

LA JUSTICIA EN LA EDAD MEDIA: LA PERVIVENCIA DE LOS PRINCIPIOS INQUISITIVOS Y DE LIBRE APORTACIÓN DE PRUEBA*

(JUSTICE IN THE MIDDLE AGES: THE SURVIVAL OF INQUISITORIAL
PRINCIPLES AND FREE PRODUCTION OF EVIDENCE PRINCIPLES)

Fecha de recepción: 15 octubre 2017 / Fecha de aceptación: 19 noviembre 2017

José Miguel Piquer Marí
Universidad de Valencia
jomipima@uv.es

Resumen: El objeto de estudio es el estudio pervivencia de los principios que rigen la carga de la prueba, y el modo en que lo hacen, en derecho romano clásico y postclásico en el derecho español; en concreto, el inquisitivo en el Derecho visigodo (Edicto de Eurico, Breviario de Alarico y la Lex Visigothorum) y el principio de libre aportación, desde un punto de vista estructural, en la fuente valenciana medieval: los Fueros.

Palabras clave: derecho romano-*onus probandi*-principio inquisitivo-libre aportación de prueba-derecho visigodo-furs.

Abstract: The object of this study is the survival of the principles that govern the *onus probandi* and the way they do it in classical and post-classical Roman law and in Spanish law; in particular, the inquisitorial principle in Visigothic law (Edict of Euric, Breviary of Alaric and Lex Visigothorum) and the principle of free production of evidence, from a structural point of view, in the medieval Valencian source: els Furs.

Keywords: Roman law-*onus probandi*-inquisitorial principle-free production of evidence-visigothic law-furs.

* El actual trabajo es el resultado de la comunicación presentada en el Congreso de Murcia, al que responden estas actas. En el aportamos los resultados de una investigación anterior sobre la carga de la prueba en las fuentes legislativas visigodas, BERNAD, L.-PIQUER, J.M., «La búsqueda de la verdad procesal: un estudio sobre la pervivencia del principio inquisitivo romano en las fuentes legislativas visigóticas», en *Glossae*, 12 (2015). y, a su vez, fue el germen de otro trabajo posterior, más amplio, presentado para el último número de la revista GLOSSE (2017), pendiente de publicación, titulado: *Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios conformadores del principio de libre aportación de prueba en derecho romano en los Furs y en Las Costums de Tortosa*.

1. INTRODUCCIÓN

Una parte de los años que llevamos en la investigación del Derecho Romano se lo hemos dedicado al estudio de la carga de la prueba en el período clásico en donde hemos intentado desentrañar, de una forma dogmática, los criterios ordenadores de la carga de la prueba que íbamos encontrando en las respuestas de los juristas clásicos, cuáles son los criterios de distribución, por qué esos criterios y no otros, qué común denominador puede subyacer en la red de criterios que conformar el *onus probandi*, así como el fundamento de tales criterios. A estas preguntas intentamos dar respuesta en un trabajo publicado en el 2006 bajo el título, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica (Exégesis de D.22.3)*.

Tras esta publicación, nos hemos visto impelidos a completar un poco más la tradición histórica sobre la carga de la prueba tanto por lo que se refiere a la posible pervivencia del principio inquisitivo como el de libre aportación, constando la existencia de ambos principios en la historia del derecho medieval español.

Desde este punto, retomamos de nuevo la cuestión del *onus probandi* a raíz de la celebración del congreso celebrado por la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III de la Universidad Pontificia Lateranense de Roma, a través del Instituto Utriusque Iuris, y la Universidad Católica de Murcia, en el *Congreso Internacional Justicia, misericordia y derecho (Justice, mercy and law)*.

Para este congreso profundizamos en los principios romanísticos de libre aportación e inquisitivo y su recepción en fuentes visigodas y valencianas. Por esta razón, el trabajo que presentamos pretende ensartar los resultados de los estudios que, en cierto modo, sirven para construir una parte histórica del ordenamiento jurídico español¹.

¹ De nuevo, sobre esta cuestión, pendiente de publicación en GLOSSAE (2017), hemos realizado un trabajo titulado *Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios con-formadores del principio libre aportación de prueba en derecho romano en los Furs y en las Costums de Tortosa*, ampliando el espectro de la investigación a la fuente tortosina.

El material objeto de estudio es principalmente legislativo, pues a excepción de la referencia a las fuentes romanas clásicas y una puntual a la doctrina medieval, dejamos para otro estudio los círculos práctico y doctrinal del estudio jurídico.

Al abordar este objetivo con las fuentes antes mencionadas, y siempre con las prevenciones propias que exige un análisis más detallado y ampliado a los círculos que acabamos de apuntar, hemos constatado la existencia de dos tradiciones distintas procedentes del derecho romano: por un lado, una tradición que proviene del derecho clásico, que alimenta a *los Furs* y en las que el principio prevalente es el principio de libre aportación de prueba; por otra parte, la pervivencia del principio inquisitivo en el Código Teodosiano y en las fuentes visigodas.

Por lo que al principio de libre aportación de prueba se refiere, la descripción de las fuentes permite colocarlas en un mismo plano para comprobar las similitudes y diferencias textuales entre ambas. Sin embargo, la descripción exige encontrar una relación de sentido interpretativo entre las distintas fuentes que permita explicar la selección normativa por parte del legislador valenciano, su esencial coincidencia textual con las fuentes romanas, especialmente el *Codex*, así como sus posibles divergencias.

Dice Antonio Fernández de Buján², “la prueba versa, en principio, sobre los hechos alegados...La carga de la prueba se rige por el principio de quien alega un hecho, actor o demandado, o en relación con las afirmaciones realizadas en la *intentio*, *exceptio*, *replicatio*, etc., o aducidas en el curso del debate, debe proceder a su prueba”; se recoge, de este modo, el criterio neurálgico de la aportación de prueba: el criterio objetivo en la prueba de los hechos.

Este criterio nos dio pie a profundizar en la estructura del *onus probandi*, de tal forma que llegábamos a la conclusión de que, sobre la base de la casuística, podíamos observar la existencia de unos principios conforme a los cuales se distribuía la carga de la prueba; unos principios o reglas de los que, a su vez, podían

² FERNANDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 10 ed. Madrid 2017, p. 137.

sustraerse otros criterios generales (subjetivo, material y de prelación) que podrían configurar una especie de estructura jurídica³ de carácter genético que regiría la aportación libre de prueba⁴.

Es en estos criterios donde hemos creído encontrar la esencialidad que subyace en los principios rectores del *onus probandi*, que, a modo de criterios dogmáticos, subyazcan en los cuerpos normativos medievales posteriores de tradición romanística al conformar una especie de estructura jurídica que genéticamente pueda explicar la existencia de estructuras similares en ordenamientos como *los Furs*. En otras palabras, la recepción en *Los Furs* y la selección normativa nos permitirá constatar, más allá de la casuística, tanto la existencia de una estructura que conforman los criterios del *onus probandi* en Derecho Romano como su recepción en *los Furs*.

Intentado rastrear la posible pervivencia del principio inquisitivo en el derecho medieval español, no ocurre lo mismo entre las fuentes postclásicas y visigodas, dada la continuidad temporal entre el período postclásico y el visigodo.

³ VIET, J., *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales* (traducción de Manuel Lamana), Buenos Aires 1970, pp. 8 y ss.; 11 y ss. MONTORO, A., *Análisis estructural y conocimiento jurídico*, Murcia 1982, p. 33 quien sintetiza las fases del método estructuralista en: 1) La observación y descripción de los fenómenos y de las relaciones sociales; 2) La fase interpretativa y de construcción en la que, a través de la comparación de los datos obtenidos por medio de la experiencia, se llega al esbozo y articulación de los modelos que permiten llegar al conocimiento de las estructuras, y con ello, al descubrimiento de las leyes sintácticas que rigen los fenómenos de la experiencia, a la explicación de las transformaciones que se dan en el seno del sistema de cada estructura, lo que pone en evidencia el carácter formal de la metodología. LEGAZ LACAMBRA, L., «Estructuralismo en el derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, pp. 34-36 (1969), da una visión más completa y compleja del fenómeno estructuralista aplicado al mundo del derecho, pues, no sólo parte ya del estructuralismo genético, sino que el estructuralismo es estructura de la vida social; por tanto, configurado estructuralmente por el plano normativo, social e ideológico.

⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, 19 ed., Pamplona 2016, p. 47. El romanista español apela a la naturaleza bifronte de la ciencia romanística; una ciencia histórica y jurídica en la que se equilibran ambos ámbitos del saber. Una idea que compartimos y a la que añadimos la necesidad de que, epistemológicamente, esté atravesada por diversas ciencias que permitan también el esclarecimiento del derecho romano. En este caso, acercándonos tangencialmente al estructuralismo.

2. LA TRADICIÓN DEL PRINCIPIO INQUISITIVO EN LAS FUENTES LEGISLATIVAS VISIGODAS.

La constatación de la efectiva recepción legislativa del principio inquisitivo la rastreamos en el sustrato legislativo visigodo, empezando por el Edicto⁵ de Eurico, dado que, no sólo es el primer texto jurídico amplio de derecho visigótico, sino que parece que en él se produce un cambio de criterios en la atribución de la carga de la prueba, separándose del tradicional principio del Derecho Germánico por el cual su carga y objeto incumbe generalmente⁶ al demandado⁷.

⁵ Seguimos en este punto la teoría de D'ORS, A., *Estudios visigóticos II. El código de Eurico*, Madrid 1960, p. 3 acerca de la naturaleza edictal y no de código que tradicionalmente se le ha atribuido. A la obra de Eurico hace referencia San Isidoro de Sevilla en el fragmento 35 de su *Historia Gothorum*: “*Sub hoc rege [Eurico] Gothi Legum instituta scriptis habere coeperunt, nam antea tantum moribus et consuetudine habebantur*” (ed. Mommsen, *Chron. Minora II* 282y 288)

⁶ BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del derecho germánico*, Barcelona 1936, p. 25, pues nt.1 “por qué fuera esto sólo lo regular y se dieran junto a ello excepciones, es cuestión que se ha intentado explicar recientemente admitiendo que viene a la prueba la parte cuya producción lleva en sí la mayor probabilidad”. Más contundente se muestra OBARRIO, J.A., «El *ius commune* y sus vías de recepción», *RGDR*, 20 (2013), p. 50 “*el procedimiento alto-medieval, siguiendo los principios del ordenamiento germánico, atribuyó la carga de la prueba al demandado por entender, como afirma Bethmann-Hollweg, que sólo éste era quien podía conocer la certeza de los hechos debatidos, diferenciándose, así, del actor, el cual se movía dentro de la sospecha o de supuestos indicios. En virtud de este razonamiento, la prueba no se concebía como una carga, sino como un derecho, como un ius probandi frente al demandante, permitiéndole eludir los peligros de las pruebas ordálicas o subjetivas*”.

