MARÍA SALAZAR REVUELTA
Profesora de Derecho Romano. Universidad de Jaén

EL DERECHO PROBATORIO EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL *IUS COMMUNE*. ESPECIAL REFERENCIA A SU RECEPCIÓN EN ESPAÑA

I. Es muy difícil obviar el papel fundamental que ha jugado el Derecho canónico en el sistema procesal de la Recepción, si bien es posible observar la presencia, ya desde época alto-medieval, de prácticas populares diversas de estirpe germánica, así como el influjo de la tradición romana, muy presente –por lo que se refiere a nuestro derecho- en los fueros extensos.

Es, sin duda, a partir de la Recepción cuando en el seno del procedimiento se armonizan las fuentes justinianeas, las germánicas y las disposiciones pontificias, que conjugan, por un lado, los formalismos de los derechos romano y germánico y, por otro, el vitalismo religioso y espiritualista de principios como el de la *aequitas* canónica[1]. Es obvio, como tendremos ocasión de constatar en este estudio, que los primeros rasgos de la influencia canónica se muestran en el ámbito de la prueba vulgar, que estaba configurada como ordálica y rechazada por la Iglesia por su carácter supersticioso. Así, en fueros como el de Nájera, se castiga la práctica del

---

[1] Sobre las diferentes influencias *vid.*, MALDONADO, "Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español", *AHDE* (1.953), pp. 467-495; CHIOVENDA, *Romanismo y germanismo en el proceso civil. Ensayos*. Trad. esp. Buenos Aires 1.949, pp. 299-349; GALLEGO MOREL, "Influencia del derecho de la Iglesia en el derecho procesal", *Rev. de derecho procesal Iberoamericana* 2-3 (1.980), pp. 353-367; BIONDI, "Intorno alla romanità del processo civile moderno", *BIDR* 42 (1.934), pp. 356-431; WYNES MILLAR, *Los principios inspiradores del procedimiento civil*. Trad esp. Buenos Aires 1.945; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale* I-II. Milano 1.927.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

duelo y las pruebas del hierro y del agua; el de Palenzuela los elimina y el de Sahagún prohibe el combate judicial, siendo recogidos todos estos postulados en el *Decretum*[2].

Toda esta obra normativa de la Iglesia va a conformar el *Corpus Iuris Canonici*, que se convierte en una perfecta compilación, tanto desde el punto de vista procesal como penal, dado que, en nuestra opinión, el *Corpus* tiende más a la creación de una técnica formalista que va destinada a la aplicación del derecho, más que a una valorización ética o teológica[3].

Se advierte, sin embargo, a partir de la Alta Edad Media, como consecuencia de las invasiones bárbaras, la conjunción de las leyes germánicas sustanciales y procesales con el derecho romano-justinianeo.

Por lo que respecta a Europa y, concretamente, el caso de Italia, el pro-

---

[2] *Vid.* MALDONADO, "Líneas de influencia...", *cit.*, p. 471.

[3] La influencia del derecho de la Iglesia no sólo se empieza a sentir en la Baja Edad Media, sino que los emperadores cristianos apoyaron a los obispos para que actuasen en cuestiones de corrección y disciplina eclesiástica, admitiéndose, posteriormente, la jurisdicción civil de los mismos (*episcopalis audientia*), en materia civil por medio de un procedimiento de naturaleza arbitral para resolver litigios entre los laicos cristianos. *Vid.* VISMARA, *Episcopalis audientia*. Milano 1937; SALAZAR, *Dogmas y cánones de la Iglesia en el Derecho romano*. Madrid 1.954, pp. 298 ss.; CUENA BOY, *Episcopalis audientia. La justicia episcopal en las causas civiles entre los laicos*. Valladolid 1985. Igualmente, a partir de los Concilios visigodos (Concilio de Toledo III, c. 18; IV, c. 32) se otorga a los obispos una función inspectora sobre los jueces laicos, así como la *apellatio iudice suspectio*, a través de la cual, por vía legislativa, se les permitía a los obispos la corrección de sentencias civiles injustas pronunciadas por un comes (L.V,II,1,22 y 28. Ed. Zeumer). Esa influencia cristiana se deja sentir de manera muy fuerte en la cuestión de las ordalías o juicios de Dios, introduciéndose una ordalía cristiana -el *iudicium crucis*- y, asimismo, una cristianización en las fórmulas del juramento probatorio. *Vid.* ALVARADO, "Ordalías y Derecho en la España visigoda", *De la Antigüedad al Medievo. S. IV-VIII. IIIer Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sánchez Albornoz* (1.993), pp. 441-540. Aunque hemos de advertir que la tutela episcopal sobre decisiones judiciales de los magistrados seculares es una institución peculiar del reino visigodo que no tendrá una especial proyección en nuestro derecho histórico. *Vid.* MARTÍNEZ DÍEZ, G., "Función de inspección y vigilancia del episcopado sobre las autoridades seculares en el periodo visigodo católico", *REDC* 15 (1.960), pp. 579-589; ID., "La jurisdicción eclesiástica", *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia. Actas de las I Jornadas de Historia del Derecho*. Jaén 1996, p. 59.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

ceso germánico (lombardo-franco) no logra obtener un predominio completo, puesto que el sistema procesal romano justinianeo sigue siendo de aplicación general por los tribunales de la Iglesia, aunque pese a todo se llega a producir una fusión de los elementos germánicos con los romanos, lo que conlleva la elaboración de un sistema procesal fuertemente ligado al esquema romano-justinianeo[4]. Las causas de la implantación de este sistema radican, básicamente, en:

- El reflorecimiento de un nuevo modelo de vida surgido de los fenómenos político-sociales del urbanismo y de la formación de ciudades libres y dinámicas, contrapuestas a la estática organización feudal.
- El auge cultural en general y, en particular, de la cultura jurídica, gracias a la obra de glosadores y comentaristas que retoman el estudio de la Compilación justinianea, junto a los canonistas que, al interpretar el derecho de la Iglesia, estudian un derecho fuertemente influenciado por el justinianeo, según la máxima: *Ecclesia vivit lege romana*.

El nuevo sistema procesal romano-canónico va a suponer, por una parte, la contraposición al principio de oralidad, de inspiración germánica, dando un especial relieve a la escritura[5], y, por otra, va a traer consigo la dilución del desarrollo del proceso en muchísimas etapas o fases[6]. Estas fases procesales han sido magistralmente descritas por Jacobo de las

---

4 *Vid.* CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile* (2ª ed.). Napoli 1.935, pp. 95-96.

5 Es, por tanto, la oralidad germánica, en la práctica, el producto de aquéllos que, no sabiendo utilizar el instrumento de la escritura, están constreñidos a prescindir de este importante y útil medio de comunicación. Como afirma GOODY, *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*. Trad. esp. Álvarez Puente. Madrid 1.990, p. 176: "la escritura no afecta únicamente a las fuentes del derecho y al razonamiento legal, sino también a la organización del derecho, pues la relación del derecho con la sociedad se formaliza con el advenimiento de la escritura".

6 *Vid.* BIONDI, "Intorno alla romanità...", *cit.*, pp. 356-431. Del texto decretal (II, ca. 2 q. 1): *quod nullus sine iudiciario ordine damnari valeat*, surgen los denominados *Ordines iudicarii*. Se trata de un género literario dirigido a la docencia y a la aplicación práctica en el que se expone ordenadamente el proceso, mostrando sus rasgos esenciales. Entre la literatura destaca la *Summa ordinis iudiciorum* de Ricardo Anglico, el *Ordo* de Tancredo y el *speculum iudiciale* de Guillermo Durantis. Para una exposición más detallada *Cfr.* MALDONADO, "Líneas de influencia...", *cit.*, pp. 474-475.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Leyes[7], para quien "todos los pleytos puedesen partir en none tiempos". El primero "es quando el home faz chamar a otro quele faga derecho". El segundo: "quando uienen las partes antel iuyz". El tercero: "quando el lamado dire algunas excepciones o defensiones porque se delonga el pleyto". El cuarto "es: quando se comienca el pleyto". El quinto "es quando deuen las partes aiurar de colunpuia o de direz uerdat". El sexto "es quando las partes rrazonan sobre las prouas e sobre todo el pleyto e pieden sentencia... y "el nono tienpo es el tienpo de la sentencia".

Además, es en el proceso romano-común donde se produce una auténtica transformación en la cuestión de la valoración de las pruebas. Así, al arraigo germánico del duelo y la ordalía[8], se va contraponiendo un sistema de prueba legal con unas mayores dosis de seguridad y certeza. Un ejemplo gráfico lo encontramos en la prueba de testigos, donde dos testigos varones valían como prueba vinculante, pero para dar prueba de cier-

---

[7] *Summa de los none tienpos de los pleytos*. pp. 379-380. Dicha obra ha sido calificada de catecismo procesal. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario*. Madrid 1.982, pp. 23-24.

