

JOSÉ MIGUEL PIQUER MARÍ
C. E. U. San Pablo (Valencia)

SOBRE LA “NO-RACIONALIDAD” DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ROMANO ARCAICO

SUMARIO:

- 1.- ETIMOLOGÍA DEL TÉRMINO *PROBATIO*.
- 2.- LA “NO-RACIONALIDAD” Y EL FENÓMENO PROBATORIO.
 - 2.1.- Delimitación de la apreciación de “no-racional”
 - 2.2.- Aplicación de la “no-racionalidad” al fenómeno probatorio
 - 2.3.- El juramento como prueba “no-racional”.
 - a.- El juramento en la *legis actio sacramento in rem*: el juramento como invocación a la divinidad y el *sacramento* como su consecuencia.
 - b.- El posible valor del juramento como prueba

1.- Etimología del término *probatio*.

El hecho de que tratemos brevemente la cuestión etimológica se justifica porque nos permite conocer la razón por la que se aplica el término “prueba” para referirse a la actividad desarrollada por las partes o por el juez, tendente a alcanzar la certeza de los datos aportados por las partes, con el fin de conseguir el convencimiento¹ psicológico del juzgador² y, por tanto, que dicte una sentencia a su favor.

¹ Arist. *Rhet.* (trad. de BERNABE A.) I, 1, 1355 b y I, 2, 1356 a, el cual señala la existencia de dos argumentos diferentes (*pruebas técnicas* y *pruebas atécnicas*) como medios utilizados por los contendientes para convencer al juez. Destaca pues que, en Aristóteles, la actividad desarrollada por las partes tiene por finalidad convencer al juez.

² MONTERO AROCA J., *Derecho Jurisdiccional II el Proceso Civil* AA. VV., (Valencia 1997), pág. 178, 179; Asimismo en *La Prueba en el Proceso Civil*, (Madrid 1998) 2ª ed., pág. 28. Resulta evidente que la afirmación que acabamos de realizar

A nuestro modo de ver, resulta esencial la etimología para poder entender la correlación entre la prueba, la convicción del juez y la sentencia que, en consecuencia, se dicta.

Asimismo, cabe tener en cuenta que, tanto desde un punto de vista sociológico como histórico, es posible apuntar una distinción entre “prueba no racional” y “prueba racional”³ y que, en ambos casos, su fundamentación etimológica, aunque es la misma, radica en principios diferentes a los cuales tendremos la oportunidad de referirnos a lo largo del presente artículo.

Al acercarnos a la cuestión que acabamos de plantear, constatamos que el término *probatio* se deriva de *probus*, el cual tiene su origen en el vocablo *pro-bho-s*⁴. Este término significa “excelente, sobresaliente, destacado”⁵ refiriéndose la palabra *probus* al ámbito moral de las personas⁶ y que, en definitiva, son honestas, dignas de confianza.

Evidentemente, si afirmamos que *probatio* se deriva originariamente del término *probus* se hace necesario justificar esa relación en la medida en que, como acabamos de señalar, el vocablo *probus* atiende de forma muy especial al ámbito subjetivo y personal. Para ello traemos a colación el siguiente texto de Quintiliano⁷,

Haec omnia generaliter “pistis” appellant, quod etiam si propria interpretatione dicere fidem possumus, apertius tamen probationem interpretabitur.

De donde se deduce que el retórico de Calahorra valorará la conexión en-

es totalmente sincrónica; no se trata de una referencia histórica sino de una apreciación abstracta y dogmática cuya finalidad nos es sino la de acercarnos de un modo genérico al concepto de prueba. En este sentido MONTERO AROCA apunta la existencia de una actividad *demonstrativa*, que sería la realizada por las partes, y de *averiguación* en donde la actividad es desarrollada por el juez.

³ LEVY, J. Ph., *L'Evolution de la Preuve des Origines a Nos Jours en RSJB* (1965) Vol. XVII pág. 1 ss

⁴ ERNOUT A., - MEILLET, A., *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine*, voz *probus*, (Paris 1959), 4 ed, pág. 537. No obstante, para LINDSAY, W. M, *Die Lateinische Sprache* (Leipzig 1897 reimpression Stuttgart 1984), pág. 679 el término *probus* se derivaría de *prabhú-* que encontraría su raíz en *bheu-* “ser”. En este sentido también WALDE, A – HOFMANN, J. B., *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, voz *probus*, (Heidelberg 1954) , Vol II, pág. 366 destacan idéntica significación “*gut, tüchtig, brav*” y del cual se deriva *improbus*, es decir, “deshonesto”. Ambos significados nos son ofrecidos en Cic. *Pro Caecina* 2, 3 en relación a la valía moral de los testigos.

⁵ Ver nota anterior.

⁶ LEVY-BRUHL, H., *La Preuve Judiciaire*, (Paris 1964), pág. 14.

⁷ Quint., *Inst.* 5, 10, 8.

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

tre el término *fides*, el cual tiene su equivalente griego en *pistis*⁸, y el término *probatio*, esto es, *prueba*. Es por ello que la justificación etimológica del término *probatio* presupone la relación conceptual de los términos *fides* y *probatus*.

El vocablo *fides*, *sensu lato*, equivale a “confianza”⁹ y por tanto, una confianza que, en el campo de la prueba, sería el resultado inferido de la misma; en la medida en que esa prueba ofrece suficiente garantía, suficiente confianza, hace que, tomada en consideración por el juez, influya psicológicamente en el mismo a la hora de dictar sentencia.

