

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mía Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

José Miguel Piquer Marí, “Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios que conforman el *onus probandi* en Derecho romano clásico, en los *Furs* y en *Les Costums de Tortosa*”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 660-685 (available at <http://www.glossae.eu>)

Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios que conforman el *onus probandi* en Derecho romano clásico, en los *Furs* y en *Les Costums de Tortosa*

A study on the structural survival of the criteria that make up the *onus probandi* in classic Roman law in the *Furs* and *Les Costums de Tortosa*

José Miguel Piquer Marí
Universidad de Valencia

Resumen

El estudio que presentamos tiene por objeto el análisis de la carga de la prueba. En concreto investigamos la pervivencia a modo de estructura de los criterios romanos que se hayan en los principios que rigen el *onus probandi* en las legislaciones medievales: *Furs* y *Costums*.

Abstract

The study takes as an object the analysis of the *onus probandi*. We investigate the survival like structure of the Roman criteria that are existed in the principles that govern the *onus probandi* in the medieval legislations: *Furs* and *Costums*

Palabras clave

Onus probando – *Furs* – *Costums* - Derecho Romano - estructura

Keywords

Onus probandi – *Furs* – *Costums* - Roman law - structure

Sumario: 1. Introducción. 2. Criterios informadores de la carga de la prueba: criterio objetivo, subjetivo, material y de prelación. 3. La conformación estructural de los criterios. 4. Análisis de las disposiciones contenidas en los *Furs* y en *les Costums*.

1. Introducción

Una parte de los años que llevamos en la investigación del Derecho Romano se lo hemos dedicado al estudio de la carga de la prueba en el período clásico en donde hemos intentado desentrañar, de una forma dogmática, los criterios ordenadores de la carga de la prueba que íbamos encontrando en las respuestas de los juristas clásicos; cuáles son los criterios de distribución, por qué esos criterios y no otros, qué común denominador puede subyacer en la red de criterios que conformar el *onus probandi*, así como el fundamento de tales criterios. A estas preguntas intentamos dar respuesta en un trabajo publicado en el 2006 bajo el título, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica (Exégesis de D.22.3)*.

Tras esta publicación, nos hemos visto impelidos a completar un poco más en la tradición histórica sobre la carga de la prueba. Así, tras un período de tiempo, junto con la profa. Bernad, nos hemos aproximado a la carga de la prueba, pero ahora lo hemos

hecho atendiendo a las fuentes legislativas teodosiana y visigoda, en un trabajo que se publicó en la revista *Glossae* en el 2015¹.

Con motivo del homenaje a la maestría y buen hacer, como amigo, si se nos permite la familiaridad, con quien tanto momentos hemos compartido, como maestro, como discente, D. Enrique Gómez Royo, hemos querido profundizar un poco más en la tesis que en su día comenzamos bajo su dirección en materia de *onus probandi*.

El estudio y el análisis del material clásico, nos ha ofrecido una imagen bastante elocuente del modo en que se debía distribuir la carga de la prueba y como, los criterios que conforman este “modo” pueden configurar una estructura.

Como dice Antonio Fernández de Buján², “la prueba versa, en principio, sobre los hechos alegados... La carga de la prueba se rige por el principio de quien alega un hecho, actor o demandado, o en relación con las afirmaciones realizadas en la *intentio*, *exceptio*, *replicatio*, etc., o aducidas en el curso del debate, debe proceder a su prueba” recogiendo de este modo, el criterio neurálgico de la aportación de prueba: el criterio objetivo de la prueba de los hechos. Este criterio nos dio pie a profundizar en la estructura del *onus probandi*, de tal forma que llegábamos a la conclusión de que, sobre la base de la casuística, podíamos observar la existencia de unos principios conforme a los cuales se distribuía la carga de la prueba; unos principios o reglas de los que, a su vez, podían sustraerse unos criterios generales (objetivo, subjetivo, material y de prelación) que podrían configurar una especie de estructura jurídica³ de carácter genético que regiría la aportación de prueba⁴. Esta cuestión será la que trataremos en la primera parte de nuestro trabajo.

Una vez constatada la existencia de dicha estructura, hemos querido aproximarnos al ámbito legislativo bajomedieval en concreto a los *Furs* de Valencia y las *Costums de Tortosa*; dejando para otro estudio los círculos práctico y doctrinal del estudio jurídico. En ambos casos, estaríamos ante dos ordenamientos en los que la influencia del Derecho Romano es clara, y en ambos casos, parece que tuvieron como fuente principal el *Codex*

¹ Bernad L.- Piquer, J.M., “La búsqueda de la verdad procesal: un estudio sobre la pervivencia del principio inquisitivo romano en las fuentes legislativas visigóticas”, *Glossae* 12 (2015).

² Fernández de Buján, A., *Derecho privado romano*, 10 ed. Madrid, 2017, p. 137.

³ Viet, J., *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales* (traducción de Manuel Lamana), Buenos Aires, 1970, pp. 8 ss.; 11 ss. Montoro, A., *Análisis estructural y conocimiento jurídico*, Murcia, 1982, p. 33 quien sintetiza las fases del método estructuralista en: 1) La observación y descripción de los fenómenos y de las relaciones sociales; 2) La fase interpretativa y de construcción en la que, a través de la comparación de los datos obtenidos por medio de la experiencia, se llega al esbozo y articulación de los modelos que permiten llegar al conocimiento de las estructuras, y con ello, al descubrimiento de las leyes sintácticas que rigen los fenómenos de la experiencia, a la explicación de las transformaciones que se dan en el seno del sistema de cada estructura, lo que pone en evidencia el carácter formal de la metodología. Legaz Lacambra, L., “Estructuralismo en el derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 34-36 (1969), da una visión más completa y compleja del fenómeno estructuralista aplicado al mundo del derecho, pues, no sólo parte ya del estructuralismo genético, sino que el estructuralismo es estructura de la vida social; por tanto, configurado estructuralmente por el plano normativo, social e ideológico.

⁴ Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano*, 19 ed., Pamplona, 2016, p. 47. El romanista español apela a la naturaleza bifronte de la ciencia romanística; una ciencia histórica y jurídica en la que se equilibran ambos ámbitos del saber. Una idea que compartimos y a la que añadimos la necesidad de que, epistemológicamente, esté atravesada por diversas ciencias que permitan también el esclarecimiento del derecho romano. En este caso, acercándonos tangencialmente al estructuralismo.

(C.4.19). Dada esta influencia, nos hemos preguntado acerca de la posible pervivencia de estructuras similares en estos ordenamientos jurídicos.

2. Criterios informadores de la carga de la prueba: criterio objetivo, subjetivo, material y de prelación

La tradición de la libre aportación de prueba, que se sustenta en la jurisprudencia romana contenida en D.22.3 y en las constituciones imperiales contenidas en C.4.19, la estudiamos buscando los criterios dogmáticos interrelacionados que, tras reducir las reglas sobre el *onus probandi* que se hallan en sus textos, formarían su estructura. Al no poder hacer en esta sede una interpretación exhaustiva de los textos, nos remitimos a tal efecto a nuestra publicación, limitándonos a realizar una exposición sintética⁵.

Los criterios que pueden inducirse de las disposiciones en las que se encuentran las reglas o principios que informan el *onus probandi* son los siguientes:

El *criterio subjetivo*. Este criterio lo vemos ejemplificado en la L.E.C. al disponer:

Art. 217.2 LEC: *Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.*

Art. 217.3 LEC: *Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.*

Atendemos a la opinión de Rosenberg⁶, que, siguiendo a uno de los principales exponentes de esta postura, A. D. Weber⁷, señala que la postura subjetiva de la carga de la prueba se fundamenta en la necesidad de las partes de suministrar la prueba de sus alegaciones.

Aragoneses⁸ casa este criterio con el objetivo, que veremos a continuación, al afirmar que el criterio subjetivo es aquél por el que se hace depender la prueba de los hechos afirmados, y por razón de los mismos, del demandante o del demandado.

De este modo, al demandante le corresponde la prueba de los hechos constitutivos, mientras que al demandado le corresponde la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. En este caso, que determinados *facta* se vinculen, por razón de los mismos, al demandante o al demandado, debe proporcionar, como dice Ortells⁹, “la situación subjetiva adecuada para provocar que en el proceso se practique prueba”.

⁵ Piquer, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de D. 22.3)*, Madrid, 2006, pp.153 ss.

⁶ Rosenberg, L., *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1997, pp. 17, 19.

⁷ Weber A. D., *Ueber der Verbindlichkeit zur Beweisführung*, Halle, 1805; Bethmann-Hollweg, M.A., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Ueber die Beweislast*, Berlin, 1827.

⁸ Aragoneses, “*La carga de la prueba y la facilitación probatoria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, RDP 3 (2000), p. 737. En el mismo sentido, De la Oliva-Diez Picazo, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, pp. 298 ss.

⁹ Ortells, M., *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2000, p. 387.

Tomando ahora como referente las fuentes jurídicas romanas, vemos que éstas nos informan acerca de este criterio subjetivo en D. 22.3.14, fragmento atribuido a Ulpiano: *Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur.*

Al jurista se le plantea la cuestión relativa a la condición de ingenuo de alguien que se encuentra aparentemente en una situación de liberto y se pregunta Ulpiano acerca de la distribución de la carga de la prueba en función de la posición que ocupan las partes, en particular, la del demandante.

El *criterio objetivo*. En este criterio se incluyen aquellas reglas en las que se exige prueba a las partes por razón del objeto¹⁰.

Este criterio, en la medida en que tiene en cuenta las alegaciones de hecho contenidas en la norma cuyo supuesto de derecho pretende que sea aplicado por las partes, hace que sea, evidentemente, el más utilizado por la jurisprudencia romana, pues a lo largo de todo el derecho sustancial recogido en el Digesto encontramos las consiguientes referencias a la exigencia de prueba de los supuestos de hecho alegados y probados.

