

INQUISITIO, FAMA, EVIDENTIA: LA CONTRIBUCIÓN DE INOCENCIO III A LA TEORÍA DE LA NOTORIEDAD DEL DELITO

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2015 / Fecha de aceptación: 20 de abril de 2016

Laura Gutiérrez Masson
Universidad Complutense de Madrid
lgutierr@der.ucm.es

Resumen: estudio del proceso inquisitorial canónico y del *delictum notorium facti* o notoriedad de hecho del delito en algunas decretales del Papa Inocencio III, y su influencia en la doctrina canonista posterior.

Palabras clave: *Accusatio-Delictum notorium-Evidentia-Fama-Inquisitio.*

Abstract: study of the inquisitorial canonical process and of the *delictum notorium facti* or notoriety of fact of the fault in some decretals of Pope Inocent III, and its influence over the later canonical doctrine.

Keywords: *Accusatio-Delictum notorium-Evidentia-Fama-Inquisitio.*

1. CONTEXTO HISTÓRICO

El proceso romano-canónico -resultante de la fusión entre el procedimiento romano de la *extraordinaria cognitio*, la praxis del foro canónico y la interpretación auténtica de los textos bíblicos y conciliares por los Padres de la Iglesia- fue, en palabras del canonista francés Le Bras, la obra maestra de la alianza romano-canónica y una de las grandes aportaciones medievales a la cultura jurídica europea.

Es bien sabido que, durante la Edad Antigua y la Alta Edad Media, la Iglesia contribuyó de manera más que decisiva a la conservación de los textos jurídicos romanos permitiendo, tras un largo periodo de oscuridad intelectual durante el cual la cultura permaneció encerrada entre los muros de los centros monásticos¹, que aconteciera entre finales del siglo XI y comienzos del XII el redescubrimiento científico del *Corpus iuris*, y más concretamente del Digesto de Justiniano. De igual modo, a lo largo de la época bajo-medieval los tribunales eclesiásticos integrados por personas cultas extrajeron los principios esenciales de las fuentes romanas y sobre ellos fueron capaces de organizar un modelo de proceso universal², sistemático y racional, que pronto sería acogido por los tribunales laicos a causa de la tecnificación de la función judicial.

Así pues aconteció un fenómeno, ya vivido entre los siglos IV y VI, de aculturación recíproca entre el derecho romano y el derecho canónico que tomó en préstamo el sistema acusatorio del primero, pero combinándolo con una serie de innovaciones legislativas y doctrinales enmarcadas en el *ius novum canonicum*³ que fueron acogidas por el foro y la doctrina seculares.

Es en ese contexto donde situamos a Lotario di Segni que, tras estudiar derecho en Bolonia y teología en París, llegó a Papa Inocencio III (al igual que Alejandro III, Gregorio IX, Bonifacio VIII o Clemente V por sólo citar algunos, que combinaron la *scientia iuris* con el *cursus honorum ecclesiasticum*) : muy consciente de la importancia

¹ Cfr. CANNATA, A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. esp. GUTIÉRREZ MASSON, L., Madrid, 1996, p. 143.

² Es decir aplicable en todos los territorios de la Iglesia y que debía ser aplicado en la administración de justicia eclesiástica así como enseñado en las Universidades ("*tum in iudiciis cum in scholis*"). Al respecto, SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, Turín 2001, p. 78.

³ Contenido en las colecciones gregoriana, bonifaciana y clementina (aunque ésta ya del siglo XIV) y de carácter oficial, frente a la síntesis privada del *ius vetus* por obra del padre de la ciencia canónica Juan Graciano; vid. VIEJO-XIMÉNEZ, J. M^º, «La composición del Decreto de Graciano», en *Ius canonicum* 45, 2005, pp. 431-485.

para la Iglesia de redefinir su papel y su derecho en el seno de la sociedad cristiana⁴, Inocencio III desarrolló -a través de los cánones del IV Concilio de Letrán que promovió y de sus decretales- un proceso penal de corte inquisitorial al objeto de perseguir eficazmente, no sólo la herejía sino también otros delitos como el concubinato clerical o la simonía, conductas que por el escándalo y mal ejemplo que comportaban eran constitutivas de un grave quebranto para la estabilidad de la Iglesia.

2. ACCUSATIO-INQUISITIO. INQUIRERE VERITATEM EX OFFICIO IUDICIS. FUNDAMENTO METAJURÍDICO: LA SALUS ANIMARUM. PRECEDENTE ROMANO: LA EQUIPARACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CRIMEN MAIESTATIS Y EL SACRILEGIUM POR ALTERACIÓN DE LA QUIES PUBLICA Y PELIGRO DE PROPAGACIÓN

La *inquisitio* se concibió inicialmente como un tipo de tramitación procesal de carácter especial para no apartarse del modelo general acusatorio extraído de las fuentes romanas y que, además, encontraba fundamento en la idea recogida por el Nuevo Testamento de que Jesucristo, a pesar de ser conocedor del delito de Judas, no lo expulsó porque no había sido acusado: “*Nam et Dominus Noster J.C. Judam furem esse sciebat, sed quia non est accusatus ideo non est ejectus*” (C.4. Causa 2, qu.1)⁵; a lo que se añadía una razón eminentemente pragmática, enunciada en el *Liber Extra* 5. 1. 1, consistente en asegurarse de que los sacerdotes se consagraran sobre todo a su misión pastoral⁶.