Ambos términos, *fides* y *probatio*, tienen un ligamen especial a partir del significado de *pistis* como *means of persuasion, argument, proof, specially of proofs used by orators*¹⁰ y, por tanto, en el ámbito de la “persuasión” y por ende en la prueba argumentativa, siendo esta prueba un medio capaz de persuadir al juez¹¹ de la existencia de lo afirmado. En definitiva, se trata de generar esa confianza que hace plausible la realidad de aquello que se afirma.

Por tanto, la correlación a la que se refiere Quintiliano entre *fides*, *pistis* y *probatio* se debe entender aplicada a los medios de prueba con cuya práctica pueden generar esa confianza, esa certeza que permita generar en el juez ese convencimiento de que lo afirmado y practicado es cierto.

2.- La “no-racionalidad” y el fenómeno probatorio.

2.1.- Delimitación de la apreciación de “no-racional”.

Resulta evidente que lo “no-racional” se define *prima facie* como aquello que está al margen de lo “racional”. Racional se entiende, en la filosofía y la retórica¹², como lo que es realizado por el hombre en la medida en que tiene razón.

⁸ La correlación entre *pistis* y *fides* se justifica porque ambas tienen el mismo origen etimológico según ERNOUT-MEILLET, *op. cit.* pág. 233 donde se dice que el término *fides*, al igual que *pistis* tiene el mismo radical originario *bheidh-/bhidh*. LEVY, *La Classification des Preuves dans l'Historie du Droit en Travaux du Centre National de Recherches de Logique* (Bruxelles 1981), pág. 27 ss para quien el término *pistis* “que nous traduisons par preuve signifie proprement foi ou croyance”.

⁹ Val. Max., *Factorum et dictorum Memorabilium* 6, 6 “*Cuius imagine ante oculos posita venerabile fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat.*” NÖRR, D., *Die Fides im Römischen Volkrecht*, (Heidelberg 1991), pág. 4.

¹⁰ LIDELL, H. G.-SCOTT, R., voz *pistis*, *Greek-English Lexicon*, (Oxford 1968). Quint. 5, 10, 10 donde cabe tener en cuenta otro testimonio del retórico latino destacando la asociación entre *argumentum* y *probatio* “*Sed nunc de eo dicendum argumento est quo ad «...» probationem, indicium, fidem, adgressionem*” y donde no podemos dejar de observar la correlación entre *argumentum*, *probatio* y *fides*.

¹¹ Arist. *Rhet.* I, 2, 1355 b.

¹² Seneca. *Ep.* 41, 8; Quint. *Inst.* 7, 3, 15.

Esto llevado al ámbito de la prueba, y aunque sea avanzar un poco a lo que aludiremos en el punto siguiente, significa que una prueba racional será la elaborada por la *techne* del orador, lo que entrará de lleno en las pruebas que Aristóteles calificó como pruebas *atécnicas* y *técnicas*¹³

No obstante, pensamos que es necesario perfilar el aspecto que, a nuestro entender, configura el contorno de lo que denominamos “no-racional” y que se aplicará a la prueba.

Nos interesa especialmente destacar la apreciación que se realiza de la “no-racionalidad” entendida como tal por su conexión con el fenómeno de lo suprasensible o más concretamente con la religión¹⁴, esto es, la consideración de que algo es “no-racional” precisamente por ser la creencia, tanto en la existencia de las fuerzas sobrehumanas como su manifestación, el elemento que lo caracteriza.

Desde esta perspectiva, podemos tener en cuenta el testimonio de Plutarco para quien el miedo está privado tanto de coraje como de racionalidad y que ese miedo, en lo tocante al mundo de lo suprasensible, se traduce en un miedo a los dioses y a cualquier suceso, en cuanto que puede entenderse como una manifestación de los mismos.

A través del pensamiento de Plutarco la “no-racionalidad” queda determinada por la religión o por lo trascendente. No se trata pues de personas que, evidentemente por su propia condición no son “no racionales”, sino que, siendo seres dotados de razón, se abandonan al determinismo derivado de la creencia en una influencia sobrenatural capaz de conducir sus vidas dejando de lado la guía que les proporcionaría su razón.

La aplicación de este criterio al ámbito probatorio nos lleva a enfocarlo desde el punto de vista de la religión y, por tanto, asumir la idea de LEVY¹⁵ en relación a la existencia de un sistema probatorio primitivo cuya característica primordial es la apelación a las fuerzas divinas.

¹³ Arist. *Rhet.* I, 2, 1356 a

¹⁴ Evidentemente, la “no-racionalidad” se puede tener en cuenta fuera del fenómeno religioso, de modo que, según Seneca. *Ep.* 41, 8; 92, 1; 113, 17 se desprende que en nuestra alma hay dos componentes, uno “racional” y otro “no racional”, que lo configuran y que si bien el ser humano está dotado de razón, elemento cuya actividad determina la racionalidad de un acto, ocurre que no siempre se actúa con la razón pese a poseerla esencialmente. Asimismo Quint. *Inst.* 7, 3, 15; 2, 16, 16.

¹⁵ LEVY, *Le Evolution...*, pág. 3 el cual además de destacar que las pruebas cuya característica es la “no-racionalidad” constituyen un sistema, señala que éste no se da de modo unívoco sino que coexiste con un sistema de prueba racional.

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

2.2.-Aplicación de la “no-racionalidad” al fenómeno probatorio.

Una vez hemos delimitado lo que se entiende por “no-racional” procederemos en este punto a su concreción en el ámbito probatorio.

Desde el punto de vista de lo que podemos entender como prueba racional, podemos partir de una apreciación realizada por LEVY¹⁶ para quien lo que caracteriza esencialmente a las pruebas racionales es la inexistencia de cualquier cariz sobrenatural. En la órbita de este tipo de pruebas, como ya hemos apuntado antes, podemos encontrar aquellas pruebas que, según la terminología Aristotélica, se denominan *técnicas* (o argumentativas) y donde el papel de la razón es esencial, ya que no se trata de aportar pruebas creadas sino de crear las pruebas que permitan persuadir al juez¹⁷.