Acudiendo a la jurisprudencia romana, traemos a colación D. 22.3.17, atribuido a Celso, en el que se pretende seguir este criterio y donde poco importa la condición de demandante o demandado:

Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest merito condemnabitur.

Tal modo de plantear la exigencia de prueba supone llevar a su máxima expresión el principio *ei incumbit probatio qui dicit* (D.22.3.2), de tal forma que ante la confrontación de afirmaciones se exige la prueba a ambos, con independencia de su posición y con el fin de clarificar hechos dudosos.

El *criterio de prelación*. Con esta expresión aludimos a la formalización de la idea sostenida en su día por Gianturco¹¹ cuando se refería, realizando un análisis desde la lógica formal, a una “sucesione logica” en la aportación de prueba.

Este autor dice que¹² “nel processo civile, la prova che una delle parti ha assunta, per il vantaggio che li potrà ritarne, e supposta raggiunta tale prova, sorge un nuovo onore della prova a carico della parte avversaria, relativamente a tutti quei fatti, circostanze di fatto, rapporti di fatto che pretesse, in vantaggio di questa, capovolgere l’esito della lite, e così via. Per tal modo si verifica un continuo avvicinarsi dell’onere della prova; e le prove sucesivamente e alternativamente fornite sono in rapporto tale che quelle fornite posteriormente, da una parti, eliminanano, parzialmente o del tutto le conseguenze giuridiche derivanti dalle prove precedentemente fornite dall’altra parte”.

¹⁰ Rosenberg, *La carga*, p. 21, quien lo conceptúa como criterio de certeza y prescinde de toda referencia a la actividad de las partes ya que lo que importa no es tanto tal actividad cuanto la prueba de los hechos que son importantes en sí mismos para conseguir el fin del proceso

¹¹ Gianturco, L., *Commentario alle Pandette, Appendice del Traduttore* 22, Milano, 1906, p. 437 nt. 242.

¹² Gianturco, *Commentario*, p. 437.

En este sentido, haciéndose eco de las palabras de Pescatore, Micheli¹³ nos dice que le incumbe al *actor* la carga primaria en juicio, lo que “ha de asumirse como principio general, lógico, inmutable, atenuado solamente por la *utilitas*”.

Por tanto, observamos cómo el criterio de la prelación viene a designar un orden en la aportación de prueba vinculado a una de las partes según un orden lógico con el que ordenar la aportación de prueba; el criterio de prelación, por su naturaleza, dota a una de las partes de una situación de ventaja pues sólo probará, en segundo lugar, si lo hace en primer lugar la parte que está en desventaja.

La unión de este criterio al subjetivo la encontramos en el hecho de que la carga primaria o prueba primera debe ser aportada por el *actor*, con lo que se está vinculando la condición de parte a la aportación de prueba primaria.

Este criterio ya era atestiguado por Cicerón en su discurso *pro Quinctio* cuando afirma que en 8.30:

Clamabat porro ipse Quinctius sese idcirco nolle satis dare ne videretur iudicasse bona sua ex edicto possessa esse; sponsionem porro si istius modi faceret, se, id quod nunc evenit, de capite suo priore loco causam esse dicturum.

En el ámbito jurisprudencial, destacamos un fragmento postclásico que se recoge en D. 22.3.25pr en donde claramente se establece un orden de prelación dependiendo de la actividad probatoria de cada una de las partes:

Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat.

Se advierte cómo, planteada una cuestión acerca de una reclamación de cuantía o cosa no debida, se exponen dos supuestos. En primer lugar, el demandante afirma que el demandado tiene dinero o cosa no debida, lo cual es negado por el demandado. El demandante prueba que entregó la cosa o el dinero, entonces el demandado, que hasta ese momento no necesitaba probar nada, ahora se ve en la necesidad de aportar pruebas de que era debido.

En segundo lugar, el demandante afirma que entregó dinero o cosa no debida, a lo que el demandado responde que sí que fue debida. En este caso es al demandante al que le corresponde probar que lo entregado no era debido, ya que tiene una presunción en contra: “nadie es tan bobo de entregar dinero no debido”.

Como se observa, existe un juego de pruebas primarias y contrapruebas secundarias que dependen las unas de las otras.

¹³ Micheli, *La carga de la prueba*, (trad. Sanchis Melendo, S.), Bogotá, 1989, p. 303. En este sentido, se manifiesta Levy, E. “*Beweislast im klassischen Recht*”, *IURA* 3 (1952), p. 66, al hacer referencia a una “*primäre Beweislast*”.

El *criterio material*. Con este criterio se determinará la cuestión relativa a la carga de la prueba en el momento de la sentencia¹⁴, ya que responde a la pregunta: quién debió probar, al concretar cuál de las partes debe soportar el perjuicio de no probar. En nuestro caso, lo estudiaremos según la directriz *actore non probante, reus absolvitur*, donde se observa cómo la falta de prueba de los hechos dudosos perjudica al *actor*.

Este criterio constituye la culminación de los tres anteriores, ya que en el camino hacia la abstracción, desde el puro y simple criterio objetivo, nos encontramos con el criterio subjetivo en donde se concreta procesalmente la exigencia de prueba de la norma material en una norma procesal. En ese orden de prueba exigida al demandante y demandado de lo afirmado, surge el criterio de prelación como criterio según establecer un orden de prioridad. Este orden de prelación se debe justificar por razones de política legislativa, en la que se hace uso de criterios de seguridad en el tráfico jurídico para cuya consecución se instrumentalizan técnicas jurídicas como la presunción y la apariencia.

Una prueba de la existencia del criterio material en la aportación de prueba en época clásica se encuentra en el testimonio de Aulo Gelio expuesto en sus Noches Áticas 14.2.

Concretamente dice en N. A. 14.2.8:

ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se sane oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

El supuesto de hecho por el que se llegó a esta conclusión fue precisamente un caso en que el demandante, hombre probo, reclamaba una cuantía dineraria que supuestamente le era debida por el demandado, hombre envilecido¹⁵. La actividad probatoria se desarrolló de tal modo que el demandante no aportó prueba alguna de las que en esos casos, y por razón de la costumbre, se suele aportar (*Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis*)¹⁶, lo que prueba que no nos movemos en el ámbito de la estricta legalidad sino de la práctica judicial.

Ante esta situación, Aulo Gelio tiene dos opciones: o absolver al demandado (*dimitti iam se sane oportere*) o emitir un *sibi non liquere*, optando por esta última. Ahora bien, lo que nos interesa es que el demandado resultaría absuelto por la falta de pruebas por parte del demandante. Evidentemente, el *sibi non liquere* le sirve a Gelio para evitar una

¹⁴ Ortells, *Derecho Procesal Civil*, p. 387. De la Oliva-Diez Picazo, *Derecho Procesal Civil*, p. 299.

¹⁵ Aul. Gel. N. A. 14. 2, 5: *Sed eum constabat virum esse firme bonum notae que et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multa que et inlustria exempla probitatis sinceritatis que eius expromebantur: 6 illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vita que turpi et sordida convictum que volgo in mendaciis plenum que esse perfidiarum et fraudum ostendebatur.*

¹⁶ Aul. Gel. N. A. 14. 2. 7: *Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessionem.*

posible injusticia decidiendo absolver derivada de la intuición que le proporciona la catadura moral de una y otra parte. Es decir, en este caso, es una vía de escape¹⁷.

De este caso expuesto por Gelio se puede deducir, no sólo que al demandante y al demandado se le exige prueba de lo que afirma, sino que el *actor* prueba en primer lugar, de tal modo que el demandado sale absuelto salvo que el demandante no pruebe.

Otro ejemplo de lo afirmado se encuentra ya en época de Caracalla C. 4.19.23 donde se dice que si el *actor* no puede probar, el demandado no puede ser constreñido a probar lo contrario:

Actor quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis nulla sit.

Así como en C. 4.30.3:

Si ex cautione sua, licet hipoteca data, conveniri coeperis, exceptione oposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.

3. La conformación estructural de los criterios

Estos criterios, formulados de forma aislada, están interrelacionados, como acabamos de apuntar someramente, y, en nuestra opinión, de un modo susceptible de formar una estructura que quizás podríamos definir como genética.

Para el caso que nos ocupa sobre el *onus probandi*, y pese a que no queremos abordar la cuestión desde el puro estructuralismo, no podemos dejar de apreciar que entre los criterios podemos hallar una configuración cercana al mismo.

El análisis descriptivo de las fuentes romanas contenido en Digesto 22.3, nos aporta, desde un punto de vista descriptivo, la exigencia de prueba a las partes, las cuales, sin estar obligadas jurídicamente a probar, alegan y aportan, en función de la actividad probatoria de la otra parte, las pruebas mínimas necesarias de los hechos alegados contenidos en la acción y en la excepción para vencer en juicio (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*).

Ello lo hacen siguiendo un orden de prelación que descansa sobre el principio de ventaja del demandado (*commodum possessoris*¹⁸ Gayo *ad ed.* D. 50.17.125¹⁹ *Favorabiliores rei potius quam actores habentur*; C. 2, 1, 4 *actore non probante qui*

¹⁷ Nörr, D., “L’Esperienza Giuridica di Gellio (Noctes Atticae 14,2)”, *Atti dei Convegni Lincei, Roma*, 1996, p. 53. Si interpretamos bien al romanista alemán, parece que en su opinión Gelio no aplica la regla *actore non probante, reus absolvitur* ya que no estaba seguro de que, en este caso, y por razón de las pruebas aportadas por las partes, tuviese que dar más fuerza a la alegación y prueba del demandado. Como dice “Infine si tratta di mezzi di prova”.

¹⁸ Así también D. 50.17.125; Gai 4, 57. Obsérvese como se utiliza en D. 22, 3, 20 la expresión *commodum possessoris* con una clara referencia, como veremos en el capítulo tercero, a la ‘ventaja del defensor’.

¹⁹ Berger, A., “In dubiis benigniora (D. 50, 17, 56)”, *Seminar* 9 (1951), p. 203.

