

JUAN ALFREDO OBARRO MORENO
Universidad de Valencia

LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN *LES COSTUMS DE TORTOSA:* LA PRUEBA TESTIFICAL¹

Frente al sistema procesal altomedieval, de carácter ordálico y sacral², la recepción del *ius commune* supuso, en el ámbito estricto del ordenamiento procesal, el afianzamiento y desarrollo de los principios marcados por el proceso romano-canónico, entre los cuales cabe destacar, a juicio de

¹ El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación Ciéntifica subvencionado por la Generalitat Valenciana: GV-97-EJ-17-96.

² LEVY-BRUHL, H., *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*. París, 1964, pp. 15-22; LEVY, J. Ph., "L'évolution de la preuve des origines à nos jours". *RSJB*, XVII (1965), 10-11.; VAN CAENELEM, R., "La preuve dans le droit du moyen age occidental. Rapport de synthèse". *RSJB*, XVII (1965), pp. 752-753; GAUDEMEL, J., "Les ordalies au Moyen Age: doctrine, législation et pratique canonique". *RSJB*, XVII (1965), pp. 99 ss; GARCÍA DE DIEGO, E., "Historia judicial de Aragón en los siglos VIII-XIII". *AHDE*, XI (1934), pp. 157-162 ss; MARTÍNEZ GIJÓN, J., "La prueba judicial en el Derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media". *AHDE*, XXXI (1961), pp. 19 ss. Véase la descripción del proceso altomedieval llevada a cabo en *Los Usatges de Barcelona*. Ed. VALLS TABERNER, F. Barcelona, 1984, *Usatge ANTEQUAM*, Us. 1.: "Antequam usatigi essent missi solebant judices juridacre ut cuncta malefacta fuissent omni tempore emendata, si non potuerint esse neglecta, per sacramentum, vel per batalliam, vel per aquam frigidam sive calidam, ita dicendo: Juro ego talis tibi tali quod hec malefacta, que tibi feci ad meum directum et in tuo neglecto, quod illa ego tibi emendare non debedo, per Deum Ihesum et hec sancta quatuor evangelia; et inde stetissem ad bellum vel ad unum ex supra dictis iudiciis, aque frigide vel calide".

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO

la doctrina³, el asentamiento gradual del principio de racionalidad en el ámbito de la prueba judicial.⁴

Es en este punto donde la continuidad de las soluciones romanas resulta más evidente, aunque se vean sometidas a las lógicas modificaciones impuestas tanto por la canonística, en particular por la influencia de las *Decretales*, y en menor medida del *Decreto*⁵, como por las condiciones socio-políticas del siglo XIII.

Siguiendo esta tradición, *les Costums de Tortosa* introdujeron un sistema de pruebas legales y tasadas en donde la ley fijaba qué únicos medios de prueba se podían presentar en juicio y qué fuerza probatoria podían alcanzar, y ello con una intención clara: evitar en lo posible la arbitrariedad judicial, siendo el tenor de las pruebas aportadas, y no su íntima convicción, lo que determinaría la decisión del *iudex*⁶.

Esta concepción se halla recogida en la rúbrica *De Iudiciis*⁷. En ésta,

³ PERTILE, A., *Storia del Diritto italiano*. VI-Parte II. Roma-Napoli-Milano, 1902, pp. 183-191; SALVIOLI, G., *Storia della procedura civile e criminale*. Milán, 1929, pp. 770-772; LEVY, J. Ph., “Le problème de la preuve dans les droits savants du moyen age”. *RSJB*, XVII (1965), pp. 137 ss; GILISSEN, J., “La preuve en Europe du XVI-XVII au début du XIX sieclè. Rapport de synthèse”. *RSJB*, XVII (1965), pp. 757 ss; PROCHAZKA, V., “La preuve dans le droit des peuples slaves”. *RSJB* (XVII), p. 580; VAN CAENEGERM, R., “La preuve”, ob. cit., pp. 752-753.

⁴ En este sentido, BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros decretalium*. Lugduni, 1585, rub. *De probationibus* 1: “*Probatio est oratio vel attestatio sive ratio veritatem deducens in lucem, id est rei dubiae faciens fidem ... Alia non est probatio, se suspicio seu indicium ...*”.

⁵ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español”. *A.H.D.E*, 23 (1953), p. 63.

⁶ Este sistema, deudor del Derecho romano, es asumido de lleno por la canonística medieval. Así, en las *Decretales*, tras afirmar que nadie debe ser compelido para que aporte pruebas que le inculpen - c. 1,X,2,19: “... ea, quae contra te sunt, apud temet ipsum debes documenta requirere, in mediumque proferre”- se enfatiza - c. 12,X,2,19 - en la necesidad de dirimir los pleitos en base a pruebas legales, a saber: a través de los libros antiguos, por la fama o por cualquier otra ayuda que pudiese esclarecer la controversia.

⁷ *Costums de Tortosa* 3,1,1: “..., e examinar los tro e la conclusio de les pars, e colir toto lo feyt, present tota hora lo Veguer sens que no y deu parlar, ne pronunciar la sentencia, no segons lur consciencia ne vista ne saber, mas segons que les parts allegaran davant eyls e provaran”. Ed. *Código de las Costumbres de Tortosa*. OLIVER, V., Tomo IV. (En adelante, CT). Véase su paralelismo con *Fori Antiqui Valentiae* 3,2; 3,3: ”*Curia sive iudex non secundum conscientiam suam vel secundum quod scit ut privatus iudicet causas, set secundum quod partes allegaverint*

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

tras ordenar a los jueces que juzgasen todos los pleitos civiles y criminales observando en todo las costumbres de la ciudad, se indica cómo los pleitos no han de ser juzgados según la conciencia o la moral del Justicia, sino que éste ha de atenerse únicamente a lo que las partes aleguen y prueben ante él, pues es, nos dicen *les Costums*, conveniente que el juez dicte sentencia conforme a los hechos que ante él fuesen probados legalmente. De ahí que se afirme que el oficio de cualquier juez es el de investigar e indagar diligentemente todo cuanto concierne al pleito, diligencia que se nos presenta como la búsqueda de la verdad procesal - “*Conve quels jutges diligentment enquiren la qualitat del feyt*”⁸, por cuanto, únicamente, si se alcanzaba ésta, se podría juzgar y resolver con celeridad y rectitud el pleito: “*E si lo demanador faylira en plena probacio e demanara que son adversari prou, no deu esser oyt, ans son adversari deu esser absolt, feent sagrament que la demanda contra eyl feyta no es vera; axi con los Jutges li jutjaran*”⁹.

De lo expuesto parece evidente que la finalidad del legislador fue la de privar al juez de toda libertad de decisión, limitándose éste a sancionar lo alegado y probado en el juicio, con lo que el binomio prueba plena-condena, tendente a la búsqueda de la verdad objetiva, quedaba, así, ratificado¹⁰.