⁷ Este principio parece que ser comúnmente aceptado por la doctrina, véase BENEYTO, J., *Instituciones de derecho histórico español*, III, Barcelona 1931, p. 285 quien cita el Edicto de Rotario 9-245-364-365 y Gloss. Ad Roth.151 en *Momumenta Germaniae Historica IV*, Hannover 1965, ed. G. Pertz; CALASSO, F., *Medio evo del diritto*, Milano 1954, p. 133-134 quien de un modo expresivo dice que “*specchio fedele di tutte le caratteristiche essenziali del sistema giuridico germanico barbarico, il proceso*”; LÓPEZ ORTIZ, J., «El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica», en *AHDE*, 14 (1942-1943). En contra CHECCINI, A., «L'ordinamento processuale romano nell'alto medioevo», en *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*, I, Pavia 1934 pp. 246-275 en especial p. 257 (*Scritti Giuridici e Storico-Giuridici*), pp. 229-252, en especial p. 238; COING, H., *Derecho Privado Europeo*, I, Madrid 1996, pp.179 y 180; BETHMANN-HOLLWEG, M.A., *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in gerichtliche Entwicklung*, Bonn 1864-1874, IV, pp. 502 y ss; más recientemente, PETIT, C., *Iustitia Gothica*, Huelva 2000, p. 261: “*También romana se presenta la preferencia visigoda por la prueba del actor (Klägerischer Beweis), cuya indiscutible vigencia en el Liber como criterio de atribución del onus probandi sirve para apartar su derecho de los ordenamientos germánicos, en que la acusación desemboca siempre en el pago de composiciones o en el juramento purgatorio del demandado*”.

LEVY, J.PH., «Le problème de la preuve dans le savants du Moyen Age», en *Recueils de la Société Jean Bodin* 17 (1962), p. 140, donde señala que los derechos bárbaros imponen al acusado la prueba de su inocencia, siendo esta una prueba de orden negativo, ya que el acusado a de probar que no ha cometido el delito de que se le acusa.

Las fuentes parecen poder interpretarse en este sentido.

El edicto de Eurico - En la fuente tolosana no apreciamos una palmaria recepción del principio inquisitivo dada la escasez del número de disposiciones, por lo que, probablemente el legislador visigodo no tuvo necesidad de regular *ex novo* esta cuestión, dejando que el sistema preexistente se mantuviese.

Sin embargo, creemos poder encontrar ya una manifestación del principio inquisitivo en el Fr. 9, reconstruido a partir de la Lex Baiouaiorum (9.17) y del Liber Iudiciorum (2.1.23).

Fr. 9. *Iudex causam bene cognoscat⁸ et prius veraciter inquirat, ut eum veritas latere non possit nec facile ad sacramenta veniatur. In his vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam probationem discussio iudicantis invenerit.*

En el fragmento en cuestión se dispone que el juez debe investigar la verdad para conocer bien la causa, razón por la cual no ha de avenirse, sin más, al juramento, que es un recurso a utilizar en defecto de prueba.

De ello podemos inferir que la inquisición verazmente realizada se orienta al conocimiento de la verdad de la causa, de tal modo que no se esconda nada ni se avengan fácilmente al juramento; de este modo, queda desplazado a un segundo término como prueba no-racional a la que se acude en defecto de prueba y en contra de lo que era típico en el derecho germánico.

Nos hallamos ante un proceso probatorio racional, por tanto, de superación de las pruebas no-racionales, las cuales, si bien parece que forman parte de la identidad del proceso germánico, pasan a ocupar un segundo lugar⁹.

⁸ LEMOSSE, M., *Cognitio*, Paris 1994, pp. 132-133 sobre la antigüedad y sentido del término cognoscere: “*signifie rendre compte, inspector, enquêter, ce verbe désigne l’operation qui consiste à percevoir la réalité afin de pouvoir résoudre una contestation*”.

⁹ Tal como señala PETIT, *Iustitia Ghotica*, p. 252, en esta fase, junto a la prueba racional típica del proceso romano, aún se mantiene el recurso a medios no-racionales de determinación de la verdad, como consecuencia de la “*inviabilidad de un derecho del rey excluyente de la realidad feudal*” y “*tan incontrolados por las instancias oficiales como contrarios a la sustancia de aquel derecho*”.

Observamos que el juez asume un poder directorio y, por tanto, asunción de poder por parte de los elementos institucionales frente a los nobles y, con ello, se va en contra de la práctica habitual del proceso germano en el que las partes tienen atribuidas mayores facultades en detrimento del juez¹⁰.

Por tanto, la orientación procesal en materia de *onus probandi* como las facultades del juez se orientan hacia la investigación de la verdad.

En este caso, no sólo resulta evidente la introducción del principio inquisitivo sino también la orientación y el fundamento que éste tiene en la búsqueda de la verdad; todo ello, en un contexto en el que se produce un cambio en el modelo judicial tendente a que el rey sea “el custodio supremo de la justicia, tanto pública como privada” y, con ello, hacia la centralización de la actividad jurisdiccional en un cuerpo público de jueces.

El Breviario de Alarico.- En el BA, fuente romanizada que bebe del teodosiano, observamos que se recoge el principio inquisitivo y el de aportación de parte, que sirve para completar el sistema probatorio.

La *interpretatio* de C.Th.2.18.1:

INTERPRETATIO. Iudex quum causam audire coeperit, litigatorum assertiones vel responsiones patienter accipiat et omnia plena discussione perquirat. nec prius litigantibus sua sententia velit obviare, nisi quando ipsi peractis omnibus, iam nihil amplius in contentione habuerint, quod proponant: et tam diu actio ventiletur, quousque rei veritas invenitur. frequenter interrogari oportet, ne aliquid praetermissum fortasse remaneat: quia si apud ipsum finienda causa est, totum debet agnoscere. sin vero ita res exigit, ut ad principis notitiam deferatur, plena discussis omnibus data relatione debet esse suggestio etc.

En ella se refiere a *iudex-perquirat* y con ello al carácter director del juez, a quien le corresponde escuchar con paciencia las afirmaciones y contestaciones de las partes e inquirir/investigar toda la discusión. A partir de las afirmaciones, se le

¹⁰ CALASSO, *Medioevo*, p. 134.

atribuyen al juez facultades interrogatorias para que investigue y alcance una solución a la cuestión.

La razón es clara: *quousque rei veritas invenitur*, es decir, debe ventilarse la acción y la cuestión hasta que se descubra la verdad. Para conseguir ese objetivo, se le dan facultades interrogatorias, dado que su actividad y la solución final exige un pleno conocimiento, pudiendo remitirse al Príncipe en caso de que la cuestión lo exija.

En el BA. no dejamos de observar la existencia del principio de aportación de parte, pues, a modo de ejemplo, en C.Th.2.19.2¹¹ se afirma que el juez debe inquirir si la actuación del hijo contra la madre por la cuestión testamentaria se realiza con el fin de perjudicar. Para ello, se faculta al juez a que haga las averiguaciones necesarias y así evitar el daño a la madre. Por lo que a la *interpretatio* se refiere, nos encontramos ante una aparente interpretación que completa a la anterior, ya que se refiere a la actividad probatoria que es exigible a las partes.

De todo lo antedicho respecto al B.A., podemos concluir sucintamente que:

- 1) El juez queda facultado para buscar pruebas.
- 2) Esta facultad se tiene con el fin de dirigir ordenadamente el proceso y evitar los altercados o desórdenes en la práctica de prueba.
- 3) En esta facultad subyace la protección a las partes, a las que un proceso desordenado no beneficia.
- 4) Existe una búsqueda de la verdad.
- 5) El Breviario muestra un sistema probatorio en el que se combinan el principio inquisitivo y el de aportación de parte, el cual tiene más importancia que en la legislación anterior.

¹¹ Véase también C. Th. 2.28.1=Brev.2.18.1, C.Th. 11.39.7=Brev.11.14.7 y C.Th.11.39.12=11.14.6.

6) Este último principio exige a las partes pruebas de aquello que afirman y responden a su vez de la idoneidad de las mismas (búsqueda de verdad) y se establece otro principio relacionado con el de aportación de parte: que la posición del demandado, al menos en materia de derechos reales, es más ventajosa que la del demandante, pues genera una situación de apariencia que sólo se rompe mediante el orden probatorio.

La Lex Visigothorum. - Es en el texto legislativo visigodo toledano donde nos encontramos una mayor muestra del principio inquisitivo.

LV 2.1.23: *Rec. XXI Antiqua. Quid primo iudex observare debeat, ut causam bene cognoscat. Iudex, ut bene causam agnoscat, primum testes interroget, deinde iscripturas requirat, ut veritas possit certius inveniri, ne ad sacramentum facile veniatur. Hoc enim iustitiae potius indagatio vera commendat, ut scripture ex omnibus intercurrent et iurandi necessitas sese omino suspendat. In is vero causis sacramenta prestentur, in quibus nullam scripturam vel probationem seu certa indicia veritatis discussio iudicantis invenerit.*

Este fragmento de las *antiquae* se sitúa bajo la expresiva rúbrica *quid primo iudex observare debeat, ut causam bene cognoscat* en la que se alude de forma explícita a aquello que el juez debe tener en cuenta a fin de que pueda conocer la causa que se tramita ante él.

Estructuralmente, el fragmento consta de dos partes: la primera, *Iudex-invenerit*, recoge la disposición de Recesvinto; la segunda, *in quibus-consistat*, recoge la revisión de Ervigio.

Por su contenido, en la primera parte se advierte que se trata de una disposición dirigida a los jueces, como directores del procedimiento, con el fin de que conozcan la causa. Esto es, que tengan un suficiente conocimiento de las circunstancias del caso sobre el cual se han de pronunciar: *ut veritas possit certius inveniri*, lo que exige atribuir al juez un papel activo en el discernimiento de la causa.

En el texto de Recesvinto podemos apreciar cómo la verdad y su búsqueda adquieren un papel esencial en el proceso, pues sólo a través de ella se podría realizar la justicia, de modo que esta exigencia oficial se convierte en una función del juez.

Según Petit¹², se trata de una verdad que se discute racionalmente entre los hombres sobre quienes Dios despliega su eficacia, convirtiéndose en una cuestión de fe que pretende ser el reflejo humano de la verdad divina, o sea, de la *Veritas* trascendente. Esta relación entre fe y verdad se prescribe también en el IV Concilio de Toledo del 633 (LXIV: *nec eis esse credendum qui veritatis a se fidem abiiciunt*). Así mismo, Osaba¹³, señala como un importante rasgo de esta legislación “la acentuación del carácter teocrático de la legislación sobre todo a partir de Recesvinto. Con este monarca se profundiza, efectivamente, la fusión de las leyes con los preceptos cristianos y se presta una mayor atención a los padres de la Iglesia y la Biblia”.

Pasamos a otra de las disposiciones *antiquae*, quizás de origen leovigildiano:

LV. 2.4.2. *Recc. Erv. Antiqua Quod testibus sine sacramento credi non possit; et si utraque pars proferat testem, qui debeat credi; et si vera testificari neglexerit testis. Iudex, causa finita et sacramentum secundum leges sicut ipse ordinaverit a testibus dato, iudicium emittat; quia testes sine sacramento testimonium peribere non possunt. Quod si ab utraque parte testimonia equaliter proferantur, discussa prius veritate verborum quibus magis debeat credi, iudicis extimavit electio...*¹⁴.

¹² PETIT, *Iustitia Gothica*, p. 432.

¹³ OSABA, E., «El senadoconsulto Claudiano en la lex Visigothorum», en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León 1997, p. 270.