[8] También encontramos el sistema ordálico de prueba en el proceso penal del más antiguo Derecho romano. Así, los procedimientos penales inquisitorios se apoyan en "pruebas naturales" como la *poena cullei*, la suspensión del *arbor infelix*, el suplicio del fuego, el enterramiento de la vestal culpable o la *deiectio e saxo Tarpeio*, pruebas en las que se esconden verdaderas penas. Sobre los medios de prueba ordálicos en el particular derecho romano arcaico, *vid.* LÉVY, J. Ph., "Le problème des ordalies en droit romain", *Studi De Francisci* 2 (1.956), p. 427 nt. 4, con amplia bibliografía; GROSSO, "Monarchia, *provocatio* e processo popolare", *Studi De Francisci* 2 (1.956), pp. 3 ss.; ID., "*Provocatio* per la perduellio, *provocatio sacramento* e ordalia", *BIDR* 63 (1.960), pp. 213 ss. Estos medios probatorios, entendidos como "sobrenaturales", junto con el *sacramentum* o el *iusiurandum*, desaparecen en cuanto el control de la colectividad se realiza a través de medios racionales de prueba, como los testigos o el documento. A partir de este momento la consulta a la divinidad se hará del todo innecesaria y las decisiones judiciales se basarán en operaciones racionales y opiniones humanas, en suma, se apoyarán en *probationes* "no artificiales", aunque va a ser siempre difícil que el *iudex* se sustraiga a elementos de naturaleza irracional, tales como la fama de las personas, rumores, la opinión pública..., esto es, a valoraciones sociales y emotivas. *Vid.* BROGGINI, "La prova nel processo romano arcaico", *Jus* 11 (1.960), pp. 348 ss.; LÉVY, J. Ph., "La formation de la théorie romaine des preuves", *Studi Solazzi* (Napoli 1.948), pp. 418 ss.; PUGLIESE, "La prova nel processo romano classico", *Jus* 11 (1.960), pp. 386 ss.; ID., *Il processo civile romano. I. Le "legis actiones"*. Roma 1.962, pp. 414-418; GIULIANI, "Il concetto classico di prova: la prova come *argumentum*", *Jus* 10 (1.959), pp. 425 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

tos actos se necesitaban tres, cinco o siete testigos. Igualmente, los siervos, los amigos y parientes de la parte y la parte misma no podían testimoniar e, incluso, el testimonio del noble prevalecía sobre el del no noble, el del clérigo sobre el del laico y el del cristiano sobre el del judío.

Es evidente que este sistema, contemplado desde nuestras actuales perspectivas puede resultar anacrónico, pero a los ojos de la época (siglos XII, XIII, XIV) aparece profundamente innovador y moderno, dado que los duelos y los juicios de Dios eran sustituidos por elementos más racionales y humanos, como el número de testigos, su condición social, sexo, edad, situación económica, fe religiosa y honorabilidad[9].

El sistema de la prueba legal es, por tanto, fruto de una fusión y transformación de elementos germánicos que resultan inservibles a una sociedad evolucionada, junto con elementos romanos cuyo núcleo fundamental es el formalismo, nacido de una profunda exigencia social anhelante de justicia y libertad. A ello se debe incorporar el triunfo de la escritura que se remonta a una Decretal de 1.216 debida al Papa Inocencio III[10], donde se reafirma el principio: *Quod non est in actis non est in mundo*, en la misma línea que el principio que determina la nulidad de la sentencia si ésta no aparece fundamentada. Como señala Maldonado[11]: "en Italia, a partir del siglo XII, se conforma un modo de actuación judicial al que se da el nombre de *processus*, muy elaborado en su doctrina y en su técnica; un sistema procesal, que se asienta en materiales justinianeos y algunos germánicos, pero con un espíritu nuevo que le da una fisonomía específica, construido por los canonistas y las decretales de los Papas para los tribunales canónicos y que se extiende también a los tribunales civiles". Pero, sobre todo, en materia de prueba predomina un sistema formal, si bien más leve en el *Decretum* y, más acusado en las Decretales[12].

---

9 *Vid.* COUTURE, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, *Estudios de Derecho procesal civil II. Pruebas en materia civil.* (Buenos Aires 1.949), pp. 197-198.

10 *Decretales Gregorii IX. Liber II. tit. XIX de probationibus, cap. XI.*

11 *Derecho canónico y Derecho civil*, *Derecho canónico.* I. EUNSA. Pamplona 1.974, p. 144.

12 MALDONADO, "Líneas de influencia...", *cit.*, pp. 476-477, nt. 63, quien realiza un análisis exhaustivo de los muchos trazos procesales que tienen un origen canónico, resaltando como principios procesales canónicos que van a incidir en el procedimiento civil los siguientes: la escritura introducida para corregir el excesivo arbitrio y con el objeto de poder elevar actuaciones, la mediatividad que da lugar en la práctica a la posibilidad de delegar el examen de los testigos por parte

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Por lo que respecta a la influencia romana, las bases fundamentales de los procedimientos continentales modernos se asientan en el proceso postclásico y bizantino[13], alejándose, por tanto, del derecho clásico. Estos procesos son esenciales en la formación del romano-común, pero no sólamente en las áreas de influencia continental, sino además en el ámbito procedimental anglosajón de la *Equity*. La recepción es, por consiguiente, la del procedimiento extraordinario, que supuso, en Roma, la superación de un derecho creado por los pretores y sus *edicta*, a través de la superposición de un derecho de naturaleza estatutaria de directa emanación del emperador, que va a incidir sobre el procedimiento formulario en el ámbito del sistema probatorio, comenzando a perfilarse los primeros signos de un método numérico y apriorístico de valoración de las pruebas, acompañado de una creciente desconfianza hacia la pueba testifical a favor de la prueba escrita[14].

Hemos de tener muy presente que, en el derecho romano postclásico y en el justinianeo, la progresiva desvalorización de la prueba de testigos se debe a una fenomenología de decadencia cultural, debido, ante todo, a una transformación de los valores, como un dique de contención contra injusticias y abusos llevados a cabo por parte de los jueces y terceros[15].

II. A partir del siglo XII el proceso romano-común se empieza a introducir en España por obra de los juristas y su literatura. Por su parte, los estudiantes de Bolonia son vehículos para la recepción del Derecho procesal. La literatura jurídica incluye géneros como las *Summae* y las

---

del juez a los funcionarios subordinados, la presentación por las partes del material del proceso, el impulso procesal y el poder de dirección judicial en manos del juez que puede interrogar a las partes en cualquier momento, el trato especialmente favorable atribuido al arbitraje y a la conciliación, la división del proceso en una serie de términos o fases cerradas preclusivas, la creación de la citación *per edictum*, la especial evolución del *iudicium* en reveldía, la teoría de la pericia como auxiliar del juez, la construcción de la teoría de la *res iudicata* desviándose del criterio de verdad formal y fundando su eficacia en el hecho de haberse agotado los grados de jurisdicción, la administración de justicia gratuita, el predominio del sistema formal en la prueba, además de la práctica del examen secreto de los testigos, así como la evolución de la confesión que se convierte en *optima regina probatorum*.

13 *Vid.* BIONDI, "Intorno alla romanità...", *cit.*, pp. 356 ss.

14 Y es que la valoración de las pruebas que en derecho clásico remitía a la conciencia del juez, se somete a una serie de reglas. *Vid.* ARCHI, "La prova nel diritto del Basso Impero", *IVRA* 12 (1.961) pp. 1 ss.; ZILETTI, "Studi sulle prove nel diritto giustinianeo", *BIDR* 67 (1.964) pp. 167 ss.

15 *Vid.* CHIOVENDA, *Romanismo y germanismo...cit.*, p. 202.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Doctrinales ordines iudicarii, así como los *Libelli instructionis advocatorum*. Figura importante es Jacobo de la Leyes, de quien se conservan tres obras: "Flores del Derecho", que es un compendio de derecho procesal, donde se pone de manifiesto el renacimiento del Derecho romano en la tercera Partida; "Doctrinal", entendida como un autoplagio, pues sigue literalmente a las Partidas -obra en la que participó- y, por último, la "Summa de los none tienpos de los pleytos" de la que hemos dado cuenta anteriormente[16].