Con todo, una lectura minuciosa de los distintos preceptos que componen *les Costums* nos hacen ver cómo el legislador, ante la necesidad de reunir los medios de prueba suficientes para alcanzar esa verdad objetiva o prueba plena¹¹, llega a admitir, cuando éstos son insuficientes, medios probatorios tales como el juramento, los indicios, las presunciones o la tortura, lo que nos lleva, como ya hiciera en su día Lévy¹², a utilizar con cau-

coram eo et probaverint, quia iudicem ex fide eorum, que sibe probabuntur legitime, convenit iudicare”. Ed. Dualde Serrano, M. Madrid-Valencia, 1950-1967. (En adelante, FAV).

⁸ C.T. 3,1,35. Este intento por parte del juez de alcanzar la verdad procesal lo hallamos en c. 3,X,2,19: ”*Unde hinc inde testes rite produci possunt ad cognitionem iudicis instruendam, quibus examinatis iudex quos praecellere intellexerit ad fidem sibi faciendam admittat*”.

⁹ C.T. 4,11,25.

¹⁰ Es lo que SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 406, define como el paso o sustitución de la certeza moral por la legal.

¹¹ En este sentido, en *Partidas* se habla de pruebas “*claras como la luz en que no vengan ninguna dubda*”. P. 3,14,12; 7,1,26.

¹² LÉVY, J. P, “*L'evolución de la preuve*”, ob. cit., p. 37; “*La formation de la théorie romanien*”, ob. cit., pp. 18-21.

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO

tela la expresión “pruebas legales”, por entender que con ellas se daba paso a una cierta valoración subjetiva de la misma en detrimento del demandado.

Con relación a los medios de prueba, la prueba testifical ocupó un lugar preferente en los distintos *ordine iudicarii* bajomedievales¹³. Este papel relevante puede deberse, a juicio de Lévy¹⁴, tanto a la influencia de la tradición romano¹⁵-canónica¹⁶, como a la precariedad de instituciones tales como el notariado, cuya ausencia facilitaba la falsedad documental o, en su defecto, a la propia destrucción y desaparición de las escrituras. En este sentido, Gregorio López¹⁷, en su glosa núme-

¹³ PILLIUS, M., *Summa de ordine iudiciorum* 3,7,8: “Et quia probationis duae sunt species principaliter, scilicet testimonia et instrumenta, et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta, ideo primitus pauca de testibus, quae magis ad causarum usum frequenter occurrunt, sub compendio inseramus”. TANCREDUS, B., *Ordo iudicarius* 3,6. GRATIAE, *Summa de iudiicario ordine* 6,1. Ed. BERGMANN, F. Ch., Aalen, 1965.

¹⁴ LEVY, J.P., “Le problème de la preuve”, ob. cit., pp. 155-156; “L’evolutión de la preuve”, ob. cit.,

pp. 52-54; “La formation de la théorie”, ob. cit., p. 19: “... à una époque où «Témoins passent lettres» ...”.

¹⁵ Nov. 73. c. 3. De su importancia en el Derecho visigótico nos dan referencia MEREA, P., “A prova testemunhal no Direito visigótico e no Direito da Reconquista”. En *Boletim da Facultade de Direito da Universidade de Coimbra*, 32 (1956), p. 170; PETIT, C., “De Negotiis Causarum”. AHDE, LVI (1986), pp. 90-91.

¹⁶ C. 28,X,2,20: “Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur, eam obtineat firmitatem, quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere, salva in omnibus sedis apostolicae auctoritate”; C. 10,X,2,22: “Porro quum dubitatio fuisse exorta, utrius deberet probatio praevale-re, pro tua fuit parte propositum, quia, etsi secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus praferantur”.

¹⁷ Código de las Siete Partidas. Ed. Los Códigos Epañoles concordados y anotados. III. Madrid, 1848. Con todo, cabe reseñar como el propio autor, siguiendo la línea del texto alfonsino, y de la propia doctrina castellana, niega que dicha afirmación, extraída del *Speculum Iudiciale* de DURANTIS pueda deberse a Azón: “Reprobatur hic illa opinio, quam reciat Spec. atribuens eam Azoni, in tit. de instrum. edit. restat, col. 2 versic. sed pone productitur: et non credo illam fuisse opinionis Azonis, quia idem Azo. C. de fide instrum. in sum. col. pen. dicit, se nullo casu admittere, ut vox duorum testium sit validior instrumento publico, et ibi dicit, quod requirantur 4. vel 5. testes deponentes contra instrumentum: ...”.

LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN *LES COSTUMS DE TORTOSA...*

ro dos a *Partidas* 3,18,117, se hizo eco de la preocupación que tuvieron los glosadores en torno al mayor o menor valor probatorio que debían alcanzar la prueba testifical y la documental. La postura seguida por Azón, así como la de la mayoría de los glosadores que le sucedieron, nos dice Gregorio López, fue atribuir mayor fuerza vinculante a la prueba testifical, hasta el punto de afirmar que el testimonio efectuado por dos testigos hábiles alcanzaba una verdad procesal superior a la rubricada en un documento. En el fondo, como afirma Lévy, se entendía que el documento tenía el valor de una simple declaración testifical, y que ésta, cuando se realizaba precedida de juramento, así como de las garantías oportunas - idoneidad o fama del testigo -, obtenía un valor probatorio pleno¹⁸.

La cita en torno a AZO, la hallamos en DURANTIS, *Speculum* 2,2,8,5: “*Sed pone producitur aliquod instrumentum super aliquo contractu: opponitur, aliquem contrahentium alibi fuisse tempore contractus, & probatur hoc per duos testes, queritur, an sufficient. & dicit Azo, quod sic, arg. ff. de testi. l. ubi numerus. & IIII. q. III.c. si testes. ubi numerus*”. Planteamiento que será recogido por la propia literatura jurídica procesal bajo medieval. Vid. PILLIUS, *Summa de ordine* 3,14: “*Unde sciendum est, quod, si omnes testes in instrumento scripti contra instrumentam testentur, fides instrumenti cassatur in eo iudicio. Nam cum ex ipsa testatione fides instrumento debeat haberi, merito, his instrumento obviantibus, viva vox, non mortua credendum erit (Nov. 73 c.3 ... D. 22,3,10)*”; TANCREDUS, *Ordo iudiciorius* 3,13,6: “*Dominus Azo dicit, quod viva vox duorum testium in nullo casu validior est publico instrumento, sed publicum instrumentum, ut dicit, validius est testibus duobus vel pluribus in pluribus casibus; quorum unus es Cod. si min. se maior. dix. 2,43. l. si alterius. 3.; ...*”. Con anterioridad vemos reflejada esta cuestión *Lex Visigothorum* 2,4,3: “*Quotiens aliut testis loquitur, quam ea scriptura continet, in qua ipse subscrispsisse dinoscitur, quamvis contra escripture textum diversa verborum sit a testibus impugnatio, scripture tamen potius constat esse credendum. Quod si testes dixerint ea, que offertur, scriptura minime roborasse, prolator eius probare debebit, utrum ab eisdem testibus escriptura fuisse robورata constiterit, e si usava della comparazione dei caraterri.*”. Ed. ZEUMER., K., *Liber Iudiciorum, sive Lex Visigothorum*. In *Monumenta Germaniae Historica*. Hannoverae et Lipsae, 1902. (En adelante, LV)

¹⁸ De esta cuestión se han hecho eco, entre otros, PERTILE, A., *Storia del Diritto*, ob. cit. VI-II, pp. 194-197; SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit, p. 467; MARTÍNEZ GIJÓN, J., “La prueba judicial”, ob. cit., pp. 28-29; ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El delito de falsedad documental”. En *H.I.D.*, 3 (1976), pp. 95-96. Recientemente, ALONSO, M^a. P., *El proceso penal en Castilla. (siglos XIII-XVII)*. Salamanca, 1982, p. 229.

