

II

PRESUPUESTOS FORMALISTAS DEL DERECHO ROMANO ARCAICO EN MATERIA DE PRUEBA

El tema de la prueba constituye uno de los problemas permanentes del Derecho. Relacionado con una serie de aspectos que trascienden el ámbito procesal, como la forma de los actos jurídicos, la misma formulación de la norma jurídica sustantiva, en cuanto intervienen razonamientos presuntivos, y la teoría de la interpretación de los actos y negocios jurídicos, este tema tan central en el Derecho se sale fuera del marco que le es propio y hunde sus raíces directamente en la conciencia social histórica en la que se asienta el sistema jurídico; lo cual es en cierto modo aplicable a todos los aspectos jurídicos, pero de una forma especial al tema que nos ocupa, ya que, si bien puede afirmarse con carácter general que *ex facto oritur ius*, que la efectiva realidad social y cultural da lugar a un tipo determinado de Derecho, no puede olvidarse que éste tiene a su vez una función configurativa de la realidad social, juega como un factor independiente que contribuye a formar la sociedad, tiene su lógica propia, no se presenta como *factum* sino como norma, como deber ser¹. Sin embargo, en el terreno de la prueba, es indudable que el Derecho se acerca extraordinariamente a la realidad fáctica; quizá sea uno de los aspectos que más vinculan el mundo del Derecho a la misma sociedad. La razón se encuentra en que la prueba no juega en principio con juicios de valor, aunque éstos se introduzcan en su consideración a través de una idea de lo normal orientada éticamente², sino con juicios de verosimilitud, que dependen de máximas de experiencia vigentes en la sociedad. Es importante que destaquemos esto antes de abordar el tema que nos ocupa, pues nos indica que es necesario encajar el estudio de la prueba en el marco histórico cultural de los primeros tiempos de la *civitas* romana.

1. BROGGINI, *Vindex und Iudex. Zum Ursprung des römischen Zivilprozesses*, S. Z. 76 (1959) p. 113 ss. *Coniectanea*, Milano 1966, p. 104: «Wenn der Gesetzpositivismus uns ein bleibendes Vermächtnis hinterlassen hat, dann ist dies wohl die unerschrockene Ueberzeugung, dass zwischen Norm und Wirklichkeit im letzten Grunde eine unüberbrückbare Kluft bleibt, dass zwischen Wert und Wahrheit ein kategorialer Unterschied besteht».

2. Cfr. GIULIANI, *Il concetto classico di prova*, Milano 1959, p. 73 ss.

Del Derecho romano, que debe su grandeza al sentido jurídico innato del Pueblo romano, que se manifiesta principalmente en las creaciones de la Jurisprudencia clásica, no disponemos más que en una pequeña medida de textos jurídicos que nos hablen de la prueba, y la mayoría de ellos provienen de la época de decadencia, cuando ya había desaparecido el antiguo impulso creativo. La época clásica se caracteriza más bien por el desinterés de los juristas por las cuestiones probatorias³. Y, sin embargo, no es éste uno de los aspectos en los que menos haya brillado el Derecho de Roma. El principio de libre apreciación de la prueba, que rige en esta materia hasta la época postclásica, constituye una de las grandes conquistas de la cultura jurídica romana⁴.

Pero, mientras otros grandes logros del genio jurídico romano tienen su origen inmediato en una labor secular de reflexión sobre los conflictos sociales, la libertad del juez en el aspecto probatorio viene determinada fundamentalmente por la constitución del proceso romano en el *ordo iudiciorum privatorum*⁵, con su peculiar división de la instancia procesal en dos fases, en la segunda de las cuales el magistrado ordena a un particular que emita su opinión (*sententia*) sobre los hechos relevantes en el litigio. A diferencia de lo que ocurre en la primera parte del proceso, donde el conjunto de las actuaciones tiene su fundamento en el *ius*, ya sea *civile* u *honorarium*, en la segunda, el procedimiento se encuentra regulado por una costumbre cuya formación está deter-

3. Es muy significativo a este respecto lo que nos refiere Cicerón de la respuesta del jurista Aquilius Gallus cuando le planteaban cuestiones de este tipo, *Top.* 12,51: «*Nihil hoc ad ius ad Ciceronem, inquebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid rettulerat, ut de facto quareretur.* Y Aulo Gelio cuenta (*N. A.* 12,13,1) que consultó al gramático Sulpicius Appollinaris sobre la interpretación de un *iussum iudicandi* que había recibido, y como éste le preguntara por qué no se dirigía a los *iurisperiti*, contestó de la siguiente manera: *si aut de vetere, inquam, iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituto descendum esset, issem plane scistatum ad istos, quos dicis; sed si cum verborum Latinorum sententia, usus, ratio exploranda sit, scaevus profecto et caecus animi forem, si cum haberem tui copiam, issem magis ad alium quam ad te.* En este segundo texto no se trata propiamente de un problema de prueba, pero sí de un aspecto que se incluye en el mismo ámbito de la actividad judicial. Cfr. infra, n. 6.

4. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 278, vid. también p. 86.

