

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LES COSTUMS DE TORTOSA

EL PROCESO CIVIL



DOCTORANDO
JAIME HESSE HEINRICH

DIRECTORES
JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO
JOSÉ MIGUEL PIQUER MARÍ

DENOMINACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE DOCTORADO CURSADOS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
CRIMINOLOGÍA

MES Y AÑO DE LA SOLICITUD DEL DEPÓSITO

29 DE OCTUBRE DEL 2021

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LES COSTUMS DE TORTOSA

EL PROCESO CIVIL



DOCTORANDO

JAIME HESSE HEINRICH

DIRECTORES

JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO
JOSÉ MIGUEL PIQUER MARÍ

A Elena,

mi mejor amiga, cómplice,
remanso en el camino,
donde disfruto cada instante
y no existe lo ajeno.

“Los juristas están enseñados para analizar leyes y decisiones judiciales, para extraer la doctrina jurídica de estas fuentes [...] Están educados para analizar situaciones complejas [...] con el objeto de compendiar los hechos relevantes [...] y están enseñados a pensar en términos técnicos”. **Ronald Dworkin**. *Los derechos en serio*.

AGRADECIMIENTOS

Non est ad astra mollis e terris via

Lucio Anneo Séneca

Litterarum radices amaras, fructus dulces

Marco Tulio Cicerón

Me gustaría expresar mi más sincero agradecimiento a todos los **profesores y compañeros de carrera** que me ofrecieron su aprecio y parte de su tiempo durante los años en que realicé mis estudios de Derecho.

A los **compañeros de la administración de la facultad** por su paciencia, dedicación por el apoyo prestado.

Al profesor **José Miguel Piquer Marí**, por su dedicación, apoyo y ayuda prestada durante estos años de duro trabajo.

Un agradecimiento especial merece el profesor **Juan Alfredo Obarrio Moreno**, quien fuera mi profesor y hoy buen amigo. Sin su ejemplo, consejo, tiempo empleado, paciencia, tesón, esfuerzo y su constante aliento para que mi ánimo no decayera, seguramente no hubiera podido cruzar el umbral de este laberinto.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	15
II. HERMENEUTICA. EL LECTOR MODELO	19
III. LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: LA INSTITUCIÓN DE LA <i>CORT</i>	31
IV. EL PROCESO CIVIL	45
I. LA DEMANDA	47
1. Naturaleza civil de la demanda	49
2. Diligencias previas: el acto de conciliación	53
3. El libelo	57
4. Comparecencia de las partes: la citación y la <i>ferma de dret</i>	63
5. <i>Litis contestatio</i>	79
6. El juramento de calumnia	83
7. Las dilaciones	87
II. LA PRUEBA JUDICIAL	91
Introducción	93
1. La carga de la prueba: el principio <i>onus probandi incumbit qui dicit, non qui negat</i>	95
2. El binomio prueba plena –prueba legal	111
3. Los medios de prueba	115
3.1 El juramento	117
3.1.1. El juramento de calumnia	118
3.1.2. El juramento decisorio o <i>necessarium</i>	119
3.1.3. El juramento subsidiario	122
3.2. La confesión	123
3.3. Los testigos	133
3.3.1. Parte esencial del proceso	133
3.3.2. Valor probatorio de la prueba testifical: prueba testifical <i>versus</i> documental	135
3.3.3. Momento procesal: <i>Litis constestatio</i>	143
3.3.4. Requisitos	147
3.4. Los documentos	175
3.5. La tortura	189
3.6. El duelo judicial	197
3.7. Las presunciones, indicios y sospechas	203
III. ALEGACIONES Y CONCLUSIONES	211
IV. LA SENTENCIA	219
1. Sentencia definitiva <i>versus</i> sentencia interlocutoria	221
2. El valor de la cosa juzgada	243
3. La ejecución de la sentencia	249

V. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA. EL RECURSO DE APELACIÓN	257
1. Introducción	259
2. [<i>Appellatio est</i>] Definición	260
3. El principio de invocación jerárquica.	262
4. Naturaleza jurídica	264
5. Remedio <i>contra sententiam: quando et qualiter</i>	265
6. <i>Quae appellationes valeant et quae non</i>	268
7. <i>Quis potest appellare?</i> Legitimidad	275
8. Procedimiento	278
9. Número de sentencia	280
10. Efectos	281
V. CONCLUSIONES	283
VI. FUENTES LEGALES	299
VII. FUENTES DOCTRINALES	203
VIII. TRATADOS DE PRÁCTICA PROCESAL	309
IX. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	313

I

INTRODUCCIÓN

Tanto a mis directores de Tesis Doctoral como a este doctorando, la idea que nos ha llevado a la realización de esta Tesis Doctoral que presentamos para su estudio y, en su caso, aprobación por el Tribunal, no es otra que el de analizar uno de los fenómenos más importantes de la Historia del Derecho, que no es otro que la Recepción del *ius commune*, esto es, del Derecho Romano-Canónico en un ámbito jurídico concreto: *Les Costums de Tortosa*.

Entendemos, y así me lo ha hecho saber el profesor Obarrio en numerosas ocasiones, que para entender los diferentes ordenamientos jurídicos europeos se hace necesario analizar cuál fue su proceso de formación. Un proceso que nace, claro está, con el desarrollo del Derecho romano, con su posterior traslación al Derecho visigodo, su débil pervivencia en las costumbres y fueros alto-medievales, ya fueran breves o extensos, hasta su plena recepción a partir del siglo XII, momento en el que tiene su arraigo el denominado *ius commune*, un Derecho que se arraiga en los ordenamientos y estatutos de la práctica totalidad de Europa y Latinoamérica, por ser este el fiel continuador de una tradición jurídica, que no es otra que la que recoge los principios, aforismos y normas del *Corpus Iuris Civilis*¹.

Como posteriormente apuntaremos, debemos destacar que frente al pluralismo consuetudinario alto-medieval, la obra de estos juristas supone, por un lado, un intento por recuperar la terminología y las categorías justinianeas, y, por otro, el estudio de la continuidad histórico-jurídica de la *Lex Romana*, lo que se traduce en una notable y rigurosa sistematización de las instituciones, así como una elaboración doctrinal del conjunto de las fuentes jurídicas romanas², una ingente labor exegética y hermenéutica que originó la denominada Recepción del Derecho Romano³.

¹ CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, 1996, p. 139 y ss.

² LOMBARDI, A., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano, 1967, p. 79-199; CARPINTERO, F., “Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *Ius Commune*, 6 (1977), pp. 108-171; “En torno al método de los juristas medievales”, en *AHDE*, LII (1982), pp. 617-647.

³ También llamado por algunos medievalistas “Renacimiento del Derecho romano”, como es el caso de HASKINS, C. H., en su obra *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge, Harvard University Press, 1928. Algunos romanistas también utilizan esta expresión, como es el caso de CALASSO, F., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2ª ed. Milano, 1949. Otros historiadores discuten a propósito de la utilización del término “renacimiento”, puesto que como señala el profesor SOTO RÁBANOS, J. M., en su artículo *Escuelas urbanas y el Renacimiento del siglo XII*. *Semana de Estudios Medievales*, Nájera, 1999. IER, Logroño, 2000, p. 4: “no parece que se dé un

Como sostienen los profesores Bernad y Obarrio⁴: “este fenómeno, originario de la ciudad de Bolonia, no puede entenderse como un simple hecho aislado, puesto que, por el contrario, se enmarca en un movimiento de carácter general que afecta a todos los aspectos sociales y jurídicos de este período. Así, con el desarrollo de la vida urbana y el florecimiento comercial de ciertas ciudades, especialmente en el norte de Italia, se desarrolla un sentimiento religioso en el que la fe cristiana aparece como auténtica fuerza creadora; la filosofía vive un verdadero auge como consecuencia del estudio de las obras de los grandes filósofos de la Antigüedad, como fueron Platón y Aristóteles; y, en el ámbito del saber, aparecen los primeros Estudios Generales, que, con el tiempo, darán lugar a las primeras universidades⁵”.

Como jurista en ejercicio siempre he sabido de la importancia que el proceso tiene en la práctica del Derecho; no en vano, Arroyo Mena señala que “el concepto de proceso es uno de los esenciales del derecho procesal, viniendo a construir el eje alrededor del cual se desenvuelven los distintos principios e instituciones procesales”. Una vez que ha constatado su importancia, añade: “de las diferentes teorías que consideran al proceso como un instrumento destinado a la actuación de los derechos subjetivos de los particulares, bien como un instrumento para la actuación de la ley o derecho objetivo, o bien como un instrumento que tiende a conseguir la eficacia de los derechos subjetivos mediante la actuación de la ley, podemos definir el proceso como ‘instrumento (otra vez se alude a instrumento) constituido por una serie de actos por los que mediante su atribución a un órgano estatal se pretende la resolución de un conflicto de intereses a través de la actuación del derecho objetivo’”⁶. En la misma línea argumental se sitúa Montero Aroca, cuando sostiene: “atendiendo en primer lugar a la naturaleza o a qué es el proceso, la respuesta es simple: el proceso es un instrumento necesario. Si los órganos dotados de jurisdicción han de cumplir la función de actuar el derecho objetivo en el caso concreto, que es la señalada constitucionalmente, y si no pueden hacerlo de modo

verdadero renacer, salvo, quizá en parte, con relación a una cierta revitalización del latín clásico y del derecho romano”.

⁴ BERNAD SEGARRA, L.- OBARRIO MORENO, J. A., *Manual práctico de tradición romanística*, Madrid, 2010, “Introducción”, epígrafe que tomamos como referencia para la elaboración de este apartado.

⁵ PÉREZ MARTÍN, A., “Importancia de las Universidades en la recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica”, *Studi Ssassaresi. Atti del Colloquio su "Cultura Ibérica e diritto romano 8* (Sassari 1980-81 [1986]).

⁶ ARROYO MENA, C., “Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso laboral”, *La Ley*, núm. 4211, 1997.

instantáneo, necesitan realizar una serie de actividades sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales es consecuencia de la anterior y presupuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por tanto, es el medio jurídico, el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen la función asignada por la Constitución’’⁷.

Una vez señalada la importancia que el ámbito procesal tiene en el Derecho actual, nos preguntamos si esta se dio en el Derecho romano o en el Derecho medieval. La respuesta la hallamos en el estudio que el profesor Obarrio realiza sobre las vías de recepción del Derecho romano en la Baja Edad Media. En su extenso artículo, tras señalar que “El renacimiento jurídico del Derecho romano a finales del siglo X y principios del siglo XI provocó no sólo la recuperación de los textos justinianos, sino un cambio en torno a la creación del Derecho. En este sentido, cabe afirmar que frente a la concepción teocrática altomedieval –en el que Dios y el Derecho vinculaban por igual al monarca y a la comunidad–, se pasó, con el nacimiento y la recepción del *ius commune*, a una idea iuscéntrica de las leyes, lo que propició una concepción de la ciencia jurídica como *ratio scripta*, así como el estudio y el comentario de los textos jurídicos, de tal forma que el *Studium* pasó a formar parte de las potestades que regían el mundo –*Sacerdotium, Imperium et Studium*–”, advierte que, entre las distintas vías de recepción del *ius commune* el proceso adquiere una relevancia predominante. La razón, a juicio del autor, cabe hallarla en los primeros libros de derecho procesal, en los que se recogía los nuevos principios rectores del proceso medieval, más garantista y mucho más técnico que el altomedieval, en el que predominaba la ordalía y una mayor subjetividad, como consecuencia de una ausencia notoria de un Ordenamiento procesal ordenado y completo, que se hiciera eco, o, si se prefiere, heredero de los principios rectores del Derecho procesal Romano:

“Con la aparición de las primeras *Summae* medievales, de los primeros *libri de iudiciorum ordine* y, posteriormente, con la obra de los glosadores y comentaristas se advierte una nueva orientación en materia procesal, tendente a la introducción de antiguos procedimientos especiales, los cuales dieron entrada a un ejercicio efectivo del *ius puniendi* por parte de la autoridad real,

⁷ MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, Barcelona, 1994, p. 49.

lo que permitió no relegar los intereses particulares -la satisfacción o el castigo privado- en beneficio de una mayor actuación punitiva del Estado, motivo por el que el ámbito procesal se convirtió en una de las vías de aplicación del *ius commune* que subyacen en la realidad jurídica de los distintos Ordenamientos del medievo.

Entre las características principales de este nuevo proceso, cabe señalar el papel predominante del Juez, el resurgimiento de las garantías procesales, como es la citación, el resurgir del principio *onus probando incumbit qui dicit, non qui negat*, de las pruebas objetivas, de la sentencia, de sus recursos y de su ejecución, o de la recuperación de antiguos procedimientos propios de la tradición romanística”⁸.

A reivindicar su importancia, el profesor Obarrio ha dedicado un amplio estudio titulado *Estudios de tradición romanística: El proceso en el Derecho foral Valenciano*, (Valencia, 2002, reed. 2006) en el que aborda la importancia del *ius commune* en un Ordenamiento concreto, el foral valenciano.

Su estudio, así como el esquema que el autor recoge en su obra, nos sirve de guía para la elaboración de esta Tesis Doctoral. La generosidad de mi director de Tesis Doctoral me ha permitido no solo consultarle numerosas dudas que la obra me plantea, sino el haberme concedido un modelo-guía de trabajo, sin el cual, no solo me hubiera perdido en el maremágnum de autores, textos jurídicos y literarios, sino que, muy probablemente no hubiera podido llevar a cabo un sueño largamente esperado: la realización de una Tesis Doctoral, de ahí mi gratitud de quien fuera mi profesor en la Universidad, y, posteriormente, mi codirector, conjuntamente con el profesor Piquer Marí, cuyos sabios y pacientes consejos siempre he tenido muy presente a la hora de la redacción y corrección de mi trabajo que ahora expongo a la benevolencia de tan prestigioso Tribunal.

⁸ OBARRIO MORENO, J. A., “El *ius commune* y sus vías de recepción”, *RGDR*, 20 (2013). Por honestidad intelectual, dejamos constancia de que gran parte de la bibliografía empleada es fruto del estudio que realizó el autor sobre el Proceso en los Furs de Valencia, un ordenamiento muy cercano al tortosí. Por este motivo, mi Director de Tesis me ha permitido su uso y su cita.

II

HERMENEUTICA

EL LECTOR MODELO

Partimos de la idea de que el Derecho Romano es una ciencia histórico-jurídica, por lo que, como señala Coing, “es un derecho, en la historia, que ha de analizarse con los dispositivos propios del jurista puro, pero también con ese poder integrador propio del historiador del derecho, pues su estudio exige situarse en la realidad histórica que lo vio nacer”⁹, de ahí que, a juicio de Fernández de Buján, “sin el estudio del Derecho Romano no se comprende el desarrollo del Derecho, ni en general de la cultura jurídica europea”¹⁰.

Sostiene Umberto Eco que “Una tesis es como una partida de ajedrez, tiene cierto número de movimientos, pero desde el principio hay que estar capacitado para predecir los movimientos a efectuar con vistas a dar jaque mate al adversario; de otro modo, no se conseguiría nada”¹¹. Ciertamente no se equivoca. Los largos años de estudio, tanto en los cursos de doctorado, como en la elaboración de este trabajo, me han enseñado que una Tesis Doctoral requiere de la continua dialéctica entre dos actores principales: entre el doctorando y los textos que lee, analiza, hasta plasmar una idea, una línea argumental y una estructura perfectamente ordenada. A esta larga y tortuosa partida, cabe añadir un tercer partícipe, no menos importante: el Director de Tesis Doctoral, quien, con su capacidad y su conocimiento, asesora, guía y reordena ideas equivocadas o confusas, pero, sobre todo, indica un método de trabajo, sin el cual toda investigación decae.

Partiendo de esta premisa, empezamos a ser conscientes de que todo estudioso debe convertirse, necesariamente, en lo que Umberto Eco en un lector modelo, capaz de leer todas las líneas argumentales, los intertextos, las ambigüedades y contradicciones que los textos del pasado aportan; una exigencia que obliga a visitar, con notable asiduidad el pasado más lejano, y a la vez, tan nuestro. No en vano, en sus *Apostillas a “El nombre de la rosa”*, sostiene:

“la respuesta posmoderna a lo moderno consiste en reconocer que, puesto que el pasado no puede destruirse –su destrucción

⁹ COING, H., *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, Sevilla, 1977, p. 33 y ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Clasicidad y utilidad del estudio del Derecho Romano”, *Boletín Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6 (1987), p. 53

¹¹ ECO, U., *Cómo se hace una Tesis; técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, Barcelona, 1998, p. 138.

conduce al silencio—, lo que hay que hacer es volver a visitarlo; con ironía, sin ingenuidad”¹².

Como buen docente, Umberto Eco recuerda que la lectura de un texto es siempre un trabajo de conjetura, de constante e inquebrantable investigación, en el que el lector-investigador se vale de un repertorio de referencias que el texto, ya sea legal o jurisprudencial, propone para su comprensión, así como de lecturas adicionales, siempre sugerentes y necesarias, sin las cuales, la impericia del lector deformará su contenido, hasta desvirtuarlo por completo, lo que determinará, en última instancia, su descontextualización. Cuando esto ocurre, como tantas veces me han explicado mis directores de Tesis, su lectura y posterior exposición carecerá del rigor académico que se pretende en toda Tesis de Doctoral.

Para evitar que una obra pierda su notoriedad y su naturaleza, Umberto Eco exige al lector un esfuerzo de comprensión. Busca que este no solo sea capaz de asimilar la su trama central, sino todas sus líneas adyacentes, de forma que seamos capaces de alcanzar una adecuada interrelación de la *intentio auctoris*, de la *intentio lectoris* y de la propia *intentio operis*¹³:

“Cuando la obra está terminada, se establece un diálogo entre el texto y sus lectores (del que está excluido el autor). Mientras la obra se está haciendo, el diálogo es doble. Está el diálogo entre ese texto y todos los otros textos escritos antes (sólo se hacen libros sobre otros libros y en torno a otros libros), y está el diálogo entre el autor y su lector modelo”¹⁴.

Es una hermenéutica a la que acudimos si queremos convertirnos en lo que denomina “Lector Modelo”, un lector nada ingenuo, ni lineal, sino cuidadoso, crítico; un lector capaz de rastrear los distintos fragmentos que la historia nos proporciona¹⁵.

¹² ECO, U., *Apostillas a “El nombre de la rosa”*, Barcelona, 1988, pp. 28-29.

¹³ ECO, U., *Los límites de la interpretación*, Barcelona, 1992, pp. 16-37.

¹⁴ ECO, U., *Apostillas*, ob. cit., p. 21: “Lo que yo quería era volverme totalmente medieval y vivir en el Medioevo como si fuese mi época (y viceversa)”.

¹⁵ ECO, U., *Lector in fabula. La cooperación interpretativa en el texto narrativo*, Barcelona, 1981. En su p. 70 señala que el texto literario es esa *machina pigra*; una máquina que contiene en sí los elementos que autorizan su lectura, pero como máquina perezosa, necesita de la activa cooperación del lector. En análogo sentido, Eco señalaba que hay libros más fáciles de reseñar, explicar y comentar en voz alta que de

Frente al denominado *Lector Ingenuo*, el *Lector Modelo* tiene el suficiente soporte cultural como para adentrarse en los lugares de incertidumbre que el relato genera, interrelacionándolos con otros textos y otras circunstancias que nos permitirá comprender un texto o una obra en toda su extensión¹⁶. En este sentido, en *El péndulo de Foucault*, Eco recoge la siguiente cita de Cornelius Agripa:

“Sólo para vosotros, hijos de la doctrina y de la sabiduría, hemos escrito esta obra. Escrutad el libro, concentraos en la intención que hemos diseminado y emplazado en diferentes lugares; lo que en un lugar hemos ocultado, en otro lo hemos manifestado, para que vuestra sabiduría pueda comprenderlo”¹⁷.

De lo expuesto, cabe sostener que, si leemos con la pausa que requiere todo texto, ya sea actual o del pasado, ya sea jurídico o social, comprenderemos que está envuelto por un nudo de laberintos entrecruzados, laberintos que se ramifican en otros textos, en otros códigos, en otros libros, libros que nos conducen a otros libros, para regresar y comprender el libro primigenio:

“Mi querido Adso –dijo el maestro–, durante todo el viaje he estado enseñándote a reconocer las huellas por las que el mundo nos habla como por medio de un gran libro”¹⁸.

En el fondo, lo que Eco nos advierte es que leer es dialogar. Dialogar con un autor, con una época, con un Ordenamiento jurídico que, una vez analizado y estudiado, ya forman parte de nuestra bitácora cultural, o, si se prefiere, de nuestro pensamiento jurídico. A este respecto, Gadamer dirá que todo pensamiento se recoge en ese “lenguaje mismo que nos habla, que propone y se retira, que pregunta y se cumple a sí mismo en la respuesta”¹⁹. De esta forma, pensar, como leer, se presenta como un permanente

leer por cuenta propia, porque sólo adoptando la posición de comentarista es posible seguir sus argumentaciones, captar sus inexorables implicaciones lógicas y abarcar los núdulos esenciales de la cuestión.

¹⁶ ECO, U., *Apostillas*, ob. cit., p. 21.

¹⁷ ECO, U., *El péndulo de Foucault*, Barcelona, 1989, p. 3.

¹⁸ ECO, U., *El nombre de la rosa*, Barcelona, 1983, p. 32.

¹⁹ GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, Salamanca, 1993, p. 584.

diálogo²⁰; un diálogo que nace de un pensar solitario, para desarrollarse a través de la pregunta y de su correspondiente respuesta²¹; una lógica que “no es sólo el placer del juego libre, es también el esfuerzo de la siembra y de la cosecha del espíritu, lo que la palabra y la esencia de la cultura representa para nosotros: la formación del hombre”²², de un hombre que sabe, con Hannah Arendt, que no existe el pensamiento peligroso, porque el mismo pensar es peligroso, y lo es porque “Todo examen crítico debe pasar por una fase de negación [...] de los ‘valores’ y opiniones vigentes”. Una fase que se inicia cuando el hombre se detiene y piensa²³.

A esta labor hermenéutica nos dirigimos. Somos conscientes de su dificultad. Somos, también, conscientes de nuestras limitaciones. Somos conscientes de que nuestra vida no transcurre en el ámbito académico, por lo que las horas que emplearemos nunca podrán ser suficientes. Somos conscientes de que seguramente nuestro trabajo no aportará la originalidad y la brillantez de otros. Pero somos conscientes que abordar el estudio de una institución del pasado no solo es gratificante en el ámbito personal, sino que supone reivindicar una cultura que ha conformado todo nuestro pensamiento jurídico. No sostenerlo sería desconocer una historia tan rica como, en no pocas ocasiones, desconocida. Una historia que nos enseña que la Recepción del Derecho Romano estuvo presente en toda la historia del Derecho europeo, pero muy especialmente en Cataluña, en donde no solo sus instituciones tuvieron, como en la mayoría de las Cuerpos jurídicos bajomedievales peninsulares, una amplia acogida, sino que se asumió, incluso, como fuente subsidiaria del Derecho desde los primeros textos legales. Con carácter ejemplificador:

²⁰ HADOT, P., *Elogio de Sócrates*, Madrid, 2008, p. 42: “Toda su filosofía es ejercicio espiritual, nueva manera de vivir, reflexión activa, conciencia viviente”.

²¹ No en vano, GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, ob. cit., p. 447ss. identifica la noción de “horizonte hermenéutico” con la del “horizonte de preguntar”. En p. 440: “la decisión de una pregunta es el camino hacia el saber”; p. 442: “sólo puede poseer algún saber el que tiene preguntas”.

²² GADAMER, H.-G., *El elogio de la teoría. Discursos y artículos*, Barcelona, 1993, Cap. “Cultura y palabra”, p. 16.

²³ ARENDT, H., *La vida del espíritu. El pensar, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*, Madrid, 1984, pp. 206-207.

Los Usatges. Usatge 81: *Iudica Curiae: ... et ubi non sufficerent usatici, revertantur ad leges goticas et ad principes arbitrium, ejusdem iudicium atque curia*²⁴.

Costumbres de Lérida. 111, 169: *Legibus quidem Romanis pluribus utimur, pluribus non, ut in cotidianis tractatibus causarum liquere potest*²⁵.

169 [bis]: *In his autem omnibus iste ordo servatur: quia consuetudines nostras scriptas et non scriptas, cotos et bannos, preferimus illis et primo utimur illis; post hec vera servamus cartas nostras et privilegia principum, postea Usaticos; consequenter leges Gotas; ultimo vera loco leges romanas.*

Las Costumbres de Tárrega. 24: *Ubi autem supradicte consuetudines (Tarege) non potuerint abundare, curia causas teminet secundum scriptos Usaticos Barchinone: et illis non sufficientibus, secundum Legem Gothicam; et illa non suficiente, secundum Romanas*²⁶.

Les Costums de Perpiñan. 1: *Capitulum de iudicio, qualiter debet fieri. Homines Perpiniani debent placitare et iudicare per consuetudines ville et per iura ubi consuetudines deficient, et non per Usaticos Barchinone neque per Legem Gothicam, quia non habet locum in villa Perpiniani*²⁷.

Les Costums de Tortosa, Proemio: *Es a saber: que en la ciudad y término de Tortosa, todas las caysas han de sustanciarse y resolverse según las Costumbres se este libro escritas; en defecto*

²⁴ *Los Usatges*. Ed. Rovira i Ermengol, J., Barcelona, 1.933. Usatge 81, *Iudica Curiae: ... et ubi non sufficerent usatici, revertantur ad leges goticas et ad principes arbitrium, ejusdem iudicium atque curia*.

²⁵ *Costumbres de Lérida*. Ed., Loscertales de Valdeavellano, P., Barcelona, 1.946.

²⁶ *Las Costumbres de Tárrega*. Ed., Font Rius, J.M^º. *AHDE* 23 (1953).

²⁷ *Les Costums de Perpiñan*. Ed. Valls Taberner, *RJC* 32 (1926).

*de ellas, por los Usatges de Barcelona en el mismo contenido; y a falta de aquellos y de estos, por el Derchot común*²⁸.

Les Costums de Miravent, Cap. 128: *Item ordenarem que en aquestes hon capítols no basten, sie recorregut a les Constitucions de Catalunya o en après al Usatge de Barcelona. E lla hon los capitols ne les Constitucions ne l'Usatge de Barcelona non bastarán, sie recorregut a Dret comú*²⁹.

Cortes de 1251, cap. 3: *Encara statuim ab consell del sobredits. que leys romanas o goticas, drets, e decretals en causas seculars no sien rebudas, admesas, judicadas, ne allegadas, ne algú legista gos en Cort secular advocar, sino en causa propia, axí que en la dita causa no sien allegades leys, o drets sobre dites, mas sien fetes en rota causa secular allegations. segons los usatges de Barcelana, segons les approvades costums de aquell loc, a hont la causa sera agitada, e en detalliment de aquells, sie procedit, segons seny natural, los jutges encara, en les causas seculars no admetan legista, advocats, axí comdessus es dit*³⁰.

Un criterio que fue admitido por la doctrina catalana sin reserva alguna. Así en **MONTJUICH**, en sus comentarios a Usatges, Gl. al **Usatge. 81**, *Iudicia Curiae*, sostiene:

*Revertetur ad leges scilicet goticas, quia de talibus hic usacticus ut dixi in prima glosa sed credo id esse abrogatum non enim utimur legibus gotticis nisi in paucis casibus, revertetur ergo ubi usatici non suficiunt ad principis arbitrium et eius iudicium quod erit sed leges romanas tamquam aequas et iustas*³¹.

²⁸ *Les Costums de Tortosa*. Ed., Foguet Marsal, R., Tortosa, 1912.

²⁹ *Les Costums de Miravet*, Ed. VALLS TABERNER, F, Tarragona, 2006.

³⁰ *Constitutions de Catalunya. Text juridics catalans. Lleis y costums*, Barcelona, 1988.

³¹ MONTJUICH, J. DE, *Antiquiores Barchinonensium leges quas vulgus Usaticos appellat, cum comentariis supremorum iurisconsultorum Iacobi a Monte Iudaico, Iacobi et Guielermi a Vallesicca [...]* Barchinonae per Karikyn Anirisyn ... impressis, 1515. Gl. al **Usatge. 81**, *Iudicia Curiae*, fo. 130, co. 1.

MARQUILLES, en su glosa al *Usatge* 81 recuerda:

*deficientibus usaticos, ad leges romanas recurritur de consuetudine*³².

Finalmente, **MIERES**, en su *Apparatus*, recordará:

*Et his deficientibus ad arbitrium recurritur; ut in usaticos Iudicia Curiae in fin. Quod arbitrium est secundum iura communia scilicet, canonica et civilia promiscue, pro ut sunt rationabilia et continent aequitatem et bonam rationem et ita intellige argumento ex eodem ordine scripturae, deficientibus legibus Cathalanis prius iudicandum est per ius commune scriptum et eo deficiente secundum aequitatem et bonam rationem in tantum quod in hac patria Princeps hic dicit, dret comu, equitat, y bona raho*³³.

En consonancia con este orden de prelación de fuentes, y con las variantes propias de cada Reino, podemos afirmar que la *communis opinio*, siguiendo la regla establecida en el Derecho canónico –*odia restringi*³⁴–, llegó a establecer, aún con matices, que el *ius proprium* debía aplicarse de forma que no perjudicase, que no lesionase al Derecho común, en cuanto que éste se convertía en el marco general dentro del cual se encuadraba la vigencia de los derechos propios, lo que significaba que aquél, por razón de su *imperium rationis*, se convirtió en el medio idóneo para suplir los silencios y las contradicciones que los diversos *iura propria* aportaban³⁵. Criterio que fue recogido por la

³² MARQUILLES, J. DE, *Comentaria Jacobi de Marquilles Super Usaticis Barchinone*. Barchinone, 1505, Gl. al *Usatge* 81. Cfr. EGEA I FERNÁNDEZ, J. i GAY I SCODA, J. M^a., “Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de la Nova Planta”. *RJC*, 1979, p. 515-520; VALLET DE GOYTISOLO, J., “El Derecho romano como buena razón en Cataluña”, *BFDC*, Coimbra, 1982, p. 496.

³³ MIERES, T., *Apparatus*, App. II, 161-163. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., “El Derecho romano como buena razón en Cataluña”. *BFDC*. Coimbra, 1982, p. 496.

³⁴ Cfr. STEIN, P., “The formation of the Glosse De Regulis iuris: and the glossators concept of regula”. *Convegno Internazionale di Studi Accursiani*. Milán, 1963; ARIAS BONET, J. A., “Las reglas del Derecho en la Séptima Partida”, *AHDE*, 48 (1978).

³⁵ IRNERIUS, *Summa Códices*. Ed. Fitting, H., Berlín, 1894. Rub. *De nomine libri et materia*, fa. 3: *Cum inter. ceteras partes iuris precipua seu excellentissima habeatur imperialis depositio, ideo de ea primum premitit. cumque ab ea exordium sumendum sit, rationabUiter de nomine ipsius voluminis dicendum est vocatur enim Codex seu Liber constitutionum, quod non solum huic convenit, set etiam*

mayoría de la literatura medieval. Así desde Azón –*non licet allegare nisi iustiniani leges*³⁶–, a comentaristas como Bártolo –*ubi cesat statutum habet locum ius civile*³⁷– o Baldo de Ubaldis, quien, en su comentario a las Decretales 1,2,1 manifestó que el *ius commune*, por su fuerza atractiva, informaba y vestía a los Estatutos, sin ser informados y vestidos por ellos³⁸.

Esta concepción la hallamos a lo largo de la historia de la práctica jurídica. Así, aunque en el siglo XVIII, autores como Mayans y Siscar afirmaran que “los intérpretes son los que más han confundido el Derecho”³⁹, o que Berní y Catalá⁴⁰ denunciara que los “Autores por lo comun tienen citas falsas, y apoyan sus doctrinas con Leyes Reales que no dicen palabra de su asunto, confundiendo hasta a los propios abogados⁴¹”, éstos, a la hora de alegar el Derecho aplicable, preferían correr el riesgo de incurrir en esa “confusión”, antes que incurrir en la impericia legal⁴²; de ahí que no dudaron en recurrir

omnibus libris commune esto propter maiorem tamen dignitatem ceterorum auctorum nomen sibi vindicat generale. nam codicis seu constitutionis appellatio ad omnes auctores extenditur, set cum sine adiectione codicem audis, imperialis liber intellegendus est, ut cum civitatem dicimus, Romanam intelligere debemus civitatem. De nomine satis dictum esto nunc de materia et intentione et causa finali dicendum esto In hoc enim opere duplex materia est: alia in promulgatione, alia in compositione. In promulgatione materia est aequitas –rudis seu iam constituta–, sive Ulud quod pro lege et iure habetur. aequitas quidem huic operi materiam prebet: ea ratione quid sit aequitas videndum esto aequitas enim est rerum convenientia, quae cuncta coequiparat (et in paribus causis paria iura desiderat) quae et iustitia est ita demum, si ex voluntate redacta sit: quicquid enim aequum, ita demum iustum, si est voluntarium. rudis aequitas est de qua nondum quicquam dictum erat, set per principes tantum ad sanctionem redacta est, ut in rebus divines. aequitas constituta est de qua iam tractatum erat, veluti a lege XII tabularum vel a populo vel a plebe vel a senatoribus vel a pretoribus. pro lege et iure servantur ut ultime voluntates deficientium seu legitime voluntates contrahentium.

³⁶ AZO, *Quaestiones*, 10, *Scolaris quidam*. Cfr. BELLOMO, M., *La Europa*, ob. cit., pp. 157-158.

³⁷ SAXOFERRATO, B. DE, *In I Partem in fortiati Bartoli a Saxofferrato comentaria cum anotationibus doctissimorum plerorum, qui eundem sunt commentari*. Basileae, 1588.

³⁸ UBALDIS, B. DE *Comentaria Super Decretalibus*, X. 1.2.1. nr. 15. Lugduni, 1585. Reed. Aalen, 1970, fa. 9 r., *Hoc est dicere, quod ius commune informat statuta et vestit, sed non informat nec vestitur ab eis, et hoc propter virtutem attractivam, quam habet ius commune ad municipale, non econtra*.

³⁹ “Los intérpretes son los que más han confundido el Derecho de España: inconveniente que también padeció el Derecho Romano...”. Cfr. VILLARROYA, J., *Colección de Cartas Eruditas Escritas por d. Gregorio Mayans y Siscar*, tomo I, Carta XI, n.6, p. 61).

⁴⁰ BERNÍ y CATALÁ, J., *Instituta civil y real*, lib. I, Tit. II, *Lex est*, n. 5, p. 7: “[...] Algunos piensan, que el grado de Jurisprudencia les dà facultad de interpretar Leyes segun sus caprichos; pero lean dicha L.3. y tengan presente el juramento de la aprobacion, y se hallará, como ninguna persona puede interpretar la Ley del Reyno, fuera de su natural, y genuino sentido, à excepcion de su Magestad, y Real Consejo”.

⁴¹ BERNÍ Y CATALÁ, J., *El Abogado instruido en la Practica Civil de España*, cap. IV, n. 3, p. 34: “[...] pues los Autores por lo comun tienen citas falsas, y apoyan sus doctrinas con Leyes Reales que no dicen palabra de su asunto (lo que se hara patente en el cap.6. de este libro, aunque sea verdadera especie, como el fundamento es falso, se confunde el Abogado, el Juez, y corre peligro la causa) luego no procede del bien Abogado que fiado solo en los Autores no lee bien las Leyes del Reino, viendo si las citas finalmente corresponden [...]”.

⁴² B.U.V, *Varios* 237, a.14, n. 7, p. 25: “[...] como los que han de votar este pleyto, se les puede ofrecer alguno de los reparos, que avrà cuidado de notar el Abogado mi competidor, para cumplir con la defensa de la parte del Marques, à fin de que no reste sin la cabal explicacion esta materia, acudirè à todo

al criterio de autoridad que les aportaba la *communis opinio doctorum*, bien admitida en el ámbito judicial⁴³, lo que nos hace ver la lógica de su uso por los letrados a la hora de argumentar en sus alegaciones⁴⁴.

quanto pueda dezirse, y con la verdad solida de la pura inteligencia con que deven entenderse, y aplicarse las doctrinas, aunque rompa el precepto de abreviada, que prometí”.

⁴³ DE LLAMAS y MOLINA, S., *Sobre las obligaciones de los abogados. Discurso que en la abertura del tribunal dixo el dia 2 de enero de 1798. D. Sancho de Llamas y Molina, Doctor en sagrados canones de la Universidad de Alcalá, colegial en el mayor de San Ildefonso del consejo de s.m. y regente de la real audiencia de Valencia*. Valencia, 1798 (consúltese, si se desea, en B.U.V, Varios 102, n.8): “Se hace pues indispensable que el abogado reconozca las leyes que gobiernan en el asunto, vea con cuidado los principales Autores practicos que las comentan, prefiriendo entre estos los que han escrito tratados, o materias; porque estas obras como no dirigidas a la defensa de ninguna causa en particular, no se presumen con el fin de hacer granjería, debiendose a creer que todo se ha movido darlas a la luz y el deseo de apurar la verdad empleando sus talentos en beneficio de la patria, para conseguir la gloria que se debe a este descubrimiento”.

⁴⁴ TORMO CAMALLONGA, C., “El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII”, ob. cit., pp. 285-296.

III

LA RECEPCIÓN DEL IUS COMMUNE EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

LA INSTITUCIÓN DE LA *CORT*

Les Costums de Tortosa 1,1,9: *Los ciudadanos y pobladores de la ciudad de Tortosa y del término celebran los juicios, en la ciudad y en el término, juntamente con el Veguer, en las causas civiles y criminales, en interlocutorias y definitivas sentencias, en los pleitos principales y en las apelaciones.*

Les Costums de Tortosa 7,4,1: *Lo que se juzga o resuelve entre algunos, no puede ni debe dañar ni aprovechar a aquellas personas que no han intervenido en el juicio.*

Les Costums de Tortosa 7,4,2: *Los jueces electos para la resolución de un negocio, no pueden conocer más que de aquellas cosas que principal o incidentalmente pertenezcan al pleito para que se les nombró.*

Como bien es sabido, en el sistema procesal de la Alta Edad Media predominaba la justicia privada –por tribunales arbitrales⁴⁵–, y la concepción de que el rey encarna, siguiendo la vieja doctrina patrística, la *imago deitatis*, esto es, la imagen de un vicario de Dios en la tierra, lo que se traduce que la justicia no puede ser otra cosa que un mero sucedáneo del Derecho divino, un Derecho que debía ser aplicado por los monarcas. A este respecto, KERN sostiene:

“Dios es soberano, y el Derecho que liga al monarca y a la comunidad es igualmente soberano en cuanto no contradiga a Dios; el monarca por un lado, la comunidad por otro, están de tal forma insertos en el sistema jurídico teocrático que ambos se encuentran sometidos a Dios y al Derecho”⁴⁶.

⁴⁵ PUYOL, J., *Orígenes del reino de León y de sus instituciones políticas*. Tomo XII. Memorias de la RACMP. Madrid, 1926, p. 303: “llama la atención que la mayoría de los pleitos estén fallados por tribunales arbitrales, hasta el punto de que algunas veces llegase a sospechar que la administración de justicia por los jueces del Rey quedaba reducida al orden penal, y que en los asuntos civiles entendían de ordinario los jueces designados por las partes”; ORLANDIS, J., “La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media”. *AHDE*, 15 (1944), pp. 107-161; GIBERT, R., “La paz del camino en el derecho medieval español”. *AHDE*, 27-28 (1957-1958), pp. 831-852.

⁴⁶ KERN, F., *Derechos del Rey, derechos del pueblo*. Madrid, 1955, pp. 43-44. Asimismo en OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística. El proceso en el Derecho foral valenciano*,

Frente a esta concepción punitiva del Derecho, la recepción del proceso romano-canónico conjuntamente con la *potestas iudicandi* del Rey⁴⁷ –hasta el punto de que algunos juristas sostuvieron que el monarca tenía la potestad de alterar la substancia del proceso⁴⁸– trajo consigo una orientación pública de la administración de la justicia, lo que se tradujo, en palabras de Mayer, que esta quedara “en manos de jueces letrados”, quienes pasarían a gozar de la jurisdicción procesal en exclusividad, sin que ningún particular pudiera entrometerse⁴⁹, con la firme idea de alcanzar una verdad única objetiva⁵⁰, con la que poder restablecer el orden alterado, esto es, en el orden moral-legal, dar a cada uno lo que le corresponde según la *aequitas christiana*, a la que se llega a través del *ordo iudiciarius*. Esta nueva concepción, heredera del Derecho romano, trata de averiguar la verdad procesal, demostrando un hecho o un derecho; una verdad que ya no se hace patente con el recurso a medios sobrenaturales (ordalías) o puramente formales, tal como dominaba en el proceso germánico, sino con un sistema probatorio que se sustentaba en el binomio prueba plena-condena, el único capaz de llegar a convencer al juez⁵¹.

Si observamos, podemos comprobar cómo Graciano no atribuyó al proceso un valor absoluto, sino que lo concibe como un instrumento cognoscitivo al servicio de la

2002, pp. 19 y ss., a quien agradecemos la gentileza de habernos permitido tomar buena parte de su aparato bibliográfico. La honestidad académica obliga a reconocerlo y a expresarlo.

⁴⁷ Vid. GARCÍA PELAYO, M., *El reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, 1959, pp. 152 ss; MARAVALL, A., “El pensamiento político de la Alta Edad Media”. *Estudios de Historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1967, pp. 33-66.

⁴⁸ BALDUS DE UBALDIS, *In Codicis praelectiones*, Lugduni 1561ad C. 7, 45, 4, n. 7: *Et nota quod princeps ea quae non sunt ordinis potest facere quod sint ordinis substantialis, quia, quicquid principi placet quod sit, est ordo substantialis. Id ipsum est quia princeps nunquam aponit ordinem nisi cum magno ministerio et ratione [...] unde in ordine dato a principe non distinguimus utrum sit ordo unius causae ad seipsam vel ad aliam, quia semper quod sit contra ordinem datum a principe, est ipso iure nullum, quod tene menti.*

⁴⁹ MAYER, E. *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*. II. Madrid, 1929, p. 169. Asimismo, FONT RIUS, J. M^o. “La recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media”. *Recueil de memoires et travaux publié par la Société d’Histoire du Droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*. Fascículo VI. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Montpellier. 1967, p. 102.

⁵⁰ LACHANCE, L., *Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas*, Montreal-Paris, 1933, p. 306. “Aristote et s. Thomas conçurent leur système juridique en fonction d’un but réel, objectif, antérieur au sujet qui s’y adapte et indépendant de lui. Selon eux, le droit n’est pas commandé seulement par les exigences du sujet, mais surtout par celles de l’objet, le bien commun. Le sujet étant pour l’objet, (car tout être est ordonné à sa fin), il est nécessaire que l’ordre s’établisse, principalement et avant tout, en comparaison de l’objet.

⁵¹ CALAMANDREI, P., *La cassazione civile*, Roma 1920, vol. 1, pp. 97-98: “I giudici germanici [...] non procedevano ad indagare ulteriormente se i fatti stessi erano storicamente avvenuti, [...] le parti, dunque, non sottoponevano mai ai giudici delle affermazioni di fatto, ma solo delle pretese di diritto, offrendosi di provarne con dei mezzi probatori puramente formali”.

justicia procesal, que no es otra cosa que la lucha por encontrar la verdad y restablecer la armonía dentro de la comunidad. Se llega así a la idea de que la substancia del proceso no se identifica con ninguna norma procesal concreta ni ninguna parte del proceso, sino los principios que lo guían: la búsqueda de la verdad objetiva y de la Justicia. Al de estos dos principios se sitúa la necesidad imperiosa de un juez, de las partes y de una sentencia. Una concepción que fue recogida en numerosos ordenamientos jurídicos. Con carácter ejemplificador en **Partidas** podemos leer:

Partidas 3,4,1: *Jueces, que quier decir como omes buenos que son puesto para manda e fazer derecho.*

Asimismo, en **Partidas** se establece que a estos Jueces les exige:

Partidas 3,2,3: *que hayan sabiduria para judgar los pleytos derechamente por su saber o por uso de luengo tiempo.*

En el ámbito eclesiástico, Graciano tuvo presente que la finalidad del proceso no podía ser otra que la de hacer justicia, de esta forma, quiso asentar el *ordo iudiciarius* con el fin de evitar que se pudiera retroceder al sistema de venganza individual, para lo cual Graciano trató de delimitar con precisión la existencia de dos elementos esenciales: el *iudex* y los *alii*, lo que descarta la vía extrajudicial. De esta forma, con la presencia del juez, o lo que es lo mismo, con la distinción entre juez y acusador se garantiza la existencia de un juez imparcial:

C. 2 q. 1 c. 17 d.p: *III Pars. Gratianus. Sed sciendum est, quod eorum, que manifesta sunt, alia sunt nota iudici, et incognita aliis; alia sunt occulta iudici et manifesta aliis; quedam vero sunt nota iudici, et aliis. Que iudici tantum nota sunt, sine examinatione feriri non possunt, quia, dum accusatoris persona assumitur, iudiciaria potestas amittitur. In una enim eademque causa nullus simul potest esse accusator et iudex.*

En el ámbito estrictamente civil, posiblemente el ejemplo más característico de esta nueva concepción de la administración de justicia sea, o así lo entendemos nosotros, la institución de la *Cort*, una figura que, a buen seguro, ayuda al estudioso de la Historia del Derecho a comprender en toda su extensión lo que supuso, en la praxis del foro, la recepción del *ius commune*.

¿Qué se entiende por la *Cort* o el Justicia? La institución no es otra cosa que la vigencia de un juez legítimo y ordinario⁵², elegido por el rey⁵³ para que, en persona, asista, escuche y pronuncie, como titular de la *summa iurisdictio*⁵⁴, la sentencia en todas las causas –civiles y criminales– en la que esté presente⁵⁵, si bien con el consejo de los prohombres de la ciudad⁵⁶. Este carácter unipersonal de la institución –*Curia sive iudex*–, que venía a recaer en un único vecino y habitante de la ciudad, fue recogido expresamente en numerosos Ordenamientos bajomedievales. Así en:

Fuero Real 1,7,2: *ningun home no sea osado de juzgar pleitos si no fuere alcalde puesto por el rey.*

Partidas 2,1,2: *ha poder de fazer justicia [...] e otro ninguno non lo puede fazer si non aquellos a quien lo el mandasse o a quien fuesse otorgado por privilegio.*

Fori Antique Valentiae 129,6: *Unus solus vicinus, et habitador corporis civitatis Valentie, sit curia civitatis Valentie et totius termini eiusdem, et ille solus audiat, et terminet causas civiles,*

⁵² TENCREDUS, *Ordo iudicarius*, I, Tit. *De iudicibus ordinariis*, § 2: *Quis possit esse iudex. Et dicendum est, quod omnis, qui non prohibetur. Prohibetur mulier, [...] item servus [...] item furiosus vel indiscretus [...] item infamis [...] item minor viginti quinque annis [...] item prohibetur excommunicates esse iudex [...] item prohibetur omnes, qui sunt consanguinei actoris, vel animici rei, vel aliqua iusta causa suspecti.*

⁵³ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, I,4,1,7: *Electio Justitiae, dum unus tantum erat antiquitus, pertinebat ad Principem.*

⁵⁴ TENCREDUS, BONONIENSIS, *Ordo iudicarius*. Ed. Bergmann, F. CH. Aalen, 1965, *Ordo iudicarius*, Tit. I, *De iudicibus ordinariis*, § 1: *Ordinarius iudex est, [...] accipit iurisdictionem.*

⁵⁵ MARAVALL, J. A., “La corriente democrática medieval en España y la fórmula *Quod Omnes tangit*”. *Estudios de historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1973, pp. 173-190.

⁵⁶ En este sentido, MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, I,4,1,3: *Jurisdictio ordinaria in Urbe, ab ipsius expugnatione ministrabatur per unum Civem ejusdem, quem vulgus dicebat, un sol vehi nuncque Justitia appellatur; a Regne vero nominabatur la Cort, id est, Curia [...] qui cognoscebat in prima instantia de omnibus causis, tam civilibus, quam criminalibus.*

consilio proborum hominum, et omnes cause criminales et civiles sub ipsius curie examine vel eius subdelegati, et non sub alterius examine sive cognitione agitentur, audiantur et diffiniantur, et quemlibet vicinium civitatis sufficientem tamen et idoneum ad administrationem et officium curie tendendum, omni excusatione ab ipso proposita penitus remota, compellere possumus et debemus.

A través de esta institución se da inicio a una nueva organización judicial de carácter dual: por una parte, la función legislativa corresponde, en esencia, al rey, y la jurisdiccional, al juez, de forma que se rompe con la concepción vigente en el período alto-medieval, donde correspondía al Tribunal regio. Con carácter ejemplificador, véase:

Espéculo, proemio: *Fecimos estas leyes que son escritas en este libro (que es espeio de derecho, porque se iudguen todos los de nuestros regnos e de nuestros sennorios [...] e mas a los iudgadores por do sepan dar los juicios derechamiente e guardar a cada una de las partes que ante ellos vinieren en su derecho.*

A partir de este instante, los jueces no sólo tienen como finalidad conocer de la causa, instruir la y dar sentencia, sino que, como *administratores rei publicae*, les incumbe agilizar el cumplimiento de la justicia, ¿cómo? dispensando fianzas, el embargo de bienes o exigiendo el estricto cumplimiento de las sentencias⁵⁷, la aplicación taxativa del Derecho foral, o, en su defecto, del derecho subsidiario o el *ius commune: licet deficiente foro recurrendum sit ad jus commune*⁵⁸. De esta forma, en el *ordo iudiciarius*, las controversias jurídicas se deben resolver ante quien tiene potestad y siguiendo un determinado itinerario judicial, de forma que el iudex no podrá condenar a nadie hasta que no se haya demostrado su culpabilidad o se haya obtenido una confesión espontánea.

⁵⁷ PÉREZ PRENDES, J. M^a., “Facer Justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval”. *Moneda y Crédito*, 129 (1974), pp. 17-90; RODAL VERDEJO, R., *Los jueces de la monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla siglos XIV-XVIII*. Madrid, 1989, pp. 17-20.

⁵⁸ MARZAL RODRÍGUEZ, P., “El *ius commune* como Derecho supletorio en Valencia”. *Glossae*, 5-6 (1994), pp. 399-415.