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO

*Les Costums*¹⁹, no ajenos a esta polémica, y siguiendo los criterios fijados tanto por el *Codex*²⁰ como por las *Decretales* de Gregorio IX²¹, equipara el valor probatorio de las escrituras auténticas al que poseen los testigos fidedignos, tal y como se desprende del tenor de la *costum* 4,11,33 - “A provar totes coses, aquela força fan les cartes, como los testimonis”- y de un conjunto de disposiciones genéricas, englobadas en otras tantas rúbricas²².

Esta fuerza vinculante de la declaración testifical se corrobora, a su vez, en la minuciosa regulación llevada a cabo por el legislador, plasmada en los cuarenta y un preceptos que componen la rúbrica *De testibus*, en los cuales, siguiendo las directrices marcadas por los *Ordine iudiciarii*, se abordan, entre otras cuestiones, los requisitos de validez y capacidad, la forma de proceder en la práctica testifical, así como los tipos de falsedad testifical y sus sanciones.

Les Costums al regular el requisito de la validez testifical, y siguiendo los criterios marcados por el *ius commune*²³, establecen la necesidad de que la declaración se realice teniendo en cuenta tanto el número de testigos como la idoneidad de los mismos.

Con relación al número de testigos exigidos se sigue el principio romano *testis unus testis nullus*²⁴, incorporado con posterioridad al Derecho vi-

¹⁹ SALVIOLI, G., *Storia de la procedura*, ob. cit., p. 423.

²⁰ C. 4,21,15: “In exerdendis litibuse adem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium”.

²¹ C. 10,X,2,22.

²² C.T. 4,10,1: “En la ciutat de Tortosa prova hom tots feyts e tots contrayts, per tres coses: per confessio de son adversari, o per testimonis, o per cartes publiques”. Con anterioridad, ya los *Usatges* equiparon el valor probatorio de la prueba testifical al de la prueba escrita. Así, en *Usatge FEUOS*, Us. 57: “Illos autem, quos non tenuerint et exclamaverint, aut probent, per testes vel per scripturas, eos a senioribus eorum adquississe, aut dimittant eos”. Asimismo, *Usatge AFFIRMANTIS*, Us. 168: “Probacio fit aut testibus, aut cartis, aut argumentis, vel indiciis verisimilibus. Igitur sacramentum non est probacio”.

²³ TANCREDI, *Ordo iudiciarius*, ob. cit., T. 6 *De testibus. Qui et quales esse possit*; T. 7 *Quot testes in causa sufficient*, pp. 222-230; PILLII, *Suma de ordine*, P. 3, pp. 60 ss; GRATIAE, *Suma de iudiciario ordine*, T. 6 *De testibus*, pp. 369-370.

²⁴ FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio “Testis unus testis nullus” en el derecho procesal español*. Madrid, 1979, p. 11, entiende, siguiendo a Biondi, que el principio nace en una Constitución de Constantino del año 334, siendo recogido posteriormente por el Código Teodosiano 2,39,3, y por el Código de Justiniano 4,20,9, y 4,20,4.

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

sigodo²⁵ y al Derecho común²⁶ con diversas expresiones -"*testis unus, testis nullus, y vox unius-dictum unius, vox-dictum nullius*"- las cuales vienen a poner de relieve que el testimonio prestado por un único testigo no debía ser admitido, o, en su defecto, debía ser declarado nulo.

Les Costums recogen este principio en varios de sus preceptos, en los cuales se afirma la necesidad de que la prueba testifical se realice mediante el concurso de dos o más testigos para que ésta tenga plena validez procesal²⁷- “*A totes coses a provar bisten dos testimonis o plus, ab que no*

²⁵ PETIT, C., “De negotiis causarum”, ob. cit., pp. 101-102, señala cómo desde Chindasvinto - LV 2,4,3 - se exige un mínimo de dos personas para la validez del testimonio. *Leges Alamanorum*, 42: “*Testes enim, qui iam convictus fuit, quod mendacium semel aut bis aut ter testificasset, amplius ad testimonium non recipiatur*”. Ed. *Monumenta Germaniae Historica*. Hannoverae. 1961. T. IV.

²⁶ BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros*, rub. *De probationibus*, cap. X, 3: “*Vox unius vox nullius*”; DURANTIS, *Speculum iudiciale*, rub. *De teste* 11,1 et 7; PILLIUS, *Suma de ordine* 3,8: “*Item unus solus testis non debet audiri, ut secundum eum iudicetur, sed quandoque unus solus testis admittitur, et secundum eum iudicatur, puta quando aliis ob hoc non laeditur, maxime in iurisdictione voluntaria*”; TANCREDUS, *Ordine iudiciarius* 3,7: “*Et nota, quod licet plures tetes, quam duo, in aliquibus causis exigantur, nulla tamen est, quae unius testimonio, quamvis legitimo, valeat terminari*”;

C. 4 q. 3 c. 3. c. 23,X,2,20: “*Ad decisionem causae, maxime pro parte Iudei, non sufficit regulariter unius testimonium, quam duorum probatae vitae et laudabilis conversationis. ... In ore duorum vel trium testium stat omne verbum, quia, licet quaedam sint causae, quae plures quam duos exigant testes, nulla est tamen causa, quae unius tantum testimonio, quamvis legitimo, rationabiliter terminetur*”; C. 4,X,2,20: “*..., cui quidem adhibito uno efficiuntur duo testes, adhibitis duobus efficiuntur tres. ... Si peccaverit in te frater tuus, corripe eum inter te et ipsum solum; quodsi te non audierit, adhibe tecum unum vel duos testes, ut in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum. ... Non unus stet contra alium, sed in ore duorum vel trium testium stet omne verbum*”; C. 10,X,3,26.

²⁷ En numerosos preceptos no se menciona un número determinado de testigos, únicamente se alude al término genérico de *testium*. Así, en C.T. 2,7,3: “*Ne deuen esser testimonis, ...*”; 3,1, 1: “*..., esclarir los sagraments dels testimonis: qui els pleysts per les parts feran amenats o protestats dien als testimonis ...*”; 4,10: “*En la ciutat de Tortosa prova ... Per testimonis*”; 7,5,1: “*... reprovar false testimonis ...*”; 9,25,11-21: “*... nos deuen entremetre en poden pus testimonis rebre ...; ... deuen pendre testimonis ...; ... los testimonis ...; ... e reebre testimonis. Los testimonis rebebots ... ; ... cit los testimonis qui sien de bona fama e no sien enemics ...*”; etc.

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO

sien de mala fama, o carta publica, o testament, o tota altra derrera voluntat, en que aja dos testimonis o plus"²⁸.