5. BEHRENDTS, *Die römische Geschworenenerrfassung*, p. 10 ss., p. 12, n. 46: «*Wie mühsam musste sich dagegen das germanische und deutsche Gerichtsverfahren vom System der Reinigungseide und vom Ordalienwesen befreien!*».

minada por su interna necesidad y no por preceptos o reglas que se impongan desde fuera⁶.

Cuándo y por qué razones se haya producido este fenómeno de división del proceso es cuestión difícil de decidir, pero si sabemos que es el resultado de una larga evolución que en la época de las Doce Tablas se ha cumplido ya⁷. En consecuencia, un sector importante de la doctrina se inclina a pensar que en la etapa del Derecho arcaico, que conociera desde tiempos muy antiguos la forma procesal típica del *ordo*, pudo desplegar su eficacia el principio de libre apreciación de la prueba⁸, principio conocido solamente a través de las fuentes del período clásico⁹.

Es indudable, en principio, que desde una época muy temprana

6. No obstante, la fase *apud iudicem* se encuentra regulada de alguna manera por una tradición consolidada en la práctica, que en las cuestiones fundamentales habrá sido considerada tan vinculante como las normas jurídicas escritas. Se trata del *officium iudicis*. Cfr. KASER, *op. cit.*: n. 4, p. 274. Aulo Gelio (*N. A.* 14,20) habla de una obra de Elio Tuberón sobre el *officium iudicis*, pero su referencia es la única noticia que tenemos sobre ella. De todas formas, como recuerda J. Ph. LEVY, *La formation de la theorie romaine des preuves*, en *Studi Solazzi*, p. 420, los romanos de la época clásica conocieron reglas en materia de prueba que en el s. II forman ya un entramado bastante complejo. Pero no deja de ser cierto que en el período clásico «los romanos ante el tribunal sentenciador se atuvieron más el mundo de los hechos que al mundo del Derecho», KASER, *op. cit.*: n. 4, p. 276; *Beweislast und Vermutung in römischen Formularprozess*, SZ. 71 (1954), p. 228.

7. Por todos vid. KASER, *op. cit.*: n. 4, p. 23 ss., 31 ss.

8. Cfr., p. ej., LUZZATO, *Procedura civile romana*, II (Bologna 1948), p. 328 ss.

9. Como testimonio de la fuerza de este principio nos limitaremos a citar dos textos clásicos. Call., 4 *de cogn.* D. 22,5,3,2: *Eiusdem quoque Principis (sc. Hadrianus) extat rescriptum ad Valerium de executiunda fide testium in haec verba: quae argumenta ad quem modum probandas cuique rei sufficiant, nulli certo modo satis definiri potest. sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas apprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fides. hoc ergo solum rescribere possum summam, non utique ad unam probationem speciem cognitionem statim alligare debet, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut eredas aut parum probatum tibi opinaris.* También hay que mencionar el conocido pasaje de Ulpiano, 5 *de off. proc.* D. 5,1,79,1: *iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre: haec enim res nonnumquam infamat et materiam gratiae vel ambitionis tribuit.*

na se dieron en Roma las condiciones objetivas, desde el punto de vista de la estructura general del proceso privado, para que pudiera desarrollarse una actividad judicial de libre valoración de la prueba, de manera que puede producirse el equívoco de atribuir a la época arcaica una flexibilidad en esta materia que difícilmente existió, a mi juicio, en los primeros tiempos de la Historia jurídica del Pueblo romano. La interpretación histórica del problema que tratamos de estudiar está condicionada naturalmente por la concepción general de los orígenes del Proceso y del Derecho, donde encuentra una determinada valoración el tema del formalismo, como fenómeno que, en mayor o menor medida, acompaña permanentemente al Derecho y a las relaciones sociales. Es preciso, por consiguiente, partir de una consideración de carácter general sobre los modos en los que puede manifestarse el formalismo en el terreno de la prueba.

El formalismo probatorio viene determinado por una aplicación «típica» y no particularizada de máximas de experiencia vigentes en la sociedad; esta aplicación típica puede producirse por dos razones fundamentales: en primer lugar, por seguir estrictamente un principio de seguridad jurídica; en segundo lugar, porque la máxima de experiencia se encuentra fundada sobre ciertos elementos irracionales, que, por su misma naturaleza —no encontrarse contrastados con la realidad, manifestada siempre a través de lo concreto—, confieren a su aplicación un carácter tipificador. Pero el formalismo puede ser legal, si viene determinado por una norma jurídica que se impone al juez desde fuera, y puede encontrarse también en la mentalidad del juez; en este último caso, puede producirse incluso cuando el juez es formalmente independiente, decidiendo en consecuencia. Por las razones que expondré a continuación, pienso que la prueba arcaica se encontró fuertemente formalizada a través de la mentalidad del *iudex privatus*.