Una de las obras donde se muestra muy claramente la influencia de la literatura del *Ius Commune* son las Partidas, existiendo la sólida determinación de que la tercera Partida o, al menos la parte procesal de ella, se encomendó a Jacobo de las Leyes[17]. Pero, como pone de manifiesto Pérez Prendes[18]: "la elaboración del proceso que se recoge en las Partidas es acusadamente teórica, como resulta lógico dada sus fuentes de inspiración y de recepción y quizás ello fuese la causa del desenvolvimiento de un elevado número de vicios y malos usos forenses". Es evidente que la tercera Partida va a gravitar durante siglos en la evolución histórica del proceso en España, llegando muy viva hasta el siglo XIX a través de las diferentes recopilaciones[19].

Dos momentos podemos considerar importantes de cara a la consolidación del procedimiento en el derecho histórico español: por un lado, la ineficacia del proceso romano-común, que obliga a crear un nuevo tipo de procedimiento denominado "plenario rápido", de inspiración claramente canónica en base a la *Breve Pisani Communis*, promulgada en 1.286 y que no tiene la difusión que posteriormente encontramos, por otro lado, con la *Clementina Saepe contiguit*, celebre constitución del Papa Clemente V, publicada en 1.306, creando el *plenarius procesus*, empleado para toda clase de negocios en base a una abreviación de los actos procesales, puesto que el proceso común ordinario, a causa de su formalismo, se fue haciendo largo, complicado y difícil[20].

---

16 *Vid.* UREÑA y BONILLA, *Obras del maestro Jacobo de las Leyes jurisconsulto del siglo III*. Madrid 1.924.

17 *Vid.* PÉREZ MARTÍN, "El *ordo iudiciarius ad summariam notitiam* y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana", *Historia, instituciones y documentos* 8 (1.981), pp. 195-266; 9 (1.982), pp. 327-423; MALDONADO, "Líneas de influencia...", *cit.*, p. 483.

18 *Interpretación histórica del Derecho*. Madrid 1.996, p. 1.049.

19 *Vid.* MONTERO AROCA, J., *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario*. Madrid 1.982, p. 25.

20 En torno a las diferencias entre ambos procesos, *vid.* FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona 1.953.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Así pues, los principios fundamentales de esta nueva forma de proceso, tal como expresa Montero Aroca[21], se pueden sintetizar en los siguientes:

- Supresión de formalidades superfluas.
- Conversión del juez en director del proceso, pudiendo rechazar testigos cuando su número es excesivo por constituir su testimonio una mera reiteración.
- Suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad.
- Acortamiento de los plazos y predominio de la oralidad frente a la escritura.

Esta nueva formulación procesal tiene su origen en Italia y su recepción en España queda reflejada en las Partidas. Veamos algunos ejemplos:

P. VI,1,32: *Como son tenudos los apportellados de los logares de guardar e de amparar su derecho a los pelegrinos e a los romeros.*

Todos los judgadores e officiales de nuestro Sennorio, mandamos, que sennaladamente, sean tenudos, cada vno dellos, en su logar: de guardar, e amparar, a los pelegrinos, e los romeros, que non resciban tuerto, nin danno, en sus personas, nin en sus cosas, en fecho de los romeros: assi como sobre dichas son. E de mas desto, les mandamos, que si acaeciere, que algunos romeros, o los herederos dellos, que vinieren por razon de sus testamentos, o de sus bienes ante ellos, que los oyan luego, e los libren lo mas ayna, e lo mejor que pudieren, e sopieren, sin escatima e sin alongamiento. De manera que su romeria, nin su derecho, non se les embargue, por alongança de pleytos escatimosos, nin en otra manera que ser pueda.

La Partida trata de la tutela jurídica a los peregrinos y a sus herederos, en la medida en que los jueces y oficiales del reino los protegerán, despachando sus negocios lo mejor y lo más pronto que puedan, haciendo lo mismo con sus herederos en las reclamaciones que hagan por razón de sus testamentos o de sus bienes.

P. IV, 19,7: *Que deue ser guardado, quando el fijo demanda al padre, que le prouea: e el niega que non es su fijo.*

Raazonando se alguno por fijo de otro: e demandando quel criasse, e proueyesse delo que era menester, podria acaescer, que este a tal, que negaria que non era su fijo: porque no lo criasse, o por auentura dezir loya de verdad, que non seria su fijo. E porende quando tal dubda acaesciere, el juez de aquel lugar, de su oficio deue saber llanamente, e sin

[21] *Análisis crítico...cit.*, p. 27; ID., *Introdución al Derecho procesal*. Madrid 1.979, p. 251; FAIRÉN, *Ibid.*, p. 44. También es clásico, BRIEGLEB, H. K., *Einleitung in die Theorie der summarischen Processe*. Leipzig 1.859, pp. 34 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

alogamiento, non guardando la forma del juyzio, que deue ser guardado en los otros pleytos, si es su fijo de quel por cuyo se razona, o non, E esto deue fer catado, por fama de los de aquel lugar: o por qualquier manera otra: que lo pueda saber: o por la jura de aquel que se razona por su fijo, E si fallare por algunas señales, que es su fijo: deue mandar al otro que lo crie e lo prouea. E maguer el juez mande prouuer a este atal, assi com sobredicho es, saluo finca su derecho, a qualquier de las partes, para prouar si es su fijo, o non.

El texto manifiesta que en las contiendas sobre paternidad, a la hora de determinar la filiación, se ha de incitar al juez para que averigue la verdad brevemente y sin guardar la forma del juicio. Por último, en la siguiente ley, se tratan los supuestos en que se debe oír y sentenciar de plano.

P. III,22,7: *Quales pleytos deue librar el judgador por sentencia llanamente maguer non sepa por rayz la verdad dellos.*

Además, dicho procedimiento ha tenido una especial recepción en la legislación mercantil, donde Hevia de Bolaños[22], al describirlo, hace constantes referencias a la *Saepe*, por ejemplo, en relación a la demanda, al decir que no debería tener una forma determinada, conteniendo sólo la narración del hecho y, asimismo, en cuanto al momento de recepción del pleito a prueba, al desaparecer la mayor parte de las pruebas o reglas legales de valoración.

---

22 *Curia Filipica* II.1, ed. 1.725 (F. Del Hierro), cap. 15, pp. 196 ss. En las "Ordenanzas del consulado del mar" resuenan los ecos de la *Saepe*, muy en especial, en el capítulo XXXVI. Por su parte, en los procesos modernos, las figuras típicas en que se ha proyectado la *Saepe* son: los juicios de menor cuantía y verbales, puesto que hay un predominio de la forma oral, abreviación de trámites y una mayor simplificación, resumiéndose los actos procesales a la demanda y a la contestación. En nuestro Derecho histórico, estos deseos de abreviar se plasman en la Novísima Recopilación XI,14,2, donde se limitan las informaciones en derecho, que se reducen a dos por cada parte; XI,15,2, donde no se precisan tres rebeldías para finalizar el pleito, bastando simplemente una. *Cfr.* MONTERO, *Análisis crítico...cit.*, p. 30. Igualmente, en las Partidas (III,22,6) se observa la existencia de un juicio verbal de cuantía no superior a diez maravedís. *Vid.* sobre Hevia a LOHMANN, "En torno a Juan Hevia Bolaños", *AHDE* (1.961), pp. 121-161. Para BIONDI, "Intorno alla romanità...", *cit.*, p. 421, un proceso sumario empieza a desarrollarse en el Bajo Imperio sin requerir, en algunos supuestos, la solemnidad de la *litis denuntiatio* (C. Th. 2,4,3; 8,15,6; 2,4,6), incluso la duración general de dos años del procedimiento ordinario se abrevia (C. Th. 10,1,4). En definitiva, según Biondi, el Derecho romano ofrece testimonios que confirman la existencia de un proceso sumario muy breve con las formalidades reducidas al mínimo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Es, sobre todo, a partir del reinado de los Reyes Católicos cuando a través de diferentes normativas se toman medidas conducentes a abreviar los pleitos[23], instaurando, concretamente, un sistema de pruebas legales y tasadas en favor de la seguridad jurídica[24].

En definitiva, la *Saepe* produce una intensa recepción tanto en la legislación mercantil, como en la civil. Los mismos Reyes Católicos, por Real Cédula de 21 de Julio de 1.494, conceden jurisdicción al prior y cónsules de la Universidad de Mercaderes de Burgos para que conozcan de los pleitos entre éstos y "para que lo libren e determinen breve y sumariamente, según estilo de mercaderes sin dar luengas, nin dilaciones nin plazos"[25].