Con todo, esta máxima, que fue prontamente acogida por la mayoría de los tratadistas de Derecho común, sufrió, no obstante, como señala Fernández Espinar²⁹, una serie de excepciones, unas veces por razón de la persona y otras por razón de la materia. Así, se considera prueba plena la realizada por un único testigo en las causas modificativas o de pequeña cuantía, incluso en el caso de que se dé un "módico perjuicio" para un tercero.

De la excepción al principio general nos dan fe *les Costums* al afirmar que no ha de ser tenida por válida la prueba de un único testigo salvo que éste sea un testigo honesto y de buena fama, que se dé por hechos que no superen la cantidad de cien sueldos (*sous*) y que, además, venga precedida, a modo de garantía, del juramento del demandante:

C.T. 4,11,11: "*Atressi; I testimoni, ja.sia ço que comte tot lo feyt e hi sia estat present no val, en sentencia per aquel tan solament no pot esser donada, si doncs lo feyt o pleyt no era de L sous o de meyns, e que testimoni fos honest e no de mala fama, car lá doncs ab sagrament de la part, ço es del principal que atressi fos honest e no de mala fam, mas no*

²⁸ C.T. 4,11,8; 7,63: " *Item confessio que es feyta de fora juhii val y es ferma: si es feyta denant dos testimonis o pus ...*". Principios cuyos antecedentes los hallamos en *Usatge ET TESTES*, Us. 86: "...; *unius autem testimonium, quamvis splendida et ydonea videatur esse persona, nullatenus est audiendum*"; *SI QUANDO CUJUS-CUMQUE*, Us. 87: "*Duos vel tres ydonei testes ad omnia negocia probanda sufficiunt. Unius testimonium legibus et canonibus improbatum*"; *Costumbres de Lérida* I, 3, rub. 134 *De fide instrumentorum*: "*In quolibet instrumento sufficiunt duct testes et in qualibet re vel causa*"; I, 3, rub. 131, *De probationibus*: "*Probatur solucio crediti publici instrumenti per duos testes sufficientes*"; y I, 3, rub. 144 *De testamentis*: "*Ad sollempnitatem testamenti sufficiunt duo testes, ...*". Ed. LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, P. Barcelona, 1946 (En adelante, C.I.). *Consuetudines Diocesis Gerundensis*, rub. XXI, *De testamentis et ultimis voluntatibus*: "..., dum tam in eo sint quinque testes". Ed. COTS I GORCHS, J., Barcelona, 1929. *Recognoverunt Proceres* 26 ,rub. 26, *Con nos pot revocar testament fet en Barçalona per menys nombre de testimonis*: "*Encara que en lo testament en lo qual son .II. ho .III. testimonis hauts, val e nos revocha per raho dels testimonis*"; Rub. 48, *Testament jurat que hom diu sagrmental*: "*En cara que es custuma que si nengu fara testament en presencia de testimonis, ..., pus quels testimonis, ..., que aquells testimonis aixi veeren e hohireren escriure e dir ...*". Ed. Barcelona, 1927.

²⁹ FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio "Testis unus testis nullus" en el Derecho*, ob. cit., pp. 61 y 72-73.

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

ab sagrament de procurador, val lo dit del testimoni d'un sol, et los Jutges poden e deuen condempnar lo demant tro a L sous, en no plus".

De ahí, se reiterará en fueros posteriores, que la admisión de la prueba de un único testigo, en causas que superen la cantidad mencionada, conducirá a la nulidad de la sentencia :

C.T. 7,3,4: “*Sentencia que no te e es nulla, ne deu esser menada a execucio, ne deu auer nom de sentencia.*

*Aquela sentencia es nulla, que es donada contra Costum o Usatge en aquest libre escrit, o contra Dret. E aço es, quan la errada es espressada en la sentencia; axi com si era jutjat per algu, que major de XXV ans generalment deu esser restituit en totes coses, o menor de XIIII ans pусca fer testament; o en tot feyt a provar, que bast un testimoni”*³⁰.

Por otra parte, la exigencia de un número de testigos se complementa con el requisito de idoneidad. Este criterio, presente tanto en el Derecho romano³¹-visigótico³² como en el Derecho germánico³³, se incorporó al Derecho común³⁴ de la mano de la canonística, principalmente a través de las *Decretales*, al afirmar que el juez no ha de atenerse tanto al número de testigos aportados como a la calidad de los mismos, siendo ésta la que ha de prevalecer en caso de que el número de testigos presentados por las partes sea idéntico, pero no así sus declaraciones³⁵.

³⁰ Véase su correlación en F.A.V. 97,4: “*Ipsa autem iure dicitur sententia non tenere nec valere quando, expresso errore in sententia, contra scriptam consuetudinem Valentie fuerit iudicatum, ut si iudex ita dixerit; ...vel probantem per unum testem et sacramentum ipsius in summa excedente C solidos debere optinere*”.

³¹ D. 22,5,3.

³² PETIT, C., “De negotiis causarum”, ob. cit., pp. 100 ss. El requisito de idoneidad que exige el L.I. 2,1,25; 2,4,1 et 3, se incorpora al proceso altomedieval catalán, como nos recuerda IGLESIAS FERREIRÓS, A., “La creación del Derecho en Cataluña.” AHDE, XLI (1971), p. 181.

³³ Leges Longobardum C. M. 67, Cap. 802: “*Judices non admittant testes habentes malam famam*”. Ed. Monumenta Germaniae Historica. Hannoverae, 1960.

³⁴ BALDO DE UBLADIS, Ad tres priores libros, rub. De testibus. Cap. XII,2: “*Testis malae famae an reppellatura testimonio*”; PILLIUS, Ordine iudiciorum 3,8: “*Item testimonium, ut sit admittendum, carere debet suspicione, et propter personam, a qua fertur, quod sit honestae et bonae famae, item propter causam, puta quod neque gratiae, aut lucri aut inimicitiae causa sit.*”; TANCREDUS, Ordo iudiciorum 3,6.

³⁵ C. 4. q. 2-3 c. 1-2: “*testi honestiori maior fides est adhibenda*”, “*in testibus attendenda est status dignitas, fidei puritas et morum gravitas*”; c. 27,X,2,20: “*Carnalis copula probatur per conveniens testimonium de visu; idem in testimonio*

JUAN ALFREDO OBARRO MORENO

Les Costums, haciendo eco de esta argumentación, insertan los términos de buena fama, buena opinión e idoneidad para facilitar al juez la introducción de un elemento de subjetividad con el que poder valorar las declaraciones testificales³⁶. Así, se afirma, siguiendo el criterio antes mencionado, que el juez, en caso de apreciar contradicciones entre las declaraciones testificales, ha de creer a aquéllos que, a su juicio, entienda que son más honestos, cuestionándose así el criterio de prueba tasada³⁷.

Por último, siguiendo los criterios establecidos por la Glosa³⁸, se afirma que una vez alcanzada la condición de testigo ésta no se pierde, lo que le permite declarar aunque se haya podido incurrir en la nota de infamia³⁹.