A juicio de CARLÉ, esta nueva concepción de la justicia determinará que el Ordenamiento foral ya no conciba a la figura del Justicia como una persona lega en Derecho⁵⁹, sin mayor mérito que su honestidad y bonhomía personal⁶⁰, sino como a un verdadero representante del interés público, ayudado en todo momento por un consejo de prohombres –*savis en dret*– o de asesores: “*Curia ordinaria, Deficiente Foro, de consilio proborum hominum tenetur iudicare*”⁶¹, lo que le permitirá decidir las causas, no según su arbitrio, sino *secundum foros dicte civitatis iudicet omnes causas civiles et criminales*⁶².

Entre sus funciones estaba, como señala Tancredus Bonaniensis⁶³: inquirir y discutir diligentemente, fijar las partes del litigio, las posibles dilaciones, incidencias, así como dar por concluido el litigio mediante una sentencia interlocutoria o definitiva.

A este respecto, la rúbrica tercera del libro I, *De la ausança de la cort de Tortosa* es clara en torno a este aspecto:

Les Costums de Tortosa 1,3,1: *El Veguer o su delegado jura que en su administración de la veguería, tendrá y guardará razón y justicia a todos, cristianos, judíos y sarracenos, y a cada una de las personas, cualquiera que sea su país, que tengan pleito en Tortosa o en su término. Debe jurar también [...] que no administrará justicia dejándose dominar por el odio, favor, amor, temor parentesco, vecindad, ni por lograr don, servicio o promesa, de alguno o algunos, en nombre de aquellos que por*

⁵⁹ En este sentido, GARCÍA-GALLO, A., “Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español”. *La Justicia municipal en sus aspectos técnico y científico*. Madrid, 1946, pp. 53-71
LALINDE ABADÍA, J., “El “Curia”, ob. cit., p. 271; CARLÉ, M. C., *El concejo medieval castellano-leonés*. Buenos Aires, 1968, pp. 109-131; GARCÍA MARÍN, J. M., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*. Sevilla, 1974, pp. 199-121.

⁶⁰ CARLÉ, M. C., “Boni homines” y hombres buenos”. *CHE*, 29-40 (1964), pp. 133-168.

⁶¹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, I,1,11.

⁶² CANCER, I., *Variarum resolutionum*, 1,18,24-29: *Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.*

⁶³ BONONIENSIS BONONIENSIS, *Ordo iudiciarius*. Ed. BERGMANN, F. CH. Aalen, 1965, Tit. I *De iudicibus ordinariis* § 3: *Debet enim omnia, quae ad causam pertinent, diligenter inquirere et ordinem rerum plena inquisitione discutere [...] tutum locum ad litigandum partibus assignare [...] dilaciones [...] moderari [...] item incidentes quaestiones per interlocutoriam sententiam terminare [...] item per diffinitivam sententiam negotium diffinire.*

ante él tengan pleito: que no elegirá jueces por voluntad: que guardará acerca de los pleitos un riguroso secreto; que lo que haga, lo hará de buena fe sin toda maquinación y engaño, y que observará las Costumbres de Tortosa [...].

De la exégesis del texto, se puede observar la necesidad de que el juez tenga que guardar “razón y justicia a todos, por lo que no podrá impartir justicia en virtud de su voluntad, valiéndose del engaño o la maquinación, sino teniendo siempre presente la buena fe y las disposiciones fijadas en **Les Costums de Tortosa**. Un criterio que hallamos en buena parte de los tratados de práctica procesal. Así, Gratia Aretinus, en su *Summa de iudiciario ordine* recuerda que los Jueces deben tener siempre presente a Dios ante sus ojos, sin excepción alguna, por lo que solo será juez si ama la justicia, porque ella aporta el equilibrio que lleva en sus manos, de ahí que no pueda juzgar en virtud de su arbitrio o de su voluntad, sino en ateniéndose a las leyes y cánones, lo que obligará a no precipitarse a la hora de dictar un consejo o una sentencia, lo que debe hacerse con discreción, que es la madre de todas las virtudes⁶⁴:

GRATIA: *Debet itaque iudices semper haber Deum prae oculis, sine personarum exceptione, omni gratia, odio, amore, etc. et via regia incedentes, et quoniam eadem mensura, qua Messi fueritis etc. [...] diligere iustitiam et in se retinere, quia non est iudex, nisi in eo sit iustitia [...] stateram quoque iustitiae in minibus portare debent [...] nec debent sequi proprium arbitrium nec voluntatem, sed secundum leges et canones iudicare [...] nec debent suum praecipitare consilium vel sententiam [...] sed haec cum discretion agi debent, quae est mater omnium virtutum⁶⁵.*

Por este conjunto de razones, la figura del juez cobra especial relevancia en el proceso, lo que determina que su acceso quede restringido y tasado. En particular, **Les Costums de Tortosa** permiten su acceso a quienes no están incapacitados para el cargo, incluyendo, entre las causas de incapacitación las siguientes:

⁶⁴ CANCER, I., *Variarum resolutionum*, I,18,24-29.

⁶⁵ GRATIA ARETINI, *Suma de iudiciario ordine*. Ed. Bergmann, F.C.H., Aalen, 1965, T. 1 *De iudicibus* § 2.

Les Costums de Tortosa 3,1,8: *Pueden ser jueces todos aquellos que no están incapacitados de serlo por ley.*

Les Costums de Tortosa 3,1,9: *Incapaces son el mundo, el completamente sordo, el loco, el furioso, el menor de 25 años, el infame en virtud de sentencia que contra él se haya pronunciado por delito o crimen que haya cometido, el siervo, la mujer, el padre en el pleito de su hijo y el hijo en el de su padre, y todos en cosa propia o en negocio del que se espere provecho o daño, y aquellos que por justa causa se puedan recusar; y nada vale todo lo que por ellos se actúe y resuelva.*

No habiendo causa invalidante, será el Veguer quien elija los jueces para cualquier pleito, ya fuese civil o criminal:

Les Costums de Tortosa 7,2,2: [...] *Y verdaderamente que el Veguer elige los jueces de cualquiera pleito o pleitos.*

Para prevenir el lógico desarrollo del litigio, y ateniéndose a las reglas del Derecho, **Les Costums de Tortosa** no dudan en afirmar que su recusación podía realizarse por cualquier justa causa antes de que se iniciara el litigio. Si este se inicia, y realiza alguna providencia, salvo que se haya descubierto con posterioridad una nueva causa de recusación, no cabe su revocación; una vez iniciado, si hubiera sido aceptado por las partes, este ya no podía ser recusado, a menos que concurrieran, sobrevenidas, causa de enemistad, u otras, por las que pueda ser legalmente recusado:

Les Costums de Tortosa 3,1,22: *Calro y dicho se está que al comenzar el litigio, antes, empero, que proceda en él puede recusarse a un juez, por cualquier causa por la que sea sospechoso; pero, por el dictada una providencia que consientan las partes, no puede ni debe recusarle, si no llega con posterioridad a su noticia alguna nueva causa de recusación.*

Les Costums de Tortosa 3,1,24: *Despues que el juez, árbitro o asesor haya sido aceptado por las partes no pueden estas recusarle ya; no sobreviniendo, después, enemistad u otras causas, porque pueda ser legalmente recusado.*

No concurriendo estas circunstancias, los dos jueces seleccionados por el Veguer de la ciudad⁶⁶, está obligado a asistir a juicio y proceder como tal hasta el final del litigio. Así, por malicia o por cualquier otra no desea asistir al juicio, por sentencia el Veguer le debía compeler a cumplir con su deber, llegándoles a tomar prendas por el importe de la demanda, para forzarles a acudir a la Curia. Si su ausencia se debía a causas justificativas: ausencia o enfermedad –“por propios o por ajenos hechos, y los sabe la Curia, o se ve enfermo de larga enfermedad”–, en este supuesto el Veguer se veía obligado nombrar a un nuevo juez, lo que supone un ejemplo más de la importancia de su cargo, hasta el punto que se llega a reconocer que nadie podía solicitar a un juez de conveniencia o amistad, lo que visualiza la oficialidad y el rigor que había alcanzado la función judicial, tal y como venimos señalando, de forma que la subjetividad y la arbitrariedad daban paso a la objetividad y a la funcionalidad del cargo, una funcionalidad que, al estar plenamente reglada, determinaba que su obligación no podía ser otra que la determinar y definir el juicio, tal y como leemos en la Costum 34:

Les Costums de Tortosa 3,1,33: *Para cada pleito debe elegir el Veguer dos ciudadanos y no menos; y comenzado que esté, si con malicia o por otra causa alguno de los jueces no quisiese asistir o providenciar en él, por sentencia débele forzar y compeler el Veguer, tomándoles, a los que se negasen, prendas que importen lo que valga la demanda. Pero no obrando con malicia, el juez, si les es imposible asistir al juicio por propios o por ajenos hechos, y los sabe la Curia, o se ve enfermo de larga enfermedad, en viaje o peregrinación lejana, puede y debe el Veguer por sentencia*

⁶⁶ Les Costums de Tortosa 7,4,6: *Si para el pleito se eligen dos jueces, y muere el uno de ellos antes que se acabe, o se muda a otra tierra para en ella vivir, o está en punto que no se le pueda haber, esto es, en viaje lejano, o enfermo de larga enfermedad; el Veguer a instancia de la parte o partes puede elegir judicialmente otro. No obstante, en Les Costums de Tortosa.7,4,7: Con los árbitros se sigue de otra manera, porque si muere uno, muere su jurisdicción y fine o acaba el arbitraje.*

elegir a otro juez que, con el primero que nombró, determine y defina el juicio.

Les Costums de Tortosa 3,1,34: *Nadie puede ni debe tener por juez a quien él pidiere por tal, ni a quien haya prestado o prometido servicio, o que algo pueda serle favorable o afecto.*

De esta forma, al juez se le otorgaba plenos poderes –latos– para que procediera con diligencia a la búsqueda de la verdad procesal, estableciendo el orden procesal oportuno, las actuaciones de las partes, la resolución de las excepciones procesales y la resolución del litigio por sentencia:

Les Costums de Tortosa 3,1,25: *Es lato el oficio de Juez: de forma, que diligentemente debe buscar y reunir todas aquellas cosas que al pleito pertenezcan, establecer el orden que debe seguirse, señalara a las partes lugar o sitio conveniente y seguro, resolver las excepciones dilatorias y perentorias por interlocutorias, y todo el negocio por definitiva sentencia determinar y definir.*

En análogo sentido, en la Costum 35 se exige que el juez actúe con diligencia para inquirir la naturaleza de los hechos procesales, lo que le lleva a preguntar a las partes sobre los hechos, dudas y sugerencias que quieran plantearle, o que él pudiera tener, con la única finalidad de poner “en claro la verdad” y poder, así, “pronunciar sentencia cierta en el litigio”:

Les Costums de Tortosa 3,1,35: *Conviene que diligentemente inquieran los jueces la naturaleza del hecho, y que pregunten con frecuencia a las partes si quieren decir algo acerca de los puntos objeto de litigio; y si se les ofrece alguna duda pueden, para mejor proveer, llamarlas por si para que se ponga en claro la verdad y se pueda pronunciar sentencia cierta en el litigio.*

Por lo expuesto, cabe concluir sosteniendo que frente a la recepción del *ius commune*, la vida judicial, en palabras de Font Rius, “se abrió más ampliamente a esta aplicación, dada la progresiva sustitución de los jueces legos por los jueces profesiones y la intervención de abogados en las diferentes clases de tribunales”⁶⁷, lo que facilitó, a pesar de los intentos reiterados por impedir su uso, la amplia recepción de los principios marcados por el proceso romano-canónico en el ámbito procesal tanto en *Les Costums de Tortosa* como en el conjunto de Ordenamientos peninsulares.

⁶⁷ FONT RIUS, J. M^a., “La recepción del Derecho Romano”, ob. cit., p. 102.

IV

EL PROCESO CIVIL

I

LA DEMANDA

I. LA DEMANDA

Les Costums de Tortosa 1,7,1: Aquel que primeramente reclame ante la Curia, primeramente debe llevar su libelo, si, antes o después de comenzado el litigio, siempre, empero antes de que proceda el juez, no se interpusiese reconvencción ante él.

1. Naturaleza civil de la demanda. El *Clam*

Como señalan autores como Roca Traver⁶⁸, y, en particular, Obarrio Moreno, si bien se ha afirmado que en el proceso del bajomedievo peninsular no se puede hablar de una delimitación precisa entre el proceso civil y el penal, la doctrina y la práctica procesal han puesto de relieve tanto la existencia de ambos procedimientos, como de un tercero: el proceso canónico⁶⁹, un proceso en el que el *ordo iudiciarius* adquiere un sentido técnico y una importancia fundamental, lo que determinará que la literatura jurídica, ya sea civil⁷⁰, canónica⁷¹ o procesal⁷², fije cuáles son las partes intrínsecas del proceso, que, según Vantius, no eran otras que la *oblatio libelli*, la *citatio*, la *litis contestatio*, el *iuramentum calumniae*, la *causae cognitio* y la *conclusio in causa*⁷³.

DURANDUS: *Et nota quod non omnia praecedentia sunt iudicii substantialia: sed quaedam ex his, videlicet citatio [...] Item libelli*

⁶⁸ ROCA TRAVER, F^a. A., *El justicia de Valencia*, ob. cit., p. 183.

⁶⁹ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., p. 27 y ss, a quien seguimos en este punto.

⁷⁰ ACCURSIUS, *Glossa*, ad C. 7, 45, 4: *Offeratur libellus, lis contestetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur et publicentur, sententia scribantur, et a iudice proferatur.*

⁷¹ HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, II, *De sententia*, 5, § *is est ordo*: *Ordo iudiciarius substantialis est, sicut puto, quod partes citentur, libellus offeratur, lis contestetur, et de calumnia iuretur, et quod sententia absolutoria, vel condemnatoria, certa nisi in casibus, congruo loco et tempore, a competenti iudice, sedendo, in scriptis, gratis, rite, id est non expressim contra iura pronuncietur, ut patet in his quae notantur supra eo § quis et § qualis, et quando contra hunc ordinem pronuncietur, nulla est sententia.*

⁷² FUSCARIIS, A. DE, *Ordo iudiciarius*, tit. 75 [Wahrmund, 3, 1: *Circa praemissa potest quaeri, qualiter et quibus argumentis possit ostendi et argui, sententiam nullam esse? Respondeo et dico, quod bonus advocatus ostendet his modis vel viis, ut videat primo, si quid de substantia vel tramites illi, quorum quilibet repraesentat sententiam nullam, sunt septem. Primus est, ut detur libellus, licet quidam dicant et male, prout mihi videtur, quod libellus non est de substantia ordinis iudiciarii. Secundus est litis contestatio. Tertius est, ut de calumnia iuretur vel de veritate dicenda secundum canonistas in spiritualibus. Quartus, ut depositiones testium conscribantur. Quintus, ut publicentur. Sextus, ut sententia in scriptis feratur. Septimus, ut sententia feratur a iudice pro tribunali sedente.*

⁷³ VANTIUS SEBASTIANUS, *Tractatus de nullitatibus procesuum ac sententiarum*, Coloniae Agrippinae 1575, tit. 13, n. 18-59.

oblatio [...]. n. 2. Item litis contestatio [...]. Nam cum ipsa sit iudicii fundamentum et initium [...] Item iuramento de calumnia vel de veritate [...]. Et sententia [...]. Quod si aliquid ex his ommittatur vel praeposteretur, non tenet sententia ipso iure [...] de hoc dic ut infra de sent. § iuxta [II, 3], et in Summa domini mei [Hostiensis] de sententia, § qualiter, sub § is est ordo. Caetera autem praemissa, non sunt ita substantialia.” § et nota, n. 1⁷⁴.

Esta es una concepción que se halla presente tanto en los tratados de práctica procesal como en buena parte de la doctrina bajomedieval y moderna, quien reconoce que éste último se podía dividir en un juicio de voluntaria o de contenciosa jurisdicción⁷⁵. A este respecto, autores como Maranta señalan:

MARANTA: *Decimo octava distinctio iudiciorum est quia aliud necessarium, seu contentiosum et aliud voluntarium. Iudicium contentiosum seu necessarium dicitur illud, quod habet contradictorem et redditur in invitum [...] et ideo dicitur contentiosum quia actor contendit contra reum, e contra. Necessarium autem dicitur: quia reus tractus in iudicium, tenetur de necessitate ibi respondere, et iudicium redditur in invitum [...] Iudicium voluntarium, et illud, quod expeditur a voluntate, et non habet aliquam necessitatem, prout est adoptio, emancipatio, manumissio et aliis similes actus, isti enim expediuntur coram iudicibus et dicuntur voluntariae iurisdictionis quia non fiunt contra invitos, sed tantum a volentibus et possunt fieri ubique et omni die, nec enim requeritur quod iudex sedeat pro tribunal.*

A juicio de la doctrina, el proceso ordinario se distinguía fundamentalmente por la concurrencia de tres criterios esenciales, a saber:

[1] Presencia de la figura del juez, del actor y del reo.

⁷⁴ DURANDUS GUGLIELMUS, *Speculum iudiciale*, Venetiis 1566, II, *prooemium*.

⁷⁵ MARANTA, R., *Aurea praxis [...] vulgo speculum aureum et lumen advocatorum: cum additionibus clarissimi*, Lugduni, 1585, *Pars IV, distinctio 18,1-2*.

[2] Incoación por escrito y a instancia de parte.

[3] Observancia estricta del *ordo iudiciorum*, lo que no impidió que en algunas fases o *tiempos* del proceso penal confluyeran principios y formalismos propios de aquél⁷⁶:

BARTOLO DE SAXOFERRATO: *Sententia lata contra ordinem iudiciorum est nulla [...] secus in ordine qui non est de substantia*⁷⁷.

⁷⁶ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9, *per totum*; JUAN Y COLOM, J., *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial*. Madrid, 1769. Reed. Lex Nova, 1993, p. 1: “Ordinario es, el que sigue por medio de acción de parte, guardándose la solemnidad, y orden del Derecho”.

⁷⁷ Bartolo de Saxoferrato, *In secundam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1580, *lex Prolatam*, tit. *De sententiis et interlocutionibus*, n. 1-4. Asimismo, Bartolo de Saxoferrato, *In secundam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1585, reed. Bolonia, 1979 n. 12, l. *Prolatam*, tit. *De sententiis et interlocutionibus*, n. 5: *dicitur de substantia illius rei quo cessante res esse non potest [...] si removemus examinationem testium vel publicationem, sententia est et esse potest*.

2. Diligencias previas: El acto de conciliación

Cabe observar cómo en la mayoría de los Ordenamiento bajomedievales, siguiendo una práctica que aparece claramente recogida ya en *Las XII Tablas* (1,7), y posteriormente en las fuentes jurídicas alto-medievales⁷⁸, permiten a las partes la posibilidad de eludir el pleito mediante un acto de conciliación o de mera transacción.

Con carácter general, en **Les Costums de Tortosa** se señala que cualquier convenio o pacto tenga fuerza legal, siendo la última disposición pactada la que prevalezca jurídicamente:

Les Costums de Tortosa 2,4,1 y 3: *Convenios hechos contra derecho y buenas costumbres son nulos.*

El derecho y la igualdad exigen que en todos los negocios o contiendas valga lo últimamente convenido.

Les Costums de Tortosa 1,12,1: *Antes de finir el litigio por sentencia, juramento o transacción [...].*

Partiendo de este principio general, en el ámbito estrictamente procesal se reconoce que los pactos tienen la misma fuerza y autoridad que las cosas juzgadas o determinadas por sentencia⁷⁹, por lo que la *Cort*, al no poder ser retractados ni anulados, deberá ordenar su inmediata ejecución, salvo que mediera falsedad o engaño (C.T. 2,5,4)⁸⁰:

Les Costums de Tortosa 2,5,3: *La fuerza misma tiene una transacción, que la cosa juzgada y finida.*

Su carácter vinculante se exceptúa únicamente en cuatro supuestos:

⁷⁸ IGLESIA FERREIRÓS, A., “La creación del Derecho en Cataluña”, *AHDE*, 43 (1973), p. 257

⁷⁹ Véase su correlación con C. 2,4,20 y *Furs* 2,4,5.

⁸⁰ Véase su correlación con C. 2,4,20 y *Furs* 2,4,6.

[1] Cuando la transacción se hubiera llevado a cabo por el representante legal del demandante sin el consentimiento de éste, lo que no impedirá la posterior reclamación del demandante⁸¹:

Les Costums de Tortosa 2,5,1: *No puede el procurador hacer transacciones, si no tiene la libre administración, o está especialmente autorizado para ello en los poderes, o viene establecido como cosa propia. Y si tiene alguna de estas tres cosas puede hacer transacciones [...].*

[2] Cuando la causa verse sobre una herencia sobre la que no se ha abierto, leído y entendido todas sus palabras y cláusulas⁸²:

Les Costums de Tortosa 2,5,5: *No puede hacerse transacción de cosa o pleito que penda testamento, antes que el testamento sea visto, leído, y entendidas las palabras de él; y si se hicier nada vale.*

[3] Sobre alimentos futuros sin la oportuna autorización judicial:

Les Costums de Tortosa 2,5,6: *No puede hacerse transacción sobre alimentos sin autorización de los jueces; es decir, de alimentos futuros, que de los pasados bien se puede hacer.*

[4] Cuando hubiese realizado por el padre en nombre de sus hijos, no estando éstos bajo su patria potestad⁸³.

Les Costums de Tortosa 2,5,7: *El padre, acerca de los bienes del hijo que no está bajo su patria potestad no puede hacerse transacción alguna, y si la hiciere, nada vale, no teniendo mandato para ello.*

⁸¹ C. 2,4,7.

⁸² Véase su correlación con *Furs* 2,4,7.

⁸³ C. 2,15,10.

3. El libelo

Les Costums de Tortosa 1,4,11: *Todos los pleitos que en la Curia se lleven y pleiteen deben pleitearse y llevarse con actos y escritos [...].*

Les Costums de Tortosa 1,4,12: *Los escritos del libro de la curia en él puestos de mano del escribano jurado de la misma, son creidos en todos los hechos o negocios así como carta o escritura pública.*

Les Costums de Tortosa 7,2,9: *Todo lo que está escrito en el libro de la Curia o en las notas de los escribanos públicos, débese tener por verdadero, como si fuese carta pública.*

El proceso bajo-medieval, siguiendo la estructura del procedimiento romano, se sustentaba sobre el principio que afirmaba que el pleito se incoaba cuando la demanda y su contestación era interpuesta por las partes ante el juez⁸⁴, para lo cual se instaba al reo a que aceptase el libelo el mismo día en que el actor interponía reclamación judicial ante el Justicia. Así, siguiendo la estructura recogida en los distintos *ordines iudicarii*, el proceso se iniciaba con la interposición, por escrito⁸⁵, de una acción o demanda ante el Tribunal competente, ya fuera para reclamar un derecho o un perjuicio sufrido por los actos de un tercero, por lo que la misma se convertía en el primer elemento del juicio ordinario:

⁸⁴ C. 3,9,1: *Lis enim tunc contestata videtur, quum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*; c. 1,X,2,5: *sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat*; Partidas 2,11,8 y 4,7,9, donde se establece: *pleito comenzado es quando entran en sus razones en manera que el demandado viene a conoscencia o a niego.*

⁸⁵ A excepción de las demandas de cuantía menor, por cuanto en éstas el pleito se sustanciaba de palabra. Vid. DURANDUS, *Speculum*, 4,1,9,3: *Si causa sit vilis, quia modicae summae, vel sit vilium personarum, ut inter pauperes vel rusticos, non occorre libello.* La necesidad de que el juicio se iniciara mediante libelo fue, como apuntara PERTILE, A. *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano alla Codificazione.* Roma-Napoli-Milano. 1902. VI. II. p. 85, una de las innovaciones del procedimiento ordinario bajomedieval: “Una terza innovazione fu l’abbandono dell’antica forma orale di trattare le cause per sostituiri la scritta”. Vid. Un claro exponente del principio de oralidad lo hallamos en las *Costumbres de Lérida*, Ed. LOSCERTALES VALDEAVELLANO, P., III,109: *Non offertur hic libellus, set actor viva voce proponit iudici quod in libello erat proponendum.* (En adelante, C I).

***Brachylogus iuris civilis:** consideravi oportet in causa quae eam precedunt, quaedam quae insunt, quaedam quae sequuntur, singuli actus hi dicuntur; actionis editio, in ius vocatio, libelli conventio, iuramentum calumniae, litis contestatio, interrogationes et responsiones iudicis, testium et documentorum productiones, allegationes, sententiae executio⁸⁶.*

***c. 1,X,2,3:** Actor tenetur in scriptis libellum porrigere. Vel sic: Iudex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius libellum in scriptis offerat.*

***PILLIUS:** Libellus porrigendus est iudici ab actore, et per iudicem offerendus est reo⁸⁷.*

***TANCREDUS:** Ut primo iudex comptens adeatur et per literas vel per nuncium reus citatur, libellus reos venienti porrigatur⁸⁸.*

***GRATIA:** Debet actor se iudici praesentare cum libello querimoniae⁸⁹.*

Esta demanda, designada en las fuentes y en la práctica jurídica con el nombre genérico de libelo, *libell*, o *libellus*, debía atenerse, para alcanzar plena validez jurídica, a una serie de requisitos de naturaleza formal y material, entre ellos la presentación, sin engaño ni malicie, ante un juez competente, su plasmación por escrito, cuando sea hubiera realizado oralmente, y su inscripción por el escribano de la *Cort* en el libro de registro, así como su imposibilidad de ser alterado cuando hubiera comenzado el litigio, posibilidad que sí estaba contemplada por **Les Costums de Tortosa**:

Les Costums de Tortosa 3,6,1: *Cuando alguno con maestría y engaño hace contestar y pleitear a otra ante juez que no es el*

⁸⁶ *Brachylogus iuris civilis*. Ed. BÖKING, E. Berlín, 1829, 4,9,2.

⁸⁷ Pillius, *Summa*, 1,1.

⁸⁸ Tancredus, *Ordo iudiciarius, Poemio*.

⁸⁹ Gratia, *Summa*, 1,3,1.

suyo, y con este motivo interpone excepción el demandado, debe perder el demandante su demanda por sentencia.

Les Costums de Tortosa 1,4,3: *Debe escribir el escribano en el libro de la Curia, todas las reclamaciones y demandas que uno contra otro entable [...].*

Otro sí, puede si quiere el demandante formular su demanda por escrito o de palabra, Si la formula, empero, de palabra o se da juicio, debe escribirlo el Escribano en el libro de la Curia; y si no lo escribe, nada vale, ni incurre en pena el demandante [...] Porque si no presenta el demandante su libelo o demanda, a hora tal que el convenido pueda haber traslado de lla con acuerdo dicho [...] no incurre el demandado en pena de 60 sueldo, ni le perjudica aquella demanda en cuanto a aquel día, antes queda como si nadie, de él, hubiese reclamado.

Les Costums de Tortosa 1,4,5: *El escribano de la Curia debe escribir en el libro, después de prestar juramento en la forma dicha, las reclamaciones, libelos, excepciones [...] y demás que al pleito pertenezca.*

Les Costums de Tortosa 1,13,1: *Durante el pleito principal o la apelación, bajo ningún concepto debe ser innovada cosa alguna, y si lo fuere, nada vale lo hecho.*

Con relación a su estructura formal, como señala Matheu⁹⁰, el libelo contenía tres partes claramente diferenciadas –*Libellus igitur triplici parte constare debet*–:

[1] Parte inicial, en donde el demandante exponía los hechos acaecidos –*propositione*–.

⁹⁰ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,10: *Verum nota quos stylus Curiarum nostri Regni observat triplici libellorum genere in litibus uti. Primum est supplicis libelli, vulgo suplicacio, eo quod directe cum domino Rege [...] Secundo genus dicitur Scriptura, quo utimur in Regia Audientia ad allegationes opportune faciendas [...] Tertio nuncupatur acte comparendo, quia geritur ab actore vel reo comparendo in curia coram Scriba causae.*

[2] Parte intermedia, en donde se explicaba el tipo de acción interpuesta – *medio*⁹¹–. Un criterio que se excepciona en **Les Costums de Tortosa**, en donde se explicita que la designación de la acción no es un requisito esencial, como sí lo es el hecho y la cantidad por que pide:

Les Costums de Tortosa 1,7,4: *Si reclama alguno ante juez, no está tenido a desigar la acción porque reclama; debe, empero, hacer constar en la demanda el hecho y cantidad de lo que pide, o las cosas muebles o inmuebles que demanda; y si es inmueble, fijar los lindes y el lugar en que radica, para que pueda dar el juez sentencia cierta, y obligar al demandado a que conteste sobre cosa cierta.*

[3] Una fase de conclusión, en la que se solicitaba la condena del demandado.

Una vez hubiera declarado en el libelo la cantidad de dinero o el bien mueble o inmueble por el que demandaba⁹², el actor a podía añadir, suprimir o modificar lo expuesto en el libelo hasta el instante en que se inicia el litigio, toda vez que este derecho precluía con la contestación a la demanda:

Les Costums de Tortosa 1,7,2: *Si reclamare alguno contra su adversario y hubiere presentado su demanda, puede añadir a su libelo, quitarle o enmendarle, hasta que esté comenzado el litigio; esto es, antes de que haya sido contestado; porque comenzado el litigio, no pueden ni deben hacerse al libelo adiciones, supresiones o reformas. Y entregada la demanda, podrá y deberá compelerse a actor y convenido a que lleven el pleito hasta su conclusión por sentencia.*

⁹¹ Cfr. D. 26,7,9,2-3; 2,13,1.

⁹² C. T. 1,7,4. Véase su correlación con C. 6,1,64.

Entablada la acción y depositada en el libro de la *Cort*, el escriba daba traslado al demandado, mediante una copia franca –*Quod de stylo non de jure, vel for fit*⁹³–, para que éste pudiera interponer cuantas excepciones entendiéndose oportunas a su derecho⁹⁴:

Una vez el juez competente declaraba sobre todas las dilaciones y peremptorias, salvo que el demandante no hubiera proseguido con la demanda, lo que determinaba el sobreseimiento de la causa por sentencia absolutoria, al entenderse que se había dado una renuncia tácita por parte del acto, el juicio se iniciaba cuando, por requerimiento del juez, el demandado contestaba negativa o afirmativamente:

Les Costums de Tortosa 3,3,1: *Comienza el pleito cuando por mandamiento del Juez contesta el demandado negativamente o afirmativamente.*

Así, una vez que se ha interpuesto la demanda, si el demandado lo requería, el actor se veía obligado a continuarla hasta el final.

⁹³ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,90-91 y 108.

⁹⁴ FORI ANTIQUE VALENTIAE 35,4: *Omnes excepciones dilatorie opponantur infra tres dies ante litem contestatam, quibus tribus diebus elapsis, pars non audiatur ad exceptiones dilatorias opponendas.*

4. Comparecencia de las partes: la citación y la *ferma de dret*

CASTILLO DE BOVADILLA: *que aun el demonio si litigasse, auia de ser oydo*⁹⁵.

Presentada la demanda ante la *Cort*, y designado por ésta el juez competente, el demandante procedía a presentar el *libelo* para que, una vez efectuado un examen de su contenido, y no siendo éste contrario a Derecho.

Debían concurrir varias circunstancias, a saber:

[1] Citación personal del actor al demandado⁹⁶. Este se presenta como un requisito esencial, hasta el punto de que autores como ANTÚNEZ PORTUGAL niegan que pudiera faltar un requisito como la citación de la parte demandada, del que ni el Rey podía suprimir por ser un principio de Derecho divino y natural⁹⁷:

*quod in tuitiva proceditur juris ordine servato, sicut in aliis causis summariis, et verum est quod in quocunque iudicio etiam executivo, et sumario citatio partis necessaria [...] Hanc naque quasi de jure divino, et naturali neque princeps tollere potest*⁹⁸.

⁹⁵ CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra y para preladados en lo espiritual*, Madrid, 1775, III, XIV, 86.

⁹⁶ La intimación personal por parte del actor se halla presente en la mayoría de la doctrina procesal bajomedieval. En concreto, PILLIUS, *Summa*, 2,19; TANCREDDUS, *Ordo*, 2,3,1; GRATIAE, *Summa*, 1,4, quienes, no obstante, reconocen la posibilidad -aunque con carácter de excepcionalidad- de una citación de oficio, cuando el demandado se encontraba al inicio del juicio: *Aliquando citat iudex ore proprio, si reum inuenit, (quod) raro accidit*.

⁹⁷ La doctrina fue unánime en sostener que la citación era un requisito esencial en el ámbito procesal, porque provenía del Derecho natural. Cfr. PEGUERA, L. DE, *Praxis, Rubrica* 6, num. 1-2: *Prima igitur sit regula, quod actor ante omnia faciat citare adversarium suum in iudicio, quia alias, processus, et sententia essent nulla. Nam citatio est de iure naturali, quae cum sit defensionis species nullo modo potest omitti, neque per Principem tolli*; GÓMEZ, A., *Ad Leges Tauri, Lex* 76, num. 8 y 9: *Confirmatur, quia citatio est quaedam defensio et solemnitas introducta et requisita de jure naturali et divino in actu agravi et praejudiciali, quae per principem vel legem positivam tolli non potest*; LEÓN, F. J., *Decisiones, Decisio* 173, num. 134: *et ita adest defectus citationis, qui inducit nullitatem*; num. 153: *hanc nullitatem esse insanabilem, et continere defectum, qui neque per ipsum Principem suppleri potest quasi a iure proveniens naturali, et continere directum citationis: et allegat, hanc nullitatem dicentes insanabilem*.

⁹⁸ ANTÚNEZ PORTUGAL, D, *Tractatus de donationibus, Pars* 2, Cap. 32, num. 14 y 15.

Sin embargo, en **Les Costums de Tortosa**, la citación la realizaba el juez, o, en su defecto, su alguacil. Véase lo dispuesto en:

Les Costums de Tortosa 3,1,1: *Hecha la reclamación al Veguer sobre cualquier cosa, en pleito civil o criminal, y recibida al demandado fianza de estar a derecho, asígnele día en que comparezca. Y si no viene cítesele a domicilio por el alguacil [...].*

Les Costums de Tortosa 7,2,1: *Hecha o presentada la reclamación al Veguer, así en pleitos civiles como criminales, por su propia autoridad, por sí o por su alguacil puede citar al demandado una, dos y tres veces. Pero la cuarta citación, que es perentoria, y todas las otras que después se siguen en el pleito débelas hacer por sí o por su alguacil jurado, como viene dicho, mediante sentencia de los jueces electos. Y el Veguer y alguacil son créidos bajo su palabra porque son jurados.*

Les Costums de Tortosa 7,2,3: *Los mandamientos de comparecencia ante la Curia los hace el Veguer personalmente, o el alguacil de su orden o mediante letras, tomando siempre en consideración la distancia del lugar a donde se expiden.*

Una citación que tenía las salvedades siguientes: que no fuera siervo, hijo o hija en potestad, hijo emancipado cuando la causa versa sobre “hurto, robo, injurias u otras cosas semejantes, contra su padre, madre ni ascendientes” y lo mismo debe observarse con los libertos (**Les Costums de Tortosa 2,2,1-4**).

[2] Que fuese un día no feriado o festivo –*Nequeunt intimari die feriato*⁹⁹–.

⁹⁹ Un principio que se halla presente en el Derecho romano –C. 3,12,6–, en el Derecho visigótico –LV 2,1,10 y 11–, en la canonística –c. 2 C. 15 q. 4; c. 5,X,2,9–, en los tratados bajomedievales: *Lo Codi* 3,13,2; TANCREDEUS, *Ordo*, 2,18,1 y 2.

Se seguía la regla que establecía que las infracciones *in honorem Dei* no podían subsanarse¹⁰⁰, aunque se pudiera probar la deuda contraída –*non convalidatur per debiti probationem*¹⁰¹–; un criterio por el que se anulaba una sentencia dictada contra el ausente en día feriado. Así en la *Summa Perusina* leemos: *ADNOTATIO: Diem feriatum absentem datus iudicium retractatur*¹⁰²:

Les Costums de Tortosa 3,5,1: *No hay Curia en Tortosa y sus términos todos los domingos del año: ni desde la vigilia de Navidad hasta el siguiente día de la Circuncisión del Señor: ni en la Epifanía [...] Todos estos días son feriados, y durante ellos permanece cerrada la Curia en honor de Dios y de los Santos. Item durante las letanías de Mayo y en todos aquellos días en que hubiese procesión en la ciudad para que los prohombres puedan asistir a ella*¹⁰³.

Este criterio, no obstante, la legislación estatutaria y el propio Derecho canónico lo suprimieron con relación al procedimiento sumario, en donde vemos que se eliminó el número de formalidades inherentes al proceso ordinario dentro de la propia estructura judicial, lo que propició el nacimiento del procedimiento sumario, entendiéndose por éste, en palabras de Bártolo, un juicio que, aunque breve, debía contener la esencia del procedimiento ordinario –*Summarie ideo breviter, non diminutive sed ita, quod totam substantiam comprehendat*¹⁰⁴–.

¹⁰⁰ DURANDUS, G., *Speculum Iudiciale*. Lib. 2, partic. 1, *De citatione*, 1, § *Contra*, num. 13: *Item exipitur, quod citatio fiat ad diem festivam, vel solemnem seu feriatam [...] Sed ibi citatur quis ad diemstum, non ut procedat, quod non potest, sed ut compareat*. MOLINO, M. DEL, *Repertorium fororum*, V. *citatio generalis et certa: Citatus ad diem feriatam, vel in qua non celebratam curia, regulariter non tenetur comparere*;

¹⁰¹ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae, Pars 1*, Cap. 53, num. 175: *Secus erit si alia de causa fuerit captura injusta, ut si in loco prohibito facta inveniatur, aut die dominico, aut contra inhibitionem, et praeceptum superioris, nam tunc etiam si debitum probetur non convalidabitur captura, sed relaxandus erit a carceribus debitor*. Vid. CORTIADA, M. DE, *Decisiones, Decisio 73*, num. 21.

¹⁰² *Summa Perusina* 7,43,4.

¹⁰³ Furs 3,4,9: *Cesset curia et litigantes a strepitu causarum diebus dominicis, et a vespere Natalis Domini usque in Kalendas Ianuarii, et in festo circumcisionis [...]*.

¹⁰⁴ Tomo la cita de Bártolo de PERTILE, A., *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*. Roma-Napoli-Milano. 1902., VI, 2ª, p. 116, not. 7.

Este intento por simplificar el proceso se consolidó plenamente en el año 1036, con la disposición *saepe contingit* del Papa Clemente V¹⁰⁵.

En esta constitución, después de ordenarse que se procediera llanamente, de plano, sin estrépito y sin figura de juicio –*Saepe contingit, quod causa committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine estrepitu et figura iudicii procedi mandamus*–, se intentaba explicar las posibles confusiones o interpretaciones que de la misma se pudiera desprender –*de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat dubitatur*–.

Así, se sostuvo que los jueces, para alcanzar una mayor brevedad en el procedimiento, podían actuar en los días feriados, sin necesidad de exigir demanda ni *litis contestatio*, eliminando las excepciones y alegaciones dilatorias, el número masivo de testigos, así como las superfluas disputas entre las partes y sus representantes¹⁰⁶:

TANCREDUS: *necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, tempore etiam feriarum, ob necessitates hominum indultarum a iure, procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem, quantum poterit, faciam breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium advocatorum et procuratorum contestationes et iuria testiumque superfluum multitudinem refrenando*¹⁰⁷.

[3] Que las personas citadas sean hábiles procesalmente. No lo son las siguientes: el siervo, el hijo o hija sometido a patria potestad o emancipado, y los libertos con relación a dueños, patronos, padres y familiares, porque entre ellos no nace acción, salvo las excepciones fijadas por la ley:

¹⁰⁵ Con anterioridad, como se desprende de la obra de PERTILE y de SALVIOLI, proliferaron numerosos estatutos en los que, circunscribiéndose a materias concretas, se simplificaba el proceso. Así en el Estatuto de Pisa de 1286: *Si inter creditores de bonis obligatis, aut hypoteca bonorum quaesito fuerit, -summatim- de plano et sine magna disceptatione, et litis contestatione, et ordinaria cognitione, condempnet iudicans creditorem*. Vid. PERTILE, A, *Storia del Diritto*, p. 117, not. 10.

¹⁰⁶ En este sentido, puede verse, con carácter ejemplificador, RECOPIACIÓN 4,21,2.

¹⁰⁷ TANCREDUS, *Ordo*, 3,1.

Les Costums de Tortosa 2,2,2: *Ningún siervo puede citar a juicio a su señor, porque entre señor y siervo no nace acción; salvo que si dijere éste que es libre, que en este caso puede citar a su señor, y debe ser oído y seguido su derecho, porque goza de personalidad para estar en juicio, sin venganza o pena de ninguna clase.*

Les Costums de Tortosa 2,2,3: *Hijo o hija que esté bajo el poder de su padre por ningún concepto puede demandarle a juicio, ni a ninguno de sus ascendientes, no siendo acerca del peculio castrense o cuasi castrense: porque entre hijo y padre y padre e hijo que esté bajo su poder o potestad, no nace ni puede haber acción.*

Les Costums de Tortosa 2,2,2: *Hijo emancipado no puede [...] proponer acción famosa (es decir, de crimen de hurto, robo, injurias u otras cosas semejantes) contra su padre, madre o ascendientes.*

Lo mismo debe observarse con los libertos a quines se hubiese dado la libertad de grado y sin rescate. Pero si por otra razón o causa quieren ellos demandar en juicio a sus patronos, podrán hacerlo obtenida licencia de los jueces y del veguer [...].

[4] Comparecencia del demandado principal¹⁰⁸, toda vez que al no contemplarse la citación extrajudicial¹⁰⁹, esta se convertía en un elemento legitimador del juicio: *lex civilis citationem tollere non potest, quatenus concernit naturalem defensionem*¹¹⁰-.

Esta orden conminatoria del magistrado se llevaba a cabo preferentemente a través de alguaciles ordinarios –el *saig*, el *veguer*, el *nuncio*, etcétera¹¹¹–, la cual se realizaba ya

¹⁰⁸ SCACCIA, S., *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium*. Venetiis, 1663, I,32,7 *et seq.* Asimismo, autores como CANCER, I., *Variarum*, II,16,100.

¹⁰⁹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,19.

¹¹⁰ PAREJA Y QUESADA, G. DE, *Praxis edendi sive instrumentorum editione tractatus*. Lugduni, 1668, II,7,2,10; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,25: *Citatio haec necessaria omnino est ad legitimationem iudicii, profluens a jure divino, & naturali, quae dictant neminem indefensum, vel inauditum posse condemnari, ita ut omnia gesta, vel facta sine legitima citatione, nullius momenti fint.*

fuese por un requerimiento verbal, por escrito o, en su defecto, mediante bandos o edictos¹¹²:

Les Costums de Tortosa 3,1,1: *Y si después que por mandamiento de los jueces se viese perentoriamente ciado del Veguer o del alguacil, no compareciese tampoco, procédase según derecho contra él.*

Tanto los tratados de práctica procesal como la doctrina especializada demuestran que el requerimiento verbal o *denuntiatione* se daba cuando el demandado se hallaba presente en el momento en que el actor solicitaba su comparecencia en el procedimiento¹¹³.n Hallándose ausente, la notificación se llevaba por escrito al domicilio del demandado¹¹⁴ o al de su procurador¹¹⁵, y si éste se encontraba fuera de la ciudad se procedía a su notificación mediante *litteras requisitorias*, por las que se le concedía un plazo mayor para su comparecencia¹¹⁶. Por último, cuando o bien la persona o bien el domicilio del demandado fuera incierto, se procedía a su comunicación mediante un pregón público o un edicto¹¹⁷:

Les Costums de Tortosa 7,2,13: *Si el demandado está ausente y en lugar conocido, y el demandante lo quiere y pide, el Veguer debe extenderle letras donde le mande u ordene que venga,*

¹¹¹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, I,2,2,182; II,8,7,15; III,9,1,33-34 y 41.

¹¹² TANCREDUS, *Ordo*, 2,3,1; GRATIA, *Summa*, 1,4: “*Citatio debet fieri per nuntium vel per litteras*”.

¹¹³ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,26: “*Si enim reus praesens est, vel reperiri poterit personaliter est citandus, ut omnes uno ore fatentur: sed si latiter, sufficet quod citetur in domo propriae habitationis, affixa schedula continente substantiam citationis ad ostium*”.

¹¹⁴ RIPOLL, A. DE, *Annotationes factae per nobilem Don Accacium de Ripoll ad praxim civilem Cataloniae nobilis Ludovici de Peguera*. Barchinonae, 1649, I,6,5 y 52.

¹¹⁵ Aunque autores como GRATIANUS, S., *Disceptationes forensium Iudiciorum*. Lugduni, 1673, III,503,11, rechazan la citación al procurador, sobre todo cuando se entiende que es un juicio de gran trascendencia, la práctica forense y doctrina foral la admite siempre y cuando tenga mandato suficiente para todos los litigios.

¹¹⁶ Entre las formalidades que debían cumplir los suboficiales del Justicia estaba la de dejar copia de la citación en la casa del demandado, por cuanto ésta, como expone RIPOLL, A. DE, *Annotationes*, I,6,5, da fe de que ha sido realizada legítimamente: *Limitatur nunc dicta regula ut non procedat, quando citatio sit ad modum, et est verissimile, quod illa pervenit ad notitiam citati, ut quia litterae citatoriae dimissae fuerant uxori, vel filio, aut genero: quia eo casu, quamvis illa citatio facta ad domum, videatur illegitime facta, tamen subsequata notitia, ita ligat, sicut citatio legitima facta*”.

¹¹⁷ VALENZUELA VELAZQUEZ, J. B., *Consilium sive responsorum iuris*. Matriti, 1653. II,10,1,47: *Ex quibus jam necessaria non est citatio per edicta, vel proclamata, nec illa unquam adhibetur, nisi casu quo incerta est persona citanda, de quo nunc non agimus, vel ita longinquus ut per difficile sit eam citare, veluti in regionibus ultra marinis, tunc curator vel defensor bonis datur [...]*.

asignándole para ello día que no sea feriado, tal y tan conveniente, según esté cerca o lejos el punto donde resida, que pueda venir sin peligro de su persona. Y en las letras debe contenerse, además, que asista dicho día bajo pena de sesenta sueldos. Y esto se entiende cuando este mandamiento se hace a personas que son vecinos de la ciudad. Y si no viniese el día designado, incurre en la pena de los sesenta sueldos como si estuviese en la ciudad y, notificado el mandato, no hubiese comparecido por sí o por medio de procurador con poderes suyos bastantes para cumplir su derecho al actor. Y si hechos tres en la forma dicha no viene ni comparece, debe ser puesto el demandante en posesión de la cosa reclamada, o en posesión de los bienes del convenido según sea mucha o poca la demanda. Sin que por ello esté menos obligado el demandado a pagar sesenta sueldos por cada uno de los mandamientos hechos. Pero en las terceras letras donde se contendrá el tercer mandamiento, debe decirse o declararse que si no viene se pondrá al actor en posesión de sus bienes causa rei servandae, conforme viene dicho arriba.

Pero si el demandado es extranjero, es decir, si hace su estancia en otra tierra y reclamare el actor alguna posesión o cosa que radique en Tortosa, de forma que deba conocer del negocio su Curia, y citado por tres veces como viene dicho no quisiere comparecer por sí o mediante procurador con poderes suyos bastantes y hacer derecho de la demanda puesta contra él, aunque no incurra en la pena de los sesenta sueldos debe ser puesto el demandante en posesión causa rei servandae, según que arriba viene dicho y declarado. Y todos esos mandamientos y todo lo que arriba viene dicho débese hacer mediante juicio y sentencia de los ciudadanos.

Estos emplazamientos, que se verificaban mediante tres requerimientos sucesivos¹¹⁸, a los que se les podía añadir un cuarto, más de gracia que de derecho¹¹⁹, debían notificar al demandado la fecha y la hora de comparecencia ante el tribunal¹²⁰, teniéndose en cuenta tanto la posible lejanía del *absens*¹²¹ como –ya apuntado– la circunstancia de que el llamamiento pudiera caer en día festivo o en día feriado¹²² o a la misma hora en que se debía celebrar otro juicio, quedando, de todo ello, constancia en el Libro de Registro de la ciudad, por cuanto, como afirmara Belluga, *absentes legitimi citati, pro praesentibus habentur*¹²³, por lo que la ausencia de una citación clara y precisa llevará a la doctrina a sostener: *citatio generalis, et incerta non valet*¹²⁴:

Les Costums de Tortosa 7,2,5: *Si alguno fuere citado por tres veces y la cuarta perentoria para que venga ante la Curia a cumplir su derecho al actor, y dejare de comparecer por si o mediante procurador con poderes bastantes, causa rei servandae débese poner a aquél, si la acción es real, en posesión de la cosa reclamada.*

Pero si la acción es personal, causa rei servandae también débesele poner en posesión de los bienes del convenido, según sea la cantidad de la demanda. Los cuales bienes, pedidos por

¹¹⁸ *Práctica y Orde*. Cap. II. n. 17. PILLIUS, *Summa*, 2,19; TANCREDEUS, *Ordo*, 2,3,1.

¹¹⁹ *Practica Caussarum Civilium. Tractatus III*. Cap III. La posibilidad de un cuarto emplazamiento lo hallamos tanto el Derecho canónico –c. 2. C. 5 q. 2: c. 24,X,1,29– como en la mayoría de los tratados de práctica procesal –PILLIUS, *Summa de ordine*, 2,20; TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, 3,3,1; GRATIA, *Summa de iudiciario*, 1,7,3.

¹²⁰ En torno al foro, MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum, V. citatio generalis et certa: Citari non possunt de foro Sarraceni vassali baronum, militum, velo infantionum Ecclesiae, ordineis, aut religionis per dominum regem, aut eius primogenitum, aut eorum officiales, seu commissarios, in praeiudicium iurisdictionis, quam habent domini locorum in eisdem, occasione alicuius delicti, quod dicantur comisisse dicit Sarraceni*.

¹²¹ LORENZO MATHEU I SANZ, *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap.VIII, rub. 7, num. 10-11: *Si autem domus accusati, vel locus delicti, in quo citandus est, distat per spatium trium milliarium, vulgo una legua, ..., et locus citationis reperiatur extra territorium (intra Regnum tamen) tunc expediuntur literae requisitoriae, sive subsidiariae, [...], et hoc in casu, non sit citatio ad diem sequentem, sed assignantur duo, tres, aut plures dies, secundum distantiam loci citationis a loco Curia, ut congrue possit comparere, quae omnia in arbitrio Iudicis sunt*.

¹²² MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum, V. citatio generalis et certa: Citatus ad diem feriatam, vel in qua non celebratam curia, regulariter non tenetur comparere*; LORENZO MATHEU I SANZ, *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap.VIII, rub. 7, num. 12: *quod dies assignatus feria inhabilis reperiatur, citatio fit ad diem utilem proximiorum post ipsam*.

