

2.3. Prueba

*2.3.1. Sistema probatorio-carga
de la prueba*

PRIVATISMO Y PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ROMANO CLÁSICO

Al generalmente admitido carácter privado de los procesos civiles del *ordo*, sobre el que enseguida haré alguna precisión, me parecen poder conectarse algunas particularidades relativas a la prueba que, enunciadas de un modo absoluto, podrían serlo así: Primera, en el ámbito procesal y, en general, en el jurídico, no es posible, o lo es sólo muy excepcionalmente, hablar de prueba en sentido estricto. Segunda, no existen, también en sentido propio, carga (*onus*) de la prueba ni reglas para su reparto. Tercera, las llamadas reglas de valoración de la prueba, desde que aparecen históricamente, no disciplinan tal valoración, sino que la eliminan o la limitan.

Más adelante relativizaré, o explicaré, lo absoluto de estas tres proposiciones.

Me limito al proceso clásico, como sinónimo del *per formulas*, a sabiendas de que se trata de una simplificación, y de sus riesgos. Pues, desde la aparición de las fórmulas hasta las *leges Juliae*, aquellas conviven con los procesos de *legis actiones* y luego, apenas asentado el procedimiento formulario como ordinario por las referidas leyes, van surgiendo las primeras *cognitiones extra ordinem*, abriéndose un nuevo compás histórico de coexistencia del nuevo procedimiento con el formulario, hasta la definitiva cancelación de éste en 342 p.C. Naturalmente, sendos y tan dilatados períodos de coexistencia producen contaminaciones en uno y otro sentido y enturbian la teórica “pureza” del procedimiento formulario.

El “privatismo” del proceso clásico lo entiendo principalmente en los dos siguientes sentidos. Primero, porque en él se ventilan cuestiones afectantes *ad singulorum utilitatem*, es decir, traduciendo bien a Ulpiano (D.1,1,1,2), intereses exclusivos de los litigantes. No insistiré en este punto, que es de contenido: los *judicia privata* versan sobre conflictos de *ius privatum* en el sentido ulpiano, cuya sustancia puede modularse *priva-*

torum pactis (Pap. D. 2,14, 38; Ulp. D.17, 45,1). Y segundo, conectado con lo anterior, porque, durante todo el proceso, desde la *editio actionis* extra-procesal (Lab. D.2,13,1,1) hasta el instante anterior a la sentencia, pertenece también a las partes el control material de la que hoy bárbaramente llamamos “litis”. En efecto, el proceso comienza por iniciativa particular, necesita, para continuar, del constante impulso de las partes y concluye con la decisión, también de un particular elegido por ellas, que causa estado, *res iudicata*, tan sólo entre las partes, como regla general.

Frente a esto, el elemento público, es decir, la intervención jurisdiccional del magistrado, se ve comprimida al mínimo indispensable para la ordenación del proceso y para hacer eficaz la sentencia; en concreto, a *dare* (o *denegare*) *iudicium*, *dare iudicem*, *iudicare iubere* y *iudicatum facere iubere*, es decir, los poderes que integran el contenido de la *iuris dictio*, según el sentir general de la jurisprudencia clásica. He utilizado la expresión “comprimida al mínimo indispensable”, no como sugiriendo que la intervención jurisdiccional sea secundaria o poco importante, sino en el sentido contrario, como denuncia el adjetivo “indispensable”. Dicha intervención, aunque parca, es esencial; como importantísimas son también las actuaciones *magis imperii quam iurisdictionis* del magistrado a que se refiere Ulpiano (D.2,1,4)¹.

I.- Privatismo y *actio*.

A.- En la lengua latina, el sustantivo *actio*, como el verbo *agere*, del que se deriva, tiene un primer significado dinámico, de iniciativa en la conducción de algo. Más precisamente significa conducir algo ante sí. Más específicamente aún, conducir, arreándolos, animales o ganado. Por no insistir más en esto, recordemos el derecho de paso llamado *actus*, o recordemos, en el latín no jurídico, el lamento del pastor Melibeo en la primera égloga virgiliana ...*capellas protinus aeger ago* (v.12-13). También significa observar una conducta positiva, comportarse, (“conducirse”, decimos