A finales del siglo XIII la literatura jurídica proclamaba esa especialidad del proceso inquisitorio: así el juez civil de Perugia Alberto de Gandino, que combinó sus conocimientos prácticos con la ordenación sistemática y actualizada de la doctrina de su tiempo, decía en su *Tractatus de maleficiis*⁷ elaborado hacia 1280 “*item de iure canonico regulariter non proceditur per inquisitionem, nisi predicta sex interveniant...*”, esto es que el derecho canónico, al igual que el derecho civil, procedía *per inquisitionem* tan sólo en los casos taxativamente previstos, pero trazaba una larga

⁴ MAYALI, L., «Ius civile et ius commune dans la tradition juridique médiévale», en *Études d'histoire du droit et des idées politiques* 3, 1999, p. 215.

⁵ ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France depuis le XVIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Franckfurt am Main 1969, p. 68.

⁶ X. 5. 1. 1: “*Si legitimus non fuerit accusator, non fatigetur accusatus, quia sacerdotes ad sacrificandum vacare debent...*”.

⁷ Edición crítica de KANTOROWICZ, H., *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Zweiter Band, Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlín y Leipzig, 1926.

lista de delitos en los que el juez civil podía actuar *ex officio*, por lo que se vislumbra no sólo la dualidad *accusatio-inquisitio* sino la gradual primacía de la segunda como caracteres que desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII marcaron el proceso penal europeo, incluso en países poco o nada romanizados.

La razón de ser de la expansión y florecimiento de la *inquisitio* en el seno del *utrumque ius* se encuentra en la concepción totalitaria del mundo político-religioso legada a la Edad Media por la tradición imperial⁸ y que estableció una estrecha correspondencia entre el delito político de lesa-majestad y el delito religioso de *sacrilegium*, entendido en su acepción de ofensa a la religión tradicional, primero pagana y después cristiana, siendo en definitiva una lesa-majestad divina.

En la experiencia jurídica romana ya desde comienzos del Principado se había instaurado un régimen exorbitante del proceso común para perseguir el *crimen maiestatis* que era muy parecido al sacrilegio, según explicó Ulpiano en su séptimo libro dedicado al oficio de procónsul recogido en D. 48.4.1.*pr*⁹; y aunque para Lenel la equiparación de ambos delitos por obra del jurista tardo-clásico obedeció únicamente a la severidad de las penas previstas para ambos (como el arrojado a las fieras o la hoguera), me parece del todo convincente la opinión más reciente de Solidoro Maruotti¹⁰ que se centra en la afinidad de ambas conductas punibles en razón de su gravedad. Cabe añadir el común denominador del bien protegido: la *salus principis et status rei publicae* como se observa en las *Pauli Sententiae* 5.29.1, pues estamos todavía en una época de culto al emperador.

El discípulo de Ulpiano, Modestino, en el tránsito de la época clásica a la posclásica donde se sitúa la citada obra pseudo-paulina, destacó en un texto dedicado a los *insignes latrones, seditionum concitatores vel duces factionum* (D.49.1.16)¹¹ la función paradigmática de la pena que buscaba evitar la propagación o contagio del delito y la imposibilidad de apelar para acelerar la imposición de aquélla, lo que fue confirmado por una constitución del emperador León del año 466 recogida en el Codex

⁸ MAISONNEUVE, H., *Etudes sur les origines de l'Inquisition*, 2ª ed., París 1960, p. 36.

⁹ “*Proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur*”.

¹⁰ SOLIDORO MARUOTTI, L., *Profili storici del delitto politico*, Nápoles 2002, p. 12.

¹¹ “*Constitutiones, quae de recipiendis nec non appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri publice interest: ut sunt insignes latrones vel seditionum concitatores vel duces factionum*”.

9.30.2 contra quienes alteraban la *quies* publica, lo que sería uno de los rasgos de la inquisición posterior¹².

Por otra parte, y a modo de inciso, me detendré en los *insignes latrones* que recuerdan enormemente a los *famosi latrones* del *Liber Augustalis* del año 1231 y corroboran la influencia, sostenida por Brandileone¹³ y en cambio cuestionada por algunos autores más recientes¹⁴, del derecho romano justinianeo y del derecho canónico en el proceso inquisitorial implantado por Federico II para perseguir los delitos políticos.

En época romano-cristiana en la que la *maiestas* imperial emanaba de Dios se mantuvo la equiparación de los delitos y el mismo fundamento de la persecución: tal y como puso de relieve De Giovanni, dado que la oración y el culto beneficiaban a todos en orden a una mayor cohesión y unidad del Imperio¹⁵, a partir de Teodosio I los herejes fueron considerados como un grave factor de desestabilización del Imperio, a los que no sólo había que castigar con penas ejemplarizantes para que se enmendaran, sino también apartarlos o excluirlos de la comunidad con una auténtica muerte civil que se manifestaba en la inhabilitación para el desempeño de cargos públicos, la prohibición de intervenir en actos jurídicos como compraventas y donaciones y la privación de la *testamentifatio* activa y pasiva¹⁶.

Sobre la base de tales planteamientos heredados de la época bizantina y siendo el derecho canónico un derecho social, hecho para la masa y para los grupos, sus

¹² C. 9. 30. 2 *Imp. Leo A. Erythrio praefecto praetorio*: “*In nullis locis aut civitatibus tumultuosis clamoribus cujusquam interpellatio contumeliosa procedat, ...subdendos autem poenis iis quas de seditionis et tumultus auctoribus vetustissima decreta sanxerunt*”.

¹³ BRANDILEONE, F., *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del Regno di Sicilia*, Turín 1884, p. 65 ss.