Anteriormente a la recepción del Derecho Común, el sistema procesal seguido por los tribunales del Alto Medievo difería bastante del procedimiento *extra ordinem* de la época postclásica romana, ya que el procedimiento era oral, con un uso muy restringido de los documentos escritos, prevaleciendo, asimismo, la intervención popular en la administración de justicia. Las causas y litigios eran una cuestión entre las partes, en los que el papel sostenido por la autoridad legal estaba limitado a un control meramente formal y a la simple confirmación de la parte vencedora en el litigio. Naturalmente, las pruebas eran, por lo general, irracionales[26].

Sin embargo, en el ámbito penal se empieza a desarrollar, a finales del siglo XII, el procedimiento *per inquisitio*. Esta modalidad se utiliza en todos los supuestos de delitos graves. El centro de este modelo procesal es la fase instructoria e informativa confiada al magistrado inquisidor, quien activa el proceso, realiza las indagaciones y pronuncia la sentencia[27]. En este procedimiento las declaraciones de los testigos se convierten en el momento fundamental del mismo. La declaración se realizaba de manera separada y, superada esta fase, se redactaba por escrito la deposición del testigo, comunicándose a las partes. Evidentemente, la escritura prolongaba excesivamente la primera fase del proceso[28].

---

23 Ordenanzas de Madrid de 1.499. Asimismo, las promulgadas en la misma ciudad (4-XII-1502) y las de Alcalá de Henares de 17 de Enero de 1.503. Sobre la Pragmática de 1.499, *vid.* MORENO CASADO, J., *Dos incunables jurídicos en la biblioteca universitaria de Granada*. Ed. facsimilar. Granada 1.993.

24 *Vid.* VILLAPALOS SALAS, *Justicia y monarquía*. Madrid 1.997, pp. 314-315.

25 Nueva Recopilación III,12,1.

26 *Vid.* CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*. Bologna 1.995, pp. 46-47.

27 *Vid.* LEVY, J, Ph., "Le probleme de la preuve dans les droits savants du Moyen Age", *Récuil de la Société J. Bodin* 2 (1.965), p. 197.

28 G. ALESSI, "Processo penale (Diritto intermedio)", *EdD* 36, p. 376.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

En términos generales, podemos advertir cómo todo el desarrollo del proceso romano-común va unido a la implantación de una serie de principios, entre ellos el de publicidad que, en materia probatoria, tiene gran incidencia, sobre todo, en relación al carácter público de la prueba de testigos. El texto fundamental del que partimos es una constitución de Zenón, contenida en C.4,20,14:

Nullum penitus, quum semel ad iudicem quemlibet, licet non suum, dicendi gratia testimonium fuerit ingressus, dicendi gratia testimonium fuerit ingressus, armatam forte militiam vel quamlibet aliam fori praescriptionem ad evadendum iudicis motum, quem vel testimonii verborum improbitas vel rei qualitas flagitaverit, posse praetendere praecipimus, sed omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, separato et tanquam ante iudicium interim deposito exceptionis fori privilegio, huiusmodi praesidio denudatos, ita iudicantis intrare secretum, ut, quicunque aures eius offenderint, non dubitent, sibimet formidandum; data cunctis iudicibus, absque ullo praescriptionis obstaculo (sicut saepe dictum est), in testes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animadvertendi licentia.

Una interpretación bastante retorcida de la misma, llevada a cabo por los canonistas medievales, llevó a entender que la práctica de tomar declaraciones a los testigos debería realizarse de manera secreta. Así se manifiesta en P. III,16,27:

...E porende dezimos que el judgador deue embiar su carta al juez de aquel logar, do moran los testigos, e rogarle que reciba los dichos dellos, e los faga escreuir, e sellar de su sello de manera que ninguna de las partes non pueda faber lo que los testigos dixeron, e despues que assi lo ouiere fecho que gelos embie...

La razón de esta falta de publicidad puede estribar en que el inciso *testis intrare iudicii secretum* significa simplemente que los testigos y las partes entraban en un lugar cerrado con el *iudex*, pero nunca se realiza el examen y las deposiciones en secreto. Únicamente, opera un cambio en torno al lugar de la administración de justicia. Así, en sus inicios, los juicios se hacían en el foro y, posteriormente, no en lugares abiertos, sino en locales cerrados denominados "basílicas". Por tanto, una mala interpretación del texto de Zenón es la causa por la que se introduce el secreto relativo a la prueba testifical en el proceso intermedio de la Edad Media[29].

---

[29] *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil* I. Madrid 1.975, pp. 22-224.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

III. Pasemos a continuación al análisis de algunos medios probatorios que se fueron configurando en el proceso romano-común. Destacaremos, en primer lugar, la tortura, cuya regulación encontramos en el Derecho romano, en concreto, en D. 48,18 (*De quaestionibus*) y en C. 9,41, ya que en *criminibus cruendis quaestio adhiberi solet*[30], es decir, para descubrir algunos delitos se suele aplicar tormento. Igualmente, se recogen disposiciones sobre la tortura en el Código Teodosiano y, posteriormente, aparece en el *Liber Iudiciorum*[31].

A partir de la Baja Edad Media, como consecuencia de la recepción del Derecho romano, se generaliza el uso de la tortura, tanto en los derechos seculares, como en el canónico[32]. Los textos del Decreto de Graciano y de las Decretales de Gregorio IX elevan la tortura a medio de prueba del *Ius Commune*. La implantación de este tipo de prueba es consecuencia de un sistema fundamentado en la teoría de las pruebas legales, en la que no se le exige al juez que logre su convicción a través de los hechos. Dicho sistema se difunde por toda Italia, gracias a los estatutos municipales y en toda Europa se acentuó en diferentes legislaciones reales. Por lo que respecta a España, en Cataluña no se admitía la tortura en el ámbito normativo[33], siendo sólamente recepcionada en la práctica de los tribunales, a través de los juristas formados en las enseñanzas del Derecho romano y el Derecho canónico.

En lo referente a Aragón, Jaime II, en la *Declaratio generalis privilegii*, prohibe la tortura, excepto para el delito de falsificación de moneda[34]. En cuanto al derecho castellano, la tortura penetra a través de las

30 D. 48,18,1.

31 Sobre la tortura, *vid.* FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria* I y II. Milano 1.953; MARTÍNEZ DÍEZ G., "La tortura judicial en la legislación histórica", *AHDE* 32 (1.962), pp. 223-230. *Vid.*, asimismo, la contribución de TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*. Barcelona 1.994.

32 En el proceso inquisitivo penal canónico se admitió la tortura especialmente regulada por la bula *ad extirpanda* de Inocencio IV, en 1.252.

33 Desde la perspectiva normativa tenemos pocos exponentes en Cataluña. Su desarrollo es, más bien, doctrinal. *Vid.*, entre otros, a PEGUERA, L., *Practica criminalis*. Barcelona 1603, cap. 12 & 9-13, fols. 69-79, quien defiende criterios más o menos benévolos a favor del reo, sintetizados por TOMÁS Y VALIENTE, *Ibid.*, pp. 212-213, de la siguiente manera: a) la tortura era prueba subsidiaria aplicable tan sólo cuando no hubiera otros medios de prueba; b) la apelación impuesta contra la tortura producía el efecto suspensivo hasta que fuera resuelta; c) si a la tercera tortura y confesión, el reo no se ratificaba debería ser absuelto.

34 TOMÁS Y VALIENTE, *Ibidem* p. 210.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Partidas (P.VII,30)[35], regulándose de una forma muy pormenorizada y firme. El sistema de las Partidas fue completado, en sus lagunas, por la doctrina. La intensidad con la que se desarrolla obedece al creciente fortalecimiento del poder real. De ahí que, en el futuro, se tomasen muchas de las disposiciones de las Partidas con una base romano-canónica, puesto que eran las que más convenían al poder real. Sin embargo, en los otros reinos, la limitación de la tortura se debe a que existen diversas fuerzas socio-políticas, como la nobleza o la burguesía, que actúan frente al poder real como contrapeso, equilibrando el modelo constitucional[36].

La tortura, por último, recibió un desarrollo importante en el procedimiento inquisitorial. Así, la bula *ad extirpanda* encomendó la ejecución de la tortura a laicos, para evitar que pudiesen caer en tacha canónica de irregularidad los miembros del Santo Oficio, en caso de que se produjera la muerte del torturado[37].

Otro medio importante es la prueba testifical, aceptada por el *Liber Iudiciorum*. En el Derecho canónico ya se determinaba el número y las condiciones de los testigos con una serie de reglas aritméticas sobre el resultado, hasta el punto que la declaración unánime de dos testigos idóneos hacía prueba plena. El principio del derecho común *testis unus, testis nullus*[38], que recoge, en nuestro ordenamiento histórico, la Partida

---

35 MARTÍNEZ DÍEZ, G., "La tortura...", *cit.*, pp. 223 ss., señala entre las fuentes romanas inspiradoras de las Partidas, las siguientes: C. 9,22,1 (P. VII,30,2); D. 22,5,21 (P. VII,30,7).