¹²³ PEDRO BELLUGA, *Speculum Principium*, rub. 5, num. 2; MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum, V. citatio ad domum: Citatus legitime si non comparet, potest reputari contumax, et in eius absentia potest contra eum procedi*.

¹²⁴ MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum, V. citatio generalis, et incerta*; JERÓNIMO PORTOLÉS, *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantis Regni Aragonum*. Zaragoza, 1588. V. *Citatio generalis*, num. 1: *Citatio generalis et incerta, non valet*;

acción real, deberá tenerlos el actor por un año; y aquellos que fueren puestos en posesión de ellos mediante acción personal, por tres meses. Y si compareciese el demandado dentro del año o de los tres meses referidos y quisiere proceder y llevar adelante su pleito, podrá hacerlo; pero la posesión de aquellos no la conseguirá ya hasta que termine el litigio, si le gana; y si no le gana, quedarán en manos del que los posee. Esto cuando la acción es real.

En lo personal, otro sí, si se presenta el demandado dentro de los tres meses después de puesto en posesión el actor, y quiere llevar adelante su pleito, no recobra la posesión hasta que haya acabado el litigio; y si le gana se la devuelven; y si no le gana, débense vender aquellos bienes y pagarse de su precio al actor; y si no bastan los poseídos, débense vender otros hasta que quede pagado del todo.

Y si el convenido por acción real no apareciere ni dirigiere su pleito dentro del año, se hace verdadero poseedor el actor, y de aquí en adelante el demandado no es oído sobre la posesión sino sobre la propiedad solamente.

Y si tratándose de una acción personal no comparece dentro de los tres meses, débense vender aquellas cosas de que hubiesen puesto en posesión al actor y pagarle de su precio de ellas; y si no bastase éste para la paga, vender de los otros bienes del convenido, hasta que cumplidamente sea pagado el actor. Porque el demandado, pues no comparece por sí ni por su procurador con poderes bastantes, es contumaz y se le tiene como si fuese confeso y hubiese otorgado la demanda.

Con todo, podía ocurrir que el oficial de justicia no pudiera emplazar personalmente al *absent*¹²⁵, bien por no hallarse éste localizable, bien por no poder ser citado fácilmente. Ante la primera circunstancia, el funcionario dejaba la citación pegada

¹²⁵ MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum, V. citatio ad domum: ac si personaliter fuisset apprehensus facie ad faciem.*

en la puerta de su domicilio¹²⁶, y, en ausencia de *domicilium*¹²⁷, en la puerta del Tribunal de Justicia, lo que equivalía a ser citado y requerido legalmente¹²⁸.

Cumplimentados todos los emplazamientos y las formalidades exigidas por el Derecho¹²⁹, en el plazo de tres días¹³⁰, el suboficial del Justicia daba relación cierta de lo acontecido al escriba de la causa¹³¹, quien daba fe pública de la pertinente actuación judicial. De ahí que la doctrina sostenga que en el supuesto en que el demandado niegue la citación se debe creer al suboficial, por cuanto, como afirmara Scoppa, “*sed et Nuncio in dubio credatur*”¹³².

Llegado el día señalado por el magistrado para la comparecencia, las partes estaban obligadas a presentarse¹³³, salvo que personalmente, o a través de su procurador¹³⁴, pudieran alegar su ausencia, mediante una justa causa¹³⁵, como podía ser una enfermedad repentina o la propia lejanía de su domicilio¹³⁶. Si esta no se alegaba se

¹²⁶ MIGUEL DEL MOLINO, *Repertorium fororum*, V. *citatio ad domum: quod etiam in casibus, in quibus non sufficit citatio ad domum, sed debet quis citari personaliter, et facie ad faciem, quod si in isto casu citatus se occultaret malitiose, ne citatio ad eum perveniat, poterit citari in domo, vel habebitur pro citato*. El ordenamiento valenciano es explícito en señalar que en caso de ausencia no se podrán tomar medidas coercitivas contra la familia o bienes del *absent*, contemplándose, únicamente, la posibilidad de emplazarlo en las formas previstas por el Derecho. En este sentido, un *fur* otorgado por el rey Fernando en las Cortes de Monzón de 1510, rub. VII, fol. III r. –así mismo en Furs 4,6,3– prohíbe, por causa de delito o contumacia, enviar *porter o porters alguns a la casa del pare, mare germans e parents o pendre o empresonar los dits pare, mare, germanas o parente*. Cortes del reinado de Fernando el Católico. Ed. BELENGUER CEBRIÁ, E. Valencia, 1972.

¹²⁷ En análogo sentido, LORENZO MATHEU I SANZ, *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Tit. 8, Cap. 7, num. 6-7 y 46: *Si autem vagabundus sit, vel domicilium communiter ignoretur, constito de hoc in processu informativo, apud non citandus est in loco patratu delicti, quemadmodum quicumque alius non habens domicilium in Regno*.

¹²⁸ *Practica Caussarum Civilium*. Tractatus I. CAP. I. *De Caussis Sumariis*, fol. 45; Tractatus III. *De quibus modis siant processus absentie*, fol. 113.

¹²⁹ *Práctica y Orde*. Cap. II. n. 26: *lo Nuncio, Ministre o saig, en lo dors de la scriptura, lletres, manament o provisio, note el dia de la intima de sa propia ma*. BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 2,2: *Debet que locus assignari, & dies certa, ut citatus sciat, ubi & quomodo comparere debeat*.

¹³⁰ Furs 7,2,24.

¹³¹ *Práctica y Orde*. Cap. II, n. 27: *Estes relacions dels Nuncios, saigs y demes, dehuen ser certes y clares, de calitat que no es puixa duptar de la citacio y notificacio*.

¹³² SCOPPA, N. V., *Theorico-practicae observationes ad Rotae Provinciae Marchiae Decisiones Stephani Gratiani*. Napoli, 1676, 62,27.

¹³³ D. 5,1,5.

¹³⁴ FORI ANTIQUE VALENTIAE 23,9; 95,3 y 15; Furs 9,8,15.

¹³⁵ FORI ANTIQUE VALENTIAE 36,4 y 6: *Absentia advocati dilatio placiti alicui non prestetur, nisi forte causa iusta ab aliquo probaretur*. Véase su correlación con C. I. 3,115.

¹³⁶ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,44: *in nostro foro ad fin dicitur quod Iudex possit ex causa dilationem prorogare, & nulla causa major esse potest quam absentia a loco iudicii: ita ut numquam contumax esse possit is cui non conceditur dilatio competens juxta distantiam loci ad comparendum, ut omnes praedicti tenent*.

procedía a declarar contumaz a la parte que no hubiera comparecido ante el magistrado, iniciándose así el procedimiento por contumacia¹³⁷.

Si por el contrario las partes comparecían a juicio, y antes de que el demandado decidiese reconocer las pretensiones formuladas por el actor, aquél podía solicitar, con anterioridad a cualquier otra excepción¹³⁸, la *exceptio declinatoria fori*, por entender que el Tribunal ante el que se iba a desarrollar el litigio no pertenecía a la jurisdicción del demandado¹³⁹, lo que conducía a la incapacidad e incompetencia del juez (C.T. 3,1,22)¹⁴⁰.

Les Costums de Tortosa 3,1,8-9: *Pueden ser jueces todos aquellos que no están incapacitados de serlo por la ley.*

Incapaces son el mudo, el completamente sordo, el furioso, el menor de 25 años, el infame [...] el siervo, la mujer, el padre en el pleito de su hijo y el hijo en el de su padre, y todos en cosa propio o en negocio de que esperen provecho o daño, y aquellos que por justa causa se puedan recusar, y nada vale todo lo que por ellos se actú y resuelva.

Este conjunto de excepciones, aunque no suspendía el juicio, debía resolverse en el plazo más breve posible, por cuanto impedía que se pudiera entrar a valorar el motivo principal de la demanda¹⁴¹. Una vez el juez hubiera dictado sentencia sobre su jurisdicción, la parte perjudicada podía interponer un único recurso de apelación sobre la misma¹⁴².

¹³⁷ D. 5,1,73 pr.; c. 2. C. 5 q. 2; c. 24,X,1,29; PILLIUS, *Summa*, 2,20; TANCREDUS, *Ordo*, 2,3,1: *Et licet post perentoriam citationem iudex contra contumacem iuste procedere possit, nulla citatione vel expectatione facta, tamen aequitate suadente debet in diem alterum et iterum citare*; GRATIA, *Summa*, 1,7,3.

¹³⁸ RIPOLL, A. DE, *Annotationes*, 9,11: *Advertendum tamen est, quod exceptio declinatoria fori, vel incompetentiae icis ante omnes alias sit proponenda.*

¹³⁹ En este sentido, C. 4,19,19; C. 8,36,12-13; PILLIUS, *Summa*, 2,2; TANCREDUS, *Ordo*, 2,5,1; GRATIA, *Summa*, 1,9,2.

¹⁴⁰ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,186: *Ex respicientibus personam Judicis, prima ordine, & qualitate est Declinatoria, quia ejus jurisdictio incapax, vel incompetens arguitur ad causam de qua agitur.*

¹⁴¹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,187-196.

¹⁴² LEÓN, J. H., *Decisiones*, II,165,1-7.

Si las partes no dudaban de la competencia del magistrado, o habiendo dudado se había resuelto a favor del actor, debían personarse ante la *Cort* en el día señalado en la citación, a menos que, tres días antes de iniciarse el juicio¹⁴³, se interpusiera alguna de las excepciones dilatorias que permitía el Ordenamiento foral¹⁴⁴, pero ya no cabía recusación posterior:

Les Costums de Tortosa 3,1,24: *Después que el juez, árbitro o asesor, haya sido aceptado por las partes no pueden estas recusarle ya, no sobreviniendo, después, enemistad u otras causas, por que puedan ser legitimamente recusados.*

Comparecidas las partes, al demandado le correspondía decidir si reconocía las alegaciones presentadas por el actor o si, por el contrario, desistía de las mismas. En el supuesto frecuente de no allanarse a la petición del demandante, éste podía solicitar al juez, según informan los tratadistas de derecho procesal, que se proceda a un interrogatorio del demandado¹⁴⁵, en el cual se podía abordar desde la legitimación pasiva del actor hasta el reconocimiento expreso de los hechos:

PILLIUS: *Et fiunt hodie interrogationes ante litem contestatam, ut dictum est, in decem casibus specialibus et in uno casu generali. Primus casus est, an sit heres. Secundus, quota ex parte heres sit; Tertius, an in eius potestate sit servus cuius nomine noxali iudicio agitur. Quartus est, an quadrupes, quae pauperiem fecit, vel servus qui damnum dedit, sit eius. Quintum est, utrum ex testamento heres quis sit, an ab intestato et an suo nomine quaesita sit hereditas. Sextus, an ei restituta sit hereditas. Septimus est, an peculium sit apud eum quo agitur. Octavus est,*

¹⁴³ TANCREDDUS, *Ordo*, 2,5,1; GRATIA, *Summa*, 1,9,3: *Quidam proponunt eas omnes simul, alii proponunt unam quam volunt, protestando alias sibi.*

¹⁴⁴ FORI ANTIQUE VALENTIAE 35,4: *Omnes excepciones dilatorie opponantur infra tres dies ante litem contestatam, quibus tribus diebus elapsis, pars non audiat ad excepciones dilatorias opponendas. Vid. C. 4,19,19; C. 8,36,12-13; PILLIUS, *Summa*, 2,2; TANCREDDUS, *Ordo*, 2,5,1: *Generaliter tene, quod omnes excepciones, quae ad declinandum iudicium faciunt, in principio inter ipsa litis auspicia sunt proponendae et probandae;* GRATIA, *Summa*, 1,9,2.*

¹⁴⁵ TANCREDDUS, *Ordo*, 2,21,1; DURANDUS, *Speculum*, 2,1,1,1; c. 11 C. 30 q. 5; c. 10,X,2,22.

an aedes ex quibus damnum timeatur, eius sint et quota ex parte;
*Nonus est, de aetate*¹⁴⁶.

Admitida la petición, Ripoll señala que el actor redactaba las preguntas por escrito y se las entregaba al escribano de la causa, para que éste, con voz clara y legítima, las leyera al demandado, quien, una vez prestado juramento, respondía a cada una de las preguntas. Si se confesaba culpable, el juez procedía a dar por concluido el proceso, por cuanto la confesión hecha por el demandado y aceptada por el actor no se puede corregir:

RIPOLL: *Confessiones autem factae in libello per partem si per adversarium fuerint acceptatae non possunt corrigi, quia acceptatio partis praeccludit viam correctioni et emendationi*¹⁴⁷.

Como se observa en la práctica exigida en los **Usatges**, si se negaba a contestar, o bien de sus respuestas se deducía engaño, malicia o un sentido contradictorio, el juez podía ordenar su continuidad, y, con él, la obligación de las partes de prestar ante el juez las cauciones que exigen el Derecho para el correcto desarrollo del proceso o *ferma de Dret*¹⁴⁸.

Siguiendo los principios marcados por el *ius commune*¹⁴⁹, el procedimiento judicial exigía que, una vez se hubiera iniciado el pleito, tanto el actor como el demandado dieran ciertas cauciones tendentes a asegurar la presencia de ambos ante el magistrado en cualquier momento del litigio, incluso “en juicio dado por un día” [**C.T. 1,6,11**], toda vez que la negligencia o la ausencia intencionada les podría suponer la pérdida de la fianza dada¹⁵⁰, o la de sus bienes.

¹⁴⁶ PILLIUS, *Summa*, 1,6,11.

¹⁴⁷ RIPOLL, A. DE, *Anotaciones ad praxim*, 8,25.

¹⁴⁸ Esta caución, cuyo origen podemos verlo en la *cautio iudicio sisti* o en la *iudicio sitendi causa* del ordenamiento romano, fue prontamente recepcionada en los primeros Fueros extensos, como puede verse en los *Usatges*, Us. 23 (*Omnes homines*): *Omnes homines debent firmare directum senioribus suis ubicunque seniores eorum illis mandaverin in suo*. Asimismo en Us. 28 (*De omnibus namque*).

¹⁴⁹ BASSIANUS, J., *Libellus de ordine iudiciorum*. Bibliotheca iuridica medii aevi (Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum). Ed. TAMASSIA, N. Palmieri. G. B., Bononiae, II, 1892, 223: *ex consuetudine tamen hominum modernorum hodie talis non praestatur cautio ab actore de contestanda lite infra duos menses et de prestanda decima parte [...] ideo nova hominum consuetudo ferma et tenacissima nova etas ab utroque pignora recipit idest reo et actore*.

¹⁵⁰ Nov. 4,11,2: *quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis. c. 4-5 C. 3 q. 3: Haec de satisfactionibus actoris. Reus autem, cum libellum recipit, satisfacere debet, quod usque ad finem litis permanebit*.

TANCREDES: *Haec de satisfactionibus actoris. Reus autem, cum libellum recipit, satisfacere debet, quod usque ad finem litis permanebit*¹⁵¹.

A este respecto, en la rúbrica *De la usança de les fermances*, podemos leer:

Les Costums de Tortosa 1,6,1: *De todas maneras que se asegura uno o firma de derecho en la Ciudad de Tortosa o en sus términos, firma, primeramente, por fianza; en derecho de fianza o fianzas, de que [...] estará a días y horas mientras dure el litigio, y seguirá la sentencia o sentencias dadas por juicio de los ciudadanos y del Veguer, tal como ordena el derecho.*

Les Costums de Tortosa 1,6,2: El extranjero que reclame contra el ciudadano o habitador de Tortosa o de sus términos, antes que sus reclamaciones sean oída ni aceptada, debe firmar de derecho [...].

Les Costums de Tortosa 1,6,3: *La fianza se exige en todo pleito, qualquiera que sea, que pueda pagarse con ella la demanda o cosa que le fuere juzgada [...].*

Les Costums de Tortosa 1,6,10: *En odio de los que no quieren comparecer en juicio y se ocultan, si alguno que reclame contra ellos fuere puesto en posesión, por sentencia, de los bienes reclamados o de sus bienes, causa rei servande, vel pro mensura debiti, vel maleficii declaranti, si en el año siguiente al día en que fue puesto en posesión de la cosa reclamada causa rei servande, vel pro mensura debeti, vel maleficii decarati, se presentase el demandado y quisiese estar a derecho y proceder pidiendo que se le entregue la posesión, no debe ser oído ni escuchado, ni la posesión de dichas cosas serle devuelta, hasta que de fianza suficiente de estar hasta el fin del litigio los días y las horas que le designen; y dada la fianza debe recobrar la posesión [...].*

¹⁵¹ TANCREDES, *Ordo iudiciarius*, 2,15,1:

Y si por ventura pasare el año sin que comparezca el que se oculta, y sin dar la fianza referida, el demandante se hace verdadero poseedor de la cosa, cuando por sentencia es puesto en posesión.

5. *Litis contestatio*

Costums de Tortosa 3,2,1: *No puede ni debe obligarse a nadie a que demande o acuse antes de comenzada la lite; pero después de comenzada débase obligar a llevarla hasta venir a sentencia, si la parte adversa lo reclama.*

Una vez resueltos los trámites preliminares, tenía lugar la *litis contestatio*¹⁵², esto es, el momento solemne en el que el actor fijaba una exposición, más bien sucinta, de sus pretensiones ante el magistrado –*narratio*–, ante la cual el demandado otorgaba una respuesta. Esta dialéctica procesal permitía fijar el objeto del litigio así como una situación de *litis pendentia*¹⁵³, al vincular no sólo a las partes entre sí, sino también en relación con el juez:

Partidas 3,1,3: *Començamiento e rays de todo pleyto ... es quando entra en el, por demanda e por respuesta, delante del judgador ... que dicen en latin contestatio.*

En torno a la *litis contestatio*, su centralidad en el proceso fue fijada por glosadores como Irnerio, Azón, y, posteriormente, Acursio. Ambos autores tuvieron muy presente que a la *narratio* del actor le debía suceder la *responsio* del demandado¹⁵⁴-, porque, en este momento procesal, es cuando las partes manifiestan definitivamente su intención de iniciar el proceso:

¹⁵² TANCREDEUS, *Ordo*, 2,1: *In superiori particula tractavimus de personis, quae debent consistere in iudicio. In hac secunda intendimus instruere iudicem, actorem et reum, in praeparatoriis ad iudicium, et in his, quae litis contestationem praecedunt*; GRATIA, *Summa*, 2,1: *Prima igitur particula breviter expedita, quae usque ad litis contestationem protrahitur, ad secundam, quae a lite contestata usque ad diffinitivam sententiam extenditur.*

¹⁵³ La necesidad de que exista el *animus litigandi* es constatada por toda la literatura procesal bajomedieval. Vid. TANCREDEUS, *Ordo*, 3,1,2: *litis contestationem solummodo tunc valere, quando ea intentione fit, ut in causa procedatur.*

¹⁵⁴ Véase en este sentido, *Brachylogus iuris civilis*, 4,13, rub. *De litis contestationem: Lis autem contestata tunc videntur, cum utraque parte praesente unus proponit, alius contradicit*; IRNERIUS, *Summa Codicis*. Ed. FITTING., H. Berlin, 1894, 3;3: *Litis autem contestatio tunc fit, cum iudex per narrationem et alterius parti responsionem causam audiere coeperit*; AZO, *Summa*, Lib. III, rub. *De litis contestatione: narratio fiat ab utroque ideo ut in causa procedatur, idest ut actor probet actionem suam, reus autem neget vel exceptionem opponat et eam probet*; c. un,X,2,5; GRATIA, *Summa*, 2,1,1: *actor reiteret petitionem suam in hunc modum: 'Peto litem contestando, quae in meo libello continentur*; 2,1,3: *reus... respondeat petitioni actoris sub hac forma: "Litem contestando nego in libello posita" vel "necio", vel "non credo me teneri ad praedicta.*

AZO: *Est autem litis contestatio negotii principalis hinc inde apud iudicem narratio et necessarium est ut hanc narrationem praecedat libellus, nisi forte remitteretur consensu partium [...] Patet ergo ex iis, quod actionis editio vel libelli oblatio non est litis contestatio: licet libellus exigatur ad hoc ut teneat ipsum libellum secuta contestatio: de quo libello et editione actionis plene tradidi supra de edendo. Quod autem dixi supra, ita est intelligendum ut in causa procedatur, id est ut actor probet intentionem suam, reus autem neget vel exceptionem opponat et eam probet. Si ergo fiat responsio in principali causa, sed non ea mente, ut in causa procedat: vel si resistat, sed iudici ut amico vel familiari narret negotium, contestando id se facere sine praeiudicio sui, et aliqua, ut declinet iudicium, proponat: non erit facta contestatio litis, quia fit narratio a reo, salvo iure suo¹⁵⁵.*

ACURSIO: *quod dicit narrationem, scilicet et responsionem, [...] merita enim causarum partium assertionem panduntur: [...] et quod subiicit per narrationem negotii scilicet principalis, ut debet mihi decem Titius et Titius dicit nego; vel non est verum, vel simile, ut si exceptionem opponat pacti vel iurisiurandi. Secus si dicat, non teneor respondere ratione iudicis vel actoris, vel temporis: quia tunc declinat. Item secus si dicat reus, respondeo, sed non animo contestandi litem [...] Quid autem si confiteatur? Responde non fit contestatio: sed puto, si erat libellus datus et animus contestandi hoc faciat, quod est contestatio, et dabitur definitive alias si simpliciter sic petat actor sine libello, non est contestatio: sed praecipitur reo ut usque ad certum tempus solvat¹⁵⁶.*

¹⁵⁵ AZO, *Summa Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II. Ed. VIOLA, M. III, rub. *De litis contestatione: de narratione ita est intelligendum si fiat ab utroque, ideo ut in causa procedatur id est ut actor probet intentionem suam, reus autem neget vel exceptionem opponat et eam probet.*

¹⁵⁶ ACURSIO, *Glossa in Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. VIOLA, M., 1968. gl. *Cum iudex, in fine, ad l. res in iudicium C. de litis contestatione (C. 3,9,1)*

Les Costums de Tortosa participan de esta concepción, al entender que con la *litis contestatio* se iniciaba la controversia judicial¹⁵⁷, por cuanto toda petición debía tener su correspondiente respuesta:

Les Costums de Tortosa 3,3,1: *Comienza el pleito cuando por mandamiento del Juez contesta el demandado negativamente o afirmativamente.*

Como advierte Azón, el demandado podía o reconocer el objeto de la demanda o simplemente disentir. En el primer supuesto, la *litis contestatio* no tendría lugar, porque el demandado confiesa en lugar de contradecir al actor, quedando, por tanto, libre éste de una prueba ulterior¹⁵⁸, salvo, como afirmara Pillius y Tancredus, que se probara que la misma se había fundado en un error de hecho:

TANCREDUS: *confessiones, quae fiunt ante litis contestationem, revocari possunt iusta de causa. [...] Si vero in iure, hoc est lite contestata [...] nec revocare potest, nisi probet se errasse, tunc revocare eam potest, probato errore*¹⁵⁹.

Si la parte negaba el tenor de las acusaciones, el juez ordenaba a las partes que procedieran a prestar juramento de calumnia.

¹⁵⁷ C. 3,9,1.

¹⁵⁸ AZO, *Summa*, rub. *De confessis: Conveniri volebam debitorem meum in X et sic ei libellum porrigere et ei edere actionem volebam, et ipse confessus fuit mihi debere quod petebam et cum pecuniam praemanibus non haberet petebat dilationem dari: an sit audiendus vel condemnandus ut solvat quaeritur. Et responde quod audiendum est ut detur modica dilatio sicut daretur condemnato, cum confessus pro condemnato habendus sit.*

¹⁵⁹ TANCREDUS, *Ordo*, 3,4,3; PILLIUS, *Summa*, 2,11.

6. El juramento de calumnia¹⁶⁰

Les Costums de Tortosa 2,18,1: *En la ciudad de Tortosa débese prestar juramento de calumnia en todo el pleito.*

Aunque en **Partidas** se confunda con el juramento de *manquadra*¹⁶¹, la mayoría de los ordenamientos bajo-medievales¹⁶² recogen una conocida institución del Derecho romano: el *iusiurandum calumniae*¹⁶³.

En sus *Instituciones*, Gayo escribe que, en virtud de este juramento, el demandado, antes de comenzar el proceso y a petición del actor¹⁶⁴, se comprometía solemnemente a no oponerse a la acción *calumniae causae*, es decir, a sabiendas de su falta de legitimidad:

GAI: *permittit praetor iusiurandum exigere NON CALUMNIAE CAUSA INFITIAS IRE*¹⁶⁵.

Gayo nos sigue informando que, a su vez, el demandado podría requerir al demandante para que jurase que no interpondría la acción por calumnia (*non calumniae causa agere*)¹⁶⁶. Prestado el juramento, el perjuro era sancionado con el pago de una pena y con la nota de infamia¹⁶⁷.

En definitiva, las partes *–primo actor, postea reo*¹⁶⁸–juraban hacer valer sus pretensiones basándose en la buena fe, esto es, se alegaba que su causa estaba

¹⁶⁰ COLON, G. y GARCÍA, A., *FURS*, vol. II, señalan como fuentes romanas seguidas en los *Furs* las siguientes rúbricas del *Codex*: C. *De iureiurando propter calumniam dando*, 2, 59; C. 8, *De reb. cred. et iureiur.*, 41; C. 1 *iureiu. propter cal. dand.*, 2, 59.; C. 2, *De rebus cre. et iureiur.*, 4, 1.

¹⁶¹ *Partidas* 3,2,23: *E esta jura es llamada otrosi en algunos logares Manquadra*. GARCÍA GONZALEZ, J., “El juramento de Manquadra”, *A.H.D.E.*, 25 (1955), pp. 215-219, señala las diferencias existentes entre ambos juramentos, aunque los fines, a su juicio, sean análogos.

¹⁶² c. 2,X,7,1; *Partidas* 3,2,9; *Costums de Tortosa* 2,5,1.

¹⁶³ MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico.II. El proceso*. Zaragoza, 1983, p. 380. Sobre el juramento en el ordenamiento visigodo, PETIT, C., “De Negotiis Causarum”. En *AHDE*, 56 (1986), pp. 85 ss.

¹⁶⁴ En este sentido, C. 3,1,14,4; C. 2,58,2 pr.; Nov. 49,3; Nov. 124.

¹⁶⁵ Gai. 4,172.

¹⁶⁶ Gai. 4,176.

¹⁶⁷ Gai. 4,9; 4,171 y 182.

¹⁶⁸ TANCREDUS, *Ordo*, 3,2,4: *Item iurant de calumnia tutor, curator, oeconomus, syndicus et actor, quia legitimam habent administrationem [...] Sed numquid minur.*

perfectamente fundada, y que con ella se pretendía únicamente la defensa de un legítimo derecho¹⁶⁹:

PILLIUS: *Iusiurandum de calumnia est quidam legitimus tramens, per quem litigantium temeritas et contentiosa instantia compescitur.*

TANCREDUS: *Iuramento calumniae est, cum quis iurat, se bona fide et non calumniandi animo agere vel respondere, ut Cod. de iureiuru. propt. ca. dand. 2, 59. l. 2. 1. (l. 2 pr.)¹⁷⁰.*

Este juramento, por el que las partes se comprometían a no realizar acto procesal doloso, fue regulado en **Les Costums de Tortosa** dentro de la rúbrica *De sacraments* y en los **Furs** en la rúbrica *De iureiurando propter calumpniam dando*, por lo que ente entendemos que el *iusiurandum calumniae* se debe entender como una garantía procesal y no como un medio de prueba.

Como señala Tancredus, generalmente se iniciaba después de la *litem contestatam*¹⁷¹, con la imposición de la *Cort* a las partes¹⁷², tanto en los pleitos civiles como criminales¹⁷³, de un juramento por el cual se comprometían, de forma personalizada

¹⁶⁹ C. 2,59,2: *et actor quidem iuret non calumniandi animo litem movisse, sed existimando bonam causam habere: reus autem non aliter suis adlegationibus utatur, nisi prius et ipse iuraverit, quod putans se bona instantia uti ad reluctandum pervenerit.*

¹⁷⁰ PILLIUS, *Summa*, 3,1; TANCREDUS, *Ordo*, 3,2,1.

¹⁷¹ TANCREDUS, *Ordo*, 3,2,2, quien, a su vez, sigue los preceptos marcados tanto por el Derecho romano –C. 2,59,2– como por el canónico –c. 6,X,2,7–. Principio que recoge la propia doctrina foral valenciana, MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine* III,9,2,1: *Lite contestata sive per responsionem directam Rei conventi, sive per lapsum termini foralis, & Judicis declarationem, modo traditio in praecedenti: primus actus faciendus, secundum communem, & antiquorem praxim judiciorum a Sanctionibus juris derivatam, esse solebat iuramentum calumniae.*

¹⁷² La obligatoriedad de prestar juramento de calumnia –recogida en C. 2,59,1– fue asumida por el Derecho canónico, c. 1,X,2,7; c. 5,X,2,7. En este sentido, TANCREDUS, *Ordo*, 3,2,4 se pregunta: *Quis praestabi iuramentum calumniae? Respondeo, principales personae, primo actor, postea reus [...] Item iurant de calumnia tutor, curator, eoconumus, syndicus et actor, quia legitimam habent administrationem [...] Sed numquid minor [...] Procurator vero de calumnia non iurat.*

¹⁷³ C. T. 3,1,1: Hecha reclamación al Veguer sobre cualesquiera cosa, en pleito civil o criminal. Vid. PILLIUS, *Summa*, 3,2: *Iuratur de calumnia in omnibus causis. [...] Hic quaeritur, an in criminalibus sit iurandum de calumnia? Resp., dicunt quidam, utique, adhaerentes illi verbo “in omnibus causis”, et alteri verbo “in omnibus litibus etc.”; TANCREDUS, Ordo, 3,3,3: In omnibus causis hoc iuramentum praestatur, exceptis spiritualibus”.*

–lo que implicaba que éste no podía ser alterado por los consejos de un asesor¹⁷⁴–, tanto a defender la veracidad de sus afirmaciones y a no diferir maliciosamente el pleito¹⁷⁵ como a la no sustracción de las pruebas y a la no prevaricación de los jueces; aunque, si una vez intimadas las partes, éstas no lo prestaban, se facultaba a la *Cort* para que pudiera desestimar la demanda o para tener al demandado por confeso¹⁷⁶. Pero, si se llegaba a prestar y no se ganaba el pleito, no por ello debían ser sancionados o imputados de perjurio. Esta sanción únicamente vendría impuesta cuando se menospreciase la religión del juramento, es decir, quien incurría en falso juramento no debería ser sancionado con pena corporal o ser incriminado por delito de lesa majestad, por entenderse, en consonancia con el Derecho romano¹⁷⁷, que era suficiente sanción la nota de perjurio.

¹⁷⁴ Este criterio, tomado del *Codex* 2,59,2,4 fue, como señala TANCREDEUS, *Ordo*, 3,2,7, prontamente recepcionado por los distintos *ordines iudicarii*: *En nota, iuramentum de calumnia remitti non posse; sed in omni causa, tam coram iudicibus, quam coram arbitris fieri debet, quia non pro commodo privatorum, sed pro communi utilitate mandatur fieri. ut Cod. e. t. 2,59. l. 2. sed quia veremur. 4.*

¹⁷⁵ De este proceder se hace eco el Rey Fernando en las Cortes de Orihuela de 1488, FURS 7,8,11: *de on se segueix que los littigants calumniosos moltes voltes differexen y allarguen la dicisió de les causes.*

¹⁷⁶ c. 2,X,2,5; c. 6,X,2,7. Asimismo, MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,2,11: *Poena nolentis praestare iuramentum calumniae, si fuerit actor, est amissio actionis, et si fuerit Reus quod habetur pro confesso, ut omnes Doctores superius relati profiterum.*

¹⁷⁷ C. 4,1,2: *Iurisiurandi contempta religio satis deum ultorem habet. Periculum autem corporis vel maiestatis crimen secundum constituta divorum parentum meorum, etsi per principis venerationem quodam calore fuerit periuratum, inferri non placet.*

7. Las dilaciones

SÉNECA: Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía¹⁷⁸.

Una vez que las partes habían prestado el juramento de calumnia se iniciaba, el acto que seguía a la *litis contestata*¹⁷⁹, o, como sostiene Tancredus¹⁸⁰: *Quoniam recepto libello et praestitis satisfactionibus reus dilationes petere consuevit*¹⁸¹, esto es, la solicitud de las partes al juez para que se les concediera un período de tiempo suficiente para la presentación de testigos o, en su defecto, para la posible impugnación de los testigos que se hubieran aportado¹⁸², tanto en las causas civiles como criminales, siendo su duración distinta: un mínimo de seis meses, máximo de un año, para las criminales, o entre tres, seis y nueve meses en las civiles, según sea dentro o fuera de la provincia, o bien en ultramar:

TANCREDUS: *Praeparatoriae sunt, quae dantur post litem contestatam ad testes quaerendos, instrumenta praeparanda, advocatos iveniendos et consilia amicorum petenda. Et sunt in causa criminali ad minus sex mensium, ad plus vero unius anni. In civili vero, si ex illa provincial, in quae causa tractatur, testes vel instrumenta petuntur, dabitur dilation trium mensium, ex*

¹⁷⁸ GARCÍA PONS, E., “El periodo a considerar en el derecho a un juicio justo”, *Revista de Administración Pública*, Nº. 151 (2000), p. 359

¹⁷⁹ Toda vez que, pasada esta fase, ya no se podrá interponer nuevas excepciones dilatorias. Así, TANCREDUS, *Ordo*, 3,1,6: *nulla exceptio dilatoria postea obiici potes; [...] ut testes recipiantur, et ad deffinitivam sententiam procedatur, quod ante litem contestatam fieri non potest.*

¹⁸⁰ PILLIUS, *Summa*, 1,11: *Ubi dicitur quod fiunt in iure, ergo post litem contestatam;* TANCREDUS, *Ordo*, 3,4,3: *no est verum, sed intellige in loco in quo ius redditur, et non “in iure” id est in iudicio;* DURANTIS, *Speculum*, 2,2,5,1: *In plerisque locis non fiunt positiones, sed, lite contestata, - iudex super singulis articulis libelli reum interrogat.- Sed in curia romana, et quasi ubique positiones formantur.*

¹⁸¹ TANCREDUS, *Ordo*, 2,17,1.

¹⁸² MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,2,15: *Secundus actus iudicii post litem contestatam; jam consuetudine, primus, est postulatio dilationis; seu termini ad probandum in materia principalis negotii: quod in omni curia Regni Valentiae fit, mediante libello positionum, sive articulorum, in quo actor universum factum probandum ponit, distributum in capitulis, sive articulis, eo modo quo facilius percipi a testibus possit, & melius probari;* En análogo sentido, la doctrina castellana, HEVIA BOLAÑOS, J. DE, *Curia Fhilibica*, I, p. 77: *Dilaciones son el espacio de tiempo para responder, ó porbar lo que dicen en Juico, como lo dice una ley de Partidas”.*

*continentibus provinciis sex menses indulgentur, ex ultramarine vero novem menses*¹⁸³.

Por su parte, en **Les Costums de Tortosa** la regulación es más concisa: solo se concede un plazo dilatorio de nueve meses para la presentación de testigos, cartas o documentos en los que se exponga que se debe demorar dado que se halla en ultramar. Si, por el contrario, no se hallaran en ultramar, la dilación se deja al buen arbitrio o juicio del juez, quien tomará como criterio las jornadas de ida y vuelta, más tres o cuatro días más para buscar los testigos. Habiendo días feriados, el plazo lo determinará según su buen juicio, con la finalidad de obtener “un término que sea conveniente”:

Les Costums de Tortosa 3,4,1: *Si se concede en pleito dilación o término a alguna de las partes para que presente testigos o produzca algún documento o carta que diga está en Ultramar, tiene tiempo de 9 meses, y no puede después sobre el negocio mismo ulterior prórroga.*

Y si no fuere necesario que se pase el mar, a arbitrio del juez, habida consideración a las jornadas de ida y vuelta, y tres o cuatro días más que necesite estar en el lugar para producirlos testigos. No sobreviniendo feriados; que en este caso, y tomándolos en consideración, debe fijar el juez, a su arbitrio, un término que sea conveniente.

A su vez se fijan determinadas circunstancias personales por las que se podía solicitar un periodo dilatorio:

[1] La ausencia de un abogado permitía la obtención de una prórroga a arbitrio del juez, en virtud de la lejanía del abogado, y previo juramento de no actuar con malicia. Regía igual criterio para quien lo tenía pero no podía disponer de él, bien por estar ausente o por enfermedad corta. En este caso se concedía una prórroga de 8 a 15 días, no concediéndose esta dilación si volvía a recaer de la enfermedad:

¹⁸³ TANCREDUS, *Ordo*, 2,17,1.

Les Costums de Tortosa 3,4,2-3: *A quien no tiene abogado en Tortosa o si le tiene, no puede disponer de él por el pronto, débese conceder una prórroga a arbitrio del juez, según esté cerca o lejos su abogado, jurando antes, a instancia de parte, que no procede con malicia.*

Y si le tiene, pero en viaje corto, o enfermo de corta enfermedad de 8 a 15 días, débele asignar una prórroga de 8 a 15 días. Pero después de esta asignación, bien el abogado, de regreso ya, se ausente de nuevo, o su enfermedad o viaje se prolonguen más de lo que en un principio se creyó, no debe concedérsele otra prórroga, sino que, con abogado o sin él o con otro que se nombre, debe seguir el pleito.

[2] Por breve enfermedad. Si es por larga enfermedad, está obligado a nombrar a un procurador que le represente en el juicio:

Les Costums de Tortosa 3,4,4: *El enfermo de corta enfermedad no está tenido de venir a Curia hasta que esté restablecido, porque si la enfermedad es larga, debe enviar procurador con quien el pleito se actúe.*

II

LA PRUEBA JUDICIAL

Introducción

BENTHAM: “el manejo de los asuntos domésticos se desarrolla enteramente sobre pruebas; nuestras más frívolas diversiones, suponen las más sutiles aplicaciones”¹⁸⁴.

Como señala Obarrio, “El proceso bajo-medieval, a diferencia del alto-medieval, ordálico y sacral, se caracterizó por la racionalización de los medios probatorios, cuyo afianzamiento y desarrollo fue fruto de la elaboración doctrinal de los civilistas y canonistas¹⁸⁵ insertos en la tradición del *ius commune*”¹⁸⁶. A este respecto, Baldus de Ubaldis señala:

BALDUS: *Probatio est ratiocinatio de re certificat per ipsam. Opinio est ratiocinatio de re dubia. Praesumptio est ratiocinatio sumpta a verisimili. Fama est ratiocinatio vulgi. Suspicio est suspicari de eo de quo est suspicandum. Iudicium est argumentum valde movens intellectum ad aliquid tradendum vel discernendum. Error est ratiocinatio propria veritati. Ignorantia est passio quam mens sentit*¹⁸⁷.

¹⁸⁴ BENTHAM, J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Santiago de Chile, 2020, p. 22.

¹⁸⁵ AZO, *Summa*, 3,19, rub. *De probationibus: Et quidem probatio est rei dubiae per argumenta ostensio*”. Criterio que posteriormente será recogido tanto por la literatura jurídica procesal. Así en TANCREDDUS, *Ordo*, 3,5,1: *Probatio est rei dubiae per argumenta facta demonstratio*; como por los decretalistas. Así, en HOSTIENSIS, *Summa Aurea*. II, Rub. *De Probationibus: Probatio est rei dubiae legitima facta declaratio*.

¹⁸⁶ LÉVY, J. P., “L’evolution de la preuve des origenes à nos jour. Synthèse generale”. En *B.S.J.B.*, 17 (1965), pp. 9 ss; “Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age”. En *R.S.J.B.*, 17 (1965), pp. 137 ss; “La formation de la thèorie romaine des preuves”. *Antiqua* 63. 1992, pp. 18-21. GILISSEN, J., “La preuve en Europe du XVI au debut du XIX siècle. Rapport de synthèse”. En *R.S.J.B.*, 12 (1962), pp. 469 ss. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J., “Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español”. En *A.H.D.E.*, 23 (1953), p. 473. MARTÍNEZ GIJÓN, J., “La prueba judicial en el Derecho Territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media”. En *A.H.D.E.*, 31 (1961), p. 19. OLIVER ESTELLER, B., *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*. Madrid, 1876-1881, pp. 515-517. SALVIOLI, S., *Storia della procedura civile e criminale*. Storia del Diritto italiano. Florencia, 1921, pp. 469 ss. VALLEJO, J., “La regulación del proceso en el Fuero Real”. En *A.H.D.E.*, 56 (1985), pp. 528-539. VAN CAENEGEN, R., “La preuve dans le droit du moyen age occidental. Rapport de synthèse”. *R.S.J.B.*, 17 (1965), pp. 752-753.

¹⁸⁷ BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros*, 2,19, rub. *De probationibus*, n. 1. Asimismo, en n. 1 *in fine*: *Nam lux corporalis solis interdum lucet nobis intuitive, quando inter osculos nostros & solem sunt nullae nebulae. Quandoque especulative & argumentative ut quando videmus aliquid per rationem intellectus. Quandoque obtenebratur nobis sol, ut quando inter veritatem & intellectum nostrum sunt tenebrosissime nubes, licet sol & veritas semper in se luceat, [...]*.

Les Costums de Tortosa recogen un conjunto disperso y no jerarquizado de pruebas que buscan la obtención del binomio prueba plena-condena¹⁸⁸. Para alcanzar este fin cuentan con dos medios esenciales: la carga de la prueba y los medios probatorios.

¹⁸⁸ LEVY, J. P., “L’evolution de la preuve”, ob. cit., p. 38. SALVIOLI, S., *Storia della procedura*, ob. cit., pp. 474-475. En materia de prueba penal, PAZ ALONSO, M^a. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVII)*. Salamanca, 1982, pp. 224-225.

1. La carga de la prueba: el principio *onus probandi incumbit qui dicit, non qui negat*

Les Costums de Tortosa, 4,10,4: *Si alguien en su testamento o en su última voluntad dice y hace mención que algún hombre le debe alguna cantidad de dinero, o tiene un encargo de él de algunas cosas, si la parte contraria lo niega, con aquel testamento o última voluntad, no se puede probar.*

Les Costums de Tortosa 1,1,13: *Y si no pudiese probar la señoría o no quisiese dirigir o sostener la demanda, absuélvase al demandado.*

Les Costums de Tortosa.7,4,5: *Si los derechos de los litigantes son oscuros o dudosos, la sentencia debe darse contra el actor; porque los demandados son de mejor condición que los demandantes, y los jueces deben más inclinarse a absolver que a condenar.*

El procedimiento alto-medieval¹⁸⁹, siguiendo los principios del ordenamiento germánico¹⁹⁰, atribuyó la carga de la prueba al demandado, al sustentar que éste era quien debía tener el conocimiento o la verdad de los hechos esgrimidos en juicio, lo que le diferenciaba de la parte actora, porque esta, como sostiene Calzada, se hallaba dentro del ámbito de la sospecha o de los meros indicios¹⁹¹. Por esta razón, el Derecho germánico asumió como propia la idea de que la

¹⁸⁹ LÓPEZ ORTIZ, J., “El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica”. En *A.H.D.E.*, 14 (1942-43), p. 186.

¹⁹⁰ *Edictus Roth.* 9-245-364-365: *Si quis post mortem patris filium de debitum appellaverit, quod pater debitor fuisset, et filius negaverit, praebeat filius sacramentum, quod pater ei debitor non fuisset, aut per pugna defendat si potuerit. Gloss. ad Roth. 151: Litigatores alii ostendunt rem esse suam, unde appellatur, ut rei Longobardi; alii rem unde agunt, ut Romani actores. Monumenta Germaniae Historica, IV. Hannover, 1965. Ed. G. H. PERTZ.*

¹⁹¹ CALZADA GONZÁLEZ, A., “El principio *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* y su recepción en los Furs y en Les Costums de Tortosa”, *La prueba y medios de prueba: De Roma al Derecho moderno*, Madrid, 2000, pp. 109 y ss; PIQUER MARÍ, J. M., *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de D. 22.3)*, Madrid, 2006; *Las pruebas ‘no-rationales’ en Roma: ‘ab urbe condita’ hasta finales de la República*, Madrid, 2010; “Estudio sobre la pervivencia estructural de los

prueba no se tenía que tomar como una carga sino, más bien, como un derecho o privilegio, esto es: como un *ius probandi* frente al actor-demandante, de forma que al demandado se le permitiese rehuir todos los peligros que concernían al uso desmedido de las pruebas ordálicas, toda vez que estas se basan en prejuicios o en valoraciones meramente subjetivas.

Con la recepción de los principios del derecho romano en materia procesal, esta concepción empieza a declinar a mediados del siglo XII, justo en el momento en que se empieza a tomar en consideración, de forma generalizada el principio tomado del *Corpus Iuris Civilis: onus probandi incumbit qui dicit*¹⁹², lo que permitía que la carga de la prueba recayendo, de nuevo, no en el demandado sino sobre el actor¹⁹³. En este sentido, Irnerio, siguiendo a Paulo, formuló la regla *ei qui dicit, non ei qui negat, incumbit onus probandi, nullo pro actore credito vel praesumto*¹⁹⁴, en torno a la cual Azón, y, posteriormente, Acursio afirmaron: *per rerum naturam quod affirmatur est ... quod negatur non est et sic non potest probari cum non habeat species nec differentias*¹⁹⁵, criterio que fue asumido por la totalidad de los comentaristas¹⁹⁶ y de tratados de práctica

criterios que conforman el *onus probandi* en derecho romano clásico en los *Furs* y en *Les Costums de Tortosa*", *Glossae*, 14 (2017), pp. 660 y ss.

¹⁹² Esta *regulae iuris* la podemos encontrar formulada en C. 2,1,4; 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*. Con carácter genérico, Gai. 4,93; D. 6,1,9; D. 22,3,2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; D. 22,3,21: *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*, siendo, con posterioridad, asumida por los distintos *ordines iudiciorum*.

¹⁹³ El Derecho visigótico asumió el principio *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, tal y como se desprende en los siguientes preceptos: LV 2,1,23, *antiqua*; LV 5,7,8, *antiqua*.

¹⁹⁴ IRNERIUS, *Summa Codicis*. Ed. FITTING, H. Berlín, 1894, rub. *De probationibus*, 4,19,6.

¹⁹⁵ AZO, *Summa*, IV, rub. XIX, *De probationibus; Lectura Super Codicem. Liber II*, tit. 13,9, rub. *De procuratoribus; Brocardia*, rub. XXI, *De probationibus*, fo. 66 v.; ACCURSIUS, *Glosa in Digestum Vetus. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. VII. Ed. VIORA, M., *Liber XII*, Rub. *De probationibus et presuntionibus*. Máxima que, con posterioridad, será asumida por los Comentaristas. Así, en BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *In secundum Digestum Vetus. Partem Commentaria*. Augustae Taurinorum, 1589. Tit. *De probationibus & praesumptionibus, lex II*: "*Ei incumbit: primo, quod ei, qui dicit, incumbit onus probandi. Veniamus ad secundam, dicitur hic, quod ei qui negat, non incumbit onus probandi*".

¹⁹⁶ SAXOFERRATO, B. DE, *Super Secunda Infor. Vo. 4, De bonorum possessione furioso, insanti, muto, surdo, caeco competenti rubrica, Lege Mutus*, num. 4: *Probando quem fuisse furiosum certo tempore vel mensibus transfertur onus probandi in adversarium*. Asimismo, en el ámbito testamentario, la doctrina medieval y moderna mantuvo el criterio *testamentum praesumitur perfectum ratione voluntatis*, por lo que, quién impugnaba su validez debía probarla: *quia dicenti testamentum invalidum regulariter onus probandi incumbit*. Prueba que, como la propia literatura jurídica indica, tenía que ser plena¹⁹⁶, concluyente y eficaz, porque *in dubio pro testamento iudicandum est*. Cfr. BURGOS DE PAZ, S., *Ad leges Taurinae, Lege 3*, num. 251: *Ex quibus constat, nostram sententiam probabiliorum esse contra Bartolus in dicta lege in testamento, quam intelligas, cum constiterit testatorem adulteriora venire voluisse: siquidem alias non sit praesumendum, testamentum ratione voluntatis esse imperfectum*; GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Lege 3*, num. 105; ESCAÑO, F. DE, *Tractatus de perfectione*, Cap. 16, num. 2; MANTICA, F., *Tractatus de coniecturis*, Lib. 2, Tit. 9, num. 1.

procesal¹⁹⁷, salvo para supuestos tasados, como pudiera ser la contumacia. En efecto, la rebeldía judicial se convirtió en un perjuicio para el ausente¹⁹⁸, en una carga o una presunción de culpabilidad frente a la parte compareciente: *Condictio contumacis nunquam est melior, quam non contumacis*¹⁹⁹. En este sentido, el efecto principal de esta no comparecencia consistió, nos dirá Gutiérrez, en que se invirtió la carga de la prueba, que hasta ese momento incumbía al actor:

GUTIÉRREZ: *solent iudices declarando pro confesso reum contumacem [...] et effectus erit, quod onus probandi, quod actor habeat, transfertur in reum*²⁰⁰.

Salvo estos supuestos, la regla fue que la carga incumbía al actor y no al demandado. En concreto, Tancredus Bononiensis, en su *Ordo iudicium* estableció una serie de supuestos tasados en los que el demandado asumía la carga de la prueba²⁰¹:

[a] **Exceptio**. Cuando negaba o excepcionaba un derecho –*quoniam in exceptionibus reus fit actor*²⁰²–. 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. En este supuesto, la excepción del demandado le convertía en actor, salvo en el supuesto de la *exceptio non numerata pecuniae*, tal y como lo recogerá, asimismo, **Les Costums de Tortosa**:

¹⁹⁷ PILLIUS, *Summa*, 3,6: *Probare quidem debet actor, quod dicit, ut Cod. de edend. 2, 1. l. 1 et 1 qui accusare. 4 et Dig. de probat. 22, 3. l. 2. ...*; TACREDUS, *Ordo*, 3,5: *Probare debet actor et accusator, qui aliquid dicunt, si reus negat, ut Dig. de Probat. 22,3. l. ei incumbit. 2*; DURANDUS, G., *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione*, 3. *Postquam*, num. 1: *Porro si debitor principale instrumentum debiti cancellatum penes se forte ostendat, tunc etiam incumbit ei onus probandi, qui affirmativam proponit.*

¹⁹⁸ GUTIÉRREZ, *Praxis criminalis civilis et canonici ... Salmanticae*, 1643. Lib. 1, *quaestio* 46, num. 4: *verius existimo respondendum quod lex Nostra loquitur et procedit quando iudicium inceptum fuit a petitione: unde merito quod tunc reus se constat: at vero l. altera quando non a petitione, sed a citatione incepit et reus non comparevit quaere cum nihil a principio fuiste petitum, non potest haberi pro confesso reus, sed tantum pro contumacem simpliciter, ut contra ejes bona procedi possit ad missionem in possessionem ex primo et secundo decretis, et hoc ne melioris conditionis sit contumax, quam comparens, ut in principio illius legis dicitur, et sic diversae sunt potius, Quam contrariae dictae leges praemaxime quia etsi ambae ejusdem auctoris sint, nempe Regis Ildefonsi, in Curiis de Alcalá, anno 1386, illa est in tit. 6 nostra vero in 7 ut earum supraescriptionibus patet ... Nec obstat quod supremi iudices nostrae legis poenam minime servant: nam ipsi auctoritate pollent ad id, inferiores vero minime.*

¹⁹⁹ FONTANELLA, *Decisiones*, *Decisio* 275, num. 14.