¹⁴ *Recc. Erv. 2.4.2 Antiqua Quod testibus sine sacramento credi non possit; et si utraque pars proferat testem, qui debeat credi; et si vera testificari neglexerit testis.*

Iudex, causa finita et sacramentum secundum leges sicut ipse ordinaverit a testibus dato, iudicium emittat; quia testes sine sacramento testimonium peribere non possunt. Quod si ab utraque parte testimonia equaliter proferantur, discussa prius veritate verborum quibus magis debeat credi, iudicis extimavit electio. Certe si admonitus quisquam a iudice de re, quam novit testimonium peribere noluerit, aut si nescire se dixerit, id ipsum etiam iurare distulerit et per gratiam aut per venalitem vera subpresserit: si nobilis fuerit, testimonium postea in nullo iudicio dicere permitatur, nec testimonium ipsius requipiatulterius. Quod si licet ingenue minoris tamen fuerint dignitatis persone et testimonium careant et C. flagella infamati suscipiant; quia non minor reatus est vera subprimere quam falsa confingere.

Esta disposición sirve para completar la anterior pues, en su primera parte (*Iudex-possunt*), establece que se exija a los testigos que ratifiquen su testimonio mediante juramento. En la segunda parte de la disposición -*Quod-electio* [...]- se alude al valor de los testimonios aportados como pruebas por los legitimados en el proceso, señalando un orden de prelación de prueba, de tal modo que el juez inquiera libremente la verdad de las palabras en caso de ser iguales.

Por último, debemos traer a colación, al menos desde un punto de vista informativo, la modificación que a 2.1.23 realiza Ervigio en la que sencillamente se observa un añadido casi aclaratorio en el que afirma que es potestad del juez acudir al juramento. Según Petit¹⁵, esta disposición de Ervigio vendría a demostrar la erosión del juramento purgatorio y, con ello, de uno de los elementos más importantes del derecho procesal germánico.

Según Petit¹⁶, la mayor regulación procesal la encontramos en el s. VII, concretamente con Chindasvinto, y ello obedece a la voluntad de institucionalizar el poder real frente al poder de los nobles.

Así:

LV 2.1.25. *Recc. Erv. XXIII Flavius Chindasvintus Rex. Iudex, qualiter faciat iudicatu...Si vero, hordinante iudice, una pars testes adduxerit, et dum oportuerit eorum testimonium debere recipio, pars altera de iudicio se absque iudicis consultu subtraxerit, liceat iudici prolatos testes accipere, et quod ipsi testimonio suo firmaverint, illi, qui eos protulit, sua instantia consignare...*

A mitad de la disposición se dice: *Si vero, hordinante iudice* [...] lo que hemos de interpretar como una clara referencia a las facultades jurisdiccionales por las que el juez exige o puede exigir algo a las partes, en concreto, se refiere a la aportación de pruebas testificales.

¹⁵ PETIT, *Iustitia Gothica*, p. 299.

¹⁶ PETIT, *Iustitia Gothica*, p. 78,79.

De ello podemos deducir no sólo la facultad jurisdiccional del juez, sino que ésta tiene como objeto la petición de prueba a las partes, con independencia de su posición procesal y, por tanto, como una manifestación del principio inquisitivo.

De nuevo, Chindasvinto en:

LV 2.2.5: *Recc. Erv. V Flavius Chindasvindus rex. Quod ab utraque causantium parte sit probatio requirenda. Quotiens causa auditur, probatio quidem ab utraque parte, hoc est tam a petente quam ab eo, qui petitur, debet inquiri, et que magis recipi debeat, iudicem discernere competenter oportet. Tamen si per probationem rei veritas investigare nequiverit, tunc ille, qui pulsatur, sacramentis se expiet, rem, vel si quid ab eo requiritur, neque habuisse neque habere nec aliquid de causa, unde interrogatur se conscium esse vel quidquam inde in veritate scire nec id, quod dicitur, el illi parti qui dicitur, commisisse; et postquam ita iuraverit qui pulsatus es, quinque solidos ille, qui pulsavit, ei cogatur exolvere.*

Se afirma que el juez debe solicitar prueba al demandante y al demandado – *quotiens causa auditur, probatio quidem ab utraque parte, hoc est tam a petente quam ab eo, qui petitur, debet inquiri*- siendo al mismo juez a quien le corresponde discernir y valorar las pruebas –*et que magis recipi debeat, iudicem discernere competenter oportet*-

La potestad que se le atribuye al juez tiene como fin la búsqueda de la verdad mediante las pruebas, tal como se deduce del propio tenor de la disposición al afirmar: *Tamen si per probationem rei veritas investigare nequiverit*¹⁷.

De esta disposición, en la parte que a nosotros nos interesa, se deduce no sólo la facultad del juez de pedir pruebas, sino que ésta se hace efectiva indistintamente tanto en el demandante como en el demandado. La potestad valorativa del juez no es

¹⁷ Otra disposición interesante es 2.4.3 en la que se prescribe: *Recc. Erv. III Flavius Chindasvindus rex. De investiganda iustitia, si aliud locuatur testis, aliud scriptura. Quotiens aliud testis loquitur, quam ea scriptura continet, in qua ipse suscripsisse dinoscitur, quamvis contra scripture textum diversa verborum sit a testibus impugnatio sciprture tamen potius constat esse credendum...* De este fragmento nos interesa la afirmación de la que se deduce el criterio de prueba tasada que se uniría al principio inquisitivo. Esta disposición establece que si aquello que diga un testigo se contiene un documento escrito, prevelece frente a las palabras de otro testigo que impugne dicho documento.

sólo una facultad dispositiva, sino que es prescriptiva *-oportet-* y tiene como fin la búsqueda de la verdad.

LV. 12.1.1: *Recc. Erv. I Flavius Chindasvindus rex. De conmonitione principis, qua iubetur, ut iudicium temperent iudices. Qui necessariam culpam hominum severitatem disponimus, convenit, ut Deo pacita remedia miseris intendamus. Obtestamur itaque iudices omnes cunctosque, quibus iudicandi concessa potestas est, teste virtutum omnipotente Deo, conmonemus ad investigandam quidem rei veritatem in causis omnibus sollerter existere et absque personarum acceptione negotiorum omnium contentiones examinare, circa victas tamen personas ac presertim paupertate depressas severitatem legis aliquantulum temperare. Nam si in totum iudicii proprietatem adtenditur, misericordie procul dubio mansuetudo deseritur...*

Chidasvinto, según se deduce de 12.1.1, dispone que el juez actúe como representante del poder público y le concede la potestad *-concessa potestas est-* para investigar y alcanzar la verdad *-ad investigandam quidem rei veritatem-*, a lo que se le conmina en todo tipo de causas disputadas sin que exista excepción alguna por razón de la persona o condición personal *-in causis omnibus sollerte (hábilmente) existere et absque (sin excepción) personarum acceptione negotiorum omnium contentiones examinare-*.

Entendemos que el monarca visigodo pone de relieve el elemento público como elemento fundamental y legitimador de la actuación del juez, así como el fundamento que justifica el poder que se le otorga para utilizar los medios de los que dispone y así, en cada proceso, llegar a discernir la verdad; hecho que, indefectiblemente, le llevará a dictar una sentencia justa.

Con lo expuesto hasta ahora, hemos intentado demostrar cómo formalmente se produce una recepción del Derecho Romano postclásico en lo que se refiere al principio inquisitivo en las fuentes legislativas visigodas como son el Edicto de Eurico, el Breviario de Alarico y la Lex Visigothorum.

De estas disposiciones podemos concluir que, superado el sistema tradicional germano, existe a lo largo de la legislación visigoda una clara recepción del principio inquisitivo romano, si bien no se trata de una recepción *tout court*, es decir, una

traslación exacta, sino una recepción matizada del mismo principio que se aprecia en cada uno de los estadios de la legislación visigoda.

Esta matización se produce por la influencia del derecho que realmente existía en el momento en que los visigodos se establecieron en la península y como consecuencia de la propia idiosincrasia de la dinámica interna y evolutiva del reino visigodo y de sus instituciones judiciales.

En un contexto en el que el rey es el custodio supremo de la justicia, pública y privada, la legislación euriciana (*Lex Baiovariorum* 9.17) ya nos muestra el papel director del juez en la práctica probatoria para que *bene causam cognoscat*, permitiéndole que inquiera a fin de alcanzar la verdad, arrinconándose las pruebas no-rationales, siendo ello una manifestación más de la paulatina superación del sistema tradicional germano.

Como un reflejo de todos los avatares políticos del reino visigodo, la legislación alariciana muestra el mantenimiento de la tendencia iniciada en el Edicto de Eurico con una mayor combinación entre disposiciones en las que se establece el sistema inquisitivo y la aportación de parte.

Esta legislación aporta novedades respecto de la anterior. El incremento del número de disposiciones en las que se establece la aportación de parte, así como la exigencia de este principio radica en su carácter beneficioso para las partes, ya que se evita una actuación desordenada que impediría la búsqueda de la verdad. Si damos la vuelta al argumentario, observaríamos que toda actividad probatoria tiene por finalidad beneficiar a las partes, para lo cual es prioritaria la búsqueda de la verdad, la cual depende de la correcta y ordenada práctica judicial.

La LV. sigue mostrándonos al juez como director de un procedimiento orientado a adquirir un conocimiento de las causas lo suficientemente consistente y profundo como para poder alcanzar la verdad racionalmente y con la que hacer efectiva la justicia en un proceso. Sin embargo, en esta obra legislativa se advierte un cambio. No se trata sólo de alcanzar la verdad, sino la *Veritas* cristiana, o católica

para ser más preciso, para alcanzar el fin decretado por Dios. Esta nueva dirección teleológica se produce como consecuencia de las nuevas circunstancias político-religiosas del reino visigodo de Toledo y de la influencia de los documentos religiosos como son la Biblia, los escritos de los Santos Padres, así como los documentos legislativos de los concilios.

En definitiva, observamos que el principio inquisitivo romano es aceptado y recepcionado por las fuentes visigodas, que irán adaptándolo según sople el viento de su historia.

3. LA TRADICIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE APORTACIÓN DE PRUEBA

3.1 CRITERIOS GENERALES DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN DERECHO ROMANO CLÁSICO

La tradición de la libre aportación de prueba, que se sustenta en la jurisprudencia romana contenida en D.22.3 y en las constituciones imperiales contenidas en C.4.19, la estudiamos buscando los criterios dogmáticos interrelacionados que, tras reducir las reglas sobre el *onus probandi* que se hallan en sus textos, formarían la estructura. Al no poder hacer en esta sede una interpretación exhaustiva de los textos, nos remitimos a tal efecto a nuestra publicación, limitándonos a realizar una exposición sintética¹⁸.

Los criterios que pueden inducirse de las disposiciones en las que se encuentran las reglas o principios que informan el *onus probandi* son los siguientes:

El *criterio subjetivo*.- Este criterio lo vemos ejemplificado en la L.E.C. al disponer:

Art. 217.2 LEC. *Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según*

¹⁸ PIQUER, *La carga de la prueba*, Madrid 2006, pp. 153 y ss.

las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.

Art. 217.3 LEC *Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.*

Atendemos a la opinión de Rosenberg¹⁹, que, siguiendo a uno de los principales exponentes de esta postura, A. D. Weber²⁰, señala que la postura subjetiva de la carga de la prueba se fundamenta en la necesidad de las partes de suministrar la prueba de sus alegaciones.

Aragoneses²¹ casa este criterio con el objetivo, que veremos a continuación, al afirmar que el criterio subjetivo es aquél por el que se hace depender la prueba de los hechos afirmados, y por razón de los mismos, del demandante o del demandado.