En este sentido, se constata la relación que existe, en el ámbito de la retórica, entre prueba y racionalidad y que fue abordado por la retórica aristotélica y por la *stoa*. Una manifestación de lo afirmado lo tenemos en un testimonio de Séneca¹⁸, el cual afirma que,

Superest ut rationalem partem philosophiae dividamus. Omnis oratio aut continua est aut inter respondentem et interrogantem discissa. Hanc dialektikon, illam rhtorikon”

de donde se deduce que el ámbito de lo razonable toca de lleno para Séneca el “discurso dialéctico” y por tanto se refiere al discurso (*oratio*) elaborado con la razón¹⁹.

¹⁶ LEVY *L'Évolution...* pág. 11, 13. Este modo de entender de LEVY fue asumido por LEVY-BRUHL, *Les Preuves Judiciaires en Aspects Sociologiques du Droit*, (Paris 1955), pág. 119 donde señala que las pruebas son racionales porque en ellas “*repose sur une connaissance plus claire des causes et des effets des phénomènes, et sur une désacralisation del esprit qui élimine en principe de la vie sociale toute influence surnaturelle*”; BROGGINI G., *La Prova nel Processo Romano Arcaico*, en *Coniectanea* (1960) pág. 135, ss en la medida en que entiende que la racionalidad probatoria se encuentra en los medios empleados. PORIER J., *La Preuve Judiciaire dans les Droits Coutumiers de l'Afrique Noire*, *RSJB* (1963) Vol. XVIII pág. 37 ss.

¹⁷ Arist. I, 2, 1356 a.

¹⁸ Séneca. *Ep.* 89, 16-17.

¹⁹ En este sentido Quint. *Inst.* 3, 5, 4 de quien se deduce que en orden al *Quibus contineatur ratio decidendi* que las cuestiones se dividen *aut in scripto aut in non scripto. In scripto sunt de iure in non scripto de re: illud legale, hoc rationale genus Hermágoras atque eum secuti vocant, id est nomikon et logikon*. En este sentido se observa que al referirse a Hermágoras está pensando en *rationale* como *logikon* lo que nos lleva a Cicerón el cual afirma en *Inv.* 1, 17-18 que *deinde considerandum est in ratione an in scripto sit controversia; nam scripti controversia est ea quae ex scriptionis genere nascitur... ratio est autem cum omnis quaestio non in scriptione, sed in aliqua argumentatione consistit*.

Por contraposición a esto, las pruebas sobrenaturales implican la creencia en una intervención divina en la decisión del litigio a través de medios que constituyen el cauce por el cual se manifestará la divinidad. Según este aspecto, la prueba “no-racional” se caracterizaría por constituir un medio procesal por el que se manifestará la divinidad, dirimiendo una situación dudosa, respecto de la cual el ser humano carece, por un lado, de la capacidad cognoscitiva de los fenómenos naturales y, por otro lado, de los medios materiales que le permitan constatar un hecho como cierto.

De este modo observamos que la cuestión referida a la “no-racionalidad” o “racionalidad” de la prueba es, más bien, una cuestión que se limita a los medios de prueba cuya práctica apreciará a favor de qué parte se supone que se inclina la voluntad divina.

Resulta interesante proceder a la neta separación entre lo que sería la prueba como “no-racional” o “racional” en cuanto a los medios y el juicio emitido por el juez. En este sentido, PUGLIESE no realiza, de un modo claro, esta distinción. Para este autor, la prueba es racional en la medida en que aporta al juez un dato de hecho idóneo para formar con otros datos un juicio lógico y natural.

La postura que sostiene PUGLIESE, en la medida en que relaciona la “racionalidad” o “no-racionalidad” con el juicio racional del juez, nos parece un poco confusa por una razón: si se produjese en una situación concreta la coexistencia de pruebas “no-racionales” y “rationales”, la valoración, que debe de realizar el juez, habrá de ser consecuente con la naturaleza del tipo de prueba practicada, ¿qué ocurriría en el caso de los *testimonia divina*²⁰? Estos *testimonia divina* coexistirían con otros medios de prueba racionales y, dado el valor que tiene la prueba “no-racional” como creencia en la manifestación de las fuerzas sobrehumanas, impediría al juez, si conociese las causas naturales que motivaron ese hecho, que se supone que es una manifestación de la divinidad, juzgar de forma coherente con su conocimiento y abandonar su razón a un juicio fundamentado en un dato, que carece de toda conexión con la realidad.

No obstante, hemos de reconocer que, normalmente, la práctica de una prueba no racional conlleva un juicio no racional por parte del juez²¹ el cual, arrastrado por la propia naturaleza de este tipo de prueba, se ve obligado a realizar una actuación puramente pasiva y mecánica, propia de este tipo de prueba.

²⁰ Cic. *Top.* 20, 77; Quint. *Inst.* 5, 7, 35.

²¹ LEVY, *L'Evolution...* pág. 12; POIRIER, *op. cit.* pág. 49 en donde dice que la ordalía constituye “*l'impissance du juge humain*”.

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

Sin embargo, somos de la opinión de que, por razones de claridad, es necesario separa la racionalidad o no de la prueba respecto de la del juicio.

Así pues, al referirnos a una prueba como “racional” estamos en un instrumento o medio técnico o lógico producto de una actividad humana, ajeno a cualquier tipo de creencia metafísica, que vaya más allá de la propia razón humana, y que permita concretar, de un modo más o menos aproximado, la realidad de un hecho que afirmamos que existe.