36 MARTÍNEZ DÍEZ, G., "La tortura...", *cit.*, pp. 223 ss., llama la atención sobre el hecho de que la tortura es desconocida en el Fuero Real, de inspiración tradicional, mientras es recogida en el Espéculo y en las Partidas; estas últimas restauran sin originalidad ninguna el sistema romano de tortura, siguiendo en todo los preceptos del derecho común tal y como los habían elaborado romanistas y canonistas de los siglos XII y XIII, volviendo las espaldas a las tradiciones jurídicas nacionales y en contradicción incluso con la moderación cristiana que empapa todas las Partidas. *Vid.* PÉREZ MARTÍN, "Fuentes romanas en las Partidas", *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo* 4 (1.992), p. 232.

37 Un análisis del procedimiento inquisitorial se encuentra en PÉREZ PRENDES, "El procedimiento inquisitorial (esquema y significado)", en *Inquisición y conversos* (AA. VV.). Toledo 1.993, pp. 148-189.

38 Sobre la formación del principio en el Derecho común y su especial recepción en nuestro derecho de las Partidas, *vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, *El principio "testis unus testis nullus" en el derecho procesal español*. Madrid 1.979, pp. 31 ss. y 101 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

III,16,32[39], tiene, sin embargo su precedente en el derecho romano postclásico[40] y, en concreto, en una constitución de Constantino del 334, contenida en C. 4,20,9,1[41], recepcionada con sus particularidades por Justiniano, quien prescribió un número mínimo de testigos en determinadas circunstancias [42]. Si bien estas prescripciones no supusieron, en ningún caso, reglas taxativas ya que, verificado el número mínimo de testigos, la valoración de la prueba quedaba confiada a la plena discrecionalidad del *iudex*[43] Ahora bien, para la concepción medieval de la prueba, la regla *unus*

---

[39] *Quantos testigos ha menester para prouar en cada pleyto.*

[40] Dicho principio es postclásico, si bien con raíces bíblicas que se pueden observar en Deuteromonio 19,15 y 17,6; Números 35,30. Igualmente, D'ORS, "El Código de Eurico", *Estudios Visigóticos* 2 (Madrid 1.960), p. 237 nt. 796, cita el evangelio de San Mateo 18,16. Esta adopción de la regla en el Nuevo Testamento (San Mateo 18,16; San Juan 8,17; Epístolas de San Pablo a los corintios 2,16,1) se debe, en opinión de FERNÁNDEZ ESPINAR, *Ibid.*, pp. 12-13, a la recepción de los textos bíblicos tanto en los cánones apostólicos (74), como en las constituciones apostólicas (2,1,53); y del Nuevo Testamento lo toman textos importantes como Las Etimologías de San Isidoro de Sevilla (*Et.* 5,24,29) y las Actas del Concilio de Braga del año 572, texto recogido en la *Colletio Canonica Hispana* (Concilio II de Braga a. 572, c. 8). La regla *unus testis, nullus testis* no estuvo en vigor en el procedimiento formulario; antes bien, un solo testigo podía valer más que diez de ellos, pues era la conciencia del juez la que debía de apreciar la importancia atribuible a la deposición de los testigos. Los testimonios, por tanto, se pesaban, no se contaban (*Vid.* SCIALOJA. *Procedimiento...cit.*, pp. 392 ss.). De esta manera, en el derecho clásico reinaba una libertad amplísima que constituía la regla de todo el juicio. Consiguientemente, la máxima consistente en que el testimonio de un solo testigo carece de valor probatorio, cualquiera que sea la calidad de la persona que lo preste y la credibilidad que merezca, es postclásica; no obstante, a pesar de la defensa de su clasicismo hecha por LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani.* Milano 1.938, pp. 542 ss. *Vid.*, sin embargo, los razonamientos dados por PUGLIESE, "Il concetto...", *cit.*, pp. 410-411 o ZILLETTI, "Sul valore probatorio della testimonianza nella *cognitio extra ordinem*", *SDHI* 29 (1.963), pp. 141 ss.

[41] *Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatur admitii. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat. Vid.* VOLTERRA, "Intorno ad alcune costituzioni di Costantino", *Rend. Accad. Lincei* VIII, 13 (1.958) fasc. 3-4, pp. 67 ss.

[42] Nov. 90. *Vid.*, también, Nov. 72,1-2; Nov. 73,9-10 y C. 4,2,17.

[43] *Vid.* PROVERA, G., "Rc. a SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess. Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte.* München, Beck, 1.969", *Ivra* 21 (1.970), p. 220.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

testis, nullus testis va a imponer un criterio aritmético de la prueba y va a suponer el punto de partida para la introducción de un sistema de pruebas legales, ligado a la estructura del proceso inquisitorio, basado sobre el secreto y la tortura[44]. Por otro lado, en el proceso romano-común la limitación de las personas que podían actuar como testigos es antigua. Las tachas de los testigos eran numerosas (en Durante alcazaban hasta 96)[45]. Los glosadores, también, sintieron una especial preocupación, sobre todo, en lo referente a la fuerza vinculante de la prueba testifical, de forma que Azón entendió que el testimonio efectuado por dos testigos hábiles alcanzaba una verdad procesal de mayor calado que la contenida en documento.

En España, diversos fueros municipales se ocuparon de los testigos, pero de su lectura puede deducirse el poco uso y escaso prestigio de este medio de prueba, hasta el punto que, cuando se habla de testigos, es para referirse al falso testimonio[46]. Aunque el punto culminante de este medio de prueba se encuentra en el título XVI de la tercera Partida con sus cuarenta y dos leyes referentes a los testigos. En este amplio título se definen los testigos (P. III,16,1), se establece el momento en que deben ser recibidos después de contestada la demanda (P. III,16,2),se reglamenta la manera de exigir juramento antes de recibir el testimonio (P. III,16,23), también se determinan las incapacidades para testimoniar (P. III,16,8), así como la manera en la que han de ser preguntados los testigos (P. III,16,28) y se expresa cuántos se precisan para probar en un pleito: *Dos testigos que sean de buena fama e que sean atales, que los no puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes* (P. III, 16,32). Fuera de la tercera Partida, concretamente en P. VII,16,27 se recoge, en parte, la norma promulgada por Justiniano, en el año 527 (C. 4,20,16), en la que se establecía la obligatoriedad de testimoniar bajo juramento tanto en los procesos penales acusatorios, como en los civiles[47], de la que se excluía a las personas *illustres* o *spectabilis*[48].

---

44 Tal y como ha sido puesto de manifiesto por VICENTI, U., "*Duo genera sunt testium*". *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano.* Padova 1.989, p. 225, basándose en GIULIANI, "Il concetto...", *cit.*, pp. 427 ss.; ID., "Prova (filosofia)", *EdD* 37 (Milano 1.988). *Vid.*, asimismo, CORDERO, *Guida alla procedura penale*. Torino 1.986, pp. 322 ss.

45 En torno a la inhabilitación y tachas en nuestro derecho actual, *vid.* artículos 1.246-1.247 Cc. y 660 de la L.E.C.

46 *Vid.* Fuero de Alba de Tormes, p. 69; Fuero de Estella, p. 26.

47 En relación a estos últimos ha observado ARIAS BONET, "Prueba testifical y *obvagulatio* en el antiguo derecho romano", *Studi De Francisci* 1 (Milano 1.956),

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

C. 4,20,16: *Constitutio iubet, non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi testimonium perhibere cum iuramenti praestatione de his, quae novit, vel iurare, se nihil compertum habere, exceptis personis, quae lege prohibentur testimonium dicere, et illustribus, et his, qui illustres antecedunt, nisi sacra forma interveniat; et si quidem in regia urbe testes habitent, eos propria voce testimonium ferre, si vero non adfuerint, mitti procuratores partium, ut deponant, quae noverint, vel deierent, quae ignorant, iisdem scilicet personis et in testimonio, quod in actis fit, exceptis.*

La constitución justinianea, además, dispone que los testigos deben deponer de viva voz[49], siempre que vivan en la ciudad donde se desarrollaba el proceso, en caso contrario prestarán su testimonio ante el presidente o defensor de la ciudad en la que residieran, en presencia de los procuradores de las partes[50]. En esto último difieren las Partidas, en cuanto que, en ellas, se determina que el testimonio ha de ser secreto[51].