De este modo, al demandante le corresponde la prueba de los hechos constitutivos, mientras que al demandado le corresponde la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. En este caso, que determinados *facta* se vinculen, por razón de los mismos, al demandante o al demandado, debe proporcionar, como dice Ortells²², “*la situación subjetiva adecuada para provocar que en el proceso se practique prueba*”.

Tomando ahora como referente las fuentes jurídicas romanas, vemos que éstas nos informan acerca de este criterio subjetivo en D. 22.3.14, fragmento atribuido a Ulpiano: “*Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur*”.

¹⁹ ROSEMBERG, L., *La Carga de la Prueba*, (trad. Kortoschin, E. Die Beweislast München 19-), Buenos Aires 19-, pp. 17, 19.

²⁰ WEBER, A. D., *Ueber der Verbindlichkeit zur Beweisführung*, Halle 1805; BETHAMANN-HOLLWEG, M.A., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Ueber die Beweislast*, Berlin 1827.

²¹ ARAGONESES, P., «La carga de la prueba y la facilitación probatoria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RDP*, 3 (2000), p. 737. En el mismo sentido, DE LA OLIVA A.-DÍAZ PICAZO, L., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid 2000, pp. 298 ss.

²² ORTELLS, M., *Derecho Procesal Civil*, Pamplona 2000, p. 387.

Al jurista se le plantea la cuestión relativa a la condición de ingenuo de alguien que se encuentra aparentemente en una situación de liberto y se pregunta Ulpiano acerca de la distribución de la carga de la prueba en función de la posición que ocupan las partes, en particular, la del demandante.

El *criterio objetivo*.- En este criterio se incluyen aquellas reglas en las que se exige prueba a las partes por razón del objeto²³.

Este criterio, en la medida en que tiene en cuenta las alegaciones de hecho contenidas en la norma cuyo supuesto de derecho pretende que sea aplicado por las partes, hace que sea, evidentemente, el más utilizado por la jurisprudencia romana, pues a lo largo de todo el derecho sustancial recogido en el Digesto encontramos las consiguientes referencias a la exigencia de prueba de los supuestos de hecho alegados y probados.

Acudiendo a la jurisprudencia romana, traemos a colación D. 22.3.17, atribuido a Celso, en el que se pretende seguir este criterio y donde poco importa la condición de demandante o demandado.

Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest merito condemnabitur.

Tal modo de plantear la exigencia de prueba supone llevar a su máxima expresión el principio *ei incumbit probatio qui dicit* (D.22.3.2), de tal forma que ante la confrontación de afirmaciones se exige la prueba a ambos, con independencia de su posición y con el fin de clarificar hechos dudosos.

El *criterio de prelación*.- Con esta expresión aludimos a la formalización de la idea sostenida en su día por Gianturco²⁴ cuando se refería, realizando un análisis desde la lógica formal, a una “successione logica” en la aportación de prueba.

²³ ROSENBERG, *La carga* p. 21, quien lo conceptúa como criterio de certeza y prescinde de toda referencia a la actividad de las partes ya que lo que importa no es tanto tal actividad cuanto la prueba de los hechos que son importantes en sí mismos para conseguir el fin del proceso.

²⁴ GIANTURCO, L., *Commentario alle Pandette, Appendice del Traduttore* 22, Milano 1906, p. 437 nt. 242.

Este autor dice que²⁵ “nel processo civile, la prova che una delle parti ha assunta, per il vantaggio che li potrà ritarne, e supposta raggiunta tale prova, sorge un nuovo onore della prova a carico della parte avversaria, relativamente a tutti quei fatti, circostanze di fatto, rapporti di fatto che pretesse, in vantaggio di questa, capovolgere l’esito della lite, e così via. Per tal modo si verifica un continuo avvicinarsi dell’onere della prova; e le prove sucesivamente e alternativamente fornite sono in rapporto tale che quelle fornite posteriormente, da una parti, eliminanano, parzialmente o del tutto le conseguenze giuridiche derivanti dalle prove precedentemente fornite dall’altra parte”.

En este sentido, haciéndose eco de las palabras de Pescatore, Micheli²⁶ nos dice que le incumbe al *actor* la carga primaria en juicio, lo que “ha de asumirse como principio general, lógico, inmutable, atenuado solamente por la *utilitas*”.

Por tanto, observamos cómo el criterio de la prelación viene a designar un orden en la aportación de prueba vinculado a una de las partes según un orden lógico con el que ordenar la aportación de prueba; el criterio de prelación, por su naturaleza, dota a una de las partes de una situación de ventaja ya que sólo probará, en segundo lugar, si lo hace la parte que está en desventaja que lo hace en primer lugar.

La unión de este criterio al subjetivo la encontramos en el hecho de que la carga primaria o primera prueba debe ser aportada por el *actor*, con lo que se está vinculando la condición de parte a la aportación de prueba primaria.

Este criterio ya era atestiguado por Cicerón en su discurso *pro Quinctio* cuando afirma que en 8.30

Clamabat porro ipse Quinctius sese idcirco nolle satis dare ne videretur iudicasse bona sua ex edicto possessa esse; sponionem porro si istius modi

²⁵ GIANTURCO, *Commentario*, p. 437.

²⁶ MICHELI, G. A., *La carga de la prueba*, (trad. Sanchis Melendo, S.) Bogotá 1989, p. 303. En este sentido, se manifiesta LEVY, E. «Beweislast im klassischen Recht», en *IURA*, 3 (1952), p. 66, al hacer referencia a una “*primäre Beweislast*”.

faceret, se, id quod nunc evenit, de capite suo priore loco causam esse dicturum.

En el ámbito jurisprudencial, destacamos un fragmento postclásico que se recoge en D. 22.3.25pr en donde claramente se establece un orden de prelación dependiendo de la actividad probatoria de cada una de las partes,

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat.

Se advierte cómo, planteada una cuestión acerca de una reclamación de cuantía o cosa no debida, se exponen dos supuestos. En primer lugar, el demandante afirma que el demandado tiene dinero o cosa no debida, lo cual es negado por el demandado. El demandante prueba que entregó la cosa o el dinero, entonces el demandado, que hasta ese momento no necesitaba probar nada, ahora se ve en la necesidad de aportar pruebas de que era debido.

En segundo lugar, el demandante afirma que entregó dinero o cosa no debida, a lo que el demandado responde que sí que fue debida. En este caso es al demandante al que le corresponde probar que lo entregado no era debido, ya que tiene una presunción en contra: “nadie es tan bobo de entregar dinero no debido”.

Como se observa, existe un juego de pruebas primarias y contrapruebas secundarias que dependen las unas de las otras.

El *criterio material*.- Con este criterio se determinará la cuestión relativa a la carga de la prueba en el momento de la sentencia²⁷, ya que responde a la pregunta: quién debió probar, al concretar cuál de las partes debe soportar el perjuicio de no

²⁷ ORTELLS, *Derecho Procesal Civil*, p. 387. DE LA OLIVA-DIEZ PICAZO, *Derecho Procesal Civil*, p. 299.

probar; en nuestro caso, lo estudiaremos según la directriz *actore non probante, reus absolvitur*, donde se observa cómo la falta de prueba de los hechos dudosos perjudica al actor.

Este criterio constituye la culminación de los tres anteriores, ya que, en el camino hacia la abstracción, desde el puro y simple criterio objetivo, nos encontramos con el criterio subjetivo en donde se concreta procesalmente la exigencia de prueba de la norma material en una norma procesal. En ese orden de prueba exigida al demandante y demandado de lo afirmado, surge el criterio de prelación como criterio según establecer un orden de prioridad. Este orden de prelación se debe justificar por razones de política legislativa, en la que se hace uso de criterios de seguridad en el tráfico jurídico para cuya consecución se instrumentalizan técnicas jurídicas como la presunción y la apariencia.

Una prueba de la existencia del criterio material en la aportación de prueba en época clásica se encuentra en el testimonio de Aulo Gelio expuesto en sus Noches Áticas 14, 2.

Concretamente dice en N. A. 14.2.8

ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se sane oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

El supuesto de hecho por el que se llegó a esta conclusión fue precisamente un caso en que el demandante, hombre probo, reclamaba una cuantía dineraria que supuestamente le era debida por el demandado, hombre envilecido²⁸. La actividad probatoria se desarrolló de tal modo que el demandante no aportó prueba alguna de las que en esos casos, y por razón de la costumbre, se suele aportar (*Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis*

²⁸ Aul. Gel. N. A. 14, 2, 5 Sed eum constabat virum esse firme bonum notae que et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multa que et industria exempla probitatis sinceritatis que eius expromebantur: 6 illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vita que turpi et sordida convictum que volgo in mendaciis plenum que esse perfidiarum et fraudum ostendebatur.

modis)²⁹, lo que prueba que no nos movemos en el ámbito de la estricta legalidad sino de la práctica judicial.

Ante esta situación, Aulo Gelio tiene dos opciones: o absolver al demandado (*dimitti iam se sane oportere*) o emitir un *sibi non liquere*, optando por esta última. Ahora bien, lo que nos interesa es que el demandado resultaría absuelto por la falta de pruebas por parte del demandante. Evidentemente, el *sibi non liquere* le sirve a Gelio para evitar una posible injusticia decidiendo absolver derivada de la intuición que le proporciona la catadura moral de una y otra parte. Es decir, en este caso, es una vía de escape³⁰.

De este caso expuesto por Gelio se puede deducir, no sólo que al demandante y al demandado se le exige prueba de lo que afirma, sino que el *actor* prueba en primer lugar, de tal modo que el demandado sale absuelto salvo que el demandante no pruebe.

Otro ejemplo de lo afirmado se encuentra ya en época de Caracalla C. 4.19.23 donde se dice que, si el *actor* no puede probar, el demandado no puede ser constreñido a probar lo contrario,

Actor quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis nulla sit.

Así como en C. 4, 30, 3.

²⁹ Aul. Gel. N. A. 14, 2, 7 *Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessionem.*

³⁰ NÖRR, D., «L'Esperienza Giuridica di Gellio (Noctes Atticae 14,2)», en *Atti dei Convegni Lincei*, Roma 1996, 53. Si interpretamos bien al romanista alemán, parece que en su opinión Gelio no aplica la regla *actore non probante, reus absolvitur* ya que no estaba seguro de que, en este caso, y por razón de las pruebas aportadas por las partes, tuviese que dar más fuerza a la alegación y prueba del demandado. Como dice "*Infine si tratta di mezzi di prova*".

Si ex cautione sua, licet hipoteca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.

3.2 LA CONFORMACIÓN ESTRUCTURAL DE LOS CRITERIOS

Estos criterios, formulados de forma aislada, están interrelacionados, como acabamos de apuntar someramente, y, en nuestra opinión, de un modo susceptible de formar una estructura que quizás podríamos definir como genética.

Para el caso que nos ocupa sobre el *onus probandi*, y pese a que no queremos abordar la cuestión desde el puro estructuralismo, no podemos dejar de apreciar que entre los criterios podemos hallar una configuración cercana al mismo.