Sin embargo, durante mucho tiempo ha imperado en la doctrina la idea de que, en la apreciación de la prueba, los principios generales han sido muy semejantes desde el momento en que apareció la división de la instancia procesal, lo cual suponía la independencia judicial en la cuestión de hecho. Se parte, a mi juicio, de ciertos prejuicios que llevan a considerar el problema de manera quizá un poco simple. Se atribuyen al juez del período arcaico y a su actividad características de una época evolucionada, formalmente igualitaria, donde pesan las tradiciones y existen múltiples resonancias afectivas y emocionales que abogados expertos consiguen arrancar con la magia de la palabra al tribunal sentenciador, pero donde se ha llegado a un alto grado de racionalidad. Se trata de una transposición que sólo puede realizarse suponiendo la desvinculación del *iudex* de todo el complejo mundo

de relaciones sociales y de representaciones culturales de una época primitiva, y existe una posibilidad para llevar a cabo mentalmente tal desvinculación: suponer que el juzgador fue al principio un simple árbitro¹⁰.

Si el punto de partida del proceso más antiguo fue realmente un arbitraje, estaría justificado entender que el principio de libertad de prueba, en el sentido de falta de formalismo probatorio, fuera algo originario. En efecto, el árbitro, cuya fuerza depende exclusivamente del acuerdo de las partes, encontrándose directamente vinculado a la resolución de un conflicto de intereses, terminaría por no tomar en cuenta las creencias sociales sobre el valor probatorio de los medios de prueba que presentan los litigantes, aunque tales creencias fueran originalmente las suyas. Pues, como el sometimiento de las partes al fallo depende de la aceptación del arbitraje, sólo se producirá esta aceptación si la forma de proceder del árbitro, ante el material de pruebas presentado por las partes, es la más adecuada a sus respectivos intereses, y, si bien en un principio también en ellas estarían arraigadas una serie de ideas religioso-formales sobre la forma de descubrir la verdad en un proceso, estas ideas cederían rápidamente ante su interés inmediato, exclusivamente individual, no vinculado a un revestimiento formal impuesto por la comunidad. Las consecuencias de esta forma de resolver las cuestiones entre los particulares hubieran tenido un alcance insospechado en otros aspectos de la fenomenología jurídica; resultaría inexplicable, por ejemplo, el formalismo del Derecho arcaico, como fenómeno esencialmente comunitario¹¹. Precisamente este formalismo general del Derecho antiguo afecta indirectamente al ámbito de la prueba, aunque se manifieste directamente en aspectos distintos del proceso o del Derecho sustantivo. Por otra parte la *schiedsgerichtliche Theorie* ha sufrido serios ataques en la literatura de las últimas décadas¹² y, en cualquier caso,

10. Señala, en cambio, BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico («Coniectanea»)*, p. 141 s. (aparecido también en IUS 11 (1960), 348-385), como «Riconoscere una base autoritaria alla procedura privata arcaica significa porre il problema della prova in un quadro conforme alle leggi sociologiche fondamentali dell'evoluzione giuridica...».

11. Sobre el problema general del formalismo del Derecho arcaico, por todos, cfr. GROSSO, *Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto romano*, (Turín 1967), p. 131 ss., y KASER, *Das römische Privatrecht I*, p. 39 s. con bibl.

12. Esta concepción de los orígenes del Proceso tiene sus nacimientos en las doctrinas de JHERING, *Geist des römischen Rechts I* (Darmstadt 1968), p. 106 ss., claramente influido por el espíritu liberal y naturalístico de su época. Sobre los presupuestos ideológicos de JHERING, vid. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*

sólo puede hablarse de Derecho y de Proceso cuando los conflictos son solucionados por una autoridad que se sitúa por encima de las partes contendientes¹³.

Frente a una concepción de la prueba arcaica que parte de las ideas tradicionales sobre los orígenes del proceso, algunos autores, que afirman el originario carácter autoritario y publicístico del proceso, consideran que la libertad en la apreciación de la prueba es el resultado de una larga evolución¹⁴. Conviene destacar la argumentación de Broggin, quien ha dedicado un penetrante trabajo a la prueba en el Derecho arcaico¹⁵, y en cuya línea nos situamos en este estudio.

Parte Broggin de distinguir dos posibles formas de plantearse la resolución de un conflicto privado. En primer lugar, cuando los hechos, conforme a los principios jurídicos vigentes en la sociedad romana arcaica, se encuentran claros y resultan indiscutibles, tiene lugar lo que denomina forma de control popular¹⁶. La segunda posibilidad se plantea si los términos del conflicto no resultan

(Göttingen 1958), p. 204 s., BROGGINI, *op. cit.* n. 1, p. 97 ss.; *Iudex arbiterve, Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, p. 5. STASZKOV, *Vim dicere im altrömischen Prozess*, SZ. 80 (1963), p. 85 ss., trata de los antecedentes filosóficos de este tipo de enfoque. Posteriormente fue acogido por WLASSAK cuando emprendió la primera investigación de gran envergadura en materia procesal con los nuevos métodos de nuestra disciplina: *Römische Prozessgesetze I* (Leipzig 1888), p. 70 ss., II (1891), p. 196 ss.; *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, en SZ. 25 (1904), p. 80 ss., 147 ss.; *Die Litiskontestation im Formularprozess*, en *Festschr. Windscheid* (Leipzig 1889), p. 55 ss., entre otras. Por eso el influjo de esta doctrina se proyecta todavía sobre un sector importante de la doctrina, vid. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, en SZ. 73 (1956), p. 29 ss.; KELLY, *Roman litigation* (Oxford 1966), p. 2 ss. Sin embargo resulta posible discrepar de este planteamiento después de una serie de estudios fundamentales que han desarticulado las bases sobre las que se apoyaba: BISCARDI, *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum* (Siena 1953); CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare* (Milano 1946); JAHR, *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionen- und im Formularverfahren* (Köln-Graz 1960); KASER, *Zum Formproblem der litis contestatio*, en SZ. 84 (1967); también las cit. obras de BROGGINI y BEHREND, *op. cit.* n. 5 y *Das Zwölftafelprozess* (Göttingen 1974).