---

p. 292, que los textos jurídicos que aparecen ordenando este juramento promisorio "son constituciones imperiales del periodo cristiano y ello hace creer a algunos que fue Constantino el primero en imponer el juramento a los testigos en las causas civiles. La naturaleza del *iudicium* clásico romano se acomoda mal con la idea de que el *iudex* , para formar su convicción, no pudiese conceder credibilidad a un *testis iniuratus*. Serían en otro caso innecesarias las exhortaciones de Cicerón al juez Pisón: *Tibi vero, Piso, diu deliberandum et concoquendum est, utrum potius Chaereae iniurato in sua lite, an Manilio et Luscio iuratis in alieno judicio credas* (*Pro Rosc.* 15). Acaso fue tardía la imposición del juramento como obligatorio, no obstante lo cual la previa prestación del mismo sería lo acostumbrado".

[48] Salvo, como determina PROVERA, "Rc. a SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess...*", *cit.*, p. 220, orden contraria del emperador.

[49] La norma justinianea, en opinión de RASCÓN GARCÍA, *Manual de Derecho romano*. Madrid 1.996, p. 318, "...se explica como intento de recuperar el valor que la prueba testifical había tenido, cuya trascendencia había sido relegada por la prueba documental".

[50] Lo que concuerda con el principio justinianeo sobre la necesidad u obligatoriedad de la testificación. *Vid.* ZILLETTI, "Studi sulle prove nel diritto giustinianeo", *BIDR* 67 (1.964), pp. 195 ss. Acerca del procedimiento de asunción de la prueba testifical en el caso de *testes absentes* SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (trad. esp. de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redin) Buenos Aires 1.954, p. 395, admite erróneamente que la deposición podía realizarse ante la sola presencia de las partes. La necesidad, sin embargo, de la presencia del juez del lugar en el que la prueba ha de ser admitida, se recaba, sin duda, no sólo de C. 4,20,16, sino también de C. 4,21,18 y Nov. 90,5.

[51] La práctica de examinar a los testigos separadamente y en secreto se debe a

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

P. III,16,27: *Caecer podria algunas vezes que los testigos que alguos ouiessen aduzir para prouar sus pleytos que non serian en aquel logar en que el pleyto se començara por demanda, e por respuesta. E porende dezimos que el judgador deue embiar su carta al juez de aquel logar, do moran los testigos, e rogarle que reciba los dichos dellos, e los faga escreuir, e sellar de su sello de manera que ninguna de las partes non pueda saber lo que los testigos dixeron, e despues que assi lo ouiere fecho que gelos embie. E mandamos que el juez del logar, do los testigos moraren que sea tenudo de lo fazer assi, fueras ende si el pleyto fuere atal de que podiesse nacer muerte, o perdimiento de miembro, o echamiento de tierra. Ca entonce tenemos por bien, e mandamos que el juez que ha de judgar el pleyto el por si mismo reciba los testigos, e non otro.*

Digno de consideración a este respecto es el Ordenamiento de Alcalá, cuyo título X se refiere a la prueba de testigos, muy en especial sus leyes 2ª y 3ª, relativas a los testigos que deben recibirse y al plazo que debe darse a los testigos de "fuera del reino o allende los mares". Estas dos leyes pasarán a la Nueva Recopilación[52]. Pero, en definitiva, la regulación de este tipo de prueba tiene una importante conexión con el Derecho canónico, así la Margarita (XIII,4) recoge una decretal de Gregorio IX (L. D. II,20,2) donde se afirma que los testigos serán examinados por la parte contraria[53].

Sin duda, el testimonio, como destaca Lalinde[54]: "Sin alcanzar nunca una valoración tan alta como la de la confesión o el juramento en algunas épocas, es, sin embargo la prueba subjetiva de mayor éxito históricamente, soportando mejor que aquéllas la competencia de los medios objetivos".

En una línea análoga, la prueba pericial viene a encontrarse con la de testigos, considerando a los peritos de una forma muy semejante a los testigos (*ratio testimonium*), si bien con la facultad de emitir dictámenes (*votum, conclussiones*)[55].

---

influencia del Derecho canónico. Como ha observado SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale* I. Milano 1.925, pp. 269 ss., la legislación carolingia ya adoptó la *discussio testium* por parte del juez, disciplinándola cuidadosamente y excluyendo la asistencia de las partes.

52 *Vid.* PÉREZ MATEOS, T., "El valor de la prueba testifical en las Partidas", *Actas del II Congreso Internacional de Derecho romano. (Ourense 16,17 y18 de abril de 1.998).* Vigo 1.998, pp. 297-303; LÉVY, J. Ph., "La formation...", *cit.*, pp. 418-438; FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio...cit.*, p. 108.

53 *Vid.* MALDONADO, "Líneas de influencia...", *cit.*, p. 487.

54 *Iniciación histórica al Derecho español.* (reimp. Barcelona 1.983), p. 913.

55 Fuero Real II,8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

En cuanto a la prueba documental, al escrito se le da el nombre de *instrumentum*. Denominación romana que alude al documento escrito como medio de prueba[56]. En efecto, en Roma, bajo esta palabra se comprendieron toda clase de pruebas de carácter documental. Consiguientemente, las *testationes* [57], extraordinariamente difundidas desde el siglo I a.C. (Tácito, *Dial. de orat.* 36,7), se incluyeron en este término genérico[58].

---

[56] Así, se define la palabra *instrumenta* en D. 22,4,1 (*Paulus, lib. II. Sententiarum*): *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur.* En el mismo sentido se expresa Constantino en C.4,21,15 (*Imp. Constantinus A. ad populum*): *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. Vid.*, al respecto, sobre el concepto y el valor de la escritura en el Derecho privado romano, entre otros, RICCOBONO, "*Stipulatio* ed *instrumentum* nel diritto giustinianeo", *ZSS* 43 (1.922), pp. 262 ss.; MESSINA VITRANO, "La *litterarum obligatio* nel diritto giustinianeo", *AG* 80 (1.908), pp. 94 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano* I. Napoli 1.949, pp. 328 ss.; ID. "Le tavolette cerate ercolanesi e il contratto letterale", *Studi Redenti* 1 (Milano 1.951), pp. 109 ss.; "Les tablettes d'*Hercolanum*", *Studi epigrafici e papirologici a cura di L. Bove* (Napoli 1.974), pp. 30 ss.; APPERT, G., "Sur l'evolution du contrat litteral et sur la place qu'il a tenue chez les romains", *RHD* 1.932, pp. 619 ss.; ÁLVAREZ SUÁREZ, "Los orígenes de la contratación escrita", *Anales de la Academia Matritense del notariado* 4 (1.946), pp. 78 ss.; PUGLIESE, "L'istrumenti *scriptorium* nei monumenti pompeiani ed ercolanesi", *Pompeiana. Raccolta di studi per il secondo centenario degli scavi di Pompei* (Napoli 1.950), pp. 274 ss.; BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*. Milano 1.956, pp. 455-456; DE VISSCHER, "D'une clause de style gréco-égyptienne à la stipulation écrite", *BIDR* 63 (1.960), pp. 19 ss.; THIELMANN, *Die römische Privatauktion*. Berlin 1.961, pp. 117 ss.; FEENSTRA, "L'epistula comme preuve d'une stipulation", *Studi Betti* 2 (1.962), pp. 412 ss.; STANOJEVIC, "Les tablettes d'*Hercolanum* et l'*expensilatio*", *Ivra* 13 (1962), pp. 57 ss.; TALAMANCA, "Documento e documentazione", *EdD* 13 (1.964), pp. 548-561; D'ORS, A., "Documentos y notarios en el derecho romano postclásico", *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios jurídicos* 1 (Madrid 1.964), pp. 81-164; TOMULESCU, "Der *contractus litteris* in den *tabulae Herculanenses*", *Labeo* 15 (1.969) pp. 285 ss.; NÚÑEZ LAGOS, "Documento en Roma", *RDN* 68 (1.970), pp. 518 ss.; ID. "Hechos y derechos en el documento público", *Estudios de derecho notarial* 1 (Madrid 1.986), pp. 517 ss.; AMELOTTI, "Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho romano", *Anales de la Academia Matritense del notariado*. 29 (1.987), pp. 136 ss.; CREMADES, "El contrato literal", *Estudios Murga* (Madrid 1.994), pp. 519 ss.

[57] *Vid.* v. *Testatio* en HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*.