¹⁴ SALVIOLI, G., *Storia del diritto italiano*, 9ª ed., Turín 1930, p. 365, entiende que el origen de esta *inquisitio* debe situarse en el procedimiento previsto por el derecho consuetudinario franco-normando a causa de la referencia a los justicieros o diez hombres de buena reputación que debían actuar. Cfr. ALESSI, G., *Processo penale (dir. Interm.)*, ED 36, p. 374. Pero parece más bien que la *inquisitio* era una prueba testifical, y no un procedimiento, descrita por el Grand Coutumier de Normandía, cap.68, en la que debían participar 24 personas que juraban no estar movidas por el odio hacia el acusado y eran oídas en presencia de éste último, lo que fue una gran diferencia respecto del proceso inquisitorio canónico que, para evitar posibles venganzas, ni siquiera daba los nombres de los testigos. Vid. ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Frankfurt am Main 1969, p. 53. La *inquisitio* aparecía bajo el nombre de *aprisia* en la Coutume de Beaumanoir 40. 1. 15. 16; en las ordenanzas del sur de Francia, como las de Cahors y Beaucaire, Aix en Provence y Toulouse se habla de *inquisitio secundum jura et terre consuetudinem*. Al respecto, TARDIF, A., *La procédure civile et criminelle aux XIIIème et XIVème siècles ou procédure de transition*, París 1885, 145 y nts. 3,4 y 5.

¹⁵ DE GIOVANNI, L., *Istituzioni Scienza Giuridica Codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, p. 181.

¹⁶ DE GIOVANNI, L., *Istituzioni...*, cit. p. 287.

disposiciones procesales fueron también dirigidas a proteger el interés espiritual común, la *salus animarum* y el bien de la Iglesia, que justificaron la intervención del juez eclesiástico *ex officio suo* para perseguir conductas no sólo delictivas sino también y sobre todo escandalosas, pues los *crimina occulta* se toleraron persiguiéndose sólo los *manifesta*, por cuanto conllevaban el peligro de la propagación en una concepción del delito como enfermedad y de la pena como remedio curativo y no vindicativo.

Esta línea de pensamiento se mantuvo hasta el Código Canónico de 1917, cuyo canon 1618 proclamaba: “*Iudex procedere potest in delictis et in iis quae publicum Ecclesiae bonum aut animarum salutem rescipiunt*”, y aunque matizada por el vigente de 1983 al exigir el canon 1452.1 la iniciación legítima de la causa (esto es por el promotor de justicia o por una parte), sigue subyacente por cuanto no sólo se concibe como un poder sino también como un deber del juez (“...*iudex procedere potest et debet*...”), al que además se le amplían las facultades inquisitivas respecto de la prueba en el párrafo siguiente.

Y éste es a mi modo de ver uno de los aspectos, que pueden cuestionar o cuando menos matizar la total racionalidad del proceso canónico y llevar a hablar con mayor propiedad de una racionalidad relativa, pues la *salus animarum* -comparable a la *salus principis* del derecho romano- sobre la que se asentó la tramitación inquisitorial canónica es un concepto metajurídico difuso o indeterminado¹⁷.

Ya en el seno del derecho canónico primitivo, y sobre la base de la función sacerdotal de mediación atribuida a toda la comunidad de creyentes¹⁸ proclamada en el Apocalipsis 1.6 “Y nos hizo reyes y sacerdotes para Dios, su padre...”; Santiago 5.16: “*Confesaos vuestros pecados unos a otros y orad unos por otros para que seáis sanados*”, estaba prevista la *charitativa admonitio* de un cristiano escandalizado por el mal comportamiento de otro, que si persistía en su conducta era apercibido ante testigos, luego ante la comunidad y finalmente denunciado ante la autoridad eclesiástica (Mateo 18.15-17) que, a su vez, debía advertir a ambos acerca de su posible responsabilidad en la pérdida de unión e integridad que sufriría la Iglesia, tal y como aparece en el documento cristiano del siglo III *Didascalia Apostolorum* 2.56.3¹⁹.

¹⁷ Al respecto BERTOLINO, R., *Il notorio nell, ordinamento giuridico della Chiesa*, Turín 1965, p. 68.

¹⁸ CHURRUCA, J., *Cristianismo y mundo romano*, Bilbao 1998, p. 108.

¹⁹ Texto citado por CREMADES UGARTE, I., «Derecho romano, comunidad cristiana y episcopalism audientia», en *SCDR* 8, 1996, p. 124.

Tales planteamientos disciplinares procedentes de la era cristiana más antigua fueron desarrollados en época medieval cuando proliferaron los concubinatos de cleros y las simonías –calificados por Huguccio de cuasi-herejías en la misma línea de Azón que hablaba de cuasi-sacrilegio a propósito de la sedición²⁰–, sintiéndose la imperiosa necesidad de que el juez eclesiástico pudiera actuar ante situaciones tan urgentes como graves con un mayor protagonismo que en la tramitación del proceso acusatorio ordinario: tal fue el sentido atribuido por los autores medievales al proceso *per officium iudicis* calificado de extraordinario, como puede leerse en el comentario de Bártolo a D.47.17.1: “*Uno modo extra ordinem audiendi sunt, hoc est per officium iudicis*” y a D.35.1.92: “*ibi quod ubi lex dicit extraordinarie subveniri, intelligitur officio iudicis...extraordinario iudicio id est officio iudicis*”.

3. LA DUALIDAD TRADICIÓN-PROGRESO EN LA DECRETAL *QUALITER ET QUANDO* (X.5.1.17)

En la Decretal *Qualiter et quando*²¹ de 1206 recogida en el *Liber Extra* 5.1.17 y confirmada en el Concilio de Letrán (X. 5.1.24)²² Inocencio III consideró los excesos notorios de súbditos y preladados como una auténtica enfermedad que debía combatirse con una medicina congruente y moderada (“...*contra morbum utrumque invenientes medicinam congruam...*”), basada en la caridad y no en el afán de venganza (“...*non ex*

²⁰ Cfr. SOLIDORO MARUOTTI, L., *Profili storici...*, cit. 16 nt. 26.