El análisis descriptivo de las fuentes romanas contenido en Digesto 22.3, nos aporta, desde un punto de vista descriptivo, la exigencia de prueba a las partes, las cuales, sin estar obligadas jurídicamente a probar, alegan y aportan, en función de la actividad probatoria de la otra parte, las pruebas mínimas necesarias de los hechos alegados contenidos en la acción y en la excepción para vencer en juicio (*ei incumbit probatio qui dicti, non qui negat*).

Ello lo hacen siguiendo un orden de prelación que descansa sobre el principio de ventaja del demandado (*commodum possessoris*³¹ Gayo *ad ed.* D. 50.17.125³² *Favorabiliores rei potius quam actores habentur*; C. 2, 1, 4 *actore non probante qui convenitur, etsi nihil ipse praestarit, obtineat*³³) y por el que se exige la aportación de la prueba primaria al demandante y, a continuación, al demandado.

³¹ Así también D. 50.17.125; Gai 4, 57. Obsérvese como se utiliza en D. 22, 3, 20 la expresión *commodum possessoris* con una clara referencia, como veremos en el capítulo tercero, a la `ventaja del defensor´

³² BERGER, A., «*In dubiis benigniora* (D. 50, 17, 56)», en *Seminar* 9 (1951), p. 203.

³³ C. 2, 1, 4 *Qui accusare volunt, probationes habere debent, quum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestaret, obtineat.*

Con esta ventaja inicial, se genera, en función de la primaria actuación probatoria del actor, una actividad escalonada de pruebas, de la que dependerá la actividad probatoria de cada parte (*actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit*).

La consecuencia de ello será que, la falta de prueba inicial, o sin probar siguiendo el orden de prelación, por parte del demandante, le llevará a perder el proceso (*actore non probante, reus absolvitur*). Precisamente, que el demandado deba ser absuelto por defecto de prueba del *actor*, casa con el hecho de que se le exija prueba al demandante en primer lugar; por tanto, resulta esencial la posición que ocupan las partes como demandante y demandado para iniciar la actividad probatoria y, consecuentemente, probar en primer lugar³⁴.

Sin embargo, este modelo no es suficientemente explicativo. Si aceptamos con Legaz³⁵ que las estructuras jurídicas son estructuras sociales, debemos buscar la estructura del *onus probandi* en los fundamentos sociales e ideológicos conforme a los que se configura.

Sin pretender ser exhaustivos en este punto, sí que podemos encontrar un fundamento de la estructura.

Adentrándonos a analizar esta cuestión, resulta muy sugerente la afirmación de Schulz³⁶ quien considera que al romano no le interesa tanto la seguridad del tráfico

³⁴ D. 22.3.8; D. 22.3.14 donde de un modo claro se busca al que desempeña la condición de actor y la prueba por parte de este en la medida en que *sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui controversia movet hoc probare debet qui eum dicit libertum suum*, de lo que podemos pensar que se deduce que si no aporta pruebas quien inicia el proceso hace que el otro se mantenga en la condición de ingenuo y que como tal se le considere.

También en el Codex, concretamente en una constitución de Caracalla, se tiene en cuenta este criterio al decir C. 4, 19, 2 *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere. Nec enim possessori incumbit necessitas probandi ad eas se pertinere, cum te in probatione cessante dominum apud eum remaneat.*

³⁵ LEGAZ, «Estructuralismo en el derecho», p. 30.

³⁶ SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, (trad. Abellán Velasco, M.), Madrid 2000, pp. 268 y 271 para quien queda lejos del pensamiento romano considerar la seguridad jurídica como certeza del derecho, al menos tal como hoy en día se entiende. Así, LATORRE A., *Introducción al Derecho*, Barcelona 2008, p. 36 y ss y quien destaca, a su vez, que la seguridad jurídica se encuentra también en la seguridad del tráfico, esto es, “la confianza en que el intercambio y transmisión de derechos

jurídico como la seguridad del derecho adquirido, de tal modo que, según afirma el romanista alemán, el jurista romano acepta la incertidumbre de los hechos internos de un derecho de los cuales se hace depender los efectos jurídicos.

Aunque en nuestra opinión la seguridad del derecho adquirido lleva a la seguridad del tráfico jurídico y lo hace fluido, lo interesante de lo aseverado por el jurista alemán es, por un lado, la relación entre seguridad y derecho adquirido y, por otro, la supuesta preeminencia de la adquisición de derecho como manifestación de seguridad.

Creemos que, siguiendo la estela marcada en este sentido por Schulz, junto con el principio de libre aportación de parte y, por tanto, de mínima intervención pública en la aportación de prueba en causas privadas, podemos fundar nuestra estructura en una premisa de tipo ideológico que adquiere forma en la figura de la apariencia, en general, y jurídica, en particular, puesto que permite que situaciones que no son reales se tengan por reales cuando no pueda probarse que no lo sean y tengan apariencia de realidad. Estas situaciones de apariencia jurídica son situaciones jurídicas reales aparentemente cuanto menos, pero no definitivas ya que están sujetas a ceder ante situaciones de apariencia más fuerte³⁷, lo cual sería lo mismo que decir ‘salvo prueba en contrario’.

Esta situación de apariencia es la que se configura como situación de hecho anterior a todo proceso, un *statu quo iuris* inicial “presunto”³⁸ que condiciona la

producirá sus efectos, con independencia de los datos de difícil verificación, como es descubrir quién es el verdadero titular frente al que obra como tal”.

³⁷ MOSCHELLA, R., *Contributo alla teoría dell'apparenza giuridica*, Milano 1973, pp. 18 y 64-66 quien parte de la Gewere como institución de quien surge la dogmática expresión alemana de *Rechtsschein* y a partir de la cual se iniciaron los estudios de la apariencia jurídica.

³⁸ La apariencia es el producto de una representación mental que nos permite percibir la realidad. Ahora bien, ¿cuál es la diferencia con una presunción? Una presunción implica una aceptación anticipada; la aceptación como verdad de un hecho antes de que se compruebe su certeza. Por tanto, presumir es dar por cierto un hecho, aun cuando puede que no lo sea. La relación de la presunción con la apariencia de un hecho resulta posible del siguiente modo: en la medida en que un hecho aparente (hecho base) se nos presenta como una manifestación de la realidad, tal manifestación, al parecernos evidente nos permite presumir su certeza (hecho presunto). Por consiguiente, la presunción de un hecho aparente no es más que la aceptación del mismo como cierto, aunque puede que no lo sea.

estructura de la prueba en los términos afirmados. La presunción, no como medio de prueba, sino como forma de razonamiento epistemológico³⁹, es el forma intelectual final con la que, a partir de una apariencia, se pone de manifiesto la realidad más aparente: un *statu quo iuris inicial presunto* que conforma las relaciones de ventaja y desventaja procesal en materia de aportación de parte (nadie es culpable mientras no se demuestre lo contrario).

Esta situación de apariencia presunta es la que pretende cambiar la afirmación del actor contraria a ese *statu quo iuris inicial*⁴⁰; una afirmación que genera una duda y, por tanto, la consiguiente relación conflictiva. Dicha afirmación contiene, *in se*, un hecho jurídico contrario que pretende ser más fuerte al *statu quo iuris*, que sólo se puede hacer prevalecer si se *demuestra*, por tanto, se hace visible mediante la prueba.

Así veremos cómo los tres criterios (subjetivo, de prelación y material), unidos al principio de que todo hecho afirmado necesita ser probado, articulan la distribución de la carga de la prueba en virtud de un fundamento: existe una situación jurídicamente aparente que genera una presunción general, no enterndida como medio de prueba, por la que mientras no se pruebe lo contrario, tal situación se mantiene.

³⁹ Para la diferencia entre estos criterios, vid TARUFFO, La prueba, en especial p. 503 y ss. el del razonamiento humano tendente a la obtención de un conocimiento, cierto, verosímil o probable, según las corrientes filosóficas, sean dogmáticas o escépticas. Esta dimensión epistemológica plantea problemas, especialmente en lo que atañe a la entidad del resultado cognoscitivo, pues se puede discutir acerca de que ésta sea una verdad o un conocimiento probable o verosímil. Vid. al respecto, PIQUER, «La epístola 117.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis», en *RJUAM*, 21 (2010) *RDGR*, 16 (2011).

⁴⁰ Nos referimos a una situación de apariencia jurídica que conforma una realidad jurídica en un momento social determinado y cuya alteración, por no corresponderse con la auténtica realidad, en caso de conflicto, pasa por la afirmación y prueba de los hechos que cambian tal situación jurídica aparente. Esto hará que procesalmente se pueda justificar que presuntamente y salvo prueba en contrario, tal situación aparente se mantiene, de tal forma que quien goza de esa situación de ventaja es el demandado y quien pretende cambiarla es el demandante. Por esta razón, asumirá la prueba inicial y el consiguiente riesgo derivado de la falta de prueba.

En esta realidad cobran sentido los criterios esenciales que regulan el *onus probandi* y, a partir de ella, se estructuran en el modo en el que lo hacen y que hemos expresado *supra*.

3.3 SU RECEPCIÓN EN LOS FURS

Vistos cuáles son los criterios que conformarían la estructura esencial del *onus probandi* en el Derecho Romano, es el momento de constatar su posible recepción en el derecho bajomedieval.

En nuestro caso, el interés se centra en la realización de un estudio comparativo entre las fuentes romanas con los *Furs* de Valencia.

Las ediciones que hemos manejado son: respecto al derecho valenciano, la edición de Dualde, *Fori Antiqui Valentiae*⁴¹, y de Colón i García, *Furs de Valencia*⁴²;

Por lo que se refiere a los *Fori/Furs*⁴³, el *Codex*⁴⁴, según Barrero, al igual que García Edo, fue la pauta general que siguieron los *Furs* no sólo en el orden establecido por la fuente justiniana⁴⁵ sino que también por tomar la mayor parte de los preceptos de origen romano; lo que evidencia, al menos en la materia que a nosotros nos concierne, que *los Furs* tienen poco de original.

⁴¹ DUALDE SERRANO, M., *Fori Antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia 1950-1967, pp. 90-91.

⁴² COLÓN G.-GARCÍA, A., *Furs de Valencia*, Barcelona 1974, pp. 40-44.

⁴³ GARCÍA GONZÁLEZ J., «Las fuentes de los Fueros de Valencia», en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, 1, ed. JUAN GARCÍA GONZÁLEZ, Valencia 1989, p. 377. Sobre las etapas de este código: Primera etapa, de 1240 a 1261, durante la que debió denominarse *Consuetudines valentiae* o *Fori antiqui valentiae*; segunda etapa, 1261, se añaden los privilegios concedidos entre 1240 y 1261, se hacen revisiones y el texto latino se traduce al romance y, desde entonces empieza a utilizarse la expresión *Furs de Valencia*; una tercera etapa en la que se van innovando con las modificaciones de Jaime I, 1271, 1276, otras por Pedro III 1283 y Jaime II, 1302, entre otras. GARCÍA GALLO, A., *Origen y evolución del derecho. Manual de Historia del derecho español*, 1, 10 reimp. Madrid 1984, p. 434

⁴⁴ CHABAS, R., *Génesis del Derecho Foral Valenciano*, Valencia 1902, p. 23, duda que fuese Vidal de Canellas, alude a quienes opinan que la fuente principal es el *Codex Theodosianus*, de lo que duda. Para GARCÍA GALLO, *Origen*, 434 las fuentes son, aparte de algunas costumbres sobre pastos, jueces y notarios reproducidas con bastante fidelidad, el *Codex*, extractos del *Digesto*, el *Decreto*, las *Decretales*, los *libri feudorum*, así como otras fuentes de origen desconocido.