Por contraposición a la prueba “racional”, la prueba de tipo “no-racional” se caracteriza por estar vinculada, conforme a lo que acabamos de afirmar en el punto anterior, a la esfera de lo trascendente y, en particular, al fenómeno religioso.

Puede resultar significativa e ilustrativa la afirmación que realiza el Código de Siam²², y referida al apartado de dedicado a las pruebas “no-racionales”,

“Los dioses no se inclinan a favor de aquellos en los que el corazón es malvado o quienes son deshonestos”.

Es interesante esta disposición legal por tres razones:

Por un lado, destaca el elemento religioso como elemento caracterizador de este tipo de pruebas²³.

Por otro lado, ese elemento religioso tiene importancia en la medida en que, no sólo desempeña un papel pasivo, sino que se cree en una efectiva intervención de las fuerzas sobrenaturales a favor de aquellos que dicen la verdad²⁴.

Por último, observamos su importancia como medio de prueba en la medida en que, no es sólo producto o resquicio olvidado, sino que parece positivizado en el derecho de esta comunidad oriental²⁵.

²² LINGAT, R., *La Preuve dans l’Ancien droit Siamois*, en *RSJB* (1963) Vol. XVIII pág. 397 ss., quien recoge esta disposición “*Les dieux ne pechent pas en faveur de ceux dont le coeur est mauvais et qui ne sont pas honnêtes*”.

²³ DEKKERS, R., *Des Ordalies en Droit Romain* en *RIDA* (1948) Vol. I pág. 55 ss.

²⁴ DORSIFANG-SMETS, A., *Reflexions sur les Modes de Preuve dans l’Action Judiciaire des Societes dites Primitives* en *RSJB* (1963) Vol. 16 pág. 15 ss la cual señala que la intervención de las fuerzas sobrehumanas, no se produce “*non seulement pour témoigner, mais pour rendre la sentence...*”

²⁵ GLOTZ G. *L’ordalie dans la Grèce Primitive*, (Paris 1904 Reimp. New York 1979), pág. 3, donde destaca que las ordalías se aplicaba por voluntad privada de los particulares y que nunca fue objeto de regulación de modo que se mantuvo al margen de los jueces o de lo que sería el proceso establecido; Asimismo GAUDEMET, *op. cit.* pág. 119 destaca que incluso la ordalía podía ser usada fuera de las causas judiciales.

Según lo dicho hasta ahora, observamos cómo el elemento determinante por excelencia de este tipo de pruebas lo constituye esa cualidad subjetiva que consiste en la fuerte creencia en la intervención de las fuerzas divinas²⁶, las cuales actúan y tienen un protagonismo decisivo para decidir el conflicto en una sola prueba²⁷, que podría denominarse como “prueba global”,²⁸ porque por medio de ella se decide todo el proceso.

En este proceso indicado, es necesario señalar que la intervención de la divinidad se produce como consecuencia de una consulta humana²⁹.

²⁶ LEVY, *L'Evolution...* pág. 13 y en *Le Probleme de les Ordalies en Droit Romain*, en *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, (Milano 1956), Vol. II, 1956; LEVY-BRUHL, *Le Preuve chez les Primitifs*, en *RSJB* (1963) Vol. 18 pág. 5 SS, así en *Aspects Sociologiques ...* pág. 117 y en *La Preuve Judiciaire*, pág. 42; DORSIFANG-SMETS A., *op. cit.* pág. 30; PORIER, J., *op. cit.* pág. 39 y 49 ss quien señala que las pruebas no racionales (o como el las denomina *preuves transcendantes*) requieren la intervención *des puissances de l'invisible*.

²⁷ DIONISIO DE HALICARNASO, *Antiquitates Romanae* 2, 68-69, donde alude al caso de las vestales Aemilia y Tuccia, observándose cómo la supuesta manifestación de la divinidad constituye una prueba suficiente para desmontar toda la prueba de la acusación, imponiéndose en consecuencia una sentencia de inocencia. SAN AGUSTÍN *De Civ. Dei* X, 16, de donde se constata que como consecuencia de haber superado una prueba de agua (Tuccia) en ese caso es absuelta pese a todos los testimonios y argumentos los que, como reza el texto de D. H., pese a ser falsos, eran creíbles. FREZZA P., *Ordalia e "Legis Actio Sacramentum"*, en *AG* (1952) Vol. 11, pág. 83, ss, para quien la provocación recíproca de *sacramentum* constituye la aceptación implícita que una “*forza superiore alla loro decida la lite*”; LEVY, *Le Problème des Ordalies...* pág. 424; PUGLIESE, *op. cit.* pág. 387, donde señala que la consulta a los dioses “*si riflettava di necesssità, como unica e decisiva prova, nel giudizio che concludeva il processo*”. BONGERT, Y., *Le Probleme de la Preuve chez les Peuples de l'Ancienne Indochine Française*, en *RSJB* (1963) Vol. 18 pág. 461 ss, “*le recours aux forces occultes pour la solution d'un procès, ou ordalie...*”.

²⁸ LINGAT, *op. cit.* pág. 413 el cual alude a la prueba del plomo fundido practicada en Siam y que decide el conflicto únicamente por la mayor o menor cantidad de quemaduras producidas por el plomo fundido en las manos de las partes. Asimismo debemos entender el vocablo prueba usado en este caso en los términos de *epreuve*, vocablo usado para referirse a una prueba que debe ser superada, los cuales tienen un *parenté etymologie et historique* según DEKKERS, *op. cit.* pág. 57 nt. 5.