²¹ Las decretales manejadas en el presente artículo pertenecen a la colección gregoriana, realizada por S. Raimundo de Peñafort por encargo de Gregorio IX, en la que se ordenaron de forma sistemática las decretales que no estaban contenidas en el *Decretum Gratiani (extra decretum vacantes)*, introduciendo interpolaciones para evitar su anacronismo y con el objetivo de facilitar tanto la práctica forense como docente. Al respecto, vid. la útil síntesis de FRANSEN, G., *Les décrétales et les collections de décrétales*, Brepols-Turnhout, 1972.

²² “*Qualiter et quando debeat praelatus procedere ad inquirendum et puniendum subditorum excessus, ex auctoritatibus novi et veteris testamenti colligitur evidenter, ex quibus super hoc postea processerunt canonicae sanctiones....Et in Genesi Dominus ait “descendam et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint”. Ex quibus auctoritatibus manifeste probatur, quod non solum quum subditus, verum etiam, quum praelatus excedit, si per clamorem et famam excessus eius ad aures superiores pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis, nec semel tantum, sed saepe, quod clamor inuit et diffamatio manifestat, debet coram ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari, ut si rei poposcerit qualitas, canonica districtio culpam ferat delinquentis, non tamen sit idem actor et iudex, sed, quasi deferente fama vel denunciante clamore, officii sui debitum exsequatur*”. X. 5. 1. 24: “...*Verum ita voluerunt providere praelatis, ne criminentur iniuste, ut tamen caverent, ne delinquerent insolenter, contra morbum utrumque invenientes medicinam congruam, videlicet ut criminalis accusatio, quae ad diminutionem capitis, id est degradationem, intenditur...Contra quos, ut de notoriis excessibus taceatur, etsi tribus modis possit procedi, per accusationem videlicet, denunciationem et inquisitionem ipsorum...sicut accusationem legitima debet praecedere inscriptio, sic et denunciationem caritativa monitio, et inquisitionem clamosa insinuatio praevenire, illo semper adhibito moderamine, ut iuxta formam iudicii sententiae quoque forma dictetur*”.

odii...sed caritatis procedatur affectu”) pues tenía una doble finalidad: evitar el escándalo desestabilizador para la comunidad y reconducir al delincuente por el buen camino, al objeto de lograr su reinserción en ella.

Junto a la acusación precedida de inscripción y a la denuncia precedida de admonición caritativa que hemos citado antes, proclamó la vía de la inquisición precedida de clamorosa insinuación para reformar la Iglesia tanto en su cabeza visible como en sus miembros mediante la indagación de la mera y plena verdad (“...*in sua ecclesia reformanda tam in capite quam in membris, exceptis occultis criminis, meram et plenam dicant inquisitionis veritatem*”).

Del texto destacaré dos aspectos, el primero en su relación con el derecho romano y es que frente al escaso valor que se le había atribuido a la verdad material tanto en la tramitación civil *per formulas* como en las *quaestiones* penales centradas en la refutación dialéctica de las argumentaciones del contrario con el fin de provocar en el juez o en el jurado un convencimiento intuitivo de la veracidad de la posición defendida, en cambio en el seno de la *cognitio extra ordinem* se convirtió en el objetivo principal del juez²³: así en una constitución de Constantino del año 321, recogida en el C.3.1.9²⁴, que diseñó las competencias judiciales, se utilizó la expresión *plena inquisitio* para referir su total discrecionalidad en orden a obtener la información necesaria para descubrir la verdad; finalmente, en época justiniana al concebirla como norma divina por excelencia, el emperador le atribuyó un papel central exigiendo a los jueces, en una constitución del 530 contenida en C.3.1.14, el juramento sobre las Sagradas Escrituras de actuar conforme a *veritas et legum*.

El segundo aspecto que pertenece a la propia evolución intrínseca del derecho canónico sin ninguna referencia a otro ordenamiento jurídico es que la invocación al Antiguo Testamento, concretamente al Génesis 18.21 en el contexto de la intercesión de Abraham por Sodoma, respondía a la tendencia existente ya en los albores del siglo XIII a conjugar la tradición –cifrada en la interpretación de los textos bíblicos por los Padres de la Iglesia- y el progreso promovido por el pensamiento que reclamaba para sí la

²³ Uno de los logros de los canonistas medievales se cifró, precisamente, en separarse de la retórica y a diferencia de los glosadores que manejaron numerosos dictámenes clásicos que giraban en torno a discusiones dialécticas. Al respecto, CALASSO, F., *Medioevo del diritto*. I. *Le fonti*, Milán 1954, p. 557.

²⁴ “*Judices oportet in primis rei qualitatem plena inquisitione discutere, et tunc utranque partem saepius interrogare, nunquid novi addere desideret: cum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem, sive ad maiorem potestatem referenda est*”.

propia libertad de introducir cambios jurídicos²⁵, como el principio inquisitorio, que respondían a nuevas exigencias sociales no previstas, lógicamente, por el *ius vetus*.

4. *DELICTUM PUBLICUM EX EVIDENTIA O NOTORIUM Y DELICTUM PUBLICUM EX FAMA. CARACTERES DE LA NOTORIEDAD DEL DELITO EN LAS DECRETALES LICET HELI (X.5. 3. 31), INTER SOLLICITUDINES (X.5.34.10) Y X. 3. 2. 8 SU DESARROLLO DOCTRINAL POSTERIOR: ÁNGEL DE ARETINO Y ANTONIO DE BUTRIO*

El mismo fundamento evangélico e idéntica finalidad de indagar la verdad aparecían ya en la inquisición del delito de simonía prevista por la Decretal *Licet Heli* de 1199²⁶: si el prelado llegaba a tener conocimiento del delito por la reputación del delincuente o por la frecuente insinuación de los súbditos, debía en razón de su oficio descender y ver, salir e inquirir para llegar a la verdad, más allá del clamor para no dar crédito a las venganzas y siempre con moderación en la sentencia, que debía ser sólo persuasiva.