*convenitur, etsi nihil ipse praestaret, obtineat*²⁰) y por el que se exige la aportación de la prueba primaria al demandante y, a continuación, al demandado.

Con esta ventaja inicial, se genera, en función de la primaria actuación probatoria del actor, una actividad escalonada de pruebas, de la que dependerá de la actividad probatoria de cada parte (*actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit*).

La consecuencia de ello será que, la falta de prueba inicial, o sin probar siguiendo el orden de prelación, por parte del demandante, le llevará a perder el proceso (*actore non probante, reus absolvitur*). Precisamente, que el demandado deba ser absuelto por defecto de prueba del actor, casa con el hecho de que se le exija prueba al demandante en primer lugar; por tanto, resulta esencial la posición que ocupan las partes como demandante y demandado para iniciar la actividad probatoria y, consecuentemente, probar en primer lugar²¹.

Sin embargo, este modelo no es suficientemente explicativo. Si aceptamos con Legaz²² que las estructuras jurídicas son estructuras sociales, debemos buscar la estructura del *onus probandi* en los fundamentos sociales e ideológicos que la configuran.

Adentrándonos a analizar esta cuestión, resulta muy sugerente la afirmación de Schulz²³ quien considera que al romano no le interesa tanto la seguridad del tráfico jurídico como la seguridad del derecho adquirido, de tal modo que el jurista romano acepta la incertidumbre de los hechos internos de un derecho de los cuales se hace depender los efectos jurídicos.

Aunque en nuestra opinión la seguridad del derecho adquirido lleva a la seguridad del tráfico jurídico y lo hace fluido, lo interesante de lo aseverado por el jurista alemán es, por un lado, la relación entre seguridad y derecho adquirido y, por otro, la supuesta preeminencia de la adquisición de derecho como manifestación de seguridad.

²⁰ C. 2.1.4 Qui accusare volunt, probationes habere debent, quum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestaret, obtineat.

²¹ D. 22.3.8; D. 22.3.14 donde de un modo claro se busca al que desempeña la condición de actor y la prueba por parte de este en la medida en que *sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui controversia movet hoc probare debet qui eum dicit libertum suum*, de lo que podemos pensar que se deduce que si no aporta pruebas quien inicia el proceso hace que el otro se mantenga en la condición de ingenuo y que como tal se le considere.

También en el Codex, concretamente en una constitución de Caracalla, se tiene en cuenta este criterio al decir C. 4. 19. 2 *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere. Nec enim possessori incumbit necessitas probandi ad eas se pertinere, cum te in probatione cessante dominum apud eum remaneat*.

²² Legaz, "Estructuralismo en el derecho", p. 30.

²³ Schulz, F., *Principios del Derecho Romano*, (trad. Abellán Velasco, M.), Madrid, 2000, pp. 268 y 271 para quien queda lejos del pensamiento romano considerar la seguridad jurídica como certeza del derecho, al menos tal como hoy se entiende. Así, Latorre A., *Introducción al Derecho*, Barcelona 2008, p. 36 ss. y quien destaca, a su vez, que la seguridad jurídica se encuentra también en la seguridad del tráfico, esto es, "la confianza en que el intercambio y transmisión de derechos producirá sus efectos, con independencia de los datos de difícil verificación, como es descubrir quién es el verdadero titular frente al que obra como tal".

Creemos que, siguiendo la estela marcada en este sentido por Schulz, junto con el principio de libre aportación de parte y, por tanto, de mínima intervención pública en la aportación de prueba en causas privadas, podemos fundar nuestra estructura en una premisa de tipo ideológico que adquiere forma en la figura de la apariencia en general, y jurídica en particular, puesto que permite que situaciones que no son reales se puedan tener por reales cuando tengan apariencia de realidad y no pueda probarse que no lo sean. Estas situaciones de apariencia jurídica son las que aparentemente son reales cuanto menos, pero no definitivas ya que están sujetas a ceder ante situaciones de apariencia más fuerte²⁴, lo cual sería lo mismo que decir 'salvo prueba en contrario'.

La situación de apariencia es la que se configura como situación de hecho anterior a todo proceso, un *statu quo iuris* inicial "presunto"²⁵ que condiciona la estructura de la prueba en los términos afirmados. La presunción, no como medio de prueba, sino como forma de razonamiento epistemológico²⁶, es la forma intelectual final con la que, a partir de una apariencia, se pone de manifiesto una realidad más aparente: un *statu quo iuris* inicial presunto que conforma las relaciones de ventaja y desventaja procesal en materia de aportación de parte (nadie es culpable mientras no se demuestre lo contrario).

Esta situación de apariencia presunta es la que pretende cambiar la afirmación del actor contraria a ese *statu quo iuris* inicial²⁷; una afirmación que genera una duda y, por tanto, la consiguiente relación conflictiva. Dicha afirmación contiene, *in se*, un hecho jurídico contrario que pretende ser más fuerte que el *statu quo iuris*, que sólo se puede hacer prevalecer si se *demuestra*, por tanto, si se hace visible, mediante la prueba.

Así veremos cómo los tres criterios (subjetivo, de prelación y material), unidos al principio de que todo hecho afirmado necesita ser probado, articulan la distribución de la carga de la prueba en virtud de un fundamento: la existencia de una situación

²⁴ Moschella, R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, pp. 18 y 64-66 quien parte de la Gewere como institución de quien surge la dogmática expresión alemana de Rechtschein y a partir de la cual se iniciaron los estudios de la apariencia jurídica.

²⁵ La apariencia es el producto de una representación mental que nos permite percibir la realidad. Ahora bien, ¿cuál es la diferencia con una presunción? Una presunción implica una aceptación anticipada; la aceptación como verdad de un hecho antes de que se compruebe su certeza. Por tanto, presumir es dar por cierto un hecho, aun cuando puede que no lo sea. La relación de la presunción con la apariencia de un hecho resulta posible del siguiente modo: en la medida en que un hecho aparente (hecho base) se nos presenta como una manifestación de la realidad, tal manifestación, al parecernos evidente nos permite presumir su certeza (hecho presunto). Por consiguiente, la presunción de un hecho aparente no es más que la aceptación del mismo como cierto, aunque puede que no lo sea.

²⁶ Para la diferencia entre estos criterios, vid Taruffo, *La prueba*, en especial p. 503 y ss. el del razonamiento humano tendente a la obtención de un conocimiento, cierto, verosímil o probable, según las corrientes filosóficas, sean dogmáticas o escépticas. Esta dimensión epistemológica plantea problemas, especialmente en lo que atañe a la entidad del resultado cognoscitivo, pues se puede discutir acerca de que ésta sea una verdad o un conocimiento probable o verosímil. Vid. al respecto, Piquer, "La epístola 117.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis", *RJUAM* 21 (2010)=RDGR, 16 (2011).

²⁷ Nos referimos a una situación de apariencia jurídica que conforma una realidad jurídica en un momento social determinado y cuya alteración, por no corresponderse con la auténtica realidad, en caso de conflicto, pasa por la afirmación y prueba de los hechos que cambian tal situación jurídica aparente. Esto hará que procesalmente se pueda justificar que presuntamente y salvo prueba en contrario, tal situación aparente se mantiene, de tal forma que quien goza de esa situación de ventaja es el demandado y quien pretende cambiarla es el demandante. Por esta razón, asumirá la prueba inicial y el consiguiente riesgo derivado de la falta de prueba.

jurídicamente aparente que genera una presunción general por la que, mientras no se pruebe lo contrario, tal situación se mantiene.

En esta realidad cobran sentido los criterios esenciales que regulan el *onus probandi* y, a partir de ella, en nuestra opinión, se estructuran en el modo en el que lo hacen y que acabamos de exponer.

4. Análisis de las disposiciones contenidas en los *Furs* y en *Les Costums*

Vistos cuáles son los criterios que entendemos que conformarían la estructura esencial del *onus probandi* en Derecho Romano, es el momento de constatar su posible recepción en el derecho bajomedieval.

En nuestro caso, el interés se centra en la realización de un estudio comparativo entre las fuentes romanas con los *Furs* de Valencia y *Les Costums* de Tortosa dada la posibilidad de encontrar un supuesto de imitación y no de copia²⁸ con el *Codex* de Justiniano.

Las ediciones que hemos manejado son: respecto al derecho valenciano, la edición de Dualde, *Fori Antiqui Valentiae*²⁹, y de Colón i García, *Furs de Valencia*³⁰.

Por lo que se refiere a los *Fori/Furs*³¹, el *Codex*³² fue la pauta general que siguieron tanto en el orden seguido por la fuente justiniana³³ como en su contenido al tomar la fuente valenciana la mayor parte de los preceptos de origen romano; lo que evidencia, al menos en la materia que a nosotros nos concierne, que los *Furs* tienen poco de original.

²⁸ García, H. “Estudios de derecho foral valenciano. Posibilidad de un elemento consuetudinario en Código de Jaime I”, *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* 23 (1947), p.438 afirma que el derecho de Tortosa y el de Valencia ofrecen notables semejanzas en lo que al derecho privado se refiere, tanto que se aproximan más entre sí uno y otro que lo el de Tortosa al derecho catalán y estas afinidades sólo pueden obedecer a semejanza entre las costumbres de una y otra ciudad, a imitación recíproca o a la de un modelo común. Entiende la imitación, no como copia, “pues se da a las a las instituciones modalidades especiales distintas de las del derecho tortosino y diferentes también del derecho de los demás Estados de la Confederación catalano aragonesa y del Derecho Romano”.

²⁹ Dualde Serrano M., *Fori Antiqui Valentiae*, Madrid - Valencia 1950-1967, pp. 90-91.

³⁰ Colón, G. i García, A., *Furs de Valencia*, Barcelona, 1974, pp. 40-44.