²⁹ En este punto resulta interesante siguiendo a LEVY, *Le Problème des Ordalies...* pág. 425 ss. del cual podemos decir que, junto con la imprecación que se realiza a los dioses para que se manifiesten, cabe la posibilidad de que se manifiesten por si solos, caso este que según LEVY, *L'Evolution...* pág. 23 donde señala

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

Si, como acabamos de señalar, las pruebas de tipo “no-racional” se caracterizan por la intrínseca unión con elemento religioso, resulta necesario que nos planteemos cuales son las causas que motivan el recurso a una prueba de este tipo.

Para LEVY-BRUHL³⁰, el uso de la prueba “no-racional” se encuentra en la propia falta de conocimiento de los fenómenos de la naturaleza y de las leyes del azar y de la causalidad por parte del ser humano. Consecuentemente con esta postura se puede justificar la opinión de IGLESIAS FERREIROS³¹ que “la ordalía³² reposa en la creencia general sobre la intervención de las divinidades”, de modo que la consecuencia derivada de esa falta de conocimiento es precisamente la creencia en una fuerza superior que rige y es responsable de todos los hechos de la naturaleza.

En otro orden de cosas precisa LEVY³³ una de las razones por las que se procede al uso de la prueba “no-racional” se encuentra en la propia falta de medios probatorios para determinar en un momento concreto lo que es cierto o no y, por tanto, lo que es justo o no³⁴.

que en este caso la manifestación constituye más una gracia que una prueba. En este punto estamos de acuerdo porque si esta se *produce* en el momento de la ejecución, no constituye una prueba en sentido estricto.

³⁰ LEVY-BRUHL, *Aspects Sociologiques ...* pág. 117 y el la *Preuve Judiciaire chez les Primitifs* en *RSJB* (1963) Vol. 16 pág. 6 ss donde se refiere a un desconocimiento del azar y del accidente

³¹ IGLESIA FERREIROS, *El Proceso del Conde de Vera* en *AHDE* (1981) Vol. LI pág. 1 ss. En este sentido, este carácter espiritual se puede justificar por el testimonio de LINGAT, *op. cit.* pág. 416, en relación a todo un formulario de tipo religioso que acompaña a la prueba. BRUNSCHVIG, R., *Le Systeme de la Preuve en Droit Musulman* en *RSJB* (1963) Vol. XVIII pág. 170. ss. donde refiriéndose al derecho musulmán, habla de una apelación, verbal, formal al juicio de Dios (*mubâhala*), esto es una execración recíproca.

³² El término *ordalía* entra perfectamente dentro de lo que se denominaría como prueba “no-racional” debido a que una ordalía no es más que un juicio de Dios, de modo que abarcaría a diversos medios por los que se produce ese juicio.

³³ LEVY, *L'Evolution...* pág. 17; DIONISIO DE HALICARNASO *Antiquitates Romanae* 2, 68 en donde se alude a la falta de pruebas en la investigación llevada a cabo por los pontífices que permitan absolver a la vestal.

³⁴ VANDERLINDEN, J., *Modes de Preuve du Droit Congolais Traditionnel et Jurisdictions Indigines Coloniales* en *RSJB* (1963) pág. 81 ss, en donde dice que “le tribunal de chefferie, incapable de se prononcer sur la réalité de l'adultère d'une femme mariée...” para referirse al uso de la prueba no racional. También en este sentido, HAMIDULLAH, M., *La Genese du Droit de la Preuve en el Islam*, en *RSJB*

A nuestro modo de ver no se trata de posturas contradictorias sino que son visiones diferentes y ciertas de un mismo fenómeno.

Por un lado, queda claro que la creencia en que los fenómenos naturales son manifestación de la voluntad divina es una consecuencia del propio desconocimiento de las leyes de la naturaleza, del azar o del accidente. Sin embargo, pese a que normalmente se usan formas religiosas rudimentarias y primitivas³⁵, no obstante, no podemos dejar de observar cómo estas mismas son utilizadas por culturas más evolucionadas (sociedades como la cristiana o las orientales no pueden ser consideradas como primitivas).

Es un dato constatado que el uso de este tipo de prueba ha sido utilizado por todas las culturas y que, como consecuencia del avance científico, se ha producido un progresivo desuso de las mismas.

Lo indicado hace que podamos pensar que una de las razones por las que se puede usar de la prueba “no-racional” fue la falta de medios probatorios que permitan demostrar la existencia de un hecho. Este aspecto, unido a la falta de conocimiento de los fenómenos de la naturaleza y su asociación al fenómeno religioso, hacen que tengamos todos los ingredientes necesarios para justificar la existencia de una prueba “no-racional”.

Por tanto, podemos concluir este punto señalando tres aspectos que nos parecen fundamentales para poder entender el fenómeno de la prueba “no-racional”:

Por un lado, hay que tener en cuenta que la prueba “no-racional” es un fenómeno jurídico-sociológico (o antropológico) propio de toda civilización, en especial, de las más arcaicas.

Por otro lado, si bien los sistemas de pruebas “no-racionales” y “racionales” son totalmente antagónicos, es posible su coexistencia.

En último lugar, hay que destacar que, si en la base de la “prueba no racional” se encuentra una fundamentación de tipo religioso, sin embargo, no debemos perder de vista que muchas veces, sin perder esa naturaleza, se acude a ellas ante la inexistencia de medios racionales que permitan aportar una solución al caso.

2.3 El juramento como prueba “no-racional”.

Resulta de especial interés, sobre todo para la romanística, el saber si el juramento fue una prueba “no-racional” o no. El interés radica en el he-

(1963) pág.187 ss, donde destaca la figurara del *kâhin*, quien por falta de medios de prueba, se contenta con convocar a los parientes y actuar según su habitual prueba de poderes ocultos.