Si el condenado persistía en su comportamiento y la amenaza de la pena se mostraba inoperante frente a su contumacia, la violencia quedaba legitimada pero correspondía a la autoridad laica ejercerla conforme a la teología imperial cristiana-desarrollada a partir de Constantino y florecida con San Ambrosio y San Agustín- que veía en los emperadores romanos auténticos instrumentos providenciales de Dios²⁷, es decir que la Iglesia tenía el poder de imponer la pena pero el *ius puniendi* o potestad de aplicarla con un fin de redención correspondía a su brazo seglar: idea que ha persistido secularmente y que encontramos recogida en la Encíclica *Ecclesiam suam* de 1964 de Pablo VI²⁸.

²⁵ CALASSO, F., *Medioevo...*, cit. p. 567. La solución para tales cambios sociales no se encontraba en el *ius vetus*, esto es el *Decretum Gratiani*, y por eso tuvieron que pronunciarse los Papas -de manera similar a los emperadores romanos- tanto mediante respuestas a consultas hechas a Roma desde la periferia como a través de resoluciones judiciales de apelaciones que se les planteaban: esto explica el carácter causuístico y doctrinal de las decretales gregorianas, aun siendo vinculantes por apoyarse en la *auctoritas* papal -también de forma similar al *ius novum* romano sustentado en la *auctoritas principis*.

²⁶ "*Licet Heli... Contra quos, ut de notoriis excessibus taceatur, etsi tribus modis procedi possit, ...*" *Descendam, inquit Dominus, et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint*". *Tunc enim clamor pervenit ad praelatum, quum per publicam famam aut insinuationem frequentem subditorum sibi referuntur excessus, et tunc debet descendere et videre, id est mittere et inquirere, utrum clamorem, qui venit, veritas comitetur*".

²⁷ CHURRUCA, J., *Cristianismo...*, cit. p. 27.

²⁸ "Así nuestra misión, aunque es anuncio de verdad indiscutible y de salvación indispensable, no se presentará armada de coacción externa, sino que solamente por los caminos legítimos de la educación humana, de la persuasión interior, de la conversión ordinaria, ofrecerá su don de salvación respetando

Se observa en el texto de la Decretal inocentiana la influencia de su maestro Huguccio²⁹, obispo de Ferrara (entre 1190 y 1210) ciudad donde proliferaron las herejías por lo que fueron una de sus mayores preocupaciones tanto pastorales como jurídicas: vemos en la *Summa decretorum* 40, 6³⁰ cómo el *magister iuris* boloñés equiparaba los delitos de hurto, fornicación, simonía y concubinato de clérigos con la herejía a causa del escándalo que provocaban en la comunidad eclesiástica.

Destaca, por un lado, la insistente reiteración del maestro canonista en el adverbio *publice* que precede a cada delito subrayando que debía tratarse de delitos manifiestos y, por otro, la asimilación del ladrón sacrílego al hereje pues éste, al igual que Judas que no era un ladrón cualquiera pues robaba a Dios (Q. 4 c. 3 “.....*Judas erat fur non qualiscumque, sed sacrilegus, quia res Domini furabatur*” Ms.lat. del Vaticano 3892, fol.268, vº col.1)³¹ debía ser castigado con mayor severidad que un ladrón de bienes privados, remitiéndose a las penas previstas para el *crimen peculatus et de sacrilegiis et de residuis* (D. 48.13) y a los ya citados comentarios de Ulpiano sobre el *officium proconsulis* (D. 48.13.7)³² conforme al cual éste debía valorar las especiales circunstancias concurrentes como la persona, la naturaleza del bien sustraído, la edad y el sexo para endurecer o suavizar la pena (que oscilaba entre la exposición a las fieras, los trabajos forzados y la *deportatio in insulam*). De tal manera que, el canonista sobre la base de la *extraordinaria cognitio* romana destacaba el protagonismo del juez en el proceso inquisitorial.

Volviendo al texto de la decretal, me detendré en la frase “*descender y ver, llegar a la verdad más allá del clamor*” porque ilustra la aportación de Inocencio III a la jerarquía de las pruebas, a la distinción entre *evidentia rei* y *fama* –que hasta entonces se

siempre la libertad personal y civil”. En la misma línea, la Encíclica *Redemptor Hominis*, 4 de Juan Pablo II (1979).

²⁹ La influencia directa de Huguccio sobre Inocencio III ha sido cuestionada por MACERATINI, R. en su ponencia *Innocenzo III, il Concilio lateranense IV e lo status giuridico dell, eretico nella Glossa Ordinaria al Decreto di Graziano ed in quella di Accursio al Codex di Giustiniano*, que será publicada en las actas del citado Congreso en nt. 1: el citado autor prefiere hablar de una influencia indirecta por el hecho de haber frecuentado la escuela boloñesa y, por tanto, haberse empapado de los planteamientos del maestro con el que no habría tenido un contacto directo.

³⁰ “*Ergo autem credo quod idem sit de quolibet crimine notorio quod papa possit accusari et condemnari si admonitus non vult cessare. Quid enim? Ecce, publice furatur, publice fornicatur, publice committit simoniam, publice habet concubinam, publice eam cognoscit in ecclesia, iuxta vel super altare... Numquid sic scandalizare ecclesiam non est quasi heresim committere?*”.