En relación directa con la idoneidad se contempla la capacidad para prestar testimonio válido, siguiendo, para su regulación, las soluciones y criterios adoptados por el proceso romano-canónico⁴⁰.

auditus, quod adminicula et fama coadiuvant"; C. 32,X,2,20: "Si actoris et rei testes contraria deponunt, fidem sibi non derogant, sed praevalent digniores, et verisimiliora deponentes, et, si in ceteris est disparitas, praefertur numerus"; C. 1,X,2,20: "Placuit sancto conventui, ut testes ad testimonium non conducantur pretio, et ut quicunque idonei et fideles in testimonium assumantur, ...".

³⁶ C. T. 4,11,8: "ab que no sien de mala fama"; 4,11,18: "... no son de mala fama ... com a bons e a leyals"; 9,5,2 9,25, 14: "Los testimonis deuen esser aquels qui fien dentrega fame de de bona e no enemics ..."; 9,25,20: "cit los testimonis qui sien de bona fama e no sien enemics"; 4,11, 9: "deu donar per aquels que plus honestis sons; e mils dien la veritat"; 4,11,11: "... que testimoni fos honest e no de mala fama ...". Este criterio de idoneidad se puede observar, con idéntica similitud, en F.A.V. 3,16; 62,10; 62,14; 62,21; 62,25; 62,30; 120,6.

³⁷ C. T. 4,9: "Si sobre algun feyt o feyts couen que ab dues les parts ajen a prouar, et es semblant als Jutges que'els testimonis sien contraris los uns als altres, la sentencia se deu donar per aquels que plus honests son e mils dien la veritat". Véase su paralelismo en F.A.V. 62,10: "..., et, si pro uno eodemque capitulo ab utraque parte litigantium producantur et videantur sibi ad invicem adversari, honestioribus est credendum".

³⁸ BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros*, rub. *De testibus*, Cap. XIII, 2: "Testis si tempore iuramenti erat bonae famae, sed tempore depositionis era malae famae, an depositio sit valida".

³⁹ C.T. 4,11,18: "... deuen esser creeguts axi com a bons e a leyals; ja sia ço que depuys infamis o de mala vida".

⁴⁰ PILLIUS, *Summa de ordine* 3,8: "Omnes enim admittuntur, nisi expressim prohibeantur; est enim prohibitorum edictum de testibus. ut Dig. de tes. 22, 5.l. 1. (1.); TANCREDUS, *Ordo iudicarius*, ob. cit., p. 223: "Testes possunt esse omnes,

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

De la lectura de los distintos preceptos se aprecia cómo se ha sistematizado la capacidad procesal en dos vertientes: en incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

Con relación a la incapacidad absoluta⁴¹, se prohibía prestar testimonio al cómplice de un delito⁴², a la mujer, al furioso, al loco, al cautivo, al menor de catorce años⁴³, a los hijos sometidos a la patria potestad⁴⁴, al hereje, al usurero, al infame, al ladrón manifiesto⁴⁵, al que hubiere declarado falsamente⁴⁶, “*ne aquells que Dret (Derecho Romano) ne grita*”. En relación con todos ellos se afirma *ad testimonium ullen tenus admitantur*⁴⁷.

Frente a esta incapacidad absoluta, se regulaba una incapacidad testifical únicamente para determinados procesos o causas. Así, se prohibía el testimonio -“*non posse*”- tanto al enemigo capital⁴⁸ como al amigo íntimo de una de las partes⁴⁹; al abogado en la causa en que ejerciese como tal⁵⁰,

qui non prohibentur, quoniam edictum de testibus, sicut de procuratoribus, prohibitorum est; omnes enim, qui non prohibentur, admitti possunt. ut Dig. de testib. 22,5.1.1§1.”; DURANTIS, Speculum iudiciali , rub. De test., I, Quae possunt contra testes opponi.

⁴¹ C.T. 4,1112: “*Testimonis no deuen esser reebuts, e si son reebuts, no deuen valer en aydar a quel qui’ls dara o’ls amenara, ...*”.

⁴² C.T. 4,11,22.

⁴³ C.T. 4,11,19: “..., mas si son majors de XX ans complits, son e deuen esser reebuts, ab que no sien de mala fama en los criminals pleysts”. Si bien KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*. Munich, 1966, p. 282 señala como ya en la *Lex Iulia de vi publica et privata* se negaba la capacidad testifical a los impúberes, TANCREDOUS, *Ordine iudiciarius*, 3,6 nos informa que “*Prohibetur etiam minor quatuordecim annis in omni causa generaliter*” se toma del Derecho canónico, en concreto del Decreto de Graciano c. 2, C. 4, q. 4 . Con todo, entendemos que el precepto pudo ser tomado directamente del *Usatge NULLUS HOMO*, Us. 163: “*Nullus homo vel femina testificare potest usque ad quatuordecim annos completos*”.

⁴⁴ C.T.4,11,39.

⁴⁵ C.T. 4,11,12.

⁴⁶ C.T. 4,11,23. Véase su correlación con *Usatge SI QUIS AMOREM*, Us. 161: “*Si quis per amorem peccunie aut per amorem amici vel propinqui sui perjuraverit, quartam partem de omnibus rebus suis, ei cui falsitatem juraverit, componat, et testimonium amittat*”.

⁴⁷ Expresión que hallamos presente en FAV 62,13.

⁴⁸ C.T. 4,11,14: “..., e si o fa no val”.

⁴⁹ C.T. 4,11,15.

⁵⁰ C.T. 4,11,12; 2,6,3.

JUAN ALFREDO OBARRO MORENO

al que pretendiese realizarlo en favor de sí mismo⁵¹; a los cónyuges en los pleitos que cada uno incoase; a los padres e hijos naturales o afines en los juicios en que alguno de ellos fuese parte interesada⁵²; a los parientes dentro del cuarto grado⁵³; así como a los esclavos y siervos con respecto a sus amos⁵⁴.

Constituye un supuesto especial las declaraciones testificales efectuadas entre cristianos, judíos y sarracenos⁵⁵. Con relación a los pleitos pendientes entre cristianos y sarracenos, *les Costums* adoptaron el criterio, establecido ya en *Usatges*⁵⁶, que afirmaba que la prueba se debía de llevar a cabo mediante dos o más testigos de la religión a la cual perteneciese su contrario -“*Crestia contra sarrai deu provar ab dos sarrains o plus: e sarrai contra crestia ab dos crestians o plus*”⁵⁷-; criterio que se alteraba si el pleito era entre cristiano y judío, al permitirse al cristiano, siguiendo el influjo de las *Decretales*⁵⁸, *probet contra iudeum* alegando un testigo de su propia religión -“*Cristia prova contra jeu ab dos jueus, o ab un crestia e I jueu o plus*”⁵⁹-; regla que se acentuaba en los supuestos de adulterio entre sarraceno o judío con cristiana: “*Si algun sarray o juheu ser trobat jaent ab crestiana, cascun del poble lo pot accusar sens pena, et pot se prouar lo feyt aquel per crestians tan solament*”⁶⁰.

⁵¹ C.T. 4,11,2.

⁵² C.T. 4,11,13

⁵³ C.T.4,11,12.