²⁰⁰ GUTIÉRREZ, *Praxis*, Lib. 1, *quaestio* 46, num. 3.

²⁰¹ OBARRIO MORENO, J.A., “La prueba judicial en los Furs de Valencia”, *AHDE* 70 (2000).

²⁰² TANCRDUS, *Ordo*, 3,15,3.

TANCREDUS: *Exceptio transfert onus probationis in reum; puta, peto a te decem, et tu exceipis, quod salvi, quod praescripsisti; has exceptiones probare teneris, quoniam in exceptionibus resu fit actor. Et hoc quidem verum est, si reus excipiendo aliquid assert. Ceterum si excipiendo negat, secus est; ut pate in exceptione non numerate pecuniae, quoniam ea a reo proposita actor tenetur probare numerate et non reus exceptionem*²⁰³.

Les Costums de Tortosa 4,14,1: *Qui otorga uno a otro carta de debito fiado en que le entregará la cantidad a la dicha carta se refiere, y después no quiere dársela el acreedor [...] puede oponerle el deudor la excepción de dolo y del dinero no contado. Y si renuncia el deudor a la excepción de dolo y del dinero no contado, queda firme y estable la carta, sin contraste que no cabe hacerse por esta ni por otra razón u excepción. Y si no consta en la carta esta renuncia, debe probar el acreedor que entregó al deudor el dinero a que la misma se refiere, y si no prueba: mediante sentencia débesele restituir el documento al deudor.*

Les Costums de Tortosa 4,11,34: *Qui Aunque nada deba probar el convenido, si excepciona y niega el demandante la verdad de su excepción, deberá aquel probarla; porque en méritos de la excepción propuesta y en cuanto a ella se refiere, el convenido se convierte en actor, y el actor en convenido.*

No obstante, cabe observar lo que le ocurría al demandado que no puede probar la excepción expuesta a las pruebas plenas aportadas por el actor. Así, con carácter particular, recogido en c. 5,X,2,14 para un supuesto de contumacia²⁰⁴:

²⁰³ TANCREDUS, *Ordo iudicarius*, 3,5,2.

²⁰⁴ Véase el tenor del prooemio: *Qui fundata intentione actoris exceptionem peremptoriam obiicit, quam non probat in continenti, sed accipit inducias, si defecerit in probando, condemnatur in continenti, diffinitiva non exspectata, in expensis, ac solvere cogitur; quod si non potest, punietur in corpus secundum arbitrium iudicis.*

c. 5,X,2,14: *Finem litibus cupientes imponi, ne partes ultra modum graventur laboribus et expensis, praesertim quum de beneficiis vel officiis ecclesiasticis litigatur, quae sine dispendio diu vacare non possunt, praesenti decreto statuimus, ut, postquam intentionem suam altera pars fundaverit, si reliqua forte voluerit legitimam exceptionem opponere, quam nolit aut nequeat in continenti probare, quia frequenter ad impediendum vel differendum processum exceptiones huiusmodi per excogitatum malitiam opponuntur, ad solvendas alteri parti moderatas expensas extunc in iudicio faciendas, cum acceptis induciis, si forsitan in probatione defecerit, condemnetur. Et si solvendo non fuerit, alias secundum arbitrium discreti iudicis puniatur, ut hoc saltem timore perterritus non facile quis in gravamen alterius falsas exceptiones opponat.*

De la lectura del texto se desprende la voluntad papal de que los pleitos no se alarguen en exceso, máxime cuando éstos son sobre beneficios eclesiásticos. Para ello establece que si una de las partes funda su intención en pruebas testificales, documentales, en la confesión de su adversario o en el carácter notorio del hecho, si la parte contraria opone, a su vez, una legítima excepción, si ésta no la puede probar, se vería condenado al pago de los gastos ocasionados a su adversario, o, en su defecto, a otra sanción impuesta por el juez.

[b] Pro actore praesumptio. 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 demandado se negaba, a él le correspondía la carga de la prueba. Asimismo, si un tercero dejaba en testamento algún bien al obispo, si este negaba que los bienes pertenecían a la iglesia como institución, y no su persona, por cuanto los detentaba, debía probar que no pertenecían a esta, sino a su persona:

TANCREDUS: *Praesumptio, quae est pro actore, transfert onus probationis in reum; quia, si frater petit a fratre partem praedii, quod fuit patris communis, quamvis reus neget illud pertinere ad*

actorem, tamen probare debet, qualiter ad se tantum pertineat. Item, si aliquid relictum fuerunt in testamento episcopo ab extranea persona, praesumitur, quod intuitu ecclesiae sit ei relictum; unde, licet episcopus sin in possessione et neget illud pertinere ecclesiae, probare debet sibi relictum.

[c] **Spontanea probationis assumptio.** Cuando voluntariamente asumía la carga de la prueba.

TANCREDEUS: *Spontanea probationis assumptio: quia, si reus vul onus probationis subire, mos ei gerendus est.*

[d] **Iuramenti delatio.** Cuando aceptaba el juramento deferido por el juez.

TANCREDEUS: *Item iuramenti delatio: quoniam si iuramentum defertur reo a iudice, suscipere ipsum debet, et si praestat, cedit loco probationis.*

[e] **Actoris privilegium.** 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:

TANCREDEUS: *Actoris privilegium transfert onus probationis in reum; quoniam qui repetit tamquam indebitum, quod prius solverat, regulariter debet probare indebitum, sed si persona privilegiata sit is, qui repetit in debitum, puta pupillus, vel minor, miles, vel Agricola, reus debet probare se debitum recepisse.*

[f] **Rei delictum.** Si el reo niega que no ha recibido el dinero que afirma y prueba el actor que recibió, el reo debe probar la ausencia de la mencionada entrega.

TANCREDUS: *Item rei delictum: quia si reus, a quo indebitum solum repetitur, negat se pecuniam ab actore recipisse, actore probante solutionem, reus habet necesse probare se debitum recepisse.*

[g] **Rei negativa habet affirmativam implicitam.** Cuando una negación implícita conlleva una afirmación explícita. Así si un hijo de familia niega estar sometido a patria potestad o que la emancipación fue realizada incorrectamente, debe probarlo. De igual modo, quien niega que el testador está en su sano juicio, quien esto niega debe probar su enajenación mental:

TANCREDUS: *Negativa implicita, quae habet in se affirmativam, probari debet a reo, quia quodammodo asserendo inficiatur vel negando asserit; puta, filiusfamilias negat se esse in potestate patris sui et emancipationem suam negat recte factam, probare debet, quamvis neget; item si negat testatorem fuisse sanae mentis, qui negando implicat eum alienum a mente, hoc probare debet.*

Indirecte autem bene probatur. Asimismo, Tancredo fija una máxima: no cabe la prueba de una negación directa, si bien sí una indirecta. Así cuando se me pide la cantidad de diez, porque se afirma que hubo una promesa de entrega, si la promesa se niega, pero se presenta una prueba de la promesa mediante un documento realizado en tal día y lugar, si se prueba que se estaba ese día fuera del lugar fijado en el documento, este no posee validez alguna –*probatum meum negativa indirecte*–:

TANCREDUS: *Alias generaliter verum est, quod qui factum simpliciter negat, probare non debet, quia negative directe probari non potest., hoc modo: tu petis a me decem, quae dicis a me tibi promissa; ego nego me promisisse; tu probas promissionem per instrumentum tali die et tali loco confectum; si proba me die illo longe extra provinciam illam fuisse, probatur meum negativa indirecte, nec creditur instrumentum.*

La carga de la prueba debía realizarse, o ser probada, ante el juez, no ante el adversario, si bien este debe estar presente en todo tiempo:

TANCREDUS: *Cui probari debet? Iudici tantum et non adversario; licet praesens esse debeat adversarius*²⁰⁵.

Ante la pregunta sobre qué se debe probar, Tancredo responde que las cuestiones litigiosas sobre las que había recaído alguna excepción o réplica una vez presentadas en el juicio, siendo válida la prueba realizada mediante testigos o documentos, no así por otros medios de prueba.

TANCREDUS: *Sequitur: quid probari debet? Respondeo, id quod deductum est in iudicium et super quo lis est mota, sive directe, sive in modum exceptionis vel replicationis, quoniam si probatur per testes vel instrumenta aliud, quam in iudicio deductum est, vel si testes inducuntur ad unum articulum tantum est dicunt super alio, non valet dictum eorum in illo alio articulo*²⁰⁶.

Por lo que respecta al momento procesal en que se debía realizar la prueba, Tancredo no duda en señalar que este se tenía que realizar una vez realizada de la *litis contestatio*, y no con anterioridad:

TANCREDUS: *Quando debet probatio fieri? generaliter post litem contestam, super illo articulo, qui in iudicio deductus est et negatus, ita quod primo probanda est actoris intentio, secundo rei exceptio*²⁰⁷.

En el ámbito canónico²⁰⁸, cabe destacar cómo, al igual que en el Derecho romano, el *onus probandi incumbit qui dicit, non qui negat -cum hoc primae sedis episcopo fuerit probatum-* se hallaba ya presente en el Decreto de Graciano. Con carácter ejemplificador,

²⁰⁵ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,5,3.

²⁰⁶ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,5,4.

²⁰⁷ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,5,5.

²⁰⁸ C.16 q. 3 c. 7; C.28. q.2 c.6; c.2.X.2.19; c. 3,X,2,19; c.7.X.2.9; c. 1.X.2.13; c.12.12.X. 5.33.

en c. 1 C. IV q 5, ya está presente, si bien con la salvedad de que se permite su revocación cuando el demandado, en el plazo de un mes, prueba que su ausencia no ha sido deliberada, sino por causa justificada:

c. 1 C. IV q 5. *Non est a communione suspendendus, qui die statuta ad causam peruenire non potuit*

Quisquis episcoporum accusatur, ad primates prouinciae ipsius causam deferat accusator. Nec a communione suspendatur cui crimen intenditur, nisi ad causam suam dicendam electorum iudicum, die statuta, litteris euocatus minime occurrerit, hoc est infra spatium mens ex ea die, qua eum litteras accepisse constiterit. Quod aliquas ueras necessitatis causas probauerit, quibus occurrere non potuisse manifestum sit, suae causae dicendae intra alterum mensem integram habeat facultatem. Verum tamdiu post mensem secundum non communicet, donec purgetur. Si autem ad uniuersale concilium occurrere noluerit, ut uel ibi causa eius terminetur, ipse in se dampnationis sententiam dixisse iudicetur. Tempore sane, quo non communicat, nec in sua ecclesia uel parrochia communicet. Accusator autem eius, si numquam diebus causae dicendae defuerit subtrahens se, a communione non remoueat. Si uero aliquando defuerit subtrahens se, restituto in communione episcopo, remoueat a communione accusator, ita tamen, ut nec ipsi adimatur facultas causae peragendae, si se ad diem constitutam occurrere non uoluisse, sed non potuisse probauerit.

Esta máxima, que fue recepcionada en el ordenamiento peninsular de forma desigual. Así, en la mayoría de los ordenamientos bajomedievales se desprende que la carga material de la prueba, a menos que el demandado quisiera aceptarla voluntariamente correspondía al actor quedando, en consecuencia, el demandado absuelto cuando no se pudiera probar aquello que se afirmaba²⁰⁹:

²⁰⁹ Fori Antiqui Valentiae 97,6; 97,7: *Cum quis fundum ab alio pecierit eo, quia ad ipsum pertinebat, dicendo illum fundum esse suum, et, quia hoc probare non poterit, adversarius fuerit absolutus, ...; 97,8: ... et, quia hoc probare non potuerit, adversarius sit absolutus, ...; 62,23: Qui vanaverit se*

Lo Codi 3.6: *El offiçio del actor es tal que él deve e por quál razón él demanda e deve provar aquello que demanda 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 confesar que ome le demanda [...] 4. Mas quando confiesa 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 probar 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, vençrá 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 debe 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 esçepción dévela provar como es dicho de suso.*

Los Usatges, 168. Affirmantis: *Del affirmant és provar, no del negat; e aço per totas cosas serà, en exceptió, e en replicatió, e en altrás cosas semblants.*

Partidas 3,14,1: *E naturalmente pertenece la prueba al demandador, quando la otra parte negare la demanda, o la cosa, o el fecho, sobre la pregunta que le faze.*

Fori Antiqui Valentiae 61.1: *Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iuditorium prosequere; nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum, te in probatione cessante, dominium.*

probaturum et in plena probatione defecerit petens quod adversarius non prestito iuramento, debet autem precise dicere quod probabit vel non, tempore vanationis, nec debet dicere sub alternatione hoc vel illud, et debet nominare personas testium curie, si sciuntur.

La Costumbre de Lérida 3,131: *et hoc petat emptor infra duos menses a venditore, et quod probet emptor adversus venditorem quod illud malum coopertum habebat res empta in posse venditoris; et ex tunc, scilicet, duobus mensibus elapsis, si infra eos, ut dictum est, emptor non pecierit a venditore, ei venditor non teneatur.*

No obstante, en *Fuero Real* se concluye que cada parte litigante viene obligada a probar cuál es su fundamento:

Fuero Real 3,8,2: *mandamos que amas las partes trayan sus testigos; y amas las Partes dieren tanatas testimonias, y tan buenas [...].*

Frente a estos dos criterios, en aquellos otros ordenamientos en los que se constata una sólida raíz consuetudinaria prevalece la *regulae iuris* del procedimiento germánico, la cual, como ya ha quedado puesto de manifiesto, atribuye la carga de la prueba al demandado. Un ejemplo claro lo hallamos en *El Fuero General de Navarra*, donde se afirma que es el demandado el que debe probar la afirmación de que pagó su renta. *El Fuero General de Navarra*, donde se afirma que es el demandado el que debe probar la afirmación de que pagó su renta:

Fuero General de Navarra: 3,5,11: *vanal al alcalde entre ambos, et darlis por iuycio el alcalde que iure el villano sobre latar que la peyta que ha de dar dada lá, et que non deve mas, et con tanto sea quito el villano.*

Sin embargo, la doctrina reconoció que este brocardo constituyó un ejemplo claro de recepción del principio *necessitas probandi incumbit actori* en la praxis judicial. Así, dentro del mundo de la praxis forense, esta principio se puede observar en una multiplicidad de supuestos es muy grande, y no siempre con idéntico resultado: LEÓN:

*Solutionem alleganti incumbit onus probandi [...] Reus absolui debet, si dubia sit facta probatio per actore*²¹⁰

Con carácter ejemplificador, cabe observar que la doctrina de la Corona de Aragón advierte que, en consonancia con el principio de legalidad, estaba presente el principio de fe pública o de autenticidad, por lo que se entiende como un hecho incuestionable que el documento notarial, rubricado personalmente por el propio *tabellio*, ostentaba una clara presunción de veracidad y de autenticidad en el cargo de fedatario público, de ahí que quien cuestionaba la legitimación del escribano público se veía en la obligación de probarla –*Instrumentum receptum in Regno a Regni Notario habet praesumptionem pro se, quod illud lustrans fuerit publicus Notarius, et dicenti non fuiste Notarius incumbit onus probandi*²¹¹–:

MOLINO: *Notarius praesumitur esse, ille, qui testificatus fuit instrumentum, si notarius erat de regno, quia non est verisimile, quod quis in instrumento dicat se notarium, si non esset, ex quo est de regno. Secus, si est extra regnum ... Et si negatur, scripturam esse notarii cui, incumbat probatio ... quia probatur per communem reputationem, quod erat notarius: et quod publice fungebatur officio tabellionatus*²¹².

²¹⁰ LEÓN, F. H., *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae. Oriolae*, 1635. II, 139,1-3.

²¹¹ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, num. 81: Nunc libet advertere pro decisione quaestionis in praxi frequentissimae, quod si instrumentum inveniatur signatum a notario, et negetur notarium fuisse, qui illud signavit, tunc videndum est, an instrumentum receptum in Regno reperiat, et a notario regnicola signatum, et hoc in casu instrumentum habet pro se praesumptionem de jure, vere fuisse notarium publicum, per quem lustratur signatum.*

²¹² MOLINO, M., *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum: una pluribus cum determinationibus Aragonum practicis atque cutelis eisdem fideliter annexis. Cesaraugustae*, 1513. *Verbo Notarius*. En análogo sentido, fo. 232: *Notario si mandetur periudicem, quod tradat aliquas scripturas et quod veniat personaliter ad faciendum relationem, si notarius respondet in instrumento dictae litterae, quod nullas tenet scripturas, sufficit sibi dicta responsio, nec tenetur notarius venire. PORTOLÉS, J., Tertia pars Scholia siue adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum. Cesaraugustae, 1590. V. Notario, num. 19: Sed prior opinio, quod numquam Notarius necessario probandus est, nisi quando pars contraria expresse opponit, quod recipiens Notarius non est, verior, et receptior est, [...]; num. 20: Secunda conclusio sit, quando pars adversa escipit, et dicit, quod ille qui instrumentum dicitur testificasse, Notarius non est, qui illud instrumentum producit probare tenetur, illum Notarium esse; SESSÈ, J. DE, *Decisionum*, Tomo 2, *Decisio* 132, num. 1; *Decisio* 83, num. 30: ... et an notarius praesumatur alienigena, qui extra Regnum fecit instrumentum, et illud exhibetur in Regno, non probata qualitate notari, nam si sit alienigena non praesumitur notarius in Regno nisi probetur, secus si sit regnicola [...] Maxime si opponatur quod non est notarius nam etiam tunc de iure probanda est qualitas notariatus; PAREJA QUESADA, G., *De universa instrumentorum*, Tit. 1, *Resolutio* 3, Cap. 2, num. 53: *Tertio quando persona Tabellionis esset nota, tunc enim alia recognitione, siue comprobatione, non indiget instrumentum ab ipso leuat, et in longiquis partibus productum.**

Presunción que precluía cuando el notario no era del Reino, el cual, al ser “aforado”, solía recibir documentos que provenían de otros reinos peninsulares. Ante este supuesto, y con una finalidad tuitiva, se exigía que el propio *notarius* acreditase su condición de fedatario público, su calidad de notario –*Instrumentum extra Regnum receptum non habet istam praesumptionem, sed allegans fuisse Notarium publicum, qui illud recepit tenetur probare*²¹³–:

SESSÈ: *Multoties vidi dubitari de modo, quo concludere debent [...] legalitatis notarii forensis, si notariatus qualitas negetur, vel non confiteatur, et dixit de forensi et extraneo, quia quando est de Regno ille, qui testificatus est instrumentum tamquam notarius subscriptus in eo, tunc praesumitur notarius nec talis qualitas probanda est, quia secundum Molinus [...] non est verosimile quod quis instrumento dicat se notario, si non esset, ex quo est de Regno. Secus autem si esset extraneus, et extra Regnum, ut ibi quia esset probanda talis qualitas non enim ex eo quod in fine instrumenti dicatur, ego talis publicus notarius scripsi et clausi, probatur quod talis sit notarius; assertio enim talis non relevat producentem sine literis testimonialibus authenticis, ... ubi concludit, quod ad illum qui produxit instrumentum incumbit onus probandi, quod ille qui confecit instrumentum, erat notarius*²¹⁴.

Centrándonos en el ámbito estricto de **Les Costums de Tortosa**, en estas se reconoce plenamente el brocardo de derecho romano, por el que se establecía que la imposibilidad de la prueba determinaba la absolución del demandado:

Les Costums de Tortosa 4,10,5: *En todas horas son dadas pruebas a aquél que afirma o dice alguna cosa que le pertenece a él, o le debe pertenecer, o diciendo que le es debida [...] con aquél que niega no se le debe ni cargar con la prueba; si él, por*

²¹³ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, num. 82: *Si autem notarius non esset regnicola, sed forensis, et extra Regnum instrumentum reperiatur attestatum, facta notariatus negatione, ut instrumento credatur, debet probari a producente qualitas notariatus.*

²¹⁴ SESSÈ, J. DE, *Decisionum*. Tomo 2, *Decissio* 132, num. 1 y 4.

su propia voluntad no quería probar: a nosotros [al actor] nos tocaba la carga de la prueba.

Les Costums de Tortosa 4,11,25: *Y si le falta la prueba al actor en plena aprobación y pide que se pruebe el adversante, no debe ser oído, y sí absuelto éste, (el adversante) jurando, cuando los jueces se lo ordenen, que no es verdadera la demanda interpuesta contra él.*

En consonancia con la máxima *onus probandi incumbit qui dicit, non ei qui negat*, se recoge el principio *ius romanista –Negatis probatio nulla est–* que establecía la imposibilidad de probar una negación²¹⁵: *Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum neccessitate monstrandi contrarium non astringit, cum per rerum naturam factum negantis nulla sit directa probatio*; criterio por el que el demandado no debía ser obligado a probar lo que hubiese negado, por entenderse que la naturaleza de la prueba negativa es *contraria omnis iuris*. En concreto la hallamos en:

c. 11,X,2,19; c. 12,X,2,19: *Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio, [...]; Volentes igitur, ut haec pestis contraria omni iuri penitus extirpetur a clero, fraternitati vestrae mandamus, quatenus in huiusmodi probatione negativae, dum tamen possit affirmativa ex adverso probari [...].*

c. 23,X,4,19; c. 5, X,1,9: *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est.*

Un principio que lo hallamos tanto en el Derecho Foral valenciano como en el tortosí:

²¹⁵ C. 14,19,23: *Actor quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum neccessitate monstrandi contrarium non adstringi, quam per rerum naturam factum negatis probatio nulla sit*; C. 4,3,10.

Fori Antiqui Valentiae 61,6: *Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum neccessitate monstrandi contrarium non astringit, cum per rerum naturam factum negantis nulla sit directa probatio.*

Les Costums de Tortosa 4,10,2: *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.*

Una prueba que, siguiendo los principios del Derecho romano y del *ius commune*²¹⁶, se llevará a cabo mediante el recurso a pruebas legales y tasadas, que permitan determinar la propiedad del objeto litigioso, lo que permitiría probar sobre la base de una *probatio plena*, y no en virtud de la discrecionalidad judicial, más propia del proceso altomedieval que del bajomedieval²¹⁷, el cual reclama, como leemos en los Furs de Valencia la presencia de unas pruebas legales ciertas y claras –*probationibus veris, legitimis et claris*–, que le permitan demostrar con claridad aquello de lo que acusa, lo que se traduce en la regla que establece que es preferible dejar libres a quienes no se les ha podido probar su culpa, aun siendo culpables, que condenar, por mera sospecha, a aquéllos que no son culpables. De ahí, nos dicen los fueros, que aquél que se vanagloriase de poder probar algún hecho contra su adversario y en plena prueba fallare, o aquél que habiendo

²¹⁶ RICCOBONO, “Traditio Ficta”, Z.S.S., 34 (1913), pp. 231 ss, señala que el principio de la libre apreciación de la prueba, de gran arraigo en el Derecho clásico, fue paulatinamente sustituido por un sistema de pruebas regladas o legales (C. 4,20,1), aunque todavía podamos hallar numerosas locuciones en las que se sienta tal principio tanto en el *Código* como en el *Digesto*. La necesidad de una *probatio vera et legitima* que se impusiese a una *probatio ficta* o *quasi probatio* fue asumida tanto por los numerosos *tractatus de testibus* como por las *Decretales* de Gregorio IX (c. 2,X,2,19: *Actor, qui plene probavit, non debet compelli iurare*; c. 12,X,2,19: *Si probari potest, reum deliquisse, eius probatio, quod non deliquerit, non est admittenda*; c. 5,X,2,21: *Si res aliter probari non potest, etiam in causa criminali compellendi sunt testes*; c. 27,X,2,20: *Et enim circumspectus iudex atque discretus iuxta illud, quod in iure civili cautum existit, motum animi sui ex argumentis et testimoniis, quae rei aptiora esse compererit, confirmabit*), lo que originó una clasificación tripartita de la prueba: plena, semiplena e imperfecta. En torno al proceso romano-canónico en la Baja Edad Media, SALVIOLI, J., *Storia della procedura*, ob. cit., pp. 465-476.

²¹⁷ LÉVY, J. P., “Le probleme de la preuve”, ob. cit., pp. 150-151.

hecho ostentación de prueba la delegara a su adversario, no debe ser oído, debiendo ser absuelto el adversario sin prestar juramento alguno²¹⁸:

Les Costums de Tortosa 4,10,6: *Cosa cierta es, que deben saber los acusadores que tales cosas se lleven en acusación, que claramente se puedan probar por buenos testigos o por buenas cartas.*

²¹⁸ FORI ANTIQUE VALENTIAE 62,23: *Qui vanaverit se probaturum et in plena probatione defecerit, petens quod adversarius non prestito iuramento, debet autem precise dicere quod probabit vel non, tempore vanationis, nec debet dicere sub alternatione hoc vel illud, et debet nominare personas testium curie, si sciuntur.*

2. La valoración de la prueba: el binomio prueba plena -prueba legal

GOLDSCHMIDT: “el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez siendo la verdad que se persigue solo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno subjetivo: el convencimiento del juez”²¹⁹.

En torno a la naturaleza jurídica de la prueba, no se puede negar que ésta se convirtió en una fase esencial y decisiva del proceso, lo que exigía establecer una prueba no subjetiva u ordálica, propia del Derecho altomedieval, sino una prueba objetiva y suficiente, esto es, de una *plena probatione* que imposibilitaría que, como ya ha quedado recogido en páginas anteriores, que el juez, en virtud de su *potestas*, pudiera condenar a un reo por una mera sospecha o presunción, o por una circunstancial prueba²²⁰, lo que evidencia, en última instancia, la lógica la influencia del Derecho romano, así como del canónico, en particular, de las *Decretales* y del *Decreto* de Gregorio IX²²¹.

Al amparo de esta tradición jurídica, de la que nos sentimos herederos hoy en día, la mayoría de los Ordenamientos bajomedievales –lógicamente, **Les Costums de Tortosa** no fueron una excepción, tal y como se ven en C. T. 4,10,6– no dudaron en introducir un sistema de pruebas legales y tasadas –testigos, documentos, juramento, etc.– en los que se indicaba qué medios de prueba se podían concurrir en juicio, y con qué fuerza probatoria. Como ya se ha expuesto reiteradamente, la razón no podía ser otra que la de evitar la arbitrariedad judicial y el posible abuso o negligencia que este pudiera realizar a la hora de juzgar; por lo que, a partir de este instante, lo determinante en la sentencia pasaría a ser las pruebas aportadas, y no la convicción a la que pudiera llegar el *iudex*²²²:

²¹⁹ GOLDSCHMIDT., J., “Derecho Procesal Civil”, *Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Labor, 1936, p. 256.

²²⁰ LÉVY, J. P., “Le probleme de la preuve”, ob. cit., pp. 150-151.

²²¹ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J., “Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español”. En *A.H.D.E.*, 23 (1953), p. 63.

²²² Este sistema, deudor del Derecho romano, es asumido de lleno por la canonística medieval. Así, en las *Decretales*, tras afirmar que nadie debe ser compelido para que aporte pruebas que le inculpen – c. 1,X,2,19: *ea, quae contra te sunt, apud temetipsum debes documenta requirere, in mediumque proferre*–,

Esta concepción se halla recogida en la rúbrica *De Curia*. En la, misma, tras ordenar a la *Cort* que juzgue todos los pleitos civiles y criminales, observando en todo las costumbres de la ciudad, se indica cómo los pleitos no han de ser juzgados según la conciencia o la moral del Justicia, sino que éste ha de atenerse únicamente a lo que las partes aleguen y prueben ante él, pues es conveniente que el juez dicte sentencia conforme a los hechos que ante él fuesen probados legalmente:

Les Costums de Tortosa 1,3,1: *El Veguer [...] guardará razón y justicia a todos, cristianos, judíos y sarracenos, y a cada una de las personas, cualquiera que sea su país, que tengan pleito en Tortosa o en su término. Debe jurar también [...] que no administrará justicia dejándose dominar por el odio, favor, amor, temor parentesco, vecindad, ni por lograr don, servicio o promesa.*

En análogo sentido en los **Furs** podemos leer:

Fori Antiquie Valantiae 3,2; 3,3: *Curia sive iudex non secundum conscienciam suam vel secundum quod scit ut privatus iudicet causas, set secundum quod partes allegaverint coram eo et probaverint, quia iudicem ex fide eorum, quae sibe probabuntur legittime, convenit iudicare.*

De lo expuesto se desprende que el oficio del *iudex* consistía en investigar e indagar, con plena diligencia, todo lo que puede concernir al juicio, presteza que se presenta como la búsqueda de la verdad procesal, la única que permite que se pueda juzgar y resolver, con rectitud y celeridad el pleito.

Una hermenéutica correcta nos hace decir que la finalidad del legislador no pudo ser otra que la de sustraer al juez del libre albedrío judicial, lo que determinó que su función se ciñera, en lo posible, a sancionar lo alegado y probado en el proceso judicial, de

se enfatiza –c. 12,X,2,19– en la necesidad de dirimir los pleitos basándose en pruebas legales, a saber: a través de los libros antiguos, por la fama o por cualquier otra ayuda que pudiese esclarecer la controversia.

forma que el tan anhelado binomio prueba plena-condena quedara, ratificado, y con él se alcanzaba la verdad objetiva, la única verdad a la que se pretende llegar²²³.

Pero una lectura minuciosa de los distintos preceptos que componen los *Les Costums de Tortosa* nos hacen ver cómo el legislador, para obtener esa verdad objetiva o prueba plena, o, como leemos en *Partidas*, de unas pruebas *claras como la luz en que no vengan ninguna dubda*²²⁴, no duda en acudir a medios probatorios indirectos o subjetivos tales los indicios, las presunciones o la tortura, lo que nos lleva, como ya hiciera en su día Lévy²²⁵, a utilizar con cautela la expresión “pruebas legales”, por entender que con ellas se da paso a una cierta valoración nada objetiva, lo que siempre va en detrimento del demandado.

²²³ Es lo que SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 406, define como el paso o sustitución de la certeza moral por la legal.

²²⁴ *Partidas* 3,14,12; 7,1,26.

²²⁵ LÉVY, J. P., “L’evolución de la preuve”, ob. cit., p. 37; “La formation de la théorie romanien”, ob. cit., pp. 18-21

3. Los medios de prueba

CARNELUTTI: “Casi toda la doctrina tiene conciencia más o menos sincera de esta alteración del significado corriente de la palabra prueba, y tras haber advertido que prueba es la demostración de la verdad de un hecho, siente casi siempre la necesidad de precisar su significado jurídico completando así la definición: demostración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales (por modos legítimos) o, más brevemente, demostración de la verdad legal de un hecho”²²⁶.

En cuanto a los medios de prueba, los distintos criterios establecidos por la doctrina bajo-medieval nos presentan como medios de prueba plenos la confesión, los testigos, los documentos y el tormento²²⁷; como pruebas semiplenas los indicios, las presunciones o las meras informaciones²²⁸; y como pruebas ordálicas el juramento y el duelo judicial²²⁹.

TANCREDUS: *evidentiam facti, famam, praesumptionem, iuramenti delationem, testes et instrumenta*²³⁰.

DURANDUS: *testis, confessio, instrumentum, evidentia facti, praesumptio, fama, iuramentum, antiqui libri, litterae sigillatae, publica denunciatio, communis opinio, iudicia indubitata*²³¹.

²²⁶ CARNELUTTI, F., *La Prueba Civil*, Buenos Aire, 1982, p. 44

²²⁷ Esta elaboración doctrinal no fue unívoca. Así, para PILLIUS, *Summa*, 3,6,7, los medios de prueba eran únicamente tres: *testes, instrumenta, confessiones*.

²²⁸ Con todo, hallamos en la obra de IRNERIUS, *Summa Codicis*, 4,19,3: *Argumenta quidem sunt quae causam indicent atque ostendunt, et ideo testes et instrumenta item inditia sub hac appellatione continentur*”, y, posteriormente, en la obra de TRANI, G. DE, *Summa super titulis Decretalium*. Lyon, 1519. Reed. Aalen, 1992, rub. *De probationibus*, 1 cómo las pruebas testificales y las documentales se hallan en plano de igualdad con los indicios y las meras presunciones: *Probatio est rei dubiae per testes et instrumenta et plerumque indicia et praesumptiones ostensio*.

²²⁹ LÉVY, J.P., “Le probleme de la preuve”, ob. cit., pp. 148-167. VAN CAENEGEM, R.C., “La preuve”, ob. cit., pp. 709-753. GILISSEN, J., *Introducción Historique au Droit. La preuve*. Bruselas, 1979, pp. 629-632

²³⁰ TANCREDUS, *Ordo* 3,5,6.

²³¹ DURANDUS, *Speculum*, 3,1.

3.1. El juramento

c. 2,X,2,19: *Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut, quum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus introductis, ei sacramentum nihilominus deferatur, quod si subire noluerit, fides probationibus exhibitis non habetur, quod quum nulla sit ratione subnixum, sed manifeste legibus adversetur: nos, quum tunc demum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur, talem consuetudinem reprobamus, nec ullam habere firmitatem deinceps sancimus.*

Les Costums de Tortosa 1,3,14: *Es creido el Veguer sin testigos en ciertos casos: es a saber, cuando cita al convenido por tres citaciones [...] la cuarta citación en perentoria [...] Cuya cuarta citación puede hacerla el Veguer o hacerla el alguacil; y uno y otro son creídos por su simple palabra en razón del juramento por ellos prestado.*

Como sostuvo Oliver, la relación entre la religión²³² y el *sacramentum* convierten al juramento en “el primero y más importante de los medios de prueba en el sistema procesal”²³³, ya que una vez manifestado, bien por ser el único medio propuesto, o bien por considerarse la solución más factible ante la ausencia o insuficiencia de otros medios probatorios, vinculaba definitivamente a las partes, por entender éstas que el perjurio vendría a ser castigado con la ira de Dios. No en vano, sobre el valor probatorio del juramento, en su obra *Derecho y Sociedad en el reino Visigodo*, KING firma:

²³² La naturaleza ordálica del *sacramentum* ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por LÉVY, J.PH., “La preuve”, ob. cit., p. 20; GANSHOF, F.L., “La preuve dans le droit franc”. *B.S.J.B.*, 17 (1965), p. 75.

²³³ OLIVER ESTELLER, B., *Historia del Derecho*, ob. cit., p. 518. De su importancia en el Derecho aragonés GARCÍA DE DIEGO, V., “Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XIII”. En *A.H.D.E.*, 11 (1934), pp. 150-156; RIVAS, J. E., “Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Compilación aragonesa de 1247”. En *A.H.D.E.*, 20, (1950), pp. 770-772.

“¿qué mejor medio para garantizar la fiabilidad de la declaración de una persona que revestirla de la solemnidad religiosa y la fuerza espiritual vinculante, según la cual quien declara se expone, sin lugar a dudas, al castigo eterno que amenaza a la mentira o violación de una promesa?”²³⁴.

De esta concepción se harán eco **Les Costums de Tortosa**, admitiendo tres tipos de juramentos: el juramento de calumnia, el juramento necesario o decisorio y el juramento subsidiario.

3.1.1. El juramento de calumnia

TANCREDUS: *Iuramentum calumniae est, cum quis iurat, se bona fide et non calumniandi animo agere vel responderé [...] quod calumnia est falsa petitio vel iniusta repulsio scienter facta*²³⁵.

En Derecho romano ²³⁶se entendía por juramento de calumnia el juramento de colocado en la fase *in iure*, esto es, al inicio mismo del proceso, no solo como la promesa de que se iba actuar correctamente en el proceso, sino, también, como un juramento sobre un hecho que puede ser apreciado con elementos objetivos : necesidad que el demandado tiene de oponerse a la pretensión del actor, por cuanto la estima, en todo o en parte, como infundada, lo que determina el inicio del litigio²³⁷.

Este mismo criterio es el que se recoge en este sucinto texto en el que únicamente se advierte que su presencia se hace necesaria tanto en el ámbito civil como criminal²³⁸ –

²³⁴ KING, *Derecho y Sociedad en el reino Visigodo*. Madrid, 1981, p. 135.

²³⁵ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,2,1.

²³⁶ C. 2,58,1,1: *Ne autem perperam in quaestionem servorum quidam venientes sui animi crudelitatem exerceant, non aliter concedi eis, qui quaestionem servorum exposcunt, ad hoc venire vel a iudicibus audiri, nisi prius tactis sacrosanctis scripturis deponant, quod non odio servorum vel propter offensas coheredum ad hoc venerunt, sed quia aliter rerum hereditariarum veritatem exquirere vel ostendere non possint.*

²³⁷ GARCÍA CAMIÑAS, J., “El iusiurandum calumniae en la editio actionis y en la editio rationum del argentarius”, *Anuario da Facultade de Dereito*, 8 (2004), p. 371.

²³⁸ PILLIUS, *Summa*, 3,1,2.

*In omnibus causis hoc iuramentum praestatur, exceptis spiritualibus*²³⁹—, sin que pueda excusarse por ningún motivo, soliendo prestar, como indica Tancredus, *post litem contestatam*²⁴⁰, salvo que el reo fuera contumaz, en cuyo caso se podía realizar tamen *ante Litis contestationem*²⁴¹, no realizándose este juramento de calumnia determinaba, en el ámbito civil²⁴², una presunción de culpabilidad: *contumax habetur pro confesso*²⁴³:

Les Costums de Tortosa 2,18,1: *En la ciudad de Tortosa débese prestar juramento de calumnia en todo pleito civil o criminal*

3.1.2. El juramento decisorio o *necessarium*

Dentro de la rúbrica *De sacraments* se contempla la posibilidad de someter la decisión de la causa al contenido del juramento dado por el demandante o por el demandado²⁴⁴, en lugar de confiar ésta a la resolución del *iudex*: es el denominado *iusiurandum in iure delatum* o *iusiurandum necessarium* del procedimiento formulario romano²⁴⁵. En éste, el *iusiurandum* desempeña, a diferencia del juramento de calumnia²⁴⁶, una función análoga a la *litis contestatio* y adquiere un valor equivalente al que posee la sentencia, ya que, una vez prestado, el demandado o, en su caso, el demandante se convertía en el juez del litigio²⁴⁷.

²³⁹ TACREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,2,3.

²⁴⁰ TACREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,2,1.

²⁴¹ TACREDUS, *Ordo iudiciarius*, 3,2,2.

²⁴² BALDUS DE UBALDIS, *In VII. VIII. IX. X et XI Codicis Libros Comentaria*, Rub. *De iis, qui accusare non possunt*, Lex 6, § *Accusationem*, num. 13: *Et nota, quod de iure communi nunquam contumax habetur pro confesso in causa criminali*.

²⁴³ BALDUS DE UBALDIS, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*. Venetiis, 1615. Rub. *De fideicommissis*, Lex 32, § *Questionem*, num. 7; ROBERTUS MARANTA, *De ordine iudiciorum*, Rub. *De contumacia*, num. 20: *Octava poena est, contumax in non respondendo positionibus, vel in nolendo iurare de calumnia, habetur pro confesso*.

²⁴⁴ Este carácter personal lleva a autores como PILLIUS, *Summa*, 3,5 y TANCREDUS, *Ordo*, 3,2,4 a rechazar la posibilidad de que el procurador pueda prestarlo.

²⁴⁵ BIONDI, B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*. Roma, 1913, pp. 13 ss señala, entre otras fuentes, D. 5,1,28,2; 44,5,1 pr.; 12,2,37,7.

²⁴⁶ Si bien el autor de los *Furs* ha mezclado dos masas de textos dentro de una misma rúbrica y en relación con un único juramento, el *iusiurandum calumniae*, éste no se debe confundir con el *iusiurandum necessarium*. La principal diferencia la hallamos en la facultad que otorga éste para concluir el proceso, mientras que por el mero hecho de proferir el juramento por calumnia no se impedía la continuidad del proceso, esto es, la decisión de la causa seguía correspondiendo al *iudex* y no a las partes.

²⁴⁷ D. 44,5,1 pr., *Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet non immerito, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua fecerit deferendo ei iusiurandum*.

Siguiendo los preceptos del ordenamiento romano²⁴⁸, **Les Costums de Tortosa** conceden al actor el derecho a remitir la causa litigiosa al juramento del demandado - *Actori delato vel relato iureiurando*-. Éste podía adoptar una de las siguientes posturas²⁴⁹:

[1] Abstenerse de jurar y pagar la cantidad reclamada.

[2] Proferir un juramento exculpatorio. En este supuesto se alcanzaba el valor de sentencia ejecutiva dictada a su favor, lo que determinaba que el reo quedara absuelto de la demanda.

Les Costums de Tortosa únicamente limitan esta absolución cuando habiendo dos acreedores uno de ellos hubiese deferido el juramento al deudor sin el consentimiento del otro. Una vez prestado, no sería válido con relación al acreedor que no lo hubiera deferido²⁵⁰:

Les Costums de Tortosa 2,18,6: *Si son dos los acreedores y diese el uno de ellos juramento a su deudor, perjudica este juramento al que lo dio; no, empero, al que no le hubiese dado.*

[3] El demandado podía, a su vez, referir el juramento al actor - *iusiurandum referre* o *facultas referendi* -, en cuyo caso, si éste juraba que era, en verdad, acreedor del demandado, el juicio concluía a su favor sin posibilidad de apelación por parte del demandado. En caso contrario, si se negaba a prestar el juramento que le había sido ofrecido, el litigio se resolvía en favor del demandado²⁵¹:

Les Costums de Tortosa 2,18,2: *Si quiere, empero, el demandado antes de jurar, tornar el juramento al demandante, manifestando que le satisfará la demanda si jura que ella es cierta tal como la ha puesto, debe jurar el actor si quiere que le*

²⁴⁸ C. 4,1,8: *Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit.*

²⁴⁹ ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano*. Madrid, 1955, pp. 289-292.

²⁵⁰ FORI ANTIQUE VALENTIAE 32,7.

²⁵¹ FURS 2,17,9: *Si la un demane a l'altre e li diu: Creu-me'n en vostre sagrament, e tench-me'n per pagat", e l'altre diu: "Mas jurats-ho vós, e jo tench-me'n per pagat", si-l sagrament se fa, si-l fa aquel qui demanarà, deu l'altre pagar; e si-l fa aquel qui serà demanat, sie solt de la demanda.*

pague. El juramento hecho, queda tenido el demandado a satisfacer la demanda en 10 días. Y en este juramento dado de parte a parte no hay ni puede concederse apelación.

[4] Por último, el demandado podría negarse a prestar el juramento, en cuyo caso estaría en una situación similar a la de un *iudicatus* con sentencia en contra.

Les Costums de Tortosa 2,18,4: *Si el juramento se da de parta a parte y aquel a quien se da no quiere prestarle ni deferirle a la contrario, o se diere por el juez, y el que jurar debiese se negare a hacerlo, es habido y tenido por confeso.*

Cabe plantearse las razones por las cuales el actor se acogía a un medio de prueba en las que la verdad de los hechos esgrimidos dependía del mero juramento de las partes. Tradicionalmente²⁵², la doctrina ha venido sosteniendo que la razón había que hallarla en “el tremendo respeto al nombre de Dios, propio de la época, y a la trascendencia de este medio de prueba”²⁵³. Frente a este sentir generalizado, Jesús Vallejo sostiene que el actor recurre al mismo cuando carece de instrumentos procesales de convicción suficientes, convirtiéndose, así, el juramento en la única prueba válida a tener en cuenta por el juez²⁵⁴.

3.1.3. El juramento subsidiario

Junto al juramento decisorio, se regula el juramento subsidiario, entendiéndose por tal el juramento prestado por el demandado cuando el actor no puede aportar pruebas o indicios suficientes que avalen lo afirmado.

Este juramento exculpativo, de cuyo origen se viene dudando²⁵⁵, se incorpora, siguiendo la tradición del proceso alto-medieval²⁵⁶ y de la más reciente canonística²⁵⁷, a

²⁵² La vertiente religiosa de todo juramento era advertida ya en el C. 2,1 al afirmar: *Iurisiurandi contenta religio satis Deum ultorem habet.*

²⁵³ RIVAS, J. E., “Notas para el estudio”, ob. cit., p. 771. Recientemente ha destacado su posible carácter ordálico, LÁZARO GUILLAMÓN, C., “El iusiurandum iudicium delatum: entre medio de prueba y ordalía”. *La prueba y medios de prueba: De Roma al Derecho moderno*. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano. Madrid, 2000, pp. 395-413.

²⁵⁴ VALLEJO, J., “La regulación del proceso”, ob. cit., p. 539.

²⁵⁵ Tradicionalmente se ha venido considerando el juramento purgatorio como una pervivencia germánica. En este sentido, ZEUMER, K., *Historia de la legislación hispano-visigótica*. Barcelona, 1944, p. 163, señala como la ley 2,1,23 se convierte en el “medio de prueba germánico más importante, a saber, el juramento de inocencia del demandado”. Recientemente, ALVARADO PLANAS, J., *El problema del*

Les Costums de Tortosa como un medio de prueba residual, aplicable, únicamente, en ausencia de pruebas testificales o documentales, motivo por el cual la doctrina lo califica de “*supplementum probationis*”, y, por tanto, de prueba semiplena²⁵⁸.

Su carácter residual se constata por la breve regulación en un único precepto:

Les Costums de Tortosa 2,18,2: *Cuando litigan algunos sobre alguna cosa y no quiere probar su intención el demandante, comenzado que esté el litigio, puede decir si quiere; nada quiero probar; adelántese el demandado y excúselo por juramento; y el demandado debe jurar y excusar la demanda, afirmado que no es verdadera, según que el juez le esclarezca el juramento.*

germanismo en el Derecho español. Siglos V-XI. Madrid, 1997, pp. 164 y ss reafirma el carácter germánico de ley. Frente a este sentir, MEREJA, P., “Nota sobre la Lex Visigothorum 2 y 23 (Juramento subsidiario)”. En *A.H.D.E.*, 21-22 (1951-1952), pp. 127-133, y, posteriormente, D’ORS, A., *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, índices.* Estudios Visigóticos, II. Roma-Madrid, 1960, pp. 62 y ss sostiene un origen tardorromano de la *antiqua*, de cuya influencia se hará eco la F.V. 40.

²⁵⁶ De su trascendencia en el proceso alto-medieval, nos han dado referencia, entre otros, GIBERT, R., “El Derecho medieval de la Novenera”. En *A.H.D.E.*, 21-22 (1951-52), separata, pp. 53-54. IGLESIA FERREIRÓS, A., “La creación del Derecho”, ob. cit. pp. 191-193.

²⁵⁷ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J., “Líneas de influencia canónica”, ob. cit., p. 472. De la conservación de la *purgatio canonica* o *iuramentum suppletorium* SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 440.

²⁵⁸ LEÓN, F. H., *Decisiones*, II, 139,4-18; 205,7,10,23.

3. 2. La confesión

C. 7, 59, 1: *confessos in iure pro iudicatis haberi placet.*

La confesión alcanzó, a diferencia del proceso alto-medieval, la categoría de prueba plena –*probatio probatissima*²⁵⁹–, llegando a ser considerada la *optima regina probationum*²⁶⁰ del *notorius iure*²⁶¹, hasta el punto de que, al ser tenida la contumacia por confesión o como un importante indicio en su contra²⁶², se convertía en un procedimiento abreviado²⁶³, tendente, aun cuando se observaban las formas procesales²⁶⁴, a un conocimiento sumario del asunto –*negotio prius summantim persecratato*²⁶⁵–; indicio más que suficiente para comprobar la fuerza probatoria de la confesión, lo que se atestigua por la consideración que alcanzó, entre los medios de prueba, en la propia doctrina medieval. En este sentido, el legislador

²⁵⁹ CÁNCER, J., *Variarum resolutionum*, Pars 3, Cap. 2, num. 11: *Confessionem autem scienter factam donationem inducere nemo ambigit.* LEVY, J.-PH., *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*, Paris, 1939; “Le problème de la preuve Dans les droits savants du moyen age”, *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XXV (1965), pp. 137-167.

²⁶⁰ SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob.cit., p. 443.

²⁶¹ En este sentido, GHISALBERTI, C., “La teoria del notorio nel diritto comune”. En *Annali di Storia del Diritto*, I. Milán, 1957, p. 428, afirma: “La prima specie del *notorium iuris* è quella che risulta della confessione: il *notorium confessionis*. Un fatto (in penale, un rato) confessato in forma giuridicamente valida si considera notorio”. En análogo sentido se manifiesta LEVY, J. P., *La formation de la théorie romaine des preuves*, ob. cit., p. 366, para quien la confesión posee una “autorité supérieure à celle des autres modes”. En nota 88, recoge las distintas acepciones con la que la doctrina la ha venido calificando: *notorium iuris, probatio probatissima*.

²⁶² JUAN GUTIERREZ, *Praxis*, Lib. 1, *quaestio* 46, num. 4: *et quod contumax habetur pro confesso*.

²⁶³ No en vano, en una disposición del Emperador Carlos V - FURS 7,2,7- se ordena a *los escrivans de les causes* que para no *allargar e continuar axí los testimonis com altres actes posant en aquells moltes pennachos o coses supèrflues* lleven a cabo los actos del proceso *ab les mes breus paraules ... dien en les acusacions de contumàcies. Die tali: talis accusat contumaciam a tal, et illa fuit admisus per iudicem*. Asimismo, un fuero del rey Fernando, otorgado en 1488, -Fori Regni Valentiae 9,8,14- establece que en *lo proces de ausencia*, y para *desempachar lo dit proces*, no se admita *allegar incompetencia del jutge, o sospites contra aquell si lo dit jutge fera official, o jutge ordinari en lo regne de Valencia: mas no obstant tal allegacio lo dit proces si fet, e clos juxta forma de fur salvo si lo denunciat no fera capella en alguns ordens sacres constituhit, o simple tonsurat. E si fera coronat conjutat cesse lo proces de ausencia quant fera mostrat que es en poder del jutge Ecclesiastich*.