³¹ Cfr. MAISONNEUVE, H., *Etudes sur les origines de l'inquisition*, 2ªed, París 1960, p. 83 y nt. 295.30

³² “*Sacrilegii poenam debebit proconsul pro qualitate personae proque rei condicione et temporis et aetatis et sexus vel severius vel clementius statuere...*”

habían alternado confusamente- y a la consiguiente elaboración del concepto de *delictum notorium facti*.

Con la citada frase se aludía a la percepción sensorial especialmente relevante en un siglo como el XIII caracterizado por su vuelta a Aristóteles, que consideraba la observación sensible como la fuente primordial en orden a obtener el conocimiento, y por ello fue también priorizada por el comentarista Bártolo en su tratado sobre la prueba testifical al afirmar que conforme a la naturaleza, lo que no existe para los sentidos no puede existir para el intelecto (*Tractatu de testibus* 4: “*secundum naturam nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*”), razón por la que los testigos debían explicar a través de cuál de ellos habían obtenido la información.

De todos los sentidos es claro que prima el de la vista, directamente relacionada con la certeza o *fides* en su acepción de confianza o fe que se deposita en algo o en alguien³³, de tal manera que ya en el Decreto de Graciano el hecho debía aparecer a los ojos de todos “*publice coram omnibus*”, expresión recogida por Inocencio III que habla de “*coram ecclesiae*”, aludiendo a aquello que por saltar a la vista resulta manifiesto o evidente para la comunidad de fieles.

Basándose en tal planteamiento, se pronunciarían canonistas posteriores como Angel de Aretino en su *Tractatus de maleficiis* del año 1578 en la rúbrica “*Quomodo de maleficio cognoscatur et quando crimen notorium est*” al decir en el párrafo 4 que el hecho notorio estaba a la vista de todos o de la mayoría y por ello no admitía tergiversación; en el párrafo siguiente exponía la discusión doctrinal acerca de si se necesitaba el conocimiento de todos los vecinos del lugar (“*...requiritur notitia totius vicinia*”), o si bastaba para la notoriedad el conocimiento de la mayoría (“*...alii dixerunt sufficere notitiam maioris partis vicinia*”) o si incluso sólo se requerían diez personas porque constituían un colegio (“*nam decem homines faciunt collegium*”).³⁴

Su coetáneo Antonio de Butrio en su *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii, tum caesaris iuris facultate iurisconsultorum* (1584) definía la notoriedad

³³ Sobre la equivalencia *fides-credo*, entendida como *fides* terciaria en palabras de LOMBARDI, L., me remito a mi artículo «Actos propios y buena fe. En torno a Papiniano 3 quaestionum D.50.17.25», en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti dell'Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese II*, Milán 2003, p. 275.

³⁴ Añadía que si el delito se cometía de noche no era notorio y esto recuerda la *endoploratio* exigida por el derecho romano arcaico para legitimar la autodefensa de la víctima de un *furtum manifestum nocturno* que con sus gritos conseguía que acudiera la totalidad o la mayoría de los vecinos para presenciar la comisión del delito.

como prueba indubitada y concluyente que no admitía discusión alguna “*probatio indubitata et finita nulla discussione egens*” porque al estar a la vista de todos o de la mayor parte, negarlo entrañaba frivolidad o una muestra patente de mala fe 2.51.3 “...*oculis omnium aut maioris partis ita se exhibetur, quod nulla tergiversatione negari potest...*”.

Por lo tanto, en la concepción canónica la *evidentia facti* al descansar en la percepción sensorial de la vista despierta en el juez una convicción o *certitudo moralis*³⁵ que no precisa del razonamiento, le infunde de una manera espontánea el conocimiento y por ello no necesita pruebas porque el delito no sólo es público sino que es notorio, esto es sabido de todos o de la mayoría y constatado por aquél en su reconocimiento al *salir e inquirir*.

Así pues, los tres elementos configuradores de la notoriedad del delito son la visibilidad, la inadmisibilidad de tergiversación y la participación de la colectividad, ya sea entera, mayoritaria o representativa que forma la *opinio veritatis* ya que el hecho es evidente e indiscutible para el tipo medio de hombre que pertenece a un mismo entorno socio-cultural y, por tanto, participa de una misma idea de verdad³⁶; comparable en el ámbito civil con el *bonus et diligens paterfamilias* cuyo comportamiento es el referente para configurar los deberes inherentes a la *fides bona*, de ahí que la negación del hecho notorio fuera considerado por la doctrina canonista como mala fe³⁷.

En la segunda parte de la frase que hemos destacado de la Decretal ¿Por qué Inocencio III hablaba de superar, rebasar o ir más allá del griterío como actuación *ex officio iudicis*?

Porque se trataba de diferenciar la notoriedad de otro grado de la prueba: la *fama* o reputación que encierra igualmente la idea de publicidad, pero estamos ante una

³⁵ El código napoleónico de 1808 instauró un proceso inquisitivo en el que se consagró el principio de la íntima convicción y configuró un proceso penal mixto recibido por numerosos ordenamientos jurídicos europeos, predominantemente inquisitivo en la fase instructoria, predominantemente acusatorio en la fase de debate y dominado en ambas fases por el citado principio. Al respecto GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Madrid 2004, p. 35 nt. 110 que recoge los planteamientos de Ferrajoli, L.

³⁶ Toda verdad es relativa a un determinado sistema de coordenadas histórico-culturales, BARTOLINO, R., *El notorio...*, cit. p. 81 nt. 9; en este mismo sentido FENECH, M., *El proceso penal*, 3ª ed., Madrid 1978 p. 97, definió la notoriedad como “aquella cualidad del hecho que le hace ser conocido publica y seguramente por pertenecer este conocimiento al tipo medio de hombre integrado en un círculo social, dotado de cierta cultura, que hay que presuponer necesariamente en el juzgador...”.