³¹ García González, J., “Las fuentes de los Fueros de Valencia”, *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, 1, Valencia, 1989, p.377. Sobre las etapas de este código: Primera etapa, de 1240 a 1261, durante la que debió denominarse *Consuetudines valentiae* o *Fori antiqui valentiae*; segunda etapa, 1261, se añaden los privilegios concedidos entre 1240 y 1261, se hacen revisiones y el texto latino se traduce al romance y, desde entonces empieza a utilizarse la expresión *Furs de Valencia*; una tercera etapa en la que se van innovando con las modificaciones de Jaime I, 1271, 1276, otras por Pedro III 1283 y Jaime II, 1302, entre otras. García Gallo, A., *Origen y evolución del derecho. Manual de Historia del derecho español*, 1, 10 reimp. Madrid, 1984, p. 434

³² Chabas, R., *Génesis del Derecho Foral Valenciano*, Valencia 1902, p. 23, duda que fuese Vidal de Canellas, Valencia 24 alude a quienes opinan que la fuente principal es el *Codex Theodosianus*, de lo que duda. Para García Gallo, Origen, p. 434 las fuentes son, aparte de algunas costumbres sobre pastos, jueces y notarios reproducidas con bastante fidelidad, el *Codex*, extractos del *Digesto*, el *Decreto*, las *Decretales*, los *libri feudorum*, así como otras fuentes de origen desconocido.

³³ García Gallo, *Origen*, p.434.

La redacción de los *Furs* se encargó a Pere Albert³⁴ y sabemos muy poco de como llevó a cabo su trabajo; lo que sí sabemos, en opinión de García Edo, es que “la inmensa mayoría de los fueros proceden, literalmente o en espíritu, de los libros de consulta que los juristas de la Cancillería Real llevaban consigo en sus desplazamientos formando parte de la corte real itinerante”, entre ellos el *Corpus Iuris Civilis*. Al no existir ningún elemento autóctono, Pere Albert compuso un esquema general basándose en el Código de Justiniano en la primera parte del trabajo en el que se contienen libros I a V³⁵. Una vez dispuso las rúbricas, las fue llenado de contenido³⁶ con C.4.19, no sin ciertas variaciones³⁷.

Respecto de *Les Costums*³⁸ de Tortosa (1279). Fue una recopilación de las costumbres, integradas por derecho general³⁹, que usaban los ciudadanos tortosinos en el s. XIII, como nos dice la *composición de Josá*, causa próxima de la formación de *Les Costums* y por la que se encomendó la tarea de redactar un texto de *costums* “per les que es regien”⁴⁰ a los notarios locales Pere Gil y Pere Tamarit⁴¹. La cuestión acerca de las fuentes que directa o indirectamente influyeron en la redacción es compleja, como muestra Iglesia en un completo trabajo sobre el tema y en el que se trata de la posible influencia de las diversas versiones *Fori* y *Furs* en *Les Costums*⁴². Para algunos, como es bien conocida la teoría, se inspiró en *los Furs* de Valencia⁴³ o bien, como afirman García

³⁴ García Edo. V., “La redacción y promulgación de la Costum de Valencia”, *Estudios Medievales* 26 (1996), pp. 718-719, siguiendo a Arcadi Sanz, argumenta que la redacción ya estaría bastante avanzada hacia 1238 dada la importancia de las donaciones que el rey conquistador hizo al canónigo, probablemente, satisfecho con el trabajo realizado. Chabas, *Génesis*, p.23, duda que fuese Vidal de Canellas; García Gallo, *Origen*, p.434.

³⁵ García, A., “La sistemática de las compilaciones del Derecho valenciano”, *Ligarzas. Estudios dedicados a celebrar el 25º año de labor universitaria de José María Lacarra de Miguel*, Valencia, 1968, p. 213 sobre las razones de la discordancia entre las rúbricas del *Codex* y de los *Furs*.

³⁶ García Edo, “La redacción y promulgación de la Costum de Valencia”, p. 719-720.

³⁷ García Gallo, *Origen*, p. 271, En los fueros de Valencia como en la recopilación catalana se tuvo en cuenta el Código de Justiniano, “acoplando a él, en la medida de lo posible, el Derecho nacional, introduciendo en el plan modificaciones más o menos importantes”.

³⁸ Sobre el origen de los códigos, Massip i Fenollosa, J. “La gestació dels codis de 1272 i 1279”, *Estudis. Costums de Tortosa*, Tortosa, 1979 y quien ya apunta “que el codi de les Costums de Tortosa existien abans de 1240”; Font i Rius, J. M., *Prólogo, Costums de Tortosa*, Barcelona, 1996; Sobrequés i Vidal, S., *Historia general del Derecho Catalán hasta el s. XVIII*, Barcelona, 1989, p. 51 apunta que *les Costums* fueron la puerta de entrada oficial en Cataluña al derecho común.

³⁹ García Gallo, *Origen*, p.446 afirma que las costumbres de Tortosa, junto con las de Lérida y las de las comarcas del Ebro, forman parte de “aquellos derechos que se constituyen en el s. XII, al repoblarse el país, cuando todavía el derecho general aún no se había desarrollado. En estas partes, el derecho local se integra por privilegios y costumbres del lugar y también por las disposiciones del derecho general que estaban vigentes”.

⁴⁰ Font i Rius, “El procés de formació de les Costums de Tortosa. Discurso de Ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona”, *Estudis sobre els drets i institucions locals en la Catalunya medieval: col·lectanea de treballs*, Barcelona, 1985, pp.155, 156 ss., una compilación que probablemente ya estaba preparada en su totalidad o en parte.

⁴¹ García, H., “Sobre el fondo consuetudinario del Derecho de Valencia”, *Boletín de la Sociedad Castellonense* 18 (1943); Sobrequés, *Historia* pp. 54-55. Al respecto, en el Pórtico, Mateu Ibars, J., *De scriptis notariorum*, s. XI-XV, Barcelona 1989 quien apunta principalmente que el notariado se adquiría *morando in arte*, sobre unos conocimientos bastante elementales y en el status o condición de servicio.

⁴² Iglesia, A., “Las Costums de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia”, *Estudis. Costums de Tortosa*, p. 119 ss.

⁴³ García H., “Los fueros de Valencia y las Costums de Tortosa”, *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* 14 (1933); Cots i Grochs, “Les consuetudines civitatis Dertusae”, *RJC* 41-42 (1935-1936).

Gallo o Font i Rius⁴⁴ es más fácil pensar que ambos códigos se inspirasen directamente en los códigos justinianos⁴⁵. Iglesia es un poco más sutil, pues no habla de una única vía de influencia, sino que, amén del Código, considera que el redactor de *Les Costums* tuvo ante sí los *Fori*, y que *Les Costums* pudieron influir en la redacción actual de los *Furs*⁴⁶.

Tanto *Les Costums* como los *Furs*, prescindiendo de la división en libros, sigue el orden progresivo de los títulos del Código, como obra modelo, que seleccionaron los redactores, lo que supone un conocimiento por parte de los redactores de *Les Costums*, al igual que de los *Furs*, de la compilación justiniana⁴⁷.

El texto valenciano, al igual que el tortosino, es un texto profundamente romanizado, probablemente, el más extenso y perfecto de cuantos constituyen el derecho catalán, muy parecido a los *Furs*⁴⁸.

De lo afirmado⁴⁹, sería de prever que en ambos textos, y al estudiar la carga de la prueba, encontráramos similitudes estructurales. ¿Pero es así? Veamos ambos textos.

El análisis comparativo entre los *Furs* y las *Costums* con los criterios que hemos obtenido del Derecho Romano debe de hacerse desde dos puntos de vista: el punto de vista *cuantitativo*, es decir, el número de fragmentos que sus redactores seleccionan, y *cualitativo*, esto es, el análisis del contenido de las disposiciones.

Análisis cuantitativo

Un primer aspecto que hemos de tener en cuenta para constatar la efectiva perduración de la estructura jurídica romana es el número de fragmentos que componen cada uno de los textos legales, dado que, si existe diferencia en el número, puede ser indicativo de una selección, lo que sólo podrá determinarse de un modo mucho más concreto al acercarnos al análisis cualitativo.

Desde el punto de vista del número de fragmentos sobre la materia probatoria, vemos que el *Codex* 4.19 recoge 25 fragmentos: por su parte, en los *Fori* se recogen 7 disposiciones; en la edición de los *Furs* 8 fragmentos; en *Les Costums*, 6 disposiciones. Obviamente, llama la atención el hecho de que en el Código, que se dice que es la principal fuente de nuestra materia para los *Furs* así como para *Les Costums*, se recojan 25 fragmentos y en las fuentes medievales apenas llega a un 1/3. En concreto, de las

⁴⁴ Massip, “La gestació dels codis de 1272 i 1279”, p. 75.

⁴⁵ García Gallo, *Origen*, 1, p.447.

⁴⁶ Iglesia, “Las *Costums* de Tortosa y los *Fori/Furs* de Valencia”, p. 138.

⁴⁷ Como veremos, al menos en nuestra materia, esta última opción puede ser la más acertada dado que los paralelismos no son tan exactos como para pensar en una influencia directa de los *Furs*. Sobre la influencia del *Ustages* en el derecho tortosino, Font i Rius, “Las redacciones iniciales de Usos y Costumbres”, *Costums de Tortosa*, p. 25; “El procés de formació de les *Costums* de Tortosa. Discurso de Ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona”, p. 159; Iglesia, “Las *Costums* de Tortosa y los *Fori/Furs* de Valencia”, *Costums de Tortosa*, pp. 124, 126 así como del Digesto. Respecto a la fuente que inspiró el texto normativo, sobre la posible existencia de una *Summa codicis* o de las *Summae*, p.124 ss. Ello a pesar de la prohibición de utilizar el derecho romano y canónico en Cataluña desde 1251 hasta la abolición de la prohibición en 1283. Las razones de la abolición fueron, según Iglesia, *La creación del Derecho. Una historia del derecho español. Lecciones*, Barcelona 1988, pp. 376-377, la oposición a los principios políticos por lo que se da preeminencia a la voluntad del rey y por la inseguridad y lentitud de los procesos regulados por el nuevo derecho.