²⁶⁴ Fori Regni Valentiae 9,8,14: *lo proces de ausencia reja certa forma per la cual deu esser procehit fins a sentencia inclusive en axi que no resta res en conxença del jutge sino tant solament veure en fet si les coses dispostes per lo dit fur consten per proces esser axi fetes como es ordenat*. LORENZO MATHEU I SANZ, *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap. 8, rub. 7, num. 33-35: *Tamen cum statutum procedat ulterius annullando actum qui peccat in forma praescripta, [...], omnia debent ad unguem observari, etiam in superfluo*; num. 52: *Sed contrarium est verius, nam si in causa contumaciali non fuerit servata forma, nec servati termini a jure, stylo statuto, vel consuetudine introducti, et praefiniti, sententia, et processus nullius roboris sunt*.

²⁶⁵ Fori Antiqui Valentiae 101,4. Véase su paralelismo con C. 7,65,1: *negotio prius summatim persecratato, appellatio recipi non potest*.

bajomedieval no duda en afirmar que la confesión no ha de entenderse como una exención probatoria, sino que, por el contrario, ha de contemplarse como un medio de prueba más; prueba que, a juicio de la Doctrina foral, no ha de tener menor valor que la practicada “*per publicum instrumentum*”²⁶⁶:

PLACENTINUS: *sed et post confessionem iudex debet sententiam dare et condemnare.*

BARTOLUS DE SAXOFERRATO: *confessio habet executionem paratam [...] Et propter hoc in civitate ista instrumenta confessionata mandatur executioni sicut sententiae definitivae, quia per stantum, si sit confessio facta coram notario videatur facta coram iudice*²⁶⁷.

No obstante, siempre estuvo sujeta a diversas interpretaciones doctrinales según la institución que se tratase. Así, por ejemplo, una de las más importantes controversias doctrinal –*controversia est celebris*–, y donde mayores variantes y excepciones se dieron fue cuando un tercero preguntaba al testador si aquella persona iba a ser el heredero, a cuya pregunta le respondía afirmativamente.

A esta cuestión, autores como Baldo de Ubaldis, Jasón de Maino²⁶⁸, Alejandro de Imola²⁶⁹ o Julio Claro²⁷⁰ sostendrán su nulidad, al entender que la confesión sobre la

²⁶⁶ ALONSO, M^a. P., *El proceso penal*, ob. cit., pp. 18, 48 y 228. BELLUGA, P., *Speculum*, 41,41; LEÓN, F. H., *Decisiones* II,212,4: *neque est minor probatio per confessionem, quam per publicum instrumentum.*

²⁶⁷ PLACENTINUS, *Summa Codices*. Monguntiae, 1536. Rub. *De confesis*, fo. 355; BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria in primat (et secundam) Codicis partem*. Venetiis, fo. 78. 3; PILLIUS, *Summa*, 2,11: *In confessionibus post litem contestatam factis non est locum poenitentiae, et ab illis recedi non debet, quoniam in iure confessus pro iudicato habetur.*

²⁶⁸ MAINO, J. DE *Secunda Super Codice, De testamentis rubrica, Lege Iubemus*, num. 12: *Ubique a lege vel statuto aliquid requiritur sub certa forma qua non servata lex ultra procedit annullando non sufficit quod illa forma impleatur per equipollens ... Posset tamen dici quod ex quo notarius nominat haeredes praesente testatore et testator expresse consenti ... Secundo dico quod istud quod dictum est quod quando alius exprimit nomina haeredum praesente testatore ... Tertio pro ista parte contra comunem facit nam ista lex ideo introduxit per forma quod testator debeat ore proprio nominare ...*

²⁶⁹ IMOLA, A., *Codicis Domini Iustiniani, De testamentis, Lex 29, Iubemus, Additio: In testamento in scriptis nomen cuiuslibet haereditis instituti debet esse scriptum manu testatoris, aut eius voce nuncupatum coram testibus et ab istis testibus in subscriptionibus declaratum: alioquin illius haereditis institutio nulla est.*

²⁷⁰ CLARUS, I., *Tractatus de testamentis, Quaestio 37*, num. 1: *Dicebam etiam in institutione haereditis requiri, quod testator ipsum haeredem suo ore proprio nominet, ... Sed quis si notarius, aut aliquis alius ex astantibus tempore testamenti exprimat nomen haereditis, et ipse testator verbis profiteatur*

institución del heredero, realizada por el interrogatorio de un tercero, no permitía que se pudiera considerar perfecta la voluntad –*confessio unius ad interrogationem alterius facta non dicitur ex perfecta voluntate emanasse*²⁷¹– :

BALDUS DE UBALDIS: *Quaeritur, si notarius vel alius interrogat testatorem, dicens domine facitis nos Baldus haeredem vestrum? Et testator respondet, facio nunquid talis institutio valeat, et verum quod sic [...] in hoc casu talis institutionem non valet*²⁷².

Las razones esgrimidas pueden sintetizarse en tres razonamientos:

Primo. La razón principal, nos dirá Covarrubias de Leyva, habría que hallarla en el intento por evitar los fraudes y las inoportunas sugerencias, lo que impediría la perfección de la voluntad del testador: *Est tamen intelligenda, modo cesset omnis suspicio fraudis, timoris et importunae suggestionis, et constet testatorem deliberate voluisse testari*²⁷³.

Secundo. A tenor de las fuentes del *Corpus Iuris Civilis*²⁷⁴, no cabe entender como propia y libre la voluntad y la confesión que nace de la interrogación y de la incitación a responder por parte de un tercero²⁷⁵.

Tertio. Finalmente, Antonio Gómez reconoce que cuando el testador posee voz, mano y “persona propia”, no puede servirse de otros para realizar el testamento, máxime

se agnoscere, nunquid valebit institutio? ... quod non, sed quia omnino requiratur, quod testator ore proprio nominet ipsum haeredem.

²⁷¹ ESCAÑO, F. DE, *Tractatus*, Cap. 19, num. 6.

²⁷² UBALDIS, B. DE, *In Sextum Codicis Librum Commentaria, De testamentis rubrica, Lege Iubemus*, num. 3: *Institutio non valet, si quis testatorem interrogavit, facis talem haeredem, et respondeat sic.*

²⁷³ COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *De testamentis*, Cap. *Cum tibi*, num. 4; GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Lege 3*, num. 109: [...] *quod pro forma et solemnitate testamenti, et evitanda falsitate requiritur, quod testator exprimat ore et voce propria nomen haeredis, et annullet testamentum si aliter fiat.*

²⁷⁴ D. 48,18,1,21.

²⁷⁵ GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Lege 3*, num. 109: *quod voluntas et confessio alicujus non dicitur propria et perfecte libera, quod interrogatus et incitatus ab alio respondit.*

si constataba que la voluntad devenía *–fuit confecta–* de la escritura, de lo escrito en el testamento²⁷⁶.

Frente a esta línea argumental, la mayoría de la doctrina vino a admitir la validez del testamento, aun cuando el nombre del heredero viniera confirmado a través de la pregunta de un notario o de un tercero²⁷⁷, máxime cuando quien interrogaba era un escribano público, sobre el cual no podía recaer ninguna sospecha de falsedad: *maxime procedit, si interrogatio facta est a notario, quia est persona publica, et ad officium suum pertinet, et est sine suspicione [...] non est falsarius*²⁷⁸:

CÁNCER: *Hoc ego magis fundavi, quod dicta interrogatio quae fit a notariis publicis Barcinonae, non fit ad alium finem, nisi ut constet de animo deliberato testatoris.*²⁷⁹

No obstante, esta materia *–quae ad praxim, et forum omnino necessaria est–*, por su amplitud, sufrió numerosas *ampliationes et limitationes*. A tenor de su importancia práctica, cuyo estudio meticoloso excede del ámbito de la presente Tesis Doctoral.

²⁷⁶ GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Lege 3*, num. 109: *quod ille qui tenetur manu, voce et persona propria aliquid facere, non potest mediante alio per procuratores vel substitutos ... ergo si non praecedat dicta voluntas testatoris, per quam constet quod ejus voluntate fuit confecta praedicta scriptura, non valebit.*

²⁷⁷ D. 28,5,58,pr.; SAXOFERRATO, B. DE, *Codex*, Vo. VII, *De testamentis rubrica, Lege Iubemus*, num. 3: *Si testator articulate respondeat notario interroganti an velit titium esse suum haeredem, quod sic verum testamentum*, PISTOIA, C. DE *Lectura Super Codice, De testamentis, rubrica, Lege Iubemus*; GÓMEZ, A., *Ad leges Tauri, Lege 3*, num. 109: *Item quaero, si quis interroget testatorem coram testibus rogatis, an eum, vel alium per eum nominatum instituat; et testator expresse dixit, quod sic: an valet et teneat institutio? Et breviter et resolute dico, quod valet, et talis haeres censetur recte institutus, et consequitur haereditatem defuncti*; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Controversiarum*, Tomo 4, Cap. 27, num. 30: *Institutionem haeredis factam a testatore, etiam per verbum, sic, vel per annuitionem capituli ad interrogationem Notarii valere, quando prius dictatum fuit testamentum ab ipso testatore*; num. 59: *Sive testator interrogatus fuerit a Tabellione, sive interrogatus ab extraneo; et consequenter testamentum, etiam ad privatae personae interrogationem scriptum, et conditum, validum esse; cum nulla videatur esse differentia, quod Notarius ipse interroget et scribat, vel privata aliqua persona interrogante testatoris respondentis voluntate annoret.*

²⁷⁸ ESCAÑO, F. DE, *Tractatus de perfectione*, Cap. 20, num. 21; CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Controversiarum*, Tomo 4, Cap. 27, nums. 59: *Si vero suspicio aliqua subesse potest, tunc non nisi a Notario interrogari testator potest, et debet*; num.60: *Ubi inquit, veriore et communiorem esse opinionem, quod valeat haeredis institutio facta per verbum, Sic, non solum ad interrogationem Notarii, sed etiam alterius, dummodo non subsit falsitatis, nec suggestionis suspicio, nec interrogans ambiat pro se, aut suis testatoris haereditatem*; num. 70: *Et tunc quidem valeret testamentum ad alterius interrogationem conditum, etiamsi non constet, testatorem testari voluisse, cum nihil referat, an tunc, vel prius deliberaverit testari, ex quo in sua potestate fuerat recusare, vel approbare haeredis nominationem.*

²⁷⁹ CÁNCER, J., *Variarum, Pars 1*, Cap. 4, num. 134: *An testamentum clausum quod recipitur a notariis publicis Barcinonae, dicatur factum ad notarii interrogationem? Dubium procedit quia dictum testamentum potest fieri dictante ipso testatore, et scribente notario, et etiam ad interrogationem notarii; et nescitur quomodo fiat, quia dicta scriptura fit interveniente solum testatore, et notario.*

Siguiendo las líneas marcadas por el Derecho común²⁸⁰, su regulación viene recogida en la rúbrica *De confessis*, haciendo una clara distinción entre confesión judicial y extrajudicial.

La confesión judicial alcanza en **Les Costums de Tortosa** valor probatorio pleno al reiterarse con fidelidad el principio establecido en el *Codex*²⁸¹, y recogido con posterioridad en los tratados de práctica procedimental, en los que se sostiene: *quod confessus in iure iudici terreno habetur pro condemnato, quoniam ista talis confessio inducit condemnationem*²⁸².

No obstante, su fuerza judicial puede verse alterada en una serie de supuesto que son fijados, escrupulosamente, por Tancredo en su *Ordo iudiciarius*, a saber:

[1] *Maior*. Cuando la confesión perjudicara a un menor.

[2] *Sponte*. Cuando se fundaba en el miedo, lo que la distorsionaba, o sobre un error de hecho.

[3] *Sciens*. Cuando se basaran en un error manifiesto.

[4] *Contra se*. Las realizadas contra sí mismo.

[5] *Ubi ius sit*. Las realizadas *extra iudicium*, esto es: al margen de su juez, estando ausente su adversario o su procurador.

[6] *Certum*. Cuando no se ciñeran a una cierta cosa o cantidad.

[7] *Nec natura*. Las realizadas con manifiesta falsedad.

[8] *Favor*. Las realizadas en contra de la libertad de una esclava o del matrimonio contraído públicamente.

²⁸⁰ c. 1-3,X,2,18.

²⁸¹ C. 7,59,1.

²⁸² PILLIUS, *Summa*, 2,11; TANCREDUS, *Ordo*, 3,4,1: *Tantum valet confessio facta in iure, ut qui confitetur, pro convicto habeatur, quodam enmi modo sua sententia damnatur.*

[9] *Lis*. Las efectuadas sobre cosas que estuvieran al margen del litigio o de la controversia.

[10] *Iusve repugnet*. Las confesiones de un juicio contra un cristiano.

Todas estas confesiones, como señala Tancredo, *nil valet*:

TANCREDUS: [...] *si pupillus confiteatur, ei non praeiudicat, confessio per metum extorta non praeiudicat [...] confessio [...] si vero in iure, hoc est lite contestata [...] nec revocare eam potest, nisi probet se errasse, tunc revocare eam potest, probato errore, usque ad sententiam, sed non postea [...] contra se [...] confessio facta coram non suo iudice non praeiudicat [...] si absente adversario vele ius procuratore fiat confessio, nil valet [...] Nisi enim, qui confitetur, det certam responsionem de certa re vel de certa quantitate, non valet confessio [...] quia falsae confessiones naturalibus convenire debent [...] quoanima si ingenua se confiteatur ancillam, dummodo postea probet contrario, talis confessio non praeiudicat ei in favorem libertatis [...]; item favor matrimonii facit, quia nulla confessio facta contra matrimonium publice contractum ei praeiudicare potest [...] quia non valet confessio, nisi fiat super re, unde litigium et controversia est [...] Ius enim non patitur, quod Iudaeus habeat servum Christianum; et ideo, si Iudaeus confiteatur Christianum mancipium suum esse, cuius nomine noxaliter convenitur, ei non praeiudicaret talis confessio²⁸³.*

Esta concepción que vemos recogida en los tratados de ámbito procesal será recogida, casi milimétricamente, en **Les Costums de Tortosa**. En este sentido, dentro de la llamada la confesión judicial, tanto en el texto legal como la doctrina se prevé la

²⁸³ TANCREDUS, *Ordo*, 3,4,3.

inmediata sentencia condenatoria cuando la confesión recaer sobre cosa determinada – *Certum in iure confessus, pro condemnato est habendus*²⁸⁴–:

Les Costums de Tortosa 4,8,1: *Si es hecha confesión en juicio, no puede ni debe el juez hacer otra cosa que sentenciar. Y perjudica al que la hace si reúne la condición y circunstancia de hacerla en juicio en presencia de su adversario o de su procurador y es mayor de veinticinco años.*

Del texto se deduce que la confesión judicial lleva aparejada la sentencia en contra de quien la realiza –“bien la haga a demanda del juez o de la parte adversa”–, siempre y cuando se den los requisitos legales establecidos por ley, a saber:

[1] Hacerla en juicio.

[2] En presencia de su adversario o procurador²⁸⁵.

[3] Ser mayor de veinticinco años.

[4] Que sea espontánea.

[5] Que la realice para sí.

[6] Que sea conforme a Derecho o natura.

[7] Que sea cierta y clara. Así, a juicio de la doctrina, la condena o absolución no sólo se debía redactar con claridad y precisión, sino que ésta debía ser cierta y tener un

²⁸⁴ Así, BELLUGA, P., *Speculum*, 41,42: *quia confessiones iudiciales habent paratam executionem*; LEÓN, F. H., *Decisiones*, II,212,4; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,1,55: *Confessus in iudicio de re certa etiam conveniri executive potest ac si condemnatus fuisset per sententiam in rem iudicatam translata.*

²⁸⁵ Idéntico criterio se exigía para la confesión extrajudicial. Vid. GUTIÉRREZ, J., *Tractatus de iuramento*, Pars 1, Cap. 54, nums. 1-2: *communis opinio quae habet, quod confessio extrajudicialis facta absente parte, non plena probat, sed semiplene.*

carácter definitivo, esto es, no sujeta a condición, por cuanto ésta *repugnat enim naturae sententiae*²⁸⁶:

Les Costums de Tortosa 4,8,2: *La cual confesión, si se hace con los requisitos, perjudica al que la hace, bien la haga a demanda del juez o de la parte adversa.*

Por el contrario, la confesión no producirá efecto alguno cuando se den las siguientes circunstancias:

[1] No mediando la autorización del tutor o curador en la confesión realizada por un menor de edad.

[2] La realizada contra sí mismo.

[3] Mediando miedo.

[4] Que sea contra derecho o contra natura: si alguno siendo libre confiesa en juicio que es cautivo; que un menor o una castrati confiese que ha cometido adulterio; o que declare haber matado a un hombre que se halla vivo.

[5] Que no sea pródigo o que no tenga trastornadas o perturbadas las facultades mentales.

[6] Que la confesión no contenga ningún error.

Les Costums de Tortosa 4,8,1: *Por si fuere menor de edad nada valdría su confesión no mediando la autoridad de su tutor o curador. Y que la cosa confiese sea cierta y no dudosa o no cierta.*

Y además contra sí, y no para sí.

Y que la haga espontáneamente, no por miedo.

²⁸⁶ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, II,88,2; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,66.

Y que no sea contra derecho o contra natura el hecho que se confiese; como por ejemplo, si alguno que es libre confiesa en juicio ser cautivo; o un menor o persona que carece de genitales, que ha cometido adulterio.

O haber muerto a un hombre que está vivo.

O a persona fallecida de muerte natural o de enfermedad.

Y además que no sea pródigo ni orate. Y que no contenga la confesión error de hecho, porque justificado el error nada valdría la confesión.

Les Costums de Tortosa 4,8,1: *Si alguno confiesa en juicio una cosa no cierta, debe forzarle el juez a que la confiese cierta y clara.*

La segunda de las confesiones con validez probatoria era la confesión extrajudicial²⁸⁷, la cual, con carácter general, tuvo, en el ámbito del *ius commune*, un reconocimiento ejecutivo pleno.

A diferencia de la confesión judicial, Les Costums de Tortosa reconocen que, para alcanzar plena validez probatoria, se exigía la existencia de cuatro elementos cualificadores:

[1] Si es razonable

[2] Realizada delante de un escribano público.

[3] En su defecto, consignada en carta pública.

[4] La presencia de dos o más testigos elegido y rogado por la parte que la realiza²⁸⁸.

²⁸⁷ Dentro de ésta, los distintos *ordine iudicariii* reconocen mayor valor probatorio a la confesión extrajudicial civil que a la penal. Vid. DURANTIS, *Speculum*, 2,2, rub. *De confessionibus*, 3,8: *Si quis confitetur crimem extra iudicium vel coram non suo iudice, non nocet ei [...] nisi crimem esset alias notorium, [...] vel nisi ex confessione esset ortum scandalum vel infamia.*

²⁸⁸ LEÓN, F.H., *Decisiones*, II,205,39: *& ubi dicta verba tantum inducerent confessionem extrajudicialem factam, parte praesente, & acceptante, si illa esset duobus testibus probata, plenen probarent, ...iuxta forum 3. de confesis.* Principio que, asimismo, hallamos recogido en la práctica procesal.

Si concurría este conjunto de elementos, la confesión no podía ni debía ser revocada, a menos que se mostrase causa justificada por la que pudiera hacerlo²⁸⁹, esto es, que se diera alguna de las causas expuestas con anterioridad.

Les Costums de Tortosa 4,8,3: *Otra confesión hay, que es la que se hace extrajudicialmente: y vale si razonable es, y no puede ni debe revocarse: esto es a saber, la hecha ante público Escribano, puesta o consignada en carta pública.*

Item es firme y válida la confesión extrajudicial hecha ante dos o más testigos elegidos y rogados por la parte que la hace.

Cfr. *Práctica y orde*, p. 100: *es pot respondre considerantse la diferencia, que la confessio feta en lo juhy no es necessaria de prova, y la extrajudicial se deu provar; provada la qual pera que en virtu de aquella es proceheixca executivament; lo que no es menester en la confessio judicial; perque eo ipso que hatja confessat judicialment en virtut de dita confessio es pot instar la executio.*

²⁸⁹ *Fori Antiqui Valentiae 100,5: Si quis in instrumento se aliquid debere confessus fuerit, non potest postmodum confessionem revocare, nisi iusta ratione ostendere poterit quare hoc facere possit; indignum etenim esse iudicamus.*

3.3. Los testigos

BENTHAM: “los testigos son los ojos y oídos de la justicia”²⁹⁰.

3.3.1. Parte esencial del proceso

Varias y complejas son las cuestiones que abordan los comentaristas en torno a la presencia de los testigos, a saber: si son o no una parte sustancial del mismo, su idoneidad, su actitud o su naturaleza rogada.

Con relación a la primera de las cuestiones, en ámbitos de tanta trascendencia jurídica como puede ser el testamentario, aún cuando algún sector de la doctrina afirmara que los testigos no son parte esencial del testamento –*numerus testium non esse formam substantialem, sed accidentalem*–, autores como Bártolo o, posteriormente, Mantica, a tenor de lo dispuesto en *Codex* 6,32,23,1 entienden que, por el contrario, se ha de inferir como una parte consustancial al mismo, y no justamente como un mero elemento probatorio:

BARTOLUS DE SAXOFERRATO: *nam testium legitimus numerus non solum intelligitur esse forma probationis, sed etiam substantialis*²⁹¹.

En este sentido, Covarrubias es explícito al señalar que la validez del testamento en presencia de dos testigos y un presbítero tiene justificación únicamente dentro de la jurisdicción eclesiástica, pero no así dentro de la secular, toda vez que para la ley civil “*testium solemnitas, et numerus in testamentis erit forma substantialis*”²⁹²

²⁹⁰ BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, ob. cit., p. 244.

²⁹¹ SAXOFERRATO, B. DE., *In I partem Infortiati*, en Rub. *De legatus, in lex nemo potest: numerum testium in testamenti de solemnitate probatoria esse*; MANTICA, F., *Tractatus de coniecturis*. Lib. II, Tit 9, núm. 3: *Nec obstat l. si unus. C. de testamentum quia probat oppositum, quod numerus testium pertineat ad solemnitatem iuris. Item potest dici, quod deficiat testamentum, si unus ex septem testibus defuerit: quia legitime probari non potest [...] Potest etiam admitti, quod sit forma substantialis inducta a iure civili, quae ab alio iure civili potest submoveri, non tamen est forma substantialis iuris gentium, quae de perpetua, et immutabilis.*

²⁹² COVARRUBIAS LEYVA, D., *Opera Omnia*. Cap. X. *De solemnitate testamentaria*, núms. 14, 23-25.

Esta fue una cuestión que nunca tuvo transcendencia en el ámbito procesal, en donde la prueba se convirtió, ya desde el Derecho romano, en la esencia del proceso mismo, siendo recuperada, en su ámbito objetivo y racional, por el proceso bajomedieval, en donde el binomio prueba plena-condena determinaba la culpabilidad o inocencia del demandado.

PILLIUS: *Et quia probationis duae sunt species principaliter, scilicet testimonia et instrumenta, et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta, ideo primitus pauca de testibus, quae magis ad causarum usum frequenter occurrunt, sub compendio inseramus.*

TANCREDUS: *et primo de testibus, quia validior est viva vos quam mortua*²⁹³.

De de forma clara y concisa, de lo expuesto se deduce que, con relación al aspecto solemne que debía tener la prueba testifical, la doctrina fue unánime en resaltar que esta, al margen de las formalidades exigidas en los distintos ordenamientos legales, constituía un elemento esencial de la institución procesal, porque ella es *substantia et essentia*.

²⁹³ PILLIUS, *Summa*, 3,7,8; TANCREDUS, *Ordo*, 3,6; GRATIAE, *Summa*, 6,1.

3.3.2. Valor probatorio de la prueba testifical: *pureba testifical versus documental*

Como señala Obarrio²⁹⁴, “La prueba testifical, considerada en el Derecho común como la prueba por excelencia, ocupaba un lugar preferente con relación a los medios de prueba. Este papel relevante puede deberse, como señala Lévy²⁹⁵, tanto a la influencia de la tradición romano²⁹⁶-canónica²⁹⁷, como a la precariedad de las nascentes instituciones como el notariado, cuya ausencia facilitaba la falsedad documental o, en su defecto, a la propia destrucción y desaparición de las escrituras. En este sentido, Gregorio López²⁹⁸, en su glosa número dos a *Partidas* 3,18,117, se hizo eco de la preocupación que tuvieron los autores de los numerosos *ordines iudicarii*²⁹⁹ en torno al mayor o menor valor probatorio que debían alcanzar la

²⁹⁴ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 74-76.

²⁹⁵ LEVY, J.P., “Le problème de la preuve”, ob. cit., pp. 155-156; “L’evolución de la preuve”, ob. cit., pp. 52-54; “La formation de la théorie”, ob. cit., p. 19: “... à una époque où “Témoins passent lettres” ...”.

²⁹⁶ Nov. 73 c. 3; De su importancia en el Derecho visigótico nos dan referencia MEREJA, P., “A prova testemunhal no Direito visigótico e no Direito da Reconquista”. En *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 32 (1956), p. 170; PETIT, C., “De Negotiis Causarum”, ob. cit., pp. 90-91.

²⁹⁷ c. 28,X,2,20: *Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur, eam obtineat firmitatem quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere, salva in omnibus sedis apostolicae auctoritate*; c. 10,X,2,22: *Porro quum dubitatio fuisset exorta, utrius deberet probatio praevalere, pro tua fuit parte propositum, quia, etsi secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus praeferantur*.

²⁹⁸ *Código de las Siete Partidas*. Ed. *Los Códigos españoles concordados y anotados*. III, Madrid, 1848. Cabe reseñar como el propio autor, siguiendo la línea del texto alfonsino y de la propia doctrina castellana, niega que dicha afirmación, extraída del *Speculum* de Durandus, pueda deberse a Azón: *Reprobatur hic illa opinio, quam reciat Spec. atribuens eam Azoni, in tit. de instrum. edit de fide instrum. in sum. col. pen dicit, se nullo casu admittere, ut vox duorum testium sit validior instrumento publico, et ibi dicit, quod requirantur 4. vel 5. testes deponentes contra instrumentum*. La cita en torno a Azón la hallamos en DURANDUS, *Speculum* 2,2,8,5: *Sed pone producitur aliquod instrumentum super aliquo contractu: opponitur, aliquem contrahentium alibi fuisse tempore contractus, & probatur hoc per duos testes, queritur, an sufficient. & dicit Azo, quod fic, arg. ff. de testi. ubi numerus. & III. q. III. c. si testes, ubi numerus*. Planteamiento que será recogido por la propia literatura jurídica procesal bajomedieval. Vid. PILLIUS, *Summa*, 3,14: *Unde sciendum est, quod, si omnes testes in instrumento scripti contra instrumentam testentur, fide instrumenti cassatur in eo iudicio. Nam cum ex ipsa testatione fides instrumento debeat haberi, merito, his instrumento o obviantibus, vivae voci, non mortuae credendum erit* (Nov. 73 c. 3. D. 22,3,10); TANCREDUS, *Ordo*, 3,13,6: *Dominus Azo dicit, quod viva vox duorum testium in nullo casu validior est publico instrumento, sed publicum instrumentum, ut dicit, validius est testibus duobus vel pluribus in pluribus casibus; quorum unus es Cod. si min. dix 2,43. l. si alterius. 3. Con anterioridad vemos reflejada esta cuestión en *Lex Visigothorum* 2,4,3: *Quotiens aliut testis loquitur, quam ea scriptura continet, in qua ipse subscripsisse dinoscitur, quamvis contra scripture textum diversa verborum sit a testibus impugnatio, scripture tamen potius constat esse credendum. Quod si testes dixerint ea, quae offertur, scriptura minime roborasse, prolator eius probare debebit, utrum ab eisdem testibus escriptura fuisse roborata constiterit*. Ed. ZEUMER, K., *Liber Iudiciorum, sive Lex Visigothorum*. In *Monumenta Germaniae Historica*. Hannoverae et Lipsae, 1912.*

²⁹⁹ TANCREDUS, *Ordo*, 3,6; PILLIUS, *Summa*, 3,7.

prueba testifical y la documental. La postura seguida por Azón, así como la de la mayoría de los glosadores que le sucedieron, nos dice Gregorio López, fue atribuir mayor fuerza vinculante a la prueba testifical, hasta el punto de afirmar que el testimonio efectuado por dos testigos hábiles alcanzaba una verdad procesal superior a la rubricada en un documento. En el fondo, como afirma Lévy, se entendía que el documento tenía el valor de una simple declaración testifical, y que ésta, cuando se realizaba precedida de juramento, así como de las garantías oportunas - idoneidad o fama del testigo -, obtenía un valor probatorio pleno³⁰⁰.

Así, siguiendo una amplia tradición textual, los glosadores abordaron la cuestión en torno al valor preferente de la prueba documental y testifical³⁰¹.

A este respecto Azo fue explícito en señalar cómo el *instrumentum publicum* no necesitaba del amparo de otros medios probatorios para obtener *plena fide –sine aliquo altro adminiculo-*, por lo que negó que la “viva voz” tuviera mayor fuerza jurídica que la documental³⁰² –*publicum instrumentum in pluribus casibus validus est testibus duobus vel pluribus*³⁰³–:

AZO: *Dictum est supra de probationibus in genere, sequitur videre per species, et quia validior est viva vox quam mortua ... vel quia quod in scriptis redigitur primo coram testibus proponitur, ideo primo de testibus videamus*–ad C. 4.21-³⁰⁴.

³⁰⁰ De esta cuestión se han hecho eco, entre otros, SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 467; MARTÍNEZ GIJÓN, J., “La prueba judicial”, ob. cit., pp. 28-29; ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El delito de falsedad documental”. En *H.I.D.*, 3 (1976), pp. 95-96. Recientemente, ALONSO, M^a. P., *El proceso penal*, ob. cit., p. 229.

³⁰¹ Con carácter ejemplificador, LIBER IUDICIORUM 2,2,21; 2,5,5: *Et ideo que pactis vel placitis continentur vel mostrantur scripta, plenam habeant firmitatem, si tamen quisque illi pactum vel placitum iustissime et de re sibi debita conscripsisse videatur*; L. I. 2,5,4; 2,5,15. Cfr. BONO, J., *Historia*, I. 1, ob. cit., p. 90.

³⁰² AZO, *Brocarda, Rubrica 38, In casibus scriptura es necessaria: Et generaliter in omnibus istis casibus maior dignoscitur instrumentorum quam testium auctoritas [...]* *In his casibus scriptum, et cetera, generale est nam ut tantam efficaciam habeant testes, quantam instrumenta.*

³⁰³ AZO, *Lectura Super Codicem, De testibus*, Tit. 20, Lex 15, nums. 1-2: *Speciale est in casibus, quod maioris auctoritatis est instrumentum quam testes, [...] nunquam tamen inveni quod probatio duorum testium sit validor instrumento, sed quidam contradicunt per auth. de instrum. caut. quia illud intelligendum est de voce viva, quod validor est voce mortua comparationis instrumentorum: comparatio enim non potest aequiparari publico instrumento et testibus, ut ubi dicit: etiam et si tres testes contradicant publico instrumento, poterunt probare contrarium.*

³⁰⁴ AZO, *Summa Codicis De testibus rubrica; Lectura Super Codicem, De testibus*, Tit. 20, Lex 8, nums. 5-6: *et verum est quod tabellioni creditur de scriptura, cum testes non supersunt, et est solemnis scriptura, non autem creditur ei ut simplici testi, sed cum sit persona publica, et ad hoc officium destinata,*

Explicito tractatu probationis que inducitur per vocem vivam, subiiciamus de ea que fit per vocem mortuam, id est per scripturam [...] Porro, ut generaliter de fide instrumentorum sciamus regula, illa est dicenda que est infra, eadem lege: in exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam testium depositiones –C. 4.21.15–. Nec admitto in aliquo casu ut vox viva duorum testium tantum validior sit publico instrumento; immo publicum instrumentum in pluribus casibus validius est testibus duobus vel pluribus, ut notari possunt plures casus: supra, si minor se ma. di. si alterius –C. 2,42,3–, et infra, de non nu. pec. generaliter –C. 4,30,13–, et supra, de testibus. I. testium –C. 4,20,18–, et de sufragio. l. j. –C. 4,3,1–, et infra, qui testa. fa. pos. l. hac consultissima.–C. 6,22,8–, et ff. de proba. census. –D. 22,3,10–. Quidam autem dixerunt vocem vivam duorum testium validiorem esse instrumento, argumento eius quod legitur in Auten. eodem titulo, et si vero tale aliquid.–Nov. 73,3³⁰⁵–.

Criterio que no fue asumido por Accursius, quien, en la glosa a la rúbrica *De fide instrumentorum* y a la Novela 73,3, sostiene que la declaración de dos testigos equivale al valor del *instrumentum*, por lo que la deposición de dos testimonios –si el documento es privado– o de cuatro –si es público– prevalece sobre éste:

Tantum valent duo testes, quantum instrumentum, ut hic unde licet duo reprobent privatum instrumentum, [...], non tamen reprobant publicum, ut hic tres autem vel quator [...] ubi plus vivae voci credi videtur, quam mortua³⁰⁶.

non est mirum si alias solemnis est scriptura, si credatur ei: et voluerunt quidam dicere, per lex istam, quod unus testis nullam inducit probationem.

³⁰⁵ AZO, *Summa Codicis De fide instrumentorum rubrica.*

³⁰⁶ ACCURSIUS, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In exercendis*, lex 14.

Con todo, el propio Accursius concluye la glosa con la siguiente y reveladora argumentación: *Et econtra fallitur haec regula in multis casibus qui non probantur nisi per scripturam*³⁰⁷.

Por su parte, en la Decretales de Gregorio IX podemos leer que el documento público –*Dicitur publicum*, cuando en el *instrumentum* consta la subscripción de tres testigos presenciales³⁰⁸–, dada la autoridad y fidelidad que se extiende a todo *notarius publicus*, alcanza idéntica fuerza probatoria a la testifical, aunque se incide en que un instrumento no tiene más fuerza que lo afirmado por tres, o más, testigos idóneos:

[*Quum*] *Porro quum dubitatio fuisset exorta, utrius deberet praevalere, pro tua fuit parte propositum, quia, et si secundum legitimas sanctiones eandem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurimum idoneorum testium depositionibus praeferantur. Satis est etenim, si propter tabellionis auctoritatem, qui suum officium fideliter adimplere praesumitur, quum ad hoc ex iuramento teneatur, tanta fides adhibeatur instrumento confecto, quanta foret duobus idoneis testibus adhibenda. Sed quum per quatuor testes omni exceptione maiores fuerit manifeste probatum, supra dictam venditionem fuisse conditionaliter celebratam, eorundem depositiones asservisti instrumento merito praeferendas*³⁰⁹.

No obstante, este fue un criterio abierto. Así Pillius, en su *Summa*, afirma: *Et notandum est, quod eandem vim in causis exercendis obtinet tam fides testium, quam instrumentorum. Ergo partier possunt vox viva et mortua*; lo que no es óbice, señala el tratadista, para que se puedan ver numerosos supuestos en los que prevalece una u otra prueba:

³⁰⁷ ACCURSIUS, *Codicis Dn. Iustiniani, De fide instrumentorum*, Gl. *In exercendis, lex 14*.

³⁰⁸ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius, Pars 3, Tit. 13, De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, 2: *Quinto dicitur publicum, quod habet subscriptionem trium viventium testium*.

³⁰⁹ c. 10,X,2,22.

PILLIUS: *Reperiuntur tamen casus, ubi vox viva potentior est [...] Et sic est magis credendum vivae voci, quam mortuae [...] Item in multis potentior est vox mortua, quam viva [...] Haec sic sunt intelligenda, ut omnis evitetur contrarietas. Ubi dicitur, eandem vim obtinet tam fides instrumentorum, quam testium depositiones, subaudi: imo et maiorem, ut in multis casibus reperitur*³¹⁰.

Un supuesto muy frecuente fue el valor probatorio en el ámbito testamentario. En el ámbito del Derecho castellano, Gregorio López, en la glosa *En non de otra guisa* - Partidas 6,1,1-, sostuvo que, en los testamentos escritos, la escritura no tenía naturaleza probatoria, sino que venía a dar certeza de la voluntad del testador, porque la escritura pertenecía al ámbito de la sustancia del testamento: *Idest, cum testator vult testari in scriptis, non ad probationem voluntatis: sed ad substantiam testamenti, ita quod scriptura sit de substantia*³¹¹. Criterio del que partirá Escaño, siguiendo a Bártolo³¹², para concluir afirmando que si no constaba expresamente que el testador quería testar por escrito, y no de otra forma, cuando la perfección de éste no se daba, se podía legitimar mediante la concurrencia de legítimos testigos -*dum tamen testibus legitime probetur*-; y así, cuando la perfección del testamento obedecía a un impedimento imprevisto, el testamento se mantenía con la prueba testifical: *ergo quam vis non perficiatur testamentum ob impedimentum superveniens, sustinebitur equidem, dum testibus legitimi probetur*³¹³. Por esta razón, en **Partidas** 6,3,11 se afirma que si la última voluntad era manifestada en presencia de siete testigos y un escribano público, el testamento no decaía. Análogo criterio vemos en **Partidas** 6,1,23, donde se nos informa que un testamento acabado delante de siete testigos no podía ser suplantado por otro que no había sido terminado:

Partidas 6,1,23: *Acabadamente, aviendo algu ome fecho su testamento, si despues de esso, queriendolo revocar, comenzasse a fazer otro, e non lo acabasse, por algun embargo, que le*

³¹⁰ PILLIUS, *Summa*, 3,7.

³¹¹ LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas*, Partidas 6,1,1, Gl. *En non de otra guisa*. Cfr. C. 4,21,17.

³¹² SAXOFERRATO, B. DE, *Super prima Infortiatum*. Ed. *Commentaria. De iure codicillorum rubrica, Lex Si palam: .. tunc illa nominatio haeredis est facta coram legitimo numero testium verum testimonium, et illa scriptura valet et ut codicilli*.

³¹³ ESCAÑO, F. DE, *Tractatus*, Cap. 3, num. 16.

avinisse, o por otra razón non se embargaria porende el testamento primero. Ca derecho es, que el testamento, que es fecho acabadamente ante siete testigos, non se desate por otro que non fuesse cumplido.

A este respecto, y con carácter ejemplificador, Baldus de Ubaldis señala cómo, en la práctica, era el *iudex* quien generalmente determinaba el valor preferente de una prueba, ya fuera ésta documental o testifical:

BALDUS DE UBALDI: *quod cui magis sit credendum vel instrumento vel testibus, quod plerunque committitur iudicantis arbitrio nam potest esse tabellio tam emendatae vitae quod ei magis creditur quam vivae voci, forte duorum, vel trium ribaldorum*³¹⁴.

Así, afirma el comentarista, cuando no intervenía la autoridad judicial, cabe ver un criterio ambivalente, lo que permitía que, unas veces, se pudiera otorgar un valor preferente a los testigos y otras a los documentos, como cuando se acredita que desde antiguo no se hallan ocultos, sino en un registro público *-magis creditur*³¹⁵-.

Como es lógico, el legislador de **Les Costums de Tortosa**, al igual que el de los **Furs**³¹⁶ o **Partidas**, no pudo quedarse al margen de esta polémica procesal y doctrinal. Partiendo de las disposiciones y los criterios fijados por el **Codex**³¹⁷, igualó el valor probatorio de las escrituras auténticas al que poseen los testigos fidedignos, tal y como se

³¹⁴ UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus*, Cap. 5, num. 15.

³¹⁵ UBALDIS, B. DE, *Ad Tres Priores Libros Decretalium, De probationibus*, Cap. 5, num. 14: *quandoque magis scripturae, ut in factis multum antiquis quae nunquam steterum in occulto, sed in registro.*

³¹⁶ *Fori Antiqui Valentiae* 16,1: *habeat probationes vel instrumenta*; 55,11: *et hoc iudici constiterit per testes vel instrumentum*; 71,16: *per testes vel alias legitimas probationes probetur*; 99,1: *Falsam quidem testationem testium vel instrumentorum*; 77,3: *instrumentis dotaliciis vel aliis legitimis probationibus*; 79,1: *per instrumentum vel per testes*; 86,28: *per testes vel instrumenta publica probatam*; 99,2: *Si quis in causa contra adversarium suum falsos testes produxerit vel falsis instrumentis usus fuerit*; 133,2: *per legales probationes vel testes probari possit, ...*; FURS 2,13,23: *conste dels dits deutes ab actes públichs o testimonis*; 3,1,10: *haja de provar aquella ésser vera e justa ab testimonis o altres legitimes proves ...*; 3,4,3: *testimonis e proves*; 4,23,58: *provar ab carta o testimonis*; 62,30: *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.*

³¹⁷ C. 4,21,15: *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.*

desprende del tenor de la rúbrica *De proves vel de probationibus*, así como de un conjunto de disposiciones genéricas, englobadas en otras tantas rúbricas:

Les Customs de Tortosa 4,10,1: *Se prueban en la Ciudad de Tortosa todos los hechos y contratos, por tres medios: por confesión de parte, por testigos, y por cartas públicas.*

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

3.3.3. Momento procesal: *Litis contestatio*

Una vez que se ha plantado la cuestión de el valor probatorio alcanzado por la prueba testifical, cabe plantear en qué momento procesal se debía solicitar. A este respecto la doctrina fue muy clara: una vez finalizada la *litis contestatio* se procedía a la apertura del periodo probatorio, porque sin la primera, ni concurría este ni se podía dictar sentencia:

TANCREDUS: *Et nota, generaliter verum esse, quod lite non contestata testes non sunt recipiendi nec sententia diffinitiva ferenda; et si contra factum fuerit, nihil valet ipso iure*³¹⁸.

De esta forma, tanto los tratadistas como la doctrina medieval tenía muy presente que cuando se había interpuesto una acción real y la *litis contestatio* ya se había realizado, si el reo se ausentaba en contumacia, el juez, si la causa era clara, procedía a la recepción de testigos, continuando el proceso hasta dictar sentencia; de no serlo, el actor podía solicitar la posesión de los bienes, no para su custodia, sino para adquirir su propiedad³¹⁹.

En el ámbito de la canonística se siguió análogo criterio. En concreto, en c. 1,X,2,6, se afirma que si la contumacia, la rebeldía judicial, si se originaba con anterioridad a la *litis contestatio*, sancionada con la pena de excomunión, el juez no podía ni recibir testigos ni dictar sentencia definitiva: *Si agatur de adulterio ad separationem tori, et ante litis contestationem reus est contumax, potest excommunicari; sed testes recipi non possunt, nec causa diffiniri*. Criterio que se recoge, a su vez, en c. 4,X,2,6, en donde se recuerda que no habiéndose realizado la *litis contestatio*, la recepción de testigos es nula:

³¹⁸ TANCREDUS BONONIENSIS, *Ordo*, Part. 2, tit. 4, *De contumacibus et non venientibus ad iudicium*, vers. 2. Véase su apoyo legal en c. 1,X,2,6: *Si agatur de adulterio ad separationem tori, et ante litis contestationem reus est contumax, potest excommunicari; sed testes recipi non possunt, nec causa diffiniri*, c. 2,X,2,6: *In causa restitutionis contra contumacem lite non contestata sententia proferri non potest*; c. 3,X,2,6: *Si lite non contestata reus est contumax, si fieri potest, mittitur actor in possessionem causa custodiae; alias reus excommunicabitur*; c. 4,X,4,6: *Receptio testium facta contra non contumacem lite non contestata, in causa matrimoniali est nulla*.

³¹⁹ HENRICUS HOSTIENSIS, *In Primim Decretalium Librum*, Rub. *De dolo et contumacia*, Cap. 8, num. 4; Cap. 9; ANTONIUS A BUTRIUS, *Super Prima Secundi Decretalium, De dolo et contumacia*, Cap. 3, num. 1 *et seq.*, Cap. 8, num. 1; ORDO JUDICIARIUS <SCIENTIAM>. I. *Quid actore agere debeat*; LUDOVICUS ENGELS, *Universi juris*, Rub. *De dolo et contumacia*, num. 8.

Receptio testium facta contra non contumacem lite non contestata, in causa matrimoniali est nulla.

A su vez, Inocencio III, en c. 5,X,2,6, señala cómo era práctica habitual el que muchos juristas dudasen si podía recibirse testimonio sin que se hubiera realizado la *litis contestatio*³²⁰.

A su juicio, la regla general seguía siendo la de negar la prueba testifical: *Litis non contestata non recipiuntur testes regulariter super principali*. No obstante, esta *regula iuris* sufría una alteración cuando se entendía que los testigos podían morir, se podían ausentar durante un largo período de tiempo en tierras lejanas, o bien porque eran ancianos, enfermizos o simplemente porque se temía cualquier otra justa causa que pudiera impedir su comparecencia. Ante estos supuestos, y con la única finalidad de “que la verdad no se esconda y la prueba no perezca”, se permitió la recepción de los testigos, aunque la *litis* no se hubiera contestado, cuando las demás solemnidades del proceso se cumpliesen, esto es, que el demandado fuese citado según derecho y, no obstante, no quisiera comparecer, ya por malicia, ya por negligencia: *Fallit in casibus hic annotatis, scilicet quum timetur de morte vel absentia diuturna testium. Tunc enim servata solennitate hic posita possunt etiam lite non contestata testes examinari*.

De lo expuesto se deduce que no observándose las solemnidades propias del procedimiento, como pudiera ser que el actor no conviniera a su adversario *infra annum*, la prueba testifical era nula por fraude, ya que impedía a la parte contraria el que pudiera presentar, en tiempo y forma, las excepciones contra los testigos o contra la causa principal:

c. 5.X,2,6: *Idem. Quoniam frequenter in dubium revocatur a multis, an, lite non contestata, testes recipi valeant, auctoritate*

³²⁰ c. 5.X,2,6: *Idem. Quoniam frequenter in dubium revocatur a multis, an, lite non contestata, testes recipi valeant, auctoritate praesentium duximus declarandum, regulariter verum esse, quod lite non contestata non est ad receptionem testium procedendum, nisi forte de morte testium timeatur vel absentia diuturna. In quibus casibus, quum civiliter est agendum, ne veritas occultetur, et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur, senes, et valetudinarii, et alii testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, etiam lite non contestata sunt procul dubio admittendi, sive pars conventa sit contumax, sive sit absens absque malitia, ut conveniri non possit. Sed si actor non convenerit adversarium infra annum, ex quo conveniri poterit, vel saltem receptionem huiusmodi testium non denunciaverit illi, attestations sic receptae non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimae ad repellendum testes, vel aliae locum habere non possint.*

praesentium duximus declarandum, regulariter verum esse, quod lite non contestata non est ad receptionem testium procedendum, nisi forte de morte testium timeatur vel absentia diuturna. In quibus casibus, quum civiliter est agendum, ne veritas occultetur, et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur, senes, et valetudinarii, et alii testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, etiam lite non contestata sunt procul dubio admittendi, sive pars conventa sit contumax, sive sit absens absque malitia, ut conveniri non possit. Sed si actor non convenerit adversarium infra annum, ex quo conveniri poterit, vel saltem receptionem huiusmodi testium non denunciaverit illi, attestationes sic receptae non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem, ut processu temporis exceptiones legitimae ad repellendum testes, vel aliae locum habere non possint.

Finalmente, se nos indica que, para perpetuar la memoria, cuando se procedía por inquisición se podía recibir testigos aunque no se hubiera practicado la *litis contestatio* – *absque litis contestatione legitime possunt testes produci*³²¹:

c. 5.X,2,6: *Sunt et alii casus similiter speciales, quos alibi nos meminimus distinxisse, in quibus absque litis contestatione legitime possunt testes produci, ut quando excessuum inquisitio vel testium publicatio imminet facienda.*

³²¹ c. 5.X,2,6: 5. *Sunt et alii casus similiter speciales, quos alibi nos meminimus distinxisse, in quibus absque litis contestatione legitime possunt testes produci, ut quando excessuum inquisitio vel testium publicatio imminet facienda.*

3.3.4. Requisitos

[1] Citación

A juicio de los procesalistas, la citación se convierte en una regla esencial, no solo para las partes, sino también para los testigos, que debían de ser citados en forma y tiempo reglado, salvo, como declara Maranta, cuando se hacía necesario llamar a declarar a algunos testigos con prontitud, al temerse por su salud, *quia potest examinari etiam parte non citata*³²².

En **Les Costums de Tortosa** esta se podía realizar por uno de los dos jueces, a quien asiste el Veguer, bien antes o después de comenzado el juicio, por entenderse que su declaración constituía una parte esencial del litigio³²³, pudiéndose recibirles todos los días, salvo los festivos:

Les Costums de Tortosa 2,16,5: *no siendo día feriado; porque lo que se hiciere en día feriado, en Curia o fuera de ella, es nulo y no están tenidas las partes a seguirlo.*

Les Costums de Tortosa 3,1,36: *Un litigio, antes y después de comenzado, puede sustanciarse todo él en recibir testigos y demás, por un solo de los jueces, a quien asista el Veguer.*

Les Costums de Tortosa 4,11,16: *Pueden recibirse testigos todos los días que no son feriados, y a todas las horas de ellos.*

³²² ROBERTUS MARANTA, *De ordine iudiciorum*, Rub. *De Citatione*, num. 29: *limita quando esset examinandus aliquis testis, de cuius morte vel festinato necessu timetur, quia potest examinari etiam parte non citata*. Asimismo, num. 27: *quando iudex vult examinare in testem aliquam honestam mulierem non potest mitte ad eius domum pro ea examinanda sine alia citatione partis*; num. 28: *quando esset examinandus aliquis testis, cuius dicto esset necessario standum quia non requiritur partis citatio*.

³²³ Asimismo en *Consuetudines Diocesis Gerundensis*, rub. XXI, cap. 6: *Item servatur de consuetudine quod si aliquis coram testibus testamentum, vel suam voluntate nuncupaverit quod recipiuntur, et examinantur testes vocatis vocandis quorum interest per iudicem, et recepto juramento a testibus aliqua Ecclesia super altari consecrato tales testimonium depositiones rediguntur, in publicam formam et eidem ex decreto iudicis attribuitur fides; et vocatur testamento sacramentale*.

[2] Juramento de veracidad –*condiciones sacramentorum*³²⁴–

GRATIA: *Scripta vero rei protestatione statim iudex facit testes iurare veritatem. Et nisi iurent, non debent admitti, quia nulli testi, quantaecumque auctoritatis sit, nisi iuraverit, creditor [...]*
Postquam autem omnes testes iraverunt dicere veritatem, [...].

A la hora de establecer cuáles debían ser los requisitos para que la prueba testifical tuviera validez, **Les Costums de Tortosa**, haciéndose eco de los postulados fijados por la tradición romanística³²⁵, sancionan la declaración se tenía que realizar teniendo presente tanto su veracidad, su número como su idoneidad.