⁴⁵ GARCÍA GALLO, *Origen*, p. 434.

Según Garcia Edo, siguiendo a Arcadi Sanz, la redacción de los *Furs* se encargó a Pere Albert⁴⁶ y sabemos muy poco de como llevó a cabo su trabajo; lo que sí sabemos, en opinión de Garcia Edo, es que “la inmensa mayoría de los fueros proceden, literalmente o en espíritu, de los libros de consulta que los juristas de la Cancillería Real llevaban consigo en sus desplazamientos formando parte de la corte real itinerante”, entre ellos el *Corpus Iuris Civilis*.

Al no existir ningún elemento autóctono, Pere Albert compuso un esquema general basándose en el Código de Justiniano en la primera parte del trabajo en el que se contienen libros I a V⁴⁷. Una vez dispuso las rúbricas, las fue llenado de contenido⁴⁸. En nuestro caso, como hemos afirmado, con C.4.19, no sin ciertas variaciones⁴⁹, especialmente, y por la parte que nos interesa, en el hecho de que existe una selección que debe responder necesariamente a alguna razón sino se quiere pensar en un criterio arbitrario.

El análisis comparativo de *los Furs* con los criterios que hemos obtenido del Derecho Romano debe de hacerse desde dos puntos de vista: el punto de vista *cuantitativo*, es decir, el análisis que el número de fragmentos nos proporciona, y *cualitativo*, esto es, el análisis del contenido de las disposiciones.

Análisis cuantitativo.- Un primer aspecto que hemos de tener en cuenta para constatar la efectiva perduración de la estructura jurídica romana es el número de fragmentos que componen cada uno de los textos legales, dado que, si existe

⁴⁶ GARCÍA EDO, V., «La redacción y promulgación de la Costum de Valencia», en *Estudios Medievales* 26.2 (1993), pp. 718-719, argumenta que la redacción ya estaría bastante avanzada hacia 1238 dada la importancia de las donaciones que el rey conquistador hizo al canónigo, probablemente, satisfecho con el trabajo realizado. CHABAS, Génesis, p. 23, duda que fuese Vidal de Canellas; GARCÍA GALLO, *Origen*, p. 434.

⁴⁷ GARCÍA, A., «La sistemática de las compilaciones del Derecho valenciano», en *Ligarzas. Estudios dedicados a celebrar el 25º año de labor universitaria de José María Lacarra de Miguel*, Valencia 1968, p. 213 sobre las razones de la discordancia entre las rúbricas del *Codex* y de los *Furs*.

⁴⁸ GARCÍA EDO, «La redacción y promulgación de la Costum de Valencia», pp. 719-720.

⁴⁹ GARCÍA GALLO, *Origen*, p. 271, En los fueros de Valencia como en la recopilación catalana se tuvo en cuenta el Código de Justiniano, “*acoplado a él, en la medida de lo posible, el Derecho nacional, introduciendo en el plan modificaciones más o menos importantes*”.

diferencia en el número, puede ser indicativo de una selección, lo que sólo podrá determinarse de un modo mucho más concreto al acercarnos al análisis cualitativo.

Desde el punto de vista del número de fragmentos que sobre la materia probatoria, vemos que el Codex 4.19 recoge 25 fragmentos: por su parte, en los *Fori* se recogen 7 disposiciones; en la edición de los *Furs* 8 fragmentos. Obviamente, llama la atención el hecho de que en el Código, que se dice que es la principal fuente en nuestra materia en los *Furs* se recojan 25 fragmentos y en las fuentes medievales apenas llega a un 1/3. En concreto, de las disposiciones contenidas en las fuentes bajomedievales, relativas a la carga de la prueba en el proceso privado, en los *Fori* se recogen cuatro: los fragmentos 1, 4, 5, 6; en los *Furs*, también cuatro: los fragmentos 1, 2, 3, 7, (Dualde, *Fori*, 61.1; 61.4; 61.5, 61.6 y en la edición de Colon i Gracia, FDV 4.8.1; 4.8.2, 4.8.3 y 4.8.7).

Del número de disposiciones en las que se hace referencia a la carga de la prueba, resulta imposible no percibir la selección de fragmentos respecto al código de Justiniano, lo que indica que, a la espera del análisis cualitativo, es más que probable que los fragmentos seleccionados responden a algún criterio y alguna razón. Ello significa que existió una clara intención de tomar las disposiciones que integrarían las fuentes medievales que responderían a un conocimiento de las fuentes y de los criterios que integrarían nuestra estructura.

Análisis cualitativo.- Del análisis cuantitativo hemos deducido que los legisladores medievales han escogido de las fuentes justinianas, y de un modo consciente, unas disposiciones con las que regular la carga de la prueba en los procesos civiles. Ello es indicativo, o al menos tiene que hacernos pensar, que existió un conocimiento de los textos de acuerdo con un criterio conforme al que realizar la selección.

Veamos ahora el contenido de las disposiciones, en primer lugar, los títulos de las tres fuentes jurídicas; en segundo lugar, los *Fori/Fueros*.

Los títulos de las fuentes jurídicas.- A mediados del siglo XII, se generaliza el principio que sostenía que la carga de la prueba incumbía a quien la alegaba haciendo recaer la carga de la prueba, según el criterio subjetivo, sobre el actor.

En este sentido, Irnerio ya volvió formuló la regla principal: *ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi* y que se recepcionaba de forma desigual en los distintos Ordenamientos bajo-medievales.

Por lo que a los títulos se refiere: C.4.19 *De probationibus*; Fori 61 *De probationibus*; Furs 4.8 *De proves*. Barrero afirma que, si bien la coincidencia entre la rúbrica de los textos no la presupone que sea textual entre las disposiciones, evidencia, cuanto menos, una influencia formal del derecho romano en los fueros⁵⁰.

Poco más que decir a este respecto.

Si nos centramos ahora en el contenido de las disposiciones, hemos afirmado que, sólo una parte de ellas, se refieren a la carga de la prueba, por tanto, hemos de señalar ahora cuales no hemos seleccionado.

⁵⁰ BARRERO, A.M., «El derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I», en *AHDE*, 41 (1971), pp. 643-644.

De los *Fori*, con su correspondiente en los *Furs*, no hemos seleccionado las disposiciones que se refieren a los medios de prueba, como son la 2⁵¹ (5⁵²) y la 3⁵³ (6⁵⁴) y la 7⁵⁵ (4⁵⁶) referida al ámbito criminal.

Fori/Furs.- Pasamos al estudio cualitativo de las disposiciones valencianas

A los *Furs* les basta cuatro disposiciones del código para exponer los criterios sobre la carga de la prueba. No parece que se trate, como hemos afirmado, de una selección hecha de un modo arbitrario, sino que se puede apreciar una relación de sentido en todos y cada uno de los fragmentos que decide tomar, probablemente, como dice Lalinde, como consecuencia del triunfo del elemento erudito frente al consuetudinario cristalizado aquel en la doctrina científica. Creemos que el legislador valenciano era consciente e intelectualmente comprendía lo que suponía e implicaba tomar esos, y no otros, fragmentos directamente⁵⁷ del *Codex* en su rúbrica *de probationibus*.

En primer lugar, respecto de los *Furs* Estos mismos criterios son los que apreciamos en el texto valenciano, en cuyo libro 4, rúbrica 8 nos encontramos un

⁵¹ *Proprietatis dominium non tantum instrumento empcionis vel donationis, sed ex quibuscumque aliis probationibus ostenditur.*

⁵² *No tan solament per la carta de la compra ne de la donatió és mostrada o provada la senyoria de la propietat, ço eé de la cosa, mas pèr altre proves deu ésser demostrada.*

⁵³ *Rationes defuncti, que in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debite quantitatis soas sufficere non posse sepe scriptum est. Idem iuris est si in ultiuma voluntate defunctus certam peccuniae quantitatem aut etiam res certas deberi sibi significaverit.*

⁵⁴ *Si alcunes scriptures que no sien publiques serán trobades e-ls béns del defunt, en les quals sie contengut que algun deute sia degut al defunt, aqueles secriptures no abasten a plena prova que aquel deute li for degut. Aquell dret metex és si lo defunt en son testament o en sa darrera voluntat dirà o significarà que alguna cosa li sia deguda, car aquel dir o aquel significament que haurà feit e-l testament o en la darrera voluntat, no prova que aquella cosa li sie deguda, si doncs no prova en altra manera bastantment.*

⁵⁵ *Ius est quido ille, qui voluerit accusare, habeat instrumentum vel probationes per quas probet et demonstret clae crimen illud de quo accusat.*

⁵⁶ *Dret és que aquel qui vol acusar, que haje cartes o proves que proven e demostren clarament ço d'on acusarà. Aquest fur adobà e romança lo señor rey.*

⁵⁷ Brevemente, sobre la cuestión sobre la procedencia directa del Código, GARCÍA, «La sistemática de las compilaciones del Derecho valenciano», pp. 213, 217. En nuestro caso, tanto si se trata de una recepción directa del CI como si no lo es, es una cuestión que no nos interesa en demasía pues, a fin de cuentas, lo que nos interesa es el contenido de las disposiciones y que, en este caso, formalmente coinciden, lo que indica que, con independencia de la fuente material, el contenido normativo era el mismo.

título en el que no se observa una labor científica perfeccionada, pero sí que se han tomado disposiciones del código, adaptándolas en algunos casos, para evidenciar los mismos criterios, y en cierto modo, en su “forma estructural”, que hemos apuntado para el período clásico. No creemos que se tratase de una casualidad.

Veámoslos de forma particularizada:

C.4.19.2 *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere. Nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.*

FAV 61.1 *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere; nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum, te in probatione cessante, dominium/flol 18 v b. apud eum remaneat.*

Donde se viene a decir que persigue en forma de juicio las posesiones que dices que te pertenecen; porque no le incumbe al poseedor la necesidad de probar que ellas le pertenecen, pues dejando tú de hacer la prueba, queda el dominio en su poder.

FDV 4.8.1 *Si alcun demanará possessions o altra cosa a altre per sues, deules demanar segons orde de dret e que prou que sien seues, car lo posseïdor no és tengut de probar que aqueles coses que posseex sien sues, car si aquel qui demana no porà probar que sien sues, la senyoria d'aquelles coses roman al posseïdor.*

Esto es, que las posesiones que alguien afirma que le pertenecen y las reclama en juicio, si le es negado por la parte contraria, quien reclama se debe esforzar por probar su razón, pues si no podía probar, el dominio de la cosa permanecerá en aquel que la posee.

Los fragmentos, como puede observarse son prácticamente idénticos, con alguna leve variación, con la constitución del 213. El fragmento de los *Fori* transcribe literalmente la disposición del *Codex*. Sin embargo, en la edición de los *Furs* se aprecian algunas diferencias: 1) añade, junto a la posesión *altra cosa*, con lo que se amplía el supuesto de hecho previsto en la norma más allá de la reclamación de la posesión; 2) introduce un *debe reclamar según su derecho y que prueba que*

sean suyas y 3) existe una diferencia a la hora de expresar que el dominio sigue siendo del poseedor ante la falta de prueba por parte de quien afirma que la cosa es suya.