¹ Cierta recentísima literatura penalística ha acuñado la expresión “principio de intervención mínima”, que ha pasado, incluso a la Exposición de Motivos de nuestro Código Penal, pretendiendo elevar a principio técnico, específico de su disciplina, lo que no es sino un sensato criterio de economía en el manejo de los instrumentos que rige en todos los órdenes de la vida, jurídicos o no; una especie de *ne quid nimis* cotidiano y doméstico. Con ello los penalistas tampoco insinúan que el derecho penal sea poco importante, sino lo contrario. Análogamente podríamos nosotros predicar que la intervención jurisdiccional del magistrado en el proceso romano *per formulam* gira según un principio de intervención mínima.

nosotros). Para tampoco menudear en ello, evoquemos el apóstrofe de Séneca (*De beneficiis* 7,10,1): *quid agis, avaritia? quot rerum caritate aurum tuum victum est!*... Y hay otros significados: ciertas piezas orales de acusación se llaman *actiones*... Pero en todos ellos late el sentido dicho de comportamiento positivo, de toma de iniciativa. Cabalmente, “activo”².

Trataremos de ver en cuánto conserva este sentido la palabra *actio* cuando se convierte en término técnico procesal.

B. a.- Desde que la palabra *actio* se tecnifica, en época ya muy antigua, sirve para identificar un ente procesal que va derivando históricamente de ser aquel comportamiento o serie de actos solemnes, “escénicos”, como de actor en el teatro, para conservar la expresión de Arangio Ruiz al comienzo de su primer curso cairota³, propio de las más antiguas acciones de la ley, hasta, en palabras de Celso, “no ser otra cosa que el derecho que alguien tiene a perseguir en juicio (o mediante un juicio) aquello que se le debe” (D.44,7,51. y Quintiliano, *Inst. or.* 3,6,69,73).

b.- Sirve también la palabra *actio* para situar o identificar a las partes en el proceso. Actor es el que toma la iniciativa, *edit actionem*, pide el juicio, *qui agit: Agerius*. La otra parte, el demandado, *cum quo agitur, reus*, es el que, frente al actor, niega: *Negidius*.

1.- Ahora bien, en la más antigua y paradigmática, por ser *generalis* (Gayo 4,13), de las *legis actiones* declarativas, la *sacramento in rem*, ni siquiera se producía semejante reparto de papeles entre las partes. Ambos se comportaban de idéntico modo, ambos vindicaban, uno primero y el otro después, nos dice Gayo (4,16); los dos eran actores⁴.

2.- Ya vigente el procedimiento formulario, las posiciones de actor y reo no se presentan como consolidadas de modo rígido y definitivo. El demandado puede adoptar ciertas iniciativas frente al actor que, en cuanto a ellas, queda colocado a la defensiva. El supuesto más flagrante es el de las excepciones, en el cual, se nos dice, *reus...actor est, partibus actoris fungi-*

² Distinto de *facere*. Expresiones como las nuestras “hacer oídos sordos” o “hacer caso omiso”, existen también en latín, pero no con el verbo *agere* o sus derivados.

³ V. ARANGIO RUIZ, *Cours de droit romain (Les actions)*, Nápoles, 1935, p. 6, n.

⁴ Esta indiferenciación antigua de las partes procesales afecta también a la posición de *reus*, cuya denominación tendía a aplicarse a ambos litigantes, considerándoles, precisamente a partir de la *litis contestatio*, como *co-rei*, unidos en una misma suerte procesal. *Contestari*, escribe Festo, *est cum uterque reus dicit: testes estote*. Y también que *Gallus Aelius, Libro II significationum verborum quae ad ius pertinent ait: reus est is qui cun altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est* (Lindsay, 34 y 336).

tur (Ulp. D.44,1,1 y D.23,3,19). Y, sucesivamente, caso de *replicationes, duplicationes...* las respectivas posturas continuarán invirtiéndose. Es decir que, tanto demandante como demandado, conservan la potencial iniciativa de que vengo tratando como núcleo del concepto general de acción.

3.- Además, y también dentro del procedimiento clásico, el carácter convencional de la *litis contestatio* y su efecto consuntivo de la acción, entendidas ambas cosas con los debidos matices, parecen reponer en un cierto pie de igualdad a los litigantes: ambos observan conductas simétricas, *edere iudicium-accipere iudicium*, e idénticamente necesarias para que el juicio pueda tener lugar. Y, aunque al actor siga llamándosele así, en rigor, ya no ejercita acción alguna, porque ésta ha quedado consumida (o ha precluído). En cuanto al reo, excepciones aparte, si las ha deducido, nos explica Festo (Lindsay, 336), comentando una antigüedad de Aquilio Galo, que *nunc dicitur qui causam dicit. Dicere* es también, como *agere*, un verbo que expresa actividad. El reo, abocado al *iudicium*, no es un mero sujeto pasivo, sino alguien que, aun sin necesidad de *actor fieri*, defiende o mantiene su causa activamente frente al demandante. También en cuanto a la prueba, como veremos.