Con relación a su veracidad, **Les Costums de Tortosa** son explícitas al afirmar que han de declarar ateniéndose a la verdad, no ocultando ni disimulando, “por amor o desamor a los interesados”, por odio, mala voluntad o servicio prometido, ni ha actuando para obtener un servicio o una ventaja, por lo que, con la ayuda de Dios, y ateniéndose al juramento realizado ante los Santos Evangelios, dirá la verdad sobre lo que declare, o no ocultándola ni desfigurándola con mentiras:

Les Costums de Tortosa 3,1,1: *Y estos jueces deben [...] recomendando a los testigos que las partes produzcan o presente, cuando les tomen juramento, que san veraces y que por amor, desamor, temor, odio, mala voluntad o servicio prometido, recibido o que esperen recibir, no oculten la verdad ni la desfiguren con mentiras, y que, por un solo Dios, sean en todo verdaderos.*

³²⁴ c. 3 C. 2 q. 4; c. 20 C. 3 q. 9; c. 27 C. 4 q. 2-4; c. 3 y 27 C. 4 q. 3; c. 15 C. 14 q. 5: *iudex faciat testes iurare veritatem*; cc. 5 y 55,X,2,20: *Probatio autem testium debet fieri duplici iuramento, ut iurent se non privato odio, neque amicitia, neque pro aliquo commodo, quod habuerint, vel quod habent vel habituri sunt, ad hoc iurandum esse inductos; postea debent iurare, sicut ipsi dicunt, rei veritatem accepisse a maioribus suis, et credere ita esse*; PILLIUS, *Summa*, 3,11; TANCREDUS, *Ordo*, 3,9,1: *quod ipsi dicent iudici vel ei, cui iudex hoc commiserit inquirendum totam veritatem, qua sciunt de quaestione, super qua inducuntur, usque ad finem litis quotiens interrogabantur; et nullam falsitatem interponent; et pro utraque parte veritatem dicent; et quod nec pretio, nec amicitia, nec privato odio, seu commodo aliquo, quod inde habituri sint, ad dicendum testimonium ipsum accedunt*”; DURANDUS, *Speculum*, rub. *De test.* 4,1: *Tu iurabis, quod dices mihi, vel illi, cui hoc commiserit inquirendum, tota & plena & meram veritatem, quam credis, vel scias de quaestione tali, quae veritur inter tales.*

³²⁵ Liber Iudiciorum 2,5,12: *Nos testes ... de presente eramus ... iuramus, quia vidimus et audivimus.*

Les Costums de Tortosa 4,11,1: *Como alguno debe hacer testimonio en algún hecho, primeramente debe jurar por mandato del juez, tocando los Santos Evangelios con su propia mano, presentes las partes o una estando en ausencia por contumacia, que dirá verdad de lo que ha visto o oído, y que no ocultará ni disimulará por amor o desamor que sienta hacia los interesados: que no espera ni ha recibido, por la declaración que ha de hacer, servicio o ventaja de ninguna clase; y que, por un solo Dios, si Dios le ayuda, y los santos Evangelios puestos ante él y tocados con su propia mano, dira verdad en todo lo que declare.*

Una declaración jurada de veracidad que no solo se halla en la mayoría de los ordenamientos bajomedievales, sino que viene propiciada por los tratadistas de derecho procesal, quienes, siguiendo las disposiciones del *ius commune*³²⁶, vienen a plasmar la necesidad de que toda declaración, previo juramento, tienda a la verdad de lo visto y oído, sin atenerse a criterios de amistad o enemistad:

TANCRDUS: *Tale iuramentum debent praestare testes generaliter: quod ipsi dicent iudici et ei, cui iudex hoc commiserit inquirendum, totam veritate, quam sciunt de quaestione, super qua inducuntur, usque ad finem litis, quotiens interrogabuntur; et nullam falsitatem interponent; et pro utraque parte veritatem dicent, et quod nec pretio, nec amicitia, nec private odio, seu commodo aliquo, quod inde habituri sint, ad dicendum testimonium ipsum accedunt. Et haec forma per haec iura probatur*³²⁷.

³²⁶ DURANDUS, *Speculum Iudiciale*, Lib. II, Part. II,12, núm. 39: *quod testamentum, aliud privatum, aliud solenne, scilicet in scriptis: item privatum aliud sit sine scriptis, aliud sine aliqua sub testium praesentia. Testamentum privatum sine scriptis, dicitur illud, quod sit sine solennitate a iure inventa, ut patet in praemissis, formis: et tale dicitur nuncupativum, quando videlicet coram septem testibus et tabellione testator suam voluntatem et haeredis institutionem et alia quae in testamento ordinantur, [...] nec alia solennitas adhibetur, quamvis illa per tabellionem redigantur in scriptis. Dicitur ergo sine scriptis, id est, sine solennitate [...] Sine scriptura autem sic sit testamentum nuncupativum nam si tabellio haberi non potest, testator vocet testes septem in civitate: in villa vero quinque, si plures nequit habere: et coram eis disponat suam voluntatem et ordinationem: haeredem nominet et instituat legata exprimat.*

³²⁷ TANCRDUS, *Ordo*, 3,9,1.

A este respecto, caber ver lo dispuesto por el legislador foral con relación a la labor judicial. En torno al interrogatorio, se establece que los jueces debían interrogarles acerca del hecho concreto que se dirime en el juicio; asimismo tenían que tomar razón de su ciencia, es decir, acerca del lugar y tiempo en que se verificó el hecho sobre que declaran, y de si lo conocían de oídas, o presencialmente, de pública voz o fama, o por mera presunción, porque si declaraban sobre el hecho acontecido sin explicar la razón y fundamento de su declaración, poco valor podía tener su declaración. No obstante, para favorecer la veracidad de los hechos se permitía al testigo volverá declarar en el supuesto en que recordase o le vieren a la memoria algunas cosas o circunstancias que por olvido no declaró. Idéntico criterio se aplicaba a las partes, a las que se les permitía volver a interrogar a los testigos en caso de olvido de alguna pregunta, todo en aras a alcanzar la veracidad procesal:

Les Costums de Tortosa 4,11,6: *Los jueces deben interrogar a los testigos acerca del hecho concreto por qué se les produce; porque si declara el testigo sobre punto distinto de aquel porque fue llamado, nada vale, y no debe ser escrito lo que diga que no aprovecha al actor, ni perjudique al convenido.*

Deben, además, los jueces examinar a los testigos acerca de la razón de la ciencia, es decir, acerca del lugar y tiempo en que se verificó el hecho sobre que declaran, y de si lo saben de oídas, o por haberlo presenciado, de pública voz o fama, o como mera presunción suya. Porque si sencillamente declaran sobre el hecho, sin explicar la razón y fundamento de su declaración, parece como que han sido mal encaminados. Y el litigante queda y está a las resultas únicamente de lo que el testigo diga en el acto de su declaración; porque su responsabilidad a más no se extiende que a lo que el testigo manifieste en el momento mismo de declarar.

Sin embargo, si inmediatamente después de retirarse el testigo de la presencia del juez, recuerda o le vienen a la memoria de repente algunas cosas o circunstancias que en su declaración olvidó, sin hablar con las partes ni con persona alguna, puede

presentarse nuevamente al juez y, en méritos del juramento prestado, decirle lo que olvidó, lo cual tanto vale como lo que hubiese dicho y declarado ya.

Pero si presentados los artículos e interrogatorios por el actor o convenido a los jueces, omiten u olvidan ellos interrogar a los testigos sobre alguno o algunos de los extremos o puntos que comprenden; el convenido y actor pueden pedir, después de publicadas las probanzas, que se les examine a tenor del interrogatorio o artículos sobre los cuales no hubiesen sido interrogados. Y vale lo que acerca de dichos puntos manifiesten y declaren los testigos, como lo que hubiesen dicho y declarado antes; y es tan firme que no se puede revocar.

[3] Número

Les Costums de Tortosa⁹, 25,12: *Y porque el derecho reprueba la multitud de testigos y la refrena, los dichos jueces no pueden ni deben recibir sobre cada uno de los antes referidos capítulos más allá de cuarenta testigos [...].*

Con relación al número de testigos exigidos, se sigue el principio romano *testis unus testis nullus*³²⁸, incorporado con posterioridad al Derecho visigodo³²⁹ y al Derecho común³³⁰; con diversas expresiones: *testis unus*, *testis nullus*; *vox unius-dictum unius*; *vox unius-dictum nullius*, expresiones que vienen a poner de relieve que el testimonio prestado por un único testigo no puede ser admitido, sino, todo lo contrario: debe ser declarado nulo³³¹, por entenderse que el número de testigos procedente en toda causa se debía elevar, cuando menos, a dos o tres testimonios fidedignos:

³²⁸ FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio "Testis unus testis nullus" en el derecho procesal español*. Madrid, 1979, p. 11, entiende, siguiendo a Biondi, que el principio nace en una Constitución de Constantino del año 334, siendo recogido posteriormente por el Código Teodosiano 2,39,3, y por el Código de Justiniano 4,20,9, y 4,20,4.

³²⁹ PETIT, C., "De negotiis causarum", ob. cit., pp. 101-102, señala cómo desde Chindasvinto - LV 2,4,3- se exige un mínimo de dos personas para la validez del testimonio. Requisito que, a su vez, se hallaba presente en el Derecho germánico. Vid. *Leges Alamanorum* 42: *Testes enim qui iam convictus fuit, quod mendacium semel aut bis aut ter testificasset, amplius ad testimonium non recipiatur*. Ed. *Monumenta Germaniae Historica*. Hannoverae. 1961. T. IV.

³³⁰ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 77-81.

³³¹ LEÓN, F. H., *Decisiones* II,187,1: *Testis unicus plene contra producentem*".

BALDUS DE UBALDUS: *Vox unius vox nullius.*

PILLIUS: *Item unus solus testis non debet audiri;*

TANCREDUS: *Et nota, quod licet plures testes, quam duo, in aliquibus causis exigantur, nulla tamen est, quae unius testimonio, quamvis legitimo, valeat terminari.*

c. 23,X,2,20: *Ad decisionem causae, maxime pro parte Iudaei, non sufficit regulariter unius testimonium, quam duorum probatae vitae et laudabilis conversationis... In ore duorum vel trium testium stat omne verbum, quia, licet quaedam sint causae, quae plures quam duos exigant testes, nulla est tamen causa, quae unius tantum testimonio, quamvis legitimo, rationabiliter terminetur.*

c. 4,X,2,21: *cui quidem adhibito uno efficiuntur duo testes, adhibitis duobus efficiuntur tres. ... Si peccaverit in te frater tuus, corripe eum inter te et ipsum solum; quodsi te non audierit, adhibe tecum unum vel duos testes, ut in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum. ... Non unus stet contra alium, sed in ore duorum vel trium testium stet omne verbum³³².*

Esta realidad procesal, propia del Derecho romano, la encontramos presente en el **Liber Iudiciorum** 2,4,3 y 5,2,7³³³, en el **Decreto de Graciano**, en las **Decretales de Gregorio IX**, c. 10,X,3,26³³⁴, en los **Usatges de Barcelona**, Usatge **Acusatores**³³⁵, en las

³³² BALDUS DE UBALDUS, *Ad tres priores libros. rub. De probationibus*, cap. X.3; PILLIUS, *Suma*, 3,8; TANCREDUS, *Ordine*, 3,7; c. 3; C. 4 q. 3; c. 23,X,2,20 ;c. 10,X,3,26; *Usatges* 3,16,13, *usatge acusatores*; *Recognoverunt proceres*, 1,13,26.

³³³ LV 2,4,3: *In duobus autem idoneis testibus, quos prisca legum recipiendos sancsit auctoritas, non solum considerandum est, quam sint idonei genere, hoc est indubitanter ingenui, sed etiam, si sint honestate mentis perspicui adque rerum plenitudine opulenti*; LV 5,2,7: *..., ita ut duo aut tres testes ingenui suscriptores vel signa facientes accedant.*

³³⁴ c. 10,X,3,26: *Quum esses, frater episcopo, in nostra praesentia constitus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decerunt. Quia vero a divina lege et*

Costums de Lleida III,144³³⁶, en los **Furs**³³⁷, en el **Recognoverunt Proceres**, c. 26³³⁸, o en las **Observancias de Aragón**, Ob. 11 y 26, en los que se recoge el criterio que afirma, en expresión de León: *Testis unicus plene probat contra producentem*³³⁹; un criterio que fue prontamente acogido por la mayoría de los tratadistas de Derecho común, lo que no fue óbice para que sufriera, como apunta Fernández Espinar³⁴⁰, una serie de excepciones, unas veces por razón de la persona y otras por razón de la materia, lo que venía a provocar una notable relajación de las formas y solemnidades exigidas por el *ius commune* en materia no solo procesal.

Veamos su regulación en **Les Costums de Tortosa**. En concreto, en la rúbrica *De ordinacio de testaments* se señala la necesidad de dos testigos³⁴¹ más un tercero cualificado, como es el escribano público, lo que no impedía que el testador, *motu*

sanctorum Patrum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum; quum scriptum sit: In ore duorum vel trium testium stet omne verbum praescriptam consuetudinem penitus improbamus, et testamenta, quae parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero defecerint voluntate, firma decernimus permanere et robur obtinere perpetua firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi rescindere audiat testamenta; c. 11,X,3,26.

³³⁵ Us. 89: *Accusatores et testes esse non possunt qui ante externum diem aut nudus tercius inimici fuerint, ne irati nocere cupiant, vel lesi se ulcisci (velint); inoffensus igitur accusatorum et testium effectus querendus est et non suspectus. Ydonei testes non (videntur esse) quibus imperari potes ut testificent.* En *Los Usatges de Barcelona*. Ed. VALLS TABERNER, F. Barcelona, 1984.

³³⁶ *Costumbres de Lérida*, III, núm. 144, rub. *De testamentis: Ad sollempnitatem testamenti sufficiunt duo testes.* Ed. LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, P. (En adelante, CI); *Consuetudines Dioecesis Gerundensis*, Rub. XXI, *De testamentis et ultimis voluntatibus*, Cap. 1: *dum tamen in eo sint quinque tests*; Cap. II: *... ubi sufficiunt quinque testes in testamento et tres in codicillis.* Ed. COTS Y GORCHS, J., Barcelona, 1929. (En adelante, CDG)

³³⁷ En numerosos preceptos no se menciona un número determinado de testigos, aludiendo al término genérico de *testium*. Así, en *Fori Antiquae Valentiae* 3,7: *Et, inquisitione facta et receptis dictis testium et publicatis*; 3,16; 17,5; 62,11; 62,21: *Solutio, que facta erit de debito contento in instrumento, possit probari per duos vel tres testes suficientes*; FORI ANTIQUE VALENTIAE 86,5: *Si tres vel quator testes defuerint, iure deficiet testamentum*; FURS 2,13,19: *que se haja de provar la dita edat ab quatre testimonis e no menys*; FORI ANTIQUE VALENTIAE 86,7: *Tribus testibus ydoneis masculis presentibus*; etc.

³³⁸ *Recognoverunt Proceres*, c. 26.

³³⁹ LEÓN, F. H., *Decisiones*, II,187,2.

³⁴⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio, "Testis unus testis nullus" en el Derecho*, ob. cit., pp. 61 y 72-73.

³⁴¹ RIPOLL, A. De, *Variae iuris resolutiones*, Cap. 13, rúb. *De testamentis, et aliis ultimis voluntatis*, núms. 541-542: *Quaestium fuit, quod testes requirantur in testamento iu iure Cataloniae.*

Respondeo quod duo sufficient, cum in Catalonia probatio testium reducatur ad numerum canonicum, duorum, vel trium.

proprio, pudiera añadir más testigos³⁴², como así ocurría, a juicio de Cáncer o Xammar³⁴³, en otras ciudades de Cataluña³⁴⁴:

Les Costums de Tortosa 6,4,1: *En toda clase de testamentos, codicilos u otra especie de últimas voluntades, bastan para su validez dos testigos más el escribano. Si más quiere poner el testador sea elección suya el poner más.*

Dentro de la misma rúbrica, en la Costum 7, se comprende como testamento sacramental la declaración verbal del *de cuius* ante dos o más testigos, los cuales, dentro de los seis meses que siguen al fallecimiento del otorgante, debían comparecer ante los jueces y el Veguer de la ciudad para manifestar, mediante juramento, la voluntad del difunto:

Les Costums de Tortosa 6,4,7: *Testamento o última voluntat que el testador otorgue donde no halla escribano público, ante dos o más testigos varones o más; [...].*

Les Costums de Tortosa 6,4,12: *Aquel que quiere testar, [...] debe llamar a dos testigos y al Escribano público; y es en todos tiempos válido y estable.*

La importancia del número de testigos en la esfera testamentaria la ponen de relieve autores como Mieres, Cáncer o Fontanella, quienes sostendrán la necesidad de que la presencia de estos sea simultánea, por entender que si el testador hubiera expuesto

³⁴² Lo que permitirá a FONTANELLA,., II, *Decisiones*, Decis. 576, núm. 20 sostener que este número de testigos se ha de aplicar a todo tipo de testamento: *Inde fit, dici debere omnes species testamentorum, de quibus tam ante, quam post loquitur Rex, compraehensas esse sub dispositione dicti cap. 26 de duobus, vel tribus testibus loquentis. Accedit, unam, et eandem rem non debere diverso iure censeri, et ideo, non credendum, voluisse Regem in una testamenti specie concedere pro sufficienti numerum duorum testium, in alio non, maxime non distinguente dicto capite 26 sed generaliter loquente.*

³⁴³ Con todo, CÁNCER, *Variarum*, I, Cap. 4, núm. 74 parece indicar que el número de testigos podría variar en otras ciudades: *Dicta ultima voluntas, probatur per duos testes tantum in locis, ubi duo sufficiunt, non in aliis.* Criterio del que se hará eco XAMMAR, *Civilis doctrina*, rub. 15, núm. 9, aunque sin llegar a compartirlo: *At Cancerius cum in diversis partibus Cathaloniae in testamentis non sufficiant duo testes, sed iuxta ius commune septem requirantur, ut in partibus Perpiniani, Tarraconnae, Gerundae, et Dertuzae [...] in testamentis sacramentalibus non semper sufficere duos testes in casu nostrae consuetudinis, sed tantum in locis ubi duo sufficiunt in testamentis testes, veluti Barcinonae, non in aliis. Ego credo in casu nostrae consuetudinis semper sufficere duo testes.*

³⁴⁴ *Recognoverunt Proceres, Cap. 26: Item, quod testamentum in quo sunt testes duo, vel tres adhibiti valet.*

su voluntad ante un único testigo, y posteriormente a otro, se estaría ante dos actos singulares, respecto de los cuales sólo habría un testigo, el cual nada probaría por faltar el requisito de la simultaneidad de ambos testigos³⁴⁵.

Centrándonos en el ámbito estrictamente procesal, **Les Costums de Tortosa** reconocen expresamente la vigencia del mencionado principio, una vez de forma expresa, u otras simplemente señalándolos en plural:

Les Costums de Tortosa 4,11,8: *Para probar bastan dos testigos o más si son de mala fama, o una carta pública, o un testamento o cualquiera otra especie de última voluntad que venga autorizada con las firmas de dos o más testigos.*

[4] **Idoneidad** –*quod humiles, & viles personae a testimonio repellantur*³⁴⁶–

Les Costums de Tortosa 4,11,9: *Si sobre algún hecho o hechos prueban las dos partes, y resulta después, en sentir de los jueces, conflicto de prueba débese dar la sentencia de acuerdo con lo manifestado por los testigos más honestos y veraces*³⁴⁷.

Les Costums de Tortosa 9,25,14: *Los testigos deben ser de íntegra y buena fama [...].*

Les Costums de Tortosa 9,25,20: *[...] cite testigos que sean de buena fama [...].*

El criterio de idoneidad, presente tanto en el Derecho romano-visigótico³⁴⁸ como en el germánico³⁴⁹, se incorporó al Derecho común de la mano de la canonística³⁵⁰, en

³⁴⁵ MIERES, T., *Apparatus*, col. 6, *De tabellionibus*, núm. 40; FONTANELLA, J. P., *Decisiones*, II, Decis. 576, num. 20-23; CÁNCER, J., *Variarum*, I, Cap. 4, núm. 2; III, Cap. 20, núm. 409.

³⁴⁶ LEÓN, F.H., *Decisiones* II, 205,16.

³⁴⁷ *Fori Antiquie Valantiae* 62,10: *et, si pro uno eodemque capitulo ab utraque parte litigantium producantur et videantur sibi ad invicem adversari, honestioribus est credendum*; *Fus* 7,4,11: *appellats al meyns tres honest testimonis*.

³⁴⁸ PETIT, C., “De negotiis causarum”, ob. cit., pp. 100 ss. El requisito de idoneidad que exige el LV 2,1,25; 2,4,3, se incorpora al proceso alto-medieval catalán, como nos recuerda IGLESIA FERREIRÓS, A., “La creación del Derecho en Cataluña”, ob. cit., p. 181.

concreto a través de las Decretales de Gregorio IX, al afirmar que el juez no ha de atenerse tanto al número de testigos aportados como a la calidad de los mismos, siendo ésta la que debía de prevalecer en caso de que el número de testigos presentados por las partes fueran idénticos, pero no así sus declaraciones³⁵¹. A este respecto, los tratadistas sostenían que si una cuestión versaba sobre cosas o hechos de un tiempo inmemorial, al ser la memoria del hombre frágil, *magis credendum est instrumento quam testibus*³⁵²; criterio que se excepcionaba si el hecho se reproducía nuevamente, en cuyo caso, si los testigos eran de buena fama, discretos y honestos, se presumía su veracidad y no la del documento:

TANCREDUS: *si autem probatur id, quod de novo factum est, in hoc casu magis praesumendum est pro dicto testium quam pro instrumento, maxime si testes sint boni viri, discreti et honesti*³⁵³.

De esta forma, en el ámbito del *ius commune* se admitió sin reservas que para adquirir la condición de *idonei eo tempore*³⁵⁴, éstos tenían que ser testigos libres de toda

³⁴⁹ *Leges Longobardum* C. M. 67, Cap. 802: *Judices non admittant testes habentes mala famam*. Ed. *Monumenta Germaniae Historica*. Hannover, 1960.

³⁵⁰ BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros*, rub. *De testibus*, Cap. XII,2: *Testis malae famae an repellatur testimonio*; PILLIUS, *Summa*, 3,8: *“Item testimonium, ut sit admittendum, carere debet suspicione, et propter personam, a qua fertur, quod sit honestae et bonae famae, item propter causam, puta quod neque gratiae, aut lucri aut inimicitiae causa sit; TANCREDUS, Ordo, 3,6.*

³⁵¹ c. 1-2 C. 4. q. 2-3: *testi honestiori maior fides est adhibenda; in testibus attendenda est status dignitas, fidei puritas et morum fravitas*; c. 27,X,2,20: *Carnalis copula probatur per conveniens testimonium de visu; idem in testimonio auditus, quod adminicula et fama coadiuvant*; c. 32,X,2,20: *Si actoris et rei testes contraria deponunt, fidem sibi non derogant, sed praevalent digniores, et verisimiliora deponentes, et, si in ceteris est disparitas, praefertur numerus*; c. 1,X,2,20: *Placuit sancto conventui, ut testes ad testimonium non conducantur pretio, et ut quicumque idonei et fideles in testimonium assumantur.*

³⁵² TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, Pars 3, Tit. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, num. 6: *Praeterea temporis consideratio habenda est; quoniam si res vel factum antiquum probatur, magis credendum est instrumento quam testibus, quia memoria hominum labilis est, nam omnium habere memoriam divinitatis est potius quam humanitas*. Cfr. C. 1,17,1.

³⁵³ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius*, Pars 3, Tit. 13, *De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, num. 6.

³⁵⁴ CASTILLO SOTOMAYOR, *Controversiarum*, Lib 4, Cap. 28, num. 41: *Quod Notario non creditur asserenti, aliquem esse sanae mentis ... quod Notario asserens tam in testamento, quam in examine de sana mente, praebet conjecturam veritatis*; num. 24: *Et magis creditur testibus deponentibus, quem esse sanas, quam insanae mentis, et sic de sana mente, quam de furore ... quoniam testes deponentes de sana mente, deponunt de qualitate, quae naturaliter cuicumque inest; idcirco praeseruntur caeteris de furore deponentibus*; num. 25: *quod magis creditur duobus testibus de sana mente deponentibus, quam mille de furore, aut dementia attestantibus*; BAS Y GÁLKERÁN, *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 28: *Dementia, aut furor, rectius, et concludentius probabitur per testes medicos, quam per alios, nam cum in probandis dementia, furore, aut insaniam, debeant reddere testes rationem scientiae, et experientia, quam solum medici habent, concludens ratio scientiae reddi possit ad probationem insaniam, erunt testes integrae fidei medici, et non facile credendum erit aliis quam medicis, tamquam peritis*.

excepción *–omni exceptione maiores*³⁵⁵–. Así, salvo que no hubiera testigos cualificados³⁵⁶, entendiéndose por estos, aquellos que, por ejemplo, por su conocimiento y experiencia, podrían determinar el grado de demencia de un sujeto³⁵⁷.

A tenor de estos presupuestos, se admitían sus testimonios si en estos concurrían tres circunstancias:

[a] Cuando sus declaraciones fueran concordantes con relación al tiempo y lugar³⁵⁸, por entenderse, en palabras de Bártolo, que las declaraciones singulares o negligentes *nihil probatur*³⁵⁹. A este respecto, para evitar posibles interpretaciones, éstos debían trasladar lo oído o visto de forma clara y precisa, evitando toda contradicción que pudiera dar lugar a su desestimación, sin que fuera suficiente para desvirtuarlas una pequeña discrepancia en la materialidad de las palabras, con tal de que éstas coincidieran en su esencia; esto es, no importaba tanto que fueran coincidentes *in verborum figura et cortice*, sino en la sustancia³⁶⁰.

En análogo sentido, la literatura jurídica advierte que, cuando los testigos entran en contradicciones u olvidos aparentes que pongan en duda la veracidad de lo declarado, así cuando se varía de día, de lugar o de otras circunstancias análogas,

³⁵⁵ Con relación a esta cuestión, es de reseñar la opinión de FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 62, limit. 18, núm. 309, para quien esta máxima se puede suplir aportando un mayor número de testigos: *Regula enim est: quod testium numerus, supplet eorum defectum, ac in habilitatem.*

³⁵⁶ BAS Y GALCERÁN, *Theatrum jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 37, num. 29: *Solum libet advertere, quod ad probandum furorem vel dementia in genere, sufficient testes singulares de diversis actibus deponents.*

³⁵⁷ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 37, num. 28: *Dementia, aut furor, rectius, et concludentius probabitur per testes medicos, quam per alios, nam cum in probandis dementia, furore, aut insaniam, debeant reddere testes rationem scientiae, et ex peritia, quam solum medici habent, concludens ratio scientiae reddi possit ad probationem insaniam, erunt testes integrae fidei medici, et non facile credendum erit aliis quam medicis, tamquam peritis.*

³⁵⁸ FARINACIUS, *Repertorium, quaestio* 64, núm. 97: *quod si testes dicunt de loco, et tempore non recordari, credunt suspecti.*

³⁵⁹ SAXOFERRATO, B DE., *In I partem Infortiati, ad lib XXVIII Digestorum, Lex* 20, núms. 4: *Testes fuerunt testificati, quod tales fuerunt negligentes in capiendo malefactorem. Ego dixi, quod non probant aliquid: quia negligentia non est quid positivum, quod sensu percipiatur: et ideo testis dicto modo deponens, non testificatur, sed iudicat: quia debet deponere, quod rumor erat in tali loco, quod talis interfecerat talem, et ideo si voluissent homines currere, tunc potuissent capere malefactorem. Ex quo sequitur, quod si non fecerunt, negligentiam commiserunt.* Asimismo, FARINACIUS, P., *Repertorium, quaestio* 64, núm. 97; *quaestio* 67, núm. 3: *Regula sit: quid testis in parte falsus, in totum reputatur falsus, et ideo falsus in uno, nihil probat in omnibus ratione iuramenti.*

³⁶⁰ CÁNCER, J., *Variarum, I, Cap.* 4, núms. 85-90, quien, tras preguntarse: *saepe dubitari vidi, an ut testamentum sacramentale publicari possit, et in scriptis redigi, testes debeant esse concordantes, non solum in substantia facti, sed etiam in formalibus verbis testatoris?*, afirma: *in testamento sine scriptura facto, non sufficere quod testes concordent in substantia facti: sed debere etiam concordare et in cortice verborum*, lo que determinará *quod ubi discordia inter testes esset minima, neutro casu noceret.*

el juez deberá proceder a un interrogatorio minucioso para cerciorarse de la veracidad de los mismos, y si, tras éste, las divergencias u omisiones continúan, sus declaraciones, por cuanto singulares, se considerarán nulas³⁶¹.

[b] Que fueran libres, de buena fama o reputación, púberes y varones, lo que determina que solo hubiera un único testigo, cuando este hubiera sido rogado, su declaración se tenía presente cuando la cuantía del negocio alcanzaba el valor de cincuenta sueldos, o de menos, y era honesto y no de mala fama. En este caso, atendándose a la menor cuantía y a la honestidad y buena fama del testigo, su declaración tenía valor jurídico e incriminatorio.

Les Costums de Tortosa 4,11,11: *Recíbense en todo pleito así los testigos que sobrevienen como los que han sido llamados y rogados. Bien entendido siempre que nada vale el testigo que lo sea de referencia, aunque resulte presunción o indicio de sus declaraciones. Otro sí; cuando es singular el testigo, aunque refiera el hecho y le haya presenciado, no puede pronunciarse sentencia sobre sola y única declaración. A no ser que fuese de cincuenta sueldos o de menos la cuantía del negocio, y honesto y no de mala fama el testigo, que en este caso vale su declaración y puede condenar en méritos de la misma al demandado, o mediante juramento de parte, es decir, del principal, no de su procurador, que sea, otro sí, honesto también y no de mala fama.*

Cabe matizar un aspecto importante con relación a la buena fama. En relación al ámbito testamentario, **Les Costums de Tortosa** se indican que una vez tomada declaración, el testimonio continuaba siendo válido aunque después su comportamiento se envilezca y su reputación se deteriore, lo que entendemos extensible a la esfera procedimental, tal y como se recoge por los tratadistas del *ius commune*³⁶², quienes no

³⁶¹ XAMMAR, J. P., *Civilis doctrina*, rub. 15, núm. 32; FONTANELLA, J. P., *Decisiones*, II, Decis. 580, nums. 6-7: *Et testes, qui variant in die, in hora, in his quae eran in cubiculo, in luminibus, poterunt consiliari, loqui unumquemque de sua vice, et sic erunt omnino singulares.*

³⁶² BALDO DE UBALDIS, *Ad tres priores libros*, rub. *De testibus*, Cap. XIII,2: *Testis si tempore iuramenti erat bonae famae, sed tempore depositionis erat malae famae, an depositio sit valida.*

dudan en afirmar que ésta, una vez alcanzada, no se pierde, lo que permitía al testigo declarar aunque hubiera podido incurrir en la nota de infamia³⁶³.

Les Costums de Tortosa 4,11,18: *Los testigos que intervienen en la otorgación de testamentos y últimas voluntades, en cartas, pleitos y contratos, si no son de mala fama cuando las cartas o últimas voluntades se otorgan, deben ser creídos como buenos y leales, aunque se hagan infames después o de mala vida.*

[c] A los vecinos de Tortosa, a lo que no se les podía repudiar:

Les Costums de Tortosa 4,11,35: *Si alguno demanda por la Universidad de Tortosa o la defiende, puede producir por testigos a personas que sean de la misma, no embargante la excepción que haga tal vez valer el adversante diciendo que pertenecen a dicha Universidad, y por ende, que debió no producirlas.*

Les Costums de Tortosa 4,11,37: *Si algún privado reclama de la Universidad de Tortosa, puede dar y producir como testigos en su ayuda a hombres de la misma.*

Reconocida su condición formal y material para dar testimonio, la doctrina se cuestiona el carácter que han de tener los testigos. En concreto, Bártolo determinará, siguiendo la tradición marcada por la tradición romanista, que los testigos no sólo han de estar presentes³⁶⁴, sino que además han de ser solicitados o rogados explícitamente –*quod testes debent esse vocati, et rogati*–; carácter que, por ser una solemnidad extrínseca, no cabría presunción al respecto –*Ut qui dixerit, testes in testamento fuisse rogatos, debeat hoc probare*³⁶⁵–. No en vano, nos dirá Bártolo, si en un testamento se mencionase simplemente que tales testigos estaban presentes, pero no se aludía explícitamente al a su carácter rogado, el testamento carecería de validez jurídica:

³⁶³ FORI ANTIQUE VALENTIAE 62,14: *Testis qui tempore testimonii facti vel negotii contracti erat bonis opinionis, licet postea factus sit infamis, nichilominus de eo testimonio sicut bonus et legalis testis credatur.*

³⁶⁴ Véase en este sentido, PÉREZ, A., *Institutiones*, Lib. III, Tit. X, p. 110: *Ut testes sint in praesentia et conspectu testatoris, ipsumque oculis videant, nisi ex privilegio relaxata sit haec observatio.*

³⁶⁵ FARINACIUS, P., *Repertorium*, quaestio 62, núm. 143.

BARTOLUS: *Quaero, quis si in testamento dicitur Talibus praesentibus, nec fuit adiectum, Vocatis, vel rogatis: dicit Dyn. quod non valet: quia non praesumitur rogati: quia est solemnitas extrinseca, quae non praesumitur*³⁶⁶.

En relación directa con la idoneidad se contempla la capacidad para prestar testimonio válido, siguiendo, para su regulación, soluciones y criterios adoptados tanto por el Derecho romano como por el canónico³⁶⁷. Así, en Les Costums de Tortosa cabe observar un catálogo muy amplio de **prohibiciones**, que pasamos a enumerar:

[1] El testigo sobre un asunto o un bien propio.

Les Costums de Tortosa 4,11,2: *No debe nadie ser testigo en cosa propia o de que sea partícipe, ni en negocio alguno de que se pueda alcanzar o conseguir provecho.*

[2] El siervo o el liberto en contra o a favor de su señor³⁶⁸. Criterio que se exceptuaba cuando el siervo se le reclamaba por haber cometido un delito o injuria solemne³⁶⁹.

Les Costums de Tortosa 4,11,3: *En pro ni en contra de su señor, no pueden ser testigos ni el siervo ni el liberto; pero puede ser reclamado el siervo por hecho propio, en caso de delito o injuria solamente*

[3] Los sirvientes, los herejes, los ladrones manifiestos, los infames, las personas viles, los delincuentes, los usureros, los abogados con relación a sus clientes y los parientes dentro del cuarto grado:

³⁶⁶ SAXOFERRATO, B DE., *In I partem Infortiati, ad lib XXVIII Digestorum, Lex 20*, núms. 4.

³⁶⁷ PILLIUS, *Summa*, 3,8: *Omnes enim admittuntur, nisi expressim prohibeantur; est enim prohibitorium edictum de testibus. ut Dig. de tes. 22, 5. l. 1. (1); TANCREDUS, Ordo, 3,6: Testes possunt esse omnes, qui non prohibentur, quoniam edictum de testibus, sicut de procuratoribus, prohibitorium est; omnes enim, qui non prohibentur, admitti possunt. ut Dig. de testib. 22,5.1.1.1.; DURANDUS, *Speculum*, rub. *De test, I, Quae possunt contra testes opponi*.*

³⁶⁸ SAXOFERRATO, B DE., *In I partem Infortiati, ad lib XXVIII Digestorum, Lex 22*, núms. 1-5.

³⁶⁹ *Fori Antiqui Valentiae* 62,1. Se sigue el principio descrito en C. 4,20,8.

Les Costums de Tortosa 4,11,12: *No deben ser testigos ni recibidos como tales, y si lo fuesen no sirven ni ayuda su declaración al que los produce, si pertenecen a su casa y comen su pan, y los que esperan provecho y daño de que la sentencia se dé por aquel que los presenta, y los herejes, y los ladrones manifiestos, y los infames y las personas viles, y los delincuentes, y los que prestan su dinero a usura, y los que cobran usuras de usuras, y los abogados por aquel a quien defienden, y los parientes dentro del cuarto grado, no siéndolo en igual o más próximo del convenido.*

Una excepción a este criterio se da cuando el testimonio solicitado recae en el abogado o al procurador de la parte contraria, o persona de su familia, en este caso se considera que es lícita su presencia, y, por tanto, irrevocable.

Les Costums de Tortosa 4,11,36: *Si quiere alguno presentar como testigo al abogado o procurador de su adversario, o a persona de su familia, podrá hacerlo libremente y sin contraste, a no ser que dicha persona sea de las que según estas Costumbres no pueden ni deben ser testigos.*

[4] Se regula una incapacidad testifical únicamente para determinados procesos o causas –incapacidad parcial– para los familiares directos e indirectos: padres e hijos contra sí; suegros, yerno y nuera contra sí³⁷⁰.

Les Costums de Tortosa 4,11,13: *El padre contra su hijo, la mujer contra su marido, el suegro contra su yerno o nuera, ni la suegra contra su nuera o yerno no pueden ni deben ser testigos ni compelerles u obligarles nadie a que lo sean, y si lo fueren nada vale. Otro sí, y vice-versa, nada vale.*

[5] El enemigo capital.

³⁷⁰ Fori Antiqui Valentiae 62,13.

Les Costums de Tortosa 4,11,14: *Al enemigo capital, en contra de su enemigo no puede ni debe admitírsele por testigo; y si se le admite, nada vale.*

Les Costums de Tortosa 9,25,14: *Los testigos deben ser de íntegra y buena fama; y no enemigos [...].*

Les Costums de Tortosa 9,25,20: *[...] cite testigos que sean de buena fama y no enemigos del acusado o de cualquier otra suerte sospechosos, como exige el Derecho [...].*

[6] Salvo en testamento, el amigo íntimo que declara en provecho de su amigo.

Les Costums de Tortosa 4,11,15: *El amigo íntimo, en provecho y ventaja de su amigo no puede ser testigo. No siéndolo de su testamento, última voluntad, o en cartas públicas; que en este caso puede serlo, y debe ser admitido como tal.*

[7] El menor de catorce años en los negocios civiles. En los criminales solo si es mayor de veinte años y posee el requisito indispensable de la buena fama:

Les Costums de Tortosa 4,11,19: *Al menor de catorce años cumplidos no debe admitírsele por testigo en negocios civiles. Otro sí; no debe admitírsele, tampoco en los criminales: pero si es mayor de veinte años, y de buena fama, sí.*

Les Costums de Tortosa 4,10,6: *Cierta cosa deben saber los acusadores [...] que claramente se pueden probar por buenos testimonios y por buenas cartas, y los testigos que en acusación se presenten para hacer testimonio deben ser mayores de XX años y no menores, y deben ser de íntegra fama.*

[8] Los cómplices de algún delito o crimen público.

Les Costums de Tortosa 4,11,22: *Los cómplices de algún delito o crimen público por todos ellos cometido, el uno contra el otro ni por él no puede ni debe ser testigo; y si lo es, nada vale. Y del hecho o crimen común no puede el uno acusar al otro.*

[9] La mujer³⁷¹, el furioso³⁷², el loco, el cautivo, el menor de catorce años, el heredero, o fideicomisario general, en el testamento en que se le instituya, los hijos que están bajo la patria potestad del testador y todos aquellos que la ley establezca. Todos ellos gozan de una incapacidad absoluta.

Les Costums de Tortosa 4,11,39: *No deben ser testigos la mujer, el furioso, el loco, el cautivo, el menor de catorce años, el heredero o fideicomisario general en el testamento en que se le instituya, los hijos que están bajo la patria potestad del testador y todos aquellos que la ley rechaza como tales.*

Les Costums de Tortosa 4,2,6: *Los testigos de un testamento deben ser varones, no hembras.*

[10] Ni los jueces ni escribanos en el pleito que intervinieren.

Les Costums de Tortosa 2,7,3: *Ni deben ser testigos, jueces ni escribanos en el negocio o pleito.*

[11] Constituye un supuesto especial las declaraciones testificales efectuadas entre cristianos, judíos y sarracenos. Frente al criterio de Tancredo: *Prohibitur etiam infideles contra fideles testimonium dicere*³⁷³, y siguiendo el influjo de las Decretales³⁷⁴, se permite

³⁷¹ Con relación a la mujer, c. 17 C. 33 q. 5; c. 10,X,5,40; CLARUS, G., *Tractatus de testamentis*, Lib. III, *quaestio* 55, núm. 2: *Quia mulier est fragilis, et corruptibilis*.

³⁷² Con relación al pródigo vid. MONTANUS, P., *Tractatus*, Cap. 28, num. 53: *Luxuriose vivere dicitur, cum nimis pretiosis vestibus, et aliis rebus utitur, et sic dicitur prodiga*; num. 54: *viro incontinent et libidinoso curatorem dandum ... Verius tamen et receptius est, viro incontinent et venereo, nisi prodigus sit curator non dari*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 36, num. 22: *Prodigalitas probari debet testibus, deponentibus, luxuriose vivere prodigum, ludere, profuse res suas donare, precii vilibus proicere bona sua, et alienare; haec quidem sunt hominis vitae profligatae, non diligentis, et boni patris familias. Et melius probabitur prodigalitas per depositiones agnatorum, aut vicinorum attestantium de vita prodigali, et quod in eorum existimatione pro prodigo habetur.*

³⁷³ TANCREDUS, *Ordine*, 3,6.

la prueba entre el cristiano y el judío, y del cristiano contra el sarraceno, y viceversa, no así del sarraceno contra el judío, y viceversa, prueba de la que nada se dice, una ausencia que evidencia que su testimonio no era tenido en cuenta. A su regulación **Les Costums de Tortosa** le dedican tres preceptos, lo que evidencia el grado de importancia que tenía en la época. De nuevo la exigencia del número –dos o más testigos³⁷⁵– y la cualificación de los testigos es lo que determinará su validez:

Les Costums de Tortosa 4,11,27: *Prueba el cristiano contra judío con dos judíos, o con un cristiano y uno o más judíos.*

Les Costums de Tortosa 4,11,28: *Prueba, otro sí, el judío contra cristiano con dos cristianos, o con un cristiano y uno o más judíos*

Les Costums de Tortosa 4,11,29: *Y el cristiano debe probar contra sarraceno con dos o más sarracenos; y el sarraceno contra cristiano con dos o más cristianos.*

Una excepción a este criterio lo hallamos en la Costum 41, en la que se explicita que en caso de ser encontrado algún sarraceno, o judío, yaciendo con cristiana, cualquiera vecino del pueblo le puede acusar, siendo válida la declaración de testigos cristianos, sin que concurren otros testigos de igual religión:

Les Costums de Tortosa 4,11,41: *Si se encontrare algún sarraceno o judío yaciendo con cristiana, cualquiera del pueblo puédelo acusar, y probarse el hecho por medio de cristianos solamente.*

[5] Procedimiento

³⁷⁴ c. 21,X,2,20: *Testimonium quoque Christianorum adversus Iudaeos in omnibus causis, quum illi adversus Christianos testibus suis uti praesumant, recipiendum esse censemus,* De esta equivalencia se hace eco RIVAS, J. E., *Notas para el estudio*, ob. cit., p. 272.

³⁷⁵ Fori Antiqui Valentiae 62,24. El *fuero* concluye: *si christianus probaverit contra iudeum per duos iudeos, quod valeat probatio; et si iudeus poterit probare contra christianum per duos christianos, quod valeat talis probatio. Et illud idem in sarracenis observetur.* Furs 4,9,52: *dos testimonis christians convinents e de bona fama pugen fer testimoni, e lur testimoni sia creegut contra juheus e sarrahins en tot feyt criminal que sia entre christians e juheus o christians e sarrahins.*

DURANDUS: *Nunc tractemus quando sunt testes recipiendi. Et quidem regulariter post litis contestacio & si ante recipiantur, non valet quod agitur*³⁷⁶.

Siguiendo los criterios marcados por el *ius commune*, **Les Costums de Tortosa** afirman que esta se iniciaba cuando se hubiera contestada la demanda, un criterio que fue asumido por el conjunto de Ordenamientos bajomedievales, en los que no se contemplaba la posibilidad de anticipar la prueba cuando se daba una imposibilidad manifiesta de los testigos³⁷⁷.

[a] Comparecencia

Con relación a la comparecencia de los testigos, siguiendo los principios del Derecho romano³⁷⁸ y de la tradición romanística³⁷⁹, esta no era facultativa, sino obligatoria tanto en los pleitos criminales y civiles, lo que facilitaba el que se le pudiera admitir una o dos demoras si se comprometía a realizarlas a posteriori:

Les Costums de Tortosa 4,11,26: *En toda clase de pleitos criminales y civiles débese obligar a que comparezcan los testigos que las partes nombren o designen.*

Y si como muchas veces sucede, no quieren venir al primero y segundo mandamiento que se les dirija, con que de palabra o por escrito diga quién son el que los propone, no corren para él las producciones, y deberán admitírsele cuando los pueda hacer.

³⁷⁶ DURANDUS, *Speculum*, rub. *De teste*. 2,1. Regla que únicamente podría verse excepcionada: *si timetur de morte testium [...] si timetur de absentia diuturna [...] si agatur de electione alicuius confirmanda, vel cassanda [...] cum agitur de matrimoni carnali: & is, qui convenitur, se malitiose absentat, & contumax est [...] cum crimine per modum inquisitionis [...] cum petuntur testes ad aeternam rei memoriam publicari.*

³⁷⁷ Posibilidad que sí fue contemplada en otros ordenamientos coetáneos. En este sentido, y a modo de ejemplo, cabe destacar su regulación en el Fuero Real 2,8,14, o en Partidas, 3,16,2; 3,16,4; 3,16,5; 3,16,6; 3,16,7. En torno al *Fuero Real*, VALLEJO, J., “La regulación del proceso”, ob. cit., p. 528.

³⁷⁸ C. 4,20,16: *non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi testimonium perhibere cum iuramenti praestatione de his*

³⁷⁹ c. 2,X,2,21: *Ubi testimonium est necessarium, compellendi sunt testes ad illud referendum, etiam per suspensionis, excommunicationis et depositionis sententiam-* o en la literatura jurídica procesal bajo-medieval -PILLIUS, *Summa*, 3,8; TANCREDUS *Ordo*, 3,8,2.

Una imposición que lleva a admitir la vieja *manus iniectio* de las XII Tablas (T. 1.1; 1.2), con la que se obligaba, de forma física, a la aprehensión del testigo por parte del Veguer, y su posterior encarcelamiento, con el que se garantizaba su necesaria comparecencia en el juicio:

Les Costums de Tortosa 4,11,30: *A todo testigo que se negare a declarar en causa civil o criminal débesele obligar a ello en esta forma, a saber, si persiste en su negativa, por juicio y sentencia de los ciudadanos que estén en la Curia o de los jueces del pleito, debe prenderle por su mano el Veguer y subirle a la Zuda, y tenerle detenido en ella, es decir, por todo su recinto, hasta que rinda su declaración.*

La transcendencia de su presencia es tal que, en un juicio civil, no así en el criminal, en el supuesto en que estuviera fuera de la ciudad de Tortosa, ya por ausencia o por no ser residente o vecino de la ciudad, el juez se veía en la obligación de enviarle al juez en donde se halla, “letras con la demanda escrita y los artículos e interrogatorios”, para que este le tome declaración. Una vez tomada declaración por escrito, se reenviaba al juez de Tortosa sellado y firmado, con el fin de preservar su confidencialidad:

Les Costums de Tortosa 4,11,21: *Si en pleito civil quiere probar alguno por medio de testigos que no residan ni pertenezcan a la jurisdicción de Tortosa, o que perteneciendo a ella se encuentren agenciando sus negocios en otra distinta, debe la Curia remitir letras, con la demanda escrita y los artículos e interrogatorios, si los hubo, a tenor de los cuales deben ser examinados, al juez del lugar en que los testigos residan. Y después que haya recibido sus declaraciones, bajo su sello o el de la Curia respectiva, retórnelo diligenciado todo el juez de jurisdicción distinta a la Curia de Tortosa; cuyo escrito no debe mirar nadie si viene o no redactado de mano de público escribano, porque lo que únicamente debe atenderse en este caso, para fijar la autenticidad del documento, es el sello del juez o Curia que le envía.*

En los negocios criminales no puede ni debe nadie ser admitido juez por otro para recibir testigos, fuera de los que hayan sido elegidos tales para la resolución del pleito principal, que son los únicos que den recibirles.

[b] Declaración

Una vez personados, y antes de prestar testimonio, debían jurar, a requerimiento del juez, decir la verdad sobre los Santos Evangelios³⁸⁰ o sobre la Ley de Moisés, según fuese testigo cristiano o judío³⁸¹, y ello en presencia del juez, pero no así ante las partes ni ante el público³⁸²:

Les Costums de Tortosa 4,11,4: *Deben los testigos rendir su declaración ante los jueces, no en público ni en presencia de las partes; y deben mandarles los jueces cuando hayan declarado ya, que sea su declaración secreta, y que no hablen de ella persona alguna.*

Les Costums de Tortosa 4,11,38: *Cuando deban testificar judíos en pro o en contra de cristianos, juren sobre la ley de Moisés, que se les pondrá delante, de la manera misma que juran los cristianos sobre los cuatro Evangelios.*

³⁸⁰ Les Costums de Tortosa 4,11,25: *débesele conceder toda aquella solemnidad que el derecho exige; esto es, jurando él sobre los cuatro Evangelios.*

³⁸¹ Se sigue el iuramento romano descrito en CTh. 11,39,3; C. 4,20,9; 4,20,10, y que a juicio de D'ORS, A. *El Código de Eurico*, ob. cit., p. 64 se preceptúa en *antiqua* 2,4,2 del *Liber Iudiciorum: Testes sine sacramento testimonium perhibere non possunt*. Juramento que será retomado, con la recepción del *ius commune*, tanto por el Derecho canónico como por los *ordine iudicarii*.

³⁸² Se sigue una tradición latente ya en el Derecho catalán, *Usatge ET TESTES*, Us. 86: *Et testes, antequam de causa interrogentur, sacramento distringantur, ut jurent se nichil aliud nisi rei veritatem esse dicturos; Usatge QUONIMA EX CONQUESTIONE*, Us. 144: *Item, provida deliberacione statuimus quod quilibet iudex ordinarius testes nominatos cogat ad perhibendum testimonium veritatis Fori Antiqui Valentiae 62,4: Tactis sacrosanctis Dei Evangeliiis ... iurent se dicere veritatem de eo quod viderint et audierint, exclusis pecunia, timore, odio, mala voluntate, promisso, dono, amicitia vel inimicitia; Fori Antiqui Valentiae 62,7: legis Moysi sive decem precepta legis; Furs, 4,9,22..*

Pero si juran para sí y en forma decisoria a cristiano o sarraceno, y la cuantía de la cosa litigiosa no excede de cinco sueldos, háganlo también sobre la ley de Moisés; pero si es mayor, por las maldiciones, puestas y leídas sobre su cabeza. Y allí, donde dicen juren, deben responder juro; y más adelante, donde dice que deben contestar Amén, contesten y digan Amén.