⁴⁸ Sobrequés, *Historia*, p. 54; García Gallo, *Origen*, p. 447.

⁴⁹ Iglesia, “Las *Costums* de Tortosa y los *Fori/Furs* de Valencia”, p. 134.

disposiciones contenidas en las fuentes bajomedievales, relativas a la carga de la prueba en el proceso privado, en los *Fori* se recogen cuatro: los fragmentos 1, 4, 5, 6; en los *Furs*, también cuatro: los fragmentos 1, 2, 3, 7⁵⁰; mientras que en *Les Costums*, tres fragmentos: 4.10.2, 4.10.4, y 4.10.5.

Del número de disposiciones en las que se hace referencia a la carga de la prueba, resulta imposible no percibir la selección de fragmentos respecto al código de Justiniano, lo que indica que, a la espera del análisis cualitativo, es más que probable que los fragmentos seleccionados respondan a algún criterio y alguna razón. Ello significa que existió una clara intención de tomar las disposiciones de las fuentes romanas que integrarían las fuentes medievales de acuerdo con un conocimiento de principios de los que se puede inducir la existencia de los criterios que para los redactores constituirían la estructura del *onus probandi*.

Análisis cualitativo

Conforme al análisis cuantitativo hemos deducido que los legisladores medievales han escogido de las fuentes justinianas, y de un modo consciente unas disposiciones con las que regular la carga de la prueba en los procesos civiles. Ello es indicativo, o al menos tiene que hacernos pensar, que existió un conocimiento de los textos de acuerdo conforme a un criterio de selección.

Veamos ahora el contenido de las disposiciones, en primer lugar, los títulos de las tres fuentes jurídicas; en segundo lugar, el contenido de los *Fori/Fueros* y de *Les Costums*.

Los títulos de las tres fuentes jurídicas.- Observamos que, como sería de esperar, las fuentes medievales titulan de manera idéntica el título del *Codex*: C.4.19 *De probationibus*; *Fori* 61 *De probationibus*; *Furs* 4.8 *De proves*; *Les Costums* 4.10: *De proves, vel de probationibus et de testimonis*⁵¹, lo que evidencia una influencia formal del derecho romano en los fueros⁵².

La coincidencia la encontramos, no sólo entre título y rúbrica, sino que se aprecia otra casi perfecta y que, en caso de *Les Costums* incluye una aclaración *vel de probationibus et de testimonis* en la que se precisa el contenido de la rúbrica⁵³.

Poco más que decir a este respecto.

El contenido de las fuentes

Si nos centramos ahora en el contenido de las disposiciones, ya hemos afirmado que, sólo una parte de ellas, se refieren a la carga de la prueba, por tanto, hemos de señalar ahora cuales no hemos seleccionado.

⁵⁰ (Dualde, *Fori*, 61.1; 61.4; 61.5, 61.6 y en la edición de Colon i Gracia, FDV 4.8.1; 4.8.2, 4.8.3 y 4.8.7).

⁵¹ Iglesia, "Las Costums de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia", p. 136.

⁵² Barrero, A.M., "El derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I", *AHDE* 51 (1971), pp. 643, 644.

⁵³ Iglesia, "Las Costums de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia", p. 132.

De los *Fori*, con su correspondiente en los *Furs*, no hemos seleccionado las disposiciones que se refieren a los medios de prueba, como son la 2⁵⁴ (5⁵⁵) y la 3⁵⁶ (6⁵⁷) y la 7⁵⁸ (4⁵⁹) referidas al ámbito criminal.

De *Les Costums*, y siguiendo la última versión, 4.10.1⁶⁰; 4.10.3⁶¹, en el que se refiere a los medios de prueba, y en materia criminal. 4.10.6⁶².

Els Fori/Furs

Pasamos al estudio cualitativo de las disposiciones valencianas.

A los *Furs* les bastan cuatro disposiciones del código para exponer los criterios sobre la carga de la prueba. No parece que se trate, como hemos afirmado, de una selección hecha de un modo arbitrario, sino que se puede apreciar una relación de sentido en todos y cada uno de los fragmentos que decide tomar, probablemente, como dice Lalinde, es consecuencia del triunfo del elemento erudito frente al consuetudinario, cristalizado en la doctrina científica.

Creemos que el legislador valenciano era consciente e intelectualmente comprendía lo que suponía e implicaba tomar esos, y no otros, fragmentos directamente⁶³ del *Codex* en su rúbrica *de probationibus*. En el texto valenciano, libro 4, rúbrica 8, nos encontramos que no se observa una labor científica perfeccionada, pero sí que se han tomado disposiciones del código adaptándolas en algunos casos, para evidenciar los

⁵⁴ *Proprietatis dominium non tantum instrumento empcionis vel donationis, sed ex quibuscumque aliis probationibus ostenditur.*

⁵⁵ *No tan solament per la carta de la compra ne de la donatió és mostrada o provada la senyoria de la propietat, ço é de la cosa, mas pèr altre proves deu ésser demostrada.*

⁵⁶ *Rationes defuncti, que in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debite quantitatis soas sufficere non posse sepe scriptum est. Idem iuris est si in ultiuma voluntate defunctus certam peccuniae quantitatem aut etiam res certas deberi sibi significaverit.*

⁵⁷ *Si alcunes scriptures que no sien publiques serán trobades els béns del defunt, en les quals sie contengut que algun deute sia degut al defunt, aqueles secriptures no abasten a plena prova que aquel deute li for degut. Aquell dret metex és si lo defunt en son testament o en sa darrera voluntat dirà o significarà que alguna cosa li sia deguda, car aquel dir o aquel significament que haurà feït e-l testament o en la darrera voluntat, no prova que aquella cosa li sie deguda, si doncs no prova en altra manera bastantment.*

⁵⁸ *Ius est quido ille, qui voluerit accusare, habeat instrumentum vel probationes per quas probet et demonstrat clae crimen illud de quo accusat.*

⁵⁹ *Dret és que aquel qui vol acusar, que haje cartes o proves que proven e demostren clarament ço d'on acusarà. Aquest fur adobà e romança lo señor rey.*

⁶⁰ *En la ciutat de Tortosa prova hom tots feyts e tots contryts, per tres coses: per confessio de son adversari o per testimoni o per cartes publiques...*

⁶¹ *Remenbrança de deutes que sienen poder d'alciú, si per ventura fan per aquel en qui poder són, nuylla fermetat per si metexa no por aver.*

Aylò meteyx s'és será feyta contra quel en qui poder será torbada, si doncs eyl ab sa propia mà no la avia feyta; car ladoncs val, si doncs no provava que aquel deute fos pagat.

Empero si será trobat escrit per propia mà d'al cun que eyl deja rena aquel en qui poder será la menbrança, aquella menbrança és creeguda, si doncs prova que pagat o aja.

⁶² *Certa cosa és que deuen saber los acusadors que tals coses deuen adur acusació que clarament se pusquen probar per bons testimonis o per bones cartes.*

E els testimonis que en acusació són amenats per fer testimonideuen ésser majors de XX ans e no menors, e d'èntegra fama deuen ésser.

⁶³ Brevemente, sobre la cuestión sobre la procedencia directa del Código García, "La sistemática de las compilaciones del Derecho valenciano", pp. 213, 217. En nuestro caso, tanto si se trata de una recepción directa del CI como si no lo es, es una cuestión que no nos interesa en demasía pues, a fin de cuentas lo que nos interesa es el contenido de las disposiciones y que, en este caso, formalmente coinciden, lo que indica que, con independencia de la fuente material, el contenido normativo era el mismo.

mismos criterios que hemos apuntado para el período clásico. No creemos que se tratase de una casualidad.

Veámoslos de forma particularizada:

C.4.19.2: *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere. Nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.*

Seguida por:

FAV 61.1: *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum prosequere; nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum, te in probatione cessante, dominium/flol 18 v b. apud eum remaneat.*

Donde se viene a decir: persigue en forma de juicio las posesiones que dices que te pertenecen; porque no le incumbe al poseedor la necesidad de probar que ellas le pertenecen, pues dejando tú de hacer la prueba, queda el dominio en su poder:

FDV 4.8.1: *Si alcun demanarà possessions o altra cosa a altre per sues, deu-les demanar segons orde de dret e que prou que sien seues, car lo posseïdor no és tengut de probar que aqueles coses que posseex sien sues, car si aquel qui demana no porà provar que sien sues, la senyoria d'aquelles coses roman al posseïdor.*

Esto es, si alguien reclamara posesiones, u otra cosa, a otro como tuyas, debe reclamarlas según el orden jurídico y que pruebe que son tuyas, pues el poseedor no es obligado a probar que aquellas cosas le pertenecen; pues si aquel que reclama no puede probar que son tuyas, el dominio de la cosa permanecerá en aquel que la posee.

Los fragmentos, como puede observarse son prácticamente idénticos, con alguna leve variación, con la constitución del 213. El fragmento de los *Fori* transcribe literalmente la disposición de *Codex*. Sin embargo, en la edición de los *Furs* se aprecian algunas diferencias: 1) añade, junto a la posesión *altra cosa*, con lo que se amplía el supuesto de hecho previsto en la norma más allá de la reclamación de la posesión y 2) introduce un *debe reclamar según su derecho y que pruebe que sean tuyas*.

En estas disposiciones se pone de manifiesto la ventaja del *possessor-posseïdor*, que ya evidenciaba Juliano, entendido como ventaja del demandado en D. 22.3.20⁶⁴, lo que manifiesta un necesario *criterio de prelación* que nace de la previa situación de apariencia.

El *criterio de prelación* se combinará, primero, con el *criterio objetivo* que exige la prueba de la afirmación que pretende alterar la situación de apariencia de *senyoria*: de quien tiene las cosas en su poder *-posseïdor-*. Por tanto, ante la falta de prueba de aquel que *demanará*, se consolida su propiedad. Segundo, este criterio se combina con el *material* ya que, al no poder probar la situación contraria y afirmada a la apariencia, ésta, en forma de presunción, se consolida, soportando quien no pudo probar el perjuicio de la falta de prueba *-la senyoria d'aquelles coses roman al posseïdor-*.