Con lo anterior trato de significar que, aun como concepto técnico procesal, *actio* sigue impregnada de la potencia de comportamiento positivo y de iniciativa, de conducción de algo propio. Y que, por tanto, *liti contestata*, ambos litigantes abordan, en dicha situación, la tarea de convencer al *iudex* de la bondad de sus causas respectivas. Es decir, la prueba.

II. La prueba

Para huir, en lo posible, de redundancias sobre el tópico del desinterés de los juristas clásicos en materia de prueba, que, al fin y al cabo, es la sustancia misma de la fase *apud iudicem*, me remitiré a dos textos, tan conocidos como heterogéneos, que dan fe del hecho y de sus razones generales. El primero es aquél en que Cicerón (*Top.* XII,51) hace decir a Aquilio Galo: *nihil hoc ad ius* (o *ad nos*), *ad Ciceronem*. O sea: las pruebas son material de hecho, cosa de abogados, no de juristas. El segundo texto pertenece a los *Prinzipien* de F. Schultz y en él explica cómo la doctrina de la prueba interesa tan poco a los juristas clásicos que para encontrar un tratado parcial y relativamente sistemático sobre la materia tenemos que avanzar hasta el postclásico *Liber singularis de testibus* de Arcadio Charisio y que, por lo mismo, el estudio de las presunciones tampoco fue tocado por aquellos.

Este pasaje acerca de la "Isolierung" es tan breve, conocido y diáfano, que excusaría más comentarios, salvo por un detalle muy llamativo, al

menos para mí. Tras razonar que los juristas clásicos dan por hipotéticamente ciertos los hechos y se ocupan sólo de cuestiones de derecho, escribe Schultz: *Schriften "on evidence" (de probationibus) gibt es nicht*⁵. ¿Por qué la inserción del vocablo inglés, a no ser que a pie de página o en el contexto cercano se mencionaran escritos en esa lengua que lo justificaran, pero que no es el caso? Y también ¿por qué el desplazamiento a paréntesis del *de probationibus*, que parece el equivalente latino?

Sin intentar hacer psicología ficción ni interpretaciones atormentadas, tomaré pretexto de este pasaje del maestro alemán para tratar de explicar, o relativizar, como prometí, la primera de aquellas tres proposiciones iniciales:

A.- En el ámbito procesal y, en general, en el jurídico, no es posible, o lo es sólo muy excepcionalmente, hablar de prueba en sentido estricto.

a.- Resulta que "probar", en sentido propio, es proveer de certeza que alguna cosa es necesariamente así y, por tanto, no puede (ni pudo, ni podrá) ser nunca de otro modo. Es un tipo de razonamiento de los que Aristóteles, en sus *Tópicos*, llama apodícticos, pertenece al campo de lo físico y lo metafísico y requiere, como imprescindibles instrumentos, la experimentación y la repetición⁶.

Resulta, en cambio, que los hechos objeto de prueba en juicio no son fenómenos, sino entes históricos, pasados, que, por definición, no toleran el contraste de la experimentación y cuya producción sólo podrá deducirse de los indicios, más o menos sólidos que de ellos perduren en la actualidad: son esos indicios o huellas (*signa quaedam praeteriti et quasi impressa facti vestigia*, escribe Cicerón en sus *Partitiones*), no los propios hechos, los que pueden exhibirse *apud iudicem*. Aquí, también en términos aristotélicos, nos movemos en el terreno del razonamiento dialéctico, que es el razonamiento propio de la retórica (aunque no sólo de ella). La diferencia con el razonamiento apodíctico, según el Filósofo, podemos resumirla así: el razonamiento apodíctico parte de premisas seguras y, mediante un desarrollo silogístico, desemboca en conclusiones también seguras. Proporciona certeza. El razonamiento dialéctico, en cambio, parte de premisas fundadas en opinión, es decir, más o menos probables o verosímiles, pero no seguras; y, también silogísticamente, desemboca en convicción. Más o menos