Prestado el juramento, y ya sin la presencia del demandante y demandado³⁸³, el juez, sin posibilidad de sugerencia alguna³⁸⁴, interrogaba a los testigos acerca del tiempo, del lugar, de lo visto y oído en su presencia³⁸⁵, y no sobre las cosas o sucesos que hubieran conocido de oídas, por cuanto este no tenía valor jurídico alguno³⁸⁶, dando así razón de su ciencia o conocimiento, pero siempre teniéndose presente que su declaración debía ceñirse al hecho por el que se les citaba:

Les Costums de Tortosa 4,11,6: *Los jueces deben interrogar a los testigos acerca del hecho concreto por qué se les produce; porque si declara el testigo sobre punto distinto de aquel porque fue llamado, nada vale, y no debe ser escrito lo que diga que no aprovecha al actor, ni perjudique al convenido.*

Reconocido este hecho, anteriormente apuntado, el juez, o los dos jueces dispuestos para el caso³⁸⁷, procedía a preguntar, con pericia e inteligencia³⁸⁸, a la parte que

³⁸³ De la influencia del *ius commune* en torno al interrogatorio secreto de los testigos nos dan fe SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., pp. 423-439; así como, MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J., “Líneas de influencia canónica”, ob. cit., p. 477, not. 63.

³⁸⁴ En FORI ANTIQUE VALENTIAE 62,15 se exige a la *Cort* que interroge e indague sobre la veracidad de lo declarado, pero ésta no debe sugerirles que mencionen ningún hecho, únicamente que sepan la verdad: *Curia debet testes inquirere, non autem aliud eis suggerere quod dicant, nisi illud solum quod in veritate noverint.*

³⁸⁵ FORI ANTIQUE VALENTIAE 62,8: *ipsos de tempore, loco, visu, auditu interroget.*

³⁸⁶ El deber de todo juez de actuar con suma diligencia se hallaba contemplado tanto en el Derecho canónico -c. 10,X,2,12; c. 37,X,2,20: *ac eos diligenter examinare procuret, et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de causis videlicet, personis, loco tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine, cuncta plene ac curiose conscribas-* como en la literatura jurídica procesal. Vid. PILLIUS, *Summa*, 3,11; TANCREDUS, *Ordine*, 3,9: “*Interrogare debet iudex testem diligenter de omnibus, quae faciunt ad causam, per quae melius possit elicere veritatem, et de singulis circumstantiis prudenter inquirere, scilicet de personis, loco et tempore, visu, auditu, scientia vel credulitate, fama et certitudine, et omnia in scriptis redigi faciat*”; GRATIA, *Summa*, 2,5; 2,6,2; DURANDUS, *Speculum*, rub. *De test.* 1,4,6-7.

³⁸⁷ No obstante, en Les Costums de Tortosa 4,11,10 se reconoce la posibilidad de que estas diligencias la pudiera llevar uno solo de los jueces: *Recibir testigos y conceder que se produzcan, y proveer, acordar y pronunciar sobre posiciones, citaciones y demás que el pleito pertenezca, puede*

lo presenta si desea introducir o solicitar nuevos testigos. Sí declara que sí, señalaba un nuevo día para su presentación y examen³⁸⁹. Así sucesivamente. Si renuncia, esta debe constatarse en el Libro de registros de la Curia. Una vez inscrita la renuncia, se publicaban las pruebas en la Curia³⁹⁰, dándose traslado de las mismas a la parte que lo solicitaba, con la finalidad de conocer el testimonio dado verbalmente³⁹¹, así como su posterior reprobación del contenido alegado por el testigo, para lo cual, el juez concederá un día y una hora determinada.

Les Costums de Tortosa 4,11,5: *Cuando les tomen declaración a los testigos, deben preguntar a los jueces a la parte que los presenta y produce, si quiere producir más; y si contesta que sí, débenle señalar día para su presentación y examen. Y cuando haya producido la parte sus últimos testigos, deben preguntarle también si quiere producir más; y si contesta que no, debe renunciar a nuevas producciones. Cuya renuncia débese escribir en el libro de la Curia; después de lo cual, mandarán al escribano los jueces que publique las probanzas. Y publicadas éstas, que confiera de las mismas traslado a las partes si le piden. Y que les señale día para la discusión o vista. La cual publicación de probanza débese hacer en la Curia, en presencia de las partes (o de una de ellas solamente si está ausente la otra por contumacia), y de todos los que en la Curia estén. Y si quiere decir algo la parte contra la persona y dichos del testigo que contra ella declare, pueda hacerlo sin dificultad. Y deben los*

hacerlo uno solo de los jueces en unión del Veguer; pero el acto de dar y pronunciar sentencia, interlocutoria o definitiva, y al de la contestación de la demanda, deben estar presentes todos los jueces que para el pleito hayan sido elegidos y nombrados.

³⁸⁸ Les Costums de Tortosa 4,11,17: *El juez o jueces deben diligentemente interrogar a los testigos, pero no engañarles.*

³⁸⁹ Les Costums de Tortosa 4,11,40. *Asignan los jueces tres producciones a probar; y si las tres pasadas, pide el que afirma y produce los testigos, una cuarta producción, débesele conceder, jurando e l que no la pide con malicia y para alargar el litigio, y que los testigos que quiere presentar no los pudo haber durante las anteriores; o que ignoraba supiesen ellos cosa del pleito. Y si no residen en la ciudad los testigos, débenles asignar los jueces día para probar según esté cerca o lejos el lugar en que residen.*

³⁹⁰ TANCREDUS, Ordo, 3,10: *Sed antequam dicta testium publicentur, partes debent renuntiare productioni testium et petere inductos publicare. Eis vero publicatis fiat ex eis copia utriusque parti, ut super dictis eorum disputetur et allegetur; GRATIA, Summa, 2,6,3; DURANDUS, Speculum, 1,4,8.*

³⁹¹ Les Costums de Tortosa 4,11,20: *Verbalmente debe dar el testigo su declaración, y no por medio de cartas o escritos.*

jueces asignarle día y término durante el cual justifique o pruebe lo que diga y afirme contra la persona o dichos del testigo, y resolver en méritos de los hechos y fundamentos de su impugnación. Pero deben ser tales esos hechos y fundamentos, que, justificados que estén, le sirvan y ayuden a la parte que los hace valer, pudiendo, en virtud de los mismos, ser rechazado el testigo; pues de no ser así, no debe serles admitida dicha justificación, porque no es racional ni jurídico consentir que se pruebe lo que una vez probado nada vale.

Les Costums de Tortosa 4,11,7: *El Veguer, los jueces y escribanos no deben dar copia a las partes de las atestaciones o dichos de los testigos, ni enseñarles, por mucho que lo deseen, el libro o proceso en que ellos estén, hasta que se hayan publicado o se tengan por publicadas las probanzas, mediante haber manifestado aquellas ante el Veguer y los jueces, que renuncian y no quieren producir ya más testigos. En cuyo saco, pueden por mandamiento de los jueces ver y enterarse de lo que los testigos hayan dicho, y conseguir copia de sus declaraciones si la quieren.*

Una vez concluido en primera instancia el plazo de presentación de testigos y publicadas las declaraciones, se excluía toda posibilidad de presentar nuevos testimonios sobre un mismo hecho, tanto en la causa principal o en apelación, salvo que fuera para *reprobandi testes publicatos*³⁹², que versara de un hecho nuevo, o que se presentaran nuevos documentos:

Les Costums de Tortosa 4,11,32: *Si se producen testigos sobre algún capítulo o pleito no puede ya la parte después producir otros sobre el mismo punto, en la apelación; a no ser que se trate de algún hecho nuevo que no conoció ni pudo conocer con*

³⁹² Fori Antique Valentiae 62,6. De esta concepción se hará eco CANCER, I., *Variae resolutiones*, I,20,31.

anterioridad, que en este caso y acerca de tal hecho bien los puede producir.

Sin embargo, cartas o documentos que justifiquen su intención puede producirlos la parte a todas horas hasta sentencia; y después de recaída sentencia, hasta la sentencia de la última apelación.

A tenor de los principios marcados por el Derecho romano-canónico³⁹³, la publicación de los testimonios alcanzaba el valor de contra-prueba, esto es, con la misma se permitía a las partes la posibilidad de tomar conocimiento de lo expuesto por los testigos a fin de que pudiesen alegar las objeciones y tachas que entendieran oportunas, con la única condición de que éstas fuesen probadas.

[6] Falso testimonio

Finalmente, **Les Costums de Tortosa**, siguiendo el criterio de alcanzar de la verdad procesal en virtud de pruebas plenas, claras y ciertas, sancionan tanto el falso testimonio como el perjurio a que conlleva³⁹⁴. Acogiéndonos a la definición aportada por el clásico estudio de Alejandro García³⁹⁵ cabe entender por falso testimonio tanto “el silencio consciente del hecho”, esto es, el hecho presenciado y omitido dolosamente, lo que se entiende como falso testimonio negativo, como el testimonio contrario a la verdad o falso testimonio positivo.

La regulación realizada por el legislador en torno a esta figura adolecía, entre otras lagunas, de una clara distinción en torno a la naturaleza penal y civil del delito cometido³⁹⁶, regulándose, únicamente, el criterio general, y sus efectos.

³⁹³ c. 15,X,2,20: *In causis ecclesiasticis vel civilibus ultra tertiam productionem non debent testes produci, nisi adhibita quadam solennitate, quae in legibus invenitur expressa. Et super dictis testium, quum fuerint publicata, publice potest disputari*; c. 19,X,2,10.

³⁹⁴ Fori Antiquae Valentiae 62,20: *Probatum vel convictum de periurio non causa testimonii factam penam aliquam civilem vel criminalem non patitur.*

³⁹⁵ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El Delito de falsedad testimonial en el Derecho español”, *HID*, 2 (1976), pp. 97 y 123-128.

³⁹⁶ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El delito de falsedad documental”, *ob. cit.*, pp. 126-128.

[**Criterio general**] En la Costum 23 únicamente se lee que si la parte perjudicada prueba que la falsedad del testimonio viene precedido por la entrega de dinero u otra cosa, su declaración carece de valor jurídico.

Les Costums de Tortosa 4,11,23: *Si por dinero u otra causa declara alguno falsamente, y lo prueba en forma legal la parte adversa, no tiene valor alguno la declaración del testigo convicto de falsedad.*

Idéntico criterio hallamos en la rúbrica *Si per falses cartes o per falses tesimonis*. En su única constitución, en el segundo párrafo, se resalta la tipología y la prueba. Así, se indica que solo se puede entender por falso testigo a quien ha sido corrompido o sobornado para declarar a su favor. Con relación a la prueba, esta es de naturaleza substancial, no meramente formal, porque si no se prueba la falsedad, la declaración se tiene por cierta, *a sensu contrario*: si se prueba que no fue ni sobornado ni corrompido, no se puede decir que la sentencia se dio mediante testigos falsos.

Les Costums de Tortosa 4,11,23: *Y cuando se dice mediante o en virtud de testigos falso, entiéndese que al testigo débesele corromper o sobornar, y probar que dijo mentira o lo que no era verdad, porque puede ser falso el testigo y decirlo no obstante; o no sobornado ni corrompido, y en este caso no puede decirse que la sentencia se haya dado mediante o en virtud de testigos falsos.*

[**Efectos**] En la constitución 24 se señalan los efectos o sanciones que recibirá quien realice falso testimonio, a saber:

- [a] Reparación del *daño o de la pérdida causada*
- [b] Pena de infamia.
- [c] Inhabilitación como testigo.
- [d] Nulidad de la declaración realizada
- [e] Pena de perjurio.

Les Costums de Tortosa 4,11,23: *Si se le prueba a alguno que ha declarado falsamente, débesele condenar a instancia de la parte contra la cual testificó, a que le satisfaga el daño o pérdida que con el falso testimonio le hubiese ocasionado: y queda infame; y jamás puede ni debe ser recibido como testigo; y declaración que el dé, nada absolutamente vale. Pero si juró a su señor debe ser castigado según derecho. Fuera de este último caso, no incurre en pena alguna el que resulta convicto de perjurio.*

[**Reprobación**] En la rúbrica *Si per falses cartes o per falses tesimonis* se regula la nulidad de los testimonios falso cuando estos han sido reprobados. No siéndolos, la sentencia es firme y válida. Pero si se interpone apelación, y en ella se esgrime la falsedad del testimonio presentado, se ha de tomar en cuenta, lo que determinaría la nulidad jurídica de la sentencia. Idéntico criterio se aplicaría si no habiéndose apelado, antes de la ejecución de la sentencia, quien sufrió la condena prueba que esta se tomó en consideración a tenor de documentos o testigos falsos:

Les Costums de Tortosa 4,5,1: *A nadie le está vedado reprobado los testigos y documentos falsos que lleve y produzca en juicio su adversario. Pero si se profirió sentencia y los testigos o documentos falsos no han sido reprobados, es aquella firme y válida. Pero si se interpone apelación y en ella se justifica que la dicha sentencia se pronunció mediante testigos o documentos falsos, nada vale.*

Lo mismo se observará si no habiéndose apelado de la sentencia, justifica o prueba aquel a quien con ella se condenó, antes que sea llevada a ejecución, que ser profirió mediante testigos o documentos falsos

3.4. Los documentos

Les Costums de Tortosa, 4,10,4: *Más si el testador en su testamento o última voluntad, o en sus codicilos, dijera y confesara si debe algo a alguien o tiene en su poder alguna cantidad de dinero o de otras cosas, vale esa confesión y es de firme si entonces no se podía probar que él, por error o por favorecer a sus herederos, lo había dicho y confesado.*

Al igual que sucediera con la prueba testifical esta se daba una vez concluida la *litis contestatio*, en este momento procesal las partes podían alegar cuantas pruebas documentales estimaran oportunas, siempre que estas se presentaran con anterioridad a la sentencia³⁹⁷.

No existe controversia alguna al afirmar que la denominada *vox mortua* por los tratadistas y por los medievalistas en general³⁹⁸ constituyó, en el ámbito civil y penal, un medio de prueba plena, hasta el punto que en una de las decretales de Inocencio III podemos leer que lo que no está recogido en los documentos es porque no está contemplado en el mundo:

c. 9,X,2,19: *Quod non est in actis non est in mundo*³⁹⁹.

Criterio al que se sumó la doctrina moderna al reconocer que los documentos antiguos poseían mayor fuerza probatoria por alcanzar o asistirles la luz de verdad:

LEÓN: *Instrumentis antiquis magis creditur, quam testibus, nimirum. Quia in illis lux veritatis asistit in istis vero iuste timeri potest subornatio*⁴⁰⁰.

³⁹⁷ c. 9,X,2,22: *Utraque pars potest instrumenta [...] usque ad definitione sententiae calculum exhibere*; TANCREDUS, *Ordo*, 3,3,13.

³⁹⁸ PILLIUS, *Summa*, 3,7; TANCREDUS, *Ordo*, 3,13 *vocem mortuam*; Partidas, 3,18, *proemio "boz muerta"*.

³⁹⁹ c. 9,X,2,19.

⁴⁰⁰ LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,24,33.

Con relación a su clasificación, la doctrina medieval, siguiendo los postulados del *ius commune*⁴⁰¹, los dividió o clasificó en públicos, comunes y privados⁴⁰², señalándose la validez probatoria plena y perpetua del primero, lo que no impidió, como apunta Alejandro García⁴⁰³, que su contenido pudiera ser objeto de impugnación por falsedad. Con relación a la tripartición documental, véase lo establecido por Bienvenido Oliver en su comentario a **Les Costums de Tortosa**:

OLIVER: “Escrituras *públicas* son las autorizadas por el Escribano público ante dos o más testigos, o por Jueces o árbitros ante Escribano y dos testigos. - Escrituras *comunes* son los libros de comercio, como el de *obrador*, el de navegación (*de leyn o de barques*) y el de contabilidad (*compte*).- Escrituras *privadas* son las extendidas por un particular, en que hace constar algún hecho adverso o favorable a su persona”⁴⁰⁴.

Veamos cómo fue abordada, por la doctrina medieval, tanto los documentos privados como los públicos.

[1] *Scriptura privata*

Esta esfera de legalidad del documento público se contrapone con la del documento privado, el cual, como la propia doctrina foral reconoce, por sí mismo carece de valor probatorio -*Scriptura privata per se nihil probare solet*⁴⁰⁵-.

En concreto, dentro de los tres géneros de documentos a los que hacen referencia los juristas -*instrumenta publica, acta judicialiter gesta, et scripturae privatae*⁴⁰⁶-,

⁴⁰¹ PILLIUS, *Summa*, 3,8; TANCREDDUS, *Ordo*, 3,13,2: *instrumentorum duae sunt species: aliud est publicum, aliud est privatum. Publicum est, quod publicam habet auctoritatem. Privatum est omne aliud instrumentum*; DURANDUS, *Speculum*, II,2, rub. *de instrumentorum editione* 7-1.

⁴⁰² MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,4,10: *Sed cum documenta, quae produci possunt in iudicio, sint triplici differentia, nempe instrumenta inter privatos publice confecta, acta judicialiter gesta, & scripturae privatae.*

⁴⁰³ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “Estudio histórico del delito de falsedad documental”. En *A.H.D.E.*, 42, (1972), p. 157 ss.

⁴⁰⁴ OLIVER, B., *Código de las Costumbres*, ob. cit., p. 536

⁴⁰⁵ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 2, num. 69.

únicamente las escrituras privadas, siguiendo los criterios de la tradición romanística, carecen de una prueba plena⁴⁰⁷:

ROLANDINUS: [...] *comparatio litterarum [...] semiplena colligitur fides [...] et ratio quia soli comparationi non sit adhibenda plena fides quia litterarum dissimilitudinem sepe quidem tempus facit, item calami et atramenti mutatio aufert per omnia similitudinis*⁴⁰⁸.

BALDUS DE UBALDIS: *Privata scriptura non probat [...] quae probaliter potest negari*⁴⁰⁹.

Esta *regula iuris* fue recepcionada tanto por las fuentes jurídicas del medievo, como por la doctrina del *mos italicus* tardío, para la cual, la prueba de la escritura privada será suficiente únicamente cuando dos o más testigos depusieran acerca de su contenido⁴¹⁰:

PARTIDAS 3,18,119⁴¹¹: [...] *ende si pudiere provar por dos testigos buenos sin sospecha que el otro fizo aquella carta, o la mando escribir*⁴¹².

COVARRUBIAS: [...] *sufficientem fore probationem, ubi scriptura privata producitur, si testes, etiam duo, etiam non subscripti, deposuerint de tenore privatae scripturae, ac de contentis, in ea afferentes, eam rem gestam fuisse, ac contigisse*

⁴⁰⁶ En el ámbito de procedimiento medieval, vid. PILLIUS, *Summa*, 3,8; TANCREDUS, *Ordo*, 3,13,2: *instrumentorum duae sunt species: aliud est publicum, aliud est privatum. Publicum est, quod publicam habet auctoritatem. [...] Privatum est omne aliud instrumentum.*

⁴⁰⁷ AZO, *Summa Codicis, Rubrica De testibus: Dictum est supra de probationibus in genere, sequitur videre per species, et quia validior est viva vox quam mortua [...] vel quia quod in scriptis redigitur primo coram testibus proponitur, ideo primo de testibus videamus.*

⁴⁰⁸ ROLANDINUS, *Summa totius artis notarie*, fo. 398r.

⁴⁰⁹ UBALDIS, B. DE, *In III et V Codices Librum Commentaria, Rubrica De fide instrumentorum, Lex 1, num. 69, y Lex 20, num. 33.*

⁴¹⁰ Criterio que se excepcionaba *si constat de scribente, contra ipsum plene probat*. Cfr. MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 2, num. 69.

⁴¹¹ Asimismo, en Partidas 3,18,114.

⁴¹² LÓPEZ, G., *Gl. Partidas 3,18,19, vv. No deve ser creydo scripturam privatam: inducere semiplenam probationem; v.v. Por dos testigos: Et sic habes hic, quod quando incipit a comparatione, non sufficit sine depositione duorum testium.*

eo pacto, quo scriptura ipsa enarrat. Hoc etenim ipsum est rem istam probari ordinaria probatione, ac legitima per testes [...] ⁴¹³.

De la ausencia del valor probatorio pleno del documento privado en el ámbito procedimental nos informa Lorenzo Matheu y Sanz en su Tratado, en donde no duda en afirmar: *scriptura privata producta en iudicio requirit comprobationem*, lo que exigía la necesaria de que confesión de parte o la prueba testifical, pruebas que ratificaban su valor jurídico.

MATHEU Y SANZ: *Ex his dum producitur privata scriptura in iudicio, requirit aliam probationem per quam perspicuum fiat a quo scripta sit, sive consequatur per propriam confessionem, sive per testes⁴¹⁴.*

Con carácter ejemplificador, en el Reino de Castilla, como señala Covarrubias Leyva, ésta fue una práctica habitual: *Scripturae privatae cognitio usu frequentissima in Regnis Castellae*. Dentro de esta práctica, el autor, mediante juramento, debía confirmar la autenticidad de su contenido. En ese momento era cuando la *scriptura privata cognita, paratam habet executionem in Regnis Castellae*. Por el contrario, si el demandado no accedía al mismo, *actor ordinaria agere debet*:

COVARRUBIAS DE LEYVA: *Eadem vero Madritia constitutione jus hoc executionis summariae concessum est privatis scripturis ac chirographis, modo eadem privata scriptura agnita sit coram iudicem ab ipso reo, siquidem producta apud iudicem scriptura privata; statim ipsi reo praecipitur, ut intra breve tempus ad iudicem accedat, ..., qua probatur, privatam scripturam agnitam a parte, eamdem vim habere ac si esset a tabellione confecta, [...] et nihilominus, nisi foret praedicta lege Madritia id decisum, nequaquam scripturam privata a reo etiam*

⁴¹³ COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Opera Omnia, Practicarum Quaestionum*, Cap. 22, num. 1. Además exigirá: *Primum illud constat, exigi ab eadem lege tres testes masculos, ita quidem, ut non sufficiant foeminae, [...] Secundo, requiritur ab eadem constitutione subscriptio partis praeter subscriptionem testium, [...] Tertio, necessarium erit, quod tres testes eidem scripturae privatae subscripti recognoverint proprias subscriptiones [...]*.

⁴¹⁴ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 2, num.71.

*agnita summarie ut instrumentum publicum, mandaretur executioni duabus rationibus [...]*⁴¹⁵.

[2] *Scriptura publica*

Al contrario que la escritura privada, el documento público alcanzó idéntica fuerza jurídica que la que poseía una sentencia judicial –*instrumenta publica in iure Regio sententiae aequiparantur*⁴¹⁶–, admitiéndose un valor probatorio pleno y perpetuo. De esta forma se reconoce que el documento, como afirmaba Bartolus, no alcanzaba valor probatorio si carecía del signo notarial⁴¹⁷ –*quod tale instrumentum debeat haberi suspectum*⁴¹⁸–. A este respecto, en las Decretales se afirma:

c. 2,X,2,22: *Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, nisi forte per manum publicam facta fuerint, ita, quod appareant*

⁴¹⁵ Cf. COVARRUBIAS DE LEYVA, D., *Variarum*, Lib. 2, Cap. 11, num. 4; HEVIA BOLAÑOS, J. DE, *Curia Philipica*. Ed. Lex Nova, 1989. Pars 1, Tit. 17, num. 36: *El instrumento privado, como son los Conocimientos, Cédulas y Escrituras simples, para hacer fe, han de ser reconocidas por la misma Parte, ó comprobadas por dos testigos de vista, que las vieron hacer, que lo declaren así, siendo presentado en contradictorio juicio [...]*.

⁴¹⁶ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tit. 4, num. 70.

⁴¹⁷ C. 1,51,14,2: *Nec callidis machinationibus huiusmodi legem putet quis esse circumscribendam, etsi non consillarii signum, quod solimtum est*; C. 10,2,2: *Fisco quidem contra te manet actio, quamvis argentum, quod inferre debebas, rationibus fuerit relatum, si cautioni, quae tibi super eo exposita est, tabularius non subnotaverit*; Nov. 76,6: *Oportet autem indicantes, et si qua signa ivenerint adscripta chartis, etiam haec requirere et legere niti (plurima namque novimus et ex illius apparuisse), et non facile fidem litterarum ex aliarum collatione recipere, propter dudum dictas a nobis causas*.

⁴¹⁸ SAXOFERRATO, B. DE, *Super Autenticis, Rubrica De Tabellionibus*, fo. 25v: [...] *quaero quod unum instrumentum est scriptum unius notarii et subscriptum et signatum manu alterius [...] quod tale instrumentum debeat habere suspectum [...]*; *Digesta, Prima constitutio*, num. 5: *Scriptura publica requiritur signum scribentis: Item est alia differentia inter scripturam publicam et privatam: quis in scriptura publica requiritur signum scribentis [...]*; UBALDIS, B. DE, *In III et V Codices librum Commentaria, Rubrica De fide instrumentorum, Lex 17 Contractus*, num. 13: *Et nota quod scriptura Tabellionis debet habere tres perfectiones. Prima est perfectio scripturae quo ad locum, tempus, et testes. Secunda est perfectio contractus, sive actus, de quo conficitur scriptura. Tertia est perfectio cum subscriptione, et signo*. Ed. *Commentaria. Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei*. Roma, 1996; CASTRO, P. DE, *Consiliorum sive responsorum*. Venetiis, 1580. *Consilium* 308, num. 2: *Nam, ut inquit Reldus in dict. leg. contractus, tres sunt perfectiones, quae requiruntur ad hoc, ut scriptura notarii fidem faciat. Prima, quod contineat locum, et tempus actus celebrati, et testes necessarios. Secunda, quod contineat perfectionem actus. Tertia, quod contineat subscriptionem notarii cum signo*; RAINERIUS PERUSINUS, *Liber Formularius, Prohemium*. *De numero testium contractibus adhibendis Rubrica: Nam ex iis quatuor prepono perpetuis et substantialibus instrumentis, scilicet signum crucis ... testes et signum cum meo proprio nomine*; *Ars notarie, De publicationibus in protocollis poendis: Et est notandum quod quidam ponunt et signum et publicationes in qualibet rogatione et alia omnia ut ipsis cartis; [...]*.

*publica, aut autenticum sigillum habuerint, per quod possint probari, non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere*⁴¹⁹.

No en vano, aun cuando, como afirmara Alejandro García⁴²⁰, su contenido podía ser objeto de impugnación por falsedad⁴²¹, la propia literatura jurídica llegó a sostener:

LEÓN: *Instrumentis antiquis magis creditur, quam testibus, nimirum. Quia in illis lux veritatis assistit in istis vero iuste timeri potest subornatio*⁴²².

Idéntico valor probatorio alcanzaba el documento privado elevado a registro que el inscrito en un protocolo notarial, incluso aunque se hubiera perdido o extraviado⁴²³ – *Instrumentum a registro levatum, eodem modo probat, ac levatum a prothocolo*⁴²⁴:-

C. 7,52,7: *Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem.*

BALDUS DE UBALDIS: *Instrumentum si est registratum, et postea originale deperditum, standum erit registrato*⁴²⁵.

⁴¹⁹ En análogo sentido, c. 6, X,2,22: *Instrumentum publica manu non confectum, habens sigillum, cuius literae non sunt legibiles vel scripturae deletae, vel enormem patitur fracturam, non probat.*

⁴²⁰ ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “Estudio histórico del delito de falsedad documental”, *AHDE*, 42, (1972), p. 157 ss.

⁴²¹ El valor probatorio alcanzado por las escrituras públicas frente a las *comunes* se dio tanto en ordenamientos de fuerte impronta *ius romanista*, así en Partidas, 3,18,1, como en aquellos ordenamientos en los que pervivió con mayor arraigo un Derecho de raíz consuetudinaria, como es el Derecho navarro-aragonés. En torno a este último, MARTÍNEZ GIJÓN, J., “La prueba judicial”, ob. cit., p. 38.

⁴²² LEÓN, F. J., *Decisiones*, Lib. 1, *Decisio* 24, num. 33..

⁴²³ BARBOSA, A., *Collectanea Doctorum*, Tom. 1, Tit. 22, *De fide instrumentorum*, Cap. 2, num. 12: *Quinto limita in privata scriptura reperta in archivio publico, ..., scripturae autem extractae ex archivio Episcopali, dicuntur extractae ex archivio publico, et plene probant, ..., ubi fuit dictum eandem fidem dandam scripturis extractis ex archivio Cassinensi, quia archivium illius Monasterii Cassinensis publicum est, et publicae confert utilitati, ac publice custoditur, quo casu scripturae ab illo extractae probant, ..., et non solum probant inter personas illius territorio subjectas, ..., sed etiam extra territorium archivii, cum habeat et custodiat scripturas pertinentes ad totum fere orbem*; SESSÈ, J. DE, *Decisiones*, *Decisio* 21, num. 6.

⁴²⁴ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae, Pars* 1, Cap. 2, num. 97: *Et sicut instrumentum a prothocolo extractum fidem facit, ita instrumentum a registro levatum, etiam si prothocolum non appareat, aut deperditum fuerit, [...]*; MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, tit. 4, num. 32: *Secundus est, quod si deperditum fuerit exemplar, ab Archivo aliud desumi potest, cui pariter fides plena tribuitur, [...] nam tunc regestrum Archivi publici succedit loco matricis, sive protocollis originalis, remanentis penes Tabellionem in partibus longinquis, [...]*.

⁴²⁵ UBALDIS, B. DE, *In VII. VIII. IX. X. et XII Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. *De re iudicata Rubrica*, 7,52, 16, *Gesta*, num. 18: *Quaero, quod si instrumentum est productum in iudicio, et*

No obstante, como reconocerá la propia doctrina foral, “esto no quita para que estos documentos registrados puedan ser impugnados si hay alguna sospecha contra ellos –*vetusta charta cum recenti scriptura*⁴²⁶–, porque, por el registro, no se suprime esta facultad” -*Sed hoc non tollit, quod haec instrumenta registrata possint impugnari, si aliqua suspitio contra illa resultet, quia per registrationem, non aufertur haec facultas*⁴²⁷-. Así se recoge, con carácter particular, en **Las Decretales de Gregorio IX**:

c. 6,X,2,22: *Secundo, quia quum charta vetustissima videretur, recentior apparebat scriptura, tanquam non illo tempore facta fuisset. [...] Rursus cum cera sigilli ab interiori parte vetustissima esset, cera, quae posita erat ab exteriori parte, quasi ad conservationem sigilli, recens erat et mollis. Quod quum diligenter investigatum fuiste, certo certius est compertum, quod sub vetusto sigillo charta fuerat perforata, et per glutinum novae cerae, quae posita fuerat exterius, quasi ad conservationem sigilli vitiose fuit ipsi chartae subiunctum.*

MATHEU Y SANZ: *licet per hoc non excludatur facultas impugnandi haec instrumenta registrata, si aliqua suspicio reperiatur*⁴²⁸.

SCACCIA: *Ut non habeat locum in scripturis, quae habuerunt initium ab habentibus interesse, quia tunc non posset sumi ab illis*

registratum, sed postea principale, sive originale est perditum. Respondeo cum ex officio Notarius registrat, talis scriptura dicitur authentica, et ideo dicunt, quod recurratur ad registrum. VALENZUELA VELAZQUEZ, I. B., Consilia sive responsa iuris, Lugduni, 1671. Consilium 105, num. 19: [...] instrumento registrato etiam originali perduto esse standum; Num. 20: quod in istis antiquissimis non expedit probare, quod Notarius fuerit Notarius, quia ex ipso actu antiquo oritur pro eo fauorabilis praesumptio.

⁴²⁶ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Pars 1, Observatio 23, num. 22.*

⁴²⁷ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, num. 98.*

⁴²⁸ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, tit. 2, num. 30: Ex qua praxi binus effectus utilissimus resultat. Primus quod instrumentis modo praemisso registratis fides adhibeatur, tam in iudicio, quam extra, non secus ac si fuissent testificata per Tabellionem urbis, vel Regni Valentiae; quia cunctis notum est examen quod intercedit, ut registrata in ea Curia adhibeatur: licet per hoc non excludatur facultas impugnandi haec instrumenta registrata, si aliqua suspicio reperiatur, [...]; num. 31: Ea nimirum rationem, quia ex eo quod instrumentum reperiatur in Archivo publico, supponendum est similem scripturam habere solent, non autem quod natura, vel speciei illius mutetur, et conservatur in uberiorem; neque quod defectus visibiles, ex ipsius visceribus pullulantes, sanati censeantur, [...].*

probatio, quamvis essent repositae in publico archiuio; [...] quando scriptura reperta in archiuio, esset exemplum, ut puta, si ipsa scriptura dicat, illud esse exemplum; quia tunc non probat, quamvis sit sumpta ex publico archiuio; [...] ut habeat locum solum in istis requisitis, denotatibus tempus, secus in aliis requisitis substantialibus probationis, ut puta, quia scriptura, reperta in archiuio, sit cancellata, ut sit abrasa, seu aliter suspecta, vel si scripta manu unius priuati, quia tunc non probaret, quamvis esset reperta in archiuio [...] dicens, quod illa scriptura reperta in archiuio, non faciebat fidem, quia non erat scriptura publica, sed priuata, ex quo in fine instrumenti dicebatur: Ego Franciscus Candatellus; et tamen non dicit, rogatus, et quia non erat additum signum Notarii⁴²⁹.

Ahondando en esta línea argumental, la doctrina sostendrá que la fuerza probatoria de los documentos registrados en la Curia Civil se hallaba en los archivos públicos⁴³⁰, quienes daban plena fe de los instrumentos recepcionados y registrados, por lo que “en efecto, siempre se presume que el documento que se encuentra en el archivo público es fiel y auténtico, y ofrece fe; antes bien, si se encuentra fuera del archivo, no merece fe”, por lo que, siguiendo el sentir de la doctrina del *mos italicus* tardío⁴³¹, se

⁴²⁹ SCACCIA, S., *Tractatus de iudiciis caussarum*, Lib. 2, Cap. 11, num. 778; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, Pars 1, Observatio 23, num. 21; num. 38: *Restat igitur ex his suspicio de falso instrumento, etiam propter acta noviter producta eisque fidem non esse adhibendam.*

⁴³⁰ La necesidad de que el Archivo sea público y no privado lo hallamos en PUTEUS, J., *Decisiones d. Iacobi Putei Iurisconsulti [...]* Lugduni, 1583. *Decisio* 186, num. 2: *Proposui dubium, an instrumentum probationis ex Archivo de Monasterio de Petris Albis sit in forma probanti? Et Domini dixerunt, quod non, quia Archivum erat privatum, et non publicum, cum esset Archivum ipsius Monasterii, et eorum qui praetendebant habere interesse in causa, et ideo iura in eo recondita ex solo Archivo auctoritatem habere non debent, et cetera*, FARINACIUS, F., *Decisione*, Pars 2, *Decisio* 161, num. 3: *Non obstat dictum instrumentum, non esse in forma probanti, tanquam absque signo Notarii rogati; nam illud exemplum, non fuit ab eodem Notario rogato, sed ab Archivista Sermonetae in quo Archivo servabatur, huius Notarii, iam defuncti Protocolum, et sic ad instrumenti validitatem sufficit illud extractum fuisse ab Archivista, qui proprium in eo signum apposuit.*

⁴³¹ GRATIANUS, S., *Disceptationum forensium*, Cap. 582, num. 1: *Nam quamvis pretendatur illa esse reperta in archiuio, tamen hoc non sufficit, nisi etiam tales scripturae habeant testimonium authenticum, quod videlicet officialis praefectus archiuio attestetur esse scripturas archiui, non autem repertas in archiuio, cum possibile sit illas fuisse positas per priuatum*; SCACCIA, S., *Tractatus de iudiciis caussarum*, Lib. 2, Cap. 11, num. 576: *quod faciat mentionem de notula, seu original scriptura, a se facta, et quod instrumentum cum ea diligenter collationauerit, et concordare reperierit*; PAREJA QUESADA, G., *Praxis edendi sive tractatus de universa instrumentorum editione, tam a praelatis, quam iudicibus Ecclesiasticis, et saecularibus, litigatoribusque in iudicio praestanda*, Ludguni, 1668. Tit. 1, *Resolutio* 3, Cap. 3, num. 27: *[...] quando copia, siue trassumptum huiusmodi reperitur in Archiuo publico alicuius loci,*

entiende que es suficiente con la sola subscripción del archivero para que el documento archivado ofrezca plena fe⁴³²:

BAS Y GALCERÁN: [...] *semper enim praesumitur instrumentum in archivo publico repertum esse fidele, et authenticum, eique fides adhibetur, etiam si extra archivum repertum fidem non mereretur. Ubi ex Pareja tradit, solam archiotae suscriptionem sufficere, ut instrumento ab archivo levato, plena adhibeatur fides*⁴³³.

MATHEU Y SANZ: *Idem dicendum erit, si copia desumatur a publico Archivo: quia plenam fidem obtinet, [...] qui accurate ponunt qualitates, quas habere debet copia desumpta ex Archivo publico, ut ei credatur: [...] instrumenta namque desumpta ab Archivo publico, sola suscriptione Archiotae ubique probare constat, [...]*⁴³⁴.

CRESPÍ DE VALDAURA: *Alterum medium haurit ex eo, quod in loco, et archivio publico fuerint reperta instrumenta: quod nec sufficiens est, nisi alia concurrant, ut suspecta videri non possint; quia licet interdum archivium publicum det robur scripturae non authenticae [...]*⁴³⁵.

siue communitatis, quoniam tunc huic instrumento fidem esse adhibendam observarunt; num 29: Primo enim requiritur, quod Archivium fit publicum, et publica auctoritate confirmatum.

⁴³² BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, num. 99: Quare tantam mereantur auctoritatem, haec registra Curiae Civilis, non est difficile scire, nam cum in hac Curia reperiatur archivum publicum cum archiota, et omnibus aliis qualitatibus archivi publici, et libri registrationum, in archivo custodiantur, instrumentis ab archivo publico extractis plena debet adhiberi fides, praemaxime quando in libris archivi non describuntur, nisi adhibita omni diligentia, et studio, probataque illorum legalitate [...]; PAREJA QUESADA, G., *Praxis edendi sive tractatus de universa instrumentorum editione, Tit. 1, Resolutio 3, Cap. 3, num. 38: Archiota enim, siue Archivi custos deputatus, habet ex officio auctoritatem extrahendi, et publicandi instrumenta in Archivo reperta, perinde, ac si esset successor illius Notarii, qui de instrumentis fuit rogatus.**

⁴³³ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae, Pars 1, Cap. 2, num. 100.*

⁴³⁴ MATHEU Y SANZ, L., *Tractatus de regimine, Lib. 3, Cap. 9, tit. 2, num. 27. Asimismo en num. 28: Ex quibus dici posset originem duxisse praxim in Civitate Valentiae ab antiquissimo tempore observatam, registrandi nempe instrumenta antiquiora, vel extra Regnum confecta in Archivo Curiae Civilis, in qua reperiuntur libri, in quibus similia instrumenta registrari assuescunt, per ipsius Archivi Praepositu, sive Archiotam, [...] per nos nuncupatum Archiver, qui quidem accurate examinat litteras, suscriptiones, subsignationes, litteras testimoniales Judicum exterarum partium, sigilla et caetera.*

⁴³⁵ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Observatio, 23, num. 20.*

Finalmente, la fidelidad del documento registrado era tal que llevará a la doctrina estatutaria, y, en particular, a la valenciana, a sostener que si bien la impugnación parcial de un manuscrito afecta a todo el conjunto, ésta únicamente prosperaba cuando se acreditaba mediante pruebas plenas, y no por meras presunciones o los indicios:

FARINACIUS: *Immo nec etiam quando agitur de tollendo fidem instrumento, ex eo, quod aliqua ex parte sit falsum, praesumptiva probatio sufficit, sed de falsitate debet plene, et concludenter apparere [...] quod quando ex falsitate commisa in una parte alicujus scripturae, infertur ad falsitatem totius scripturae, tunc falsitas deducta ex solis praesumptionibus non sufficit ad faciendum cum hac illationem, prout dixi in prima distinctione*⁴³⁶.

No obstante, esta validez decae cuando en el documento público se detecta una manipulación tendente a alterar su veracidad o a modificar el contenido y efectos del mismo. A este respecto, ante la objeción por las falsedades, defectos, condiciones u otras causas similares de un *publico instrumento*, Tancredo afirmará que prevalecía la opinión de los testigos sobre el contenido del documento⁴³⁷, hasta el punto que en la praxis, se admitía que aunque un documento fuera nulo, su contenido se podía probar mediante testigos fidedignos, lo que permitía su vigencia⁴³⁸:

TANCREDUS: *Mihi videtur, quo si obiiciatur publico instrumento in modum exceptionis falsitas, vel defectus, vel conditio vel aliquod simile, quod debuit ibi esse et non est, et probatum fuerit per testes, quod obiectum est, nisi instrumentum iuuetur per testes, qui secundum illud*

⁴³⁶ FARINACIUS, P., *Opera Omnia*. Francofurti et Norimbrigae, 1616-1693. *Quaestione* 152, num. 11 et 34.

⁴³⁷ TANCREDUS, *Ordo iudiciarius, Pars 3, Tit. 13, De exhibitione instrumentorum et fide ipsorum*, num. 6. Cfr. C. 4,19,18; C. 8,38,14, c. 5,X,2,19; c. 35,X,2,19; c. 10,X,2,22.

⁴³⁸ CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes, Observatio* 15, num. 168: *Accedit, quod etiam in casibus, in quibus notarii recipiunt instrumenta, vel extra locum, vel extra res, ad quae habet auctoritatem, licet instrumenta sint nulla, non tamen contractus, et ideo testibus poterunt probari, et viam ordinariam partes ad eorum observantiam compelli. Et ideo si recipiatur a duobus notariis, altero habili, altero inhabili, sustinetur etiam instrumentum, nec utile per inutile vitatur. Et cum in hoc casu Regi nostro constitisset constitutum a Ducissa de Avero ad illam litem eum procuratorem, jure potuit ex causa in his dispensare, et potestatem a notario Apostolico receptam admitti jubere.*

testificentur, dicat testium praevalent instrumento, sive in eo scripti sint, sive non.

Finalmente quisiéramos resaltar que aunque se afirme, dentro de las denominadas *regulis iuris*, que las disposiciones o cláusulas incluidas en las escrituras no suelen corromper ni romper éstas, el legislador prevé, al igual que ya hiciera con el documento público, la posibilidad de falsedad en escritura privada, aunque la solución dada no alcance el rigor de la anterior. En este supuesto, el legislador, sabedor que entre los intervinientes no se encuentra ningún fedatario público, decreta, aún en el supuesto de que estén juradas, su revocación o rescisión –*eas retractari precipimus*–. Por esta razón, entendemos la reflexión realizada por el decretalista Bernardus Papiensis, quien, a la hora de sopesar el valor probatorio del documento, y siguiendo los criterios de la tradición textual del *Corpus Iuris Civilis*⁴³⁹, sostendrá que, para que la escritura privada alcance el valor de un documento público, se hace necesario el testimonio –*sollemnis numerus testium*– y la subscripción de tres testigos y su cotejo con otros documentos⁴⁴⁰.

[c] Regulación en Les Costums de Tortosa

Sorprendentemente **Les Costums de Tortosa** no recogen una regulación expresa de esta prueba; tan solo goza de unos pocos preceptos aislados y de una pequeña rúbrica dedicada a la escritura pública.

De su valor como prueba plena nos da constancia la Costum 33 de la rúbrica *De testimonis* en donde, de forma explícita, equipara la prueba documental a la testifical, cerrando, así, la vieja polémica doctrinal sobre la prevalencia de ambas pruebas:

Les Costums de Tortosa 4,11,33: *Como medio de prueba, igual fuerza tienen cartas que testigos.*

⁴³⁹ C. 8,17,11: [...] *qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opiniones trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur*; Nov. 76,1; Nov. 76,2; Nov. 76,4-6.

⁴⁴⁰ BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa Decretalium, De fide instrumentorum*, num. 3: *Duobus modis fides imponitur instrumentis, per testes et per comparationem litterarum, ... Est tamen casus, ubi privata scriptura publicae scripturae obtinet vires, scilicet per trium testium subscriptionem.*

Fijado el criterio general, en la rúbrica *De mostrar en iuhi escriptures publiques, o comunes o privadas* únicamente se hace una somera referencia a la tipología de documentos –públicos, primados y comunes–:

Les Costums de Tortosa 2,1,1: *Escrituras públicas se dicen las hechas por escribano público ante dos o más testigos, y los actos de jueces o de árbitros por escribano público o delante de dos personas, como lo ordena el derecho. Dícense escrituras comunes los libros de obraro, de buque, de barcas, o de cuentas; privadas, las que escribe cada cual por sí en proo o en conra suya.*

El valor probatorio difiere en cada una de las pruebas, poseyendo, únicamente, valor probatorio *erga omnes* las escrituras públicas:

Les Costums de Tortosa 2,1,1: *Y es de saber, que, por medio de escrituras públicas, puede probar su intención cada una de las partes: las comunes, prueban tan solo contra el que las tiene, y las privadas, contra el que las escribió de su mano.*

Finalmente, con relación al falso testimonio, nos remitimos a lo expuesto a la prueba testifical, rúbrica *Si per falses cartes o per falses testimonis será provat*, porque lo se ha desarrollado sobre el falso testigos se debe aplicar, en extensión y valor probatorio, a la prueba documental. Únicamente cabe hacerse eco de lo dispuesto en la rúbrica *De crimine falsi*, en la que, después de afirmar que se comente público crimen el que oculta o roba testamento o cartas públicas, se determina que la pena por falsedad asciende al duplo, salvo en los supuestos que llevan pena cierta y determinada; en estos casos, sus autores no pueden ser penados en una mayor cuantía:

Les Costums de Tortosa 3,3,1: *Cierto es y manifiesto que comete público crimen aquel que oculta o roba testamentos o cartas públicas.*

Les Costums de Tortosa 3,3,8: *La pena de falsario consiste en tener que dar el duplo a la parte a quien la falsía se hizo, es*

decir: dos veces lo que vale la cosa objeto de la falsificación; excepción hecha de aquellos casos que llevan pena cierta y determinada, que en ella débese condenar tan solo a sus autores, y no en más.

3.5. La tortura

BECCARIA: “Este infame crisol de la verdad es un monumento aún de la antigua y bárbara legislación, cuando se llamaban Juicios de Dios las pruebas del fuego y del agua hirviendo y la incierta suerte de las armas; como si los eslabones de la eterna cadena que tiene su origen en el seno de la primera causa debiesen en cada momento desordenarse y deslazarse por frívolos establecimientos humanos. La diferencia que hay entre la tortura y el fuego y el agua hirviendo, es solo que el resultado de la primera parece que depende de la voluntad del reo, y el de la segunda de lo extrínseco de un hecho puramente físico; pero esta diferencia es solo aparente y no real”⁴⁴¹.

La búsqueda de la prueba plena, de la verdad procesal –*ad veritatem eruendam*–, y, en particular, de la confesión, determinó que se llegara a pensar, tanto por los juristas como por los tratadistas, que para alcanzar el valor probatorio pleno se debía recurrir, en última instancia, a un medio tan cruel – *valde periculoso* (Ulpiano)⁴⁴²– como la tortura⁴⁴³, definida por Ulpiano como *tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*⁴⁴⁴, y que, en última instancia, estaba destinada a conseguir la confesión de un reo sobre el que se tenía indicios de culpabilidad, siempre mediante mandato judicial.

Como señala Obarrio⁴⁴⁵ “La tortura, aunque contemplada en el Derecho romano⁴⁴⁶”-“un punto de partida”- no alcanzará su plena configuración hasta la

⁴⁴¹ BECCARIA, C., *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Madrid. 2014, p. 41.

⁴⁴² D. 48, 18, 1, 23.

⁴⁴³ FIORELLI, P., *La tortura iudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, 1953; martínez díez, g., “La tortura judicial en la legislación histórica española”, *AHDE*, 32 (1962), pp. 222-300; SBRICCOLI, M., “Tormentum, id est torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale”, *La parola all’accusato*, Palermo, 1991, pp. 17-32. CARBASSE, J.-M., “Les origines de la torture judiciaire en France du XIIIe au début du XIVe siècle”, *La torture judiciaire: approches historiques et juridiques*, Lille, 2002, I, pp. 381-419; ALONSO ROMERO, M. P., “La tortura en Castilla”, *Ibidem*, pp. 477-506; SCHMOECKEL, M., “La tortura y la prueba en el ius commune (enfoque en el s. XIII)”, *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 15 (2008), pp. 265-278;

⁴⁴⁴ D. 47, 10, 15, 41.

⁴⁴⁵ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., p. 101.

⁴⁴⁶ Entre otras fuentes, D. 48,18; C. 9,41; S. P. V, 16.

regulación que de ella harán los tratadistas del *ius commune* –“un punto d’arribo”⁴⁴⁷–, para quienes la necesidad de reunir pruebas suficientes o esclarecedoras hacía necesario recurrir a un medio probatorio subsidiario⁴⁴⁸: la coacción o la tortura⁴⁴⁹, la cual podía llegar a convertirse en prueba plena a través de la confesión⁴⁵⁰.

De su naturaleza subsidiaria nos dan fe **Les Costums de Tortosa** al regularla en una única rúbrica, *De questionibus; so es de turments*, rúbrica en la que, a nuestro juicio, se delimita la naturaleza, finalidad y sujetos a los que ésta se aplicaba.

[a] Naturaleza

Con relación a su naturaleza, cabe resaltar la veracidad de la afirmación sostenida por el gran tratadista en la materia, Matheu y Sanz⁴⁵¹, quien afirma que *Tortura materia arbitraria est, et sic nulla certa regula definiri potest*⁴⁵². Ciertamente así era, porque ésta se podía aplicar, con carácter general, a cualquier acusado de un delito. Solo se requería que sobre su persona recayese algún indicio o presunción de culpabilidad. La gravedad del delito y del indicio le correspondía al juez, con el consejo de los prohombres de la ciudad,

⁴⁴⁷ FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, ob. cit., pp. 22 ss; MARTÍNEZ DÍEZ, G., “La tortura judicial en la legislación histórica española”, ob. cit., pp. 223 ss; TOMÁS Y VALIENTE, F., “La actitud de dos valencianos ante la tortura judicial (Luis Vives y Lorenzo Matheu i Sanz)”. En *Primer Congreso de Historia del País Valenciano*. Valencia, 1971, pp. 271-79; “Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz (1618-1680)”, pp. 35 ss; “La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España”, pp. 103 ss; “La tortura judicial y sus posibles supervivencias”, p. 209 ss. En *La tortura en España*. Barcelona, 1994; “La tortura judicial y sus posibles supervivencias”, en *Obras completas*, I. Madrid, 1997, pp 873 ss. ALONSO, M^a. P., *El proceso penal*, ob. cit., pp. 19 y 244-256.