⁶⁴ Iulianus libro 43 digestorum: *Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit, is indignissime commodum possessoris consequeretur, quia probari non poterit hominem eo tempore quo primum lis ordinaretur in libertate fuisse.*

No encontramos, en este caso, mención expresa y formal al criterio subjetivo, como ocurre en la disposición tortosina que habla de *defensor*⁶⁵. Sin embargo, en los términos en los que se expresa la disposición de los *Furs*, parece más lógico pensar que aquel que *demanará* será el demandante mientras que el *posseydor* será el demandado. Esto se corrobora porque en la versión de los *Fori* 61.1 se dice *actor* mientras que en la traducción valencia se dice *si alcun demanará*.

La interpretación de la disposición valenciana nos indica también, a la luz de la regulación romana, que las consecuencias de la falta de prueba *-probatione cessante/ car si aquel qui demana no porà probar que sien sues-*, tanto por ausencia total de pruebas como por su insuficiencia, no implica, en ningún caso, sanción para la parte, sino que la única consecuencia de su ausencia es *dominium apud eum remaneat*, lo que supone la pérdida de la reclamación⁶⁶.

En consecuencia, tras el “incumplimiento” del *onus* o de la *necessitas probandi*, subyace la noción moderna de autorresponsabilidad⁶⁷ de donde la actividad probatoria radica, no en la existencia de una relación jurídica entre las partes de las que se deduzcan derecho y obligaciones, sino en una situación jurídico procesal en la que se faculta a las partes a probar para satisfacer sus intereses.

La siguiente disposición se recoge en FAV 61.4 (FDV 4.8.2):

C. 4.19.8: *Frustra veremini, ne ab eo qui lite pulsatur probatio exigatur.*

En vano teméis que no se exija prueba por el que es demandado en juicio⁶⁸.

FAV 61.4: *Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur, quia ei, qui dicit, incumbit probatio, non ei qui negat, nisi ultro vellet recipere in se honus probandi.*

Es decir: en vano teméis que no se exija prueba por el que es demandado en juicio, ya que quien afirma, incumbe la carga de la prueba, no al que niega; a no ser que quiera recibir sobre sí la carga de probar:

FV 4.8.2: *Dret és que aquell qui serà demanat sobre alguna cosa no deu provar sobre aquella cosa sobre la qual serà demanat, car aquell qui demana e afirma deu provar, e no aquell qui defèn e nega, si donchs aquell qui serà demanat no volrà de grat e de volentat en si reebre la carga de provar.*

El texto nos informa que es de derecho que aquel que sea demandado por alguna cosa no debe probar sobre aquella cosa sobre la que será demandado, pues aquel que demana y afirma debe probar, y no aquel que se defiende y niega, a no ser que el demandado quiera de grato recibir sobre sí la carga de probar.

⁶⁵ Los términos reclamar y poseedor podrían ser extrapolables al contenido de una contestación a la reclamación en la que el demandado reclama la posesión de un derecho; por lo que, a priori, tampoco deberíamos entender que el poseedor sea el demandado necesariamente, sino aquel que, como poseedor, goce de situación de ventaja al no incumbirle la necesidad de probar inicialmente para desvirtuar la situación de apariencia que genera la situación jurídica discutida.

⁶⁶ Piquer, *La carga*, p. 89.

⁶⁷ Piquer, *La carga*, p. 87.

⁶⁸ Valiño, A., “Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en el derecho romano”, Reinoso F., (ed.), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 601, afirma que “el fragmento es expresión de la posición subordinada del demandado en el curso del proceso, que le dispensa de tener que probar preliminarmente nada cuando se ve abocado al proceso”.

Las diferencias en este caso las encontramos entre el *Codex* y los textos valencianos, entre la redacción de los *Fori* y los *Furs* y, obviamente entre el *Codex* y los *Furs*. Nos centraremos por pura razón lógica entre las dos primeras.

Entre el *Codex* y los *Fori*. 1) La diferencia más obvia es la introducción de una parte final desde *quia-in fine* y que, a nuestro entender, tiene carácter interpretativo⁶⁹ al afirmar que la carga de la prueba incumbe a quien a firma no al que niega; 2) en la explicación no se alude a la condición subjetiva de las partes, sino que se limita al elemento objetivo, es decir, la afirmación como objeto de prueba, con independencia de la posición procesal, o la negación, cuya imposibilidad de probar radica en su propia naturaleza y 3) añade la libertad de que, quien quiera probar, pueda hacerlo aunque no le incumba.

La disposición de los *Fori* comienza exigiendo prueba por quien es demandado al actor, con lo que se introduce el criterio subjetivo al hacer recaer la prueba sobre el actor como parte.

Este es el criterio vertebrador de la disposición: el *criterio subjetivo*.

A partir de aquí, con este criterio, se entiende la clarificación que hacen los *Fori*. La primera diferencia nos lleva a la clásica máxima jurisprudencial de Paulo 22.3.2 *Paulus libro 69 ad edictum Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Esta máxima se extendió a mediados del siglo XII. En este sentido, según Obarrio⁷⁰, “Irnerio, siguiendo a Paulo, formula la regla *ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi, nullo pro actore credito vel praesumpto*, en torno a la cual Acursio afirma: *per rerum naturam quod affirmatur est ... quod negatur non est et sic non potest probari cum non habeat species nec differentias*”. En ella se apela al *criterio material* más general de todos: la incumbencia de la prueba de lo afirmado y apuntar otra cara del criterio material: que la negación no se prueba. Este es un criterio que, *strictu sensu*, regula la carga de la prueba con independencia de que sea del demandante o del demandado pero que la disposición asocia al *criterio subjetivo: demanat-qui demana e afferma*⁷¹. Por esta razón, aunque la segunda diferencia no haga mención a las partes, no es necesario, pues sería redundante

⁶⁹ Colón i García, *Furs*, 41.

⁷⁰ Obarrio Moreno, J.A., “La prueba judicial en los *Furs* de Valencia”, *AHDE* 70 (2000), pp. 300 y 301; también en *Estudios de tradición romanística*, Valencia, 2002, pp. 55 y 56. Asimismo, *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017, Cap. II.

⁷¹ Siguiendo al prof. Obarrio, del conjunto de estas rúbricas se desprendía que la carga material de la prueba, salvo que el demandado quisiera aceptarla voluntariamente, correspondía al actor, quedando absuelto el demandado cuando el demandante no probaba su afirmación.

No obstante este principio, al demandado le correspondía la carga de la prueba en una serie de supuestos tasados:

[a] Cuando negaba o excepcionaba un derecho - *quoniam in exceptionibus reus fit actor* -. Así, cuando el actor reclamaba una cantidad de dinero o un fundo de su propiedad, y lo probaba, pero el demandado alegaba su pago o la prescripción de la reclamación.

[b] Cuando se presumía la veracidad de lo alegado por el actor. Por ejemplo, si un hermano solicitaba a su hermano parte de un predio que su padre les entregó en herencia. Si el reo se negaba, a él le correspondía la carga de la prueba.

[c] Cuando voluntariamente asumía la carga de la prueba.

[d] Cuando aceptaba el juramento deferido por el juez.

[e] Se excepcionaba en el supuesto en que el actor era una persona privilegiada. Así, cuando éste era un menor, un militar, un pupilo o un campesino: *transfer onus probationis in reum*. En virtud de este criterio, ya no estaba obligado a probar el impago o la deuda, sino que era el reo el que tenía la obligación de probar el impago.

con la primera parte de la disposición. Entendemos pues que la explicación sirve para enlazar el *criterio subjetivo* y *criterio objetivo*.

Por último, la disposición de los *Fori* introduce *nisi ultro vellet recipere in se honus probando* que ni es una novedad ni resulta extraña al derecho romano pues ya decía Ulpiano en D. 22.3.14⁷²: *Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem*, esto es, que el demandado decide asumir la prueba de lo alegado sin que tenga necesidad de ello⁷³; antes bien, entra dentro de la lógica de la carga de la prueba como autorresponsabilidad. Este principio se recoge exactamente igual al final de *Les Costums* 4.10.5, en ambos casos siguiendo los principios marcados tanto por el Derecho canónico como por la literatura jurídica medieval, fundamentalmente, a través de la obra de *Pillius, Tancredus* y *Durantis*⁷⁴.

Veamos la siguiente disposición C. 4.4.19, FAV 61.5, FV 4.8.7:

C.4.19.19: *Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod adseverat, oportet.*

FAV 61.5: *Excepcionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit quod asseverate, oportet.*

FV 4.8.7: *Exceptio dilatòria deu ésser posada al començament del pleit mas convén que sia provada can lo demanador haurà mostrat ço que aferma.*

Los fragmentos vienen a establecer que es necesario que la excepción⁷⁵ dilatoria se oponga en un principio, pero que se pruebe después de que el actor hubiere mostrado lo que asevera.

El fragmento no necesita una comparación para ver las diferencias. Por lo que al contenido se refiere, en los tres aparece claro tanto el *criterio subjetivo*, al exigir prueba al que es demandado, completando la exigencia de prueba al demandante que se hacía en las disposiciones anteriores, y el *criterio de prelación* como criterio central de la disposición pues sólo prueba quien es demandado, haciendo las veces de actor, *can lo*

⁷² Libro secundo de officio consulis en materia de status, Circa eum qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur. et si quidem in possessionem libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse: sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui ei controversiam movet, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum: quid enim interest, servum suum quis an libertum contendat? si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, [hoc est, ingenuum se esse ut pronuntietur], an obtemperare ei debeat tractari potest. et non ab re esse opinor morem ei geri probandi se ingenuum et sententiam secundum dandam, cum nulla captio intercedat iuris.

⁷³ Piquer, *La carga*, p. 365.