⁵⁴ C.T. 4,11,3: “...; mas pot esser demanat lo seruu en son feyt propi si alguna mala feyt ha feyta, o enjuria a algu tan solament”. Se sigue el principio descrito en C. 4,20,8.

⁵⁵ No hemos hallado constancia, a diferencia de otros ordenamiento coetáneos, de la máxima establecida en c. 14,X,2,20, por la que se prohíbe el testimonio de un laico contra clérigo *in sacris*.

⁵⁶ *Usatge STATUERUNT*, Us. 129.

⁵⁷ C.T. 4,11,29.

⁵⁸ C. 21,X,2,20: “*Testimonium quoque Christianorum adversus Iudeeos in omnibus causis, quum illi adversus Christianos testibus suis uti praesumant, recipiendum esse censemus, ...*”. De esta equivalencia se hace eco RIVAS, J. E., “Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Compilación aragonesa de 1247”. AHDE, XX (1950), p. 272. A este criterio se opuso tanto el *Decreto de Graciano* - C. 2 q. 7. c. 26 - como la propia doctrina procesal. Vid. TANCREDUS, *Ordine iuridicarius* 3,6: “*Prohibitum est infideles contra fideles testimonium dicere*”.

⁵⁹ C.T. 4,11,27-28.

⁶⁰ C.T. 4,11,41.

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

Cabe, asimismo, destacar cómo *les Costums* permiten presentar como testigos, siempre y cuando no se hallasen inmersos en algunas de las causas de incapacidad antes mencionadas, al copartícipe o al socio de un hurto, rapiña u otro delito, al abogado de la parte contraria, o al miembro de una familia o de una universidad contra la cual se interpone demanda judicial.⁶¹

Con relación al procedimiento o a la forma en que se ha de llevar a cabo la prueba, cabe afirmar que ésta, siguiendo los criterios marcados por el *ius commune*⁶², debía iniciarse una vez contestada la demanda, al no contemplar *les Costums* la posibilidad de anticipar la prueba a causa de imposibilidad manifiesta de alguno de los testigos aportados.⁶³

La comparecencia de los testigos, ya sea a instancia de parte o de oficio⁶⁴, voluntaria⁶⁵ o rogada⁶⁶, se debía formalizar en los días señalados

⁶¹ C.T. 4,11,35-37. Véase su correlación en F.A.V. 62,33; 62,34; 62,35; 62,36.

⁶² DURANTIS, *Speculum iudiciale*, rub. *De teste.*, 2,1: “*Nunc tractemus quando sunt testes recipiendi. Et quidem regulariter post litis contestacio & si ante recipientur, non valet quod agitur*”. Regla que únicamente podría verse excepcionada: “... si timetur de morte testium,, si timetur de absentia diuturna,, si agatur de electione ali cuius confirmanda, vel cassanda, ... cum agitur de matrimonio carnali: & is, qui convenitur, se malitiose absentat, & contumax est, ... cum crimen per modum inquisitionis, ... cum petuntur testes ad aeternam rei memoriam publicari”.

⁶³ Posibilidad que sí fue contemplada en otros ordenamientos coetáneos. En este sentido, y a modo de ejemplo, cabe destacar su regulación en el *Fuero Real* 2,8,14, o en *Partidas*, 3,16,2; 3,16,4; 3,16,5; 3,16,6; 3,16,7. En torno al *Fuero Real*, VALLEJO, J., “La regulación del proceso en el *Fuero Real*”. AHDE, LXV (1985), p. 528.

⁶⁴ A tenor del conjunto de los preceptos 9,25,2-15 que configuran la rúbrica *De inquisitione* cabe entender que la comparecencia de los testigo no sólo se debía a petición directa de las partes sino que ésta, en determinados supuestos contemplados por la ley, podía darse de oficio por el juez. Así, cuando se consumara un delito de homicidio “que feran feyts amagadament”; de violación; de incendio intencionado; de tala de árboles, viñas, y trigos; de hurto, latrocinio, robos y rapiñas; de quebrantamiento de casas y caminos; de falsedad documental; o de muerte intencionada del ganado, *les Costums* son explícitas al afirmar que “si per alguns dels sobredits IX capitols fera feyta denuncio al veger ... E si peraventura el denunciador provar no volra los juges per lur offici deuen pendre testimonis sobre aquel feyt que denunciat los fera”.

⁶⁵ C.T. 4,11,11: “En tots pleysts o contrayts son reebuts testimonis, axi e aquels que y son o y sobrevenen, com aquells que y son appellats o pregats, ...”.

⁶⁶ C.T. 4,11,11, 26: “En feyts e pleysts criminals e civils, deuen esser forçats tots los testimonis que el pleyt per la part son nomenats ne dits” y 30: “Tot testimoni de

 JUAN ALFREDO OBARRO MORENO

por el Juez⁶⁷ -"tos dies que feriats no sien, et totes hores"-⁶⁸, concediéndose un plazo extraordinario que podía alcanzar los nueve meses cuando el testigo se hallase *in alieno territorio* -"Si dilacions son donades sobre algun pleyt per alguna de les parts en donar testimonis o cartes, si diu que son en Oltramar ha IX meses de'spay, ..."-⁶⁹.

Una vez personados, y antes de prestar testimonio, debían jurar, a requerimiento del juez, decir verdad sobre los Santos Evangelios o sobre la Ley de Moisés⁷⁰, según fuese el testigo cristiano o judío⁷¹, y ello

crim o de feytas civils duen esser forçats que facen testimoni, la qual força deu esser feyta en aquesta manera: que si per auentura no volran fer lo testimoni, qu'el Veguer per juhii e per sentencia dels ciutadans qui seran en la Cort o d'aquels qui seran Jutges en aquel pleyt, manualment que'els deu pendre et pujar en la Çuda, e aqui tan tener preses en la Çuda, ço es, per tota la Cuda, tro que facen e vullen fer aquel testimoni". La posibilidad de que el testigo sea *compellatur* a declarar evidencia la notoria influencia del *ius commune* en *les Costums*. Así, el principio recogido en el Codex -C. 4,20,16- por el que se impuso la obligación de testificar -".., non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi testimonium perhibere cum iuramenti praestatione de his"-, fue prontamente receptionado tanto por la canonística medieval como por la literatura procesal. En concreto, lo hallamos contemplado en las *Decretales*, en su rúbrica *De testibus cogendis vel non*, donde se afirma que cuando un testimonio se convierte en un elemento esencial para el descubrimiento de la veracidad de los hechos se le ha de constreñir a que lo preste -c. 2,X,2,21: "Ubi testimonium est necessarium, compellendi sunt testes ad illud referendum, etiam per suspensionis, excommunicationis et depositionis sententiam"-, o en las obras de PILLIUS, *De ordine iudiciarum* 3,8; TANCREDUS, *Ordo iudicarius* 3,8,2.

67 *Les Costums*, a diferencia de otros ordenamientos coetáneos (F.A.V. 62,22), no señalan un día específico en el que las partes tuvieran que aportar todas las pruebas que considerasen legítimas; por el contrario, el Juez concedía tres días, el cual se computaba "*de terç en terç dia*". C.T. 4,11,25 y 40.