13. Así KASER, *op. cit.* n. 4, p. 19.

14. Cfr. KASER, *op. cit.* n. 6, p. 225 s., BROGGINI, *op. cit.* n. 10, p. 142, con bibliografía sobre el supuesto origen del proceso en procedimientos de tipo ordálico o sobrenatural.

15. BROGGINI, *op. cit.* n. 10.

16. *Ibid.*, p. 159 ss.

conocidos y es necesario un procedimiento cognitivo que lo resuelva¹⁷. En este supuesto y para los tiempos más remotos, acepta la hipótesis de que la solución haya sido buscada en una consulta a la divinidad provocada por las partes litigantes; prueba y decisión se identifican¹⁸. Esta identificación se romperá en el momento en que aparece la norma jurídica, como resultado de un largo proceso de laicización del Derecho; entonces, junto a la determinación de la cuestión de derecho por parte del magistrado, determinación en gran medida autoritaria, aparece la cuestión de hecho que deberá resolver el *iudex privatus*¹⁹, y, en este terreno, los medios de prueba ofrecidos al juez valdrán más en función de su autoridad que en función de su verdad²⁰. Al principio, antes de que se produzca la división de la instancia procesal en dos fases, incumbe al magistrado la decisión en ambos sectores, «il quale attingerà la soluzione agli argomenti forniti dai terzi: i giureconsulti ed i membri del suo *consilium*, in diritto; i testimoni, in fatto»²¹. Nos encontraríamos de esta manera con un estadio de la prueba legal, coexistiendo además medios de prueba racionales e irracionales²². Posteriormente esta rigidez sería sustituida por directivas cada vez más genéricas en materia de valor probatorio de los particulares medios de prueba y de jerarquía entre ellos²³.

Aceptando en lo esencial la evolución trazada por el ilustre romanista suizo, es necesario, sin embargo, hacer algunas puntualizaciones. No es posible admitir que la cuestión de hecho y la cuestión de derecho se hayan confundido del todo en ninguna época; si prueba y decisión coinciden en un proceso ordálico, es más bien porque el proceso más antiguo versa exclusivamente sobre una cuestión de hecho. El Derecho preexiste siempre al conflicto, aunque no exista una norma expresa, aunque se manifieste en sentido negativo, en la reacción ante el entuerto, ante el daño violador de la praxis social habitual²⁴. Por eso, no puede ponerse en un plano

17. Ibid., p. 154 ss.

18. Ibid., p. 164 s.

19. Ibid., p. 166 ss.

20. Ibid., p. 181.

21. Ibid., p. 166.

22. Ibid. p. 167 ss.

23. Ibid., p. 181 s.

24. Creo que no debiera confundirse el problema de la génesis de la norma jurídica expresa o de la institución jurídica, que habrá tenido lugar a través de un largo *iter* que pasa por el precedente y la norma consuetudinaria, hasta precipitar en la norma legal, partiendo de la sentencia que resuelve el conflicto concreto.—Cfr. KASER, *Das altrömische Ius* (Göttingen 1949), p. 36 ss.; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche*

de igualdad la decisión autoritaria en materia de derecho que es consustancial con su naturaleza, con la decisión de los testigos sobre la actividad de un miembro de la comunidad, dirigida a solucionar un problema puramente fáctico, no de deber ser, aunque existan interferencias valorativas.

En consecuencia, el *iudex privatus* no se encuentra vinculado heteronómicamente por el peso social de los medios de prueba; su decisión es una *sententia*, una opinión personal que no puede sustituirse por la aplicación de ningún precepto legal; la prueba de ello la tenemos en la distinción clara de dos sistemas distintos de hacer efectivos los derechos privados: los procesos de ejecución directa²⁵, donde efectivamente la prueba tiene un carácter legal, y los procedimientos cognitivos, en los cuales resulta imprescindible la actividad de la persona que decidirá si se dieron o no los hechos que produjeron el conflicto.

Otra cosa es que el juez proceda con una mentalidad formalista a la hora de apreciar los distintos medios de prueba. En su existencia se encuentra ya sin embargo el germen de la libertad y racionalidad propias de la época clásica.

Nos encontramos, por consiguiente, ante un doble formalismo probatorio: aquel que deriva de los procesos de ejecución inmediata y el propio de la actividad judicial. El primero es indiscutible, el segundo no deja de ser una hipótesis que es preciso apoyar con más sólidos argumentos; ambos pudieron tener el mismo fundamento.