⁷⁴ Calzada, A., "El principio *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* y su recepción en los Furs de Valencia y en *Les Costums* de Tortosa", *La prueba y medio de Prueba: de Roma a la actualidad, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso internacional de Derecho Romano*, Madrid, 2000, p. 115 y nt. 21, quien afirma que en consonancia con los preceptos, cita autora del Codex C.3.28.28 y D.22.3.14, y de las fuentes canónicas cita C.16 q. 3 c. 7; C.28. q.2 c.6; c.2.X.2.19; c.7.X.2.9; c. 1.X.2.13; c.12.12.X. 5.33-, como la literatura jurídica procesal, contemplaron la posibilidad de que el demandado asumiera la carga de la prueba. Pllius, *Summa* 3.6; *Tancredus*, *Ordo iudiciarius*, 3.5; *Durantis*, *Speculum*, 2.2.14.

⁷⁵ López Ortiz, J., "El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista", *AHDE* 14 (1943), p. 209, donde afirma que la utilización de la expresión es tardía y por influencia del derecho romano.

demandador haurà mostrat ço que aferma, de forma que el demandado probará si el demandante aporta prueba previa de lo que afirma, preservando de este modo el demandado su situación de ventaja inicial. Este criterio tiene su antecedente en D. 44, 1, 1: *Agere etiam videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est*⁷⁶. Todo ello, con la necesaria referencia al criterio objetivo exigible a ambas partes de probar aquello que se afirma y que está contenido en la reclamación y en la excepción: *ei incumbit probatio qui dicit*.

Veamos la última disposición es FAV. 61.6 (FV 4.8.3):

C.4.19.23: *Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*⁷⁷.

En ella se establece que, afirmando el actor que no puede probar lo que asevera, no constriñe al demandado con la necesidad de demostrar lo contrario, porque por naturaleza de las cosas es nula la prueba de los hechos negados.

FAV 61.6: *Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis nulla sit directa probatio*.

De un modo prácticamente idéntico, los *Fori* dicen afirmando el actor que no puede probar lo que asevera, no constriñe al demandado con la necesidad de demostrar lo contrario porque por la naturaleza de las cosas es nula la recta prueba de los hechos negados:

FV 4.8.3: *Si alcun demanarà alcuna cosa e dirà que no la porà provar, gens per aço car lo demandador dirà que no la porà provar, aquel qui és demanat no deu ésser destret a provar ço que haurà negat, car segons natura dretament ço que és negat per alcun no pot ésser provat per quel metex qui ó haurà negat*.

Si alguien reclama alguna cosa y afirma que no la puede probar, no por ello desistirá el demandante porque dirá que no la puede probar, aquel que es demandado no debe ser obligado a probar lo que ha negado, ya que lo que es negado por alguien, según rectamente la naturaleza, no puede ser probado por quien que lo ha negado.

Dada la coincidencia textual de las disposiciones, no entramos a hacer un aparte con las diferencias entre los fragmentos dado que son mínimas, por lo que pasamos a

⁷⁶ Piquer, *La carga*, pp. 353 ss. “lo que pretende Ulpiano es afirmar que, cuando el demandado opone una excepción, parece que actúe, *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur*, es decir, su comportamiento es similar al del demandante con su *intentio*. Por esta razón nos parece extraña y contradictoria la fórmula final *nam reus in exceptione actor est*, donde se está dando imperatividad a una proposición que aparentemente resulta aclaratoria. Sin embargo, en nuestra opinión el hecho de que tal parte pueda ser suprimida no desvirtúa el valor de la información que nos ofrece el jurista fenicio.

Obsérvese el paralelismo con D. 22, 3, 19pr. también de Ulpiano, fragmento que es puesto en duda por Levy, cuando dice *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere*, pensamos que debe traducirse como “Se ha de afirmar que el demandado en las excepciones conviene que desempeñe la posición de actor”.

En ningún caso dice que el demandado sea actor (como en D. 44, 1, 1 *nam reus in exceptione actor est*) sino que actúa como actúa el demandante, considerándose propiamente como tal en cuanto a las excepciones propuestas por el demandado”. Irnerius, *Summa Codicis*, 4.19.

⁷⁷ Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294.

entresacar los criterios que aparecen en las disposiciones, apuntando las posibles expresiones diferenciales cuando sean oportunas.

El criterio directriz de la disposición es el *material*. A partir de aquí se pueden deducir otros tres:

1. El *criterio subjetivo* por la referencia a imposibilidad de probar que se le plantea al actor y la imposibilidad de constreñir al demandado a probar.
2. Ello implica que el actor se ha visto en la necesidad de probar antes que el demandado, *criterio de prelación*.
3. Que ante la ausencia de prueba, el demandado, que ha negado, no se ve impelido a probar lo que ha negado: *criterio material*.

Es en la negación donde nos detenemos un momento. Las disposiciones dicen: 1) *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*; 2) *cum per rerum naturam factum negantis nulla sit directa probatio* y 3) *car segons natura dretament ço que és negat per alcun no pot ésser probat per quel metex qui ó haurà negat*. En los textos valencianos, a diferencia de lo que dice el romano, se añade la expresión *directa*⁷⁸-*dretament*⁷⁹ que podemos traducir por justamente. La exclusión de esta prueba nos retrotrae, de nuevo, a D.22.3.2: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Esto supone un principio iusromanista en torno al cual Acursio afirmó: *Per rerum naturam quod affirmatur est ... quod negatur non est et sic non potest probari cum non habeat species nec differentia*, acuñado en la máxima medieval: *negativa non sunt probanda*, que establece la imposibilidad de probar una negación⁸⁰.

¿Qué supone probar un hecho negativo o un no-hecho? Siguiendo a Rosenberg⁸¹ “un no-hecho no podría probarse directamente sino sólo deducirse de que se percibe algo que no debería percibirse, si el hecho existiera, o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real”. Esto supone que únicamente por la percepción de aquello que no debería percibirse se puede obtener la prueba de un hecho negativo. Así ocurre en el caso de que tenga que probar que no soy deudor.

En el caso expuesto, la prueba de que el deudor no lo es, creemos que se podría catalogar, como dice Muñoz Sabaté⁸², como prueba de la negación indefinida, esto es, “negaciones que se resisten enteramente a la prueba”. Pone como ejemplo el siguiente hecho negativo “Jamás he visto a Ticio”. Según el jurista español, para probar este hecho, sería necesario aportar testigos que me hubiesen visto toda la vida y que constatasen que no vi a Ticio, por tanto, a lo sumo sólo se pueden aportar pruebas fragmentarias.

⁷⁸ Directum » (par C. du Cange, 1678), dans du Cange, et al., Glossarium mediae et infimae latinitatis, éd. augm., Niort : L. Favre, 1883-1887, t. 3, col. 125a. <http://ducange.enc.sorbonne.fr/DIRECTUM1>.

⁷⁹ <http://www.iec.cat/faraudo/results.asp>.

⁸⁰ Calzada, “El principio *ei incumbit probatio qui dicit*”, pp. 116 y nt. 23 cita Acursio, Gloss. In Digestum Vetum, 22. Rub. De probationibus.

⁸¹ Rosenberg, *La Carga de la prueba*, p. 295.

⁸² Muñoz Sabaté, *Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona, 2012, p. 188.

Ya decía Cicerón⁸³: *Nemo enim eius, quod negat factum, rationem potest aut debet, aut solet reddere* es decir, la falta de prueba, como dice García González⁸⁴, se debe a la propia dificultad de las negaciones o por razones de oportunidad o porque no es frecuente. Precisamente, la prueba de la negación no es imposible, simplemente, es difícil hasta el punto de que a veces no se puede probar⁸⁵.

Les Costums.

En tercer lugar, pasamos a analizar los criterios que conforman la estructura sobre la carga de la prueba en *les Costums*⁸⁶.

Si en los *Fori/Furs* de Valencia hemos encontrado que el jurista valenciano seleccionó los fragmentos por razón de su contenido en orden a plasmar los diversos principios sobre la carga de la prueba que, como vemos, forman una especie de estructura, los redactores de *les Costums*, no sólo no le van a la zaga al redactor valenciano, sino que en un único fragmento, de nuevo el esencial sobre la posesión, estructuran todos los principios.

El primer fragmento dice así:

CT 4.10.2: *Les possessions que algún diu que a eyl pertanyen e les demana en juhií, si negat li será pe la part adversa, aquel qui demana se deu esforçar que prou son enteniment, car si no ho podia probar, la senyoria de la cosa roman ab aquel qui la posseix. Que negú no deu designar ne pot que sia donada necessitat de provar al defenedor; car natural cosa és que negació dretament probar no-s pot.*

Lo que puede entenderse del siguiente modo: las posesiones que alguien afirma que le pertenecen y las reclama en juicio, si le es negado por la parte adversaria, aquel que reclama se debe esforzar en probar su intención. Que nadie debe desear (pedir) ni puede hacer que se dé necesidad de probar al defensor; pues natural cosa es que la negación rectamente no se pueda probar.

⁸³ Cic. Part. 30, 104.

⁸⁴ García González, J.M., “Privatismo y prueba en el proceso civil romano clásico”, *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano Privatismo y prueba*, Madrid, 2000, p. 250.

⁸⁵ Pensemos en la dificultad de probar dados los medios que podrían tener en el siglo I a. C. En este contexto es en el que debemos entender el *nemo potest*.

