

EL SISTEMA PROBATORIO EN EL FUERO DE SAN SEBASTIAN

Por MARIA DEL CORO CILLAN-APALATEGUI GARCIA DE ITURROSPE

1. NOTA INTRODUCTORIA

El Fuero de San Sebastián es, ante todo, un hecho histórico, que se plasma en un conjunto jurídico de normas, que comprende preceptos de diversa naturaleza: generales, administrativos, civiles, penales y procesales, tratándose en este breve trabajo de construir un cuerpo organizado de las pruebas en el Fuero a través de estos últimos.

La fase probatoria en un proceso es más que un sistema, un subsistema, aunque en sí misma considerada, se integra en un conjunto de elementos —testimonio, juramento, ordalías— cuyo fin esencial es descubrir la verdad de los hechos para formar la convicción del Juez y obtener una sentencia justa.

2. LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL FUERO

La verdad se descubre cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que se desean conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad, siendo las pruebas los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad. Se puede tratar de probar el hecho y el derecho; pero cuando se habla de la teoría de las pruebas, se hace referencia a la investigación de los medios que deben emplearse para comprobar los hechos que son objeto de debates judiciales, esto es, *instrumenta causae*.

2.1. *La prueba testimonial*

La prueba testimonial o de testigos alude a las personas que

declaran en juicio en el que no son parte sobre los hechos en el mismo controvertidos.

Se trae en primer término la prueba de testigos, porque el Fuero de San Sebastián con carácter general afirma como elemento probatorio principal los testigos, expresándolo taxativamente en su art. II, 2: «Similiter dono per fuero quod non faciant bellum nec duelum cum hominibus de foris per nullo plaito, sed donet testes, unum nauarrum et unum francum. Et si testes no habuerint, donemt unam iuram».

De entrada tres son las cuestiones que presenta este artículo: la primera, la supresión de las ordalías a priori, que después para algunos casos se admitirán; la segunda, la primacía de la prueba testimonial, natural en aquella época que apenas conocía la escritura; y la tercera, la necesidad de dos testigos, que excluye el valor de un testigo único por considerarse un testimonio insuficiente en principio.

La exclusión del testigo único es una exclusión que viene de lejos. Ya en el Bajo Imperio se hizo máxima curial el testis ullus, testis nullus o como decía Loysel: Voz de uno, voz de ninguna, criterio éste que con una cierta relatividad aún se conserva en el Código de Derecho Canónico vigente que en su canon 1791 dispone: «Un sólo testigo no hace plena fe».

Se repite la exigencia de la prueba testifical, con prioridad a las demás, en el caso de la mujer violada, que reclamase dentro de los tres primeros días, plazo de tiempo que hay que considerar como de caducidad (II-4): «Et sy mullier forciata se clamaverit prima IIª, vel IIIª die, et probaverit per beridicos testes, faciat ille qui forciaverit eam directum supradictum, et rredat regi sexaginta solidos. Post tres dies transactos, nihil baleat ei».

Otras situaciones jurídico-procesales en las que se establece la prueba testifical en el Fuero con rango preferente son:

— En el supuesto de tener que probar el hurto de retoños realizado de día, bien en huerto sin cerrar o con cerramiento (III-4): «Et si aliquis coligit caules in die sine clausione, parist Vª solidos et rredat hoc quodprehendit; et sy chausum fuerit, XXV solidos. Et sy non potest probare cum testimonias, debet iurare ille qui negat, et sy noluerit, qui probat potest illum tornare per batallam».

— Cuando el guardián de la viña fuese maltratado de día (III-4): «*Sy custos binearum aut camporum viderit aliquere intramtem in bineam aut pascentem campos, custos provaverit per suam iuram et alius dabit calumpniam. Sed sy custos bines fuerit berberatus in die, sy non potuerit provare per testes, accipiat iuram de illo de quo fecit querelam*».

— En la hipótesis de tener que rebatir un falso testimonio (III-8): «*Si aliquis dixerit aut fecerit falsum testimonium, et alius potuerit illum probare inde cum testimoniis aliis, postquam unus annus et dies unus erit trasactus, emendabit cui perdere fecit totam perditam, et qui fecit testimonium in mercede senioris terre erit. Sed sy cum testibus non potest probare, per duelum potest sse saluare*».

Como puede advertirse, la prueba testifical tiene una aplicación directa en el campo penal por cuanto los casos traídos a colación son hechos constitutivos de delito.

En materia civil, el Fuero admite la posibilidad de probar la deuda por medio de testimonios y prestado un testimonio, no debe frustrarse o fallar (IV-4): «*Et sy nullus homo fecerit testimonium pro nulla re, non debet illi faylire*».

Et sy nullus debitor vel attor negaberit al demandador suum haber, sy poterit probare cum testimoniis et pectet censum cum quinque solidos de calupnia, et illa medietas calupnie erit de domino ville, et alia medietas seniori cuy est sensus qui provauit eum. Et sy non poterit probare vt accipiat suam iuram. Et donet illi fidanciam ut amplius non requirat aliquid de hoc».

