan la “preferencia por la prueba documental (*instrumenta*) frente a la de testigos (*testes*)”.¹⁵ La influencia oriental determinó esta tendencia en razón de la desconfianza en la prueba de testigos.

La preferencia por la prueba documental no impidió que se dictaran normas destinadas a reglamentar los requisitos de la prueba testifical.

En Roma la fuerza probatoria del documento se lo daba la escritura y los testigos reconocían su fuerza. Con el tiempo no necesitó los testigos. El documento doble se llama *singraphae* por su particularidad pues es un doble original. Este contiene en su interior un documento escrito y sellado y el externo reproduce el contenido del interior. Puede llevar en uno de los documentos o “en ambos el nombre del escriba redactor, autor del documento a solicitud de parte”.¹⁶ Eran documentos obligatorios por la fuerza que emana de ellos.

Mención especial merece el pergamino pues permitió la actividad documental durante el período del Imperio Romano hasta 1453. Y desde el siglo XII se empezó a usar el papel de seda y el que se difunde por Europa a través de España.

III.1. Categoría de *instrumenta*

La prueba documental en Roma adquirió gran importancia y se la designó con el nombre de *instrumenta*. Existieron tres categorías: el *acta o gesta*, *instrumenta publica* o *publica confecta* y el instrumento privado. El *acta o gesta* era un documento redactado por los oficiales judiciales, los magistrados del censo y otros. Estos daban plena fe a los actas. Estos documentos se utilizaban para los trámites que debían realizarse ante los magistrados y por ende en todos los actos de procedimiento.

Los *instrumenta publica confecta* gozaban de fe pública. Este es el documento redactado por *tabelliones*, “personas cuya profesión era precisa-

¹³ Ursicino ALVAREZ, *Curso de Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, T.I., p. 569.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ José María MUSTAPICH, *Tratado Teórico y Práctico del Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediar Editores, 1955, T.I., ps. 17-18.

MEDIOS DE PRUEBA. EL DOCUMENTO: EVOLUCIÓN...

mente la de dar fe de ciertos hechos o declaraciones”.¹⁷ El tabelión jura reconocer la escritura y su autenticidad. El notario era un simple escriba. Algunos actuaban junto a los magistrados y otros junto a los tabeliones. Las *scripturae publicae* con el tiempo adquirieron tal importancia que Justiniano ordenó crear archivos en las ciudades que no existían para guardarlas.

Finalmente los instrumentos privados: *cautiones*, *chirographa*, se utilizaban en el *iudicium* y eran redactados por los propios particulares. Si estos documentos se presentaban en los litigios necesitaban la intervención de tres testigos. El Emperador Justiniano dispuso darles a estos documentos “el mismo valor probatorio que a los redactados por *tabelliones*”.¹⁸

Los papeles domésticos son todos los escritos firmados o no, redactados en hojas sueltas o en cuadernos y en los que la persona dejó constancia de su recuerdo de hechos y acontecimientos de su vida privada o de hechos jurídicos.¹⁹ Estos documentos son una prueba casual pues carecen de valor probatorio si la escritura o la firma no ha sido reconocida y además tendrán mérito si el juez los reconoce según su convicción.

Durante la República el sistema de procedimiento no le dio cabida a ninguna regla especial sobre la prueba. En el tiempo del Imperio existieron un sistema de pruebas legales como hoy las entenderíamos. La prueba versa únicamente sobre hechos pues es el juez el que conoce la norma jurídica (*iura novit curia*) aunque algunas veces es el juez el que tiene la facultad de proporcionarlas. En toda la vida jurídica romano – bizantina el documento jugó un papel importante.²⁰

Conclusión

En el Derecho romano clásico el documento tuvo igual fuerza probatoria que la prueba de testigos. La prueba constituye en el Derecho la esencia del proceso y consiguientemente constituye su justificación.

El objeto de la prueba es la investigación de los mejores medios para demostrar y/o comprobar el hecho como el derecho, lo que frecuentemente

¹⁷ José Luis MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico. II, El Proceso*, Zaragoza, España, Universidad de Zaragoza, 1980, p. 382.

¹⁸ *Ibidem*. C.4.2.17.

¹⁹ Baudry –LACANTINERIE et BARDE, *Traité Theorique et pratique de Droit civil*, France, T. XV, N° 2432, p. 149 citado por Enrique PAILLAS, *Opus Cit.*, p. 175.

²⁰ J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, I, 6ª Edición, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, p. 210.

MAFALDA V. DÍAZ-MELIÁN DE HANISCH

es delicado. No debe tratarse de enseñarles a los jueces las leyes sino que lo que debe buscarse es que la causa sometida se ajuste a los principios generales de la legislación para alcanzar lo que se pretende.

Siguiendo la distinción de Bentham la materia de la prueba corresponde a las leyes adjetivas.

La prueba incumbe al que acciona para que sea deducido del hecho alegado el derecho.