Resulta un lugar común en la doctrina romanística el carácter formalista del Derecho arcaico²⁶; vamos a intentar explicar cómo pudo producirse en el ámbito que nos ocupa. El formalismo del Derecho arcaico tiene su fundamento en la existencia de una casta de sacerdotes en la antigua Roma a quienes fue confiado el cuidado del Derecho; ellos determinaron, conforme a su mentalidad ritua-

romane (Roma 1955); WIEACKER, *Zwölftafelnproblem*, en *RIDA*. 3 (1956), p. 453 ss.; STEIN, *Regulae iuris* (Edinburg 1966), p. 3—con el de la preexistencia del Derecho, como un aspecto esencial de la *forma societatis*, al conflicto, que por ello mismo es jurídico. Otra cosa es que esa *forma societatis*, inexpresada, acaso inconscientemente operante en la sociedad primitiva, se materialice en las concretas instituciones jurídicas a través del proceso, aunque no sólo por ello en Roma, pues la actividad fundamental de los pontífices en la formación del Derecho romano arcaico rebasa este aspecto judicial. Con esta última reserva, sí puede concederse que efectivamente «C'est le juge qui fait le Droit», como dice BROGGINI, *Der Ursprung der römischen Iurisdictio (Coniectanea)*, p. 95, siguiendo a KASER.

25. Cfr. n. 16.

26. Vid. n. 11.

lista, que necesita de la expresión simbólica y plástica para expresar sucesos importantes de la vida social²⁷, los requisitos que deben acompañar a los actos jurídicos, y entre estos requisitos encontramos algunos que tienen una finalidad inmediatamente probatoria, concretamente la presencia de testigos; establecen así mismo cómo en determinados supuestos no se requiere un proceso cognitivo, dados ciertos medios de prueba²⁸. Pues bien, la preocupación por la prueba es paralela a la preocupación por la expresión ritual: el acto jurídicamente relevante debe ser expresado de forma simbólica para ser tenido en cuenta, el hecho jurídicamente relevante debe determinarse formalmente para que resulte establecido; tiene que ser «traducido» a través de medios adecuados ante la sociedad o ante el juez, por eso se explica la forma que preconstituye una prueba²⁹. En ambos aspectos se aspira a una claridad³⁰; la forma es educativa³¹. Resulta de esta manera que se influye en la mentalidad del juez, quien lógicamente va a tender al formalismo, pues es indudable que, si en los actos jurídicos fundamentales, dada la exigencia de forma preconstitutiva de prueba, la prueba es posible a través de medios que ofrecen un alto grado de seguridad, el juez tenderá a no conformarse con otros medios menos claros, respecto de los que tenga que realizar un laborioso examen; lo normal se impondrá como criterio, y la valoración de la prueba

27. Se ha afirmado la relación entre el formalismo arcaico y la vinculación de tipo mágico que se produciría con la ejecución de ciertos ritos. A mi juicio, aparte de que faltan fuentes que demuestren tal relación, el simbolismo y ritualismo primitivos pueden no tener nada que ver con la magia, es una forma de expresar un estado de cosas importante, y su significado primero reside en lo que expresa, incluso cuando se utiliza en la magia. Vid. MAC CORMACK, *Formalism, symbolism and magic in early roman law*, en *Tijdschrift* 37 (1969), p. 458 ss.

28. Vid. *supra* en el texto.

29. Es indudable que existe una relación directa entre ciertos aspectos del formalismo, como la presencia de testigos negociales, y la prueba. Vid. MITTLEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (Leipzig 1908), p. 255 ss.; ARIAS BONEI, *Prueba testifical y obvagulatio en el antiguo Derecho romano*, en *Studi De Francisci* I, p. 285; KASER, *RPR* I², p. 40. ¿Qué decir por otra parte de la utilización de razonamientos presuntivos en la configuración de ciertas instituciones? Cfr. KASER, *op. cit.* n. 6, p. 25 s.

30. Vid. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II (Milano 1963), p. 925 s., el comentario a Varro, *De ling. Lat.* VII, 8.

31. Por eso se plantea una lucha entre oradores retóricos o juristas en torno al problema del formalismo interpretativo en los umbrales de la época clásica. Cfr. TORRENT, *Interpretación de la voluntas testatoris en la Jurisprudencia republicana: La Causa Curiana*, en *AHDE*. 39 (1969), p. 173 ss.

resultará por ello formalizada; algo análogo ocurre en la praxis judicial moderna. Además hay que tener en cuenta que, siendo actos formales la mayor parte de los actos jurídicos arcaicos, su prueba no permite grandes posibilidades de acudir a una determinación indirecta o por presunciones, pues ante el tribunal tiene que traducirse un acontecimiento que tiene una unidad de tiempo y acción. La quiebra del formalismo probatorio vendrá como consecuencia de la quiebra misma del formalismo en el Derecho sustantivo. Cuando unas circunstancias socioeconómicas nuevas planteen la necesidad de nuevas figuras negociales no formales, cuando la *bona fides* se convierta en fundamento de un *oportere* accionable³² y los supuestos de hecho se compliquen extraordinariamente, exigiendo al juez una valoración crítica de los medios de prueba que desgaste y relativice su antiguo valor probatorio, que distancie medio de prueba y fundamento de prueba, entonces y sólo entonces la valoración del tribunal habrá podido ser plenamente libre, alejándose del formalismo tipificador.