⁵ F. Schultz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, Berlín, 1.954, pág. 22

⁶ Algo parecido ocurre con el concepto y la relación de causalidad, entendidas como "necesidad en el orden de los fenómenos", y muy emparentadas con los problemas de la prueba. De la causalidad y sus "leyes" fundamentales (*posita causa datur effectus; sublata tollitur effectus; eadem causa, iisdem circumstantibus eodem parit effectus...*) es también inseparable, instrumentalmente, lo empírico.

enérgica, pero no en certeza. Como si dijéramos: Arquímedes pudo sumergir la corona en su bañera cuantas veces quiso hasta que, seguro de su “principio” -que se ha cumplido siempre, hasta ahora- pudo salir corriendo y gritando *heureka!* En cambio, cuando un juez debe fallar sobre un contrato o sobre un delito, ni tiene posibilidades de repetición, ni está jamás seguro de haber acertado.

Y resulta, en fin, que *probatio*, en latín, significa, entre otras cosas, probar en el sentido apodíctico. En cambio *evidence*, en inglés (volvemos a la cita de Schultz) aparte de “evidencia”, lo que conocemos con seguridad porque lo estamos viendo, significa también, y particularmente en el lenguaje jurídico y forense, convicción, convencimiento (y también los indicios que conducen a ello), o sea, creencia íntima, psicológica, de que algo es, o fue, así. Creencia más o menos vehemente, pero no seguridad. Para no insistir en este punto, recordemos la advertencia que preceptivamente se hace a ciertos jurados de lo criminal de que se abstengan de declarar la culpabilidad, salvo que de ella estén *convencidos* “más allá de toda duda ‘razonable’”. Es decir, no seguros, sino razonablemente convencidos, que es lo más a que en derecho se puede llegar. O, si se prefiere, con certeza no física, sino meramente moral (que no es certeza)⁷.

b.- Aún conviene formular aquí una reserva acerca del icono silogístico sobre el que usualmente se pauta la formación de la convicción del juez, según el cual la norma oficia de premisa mayor, y los hechos de menor, siendo la conclusión el fallo⁸. Que el esquema general sea éste, es innegable, pero lo es, simplemente, porque silogístico es el modo usual como los seres humanos razonamos en todos los órdenes de la vida. (Ya hemos visto cómo Aristóteles adjudica el silogismo, como instrumento, a ambos tipos de razonamientos). La reserva a que me refiero apunta, por un lado, a la condición de la sentencia como simple producto intelectual y, por otro, a si los materiales con que se forma la convicción del juez han de ser exclusivamente racionales.

⁷ “Probar -escribe E. REDENTI- para los efectos del proceso, significa inducir al juez en la convicción de deber considerar como verdaderos (o no verdaderos) ciertos hechos, a efectos de su decisión”: *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milán, 1938, p. 149.

⁸ Por todos, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1966, p. 149. De paso: la confección del silogismo preparatorio de la sentencia debía serle más fácil al juez romano del *ordo* formulario, a quien la premisa mayor le venía dada ya en la fórmula, que a los modernos, que tienen que hallar por sí mismos esa premisa, es decir, seleccionar la norma aplicable a la menor.

Los dos aspectos están relacionados. En cuanto al primero, si bien se piensa, lo que cada una de las partes pretende del juez, su verdadero interés, no es un simple producto intelectual consistente en la liquidación lógica y razonada de un problema, sino un acto de voluntad que le beneficie eficazmente frente a su adversario. Una sentencia no en cuanto *opinio*, (*sententia*), sino en cuanto creadora de verdad oficial, sólida, incluso precisa, en su caso, de la verdad histórica; capaz, como en las escuelas medievales se decía para caracterizar la *res iudicata*, de hacer *de albo, nigrum et de quadrato, rotundum*.