³⁷ Asimismo, cabría trazar una cierta correspondencia entre la *evidentia facti* del derecho canónico y los *facta concludentia* del derecho civil que dejan traslucir de forma indubitada para el prototipo de ciudadano medio la intención o voluntad de otro en orden a celebrar ciertos actos jurídicos, como por ejemplo la *pro herede gestio* interpretada como manifestación de la voluntad de adir la herencia.

publicidad incierta, difusa, anónima que ya no descansa en el sentido de la vista sino en el oído pues es un rumor, una “*vana vox populi*” en palabras de Bártolo, acogiendo así el sentido negativo que pronto había cobrado entre los romanos el término *fama* como manifestación humana colectiva que podía dañar a un hombre, reservando *existimatio* y *bonus nomen* a la honorabilidad y buena reputación.

Unos meses antes en la decretal *Inter sollicitudines* (X. 5.34.10)³⁸ Inocencio III había proclamado la facultad del juez eclesiástico *ex officio* suo de *inquirere* veritatem atendiendo a la *fama publica* en ausencia de acusador; y en una tercera decretal recogida en *Liber Extra* en el título dedicado al concubinato de clérigos (X.3.2.8)³⁹ el Papa había establecido con toda claridad la diferencia entre el *crimen notorium* o *publicum ex evidentia* que no necesitaba ni acusación ni testigos porque no cabía tergiversación (“*si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, in eo casu nec testis nec accusator est necessarius, quum huiusmodi crimen nulla possit tergiversatione celari*”) y el *crimen publicum ex fama* para cuya condena no bastaba la prueba documental sino que se requería la prueba testifical (“*...ex fama...ad condemnationem eorum sola testimonia non sufficiunt...*”) cuyo valor podía eliminarse exigiendo la *purgatio canonica* al clérigo que debía ser castigado si se negaba o se retrasaba en prestarla⁴⁰.

Los caracteres mencionados llevaron a los canonistas a considerar la fama como una prueba indirecta o semiplena que no puede provocar en el juez ninguna convicción apriorística sino que, mediante un procedimiento mental de engarce por su parte entre el

³⁸ “*Inter sollicitudines nostras ...licet contra eum nullus accusator legitimus appareret, ex officio tuo tamen, fama publica deferente, voluisti plenius inquirere veritatem. Attendentes autem vulgatam infamiam, grave scandalum, et vehementem suspicionem ex testium dictis obortam, quae contra eundem decanum facere videbantur, quum propter eorum quodlibet ei esset purgatio indicenda, et servandam...*”

³⁹ “*Nos igitur consultationi tuae taliter respondemus, quod, si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, in eo casu nec testis nec accusator est necessarius, quum huiusmodi crimen nulla possit tergiversatione celari. Si vero publicum est, non ex evidentia, sed ex fama: in eo casu ad condemnationem eorum sola testimonia non sufficiunt, quum non sit testimoniis, sed testibus iudicandum. Sed si de clericis ipsis talis habeatur suspicio, ut ex ea scandalum generetur in populo, licet contra ipsos non apparuerit accusator, eis tamen est canonica purgatio indicenda. Quam si praetare noluerint, vel defecerint in praestanda, eos canonica debetis animadversione punire*”.

⁴⁰ Este es otro de los aspectos que permiten cuestionar la completa racionalidad del proceso canónico, pues a pesar de las reticencias de la Iglesia a admitir el juramento éste ha persistido hasta el vigente Código Canónico que en su canon 1316.1 lo admite siempre que se preste “con verdad, con juicio y con justicia”.

medio probatorio y el delito que se quiere probar, puede llegar a intuirlo, es decir que por sí sola la fama únicamente lo sugiere⁴¹.

5. LAS CORRESPONDENCIAS ENTRE VERDAD (*OPINIO VERITATIS*) Y *FIDES* (*CERTITUDO MORALIS*), Y ENTRE VEROSIMILITUD Y *CREDULITAS* DEL JUEZ ECLESIAÍSTICO

He aquí otra de las reflexiones que me han suscitado los textos canónicos examinados: mientras la notoriedad lleva a la verdad, si no absoluta cuando menos relativa entendida como *opinio veritatis* antes mencionada, y genera en el juez la *fides* o confianza en lo que es verdad para todos, de ahí que su negación se considere artimaña dolosa o temeridad, en cambio la fama sólo puede conducir a la verosimilitud y provoca en el juez la *credulitas*⁴², es decir que lo cree cierto porque resulta verosímil, siguiendo la regla paulina de que “*en lo que resulta oscuro, suele admitirse lo que es más verosímil*”⁴³.

Verosimilitud y credibilidad proporcionadas por la inmediatez o contacto directo del juez con los hechos que encontramos en dos juristas romanos posclásicos que, por dirigirse a un público provincial, estuvieron especialmente interesados en los rescriptos imperiales que trataban cuestiones atinentes al procedimiento *extra ordinem*⁴⁴: por un lado, Calístrato (D.22.5.3.1)⁴⁵ refirió el parecer del emperador Adriano de que en el proceso penal el testimonio prestado por un hombre libre sin vacilaciones excluía el tormento de los esclavos y el recelo que debían suscitar los *testimonia*, esto es los documentos, porque no habían sido redactados delante del juez (idea como hemos visto recogida en la última decretal); por otro, Modestino 8 *regularum* (D. 22.5.2) proclamó

⁴¹ En ésta última basaría Montesquieu su crítica al proceso inquisitorio de la herejía pues, según él, no recaía directamente sobre los actos de un ciudadano, sino sobre la idea que se tenía de su carácter.