³⁵ IGLESIA FERREIROS, *op. cit.* pág. 44

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

cho de que el procedimiento más antiguo, por el que se tutelan los derechos de una persona en Roma, (la *legis actio sacramento in rem*) contiene en su estructura el juramento y, por tanto, habrá que determinar si éste fue una prueba “no-racional” o no lo fue, lo que nos permitirá abrir una nueva vía para conocer tan misterioso y oscuro procedimiento.

a.- El juramento en la *legis actio sacramento in rem*: el juramento como invocación a la divinidad y el *sacramento* como su consecuencia.

El problema que nos planteamos no es la existencia o no del juramento en la acción de la ley que da título este subapartado, sino cómo la referencia que se hace al juramento es implícita, recogiendo tan sólo las consecuencias de lo que sería el falso juramento.

Si tenemos en cuenta la conocida descripción que realiza Gayo³⁶ de la *legis actio sacramento in rem*:

Deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, QUINQUAGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROVOCO.

la traducción del texto vendría a decir que el primero que reclamó diría: “como tú has reclamado sin derecho te desafío a una condena de quinientos ases”, a lo que la otra parte respondía utilizando idénticos términos.

A partir de este texto, observaremos la íntima relación entre juramento (como causa) y el *sacramento* (como consecuencia de un falso juramento), rechazando la identidad entre *sacramento* y juramento.

No es este el momento de abordar el valor que tiene el término *sacramento*, al que se refiere Gayo, desde un punto de vista jurídico así como su posible carácter probatorio en el proceso, pero sí el de su naturaleza en la medida en que, a nuestro parecer, está vinculado a la esfera religiosa.

Podemos argumentar que la referencia, que hace Gayo al *sacramento*, no es una referencia directa al juramento, sino tan sólo a las consecuencias del falso juramento.

Para justificar esto atendemos al texto de Festo³⁷,

Sacramento dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita actum est.

Esto es, que el *sacramento* es lo que se realiza por juramento a través de una consagración (*sacratio*).

Si analizamos etimológicamente el término *sacramento* observamos como *sacramentum* se deriva etimológicamente de *sacer*, en cuanto lo opuesto a lo pagano y perteneciente al mundo de lo divino³⁸.

³⁶ Gai 4, 16.

³⁷ Festo 424 23-24

³⁸ ERNOUT-MEILLET, voz *sacer*, *op. cit.* pág. 882-883; WALDE-HOFMANN, voz *sacer*, *op.cit.* pág. 459 ss en ambos se alude al *sacramentum* como la apuesta

Este es el resultado que deriva de la *sacratio*, acto por el que una cosa (*sacer res*) o una persona (*homo sacer*) adquieren la condición de *sacer*, por tanto, se separa del ámbito humano siendo atribuido a una divinidad.

Por lo indicado, el *homo sacer* sería alguien separado del grupo, ya que la *consecratio* conlleva el extrañamiento de algo o alguien del mundo humano, de la realidad humana³⁹.

Teniendo presente lo indicado, la morfología de la palabra *sacramentum* estaría formada por dos términos “*sacra*”-“*mentum*”⁴⁰, del primero hemos observado que es lo vinculado a lo divino a través de un acto de *consecratio*, siendo los pontífices los que determinan qué era sacro y qué no.

El sufijo *mentum* no es más que un modo de proceder a la substantiva-

procesal que se contiene en Gai 4 16. SANTALUCIA B., *Diritto e Processo Penale nella Antica Roma*, (Milano 1998), pág. 11 para quien el término *sacer* tiene una clara connotación religiosa pero con dos vertientes, una lo que él denomina como “*sacralità positiva*”, esto es, “*persona o cosa investita di una potenza che deve essere venerata*” y la “*sacralità negativa e cioè la persona o cosa impura, che deve essere esclusa dalla comunità o eliminata, a meno che possa essere purificata*”. Termina dando una definición general de lo sacro “*ciò che per natura o per atto consecratorio é sottratto ai rapporti umani e destinato a la divinità*”

³⁹ FIORI, R., *Homo Sacer*, (Napoli 1996), pág. 67; DE FRANCISCI *Primordia Civitatis* (Roma 1959), pág. 318 destaca que el perjurio debe ser eliminado de la comunidad a través de un acto de purificación. SANTALUCIA, *op. cit.* pág. 10, esto lleva a la conclusión de que si el juramento prestado en falso conlleva la *consecratio* de la persona a la divinidad y por tanto la consideración de la misma como *homo sacer* con el consiguiente abandono a la misma. Esto nos sitúa, siguiendo el pensamiento de esta autor en lo referente al *homo sacer*, en la esfera del derecho penal romano, al menos en lo tocante a la sanción, y por tanto en la esfera de aquellos actos que llevan consigo la alteración de la *pax deorum*, esto es de las relaciones entre lo divino y humano; CANTARELLA, E, *Los Suplicios capitales en Grecia y Roma* (Madrid 1996, trad. por BOUYSSOU, M. P.-GARCIA QUINTELA, M. V. de *I Supplizi Capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991), pág. 269, donde afirma que el *homo sacer* no debía ser inmolado sino que era ofrecido de modo que no sería una víctima grata a los dioses, de ahí que no pudiese ser inmolado y que la *sacrificatio* llevada a cabo como consecuencia de la *consecratio* no significaba la inmolación o la muerte, lo que supone que perjurio debió ser ofrecido en estos términos, es decir, abandonado no muerto, por ello dice Festo, voz *Sacer mons*, pág. 422-423, *At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur*; que el que mate a un *sacer* no comente parricidio, lo que justifica la opinión de CANTARELLA, al decir que el consagrado se convertía en víctima sacrificial sólo en un segundo momento.