Es lógico pensar, puesto que las donaciones en caso de muerte se admitían en último extremo como testigos de la donación a las mujeres con capacidad legal, que los testigos en juicio habrían de tener la capacidad legal, veracidad y honestidad.

De la veracidad y la honestidad respondía el juramento que acompañaba al testimonio o era supletorio de aquel, tal como puede leerse en el art. IV-4.1, en el que se establece que si el testigo no lo recuerda, debe jurar el no recordar.

El juramento de los testigos, previo a la prestación del testimonio, es de instauración antiquísima y se basa en la llamada sobre sí de la reprobación divina, por no ser la declaración sincera.

2.2. *El juramento*

El juramento no debe prestarse en manera alguna a la arbitrariedad. En el Fuero de San Sebastián existe el que se conoce con el nombre de juramento de credibilidad. Posee la naturaleza de un llamamiento a la conciencia de la parte a quien se dirige. No es formal sino en cuanto se trata de un hecho personal a la parte a quien se refiere.

Así, cuando, al hablar «De arbore inciso», en el IV-4.5, se dice: «et si custos vinearum aut camporum viderit aliquem intransentem in vinea aut pascentem campos, custos probabit cum sua iura et alius dabit calompniam».

Establecido, por otra parte, el juramento, como supletorio de la prueba testifical en el artículo II-2 con uso alternativo, esta suplencia se advierte con claridad en el texto: «Et sy testes nun habuerint, donent unam juram». Este principio se confirma también en los siguientes artículos: por ejemplo en el caso del guardián de una viña que hubiese sido maltratado de día; el cual a falta de prueba testifical, podía recurrir al juramento del causante de los malos tratos (III-4): «Sed sy custos binee fuerit berberatus in die, sy non potuerit provare per testes, accipiat iuram de illo de quo fecit querelam». Y en el mismo articulado en relación con la recogida de retoños se afirma en el texto: «Et sy non potest provare cum testimoniis, debet iurare ille qui negat».

3.3. *Las pruebas vulgares*

En esta época del Fuero de San Sebastián, el honor y la inocencia se sometían a crueles pruebas, comunmente llamadas vulgares entre las que, como más horrendas, se citan la calderaria y la del hierro caliente. Hubo en los Reyes Medievales una fuerte tendencia a la supresión de estas pruebas atroces, fruto de una exaltada y mal interpretada religiosidad en cuya desaparición pusieron también el mayor interés las autoridades religiosas.

Las pruebas vulgares llamadas asimismo ordalías o juicios de Dios, se utilizaban para demostrar la verdad de un hecho o de un acaecimiento por la aparición o no de determinadas consecuencias físicas.

Se consideraban unilaterales la del agua fría, la calderaria y la del hierro caliente que Villaamil explica su forma de practicarse en los siguientes términos:

3.3.1. *Prueba del agua fría*

Consistía en arrojar a la persona sometida a ella en un gran recipiente, atado de pies y manos (la mano derecha con el pie izquierdo y viceversa), probando su inocencia si se iba al fondo, y considerándola culpable si sobrenadaba, como que le arrojaban de su seno las aguas previamente exorcitadas y benditas.

3.3.2. *Prueba calderaria*

Se efectuaba sacando con el brazo desnudo guijarros depositados en el fondo de una caldera llena de agua en ebullición y dejando el brazo liado y sellado hasta que el tercer día se examinaba si estaba o no ileso, lo que equivalía a demostrar o no la veracidad del aserto del que hacía la prueba.

3.3.3. *Prueba del hierro caliente*

Se cogía con la mano un hierro rojo y se le transportaba a una distancia determinada, resultando probado lo que se deseaba si no resultaba herido en la mano, como en la prueba análoga del agua hirviendo.

La prohibición de las ordalías de combate y duelo se encuentra en el artículo II-2 del Fuero en las expresiones: «Similiter dono pro Fuero quod non faciant bellum nec duellum cum ominibus de foris per nullo pacto».

Esta prohibición general del Fuero no fue de total aplicación, ya que la primera excepción la encontramos en el artículo III-5, al contemplar el caso de que alguien hubiere entrado en casa ajena para robar y fuere muerto, aceptándose esta ordalía del hierro como medio de prueba: «Et sy aliquis ex parentibus interfecti dicet illi qui hominen interfecit: 'Tu occidisti parentem meum alio modo et non in domo tua interfechor debet iurare et salvare se per ferrum quod sic interfecit illum nocte in domo sua, et non per aliam malivolenciam nec per aliam inimicitiam. Et si exierit inde sanus et

illesus a ferro, parentes debent firmare et ille non debet homicidium dare».

El precepto de más importancia en relación con las ordalías se encuentra en el artículo IV-4, en relación con la posibilidad de probar la deuda por medio del torneo u ordalía, especificando la forma con arreglo a fuero de la siguiente manera:

«Amplius, ut tornet per forum.

Et ille homo qui portauerit ferrum, ut sit francus, qui non habeat ferrum portatum, nec sit faber.