⁸⁶ En este punto sobre la carga de la prueba, y en relación a la posible influencia de Lo Codi, parece claro que no es así al menos por lo que se refiere al aspecto que tratamos pues en un fragmento encontramos la influencia del Código. Nada que ver, como acertadamente dice Font i Rius, “El procés de formació de les Costums de Tortosa. Discurso de Ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona”, p. 159, con las disposiciones de Lo Codi en esta materia: 3.6 *El offiçio del actor es tal que él deve <decir que demanda > e por quál razón él demanda e deve provar aquello que demanda <fasta > que el reu se tenga por vençido o fasta lo confiesse o fasta que se dé fe al juez; 3.7.1 El offiçio del reu es tal que deve negar o conffesar que ome le demanda [...] 4. Mas quando conffiesa escepçion, que diz que ge la pagó o que diz que a estado por tanto tiempo que non le puede nada demandar o dize alguna otra cosa, entonçe deve provar aquello que dize assí como el actor deve provar aquello que demanda si el reu non ge lo consçe. 5 Otrossí si él niega aquello que ome le demanda, si lo niega simplemientre, que diz no l debe nada, vençrà el pleito si el actor non puede probar aquello que demanda sinon quando el iuez puede ver alguna cosa porque la un parte se faz más de creer que l otra, ca estonçe ya deve fazer fe sin ningún retenimento que aquello sea verdat que él diz o sea que demanda o sea que otro demanda a él. Si él niega con escepçion dévela provar como es dicho de suso... .*

El fragmento establece, por un lado, el *criterio objetivo* como criterio principal, sobre la base de la regla *ei incumbit probatio qui dicit*. Esta afirmación la sostiene quien reclama, por tanto, el demandante: *criterio subjetivo*, quien debe afirmar para reclamar frente a una situación de hecho.

Con esta primera premisa, se introduce la posición de ventaja del demandado que se encuentra en posición de poseedor, *criterio material*. Éste puede, no necesariamente - *si negat*-, introducir la negación, eximiéndole de la necesidad de probar -*defenedor*-, *criterio subjetivo*, que simplemente niega, pues: *natural cosa és que negació dretament probar no-s pot*.

La introducción de la negación por el demandado no hace más que obligar al demandante a probar lo que afirma *criterio de prelación* -*aquel qui demana se deu esforçar que prou son enteniment*-.

Si comparamos ambos textos:

C.4.19.2: *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere. Nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.*

Les possessions que algún diu que a eyl pertanyen e les demana en juhiï, si negat li será per la part adversa, aquel qui demana se deu esforçar que prou son enteniment, car si no ho podía probar, la senyoria de la cosa roman ab aquel qui la posseix. Que negú no deu designar ne pot que sia donada necessitat de probar al defenedor; car natural cosa és que negació dretament probar no.s pot.

Podemos apreciar una serie de diferencias entre los textos justinianos y tortosinos al introducirse en este último las siguientes manifestaciones:

1. Criterio de prelación: Si niega el demandado obliga...
2. El principio de que la prueba de la negación es, naturalmente, imposible.

Con la introducción del *criterio material* el redactor tortosino tiene en mente los distintos criterios y los introduce para completar la estructura del *onus probandi*.

De este modo, al texto legal tortosino le basta de una sola norma para regular la carga de la prueba en tanto que en ella se contienen todos los principios necesarios con los que regular el *onus probandi*.

Una prueba de lo afirmado es que en los textos siguientes no hay manifestación ni necesidad de acudir a otros principios que aquellos que por necesidad de las circunstancias exigen la prueba de determinados hechos: *criterio objetivo*.

Y este es el mismo criterio que vertebra el siguiente fragmento:

CT. 4.10.4: *Si alcú en son testament o en sa darrera volentat diu e fa menció que algún hom li deu alguna quantitat de diners, o tindrà en comanda d'eyl algunes coses, si la part adversa o nega, ab aquel testament o darrera volentat provar no-s pot. Item, per aventura en testament o darrera volentat alcú fa confessió, e diu que hom li deu alguna soma de diners o d'altres coses, o que u tenen d'eyl en comanda, e en veritat li deurà hom més o tindrà en comanda plus o meyns, que eyl no diu ne nomena son testament o*

derrera volentat, no nou aquella confessió a son hereu, que no pusca demanar aquel plus o menys, si doncs lo testador en aquel testament o derrera volentat no jurava que aquel deute o aquella comanda no era plus; car ladoncs si jurava aurà-s a seguir la volentat del testador que no és plus, ne-n pot plus demanar.

Mas si lo testador en son testament o derrera volentat o en codicils dirà e confessarà si deu re a alcú, o tenir en comanda alcuna quantitat de diners o d'altres coses, val aytal confessió e és ferma, si doncs no podia provar que eyl per error o per don de sos hereus ho avia dit e confessat.

En él se observa que el *criterio objetivo* centrado en la prueba de la afirmación cuando se le opone a la mera negación. Y, exactamente igual con 4.10.5 *Totes hores son dades provacions o proves a aquels qui affermen o dien alguna cosa que pertayn a eyls o deu pertayner, o dien que•ls és deguda.*

Tan sólo al final introduce una variación: *Com quel qui nega no li deu ésser donat ne carregat que prov, si doncs eyl per sa pròpria volentat no volia provar o no-scargava la carga de probar* y con ello se afirma que la carga de la prueba no es una obligación sino la aportación de prueba descansa sobre unas reglas que exigen la prueba de lo afirmado de acuerdo con el principio de autorresponsabilidad.

Apéndice bibliográfico

AA.VV. *De scriptis notariorum*, s. XI-XV, Barcelona 1989.

Aragoneses, “La carga de la prueba y la facilitación probatoria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, RDP 3 (2000).

Barrero, A.M., “El derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I”, *AHDE* 51 (1971).

Bernad L.- Piquer, J.M., “La búsqueda de la verdad procesal: un estudio sobre la pervivencia del principio inquisitivo romano en las fuentes legislativas visigóticas”, *Glossae*, 12 (2015).

Berger, A., “In dubiis benigniora (D. 50, 17, 56)”, *Seminar* 9 (1951).

Bethmann-Hollweg, M.A., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Ueber die Beweislast*, Berlin, 1827.

Calzada, A., “El principio ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat y su recepción en los Furs de Valencia y en Les Costums de Tortosa”, *La prueba y medio de Prueba: de Roma a la actualidad, Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso internacional de Derecho Romano*, Madrid, 2000.

Colón, G. i García, A., *Furs de Valencia*, Barcelona, 1974.

Cots i Grochs, “Les consuetudines civitatis Dertusae”, *RJC* 41-42 (1935-1936).

Chabas, R., *Génesis del Derecho Foral Valenciano*, Valencia 1902.

Dualde Serrano M., *Fori Antiqui Valentiae*, Madrid-Valencia, 1950-1967.

Font i Rius, J.M.:

- “El procés de formació de les Costums de Tortosa. Discurso de Ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona”, *Estudis sobre els drets i institucions locals en la Catalunya medieval: col·lectanea de treballs*, Barcelona, 1985.

- *Prólogo, Costums de Tortosa*, Barcelona, 1996.

Garcia, H.:

- “Estudios de derecho foral valenciano. Posibilidad de un elemento consuetudinario en Código de Jaime I”, *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* 23 (1947).

- “Sobre el fondo consuetudinario del Derecho de Valencia”, *Boletín de la Sociedad Castellonense* 18 (1943).
 - “Los fueros de Valencia y *Les Costums* de Tortosa”, *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* 14 (1933).
 - “La sistemática de las compilaciones del Derecho valenciano”, *Ligarzas. Estudios dedicados a celebrar el 25º año de labor universitaria de José María Lacarra de Miguel*, Valencia, 1968.
- García Edo. V., “La redacción y promulgación de la *Costum* de Valencia”, *Estudios Medievales* 26 (1996).
- García Gallo, A., *Origen y evolución del derecho. Manual de Historia del derecho español*, 1, 10 reimp. Madrid, 1984.
- García González, J., “Las fuentes de los Fueros de Valencia”, *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, 1, Valencia, 1989.
- Fernández de Buján, A.:
- *Derecho privado romano*, 10 ed. Madrid 2017.
 - *Derecho Público Romano*, 19 ed., Pamplona, 2016.
- García González, J.M., “Privatismo y prueba en el proceso civil romano clásico”, *La prueba y medios de prueba: de Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano Privatismo y prueba*, Madrid, 2000.
- Gianturco, L., *Commentario alle Pandette, Appendice del Traduttore* 22, Milano, 1906.
- Iglesia, A., “*Les Costums* de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia”, *Estudis. Costums de Tortosa*, Tortosa, 1979.
- Legaz Lacambra, L., “Estructuralismo en el derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* 34-36 (1969).
- Levy, E. “Beweislast im klassischen Recht”, *IURA* 3 (1952).
- Nörr, D., “L’Esperienza Giuridica di Gellio (Noctes Atticae 14,2)”, *Atti dei Convegni Lincei*, Roma, 1996.
- Massip i Fenollosa, J. “La gestació dels codis de 1272 i 1279”, *Estudis. Costums de Tortosa*, Tortosa 1979.
- Micheli, *La carga de la prueba*, (trad. Sanchis Melendo, S.) Bogotá 1989.
- Montoro, A., *Análisis estructural y conocimiento jurídico*, Murcia 1982.
- Moschella, R., *Contributo alla teoria dell’apparenza giuridica*, Milano 1973.
- Obarrio Moreno, J.A.:
- “La prueba judicial en los Furs de Valencia”, *AHDE* 70 (2000).
 - *Estudios de tradición romanística*, Valencia, 2002.
 - *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017.
- Piquer, “La epístola 117.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis”, *RJUAM* 21 (2010)=*RDGR* 16 (2011).
- Rosemberg, L., *La carga de la prueba*, Buenos Aires, 1997.
- Sobrequés i Vidal, S. *Historia general del Derecho Catalán hasta el s. XVIII*, Barcelona 1989.
- Schulz, F., *Principios del Derecho Romano*, (trad. Abellán Velasco, M.), Madrid 2000.
- Valiño, A., “*Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi* en el derecho romano”, Reinoso F., (ed.), *Principios generales del derecho: antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014.
- Viet, J., *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales (traducción de Manuel Lamana)*, Buenos Aires, 1970.

Weber A. D., *Ueber der Verbindlichkeit zur Beweisführung*, Halle, 1805.

López Ortiz, J., “El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista, *AHDE* 14 (1943).