Las diferencias constatadas no alteran el criterio que se expresa. Ello nos obliga a buscar un criterio que pueda ser vertebrador y del que se deducen los demás.

En estas disposiciones se pone de manifiesto la ventaja del *posseydor*, que ya evidenciaba Juliano entendido como ventaja del demandado en D. 22.3.20⁵⁸, lo que manifiesta un necesario *criterio de prelación* que nace de la previa situación de apariencia.

Este *criterio de prelación* se combinará, primero, con el *criterio objetivo* que exige la prueba de la afirmación que pretende alterar esa situación de apariencia. Ante la falta de prueba se consolida la propiedad, por tanto, segundo, se combina ahora con el *criterio material* ya que, al no poder probar la situación contraria y afirmada a la apariencia, ésta, en forma de presunción, se consolida, soportando quien no pudo probar el perjuicio de la falta de prueba.

No encontramos, en este caso, mención al criterio subjetivo, por lo que tampoco debemos entender que el poseedor sea el demandado necesariamente, sino aquel que, como poseedor, goce de situación de ventaja al no incumbirle la necesidad de probar inicialmente para desvirtuar la situación de apariencia que genera la situación jurídica discutida.

La interpretación de la disposición valenciana nos indica también, a la luz de la regulación romana, que las consecuencias de la falta de prueba *-probatione cessante/ car si aquel qui demana no porà probar que sien sues-*, tanto por ausencia total de pruebas como por su insuficiencia, no implica sanción en ningún caso, sino que la única consecuencia de su ausencia es *dominium apud eum remaneat*, lo que

⁵⁸ *Iulianus libro 43 digestorum. "Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit, is indignissime commodum possessoris consequeretur, quia probari non poterit hominem eo tempore quo primum lis ordinaretur in libertate fuisse".*

supone la pérdida del proceso⁵⁹. En consecuencia, tras el incumplimiento del *onus* o de la *necessitas probandi*, subyace la noción moderna de autorresponsabilidad⁶⁰ de donde la actividad probatoria radica, no en la existencia de una relación jurídica entre las partes de las que se deduzcan derecho y obligaciones, sino en una situación jurídico procesal en la que se faculta a las partes a probar para satisfacer sus intereses.

La siguiente disposición se recoge en FAV 61.4 (FDV 4.8.2).

C. 4.19.8 *Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur probatio exigatur.*

De donde se dice: en vano teméis que no se exija prueba por el que es demandado en juicio⁶¹.

FAV 61.4 *Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur, quia ei, qui dicit, incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat, nisi ultro vellet recipere in se honus probandi.*

Es decir, que en vano teméis que no se exija prueba por el que es demandado en juicio, ya que quien afirma, incumbe la carga de la prueba, no al que niega; a no ser que quiera recibir sobre sí la carga de probar.

FV 4.8.2 *Dret és que aquel serà demanat sobre alguna cosa no deu provar sobre aquella cosa sobre la qual serà demanat, car aquell quid emana e aferma deu provar, e no aquel qui defén e nega, si donchs aquell qui serà demanat no volrà de grat e de volentat en si reebre la carga de provar.*

Que es de derecho que aquel que sea demandado por alguna cosa no debe probar sobre aquella cosa sobre la que será demandado, pues aquel que emana y afirma debe probar, y no aquel que se defiende y niega, a no ser que el demandado quiera de grato recibir sobre sí la carga de probar

⁵⁹ PIQUER, *La carga*, p. 89.

⁶⁰ PIQUER, *La carga*, p. 87.

⁶¹ VALIÑO, A., «*Probatio incumbit qui dicit, non qui negat*: el *onus probandi* en el derecho romano», en *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Reinoso F., (ed.), Madrid 2014, p. 601, afirma que “el fragmento es expresión de la posición subordinada del demandado en el curso del proceso, que le dispensa de tener que probar preliminarmente nada cuando se ve abocado al proceso”.

Las diferencias en este caso las encontramos entre el *Codex* y los *Fori*, entre la redacción de los *Fori* y los *Furs* y, obviamente entre el *Codex* y los *Furs*. Nos centraremos por pura razón lógica entre las dos primeras.

Entre el *Codex* y los *Fori*. 1) La diferencia más obvia es la introducción de una parte final desde *quia-in fine* y que, a nuestro entender, tiene carácter interpretativo⁶² al afirmar que la carga de la prueba incumbe a quien afirma no al que niega; 2) en la explicación no se alude a la condición subjetiva de las partes, sino que se limita al elemento objetivo, es decir, la afirmación como objeto de prueba, con independencia de la posición procesal, o la negación, cuya imposibilidad de probar radica en su propia naturaleza y 3) añade la libertad de que, quien quiera probar, pueda hacerlo aunque no le incumba,

La disposición de los *Fori* comienza, siguiendo el tenor literal del *Codex* exigiendo prueba por quien es demandado, es decir, que debe probarse la causa por la que se le demanda. De este modo, se introduce el criterio subjetivo al hacer recaer la prueba sobre el actor. Este es el criterio vertebrador de la disposición: el criterio subjetivo por el que el demandado, como parte, exige prueba al actor como parte procesal.

A partir de aquí, con este criterio, se entiende la clarificación que hacen los *Fori*. La primera diferencia nos lleva a la clásica máxima jurisprudencial de Paulo 22.3.2 *Paulus libro 69 ad edictum Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Esta máxima se extendió a mediados del siglo XII. En este sentido, según Obarrio⁶³, “Irnerio, siguiendo a Paulo, formuló la regla *ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi, nullo pro actore credito vel praesumpto*, en torno a la cual Acursio afirma: *per rerum naturam quod affirmatur est... quod negatur non est et sic non potest probari cum non habeat species nec differentias*”.

⁶² COLÓN-GARCÍA, *Furs*, 41.

⁶³ OBARRIO MORENO, J.A., «La prueba judicial en los *Furs* de Valencia», en *AHDE*, 70 (2000), pp. 300-301; también en *Estudios de tradición romanística*, Valencia 2002, pp. 55 y 56

Es ella se apela al criterio más general de todos: la incumbencia de la prueba de lo afirmado y apuntar otra cara del criterio material: que la negación no se prueba. Este es un criterio que, *strictu sensu*, regula la carga de la prueba con independencia de que sea demandante o demandado pero que, la disposición, asocia al *criterio subjetivo*⁶⁴. Por esta razón, aunque la segunda diferencia no haga mención a las partes, no es necesario, pues sería redundante con la primera parte de la disposición. Entendemos, por tanto, que la explicación sirve para enlazar de un modo explicativo *criterio subjetivo y criterio objetivo*.

Por último, la disposición de los *Fori* introduce *nisi ultro vellet recipere in se honus probando* que no es una novedad ni extraña al derecho romano pues ya decía Ulpiano en D. 22.3.14⁶⁵: *Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem*, esto es, que el demandado decide asumir la prueba de lo alegado sin que tenga necesidad de ello⁶⁶;

⁶⁴ Siguiendo al prof. Obarrio, del conjunto de estas rúbricas se desprendía que la carga material de la prueba, salvo que el demandado quisiera aceptarla voluntariamente, correspondía al actor, quedando absuelto el demandado cuando el demandante no probaba su afirmación.

No obstante. este principio, al demandado le correspondía la carga de la prueba en una serie de supuestos tasados:

[a] Cuando negaba o excepcionaba un derecho - *quoniam in exceptionibus reus fit actor* -. Así, cuando el actor reclamaba una cantidad de dinero o un fundo de su propiedad, y lo probaba, pero el demandado alegaba su pago o la prescripción de la reclamación.

[b] Cuando se presumía la veracidad de lo alegado por el actor. Por ejemplo, si un hermano solicitaba a su hermano parte de un predio que su padre les entregó en herencia. Si el reo se negaba, a él le correspondía la carga de la prueba.

[c] Cuando voluntariamente asumía la carga de la prueba.

[d] Cuando aceptaba el juramento deferido por el juez.

[e] Se excepcionaba en el supuesto en que el actor era una persona privilegiada. Así, cuando éste era un menor, un militar, un pupilo o un campesino: *transfer onus probationis in reum*. En virtud de este criterio, ya no estaba obligado a probar el impago o la deuda, sino que era el reo el que tenía la obligación de probar el impago.

⁶⁵ *Libro secundo de officio consulis en materia de status, Circa eum qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur. et si quidem in possessionem libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum: quid enim interest, servum suum quis an libertum contendat? si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, [hoc est, ingenuum se esse ut pronuntietur], an obtemperare ei debeat tractari potest. et non ab re esse opinor morem ei geri probandi se ingenuum et sententiam secundum dandam, cum nulla captio intercedat iuris.*

⁶⁶ PIQUER, *La carga*, p. 365.

antes bien, entra dentro de la lógica de la carga de la prueba como autorresponsabilidad. Exactamente igual, este principio, se recoge al final de las *Costums* 4.10.5, en ambos casos siguiendo los principios marcados tanto por el Derecho canónico como por la literatural jurídica medieval, fundamentalmente, a través de la obra de *Pilius, Tancredus* y *Durantis*⁶⁷.

Veamos la siguiente disposición C. 4.4.19, FAV 61.5, FV 4.8.7

C.4.19.19 *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.*

FAV 61.5 *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod asseverat*

FV 4.8.7 *Exceptio dilatòria deu ésser posada al començament del pleit mas convén que sia provada can lo demanador haurà mostrat ço que aferma.*

Los fragmentos vienen a establecer que es necesario que la excepción⁶⁸ dilatoria se oponga ciertamente en un principio, pero que se pruebe después de que el actor hubiere mostrado lo que asevera.

El fragmento no necesita una comparación para ver las diferencias y, por lo que al contenido se refiere, en los tres aparece claro el *criterio de prelación* como criterio central de la disposición pues sólo prueba, haciendo las veces de actor, D. 44, 1, 1 *Agere etiam videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor*⁶⁹,

⁶⁷ CALZADA, A., «El principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* y su recepción en los Furs de Valencia y en Les Costums de Tortosa», en *La prueba y medio de Prueba: de Roma a la actualidad, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso internacional de Derecho Romano*, Madrid 2000, p. 115 y nt. 21, quien afirma que en consonancia con los preceptos, cita autora del Codex C.3.28.28 y D.22.3.14, y de las fuentes canónicas cita C.16 q. 3 c. 7; C.28. q.2 c.6; c.2.X.2.19; c.7.X.2.9; c. 1.X.2.13; c.12.12.X. 5.33-, como la literatura jurídica procesal, contemplaron la posibilidad de que el demandado asumiera la carga de la prueba. Pilius, Summa 3.6; Tancredus, Ordo iudiciarius, 3.5; Durantis, Speculum, 2.2.14.

⁶⁸ ORTIZ, J.A., «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista», en *AHDE*, 14 (1943), p. 209, dónde afirma que la utilización de la expresión es tardía y por influencia del derecho romano.

⁶⁹ PIQUER, *La carga*, pp. 353 ss. lo que pretende Ulpiano es afirmar que, cuando el demandado opone una excepción, parece que actúe, *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur*, es decir, su comportamiento es similar al del demandante con su *intentio*. Por esta razón nos parece extraña y contradictoria la fórmula final *nam reus in exceptione actor est*, donde se está dando imperatividad a una proposición que aparentemente resulta aclaratoria. Sin embargo, en nuestra opinión el hecho de que tal parte pueda ser suprimida no desvirtúa el valor de la información que nos ofrece el jurista fenicio.

si el demandante aporta prueba previa de lo que afirma, preservando de este modo el demandado su situación de ventaja inicial. De ahí deducimos que el demandado también prueba, *criterio subjetivo*, después de que lo haga el actor y, se deduce, que el demandado probará lo que afirma, *ei incumbit probatio qui dicit*, al igual que el actor, que ha realizado la afirmación contenida en la demanda, *criterio material*.