Et ille homo qui portaberit ferrum ut juret quod non est faber nec unquam lebabit ferrum, nec ille nec aliquis homo uel femina non habeat ullam fetillam factam in hoc ferro per quam ille homo perdat suum directum.

Qui quaerit istum habere et juret quod non debet istud aber quod quaerit.

Et antequam le bet istum ferrum, ut haber istum sit sic missum in manu fidelis, sive in auro vel in argento.

Et sy ille homo qui lebauit ferrum sse ardet, quatenus redat aber seniori qui quaret, et pectet sexaginta solidos seniori bille.

Et sy se salvat, ut pectet ille homo qui requirebat LX^a solidos domino ville.

Et sy ferrum non portatur postquam fidancia est data, ille in quo remanet vi pectet X solidos.

Et calumpnia ferri est tertia pars regis, et alia tertia pers almirantis, et alia tertia pars alcaldi».

Como escribe Banus, la reglamentación de la ordalía del hierro caliente que se ha transcrito, se desarrolla con arreglo a un orden lógico: primero, párrafos 5 a 8, las condiciones previas; a continuación 9 a 11, resultado de la prueba; y finalmente, p. 12, participación de la caloña o multa debida por esta prueba.

3.3.4. *El duelo como ordalía bilateral*

Dice Martínez Marina que el duelo fue costumbre general entre los bárbaros para probar el demandante o querrelloso su derecho y más comunmente para justificarse el acusado del delito que se le imputaba, cuando no se podía averiguar la verdad por las pruebas que el derecho tenía autorizadas.

Su origen se sitúa en la Ley Sálica y Capitulares de Carlomag-

no. La Ley Sállica es la más conocida de las leyes bárbaras. La mayor parte de sus disposiciones se referían a los delitos y al procedimiento. La Ley Sállica estaba redactada en latín, pero en los antiguos textos se advierten expresiones bárbaras precedidas de la palabra «Malb» o Malberg», de donde el nombre de «glosas malbéricas». El procedimiento era esencialmente formalista (Edición de Pardessus y Geffeken). También aparece regulada en la Ley bárbara de los Burgondos, que recoge una parte de las costumbres antiguas, puesto que el Derecho Romano no llegó a eliminar el juramento purgatorio y el duelo judicial (Edición de Salis, en *Monumenta Germaniae*).

El duelo está calificado como una ordalía bilateral respecto a su naturaleza, es decir, que siendo el juicio una lucha entre dos partes, ambas luchan hasta la victoria final y su validez se encuentra en aquella vieja frase: «Dios combate con el inocente».

De entrada en el Fuero se prohíbe el duelo en el tantas veces mencionado art. II-2, pero en los preceptos contenidos en el III-4 y en el III-5 se admite el duelo expresamente al decir:

«Et sy non potest provare cum testimoniis, debe iurare ille qui negat; et sy noluerit qui probat potest illum tornare per batallam» y «Et sy exierit inde sanus et illesus a ferro, parentes deben firmare et ille non debet homicidium dare; sed possunt facere bellum sy ambobus plazet, sed hoc non est forum nec capitula ex parte nostra fuerint inuenta».

En lo referente al falso testimonio, aparece el duelo como prueba supletoria de la testifical:

«Sed sy cum testibus non potest probare, per duellum potest sse saluare; et sy victus de bello erit, hemendabit sicua suprascriptum est. Sed sy duellum poterit vincere, ille qui probat dabit quingentos solidos de calumpnia, et erit homicida de illo quem probare voluit et de parentibus suis».

Como resumen de todo lo expuesto, el orden jerárquico de las pruebas en el Fuero de San Sebastián era:

- 1.º La prueba testifical.
- 2.º El juramento, como prueba supletoria del anterior.
- 3.º El hierro candente y el duelo, lid o batalla, cuando no se pudieren utilizar las dos anteriores.

4. LA PRUEBA DE UN HECHO NEGATIVO

Establecido el sistema de pruebas del Fuero de San Sebastián, brota en relación con la prueba la de un hecho negativo. Siempre en Derecho Procesal se ha venido diciendo que *afirmanti, non neganti incumbit probatio*, aunque hoy se afirma que un hecho negativo puede contener una afirmación en cuyo caso al que niega le incumbiría la carga de la prueba.

Así en el III-4.5 se lee: «*et si non potest probare cum testimoniis, debet iurare ille qui negat*». Mediante el juramento, por lo tanto, la negación adquiere conciencia de verdad. Es una negativa generadora, que los doctores antiguos llamaron *negativam praegnantem*, que siendo de cualidad, conduce a una afirmación palpable y positiva. Dentro de esta concepción de la prueba del hecho negativo suele decirse que lo que ocurre con frecuencia es que los hechos invocados en apoyo de la negativa son indefinidos, y entonces, sí es cierto que la prueba será difícil, y algunas veces moralmente imposible. Para resolver el problema hay que recurrir a una afirmación que lo solventa: «*Non quia negativa, sed quia indefinita*».