68 C.T. 4,11,16.

69 C.T. 4,11, 25 y 40; 3,4,1: "Si seran demandades en altre loc on mar no ajen a passar, son li donades a albiri del Jutge, ço es a saber, qu'el Jutge deu contar les jornades d'anar e de venir, e aqueles li deu donar, e deu li assignar III o IIII dies d'estar en aquel loc on los testimonis deu donar, si doncs festes no y duien venir, que lá doncs les deu donar lo Jutge a son albir, e que l'albir sia couinent".

70 C.T. 4,11,38: "Con testimoni deuen fer jueus contra crestians o per crestian, juren sobre la Lig de Moysen, qu'els posa hom denant així com fan los cristians sobre IIII Evangelis".

71 Se sigue el *iuramento* romano descrito en C.Th. 11,39,3; C. 4,20,9-10, y que a juicio de D'ORS, A. *El Código de Eurico*. Roma-Madrid, 1960, p. 64 se perpetúa

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

en presencia de las partes, o, en su defecto, del resto de testigos presenciales⁷²:

“... dien als testimonis que així be per la una part com per l'altra dira veritat, e que per amor ne per desamor, per temor, per hoy ne mala voluntat, ne per servii que pers n'age n'en espera aver, ni li'n sia promes, no celara veritat, ne y mesclara falsia, ans per sol Deu diran veritat e reebre el dit d'eyls, ...”⁷³.

en *antiqua* 2,4,2 del *Liber Iudiciorum*: “*Testes sine sacramento testimonium perhibere non possunt*”. Juramento que será retomando, con la recepción del *ius commune*, tanto por el Derecho canónico como por los *ordine iudiciarii*. Vid. *Decreto de Graciano* C. 2 q. 4. c. 3; C. 3 q. 9 c. 20; C. 4, q. 2-4 c. 27; C. 4 q. 3 c. 3 y 27; C. 14 q. 5 c. 15 -“*iudex faciat testes iurare veritatem*”; *Decretales*, cc. 5 y 51, X, 2, 20: “*Probatio autem testimoniū debet fieri duplici iuramento, ut iurent se non privato odio, neque amicitia, neque pro aliquo commodo, quod habuerint, vel quod habent vel habituri sunt, ad hoc iurandum esse inductos; postea debent iurare, sicut ipsi dicunt, rei veritatem accepisse a maioribus suis, et credere ita esse*”; *PILLIUS, Ordine Iudiciorum* 3,10; *TANCREDUS, Ordine iudicarius* 3,9,1: “... : *quod ipsi dicent iudici vel ei, cui iudex hoc commiserit inquirendum totam veritatem, qua sciunt de quaestione, super qua inducuntur, usque ad finem litis quotiens interrogabuntur; et nullam falsitatem interponent; et pro utraque parte veritatem dicent; et quod nec pretio, nec amicitia, nec privato odio, seu commodo aliquo, quod inde habituri sint, ad dicendum testimonium ipsum accedunt*”; *DURANTIS, Speculum iudiciale*, rub. *De test.* 4,1: “*Tu iurabis, quod dices mihi, vel illi, cui hoc commisero inquirendum, tota & plena & meram veritatem, quam credis, vel scias de quaestione tali, quae veritur inter tales ...*”; *BALDO DE UBALDIS, Ad tres priores libros*, rub. *De testibus*, cap. V,3: “... *probanda antiqua memoria ... sed quid si iurauerunt dicere veritate & ista alia, scilicer quod neque odio*”.

⁷² C.T. 4,11,1: “Con negu deu ser testimoni en algun feyt, primerament deu jurar a manament del Jutge, tocats los Sents Euvangelis ab sa propia ma, presents les parts o la una absent per contumacia, que dira veritat de ço que ha vis ne oyt e de fama, si mester es, et que no per amor ne per desamor, ne per seruui no celara veritat, en y aleuara mençongia, e que serui no li'n es dat ne promes, n'el n'espera auer per aquel testimoni a fer, e que per sol Deu dira veritat, si Dus li ajut e aquests Sents IIII Euangelis denant ell posats e tocats ab sa proria ma”. Véase su correlación con F.A.V. 62,4: “*Tactis sacrosanctis Dei Euvangeliis, ..., iurent se dicere veritatem de eo quod viderint et audierint, exclusis pecunia, timore, odio, mala voluntate, promisso, dono, amicicia vel inimicicia*”. F.A.V. 62, 7: “... *legis Moysi sive decem precepta legis*”. Obligatoriedad que fue ratificada por Pedro I en 1283, FURS 4,9,22: “... *statuimus et ordinamus quod observetur et confirmetur per civitatem et regnum emenda fori Valentiae quae facta fuit super facto sacramentalis maledictionum iudeorum*”.

⁷³ C.T. 3,1,1. Se sigue una tradición latente en el Derecho catalán, *Usatge ET TESTES*, Us. 86: “*Et testes, antequam de causa interrogentur, sacramento*

JUAN ALFREDO OBARRO MORENO

Prestado el juramento, y ya sin la presencia del demandante y demandado⁷⁴, el juez⁷⁵, sin posibilidad de coacción⁷⁶ o de engaño alguno⁷⁷, interrogaba a los testigos a cerca del tiempo, del lugar, de lo visto y oído *in sua presentia*,⁷⁸ y no sobre las cosas o sucesos que hubieran conocido de oídas⁷⁹.

distringantur, ut jurent se nichil aliud nisi rei veritatem esse dicturos.” ; Usatge QUONIAM EX CONQUESTIONE, Us. 144: “Item, provida deliberacione statuimus quod quilibet judex ordinarius testes nominatos cogat ad perhibendum testimonium veritatis; …”.

⁷⁴ C.T. 4,11,4: “*Testimonis, apartadament denant los Jutges deuen dir lur testimoni, et no denant en presents les parts, en en public; ...*”; 4,11,10. En idéntico sentido, F.A.V. 62,5; FURS 4,9,19; FURS, 4,9,20. De la influencia del *ius commune* en torno al interrogatorio secreto de los testigos nos dan fe SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., pp. 423-439; así como, MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., “Líneas de influencia canónica”, ob. cit., p. 477, not. 63.

⁷⁵ *Les Costums* señalan -C.T. 4,11,10- que si bien en el acto de dar y pronunciar sentencia debían estar presentes “*los jutges*”, en la recepción de los testigos “*pot enantar la un dels jutges*”.

⁷⁶ C.T. 4,11,31: “*Testimoni ne nuyla altra persona no pot esser tornat per nuyl hom a batayla, ne a ferre calt, en fret, ne aygua caldaz ne freda; perço, com en Tortosa no ha batalyla, ne pot, en deu esser*”; 9,5,5: “*Per testimoni a fer, negu no deu esser possat a turment*”; 1,1,12; 9,12,1. Posibilidad que sí fue contemplada tanto por el Derecho canónico -C. 2,X,2,21- como por los ordenamientos civiles - *Partidas* 3,13,5; 7,1,26; 7,29,13.

⁷⁷ C.T. 4,11,17: “*Los Jutges deuen diligentment demanar los testimonis, et no sobornar*”.