En cuanto al segundo, la reserva acerca de la calidad de los materiales probatorios, es decir, sobre si la convicción del juez ha de formarse a expensas exclusivamente de razonamientos o pueden intervenir en ella elementos ajenos a los puramente racionales⁹, aconseja dar cabida, junto a éstos, a los de naturaleza emotiva, estéticos, escénicos o de otros tipos de impregnación: psicológica, sentimental... Resulta casi evidente a quien lea los *Tópicos* de Cicerón o cualquiera de los tratados o manuales de retórica antiguos, cuán variado y heterogéneo era el repertorio de los resortes de persuasión que era legítimo utilizar, aparte de los lógico-rationales, para llevar al ánimo del juez la bondad de las propias tesis. Además, el juez romano clásico solamente estaba vinculado por el disyuntivo *si paret, si non paret*, de la fórmula, y no lo estaba a explicar en fuerza de qué factores racionales o de otro tipo (combinados, y de qué modo, con ellos), había llegado al *parere* o a lo contrario¹⁰.

c.- Como ilustrativo del sentido “metafórico” de la prueba judicial como convicción del juez y de la libertad del proceso de formación de la misma, de que vengo tratando, me parece oportuno comentar brevemente el tramo final de un pasaje de las *Noches Áticas* en que Gelio (14, 2), nos explica, en primera persona, la manera viva en que estas cosas se hacían. Siendo él mismo *homo adulescens* fue designado juez y, en trance de pronunciar sentencia, se le presentaron tres posibilidades, las tres, al parecer, correctas y ninguna de las tres basada en pruebas, pues ni el actor ni el demandado disponían de ellas. La primera se la dieron sus amigos, forenses y juristas avezados, a quienes acudió *in consilium*: debía absolver, naturalmente, puesto que *non parebat*...

⁹ No me refiero a las arcaicas pruebas no racionales, sobre las que remito, en estas mismas actas, al trabajo de J. M. PIQUER.

¹⁰ Hablo de elementos o materiales de prueba o, si se prefiere, de convicción, no de medios de prueba.

El joven juez no quedó contento, pues le repugnaba favorecer al demandado, que era un sujeto *non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque... perfidiarum et fraudum...*, frente a su adversario de quien, en cambio, *constabat virum esse ferme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae...* Entonces, sigue contando el erudito, *iussi diem diffindi*; y se fue corriendo a consultar con el gran Favorino de Arlés, el filósofo, muy amigo suyo por entonces. El cual, además de una explicación tan jugosa como escandalosa para los oídos modernos acerca de lo que convenía al *officium iudicis*, le brindó una segunda solución: que atendiese a lo que el prudentísimo M. Catón había en una ocasión proclamado, como transmitido y observado por los antiguos, a saber que, siendo de diferente condición moral los litigantes y a falta de pruebas, debía creerse al mejor. Así que lo procedente era condenar.

Tampoco esto satisfizo a Gelio, porque pensaba que no debía juzgar ni sentenciar *de moribus*, sino *de probationibus rei gestae*, de modo que ideó -y adoptó- una tercera solución: *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*. Sin más comentarios, y teniendo siempre en cuenta el gálibo intelectual de los protagonistas del relato, se comprende la amplísima libertad de convicción de que disfrutaba el juez romano. Y se ve cómo, incluso, podía utilizar el *non sibi liquere* como una especie de *a fortiori* del *non parere*; y el consiguiente juramento, como una alternativa a la absolución.

B.- No existen, en sentido estricto, carga (*onus*) de la prueba ni reglas para su reparto. Esta es la segunda de mis proposiciones iniciales.

Si, para operar con un punto de referencia seguro, nos atenemos a la moderna doctrina de la carga procesal elaborada desde Goldschmidt y Carnelutti hasta nosotros, parece que las escasas reglas clásicas en la materia más bien señalan quién “puede” que quién “debe” probar; más bien atribuyen facultades que imponen deberes o cargas.

a.- Y lo hacen, a mi parecer, adjudicando la facultad de probar simplemente a aquella de las partes que tenga concreto interés en ello, ya sea que, formalmente, afirme o niegue. Se trata de la ya añeja idea o *principio del vantaggio*, propuesta por Gianturco¹¹ que, partiendo del “principio hedonístico de la economía”, rechaza, como impropia la expresión “carga de la prueba” y la sustituye, como preferible, por la de “necesidad práctica de probar (*necessitas probandi*: D. 22, 3, 21; C, 4, 19, 2; *Paul.* I, XIIIb,

¹¹ L. GIANTURCO, *Appendice del traduttore...* en GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, L. XXII, tit III, p. 433.