[58] Ejemplos concretos se encuentran claramente en las tablillas de Herculano relativas al proceso de Justa, tal y como ha puesto de manifiesto PUGLIESE, "La

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

En las Partidas aparece un amplio tratamiento de la cuestión. Así, en la Partida III,18 queda delimitada la rúbrica *De las escrituras por que se prueuan los pleytos*, reconociéndose el valor probatorio de los escritos (P. III,18,1), así como el conjunto de documentos que deben ser desechados (P. III,18,37-39). Igualmente, en el Fuero Real (II,9,2) se hace referencia a la prueba documental, aduciéndose que la parte debe mostrar el documento a la otra parte y darle copia para que pueda impugnar la escritura. Esta práctica se observa ya en el procedimiento cognitorio romano, en el que se va asumiendo paulatinamente la idea de que el juez puede constreñir directamente a una de las partes a presentar determinados documentos a su adversario para su instrucción[59]. Bien es verdad que, en la sociedad alto medieval, la mayor parte de los actos jurídicos se formalizan oralmente, sin necesidad de acudir a la escritura. Pero ello no era óbice para que se hiciera necesaria la redacción de un documento, en donde se acreditase el *titulum* o derecho que se tenía sobre las cosas[60].

En nuestro derecho histórico, la prueba documental se centra en la distinción entre documentos (*instrumenta*) públicos (*publica*) y privados (*privata*), otorgándose un mayor valor a los primeros que, en caso de reunir todas las formalidades necesarias constituyen *probatio probata*[61]. En el caso de contradicciones entre documentos, se recurría al criterio consistente en que el documento válido es el que está apoyado por los testigos[62],

---

prova...", *cit.*, p. 407. *Vid.*, asimismo, ARANGIO-RUIZ, "Nuove osservazioni sul processo di Giusta", *La parola del passato* 3 (1.948), pp. 155 ss.; PIGANIOL, "Observations sur le procès de Justa", *Studi Paoli* (Firenze 1.954), p. 565.

59 *Vid.*, al respecto, las consideraciones de FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano.* Pamplona 1.969, pp. 72 ss. y 483, en particular, en relación con la *editio instrumentorum.*

60 *Vid.* GARCÍA GALLO, "Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII", *Estudios de Historia del Derecho privado.* Sevilla 1.982, p. 392; GARCÍA LARRAGUETA, S., "La prueba documental en el derecho medieval aragonés", *AHDE* 48 (1.978), pp. 457-485.

61 Estos documentos de naturaleza pública ya gozaban de preferencia en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem.* Entre los mismos, destacaban los redactados por *scriniarii* y *officiales*, considerados como categoría especial y privilegiada de documentos, así como aquellos otros que, aun sin provenir de una oficina pública, eran igualmente calificados de *instrumenta publice confecta* (C. 8,17,11,1; C. 1,4,27,1; C. 4,29,23,1; Nov. 73,5) porque eran redactados por *tabelliones. Vid.* MURGA GENER, *Derecho romano clásico.* II. *El proceso.* Zaragoza 1.983, p. 382.

62 Fuero Real II,9; Partidas III,18,111; III,18,118-121. *Vid.* PÉREZ PRENDES, *Interpretación histórica del derecho.* Madrid 1.996, p. 1.055.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

proveniente del derecho justinianeo que concedía a los documentos avalados al menos por tres personas el mismo valor probatorio de los redactados por *tabelliones*[63].

En suma, la preferencia por este medio probatorio pronto se deja sentir en la Alta Edad Media y en la Edad sucesiva[64], en menoscabo de la prueba testifical[65]. Esta afirmación descansa en el hecho de un cambio en el ideal de justicia y en las concepciones éticas y sociales de la época. La expansión del tráfico y el renovado interés por los valores debían, necesariamente, comportar toda una nueva orientación procesal, ya separada de

---

63 C. 4,2,17 (a. 528).

64 Encontramos antecedentes de esta preferencia en la transición del Principado al Dominado, que terminan en la declaración del valor decididamente superior de la prueba documental respecto a la testifical, con la que abre Justiniano el título vigésimo del libro IV del *Codex* (C. 4,20,1). En torno a esta evolución en el derecho del Bajo Imperio, con sus oscilaciones y contradicciones, *vid.* ARCHI, "La prova nel diritto del Basso-Impero", *Ivra* 12 (1.961), pp. 1 ss.

65 La decadencia de esta última se puede observar, en opinión de DE ROBERTIS, "Sulla funzionalità della prova per testimoni", *Scritti varii di Diritto romano* 1 (Bari 1.987), pp. 414-415, en una serie de factores como son: la concesión, por parte de la legislación carolingia de la facultad de contraprueba, es decir, de contraponer testimonio a testimonio, la imposición a los testigos del juramento, considerado esencial para su credibilidad, las disposiciones que prohiben tomar testimonio a quien no hubiera poseído "*widrigeld et proprium*", la diferente valoración de las deposiciones según la *qualitas* de los testigos, la exclusión de la prueba testifical en materias de particular gravedad o delicada, la extensión de las causas de incapacidad para testimoniar, llegándose incluso a veces a los amigos, miembros de la misma asociación profesional, pobres, personas "viles" y acusadas de infamia (concretamente, sobre las causas de inhabilitación para ser testigo en el proceso penal, *vid.*, SCHNAPPER, "*Testes inhabiles*. Les temoins reprochables dans l'ancien droit penal", *RIDA* III,3 (1956), pp. 591 ss., especialmente), el requerimiento de un número mayor de testimonios, en función evidentemente compensatoria en el caso de sospecha sobre su imparcialidad y la decadencia, en fin, de la "prueba a futura memoria" si dentro de un año no se hubieran comunicado los resultados a la contraparte o no se hubiera dado inicio a la *litis* (Cfr. DEL GIUDICE, "Storia della procedura", *Storia del diritto italiano* 1 (Milano 1.902), p. 388 y II, p. 190).

66 Por el contrario, en el derecho canónico, como pone de relieve BONNET, P. A., "Prova (dir. can.)", *EdD* 37 (1.988), p. 691: "...fin da epoca medievale, si è data la preferenza alla prova testimoniale, cha ha sempre goduto di una singolare considerazione nella procedura ecclesiale, non per la sua maggiore veridicità rispetto agli altri strumenti probatori, ma in ragione della necessità di accertare in giudizio un gran numero di elementi fattuali che vedono l'uomo protagonista".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

actitudes espirituales, a lo que contribuye el gradual cese de la religiosidad primitiva y la renovación de la clase dirigente. Esta nueva orientación de pensamiento se traduce, en el ámbito procesal, en el abandono progresivo del sistema de prueba legal para dar paso al de libre apreciación de la prueba por parte del juez. De esta manera, también se recoge la insuficiencia de la prueba de testigos[66], en algunos supuestos que se han proyectado en nuestro ordenamiento civil[67], e, igualmente, se le atribuye fe al documento privado reconocido[68]. Son, pues, dos ejemplos de un predominio de la legalidad de la prueba[69] que, a lo largo de la historia, se atenúa dando paso a la libre apreciación judicial en detrimento de las normas legales de prueba, de origen romano-canónico. Consiguientemente, en nuestro ordenamiento jurídico, también se viene a reconocer, expresamente, el principio de libertad en la apreciación de las pruebas[70], aunque en las bases romano-canónicas del proceso predominara un sistema de prueba tasada, quedando perfilada la idea de "prueba plena". En un grado inferior a ésta, se situó la "prueba semiplena", establecida por un testigo o un *instrumentum*, sin bien el conjunto de dos pruebas semiplenas equivalía a una plena[71].

En el Derecho Común, por tanto, se va afirmando, progresivamente, un sistema de legalidad que trata de desterrar algunos medios probatorios

---

67 Artículo 1.248 Cc.

68 Artículo 1.255 Cc.

69 Los glosadores y comentaristas medievales toman los principios del derecho justinianeo, pero sobre éstos elaboran un sistema estricto de pruebas legales. Así, sostiene LÉVY, J. Ph., *"Dignitas, gravitas, auctoritas testium"*, *Studi Biondi* 2 (Milano 1.965), p. 93 nt. 564: "... Tancrède et Bartole disent qu'il faut peser chaque témoignage d'après la *dignitas* du témoin, et Bartole écrit: «*dignitas est praeferenda numero testium*». Mais toutes ces déclarations de principes sont annihilées par des règles trop précises sur l'ordre de préférence des témoignages et des preuves. Un nombre minimum de témoins est exigé pour combattre un écrit. Sur ces questions, v. Notre *Hiérarchie des preuves dans le Droit savant du Moyen Age*, 1.940, 70, n. 17 et 18; 72, n. 28; 85, n.4. L'esprit de géométrie a tué l'esprit de finesse".

70 Arts. 609,632,659.1 L.E.C.; 1.239 Cc.; *Vid.* GALLEGO MORELL, "Influencia del derecho de la Iglesia...", *cit.*, p. 362.