El formalismo probatorio tiene además otro aspecto que se manifiesta también en la mentalidad del juez. Es cierto que el *iudex privatus* se forma una opinión independiente de los hechos, pero al valorar los distintos medios de prueba no puede evitar el seguir una serie de principios vigentes en la sociedad antigua que aparecen fundamentalmente en torno a la credibilidad personal de las partes y de los testigos. Tales principios se presentan como reglas de experiencia comúnmente admitidas, su valor estriba en que a través de su utilización se facilita la averiguación de la verdad; aunque contengan elementos valorativos v autoritarios, su aplicación significa actividad probatoria, de efectivo descubrimiento de hechos, no de decisión de un conflicto, lo cual se lleva a cabo por medio de la formación de una *sententia*, con toda la carga de convencimiento subjetivo que la palabra encierra, especialmente tratándose de los orígenes³³. Lo cual es necesario no perder de vista para no caracterizar como legal este aspecto del formalismo probatorio. Precisamente se encuentra aquí el origen de la confusión del profesor Brogini. El partió de una inicial globalidad en la consideración de la cuestión de hecho y la cuestión de derecho, olvidando que la ordalía o el juicio de Dios, con toda la irracionalidad que contienen, eran un medio de descubrir la verdad, medio por supuesto formal hasta el extremo, legal incluso, que, al desaparecer, deía paso al juez, y lo legal será a partir de entonces su establecimiento, nada más.

32. Por todos KASER, *Oportere und ius civile*, en SZ 83 (1956), p. 24 ss.

33. Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (París 1967), p. 614.

Resulta necesario explicar por qué la vigencia de estas máximas de experiencia que atribuyen un distinto valor probatorio a las personas que deponen en juicio, ya sean partes o testigos, de acuerdo con su prestigio moral, dan lugar a cierto formalismo probatorio. La apreciación de la prueba pudo realizarse de modo formal por la carga de irracionalidad que contienen aquellos principios, irracionalidad que deriva fundamentalmente de que, basándose en datos esencialmente ambiguos, el prestigio social se eleva a principio determinante, impidiendo o restringiendo la aplicación de otras reglas aplicables, lo que dificulta la consideración de la realidad pura y simple. El problema que se plantea a continuación es el de la determinación de su origen.

Es indudable que el oscurecimiento que provoca el valor de la persona sobre el resto de las circunstancias fácticas que rodean el conflicto habría llegado a su más alto grado en el caso de la prueba sobrenatural, pues la divinidad se manifestaría aquí directamente sobre la justificación de una persona. Cuando, en virtud de ese acontecimiento que Broggin denominan «descubrimiento del Espíritu»³⁴, se pierde la ilimitada confianza en los dioses propia de los primeros tiempos, y ya no va a poder seguir apelándose a los poderes sobrenaturales para confirmar las propias declaraciones, es indudable no obstante que la atención de la comunidad va a seguir centrándose en torno a la persona misma que emite una declaración. Los dioses no dirán ya nada directamente sobre su conducta, pero sí se lo dirá a la comunidad jurídica su grado de vinculación con ellos, su *religio*, que, todavía en el mundo clásico, es uno de los elementos que definen el carácter fidedigno del testigo o de la parte litigante³⁵.

Si la Historia del Derecho debe basarse siempre en las fuentes³⁶, tampoco podemos afirmar con toda seguridad que la vinculación *religio-fides* tenga su origen en una primitiva prueba sobrenatural. Pero, en realidad, lo que interesa establecer es que determinados elementos sobrenaturales jugaron un papel importante y casi desconocido para nosotros en el más antiguo proceso, cuando el *agere sacramento* fue algo más que el procedimiento fundado en una apuesta procesal³⁷, y que estos elementos han podido in-

34. Parafraseando el título de la obra de B. SNELL, *Die Entdeckung des Geistes* (1946). BROGGINI, *La prova...*, p. 163.

35. Vid. p. ej. CICERO, *Pro. L. Flacco*, 4,9: *Testimoniorum religionem et fidem nunquam ista natio coluit.*

36. Por todos, COING, *Aufgaben des Rechtshistorikers* (Wiesbaden 1976).

37. Los estudios más modernos tienden a rechazar un proceso originario de tipo ordálico o que implique cualquier tipo de consulta directa a la di-

fluir de manera relevante en la importancia atribuida a la personalidad de litigantes y testigos, en lo cual habrá influido sin duda la estructura de la sociedad y los principios éticos dominantes de un *Herrenvolk* personificados en el *vir bonus* que es el modelo de una moralidad predominantemente colectiva y por consiguiente, en ocasiones, hipócrita y farisaica³⁸. Quizá se relacione con esta importancia del valor de la persona en el terreno de la prueba el predominio del testimonio sobre otros medios probatorios³⁹, que se mantendrá mientras perdure la esencia de la romanidad⁴⁰.