⁴⁰ *Oxford Latin Dictionary*, voz *sacramentum*, (Oxford 1968), 1674-1675

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

ción de un verbo (*sacrare*⁴¹, esto es proceder a la consagración) y, por tanto, el término *sacramentum* expresa la acción cumplida derivada del verbo⁴² o estado *in facto esse*.

Resulta evidente que, después de lo expuesto, el juramento se realice a través de la mención de una divinidad⁴³.

No tendría sentido que fuese de otro modo si aceptamos que la consecuencia temida por un falso juramento sea una pena de tipo religioso. El que jura se automaldice en el caso de que lo que diga es falso⁴⁴.

Podemos afirmar que en Roma el juramento se realizaba invocando a una divinidad. De ello nos da testimonio Cicerón⁴⁵,

Quo modo autem tibi placebit IOVEM LAPIDEM IURARE, cum scias Iovem iratum esse nemini posse?”

Esto es lo que de algún modo permite considerar la definición que rea-

⁴¹ Livio 5, 25, 12 *eum praedam Veietanam publicando sacranque ad nihilum redigisse*; GAFFIOT, F., voz *sacro*, *Dictionnaire Illustré Latin Français* (Paris 1971).

⁴² ALBANESE *op. cit.* pág. 60 nt 207.

⁴³ Podemos tener en cuenta la opinión de LEVY, *L'Évolution ...* pág. 19 el cual afirma que el juramento implica una invocación a la divinidad; JACOB, R., *Le Jugement de Dieu et la Formation de la Fonction de Juger dans l'Historie Européene* en *Archives du Philosophie du Droit* (1995) Vol. 39 pág. 91 donde se dice que el juramento es “*une parole solennelle par laquelle une partie (acompgnée ou non de cojureurs) proclame la justesse de sa cause et lie à son assertion l'autorité d'une puissance surnaturelle*” de donde se destaca el hecho de que a través de un juramento una persona apela a las fuerzas sobrehumanas a fin de probar la verdad de sus palabras.

Evidentemente, resulta claro que en este caso se habla de invocación a las fuerzas trascendentes, pero lo que resulta claro es que esa apelación se produce como consecuencia de las creencias y los valores de una comunidad en un momento determinado. Es por ello que nada obsta a que en un momento, como dice LEVY *L'Évolution...* pág. 18 se pueda jurar por ejemplo por el honor. Todo dependerá de las creencias y de los valores de una sociedad en un momento determinado.

⁴⁴ POIRIER, *op. cit.* pág. 46 dice que “*le but du serment est gager la parole sur une vie.*”

⁴⁵ Cic. *ad Fam* 7, 12, 2 donde se testimonia la utilización del juramento en el ámbito civil. Así LATTE K., *Römische Religionsgeschichte*, (München 1970), pág. 122 nt. 4; FIORE *op. cit.* pág. 222. Pero no solo esto, sino que además existe en Roma la figura protectora de los juramentos tiene carácter divino; bien sea Júpiter, según HILD J. A., *DA* (1896) Vol. II, 2 pág. 1116; o bien la *Fides* según D'ORS A., *De Legibus* de Cicerón (Madrid 1953), pág. 131 nt. 360 y *Plut. Num.* 16 o un semidios, *Dius Fidius Semus Sancus* según DUMEZIL G., *Les Dieux Souverains des Indo-Européens* (Paris? 1977), pág. 157, 168; *Plut. Num.* 16, 1.

liza Festo, a la que acabamos de hacer mención⁴⁶, y por la cual se puede entender que el juramento, realizado mediante la invocación a una divinidad, tiene como consecuencia el consiguiente *sacramentum* (por el hecho de que una persona sea consagrada) en caso de que jure en falso⁴⁷, el juramento consistiría en este sentido en una mención, que se realizaría a la divinidad, afirmando por esa divinidad, ante la que se realizaría el juramento, que la cosa le pertenece a uno y no a otro, en el caso de que se realice un juramento en la *legis actio sacramento in rem*.

Así pues, si la mención de la divinidad se realiza a través del juramento y si la consecuencia derivada de un falso juramento es la consideración de *sacer*, observamos la íntima relación entre *iuris iurandi* y *sacramentum*, pero en ningún caso creemos que se identifican.

b.- El valor del juramento como prueba.

De todo lo dicho hasta este momento, observamos cómo el juramento constituye un fenómeno que, en Roma, implica una imprecación a la divinidad y cuya consecuencia, en caso de que se realice un falso juramento, es la consagración del perjurio y, por tanto, pasa a adquirir la condición de *sacer*.

Ahora bien, resulta interesante saber cual es la razón por la cual puede ser utilizada como medio de prueba, y más concretamente que pertenezca a la constelación de las pruebas “no-rationales”.

Para que pueda ser considerado como prueba debe proporcionar, como hemos afirmado inicialmente al referirnos al sentido etimológico, la confianza en un juez, la suficiente creencia en la auténtica existencia del hecho afirmado.

⁴⁶ Ver nt. 36.