7)”: debe probar aquel que prevé obtener con ello un beneficio. El propio Gianturco anota que “es inútil decir que el beneficio puede ser presente o futuro, cierto o posible, y puede consistir no sólo en una *utilitas* en sentido económico, sino también en un beneficio sólo moral, en evitar, atenuar, prevenir un perjuicio”. Que es por lo que yo me refiero, líneas arriba, al “concreto interés” de la parte en probar. No se reduce, simplemente, al interés específico contenido en la pretensión sino que abarca a toda la heterogénea gama de los intereses humanos. El reo, aun disponiendo de medios muy sólidos de prueba, puede tener “interés” en no utilizarlos, aun a sabiendas de que perderá el juicio y, con ello, sufrirá un quebranto económico, si, por ejemplo, ha sido demandado por su hijo y le dolería perjudicarlo, vencién-dole. En el caso extremo contrario, por motivos (intereses) muy variados, una persona puede ejercitar una acción sabiendo que carece de derecho que defender (*Klagemöglichkeit; agere non recte*, decían los romanos) y que, por tanto, nada podrá probar y que perderá. Cada una de las partes, según sus conveniencias de cualquier tipo, puede dejar perder posibles *exceptiones, replicationes...*, omitiendo deliberadamente alegarlas *in iure*.

b.- Creo que pueden entenderse en el sentido dicho los textos fundamentales de las fuentes sobre la carga de la prueba, tan comentados, en general y en varios lugares de estas mismas Actas.

En primer lugar el de Paulo (D.22,3,2): *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Este capital texto resultaría inútil entendiéndolo como referido a la pura forma expresiva utilizada por la parte, pues, evidentemente, casi cualquier idea puede enunciarse afirmándola o negando su contradictoria, de modo que la mayoría de las negaciones pertenecen a la categoría de las *praegnantes*.

Lo interesante es averiguar el sentido material del *dicit* pauliano y éste parece ser el de quien actúa tomando la iniciativa. Marciano, en efecto (D.22,3,21), expone la misma idea que Paulo, pero con estas palabras: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Pero éste *qui agit* puede serlo cualquiera de las partes, no sólo el que, según el esquema general del proceso, aparece como actor. Ulpiano (D.44,1,1), lo dice claramente: *agere etiam is videtur qui exceptione utitur, nam et reus in exceptione actor est*. Es decir, no porque “afirma” algo nuevo. Aunque formalmente sea así, materialmente el que excepciona, replica o duplica, se opone, niega la pretensión de la contraparte.

El mismo Ulpiano (D. 23,19) nos aclara por qué el reo, en ese caso, *actor est* o *partibus actoris fungitur*: porque *ipse exceptionem velut intentionem implet*, siendo así que, mediante la *intentio*, el litigante *desiderium*

suum concludit (Gayo,4,41), es decir, deduce su deseo, su interés. Queda, pues, atribuida la carga de la prueba a quien tenga interés en probar, en el sentido que antes expuse.

c.- Recíprocamente, también las negaciones parecen poder probarse. Ulpiano (D.22,3,14), consultado acerca de si al reclamado como liberto puede permitírsele probar que no lo es, responde que la cuestión *tractari potest*, puede discutirse, pero se inclina por la admisión: *non ab re esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum ...quum nulla captio intercedat iuris*. Adviértase que se trata de una negación material, no *praegnans*, como pudiera parecer a primera vista. De lo contrario me resulta inverosímil que Ulpiano se hubiera preocupado de razonar la cuestión. “No soy liberto” es, desde luego, una negación, pero la proposición contradictoria, “soy ingenuo”, no es una afirmación, sino una nueva negación: “no he sido esclavo”. La comentada respuesta de Ulpiano se expresa en el consueto tono de opinión utilizado por los juristas. Paulo, en cambio, para un caso similar, da la misma solución, pero, en esta ocasión, de forma terminante: *cui necessitas probandi de ingenuitate sua non incumbit, ultro, si is probare desiderat, audiendus est* (D.40,12,39, pr.).

Dos Constituciones dioclecianeas, fundamentales en este punto, (C.4,30,10; y 4,19,23), excluyen la *probatio negantis*. Lo hacen, sin embargo, con un importante matiz. La primera establece que *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est* y la segunda, lo mismo, *naturali ratione*. Sin entrar en explicaciones, que en este punto tienen poco interés, sobre la diferencia de significados entre *natura rerum* y *naturalis ratio*, ambas constituciones se remiten, como fundamento de la inexistencia de prueba para el que niega, a un criterio *naturalis* (y, por ello, también estadístico), pero no esencial, lo cual es muy coherente con la naturaleza misma de la prueba judicial. Pues si vidrioso es, como vimos, acreditar o convencer sobre hechos pasados (históricos), mucho más lo será cuando se trate, con la misma perspectiva temporal, de no-hechos, que es la naturaleza da las negaciones.