Si el relieve de la persona en el proceso clásico ha sido muy importante, también resulta innegable que la época clásica presenta una actividad probatoria esencialmente libre y racional, a pesar de las interferencias de la Retórica⁴¹. En el período arcaico, este fenómeno habrá tenido un carácter más acentuado, por tener en él sus raíces, pero para atribuirle un papel formalizador de la praxis judicial arcaica es preciso, sin embargo, aportar el testimonio de las fuentes.

Acaso el único texto que se relacione directamente con este aspecto del formalismo probatorio sea el capítulo segundo del libro XIV de las *Noctes Atticae* de Aulus Gellius. Se trata de un famoso pasaje que ha sido citado como uno de los más significativos exponentes textuales de la libertad del juez clásico en materia de prueba⁴². El fragmento culminante viene dado por la respuesta del filósofo Favorinus a la cuestión planteada por el autor, que se relaciona directamente con nuestro tema:

vinidad, afirmando en cambio que en la *legis actio sacramento* tuvo un papel fundamental el juramento-*sacramentum*. Cfr. por todos BEHREND, *op. cit.* n. 5, p. 8 y s. Sobre el origen del *ius* en el *iusiurandum* vid. el trabajo del mismo autor *Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht*, en *Symptica F. Wieacker* (Göttingen 1970), p. 11 ss. Vid. obras cit. en n. 24.

38. Vid. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt (1955), p. 21 ss.

39. Por todos, KASER, *op. cit.* n. 4, p. 281.

40. En la época postclásica, la prueba testifical pierde terreno frente al documento, aunque sigue teniendo una importancia fundamental. Vid., p. ej., PS. 5,15,4: *Testes cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt*. Por todos, SIMON, *Forschungen zum justinianischen Zivilprozess* (München 1969), p. 271 ss., KASER, *RZP.* 489 ss.

41. PUGLIESE, *La prova nel processo romano clasico*, en *IUS* 11 (1960), p. 390 ss.

42. Por todos, KASER, *RZP* cit. n. 4, p. 279.

... *suadeo hercle tibi utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus plane fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esse, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei qui petit, condempnesque eum de quo petitur, quoniam, sicut dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est*⁴³.

Para Brogginì, es una «testimonianza viva e preziosa del allentamento dell'antica rigidità verso la fine dell'epoca arcaica»⁴⁴. Pienso, por mi parte, que Aulo Geliò nos remite a una época, anterior a Catón el Censòr, en la cual el formalismo era lo suficientemente poderoso como para llegar a admitirse la prueba moral a favor del litigante con mayor prestigio.

Dice Garnsey que «la influencia que la persona de las partes puede tener sobre el juez en ningùn sitio es revelada de forma más vívida que en un pasaje de Aulo Geliò describiendo su propia experiencia como juez privado en una disputa pecuniaria»⁴⁵. A Garnsey le interesa fundamentalmente señalar que la consideración moral y la credibilidad en cuanto testigo y en cuanto parte en un proceso no tiene en cuenta únicamente las virtudes de la persona, sino, de manera relevante, la posición social y económica del litigante o del testigo. En el mismo sentido se manifiesta, a mi juicio demasiado unilateralmente, Tomulescu⁴⁶. Que en la consideración *uter ex his vir melior esset* entren en juego criterios de tipo social y económico es algo inevitable⁴⁷ y contribuye además a formalizar la apreciación de la prueba, a que resulte más «típica».

Sin embargo, en el Derecho clásico ha concluido la primera etapa en la formación de un concepto jurídico de prueba, de manera que la prueba moral no tiene una autonomía propia, sino

43. *Noctes Atticae*, 14,2, 21-23.

44. *Op. cit.*, n. 10, p. 182.

45. GARNSEY, *Social status and Legal privilege in the Roman Empire* (Oxford, 1970), p. 210 ss.

46. TOMULESCU, *An aristocratic Roman interpretation at Aulus Gellius*, en *RIDA* 17 (1970), p. 313 ss. Vid. También KELLY, *op. cit.*, n. 12, p. 43.

47. Cfr. D. 22,5,3 pr.: *Testium fides diligentè examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque utrum quis decurio an plebeius sit.*

que constituye más bien un elemento a tener en cuenta⁴⁸. En el caso que se le planteó a Gelio, el demandante de una suma de dinero no puede, «*consuetis modis*»⁴⁹, demostrar el fundamento de su crédito, pero es un *vir bonus* «*notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et industria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur*», mientras que el demandado es un hombre «*Non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendacis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur*»⁵⁰. Aulo Gelio hubiera preferido seguir el consejo del filósofo Favorino que se basaba en una antigua regla citada por Catón el Censor en una causa semejante, en virtud del cual debía condenar al demandado⁵¹, pero la consideración jurídica del problema se había modificado profundamente desde entonces; por eso los abogados del demandado pueden decir con razón que lo que «*de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum, non apud censores de moribus*»⁵². Y las mismas personas que componían su *consilium* le indicaban «*non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant quin absolvendum foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione sollemni docebatur*»⁵³. Al final, Aulo Gelio, no sintiéndose con fuerzas para condenar al demandado, y repugnándole absolverle, jura *rem sibi non liquere* y se desvincula de la causa⁵⁴. En cambio, en la época a la que se refiere Catón el Censor cuando dice *a maioribus memoria sic accepi*, no se entiende que falte prueba si existe una desigualdad clara en las cualidades personales de las partes:

*Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemoravit Favorinus, haec sunt: «atque ego a maioribus memoria sic accepi: si cuius quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse...»*⁵⁵.

48. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo per formulas*, en *RIDA* 3 (1956), p. 414 ss.

49. GELL. *N. A.* 14,2,7.

50. *Ibid.* 14,2,6.

51. *Ibid.* 14,2,21.

52. *Ibid.* 14,2,8.

53. *Ibid.* 14,2,9.

54. *Ibid.* 14,2,25.

55. *Ibid.* 14,2,26.

Esta amplitud excesiva del concepto de prueba que llega incluso a difuminar la idea misma de *onus probandi*⁵⁶, puede resultar por exceso tan peligrosa a los efectos de una sana valoración de la cuestión de hecho, como una teoría legal de la prueba por defecto.

Behrends piensa que la época en que se aplicó la regla referida por Catón supone un retroceso respecto de la originaria función del *iudex*, una corrupción del sistema corregida posteriormente por los jueces del Principado⁵⁷. A mi juicio, se olvidan los condicionamientos sociales y culturales del período arcaico, quizá como consecuencia de atender exclusivamente al aspecto de la independencia de la misión del *iudex privatus*. Por otra parte, hay que tener en cuenta el sentido general de la evolución desde los orígenes hasta el Principado, caracterizado como una progresiva liberalización y racionalización. ¿Por qué habíamos de suponer que, retrocediendo hasta el siglo III a. de C., o acaso más atrás, el sentido de la evolución ha debido ser diferente?

La libertad de apreciación de la prueba del Derecho clásico, que termina con el formalismo probatorio, es el resultado de un proceso de racionalización de toda esta materia. La razón es, en realidad, el reino de la libertad en su sentido más auténtico. Este proceso de racionalización de la prueba tiene como resultado el restringir la prueba en sentido jurídico; lo cual podría parecer en principio un mal, ya que la personalidad de las partes o de los testigos puede decirnos mucho sobre la confianza que puede prestarse a sus declaraciones, pero no se trata en primer lugar de una limitación absoluta: las cualidades de litigantes y testigos serán tenidas en cuenta a la hora de apreciar el valor probatorio de lo que manifiestan⁵⁸, y, además, viene determinada esta limitación por una exigencia racional, que deriva del mundo de reglas de experiencia que rodea a los conflictos jurídicos, que es el resultado de un análisis crítico y objetivo de los problemas de prueba.

El mundo clásico no llegó a dar este paso de forma clara y consciente. Es indudable que se abrió camino con fuerza cada vez mayor

56. Este texto nos indica que un concepto técnico de carga de la prueba sólo puede darse cuando existe una separación entre *probatio* y *praesumptio*; en este sentido siguen siendo válidas las manifestaciones de E. LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, en *IURA* 3 (1952), p. 155 ss. y KASER, *op. cit.*, n. 6, frente a PUGLIESE, *op. cit.*, n. 48 y SIMÓN, *op. cit.*, n. 40, p. 135 ss. El reparto de la prueba en el Derecho clásico es esencialmente flexible por la amplitud del mismo concepto de prueba.

57. BEHREND, *op. cit.*, n. 5, p. 12.

58. Mod. 8 *regularum*, D. 22,5,2: *in testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est...*, vid. n. 47.

entre los servidores de la Justicia. Pero quienes se ocupan de la prueba, oradores retóricos, hablan todavía de ella en términos demasiado vagos. El concepto retórico de prueba es directamente heredero del concepto arcaico; la prueba retórica no aporta de esta manera nada nuevo, utiliza algo que sigue en parte vivo en la sociedad y que los juristas comienzan ya a superar. En la afirmación de Behrends de un retroceso en este terreno en la época a la que nos remite Catón el Censor se encuentra quizá la idea de que el cambio ha sido provocado por las nuevas concepciones retóricas, pero es más posible que la consideración de las circunstancias personales como determinantes de la resolución del juez sea algo que los oradores retóricos han encontrado en la sociedad, que la *dignitas*, *gravitas* y *auctoritas testium*⁵⁹ sea el origen y no el resultado de la actividad y de la teoría retóricas.

La libertad supone una lucha por la racionalidad y de esta lucha aparece transida toda la época clásica. Pero el desinterés de los juristas clásicos por esta materia condujo a que sólo en el período postclásico, cuando nos encontramos ante una nueva formalización legal de la prueba⁶⁰, se distinga, también en el mundo del Derecho, entre las *probationes artificiales* y las *inartificiales*: pruebas serán únicamente las segundas, para las primeras se reserva el término de *praesumptiones*⁶¹.

JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA

59. Vid. el interesante artículo de J. Ph. LEVY, *Dignitas, gravitas, auctoritas testium*, en «Studi Biondi» II, Milano (1965), p. 29 ss.

60. Por todos KASER, *op. cit.*, n. 4, p. 484 ss.

61. GIULIANI, *op. cit.*, n. 2, p. 38, n. 1 y 75 s.