⁴⁷ FIORE, *op. cit.* pág. 218 para quien la *exsecratio* no es mas que una *sacratio* condicionada a que se determine la falsedad del juramento y por tanto la definitiva *consecratio* y la adquisición de la condición de *sacer* por parte del que juró en falso; ALBANESE, *op. cit.* pág. 60-61. Para AMIRANTE L., *Il Giuramento*, (Napoli 1954), pág. 176-177, el *sacramentum* es propiamente un juramento y que la consecuencia derivada de un falso juramento es la *exsecratio*. A nuestro modo de ver resulta más coherente considerar al sacramento como una consecuencia que un juramento en sí mismo. La razón la podemos justificar por que el juramento es un modo de prueba no racional y ya, en la época de las XII Tablas, se acudía a testimonios como medio para constar ciertos actos y dotar a lo hechos de una constancia que en definitiva les permitiría conocer la verdad (en mayor o menor medida) y por tanto es de suponer que se utilizasen esos medios ya en la época de Gayo en la fase *apud iudicem* y de ahí la omisión al mismo quedando únicamente como *summa sacramenti*. FUENTESECA P., *Las Legis Actiones como Etapas del Derecho Romano AHDE* (1964) Vol. XXXIV pág. 209 ss

 SOBRE LA “NO-RACIONABILIDAD” DE LA PRUEBA...

El juramento no es más que una afirmación cuya fuerza radica en las garantías que ofrecen las palabras solemnes y formales que lo acompañan. La fuerza de dichas palabras dependerá del valor que una sociedad, en un momento determinado, les otorgue.

Así pues, se puede jurar por el honor, lo que supone que nos encontremos en un momento en el que lo que predomina son creencias y valores seculares, o se puede jurar, invocando a las fuerzas trascendentales, lo que supone que ese elemento subjetivo nos lleva a un mundo de creencias religiosas⁴⁸. Dependiendo del tipo de comunidad y de su convicción en los diferentes valores o creencias, se atribuirá a la afirmación realizada un cierto grado de veracidad.

Resulta pues esencial que determinemos, para poder entender el valor del juramento en una determinada sociedad, y en nuestro caso, en la Roma arcaica, cual es ese elemento subjetivo y su fuerza.

En nuestro caso, y de lo expuesto hasta este momento, observamos que el ámbito de las creencias a las que hemos de circunscribirnos es el de las creencias religiosas y, por ende, la invocación de lo trascendente. Ello es así, dada la relación que hemos observado entre la pronunciación de un juramento y la consecuencia derivada del falso juramento (*sacramento*).

Como hemos podido apreciar, dicha consecuencia nos lleva directamente al plano religioso y, por ello, podemos afirmar que, la invocación que se hace va dirigida a las fuerzas divinas.

Centrándonos pues en el ámbito de lo suprasensible y de las creencias en la intervención divina, el juramento implica una invocación a la divinidad⁴⁹ de forma que lo que afirmamos, aseguramos que es cierto, incluyendo una automaledicción para el caso en que lo que se diga fuese falso.

En este caso es precisamente el temor y la creencia en el posible castigo celestial que golpearía a los perjuros en este mundo, o en el más allá, lo que permite asegurar que lo afirmado es cierto⁵⁰. Es decir, nadie que cree realmente en la existencia de fuerzas sobrenaturales y su efectiva in-

⁴⁸ Ver nt. 41; LEVY, *L'Evolution....* pág. 19; LEVY-BRUHL, *La Preuve...* pág. 85, 88, 89 para quien se podía jurar, aunque a modo de excepción, sobre la familia o sobre el rey.

⁴⁹ LEVY, *L'Evolution....* pág. 19; LEVY-BRUHL, *La Preuve...* pág. 88, 89

⁵⁰ LEVY, *L'Evolution....* pág. 18; JACOB, *op. cit.* pág. 87; Una referencia curiosa a este supuesto castigo divino en caso de perjurio se observa en los Furs de Valencia en *De Sagrament de Calumnia* 17 verso *Aquell qui menyspreara la religio del sagrament, ço es ques perjurara assat es que nostre senyor sie venjador. Car abaste la pena del perjuri la qual spera de nostre Senyor.*

tervención en el mundo, se atrevería a provocarlas. Lo mismo que aquél que juzga, influido por dichas creencias, no puede pensar que alguien sea capaz de desencadenar la cólera de los dioses sobre sí mismo.

Como hemos visto en el apartado anterior se produce una estrecha relación entre el juramento y la esfera religiosa. No sólo por la consecuencia, sino también por la invocación que se hace a la divinidad, la cual personifica la *fides*⁵¹.

La relación que se establece, desde un punto de vista abstracto (esto es, no en una personificación divina) entre *fides* y el juramento se observa en Ovidio⁵²,

Heu ubi pacta fides? Ubi, quae iurare solebas?

Esto es, se establece una relación directa entre el juramento y la *fides* que de él se deriva. Esa *fides* entra de lleno en el ámbito de las creencias religiosas, lo que unido a la pena (*sacramento*), pena que, en principio era bastante grave, hace que pensemos que sea la confianza derivada de la creencia en ese castigo la que dota el juramento realizado con invocación de la divinidad, de las suficientes garantías para pensar que aquello que se afirma es cierto.

Prueba de la confianza que se derivaría de lo jurado se observaría en lo afirmado por Cicerón⁵³,

Nullum...vinculum ad adstrigendam fidem iureiurandum maiores artius esse voluerunt; id indicant leges in XII Tabulis

Por tanto, en este caso tenemos, por un lado, un medio, el juramento. Por otro lado, una invocación a la divinidad y una consecuencia de tipo religioso, lo que implica que atendamos a ese elemento no racional al que hacíamos referencia. Y, por último, su relación con la *fides*, lo que implica que podamos hablar de prueba.

⁵¹ Ver nt. 43 y así como Cic. *Off.* 3, 104 donde señala que “*Quis ius igitur iurandum violat, is Fidem violat*”

⁵² Ov. *Am.*, 3, 3, 2 y en *Fast.* 3, 485.

⁵³ Cic. *de Off.* 3, 31, 111.