Oigamos, finalmente, en este punto, la opinión, aún más circunstanciada, de Cicerón (*Partit. XXX,104*): *nemo... quod negat factum rationem potest aut debet aut solet reddere*. Al parecer, según él, la falta de prueba de las negaciones obedece, unas veces a real imposibilidad material (*non potest*), es decir, la connatural y ya razonada renuencia de las negaciones a ser probadas; otras veces, a razones de oportunidad (*non debet*), no lo necesita, no tiene interés para él; y otras, es un simple dato estadístico (*non solet*), no es frecuente. Por lo demás, podemos añadir, estas mismas circunstancias pueden ocurrir respecto de las afirmaciones.

C.- Las llamadas reglas de valoración de la prueba, desde que aparecen históricamente, no disciplinan tal valoración, sino que la eliminan o la limitan.

Este enunciado significa que, en el procedimiento *per formulas*, rige, de modo casi incondicional, el principio de libre valoración de las pruebas por el juez. Existen excepciones, pero pocas. De algunas de las más llamativas entre ellas -la presunción muciana y la, al menos, aparente presunción de fraude de las enajenaciones hechas por el deudor antes de su insolvencia- se ocupan sendos trabajos incluidos en estas mismas Actas.

a.- Cuando tales reglas aparecen, lo hacen en el ámbito de la emergente *cognitio extra ordinem*. Siendo ésta el procedimiento propio del período postclásico y contrayéndose este trabajo al clásico, en los términos que al principio señalé, me limitaré a una valoración muy breve y general de ellas.

b.- Estas reglas nacen de causas muy variadas. En ciertos casos, la concentración de poderes y, en concreto, de la *iurisdictio*, en manos de los emperadores y la publicación y oficialización del proceso, imprimen a algunas de estas reglas el carácter de medios de control de la actividad de los jueces-magistrados por parte del emperador de quien, al fin y al cabo, son meros delegados.

Pero, en la mayoría de los supuestos, no son sino benéficos efectos del progreso tecnológico y cultural y de la tendencia a robustecer la seguridad jurídica. Como ejemplo más saliente, la generalización de la escritura y el perfeccionamiento de sus soportes proveen de un instrumento de prueba duradero y estable; frente a la fragilidad del testimonio, subsidiario de la supervivencia, la buena memoria y la honestidad de los testigos, lo que hace comprensible el progresivo privilegio de aquel medio de prueba sobre éste. Y, más aún, el privilegio del documento público, cuya condición refuerza sus garantías de veracidad, privilegio que encontramos ya en Marcelo, D.22,3,10.

Por eso conviene modular la imagen que, más o menos explícita, se vislumbra en ciertos textos, del nuevo orden procesal como una especie de indeseable degeneración o pérdida respecto al puro y "libre" procedimiento del *ordo* clásico. E igual se diga del, a veces, latente sentimiento de añoranza hacia una presunta Arcadia del proceso privado. Aparte de que a la historia, como a los ríos, le repugnan los reflujos, quizás lo cierto sea que los verdaderos paraísos son, no los perdidos, sino los que nunca existieron.

c.- Las reglas de valoración de la prueba son ciertamente tales, formalmente consideradas. Pero, desde el punto de vista material y de sus efectos, tienen siempre tendencia y estructura presuntivas, es decir, com-

primen la iniciativa del juez obligándole a tener por cierto lo que resulte de determinados medios, cualquiera que sea su personal convicción, e impidiéndole, en presencia de éstos, valorar otros. Esta apreciación coincide con la tesis general mantenida por Rascón en el correspondiente lugar de estas Actas.

La tendencia presuntiva de estas reglas hace muy natural que el D.22,3 enuncie sucesivamente y a un mismo nivel las pruebas y las presunciones, como suponiendo una especie de comunidad de naturaleza entre ambas cosas, que prácticamente habían consagrado ya las fuentes postclásicas. Como también, con toda naturalidad, admitió nuestro Código Civil, en su artículo 1.215 que “las pruebas pueden hacerse ...por presunciones”, siendo, en realidad, las presunciones, no medios de prueba, sino lo contrario, un desplazamiento de la prueba o un subrogado de ella, absoluto o eventual, según se trate de presunciones plenas o semiplenas (*de iure* o *iuris tantum*).