71 Canónicamente, BONNET, P. A., *Ibid.*, p. 680, ha definido la prueba plena como "tale da convincere il giudice per sé stessa (prova libera) o, più raramente, in forza della stesse legge (prova legale)" y, en cambio, la prueba semiplena como aquélla "incapace di causare un tale risultato", si bien acepta que "...dall'insieme di molte prove *semiplenae*...può determinarsi nel giudice una posizione di certezza tale da causare la decisione guidiziaria".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

anteriores como la ordalía, lo que fue especialmente difícil en los contextos rurales, donde ésta última se encontraba fuertemente arraigada[72].

Mención aparte merece el tema del juramento, que en el *Ius Commune* actuaba como medio supletorio de prueba, en defecto de otros medios probatorios, pero con claros efectos liberadores[73]. En un principio tuvo un valor decisorio[74], se sacaba de la fase probatoria y se aseveraba a una confesión judicial, alcanzando un gran valor el "juramento de calumnia" con la finalidad de prometer una gestión procesal correcta. Una configuración semejante de este juramento se encuentra en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto de la presentación morosa y tardía de documentos fuera del término preclusivo[75]. Además, en el sistema jurídico actual, la denominada confesión judicial es, en esencia, un interrogatorio jurado de parte, en el que, según su resultado, se sigue adelante o no, con mayor o menor amplitud, puesto que no hace falta probar los hechos confesados[76].

El juramento adquirió, así, una gran relevancia, ante todo por la mediación divina. De hecho, algunos textos medievales confirman que se prestaba ante el sacerdote: *et facias juramentum...per manum bonorum sacerdotum*[77]. Los fueros castellanos, por su parte, lo refuerzan aún más, supeditándolo a que fuera por escrito[78].

---

[72] En relación a los orígenes y desarrollo de la ordalía como medio de prueba *vid*. ALVARADO PLANAS, "Ordalías y Derecho...", *cit*

[73] *Vid*. MERÊA, P., "Nota sobre la *Lex Visigoth.* II,I,23 (juramento subsidiario)", *AHDE* 21-22 (1.951-1.952), pp. 1.163-1.168. Este carácter subsidiario también se manifiesta en el juramento de otras culturas antiguas, como, por ejemplo, queda manifestado en las Leyes de Manú: "en los asuntos en que no hay testigos, no pudiendo darse cuenta preferentemente el juez de que lado está la verdad, puede llegar a conocerla por medio del juramento" (art. 109), el cual no debe pronunciarse "en vano aun por cosas de poca monta, pues el que jura en vano está perdido de este mundo y en el otro" (art. 111), *Leyes de Manú*, trad. de J. España, ed. Bergua, Madrid 1.965.

[74] *Vid*. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*. Palermo 1.913, pp. 87 ss.; AMIRANTE, *Il giuramento*. Napoli 1.954, pp. 190 ss.

[75] Artículo 506.2 L.E.C.

[76] *Vid*. HERRERA BRAVO-AGUILAR ROS, *Derecho romano-Derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*. Granada 1.994, p. 74.

[77] Fuero de León, p. 40.

[78] Sobre la regulación en los diferentes Fueros, *vid*. BENEYTO, *Instituciones de derecho histórico español*. Barcelona 1.930, pp. 286-287. *Vid*, asimismo, GARCÍA GONZÁLEZ, J., "El juramento de manquadra", *AHDE* 25 (1.955), pp. 211-255; MERÊA, P., "Juramento purgatorio e duelo nos foros municipais", *BFDC* 38 (1.962), pp. 29-41.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

IV. Por consiguiente, el fenómeno de la Recepción, por lo que respecta a los medios de prueba, se caracteriza por su racionalización; y su afianzamiento es fruto de la elaboración doctrinal de canonistas y civilistas. De ahí que un estudio general sobre las distintas pruebas, en el sistema procesal de la recepción en nuestro derecho histórico, requiera una aproximación a la tercera Partida[79]. Pero, además, la estructura procesal romano-común presenta una serie de particularidades que lo distancian del proceso alto medieval. Así, se advierte, de una manera nítida, la distinción entre proceso civil y penal, diferenciación que se percibía de una forma clara en las Decretales de Gregorio IX con la contraposición *iudicia*, *crimen*. Esta separación marca la evolución del proceso civil y penal[80], aunque existirán aspectos comunes a ambos procesos en diversas fases, muy condicionadas por el formalismo.

Ya a finales de la Edad Media castellana, una vez producida la recepción del Derecho romano, en lo que respecta al procedimiento penal, se impone el sistema inquisitivo que resultaba el más usual en las causas criminales. Su fundamento está, pues, en el Derecho romano y en las prácticas de la Iglesia. Se trataba de un procedimiento iniciado por el rey o un funcionario, de oficio, es decir, a instancia pública[81], usándose como medio probatorio más habitual la pesquisa, entendida como indagación oficial acerca de los antecedentes jurídicos de una determinada cuestión litigiosa[82].

La utilización de la pesquisa como medio probatorio estuvo muy extendida en los reinos cristianos de España y encontró grandes semejanzas con otros tipos de prueba que se realizaron en el reino de los francos en relación con los bienes del Estado e, igualmente, en Alemania e Inglaterra con los juicios posesorios[83].

---

79 *Vid.* MARTÍN RETORTILLO y BAQUER, S., "Notas para un estudio de la prueba en la tercera Partida", *Argensola. Revista de estudios oscenses* (Huesca 1.956), pp. 101-122. También, para el proceso alto medieval caracterizado por su naturaleza ordálica y sacral, *vid.* LÓPEZ ORTIZ, "El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica", *AHDE* 14 (1.942-43), pp. 184-226.

80 Sobre esta evolución *vid.* ALONSO ROMERO, M. P., *Historia del proceso penal ordinario en Castilla (s. XIII-XVIII)*. Salamanca 1.979.

81 En relación a este procedimiento, *vid.* LÓPEZ ORTIZ, "El proceso...", *cit.*, pp. 184 ss. y ALONSO ROMERO , M. P., *Ibidem*.

82 *Vid.* CERDÁ RUÍZ-FUNES, J., "En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el derecho castellano-leonés de la Edad Media", *AHDE* 32 (1.962), pp. 483-517. Asimismo, EVELYN. S. PROCTER, *El uso judicial de la pesquisa en León y Castilla (1.157-1.369)*. Granada 1.978.

83 EVELYN, S. PROCTER, *Ibidem*, p. 8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278

Posteriormente, se extendió a casos civiles. Así, era usual los litigios entre vasallos, sostenidos ante la Corte Real sobre posesión de tierras, límites entre propiedades, materias de lindes, deudas y servicios que se debían a los grandes propietarios, especialmente a los monasterios; asimismo, era utilizada para la obtención, por parte del rey, de información en asuntos como la extensión y límites de las tierras reales o eclesiásticas, además del traspaso de ciertas propiedades rústicas a manos muertas. También se utilizó en conexión con los derechos fiscales. El uso de este medio probatorio prácticamente se remonta al siglo XIV. Así, el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI, reconoce que la pesquisa era "costumbre e uso" en su corte para los pleitos sobre propiedades de predios o aquellos otros que concernían a los derechos de pastoreo y esquileo[84].

V. Por último, sirvan estas breves consideraciones para reflejar cómo nuestro derecho probatorio hunde sus raíces más directas en el proceso romano-común, que a la vez trae su razón de ser en el sistema probatorio de la *cognitio* extraordinaria con su implantación definitiva en el derecho justinianeo[85]. Por tanto, pensamos que nuestra Ley de Enjuiciamiento civil de 1.881 supone, en términos generales y, en concreto, en el ámbito probatorio, una resurrección del Derecho común en el siglo XIX, y resulta muy esclarecedor al respecto observar cómo el formalismo que impregna muchas actuaciones procesales tiene un asentamiento romano-canónico, percibiéndose, asimismo, una influencia germánica en lo referente a su tramitación. En este sentido, es decisivo el sistema procedimental de la Saepe, que vino a proyectarse en los procedimientos ordinarios modernos, acortando y agilizando algunas actuaciones procesales.

84 Ordenamiento de Alcalá, título XI, ley única.

85 En palabras de BIONDI, "Il processo civile giustinianeo. (Metodo e spunti di ricostruzione)", *Scritti Giuridici* 2 (1.965), p. 597: "L'opera di Giustiniano segna una tappa decisiva nella evoluzione del processo, non perchè abbia innovato o trasformato, ma perchè, concludendo legislativamente la evoluzione della *cognitio*, ha gettato le basi del processo moderno, il quale appare dunque non latino, se con questa qualifica si vuole alludere al tipico processo privato dei romani, ma giustinianeo".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0278