⁴² Según Plinio la *credulitas* era una cuasi persona que fue pintada por Aristofón en numerosos cuadros junto Príamo, Elena, Ulises, Deifobo y Dolo; cfr. FORCELLINI A., *Lexicon totius latinitatis* 5,4ª ed., voz «*credulitas*», Bolonia 1940, n. 431. Sobre la estrecha correspondencia entre *fama*, *credulitas* y *rumor* FORCELLINI, A., voz «*fama*», *Lexicon...*, cit. p. 600.

⁴³ Paulo 9 *ad edictum* D.50.17.114: “*In obscuris inspici solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet*”.

⁴⁴ Sobre la “provincialización” del Imperio a partir de Diocleciano y Constantino y la afirmación del nuevo procedimiento de sello imperial en el ámbito periférico vid. el extenso y muy documentado libro de BARBATI, S., *Studi sui iudices nel diritto romano tardo antico*, Milán 2012, p. 632 ss. Fenómeno similar al vivido por la Iglesia en los siglos XII y XIII en los que las decretales respondieron a iniciativas procedentes de la periferia, que permitieron a los Papas unificar y perfilar el derecho canónico; cfr. FRANSEN, G., *Les décrétales...*, cit. p. 13.

⁴⁵ Sobre este texto vid. LÉVY, J. PH., «*Dignitas, gravitas, auctoritas testium*», en *Studi in onore di Biondo Biondi II*, Milán 1965, p. 29.

como *regula iuris* que no debían ser admitidos como prueba los testigos que vacilaran en la exactitud de su testimonio.

Textos que ponen de relieve cómo, a pesar de estar presidida por el principio de la prueba tasada, se atribuyó al juez de la *cognitio extra ordinem* la valoración de aspectos tales como la espontaneidad y la coherencia de la declaración porque la hacían más verosímil y, por tanto, dejan traslucir la importancia atribuida al componente psicológico –encerrado en la expresión *animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris* empleada por Adriano respecto del juez romano y reproducida por Calístrato⁴⁶-en el que tanto insistirían más tarde los canonistas para fundamentar el convencimiento acerca de la comisión del delito⁴⁷.

La dificultad y oscuridad del concepto de notoriedad que, según Friedrich Stein⁴⁸, se vino arrastrando en la cultura jurídica europea durante seiscientos años, llevaron a los redactores del Código Canónico a suprimir, de entre los hechos que no necesitan prueba (canon 1526.2) -como son el *notorium praesumptionis* y el *notorium iuris*- el *notorium facti* -que sí era recogido por el anterior Código (canon 1747.1)-, por cuanto en ocasiones resulta de gran complejidad trazar la frontera entre lo evidente y lo público, entre lo verdadero y lo verosímil, entre la certeza y la verdad.

⁴⁶ D. 22.5.3.2: “*Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fides. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*”. Sobre los tres textos jurisprudenciales citados vid. la interesante exégesis propuesta por ZILETTI, U., «Sul valore probatorio della testimonianza nella cognitio extra ordinem», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 29, 1963, p. 132 ss.

⁴⁷ Del mismo modo que, como hemos visto, en el proceso romano-canónico persistió la dualidad *accusatio-inquisitio*, la prueba reglada fue matizada por el protagonismo conferido al juez que gozaba de libertad de movimientos para valorar conforme a su conciencia (“*animo suo*” de la decretal *Licet Heli*), recordando ese *animi tui aestimare oportere* el *ex fide bona oportere* de las acciones civiles de buena fe en orden a valorar conforme a la equidad. Tal y como afirma LÉVY, J. PH., *Diachroniques. Essai sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*, París 1995, p. 35, nt. 6, la prueba reglada se corresponde con la ley, mientras que la íntima convicción puede aproximarse a la equidad. Todavía el canon 1608.3 del Código canónico proclama la valoración de las pruebas según la conciencia del juez con carácter general y recurre a la regla de la prueba tasada en orden a la eficacia que debe atribuir *ex lege* a algunas de ellas, lo que a mi modo de ver supone primar el componente volitivo de la sentencia sobre el lógico-racional de subsunción de los hechos dentro de la norma. Sobre los dos componentes vid. MORENO, J. D., *El juez ante la ley*, Madrid 2011, pp. 19-20 y 48.

⁴⁸ STEIN, F., *El conocimiento privado del juez*, trad. esp. DE LA OLIVA SANTOS, A., Madrid 1990, p. 5 nt.9 donde cita la voz *notorium* de un Vocabulario jurídico de 1508 en el que se refiere cómo Antonio de Butrio, al que hemos citado, decía que muchos habían hablado acerca del notorio, pero que ignoraban su significado: “...*materia notorii, quae es ita intricata quod dicunt Joannes de Lignano et dominus Antonius de Butrio quod multi loquuntur de notorio, quid sit notorium ignorantes*”.

No obstante, en mi opinión, persiste la dualidad *evidentia-fama* que he venido analizando en el actual canon 1717.1⁴⁹ que basa la investigación previa del juez o de persona idónea en la primera fase del proceso penal en la noticia verosímil del delito (“*Quoties Ordinarius notitiam, saltem veri similem, habet de delicto, caute inquirat...*”) a causa del rumor existente en la comunidad, mientras que excluye la necesidad de tal investigación cuando la notoriedad del hecho hace que tal investigación resulte superflua (“*...nisi haec omnino superflua videatur*”).

⁴⁹ “*Quoties Ordinarius notitiam, saltem veri similem, habet de delicto, caute inquirat, per se vel per aliam idoneam personam, circa facta et circumstantias et circa imputabilitatem, nisi haec inquisitio omnino superflua videatur*”.