Veamos la última disposición es FAV. 61.6 (FV 4.8.3)

C.4.19.23⁷⁰ *Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.*

En ella se establece que, afirmando el actor que no puede probar lo que asevera, no constriñe al demandado con la necesidad de demostrar lo contrario, porque por naturaleza de las cosas es nula la prueba de los hechos negados.

FAV. 61.6 *Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis nulla sit directa probatio.*

De un modo prácticamente idéntico, los *Fori* dicen que el actor que no puede probar lo que asevera, no constriñe al demandado con la necesidad de demostrar lo contrario, porque por naturaleza de las cosas es nula la recta prueba de los hechos negados.

FV 4.8.3 *Si alcun demanarà alcuna cosa e dirà que no la porà probar, gens per aço car lo demandor dirà que no la porà probar, aquel qui és demant no deu ésser destret a probar ço que haurà negat, car segons natura dretament ço que és negat per alcun no pot ésser probat per quel metex qui ó haurà negat.*

Obsérvese el paralelismo con D. 22, 3, 19pr. también de Ulpiano, fragmento que es puesto en duda por Levy, cuando dice *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere*, pensamos que debe traducirse como “*se ha de afirmar que el demandado en las excepciones conviene que desempeñe la posición de actor*”.

En ningún caso dice que el demandado sea actor (como en D. 44, 1, 1 nam reus in exceptione actor est) sino que actúe como actúa el demandante, considerándose propiamente como tal en cuanto a las excepciones propuestas por el demandado”. Irnerius, *Summa Codicis*, 4.19.

⁷⁰ Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294.

Si alguien reclama alguna cosa y afirma que no la puede probar, desistirá el demandante porque dirá que no la puede probar, aquel que es demandado no debe ser obligado a probar lo que ha negado, ya que lo que es negado por alguien, según rectamente la naturaleza, no puede ser probado por quien que lo ha negado.

Dada la coincidencia textual de las disposiciones, no entramos a hacer un aparte con las diferencias entre los fragmentos dado que son mínimas, por lo que entraremos a entresacar los criterios que aparecen en las disposiciones apuntando las posibles presiones diferenciales cuando sean oportunas.

El criterio directriz de la disposición es el *material*, como hemos visto supra al definir este criterio. A partir de aquí se pueden deducir otros tres:

- 1) El *criterio subjetivo*, por la referencia a imposibilidad de probar que se le plantea al actor y la imposibilidad de constreñir al demandado a probar.
- 2) Ello implica que el actor se ha visto en la necesidad de probar antes que el demandado, *criterio de prelación*.
- 3) Que, ante la ausencia de prueba, el demandado, que ha negado, no se ve impedido a probar lo que ha negado: *criterio material*.

Es en la negación donde nos detenemos un momento. Las disposiciones dicen: *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit; cum per rerum naturam factum negantis nulla sit directa probatio y car segons natura dretament ço que és negat per alcun no pot ésser probat per quel metex qui ó haurà negat*. En los textos valencianos, a diferencia de lo que dice el romano, se añade la expresión *directio*⁷¹-*dretament*⁷² que podemos traducir por justamente. La exclusión de esta prueba nos retrotrae, de nuevo, a D.22.3.2: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Esto supone un principio iusromanista en torno al cual Acursio afirmó: *Per rerum natural quod affermatum est...quod negatur non est et sic non potest probari*

⁷¹ Directum (par C. du Cange, 1678), dans du Cange, et al., Glossarium mediae et infimae latinitatis, éd. augm., Niort : L. Favre, 1883-1887, t. 3, col. 125a. <http://ducange.enc.sorbonne.fr/DIRECTUM1>

⁷² <http://www.iec.cat/faraudo/results.asp>.

cum non habeat species nec differentis, acuñado en la máxima medieval: *negativa non sunt probanda*, que establece la imposibilidad de probar una negación⁷³.

¿Qué supone probar un hecho negativo o un no-hecho? Siguiendo a Rosenberg⁷⁴ “un no-hecho no podría probarse directamente sino sólo deducirse que se percibe algo que no debería percibirse, si el hecho existiera, o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real”. Esto supone que únicamente por la percepción de aquello que no debería percibirse se puede obtener la prueba de un hecho negativo. Así ocurre en el caso de que tenga que probar que no soy deudor.

En el caso expuesto, la prueba de que el deudor no lo es, creemos que se podría catalogar, según Muñoz Sabaté⁷⁵, como prueba de la negación indefinida, esto es, “negaciones que se resisten enteramente a la prueba”. Pone como ejemplo el siguiente hecho negativo “Jamás he visto a Ticio”. Según el jurista español, para probar este hecho, sería necesario aportar testigos que me hubiesen visto toda la vida y que constatasen que no vi a Ticio, por tanto, a lo sumo sólo se pueden aportar pruebas fragmentarias.

Ya decía Cicerón⁷⁶ *Nemo enim eius, quod negat factum, rationem potest aut debet, aut solet reddere* es decir, la falta de prueba, como dice García González⁷⁷, se debe a la propia dificultad de las negaciones o por razones de oportunidad o porque no es frecuente. Precisamente, la prueba de la negación no es imposible, simplemente, es difícil hasta el punto de que a veces no se puede probar⁷⁸.

⁷³ CALZADA, «El principio ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat y su recepción en los Furs de Valencia y en Les Costums de Tortosa», p.116 y nt. 23 cita Acursio, Gloss. In Digestum Vetum, 22. Rub. De probationibus.

⁷⁴ ROSENBERG, *La carga de la prueba*, p. 295.

⁷⁵ MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona 2012, p. 188.

⁷⁶ Cic. Part. 30, 104.

⁷⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, J.M., «Privatismo y prueba en el proceso civil romano clásico», en *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano Privatismo y prueba*, Madrid 2000, p. 250.

⁷⁸ Pensemos en la dificultad de probar dados los medios que podrían tener en el siglo I a. C. En este contexto es en el que debemos entender el *nemo potest*.

BIBLIOGRAPHY

ARAGONESES, P., «La carga de la prueba y la facilitación probatoria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RDP*, 3 (2000).

BARRERO, A.M., «El derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I», en *AHDE*, 41 (1971).

BENEYTO, J., *Instituciones de derecho histórico español*, III, Barcelona 1931.

BERGER, A., «*In dubiis benigniora* (D. 50, 17, 56)», en *Seminar* 9 (1951).

BETHMANN-HOLLWEG, M.A., *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in gerichtliche Entwicklung*, Bonn 1864-1874, IV.

BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del derecho germánico*, Barcelona 1936.

CALASSO, F., *Medio evo del diritto*, Milano 1954.

CALZADA, A., «El principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* y su recepción en los Furs de Valencia y en Les Costums de Tortosa», en *La prueba y medio de Prueba: de Roma a la actualidad, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso internacional de Derecho Romano*, Madrid 2000.

COLÓN G.-GARCÍA, A., *Furs de Valencia*, Barcelona 1974.

CHABAS, R., *Génesis del Derecho Foral Valenciano*, Valencia 1902.

CHECCINI, A., «L'ordinamento processuale romano nell'alto medievo», en *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*, I, Pavia 1934.

COING, H., *Derecho Privado Europeo*, I, Madrid 1996.

D'ORS, *Estudios visigóticos II. El código de Eurico*, Madrid 1960.

DE LA OLIVA A.-DIAZ PICAZO, L., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid 2000.

DUALDE SERRANO, M., *Fori Antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia 1950-1967.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, 19 ed., Pamplona 2016.

FERNANDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 10 ed. Madrid 2017.

GACÍA, A., «La sistemática de las compilaciones del Derecho valenciano», en *Ligarzas. Estudios dedicados a celebrar el 25º año de labor universitaria de José María Lacarra de Miguel*, Valencia 1968.

GARCÍA EDO, V., «La redacción y promulgación de la Costum de Valencia», en *Estudios Medievales* 26.2 (1993).

GARCÍA GALLO, A., *Origen y evolución del derecho. Manual de Historia del derecho español*, 1, 10 reimp. Madrid 1984.

GARCÍA GONZÁLEZ J., «Las fuentes de los Fueros de Valencia», en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, 1, ed. JUAN GARCÍA GONZÁLEZ, Valencia 1989.

GARCÍA GONZÁLEZ, J.M., «Privatismo y prueba en el proceso civil romano clásico», en *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano Privatismo y prueba*, Madrid 2000.

GIANTURCO, L., *Commentario alle Pandette, Appendice del Traduttore* 22, Milano 1906.

LATORRE A., *Introducción al Derecho*, Barcelona 2008.

LEVY, E. «Beweislast im klassischen Recht», en *IURA*, 3 (1952).

LEGAZ LACAMBRA, L., «Estructuralismo en el derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, (1969).

LEMOSSE, M., *Cognitio*, Paris 1994.

LEVY, J.PH., «Le problème de la preuve dans le savants du Moyen Age», en *Recueils de la Societé Jean Bodin* 17 (1962).

LÓPEZ ORTIZ, J., «El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica», en *AHDE*, 14 (1942-1943).

MICHELI, G. A., *La carga de la prueba*, (trad. Sanchis Melendo, S.) Bogotá 1989.

MONTORO, A., *Análisis estructural y conocimiento jurídico*, Murcia 1982.

MOSCHELLA, R., *Contributo alla teoría dell'apparenza giuridica*, Milano 1973.

MUÑOZ SABATÉ, L., *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona 2012.

NÖRR, D., «L'Esperienza Giuridica di Gellio (Noctes Atticae 14,2)», en *Atti dei Convegni Lincei*, Roma 1996.

OBARRIO MORENO, J.A., «La prueba judicial en los Furs de Valencia», en *AHDE*, 70 (2000).

OBARRIO, J.A., «El *ius commune* y sus vías de recepción», *RGDR*, 20 (2013).

ORTELLS, M., *Derecho Procesal Civil*, Pamplona 2000.

ORTIZ, J.A., «El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista», en *AHDE*, 14 (1943).

OSABA, E., «El senadoconsulto Claudiano en la *lex Visigothorum*», en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León 1997.

PETIT, C., *Iustitia Gothica*, Huelva 2000.

PIQUER, *La carga de la prueba*, Madrid 2006.

PIQUER, «La epístola 117.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis», en *RJUAM*, 21 (2010) *RDGR*, 16 (2011).

ROSEMBERG, L., *La Carga de la Prueba*, (trad. Kortoschin, E. Die Beweislast München 19-), Buenos Aires 19-.

SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, (trad. Abellán Velasco, M.), Madrid 2000.

VALIÑO, A., «*Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi* en el derecho romano», en *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Reinoso F., (ed.), Madrid 2014.

VIET, J., *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales* (traducción de Manuel Lamana), Buenos Aires 1970.

WEBER, A. D., *Ueber der Verbindlichkeit zur Beweisführung*, Halle 1805;
BETHAMANN-HOLLWEG, M.A., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Ueber die Beweislast*, Berlin 1827.