⁷⁸ C.T. 4,11,6: “*Los Jutges que reeben los testimoni, deuen los demanar sobre aquel feyt en que seran treyts per testimonis, e no sobr'altre; car si lo testimoni diu si, no sobre ço en que es treyt, no val ne deu esser escrit, ...*”.

⁷⁹ C.T. 4,11,11: “..., aço tota hora es entes que testimoni d'oyda re no val, ja sia ço que faça alguan presumpcio.” La necesidad de que el juez actúe con suma diligencia se hallaba contemplado tanto en el Derecho canónico - C. 10,X,2,12; C. 37,X,2,20: “..., ac eos diligenter examinare procures, et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de causis videlicet, personis, loco tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine, cuncta plene ac curiose conscribas, ...” -, como en la literatura jurídica procesal. Vid. PILLIUS, *Summa de ordine* 3,11; TANCREDUS, *Ordo iudicarius* 3,9: “*Interrogare debet iudex testem diligenter de omnibus, quae faciunt ad causam, per quae melius possit elicere veritatem, et de singulis circumstantiis prudenter inquirire, scilicet de personis, loco et tempore, visu, auditu, scientia vel credulitate, fama et certitudine, et omnia in scriptis redigi faciat*”; GRATIA, *Summa de iudiciario* 2,5; 2,6,2; DURANTIS, *Speculum iudiciale*, rub. *De teste.*, 1,4,6-7.

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LES COSTUMS DE TORTOSA...

Concluido el interrogatorio⁸⁰, el juez, una vez hubiera preguntando a las partes si deseaban proponer algún testimonio más -“*fin vol plus donar*”-⁸¹, ordenaba al Veguer, al Escribano y a los testigos que no hiciesen revelación de lo declarado⁸², lo que le impedía dar traslado por escrito a las partes de las declaraciones efectuadas hasta que no se hubiese dado publicidad a las mismas⁸³.

A tenor de lo expuesto, y siguiendo los principios marcados por el *ius commune*⁸⁴, la publicación de los testimonios alcanzaba el valor de contraprueba, esto es, con la misma se permitía a las partes el tomar conocimiento de lo afirmado por los testigos a fin de que puedan alegar las objeciones y tachas que entendieran oportunas, a condición de que éstas sean probadas⁸⁵:

“E si volra dir contra los dits dels testimonis o contra les personnes et els dits, que u pot fer, et per los Jutges deuen li esser assignades ses productions a prouar ço que diu, e afermar, e segons los feyts de que encolpa les personnes dels testimonis; e les raons de que encolpa los testimonis, deuen esser tals que elles prouades a ell puxen valer et aydar, ...”

⁸⁰ Éste, a tenor de lo dispuesto en *les Costums* - C.T. 4,11,20 - únicamente podía llevarse a cabo verbalmente, rechazándose, así, toda posibilidad de efectuarse a través de cartas u otros escritos: “*Per sa boca propia deu hom fer et dir son testimoni, e no per letres, en escrit algu*”. A su vez, concluidas estas diligencia, y aún habiendo el testigo abandonado la *Cort*, podía solicitar del Tribunal una nueva declaración, al alegar el olvido -“*si fossen oblidades*”- de algún hecho o circunstancia omitida con anterioridad. Vid. C.T. 4,11,6.

⁸¹ C.T. 4,11,5.

⁸² C.T. 4,11,4: “...; e deulos esser manat per les Jutges com han dit lur testimoni, que sia secret, et que a nuyl hom no parlen”; 4,11,7. Véase su traslación en F.A.V. 62,9.

⁸³ C.T. 4,115 y 7. *Les Costums* siguen la tradición marcada por la literatura jurídica procesal. Vid. TANCREDUS, 3,10: “*Sed antequam dicta testium publicentur, partes debent renuntiare productioni testium et petere inductos publicare. Eis vero publicatis fiat ex esis copia utrique parti, ut super dictis eorum disputetur et allegetur*”; GRATIAE, *Summa de iudiciario*, 2,6,3; DURANTIS, *Speculum iudiciale*, 1,4, 8.

⁸⁴ C. 15,X,II,20: “*In causis ecclesiasticis vel civilibus ultra tertiam productio nem non debent testes produci, nisi adhibita quadam solennitate, quae in legibus invenitur expressa. Et super dictis testium, quum fuerint publicata, publice potest disputari*”; C. 19,X,2,10.

⁸⁵ C.T. 4,11,5 y 7.

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO

Por último, y en consonancia con el deseo de búsqueda de la verdad procesal, *les Costums* sancionan tanto el falso testimonio como el perjurio que conlleva⁸⁶.

Con relación al perjurio, *les Costums*, aunque no llegan a sancionar con carácter general el falso juramento por entender que “*aquela pena at deu se guarda, en no a homens*”, sostienen que los reos de falso testimonio y los que juran ante “*la senyoria per algun feyt car aquests aytals deuen esser punits*” se les ha de castigar cuando fuere cierto que han jurado en falso: “*com fera cert que ajen feyt fals sagrament, o ques fien perjurats*”⁸⁷.

Sobre el falso testimonio, *les Costums*, a diferencia de otros ordenamientos coetáneos⁸⁸, contemplan por falso testimonio únicamente el denominado, por Alejandre García⁸⁹, testimonio positivo o testimonio contrario a la verdad, y no así “el silencio consciente del hecho”, es decir, el hecho presenciado y omitido dolosamente, o falso testimonio negativo.

En este sentido, *les Costums* son explícitas al afirmar que por falsedad testifical se ha de entender toda declaración contraria a la verdad cuando ésta ha sido instigada por un tercero mediante pago, siendo, por tanto, necesario que se den ambas circunstancias, cohecho y falsedad testifical⁹⁰.

Concurriendo éstas, y probado el falso testimonio, éste se sancionaba con una pena de índole económica -resarcimiento del daño o pérdida que hubiera ocasionado su falso testimonio-, de carácter procesal -incapacitación para ser admitido como testigo- y, a una sanción de naturaleza penal, como es la pena de infamia⁹¹.

Con todo, *les Costums* concluyen afirmando que las sentencias dadas en virtud de documentos o testimonios falsos son firmes y válidas -“*la sentencia val e es ferma*”-, a no ser que se acredite su falsedad, ya sea mediante recurso de apelación o, en su defecto, a través de la oportuna declaración judicial “*ans que la sentencia sia menada a eivequicio*”⁹².

⁸⁶ C.T. 4,11, 23; 7,5,1. Véase su correlación con F.A.V. 62,20.

⁸⁷ C.T. 2,18,9.

⁸⁸ F.A.V. 66,18.

⁸⁹ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El Delito de falsedad testimonial en el Derecho español”. En *H.I.D.*, 2 (1976), pp. 97 y 123-128.

⁹⁰ Esta concepción la hallamos en *Usatge QUONIAM EX CONQUESTIONE*, Us. 143: “*Quoniam ex conquestione subjectorum frequenter querelam suscepimus quod propter testium corrupcionem veritas offuscatur et deprimitur, ...*”; *SI QUIS FALSUM*, Us. 164; *OPPORTET*, Us. 165.

⁹¹ C.T. 4,11,23.

⁹² C.T. 7,5, rub. *Si per falses cartes o per falses testimonis sera provat.*