⁴⁴⁸ En este sentido, LARDIZABAL Y URIBE, M. DE, *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1828, pp. 243-244 afirma que “El tormento es comúnmente reputado como una de las pruebas y medios que hay para descubrir la verdad”. Con todo, en páginas posteriores rechaza este medio de prueba “para descubrir la verdad” por ser “tan atroz y terrible como la misma muerte”.

⁴⁴⁹ No en vano fue definida por Ippolito de’ Marsillii como: “*inquisitio veritatis per tormenta et cordis dolorem*”, SALVIOLI, G., *Storia della procedura*, ob. cit., p. 804.

⁴⁵⁰ FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria*, ob. cit., p. 191. En este mismo sentido se expresaría, años más tarde, MARTÍ SORO, J., “La punición o el derecho represivo en la legislación foral del reino de Valencia”. En *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n^o 886, Madrid, 1971, tercera parte, p. 10.

⁴⁵¹ Este carácter arbitrario de la tortura es el que provoca, a juicio de MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de re criminali, sive controversiarum*. Lugduni, 1738, *controversia* 26,1, que la mayoría de la doctrina incurra en continuas y variadas contradicciones, de suerte, afirma el autor, que suele alegarse en pro y en contra del mismo asunto: “*Quaestionem aggredimur, meo quidem iudicio prorsus arbitrariam, quum arbitrio boni ac prudentis iudicis relicta sit tota materia torturae, a quo dimanat, quod tam varie a Doctoribus criminalis doctrina sit tota materia torturae, ita ut plures sibi(...) ipsis contrarii reperiantur, non semel, sed saepius quia affirmativam sententiam tuentur, pro negativa adducantur, e contra, quod cuicumque quaestionem nostrae controversiae speculanti clarissime constabit*”.

⁴⁵² TOMÁS Y VALIENTE, F., “Teoría y práctica”, ob. cit., p. 86.

quien, basándose en su arbitrio o equidad, interpretaba, a tenor de su gravedad, determinar si se aplicaba el tormento o no⁴⁵³. Una arbitrariedad que se acentúa a tenor de la cualidad o significación social del testigo, en cuyo caso, como sostiene Martínez Díaz, el juez debía valoraba su honradez o su buena fama. Si lo era, a tenor de los indicios o presunciones, no sería sometido a tormento⁴⁵⁴.

Les Costums de Tortosa 9,5,1: *No se aplica el tormento en la ciudad de Tortosa y sus términos cualquiera que sea la gravedad del delito, si los prohombres de la Ciudad juntamente con la Señoría no lo disponen así, y resultan contra el reo o reos tales indicios que produzcan ciertas y violentas presunciones.*

Les Costums de Tortosa 9,5,2: *No puede ni debe someterse a tormento nadie que goce de buena fama; antes únicamente los que la tengan mala [...].*

[b] Finalidad

Del tenor del precepto se deduce que su finalidad era la de obtener y saber de la verdad del crimen o delito del que fuese acusado, no otro podía ser el sentido del tormento, tal y como señal Matheu y Sanz⁴⁵⁵:

MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali: ex qua Doctores inferunt indicia sive probationes extingui per negationem in tortura, ita ut nullius momenti remeneant, & reus veniat absolvendus.*

⁴⁵³ TOMÁS Y VALIENTE, F., “La última etapa”, ob. cit., pp. 108-109. Asimismo, LEÓN, F. H., *Decisiones*, II, 135,27: *Denique praeter alia adminicula, quae concurrebant, extabat vox, & fama publica, quod ipse occiderat dictum suum socium itineris, ut ei surriperet, quae secum deferebat, & postquam interemerat, eum denudaverat, & haec fama orta erat ex probabilibus causis, nimirum ex supra dictis omnibus indiciis, & hoc casu fama indicium facit ad torturam [...].*

⁴⁵⁴ FORI ANTIQUE VALENTIAE 118,1. Su precedente lo hallamos en C. I. 3,164. En torno al concepto de mala fama, MARTÍNEZ DÍEZ, G., “La tortura judicial”, ob. cit., pp. 257-258.

⁴⁵⁵ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de re criminali*, 26,2; *Tractatus de regimine*, II,8,49,93.

MATHEU Y SANZ, *Tractatus de regimine: Ad quod intelligendum suppono, quod communiter ex triplici causa tortura inferenda est, aut pro eruenda veritate a testibus verisimiliter informatis de qua aliqua [...] aut pro purganda varietate, vel vilitate testium, de qua plura per Doctores criminalis Jurisprudentiae.*

[c] Aplicabilidad e inmunidad

La tercera de las cuestiones nos lleva a plantearnos quiénes podían ser sujetos de tortura y quiénes estaban exentos de la misma.

Cabe su exención para cuatro sujetos:

[1] Una vez establecido que, salvo persona honorable o que goce de buena fama (C.T. 9,5,1).

[2] A un sujeto para obligarle a prestar testimonio

Les Costums de Tortosa 9,5,5: *No puede someterse a nadie a cuestión de tormento para obligarle a que haga de testigo.*

[3] Al menor de quince años

Les Costums de Tortosa 9,5,6: *A un menor de quince años no puede ni debe ponérsele a tormento.*

Cabe observar cómo este medio de prueba indirecto, como lo definiera Fiorelli⁴⁵⁶, fluctuaba su aplicación con relación al menor de edad. Así en el Derecho valenciano se elevó la edad al menor de dieciocho años, mientras que en el Derecho castellano a los catorce años:

⁴⁵⁶ FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria*, ob. cit., p. 219.

Fori Antique Valentiae 118,2: *Minor XVIII annis torquendus non est.*

Partidas 3,30,2: *Otrosi dezimos que non deuen meter a tormento, a ninguno que sea menor de catorze años.*

[4] Al furioso o al enajenado mental, al que se le podía retener preso con hierros o en otra cárcel hasta que recobrar su estado mental o muriera, pero no así darle tormento, por daño que este pudiera cometer. Esta es la prueba de que lo que se buscaba con el tormento no era otra cosa que alcanzar la verdad procesal, lo que no podía ocurrir con un enajenado mental, al que, en virtud de su precariedad mental, se le preserva de un daño físico, por ser considerado un medio de prueba altamente peligroso –*valde periculosa probatio*⁴⁵⁷–:

Les Costums de Tortosa 9,5,8: *Puede uno prender a un su pariente furioso o loco por su propia autoridad, y conservarle y retenerle preso en hierros o en otra cárcel hasta que haya recobrado el juicio o muera, para que no haga daño a persona o en cosa. Porque por grande que sea el daño que el loco hiciere no puede ser castigado ni puesto en tormento.*

Salvo estos casos tasados, se admitía la prueba por tormento contra quienes, no gozando de buena fama, recaían “ciertas y violentas presunciones”:

Les Costums de Tortosa 9,5,2: *No puede ni debe someterse a tormento nadie que goce de buena fama; antes únicamente los que la tengan mala como son, las personas viles, borrachos, siervos bravos, jugadores y prestamistas de juego y alcahuetes, con otros semejantes, que a estos tales bien puede sometéseles con tal que obren contra ellos ciertas y violentas presunciones.*

Como se desprende del tenor literal del texto, la Costum menciona una serie de sujetos a los que identifica como personas viles –*las personas viles, borrachos, siervos*

⁴⁵⁷ Se sigue la afirmación de Ulpiano contenida en D. 48,18,1,23: *etenim res est fragilis et periculosa, et quae veritatem fallat.*

bravos, jugadores y prestamistas de juego y alcahuetes–, supuestos que extiende ad infinitum: “con otros semejantes”, por lo que no nos hallamos con un catálogo, sino subjetivo y abierto a numerosos supuestos y circunstancias, lo que hace ver que, en el fondo, cualquier vecino podía verse sometido a la tortura judicial⁴⁵⁸.

[5] Procedimiento

A diferencia de otros Ordenamientos bajomedievales, como en **Partidas** o **Furs de Valencia**, en **Les Costums de Tortosa** no se desarrolla cómo era el procedimiento a seguir. Únicamente, en las Costums 3 y 4 se establece una sucinta regulación, de la que se puede extraer las siguientes consideraciones:

[1] No se podía aplicar un número ilimitado de tormentos, reduciéndose estos a seis.

[2] Se exigía que ni la vida ni los miembros del reo sujeto a tormento sufrieran peligro de destruirse.

[3] Se dejaba al arbitrio del juez el peso que se debe aplicar al reo, en las espaldas o en los pies, atendiendo a la calidad del reo⁴⁵⁹.

[4] Como criterio garantista se afirma que la declaración del reo sujeto a tormento no tiene validez jurídica si, con posterioridad a este, no la ratificaba:

Les Costums de Tortosa 9,5,4: *Mas de seis veces no debe aplicarse el tormento; y aun cuando se aplique sea de manera que no corra peligro la vida ni pueda destruirse algún miembro; y debe permanecer en él el reo a arbitrio de los Jueces, había consideración a la calidad de la persona. Y debe subir tres días, y el primero ponerle allí una vez tan solo, y el segundo dos veces y el tercero tres. Y deben ponerle aquel peso en los pies o espaldas*

⁴⁵⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., “La actitud de dos valencianos”, ob. cit., p. 277; *Teoría y práctica de la tortura*, ob. cit., pp. 57-74.

⁴⁵⁹ OLIVER Y ESTELLER, B., *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Costumbres de Tortosa*, Madrid, 1881, IV, p. 374.

que los Jueces dispongan según la condición de la persona del reo.

Les Costums de Tortosa 9,5,3: *Lo que diga por el reo estando en el tormento nada vale, si después fuera de él no lo confirma y ratifica.*

Sin embargo nada se dice del supuesto, nada extraordinario, en que el reo sometido a tormento hubiera negado la acusación, esto es, del reo que hubiese superado con éxito el tormento⁴⁶⁰, lo que permitía introducir el llamado, por los juristas del *ius commune*, efecto purgatorio de la tortura⁴⁶¹, consistente en que el silencio guardado por el reo sujeto a tortura debía acabar en sentencia absolutoria⁴⁶². Pero cabe entender que se aplicaría idéntica solución a la encontrada en otros Ordenamientos jurídicos.

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ DÍEZ, G., “La tortura judicial”, p. 280.

⁴⁶¹ FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria*, ob. cit., p. 219; TOMÁS Y VALIENTE, “La actitud de dos valencianos”, ob. cit., p. 277; “La última etapa”, ob. cit., pp. 21-22; *Teoría y práctica*, ob. cit., p. 61.

⁴⁶² MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de re criminali*, 26,19: *Quae durissima plerisque in praxi videtur, quia torturae acerbitas quam reus negans sustinuit aliquid purgare debet, ac per consequens, de rigore poenae ordinariae subtrahere.*

3.6. El duelo judicial⁴⁶³

ALVARADO PLANAS. J: *Vt si pars eius, cui oblatum fuerit iusiurandum, noluerit sacramenta suscipere, sed aduersarium suum ueritatis fiducia armis dixerit posse conuinci, et pars diuersa non cesserit, pugnandi licentia non negetur. Ita ut unus ex iisdem testibus, qui ad danda conuenerant sacramenta, Deo iudicante confligat: quoniam iustum est, ut si quis ueritatem rei incunctanter scire se dixerit, et obtulerit sacramenta, pugnare non dubitet. Quodsi testis partis eius, quae obtulerit sacramenta, in eo certamine fuerit superatus, omnes testes qui se promiserant iuratuos, trecenos solidus multae nomine, absque ulla indiciarum prestatione, cogantur exsoluer.*

“Si la parte de a quien hubiera prestado juramento no quisiera aceptar la jura, sino que afirmara que podía ser convencido por su adversario de la fidelidad a la verdad mediante las armas, y la otra parte no se ardrara, que no se niegue el permiso para luchar. Así, que uno de los mismos testigos, que hubieran sido convocados para prestar juramento, que se bata bajo el juicio de Dios. Porque es justo que no dude en luchar quien afirma sin vacilar que sabe la verdad de la causa, y ofrece juramento. Pero si el testigo de la parte que ofrece el juramento fuera vencido en ese combate, todos los testigos que se comprometieran a jurar (por él), que sean obligados a satisfacer una multa a título de

⁴⁶³ Aunque CABRAL DE MONCADA, L., “O duelo na vida do direito” en *A.H.D.E.*, 2 (1925), p. 215, afirmase que la institución del duelo judicial ha sido conocida a través de: “designações e peífraes, tais como, *duelo, combate, pugna, prova, lide, repto, reto, desafio*, [...] *dar campo, meter campo, dar parça, etc.*”, no cabe confundirla con instituciones tales como el ripto o el desafío. En este sentido, TORRES LÓPEZ, M., “Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla en la Edad Media”. En *A.H.D.E.*, 10 (1933), pp. 162 y 167; OTERO VALERA, A., *El Riepto en el Derecho castellano-leonés. Dos estudios histórico-jurídicos*. C.S.I.C., Roma-Madrid, 1955, pp. 73 ss; “El Riepto en los Fueros Municipales”. En *AHDE*, 29 (1959), pp. 157 ss. Con todo, esta confusión terminológica se mantiene en trabajos como el de VALLS-TABERNER, F., “Notes sobre el duel judicial a Catalunya”. En *Obras Selectas*, II. Barcelona-Madrid, 1954, pp. 248-49.

trecientos sueldos, sin (la posibilidad de) presentar ninguna otra prueba”⁴⁶⁴.

A los ojos de la cultura jurídica contemporánea, que se consolida a partir del siglo XIX y de sus códigos, el proceso es visto como un iter que determina una responsabilidad, civil o penal, a través del ejercicio de un poder público, orientado a administrar justicia, para así garantizar la protección de la comunidad y del individuo en particular, es lo que entendemos con la dimensión concreta del *facere iustitiam*, que no es otra realidad que el conjunto de normas, reglas y procedimientos con los que se persigue alcanzar la *iustitia* y a la *veritas*, porque junto al cumplimiento de la *iustitia* se prevé el logro de la *veritas*, de una verdad objetiva y muy alejada del sentir germánico, en el sentido de *Dei iudicio*⁴⁶⁵.

Lejos de esta verdad objetiva y reglada se hallaban las ordalías. Como afirma Obarrio⁴⁶⁶: “Entre las denominadas pruebas irracionales⁴⁶⁷, el duelo ha venido desempeñando un papel esencial en la organización social y en la práctica judicial de los pueblos primitivos⁴⁶⁸ al legitimar toda verdad procesal en el denominado Juicio de

⁴⁶⁴ ALVARADO PLANAS, J., *El problema del Germanismo en el Derecho Español. Siglos V-XI*, Madrid, 1997, p. 144.

⁴⁶⁵ ALVARADO PLANAS, J., *El problema del Germanismo en el Derecho Español. Siglos V-XI*, Madrid, 1997, p. 144, en donde, en la ley de los Burgundios, se puede leer: *Vt si pars eius, cui oblatum fuerit iusiurandum, noluerit sacramenta suscipere, sed aduersarium suum ueritatis fiducia armis dixerit posse conuinci, et pars diuersa non cesserit, pugnandi licentia non negetur. Ita ut unus ex iisdem testibus, qui ad danda conuenerant sacramenta, Deo iudicante confligat: quoniam iustum est, ut si quis ueritatem rei incunctanter scire se dixerit, et obtulerit sacramenta, pugnare non dubitet. Quodsi testis partis eius, quae obtulerit sacramenta, in eo certamine fuerit superatus, omnes testes qui se promiserant iuratos, trecenos solidus multae nomine, absque ulla indiciarum prestatione, cogantur exsoluer.*

⁴⁶⁶ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 107-109.

⁴⁶⁷ Cabe destacar, entre los numerosos trabajos que sobre las ordalías se han publicado, los siguientes: PATTETA, F., *Le ordalie. Studio di Storia del diritto e scienza del diritto comparato*. Torino, 1890; reed. Milano, 1972, pp. 2 ss; GAUDEMET, J., “Les ordalies au Moyen Âge: doctrine, législation et pratique canoniques”. En *B.S.J.B.*, 17 (1965), pp. 99 ss; IGLESIA FERREIRÓS, A., “El proceso del Conde Bera y el problema de las ordalías”. En *A.H.D.E.*, 51 (1981), pp. 1-221; ALVARADO PLANAS, J., *El problema del germanismo*, ob. cit., pp. 140-148 y 191-203. Recientemente BROWN, P., *Society and Supernatural: A Medieval Change. Society and the Holy in Late Antiquity*, Berkeley-Los Ángeles, 1998, pp. 310-315, en contraposición al sentir general, afirma que hay un cierto grado de racionalidad en el *duellum*, por entender que éste se había convertido en un medio eficaz para mantener la paz y la resolución de las controversias judiciales.

⁴⁶⁸ Con relación al Derecho romano cabe reseñar, entre otros, los trabajos de LÉVY-BRUHL, H., “Quelques problèmes du tres ancien droit romain”. En *R.H.D.*, (1932), pp. 109 ss; FREZZA, “Ordalia e legis actio sacramento”. En *A.G.*, 142 (1952), pp. 83-89; DEKKERS, R., “Des ordalies en droit romain”. En *R.I.D.A.*, 1 (1948), pp. 55-78; GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme iuridiche romane*. Roma, 1955, pp. 96-97; BROGGINI, G., “La preuve dans l’ancien Droit romain”. En *R.S.J.B.*, 17 (1965), pp. 239 ss; *La prova nel processo romano arcaico*. Coniectanea, 1966, pp. 156-57; KASER, M., *Dar römische*, ob. cit., p. 225; LÉVY, J.P., “Le problème des ordalies en Droit Romain”. En *Studi de Francisci*, 2 (1955); cito por *La prueve dans les droits de l’antiquite*. Napoli, 1992, pp. 426 ss, en los cuales se pone

Dios⁴⁶⁹. En este sentido, Tácito menciona cómo en el duelo germánico, considerado como *antiqua consuetudo*⁴⁷⁰, los dioses protegen y asisten a los combatientes *–deum adesse bellantibus credut–*, convirtiéndose, así, la victoria en un juicio anticipado *–pro praeiudicio accipitur–*, en un *iudicio Dei*⁴⁷¹. En definitiva, se tiene la íntima convicción de que Dios ayuda *–dei adiuvet–* a probar la inocencia o la razón del vencedor, castigando al trasgresor del Derecho⁴⁷².

Esta ordalía, continua afirmado Obarrio, tuvo un gran arraigo en el Derecho de la Alta Edad Media⁴⁷³, perviviendo, a pesar de la censura llevada a cabo por la Iglesia⁴⁷⁴, de

de manifiesto cómo en las fuentes romanas arcaicas se conservan ejemplos de ordalías judiciales; así en la invocación de Ticia a Vesta *–Deos preces aliquas exaudire–*; en el sometimiento al *judice vicia Dea* por la matrona Claudia Quinta; o, fundamentalmente, en las *legis actio per sacramentum*, cuyo origen puede hallarse en el duelo judicial, adaptado con posterioridad a la fórmula de la *vindicatio-contravindicatio provocatio sacramentum*.

⁴⁶⁹ En este sentido RUIZ DOMENC, J. E., “Las prácticas judiciales en la cataluña feudal”. En *H.I.D.*, 9 (1982), p. 270 afirma: “Expresado en forma positiva puede decirse que el verdadero objetivo de las prácticas judiciales no era buscar la conformidad de un algo con una ley superior, sino legitimar la ordenación celeste del mundo. La unidad de los hombres con Dios no es la negación del deseo de justicia, como pueda pensarse, sino justamente la mayor aceptación de esta justicia”. Contrariamente, IGLESIA FERREIRÓS, A., “El proceso del Conde Bera”, ob. cit., p. 8 pone de manifiesto que la presencia o invocación a Dios en el duelo judicial no implica necesariamente su intervención como juez supremo.

⁴⁷⁰ El arraigo del duelo judicial entre el pueblo longobardo es lo que impidió al Rey Rothario su prohibición, limitándose, debido a su iniquidad e injusticia, a realizar meras modificaciones: *Ideoque statuere praevisimus, ut si amodo talis causa emergerit, ut ille qui mortem parentis sui per pugnam probare voluerit, quod eum per venenum occidisset, observatis his quae in anteriori edicto affiximus, per evangelia affirmet, quod asto animo causam ipsam non requirat, nisi quod ei certa suspicio sit, postea potestatem habeat quaerere per pugnam sicut antiqua fuit consuetudo. Et si ei ferita evenerit cui crimen ipsum mittitur, aut ad campionem ipsus quem conductum habuerit, non amittat ommen substantiam suam, se componat secundum qualitatem personae, sicut antea fuerit lex componendi, qui incerti sumus de iudicio Dei, multos audivimus per pugnam sine justa causa suam causam perdere. Sed propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum legem impiam vetare non possumus. Lex Longobardorum, 9,23. Cita en ALVARADO PLANAS, J., *El problema del germanismo*, ob. cit., pp. 146-47 y 191, a quien seguimos en este punto.*

⁴⁷¹ TÁCITO, *Germ.* 10,6.

⁴⁷² De esta concepción se hace eco Gregorio López en su comentario número tres a *Partidas* 3,4,1 al recoger la opinión de Baldo, *de pace tenenda*, según la cual los nobles y militares creen que Dios protege a los justos, pues, en palabras de Aristóteles, no es verosímil que Dios cuide de los malvados. Recientemente, GUILLOT, O., “Le judiciaire: du champ legal (sous louis le pieux) au champ de la pratique en Frenace (XIe. s). En *Settimane di studio del centro italiano di studi sull’alto medioevo. XLIV La giustizia nell’alto medioevo (secoli IX-XI)*. II. Spoleto, 1997, pp. 715 ss.

⁴⁷³ OTERO VALERA, A., “El riepto”, ob. cit., p. 154 señala como: “El duelo es, desde el siglo IX, una de las instituciones más generalizadas. Desde la esfera municipal hasta la vida de la Corte, el duelo aparece en todas partes, aunque con distintas modalidades y produciendo diversos efectos jurídicos”. En análogo sentido, GAUDEMET, J., “Les ordalies”, ob. cit., pp. 113 y 123 ss afirma que a pesar de la oposición que nace a partir del siglo IX contra el duelo y las ordalías, “Le duel judiciaire est largement partiqué”.

⁴⁷⁴ En este sentido PERTILE, A., *Storia del Diritto italiano*, ob. cit., p. 354 señala que la ordalía era considerada por la Iglesia como una “barbariche procedura”, la cual constituía un “continuo pericolo per la giustizia, una superstizione e un tentar a Dio”. Censura que será recogida textualmente en los siguientes Concilios: *Concilium Lateranense* II (1139), c. 14 donde se impone la pena de privación de sepultura: *Detestabiles autem illas nundinas, vel ferias, ..., ecclesia tamen careata sepultura; Concilium Lateranense* III (1179), c. 20: *nundinas vel ferias, quas vulgo torneamenta vocant, ... ecclesiastica tamen careat sepultura; Concilium Lateranense* IV (1215), *constitutio* 71, donde la práctica se sanciona con la pena de excomuni6n: *Licet autem torneamenta sint in diversis conciliis sub certa poena generaliter*

forma desigual en los distintos ordenamientos bajo-medievales⁴⁷⁵. No en vano, en las **Decretales** podemos leer que su aplicabilidad en el seno de la Iglesia constituía un enorme exceso que debía ser reparado⁴⁷⁶:

c. 1, X, 5, 14: *Si clericus alicui sponte duellum obtulerit vel, si oblatum susceperit et subierit, sive victor sive victus fuerit, de rigore juris est merito deponendus. Sed quantumque ejus in hoc gravis sit et enormis excessus, evadere potest depositionis sententiam.*

La doctrina de los juristas bajomedievales, aunque consideraban que el duelo debía en general ser rechazado, lo justificaron para la salvaguardia del honor entre nobles⁴⁷⁷, de

interdicta: quia tamen hoc tempore, crucis negotium per ea plurimum impeditur, nos illa sub poena excommunicationis firmiter prohibemus usque ad triennium exerceri. Ed. Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio. Vol. XX. Graz, 1961. Sanciones que se reiteran en el *Decreto* de Graciano, c. 20 C. 2, q. 5: *Feruentis aquae et candentis ferri iudicium fieri in ecclesia prohibetur*; y en las *Decretales* de Gregorio IX c. 1,X,5,35: *Duella et aliae purgationes vulgares prohibitae sunt, quia per eos multoties condemnatur absolvendus, et Deus tentari videtur.* De este sentir se hará eco Jaime Montjuïc en su glosa a *Usatges 27 (Bataya)* al afirmar: *Iste usaticus loquitur de duellis, sive bellis privatarum personarum. Et videtur quod nihil valeat, quia iura theologica, civilia et canonica concordare videntur in hoc, in tantum etiam, quod necatores sunt, et inter alios magister Raymundus de Penaforti, predicator summus et prudens, qui dicunt peccare etiam mortaliter quoscunque sic agentes, et consentientes. Nam ubi quis habeat ius, adhuc non est isto modo petendum: vel defendendum, quia id est tentare Deum, et ponere iudicium, in viribus duorum militum, vel rusticorum.* Se cita por MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. DE, “La recepción del Derecho feudal común en Cataluña I (1211-1330)”. En *GLOSSAE*, 4 (1992), 1992, pp. 71-72.

⁴⁷⁵ Autores como GADUMENT, J., “Les ordalies”, ob. cit., pp 101 ss; VAN CAENEGEN, R.C., “La preuve”, ob. cit., pp. 719-720, e IGLESIA FERREIRÓS, A., “El proceso del Conde Bera”, ob. cit., p. 169 señalan cómo a pesar de la prohibición de las ordalías llevada a cabo por el IV Concilio de Letrán éstas perviven en las legislaciones regias. Este último plantea, aún con reservas, que la misma se debe a una “interpretación *sui generis* de las decisiones del Concilio lateranense y del Papa Honorio III, dado el arraigo del duelo entre los nobles”. En este sentido, PERTILE, A., *Storia del Diritto*, ob. cit., pp. 357-359 y, posteriormente, SALVIOLI, G., *Storia della Procedura*, ob. cit., p. 802 señalaron cómo la limitación llevada a cabo por Federico II sobre la ordalía del duelo no fue observada en Italia, especialmente en ciudades como Bari o Venecia; llegándose a constatar su presencia, incluso, hasta el siglo XVI, aunque ya sin la “presunzione dell’assistenza divina in Fori Antique Valentiaeore dell’innocente”. Con todo, cabe destacar que el influjo de las normas canónicas se dejó sentir en un gran número de ordenamientos bajo-medievales. Valga, a modo de ejemplo, la sanción contra las ordalías reflejada en *Las Costumbres de Tárrega*, 9: *Stare non teneatur aliquis ad batalliam neque tornas aque calide vel frigide vel ferri calidi nisi de voluntate partium fuerit.* Ed. FONT RIUS, J. M^a, en *A.H.D.E.*, 23 (1953).

⁴⁷⁶ BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 27,4-7: *Item neque pugna duellum erat ipso civili iure permissa [...] Item iure canonico hoc expresse prohibitum est, etiam cum diffidamentis damnificare, quem ut notat Hostiensis.*

⁴⁷⁷ BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 27,7: *Et hoc expresse habet lex Lombarda, que in viginti duobus casibus permittit duellum, & communiter leges terrarum permittunt ista. Nam Franciae sunt ordinationes, quod in omni crimine quod probari non possit, excepto furto possit duellum iudici, ut recitat Ioan. [...] Item & fori conditi super duellis, omne voluntarium duellum excludunt, & illud in casu necessitatis deficiente probatione permittunt, ubi agitur de fide non servata vel rupta, quod aequum erat sic statim, quia multa contra rationem statuuntur ob defectum probationis, ut non legitime probationi stetur, de testibus.*

las mujeres acusadas para demostrar su inocencia⁴⁷⁸, o en caso de pacto entre las partes⁴⁷⁹.

En este sentido:

CINO DE PISTOIA: *Honor et fama non potest per iudicem reparari*⁴⁸⁰.

Con todo, autores posteriores, como Lorenzo Matheu y Sanz, reconocían su carácter subsidiario, así en Aragón con relación a objetos de cierto valor⁴⁸¹:

MATHEU I SANZ: *Duellum tolerabatur in subsidium dum deficiebant probationes ad rem judicialiter persequendam [...] sed haec omnia jam olim illicita reputabantur; & solum sustineri poterant in vim consuetudinis introductae ad finem vitandi mejora mala, [...]*⁴⁸².

Un carácter subsidiario que no gozó en Les Costums de Tortosa, en donde la búsqueda de la veritas, esto es, de un proceso reglado y ajustado a las pruebas objetivas y legales, y no a las ordalías altomedievales, determino su taxativa prohibición, tanto para el tiempo en que se promulgaron como para el futuro; una prohibición sin fisuras que hallamos en tres rúbricas bien distintas, y en tres únicos preceptos, en los que se incide en su absoluta inaplicabilidad de las batallas, el uso de las ordalías del agua fría o caliente o la del hierro ardiendo en la villa de Tortosa y su término:

Les Costums de Tortosa 1,1,12: *En la ciudad de Tortosa y su término no se consientan batallas ni arremetidas hechas por el*

⁴⁷⁸ Constitutions, IV, Usatge 2: *per lur allagant, per sacrament, e per batalla [...] Muller de cavaller per sacrament, mes avant per cavaller. Mullers de ciutadans e de burgesos e de nobles balles, per perdon. Mullers de pagesos per cantera, ab lurs propias mans. Si la muller venç, retenga la son marit honradament.*

⁴⁷⁹ Código deMontpellier, 62: *Duellum vel iudicium candentis ferri vel aquae ferventis vel alia canonibus et legibus improbata nullatenus in curia Montispessulani rata sunt, nisi utraque pars convenerit.*

⁴⁸⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal*, ob. cit., pp. 57 y 64.

⁴⁸¹ Fueros, IV, *de probationibus*; VIII, *de duello*: *cum super aliqua re duellum firmatur coram iustitia inter duos, reptatus habeat duos pedites, eo existente tertio, si aptus fuerit ad duellum, et qui reptat habeat pedites quotquot habere poterit: quo facto, fideles ex utraque parte electi existiment cum iusticia, qui pares esse poterint metiendo, et qui pares fuerint inventi duellum faciant. Cum enim alter eorum convictus fuerit, solvat qui eum posuit integre secundum tenorem facti de placitis non observatis, idem quod in foro, preter quod termini sunt de X in X diebus. Et sciendum est quod si retatus potest in campo invictus existere per tres dies, pro victo habetur qui eum reptatit.*

⁴⁸² MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,10,5,56.

señor ni por otro; ni se admitan las purgaciones vulgares del agua fría y caliente y el hierro ardiendo.

Les Costums de Tortosa 4,11,31: *No debe nadie someter al testigo ni a otra persona alguna a las pruebas de batalla y de agua o hierro frío o caliente, porque en Tortosa no se admiten ni deben admitirse tales pruebas.*

Les Costums de Tortosa 9,12,1: *En la Ciudad de Tortosa no hay ni deben haber batallas, ni se dan ni deben darse.*

3.7. Presunciones, indicios y sospechas

Alegación jurídica del siglo XVII: *Y porque no perezca en lo difícil, ò imposible de la probança la regla general, es, que en semejante caso se tienen las congeturas, presumpciones, è indicios por plena, liquida, y concluyente probança [...] porque se tiene por verdadero dolo, y no presunto el que se prueba por congeturas, y presunciones, que le concluye [...]*⁴⁸³.

Ya en una *Summa* provenzal del siglo XII, en las *Petri Exceptiones Legum Romanorum*, se da un reconocimiento de la prueba testifical, de los indicios, así como de los documentos públicos como medios de prueba preferentes:

*Petri Exceptiones Legum Romanorum: Actoris enim officium est intendere et probare testibus idoneis, vel chartis publice factis, vel veresimilibus iudiciis*⁴⁸⁴.

*Probatio fit aut testibus aut chartis aut argumentis aut iudiciis verisimilibus*⁴⁸⁵.

La doctrina del *mos italicus* tardío vino a reconocer su vigencia en la praxis del foro⁴⁸⁶, al reconocer que ante la antigüedad de un documento, máxime si era superior a cien años, este daba fe por sí misma, por lo que no se exigían pruebas plenas, sino que bastaban los indicios, las meras presunciones u otras pruebas menores, que pudieran facilitar la prueba en los supuestos en que esta era difícil de alcanzar –*quia est difficilis probationis*⁴⁸⁷–:

⁴⁸³ BHN. *Alegación jurídica por D. Joseph de sobremonte y Carnero Gaytan de Ayala [...] con Don Antonio de Ubilla y Medina*, fo. 22.

⁴⁸⁴ *Petri Exceptiones Legum Romanorum*. Ed. SAVIGNI, F. C., *Storia del Diritto Romano nel Medio Evo*. III. Roma, 1972. *Petri Exceptiones* 4,7.

⁴⁸⁵ *Petri Exceptiones* 4,41.

⁴⁸⁶ ESCAÑO, F. DE, *Tractatus*, Cap. 22, num. 111: *denique testamentum metu fuisse factum coniecturis, et praesumptionibus ostenditur, ut pote difficilis probationibus*.

⁴⁸⁷ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 2, num. 83: *Si instrumenta fuerint antiqua, et non reperiantur testes, qui de signo, et subscriptione, legalitate, et quasi possessione notariatus deponere possit, tunc inspici debet instrumenti corpus, et si reperiat in forma probanti, debent duo testes in materia instrumentorum dicere, instrumentorum illud antiquum in forma probanti reperiri*.

COVARRUBIAS: *quibus accedit ea ratio, qua constat, in antiquis propter difficultatem probationis sufficere leviores probationes, [...] antiquitas equidem potest coadjuvare eam probationem.*

PAZ: *Tertia limitatio est, ex temporis diuturnitate: nam quamvis omnia solemnia deficiant, exemplo creditur antiquo, cum ex antiquitate praesumatur solemne et authenticum [...] quo casu etiam si solemnitas esset extrinseca, ex temporis antiquitate esset praesumenda*⁴⁸⁸.

Se parte de la idea de admitir que el juez podía dictar sentencia sobre la base de indicios indubitables, indicios convincentes que sin embargo no poseen los requisitos formales de la prueba típica. Así, en *Las costumbres de Lérida* (1228) se dispuso que para averiguar la verdad –*ad veritatem eruendam*–, se sometiese a tortura al acusado de un crimen o delito cuando existieran indicios suficientes para formar una presunción en su contra:

Costumbre de Lérida: *De pena Accusati. Si de crimine vel delicto aliquis accusatus fuerit, precedentibus indiciis presumptionem afferentibus, torquetur ille suspectus ad veritatem eruendam*⁴⁸⁹.

La razón se nos antoja que podía descansar en tres pilares yuxtapuestos, a saber:

quo facto poterit registrari, quia in antiquis propter difficultatem probationis, sufficiunt leviores probationes, nec praecise desiderantur plene.

⁴⁸⁸ COVARRUBIAS LEYVA, D., *Practicarum quaestionum*, Cap. 21, num. 6; MOLINA, L. DE, *De primogeniorum Hispanorum*. Lib. 3, Cap. 13, num. 49: *Quod procedit, ac verum est, etiamsi tempore, quo instrumentum exemplatum fuit, nullus adversarius certus esset, qui citari posset: nam adhuc exemplatio non potest fieri, nisi praecedat citatio per edictum solemne.*; PAZ, C., *De tenuta*, Cap. 26, num. 17; GRATIANUS, S., *Disceptationum forensium*, Cap. 268, num. 3, CASTILLO SOTOMAYOR, J. DEL, *Quotidianatum Controversiarum*. Lib. 2, Cap. 16, num. 56 : *Et imprimis constituo, deposita olim variis in locis, maxime in publicis, in aede sacra fieri solita, item et penes Nummularios, qui in foro erant idque ut res depositae tutius essent conseruatae;* num. 57: *Deinde, Nummularios, et Argentarios, publicas olim reputatas fuisse personas, publicumque officium, aut ministerium quodammodo obtinere, atque exercere, dici solitum;* num. 58: *Et haec principalis eorum opera est, ut actus sui rationem diligenter conficiant: Mensas etiam in foro cum aerario habuisse;* num. 59: *Et apud eos emptiones, venditiones, permutationes, et alios contractus fieri, item et instrumenta; ut hodie apud Tabelliones fiunt.*

⁴⁸⁹ *Costumbres de Lérida*, Barcelona, 1946, Loscertales, p. 72. Vid. PLANAS ROSSELLÓ, A., “La tortura judicial en la Mallorca medieval”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 12 (2015), pp. 646-647.

[1] Se buscaría ofrecer al juez una posibilidad cierta para desarrollar el procedimiento.

[2] Se intentaría evitar recurrir a un medio tan poco honroso como la tortura, contraria al sistema probatorio objetivo y racional.

[3] Se trata de permitir al juez, y a las partes, que no vieran frustradas la aportación de pruebas indiciarias convincentes, lo que permitiría que se cumpliera con el principio que sostiene que cada proceso debe concluirse con una condena o con una absolución.

Así, las denominadas, en Derecho romano, *probationes artificiales* o *praesumptiones*⁴⁹⁰ son relegadas a un lugar secundario⁴⁹¹, pero, con carácter general, siguen estando vigentes, salvo en determinados supuestos (acción reivindicatoria de un dominio⁴⁹², régimen alimenticio⁴⁹³, etc.), en la mayoría de los actos jurídicos (casos de prodigalidad y demencia⁴⁹⁴). Con carácter particular, la doctrina no duda en sostener que la fidelidad de un documento no sólo se podía constatar por medio de pruebas directas,

⁴⁹⁰ QUINTILIANO, *Inst. Orat., Proemium: De probationibus artificiales*, 5, 1-7; 8-12. PUGLIESE, G., “La preuve dans le proces romain de l’époque classique”. En *B.S.J.B.*, 17 (1965), pp. 304-306.

⁴⁹¹ Esta naturaleza residual es resaltada por LÉVY, J.P., “La formation de la théorie”, ob. cit., p. 19: “Avec les présomptions on descend á un degré inférieur, celui de la *probatio semiplena*”.

⁴⁹² Con relación a la acción reivindicatoria de un dominio, SUÁREZ DE PAZ, G., *Praxis*, Cap. 1, Tit. 3, num. 4: *Primo requiritur, quod actor dicat, se dominium esse illius rei, et ad se pertinere jure dominii vel quasi*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 12, num. 89: *Primum, dominium, cum in eo fundetur omne substantiale reivindicacionis. Et non sufficit quod dominium probetur, in ordine ad reivindicacionem, conjeturaliter, aut per praesumptiones, sed plenissime, et per probationes concludentes probari debet.*

⁴⁹³ IRANZO, J. J., *Praxis*, Cap. 15, num. 3: *Quoties igitur alimenta praesumuntur praestita pietatis, affectionis, consanguinitati, ad illa repetenda, necessaria est protestatio. Quia ubi alimenta praestans protestatur, et declarat expresse se velle conservari indemnem, et repetere expensas alimentorum, versatur in claris, et consequenter non potest esse locus conjectutis, et praesumptionibus, quippe protestando alimentans, explicat animum suum recuperandi expensas, remque alioquin dubiam, facit certam; sicque mediante sua protestatione, excluditur praesumptio donationis*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 10; num. 7: *Ne ergo alimenta praestita a supradictis personis, intuitu pietatis, et donandi animo, erogata censeantur, sed animo repetendi expensum, debet persona alens protestationem emittere, et declarare non praestare alimenta pietatis intuitu, sed repetendi animo, quo facto repetitionem habebit expensi.*

⁴⁹⁴ SAXOFERRATO, B. DE, *Super Secunda Infor.* Vo. 4, *De legatis, Lege Apud Iulianus*, § *Constat*, num. 1: *Testator praesumitur furiosus ex sermonibus appositis in testamento; De bonorum possessione furioso, insanti, muto, surdo, caeco competenti rubrica, Lege Mutus*, num. 2: *Videre in furioso coligitur ex sermonibus suis an sit furiosus [...] Idem in prodigo, nam prodigus indicatur ex actibus*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 37, num. 27: *si lapides aliquis proiciat, et multis aliis signis, et praesumptionibus, et conjecturis adductis.*

objetivas, veraces o demostrativas, sino también a través de presunciones, indicios o conjeturas cuando no se podía conseguir el empleo de las primeras:

MORLA: *instrumento fides habetur, non solum per directas, veras, et demonstrativas probationes, sed etiam ex praesumptionibus, indiciis, et coniecturis*⁴⁹⁵.

Ahora bien, la doctrina tuvo muy presente que la fidelidad del documento registrado era tal que llevó a la doctrina estatutaria a sostener que si bien la impugnación parcial de un manuscrito afectaba a todo el conjunto, ésta únicamente prosperaba cuando se acreditaba mediante pruebas plenas, y no por meras presunciones o los indicios, toda vez que, como sostiene Pastor, “puede ser más fácil para la defensa combatir un falso testigo que falsos indicios”⁴⁹⁶:

FARINACIUS: *Immo nec etiam quando agitur de tollendo fidem instrumento, ex eo, quod aliqua ex parte sit falsum, praesumptiva probatio sufficit, sed de falsitate debet plene, et concludenter apparere [...] quod quando ex falsitate commisa in una parte alicujus scripturae, infertur ad falsitatem totius scripturae, tunc falsitas deducta ex solis praesumptionibus non sufficit ad faciendum cum hac illationem, prout dixi in prima distinctione [...]*⁴⁹⁷.

Del contenido de los escasos fueros que sobre estos medios de prueba hemos hallado, lo que más nos interesa resaltar es la duda en la que se mueve el legislador a la hora de plantear qué valor probatorio se le debía atribuir a la presunción o al indicio, esto es, si la certeza jurídica, en ausencia de pruebas plenas e irrefutables, podía alcanzarse a

⁴⁹⁵ MORLÁ, P. A., *Emporium*, Pars 1, Tit. 11, *quaestio* 9, num. 3. Cfr. DURANDUS, G., *Speculum*, Lib. 2, Partic. 2, *De instrumentorum editione*, 8. *Restat*, num. 1: *Creditur autem publico sine aliquo alio adminieulo, dummodo illud instrumentum appareat sine cancellatura, vel vituperatura, vel innovatione primae figurae, vel rasura, quae possint suspicionem inducere, nec sit deletum, vel abolitum [...]. Sed et si contra has suspensiones appareant aliquae in contrarium, eas iudex attendet. Magis autem videtur instrumentum suspectum propter rasuram, quam propter consumptionem, secundum Papam et breviter, creditur instrumento, dummodo non sit appositum aliquod de illis vitiis, vel defectibus, [...]*.

⁴⁹⁶ PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, 2003, p. 168.

⁴⁹⁷ FARINACIUS, P., *Opera Omnia*. Francofurti et Norimbrigae, 1616-1693. *Quaestione* 152, num. 11 et 34.

través de meros indicios o presunciones⁴⁹⁸, tal y como hoy vemos en el procedimiento judicial⁴⁹⁹.

Con carácter ejemplificador, Obarrio ha señalado que “en los *Fori Antiqui Valentiae*, en su rúbrica sobre la tutela testamentaria, vemos que se permitía a los impúberes la interposición de acciones para recusar a su tutor si estimaba que había indicios de malversación o negligencia⁵⁰⁰. No obstante, la propia doctrina valenciana advertía que ésta contradecía el tenor del propio Ordenamiento foral, en el que se explicitaba claramente que un menor no podía acudir, ni actuar en juicio⁵⁰¹, lo que les llevó a sostener que el precepto legal debía interpretarse en el ámbito extrajudicial, esto es: el menor, al estarle vedada toda acción judicial, estaba facultado para presentar al juez, extrajudicialmente, cuantas pruebas estimara oportunas para demostrar las sospechas que tenía sobre el tutor⁵⁰².

En concreto, la *communis opinio doctorum* nos informa que en la praxis únicamente se exigía la mera aportación de indicios, conjeturas o presunciones⁵⁰³, lo que

⁴⁹⁸ En este mismo sentido, y con relación al Derecho castellano, ALONSO ROMERO, M^a. P., *El proceso penal*, ob. cit., p. 236.

⁴⁹⁹ Al respecto GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *El Proceso Penal: tratamiento jurisprudencial*, Oviedo, 2004, p. 325, resalta que junto a las pruebas plenas o directas también se admiten las denominadas indirectas, indiciarias o “coyunturales”, en las que el convencimiento del juzgador se forma a partir de indicios probados, llegando a conclusiones con las que existe un enlace directo.

⁵⁰⁰ Furs 5,6,26. BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 42, num. 9: *Sed in Regno aliter videtur tenendum, quia etiam impuberes accusationem suspecti intentare poterunt.*

⁵⁰¹ Furs 5,6,21-22; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, *Observatio* 108, num. 12: *Nam licet actor, qui contra pupillum, vel minorem non habentem curatorem litem instituit, curare debeat, ut a iudice decernatur curator, qui illum defendat*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 42, num. 9: *Salva tamen fori pace, nimis mihi durum videtur, quod impuberes possint in Regno suspecti accusationem suscipere contra tutores, et adhuc quod magis est, posse haec, puberes intentare, nam si in Regno durante minori aetate, non solum impuberes, sed adulti viginti annorum minores, per se nihil agunt, neque gerere possunt, sed omnia commissa reperiuntur illorum curatoribus, qui omnia gerunt perinde, ac si minoris semper in infantia fuerint. Quomodo poterunt impuberes absque tutore, suspecti iudicium instituere; quando eis specialiter in Regno, sicuti de jure, impermittitur in iudicio esse, et nunquam intelligitur legitimam habere personam standi in iudicio, imo sententia, et quilibet actus cum eis facti, nulli sunt. Quare tenendum iudico, quod etsi de jure, adulti possent intentare accusationem suspecti, de consilio necessariorum; in Regno neque adulti, et multo minus impuberes, poterunt illam intentare, absque curatoribus, quia nullos actus judiciales valide possunt facere. Neque obstat dispositio dicti for. 26.*

⁵⁰² BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 42, num. 10: *Nam intelligenda est de impubere querellam faciente, non judicialiter, et proposita accusatione, sed extrajudicialiter, quia ut iudex possit remove tutorem ab administratione, ut in foro cavetur, non est necessaria accusatio judicialis, sed sufficiet quod ex apertissimis documentis de suspicione appareat, nam poterit iudex abque accusatore judiciali remove tutorem tanquam suspectum. Solum necesse est, quod justa, et legitima causa concurrat, nam absque illa, nunquam debet removeri tutor, tanquam suspectus [...].*

⁵⁰³ BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 42, num. 12: *Sufficiet, ut removeatur tutor ab administratione, durante lite super suspicione, quod per indicia, aut conjeturas, et summarie, de suspicione constet ante litis contestationem. Licet securius erit spectare litis contestationem*

determinaba que, al ser pruebas semiplenas o *probationes artificiales*⁵⁰⁴, al pupilo se le asignara conjuntamente un curador o un socio⁵⁰⁵”.

En el ámbito estricto de las servidumbres, en **Les Costums de Tortosa** se constata que la presunción se convierte en un medio de prueba tanto en el ámbito procesal, tal y como acabamos de reseñar con la tortura, como en el de las esferas propias del derecho privado, como puede ser el Derecho reales de servidumbre. Con relación a la servidumbre, en C.T.3,11,24 se afirma la presunción de que las paredes existentes entre vecino y vecino son medianeras y, por tanto, paredes en las que cada uno de ellos puede apoyarse y cargar sin impedimento alguno, sólo funciona mientras uno de los vecinos no pruebe –presunción *iuris tantum*, pues– que el suelo es suyo o que fue él o sus antecesores quienes levantaron la pared:

Les Costums de Tortosa 3,11,24: *Presúmesese siempre que las paredes que están entre dos vecinos son medianiles, y a todas horas pueden ellos atizonar en ellas, no jositificando legalmente el que se oponga, que están edificadas dentro de su propio solar, o que él o sus antecesores las construyeron.*

Asimismo, **Les Costums de Tortosa** también reconocen la presunción de existencia de medianería cuando, en algún punto de la pared divisoria, los dos vecinos han introducido, transversalmente, de uno a otro lado, vigas, jácenas, etc. o materiales que las sostengan, esto es, que se presume pared medianera cuando por signos externos se supone que está soportando el apoyo de los vecinos de uno y otro lado:

super suspicione, ut concurrentibus aliquibus indiciis, et audito jam tutore super illis, removeatur, lite durante tutor ab administratione.

⁵⁰⁴ Se sigue el criterio marcado por las *Decretales* -cc. 14 y 27,X,2,27- de negar valor probatorio pleno a las presunciones, aunque se admitan como medio de prueba, c. 2,X,2,23. En este sentido, BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 33, nums. 22-23: *Maxime de foro regni Valentiae, de quo quis condemnare non potest ex presumptionibus, in foro algu, de criminibus*; LEÓN, F. J., *Decisiones*, *Decisio* 125, num. 30: *Indiciis indubitatis convictus non potest ad mortem condemnari.*

⁵⁰⁵ D. 26,10,9; BARBOSA, A., *Collectanae*, Lib. 5, Cap. 43, *Lex* 6, num. 3: *nam si coniunctus fuerit, dandus erit ei consocius, si suspicio sit debilis, et parvi momenti, quia tunc pendente lite super suspicione huiusmodi, non debet ei administratio interdici*; BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae*, Pars 1, Cap. 42, num. 13: *Si autem tutor, qui allegatur suspectus, conjunctus fuerit pupillo, et suspicio fuerit debilis, vel parvi momenti, non erit removendus ab administratione, cognitione durante de suspecto, sed administrare debet dato ei consocio.* OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 115-115, cuyo planteamiento seguimos.

Les Costums de Tortosa 3,11,31: *Si en alguna parte de la pared que separa mis casas de las de mi vecino existen jácenas, alfagias o algún techo o cubierta no provisonal sino permanente, presúmese que es medianil la pared en toda su longitud y hasta la altura de las jácenas, alfagias y cubiertas, y uno y otro podemos atizonar en ellas.*

III

ALEGACIONES Y CONCLUSIONES

PILLIUS: *Testium depositionibus – publicatis, instrumentis hinc inde productis et editis, insurgunt vicissim causarum patroni. Unde sciendum est quod pars actoris primo debet iudici fidem facere, et ostendere qualiter actio proposita sibi competat; – suorum testium consonantiam facere et eorum dicta confirmare, et partis adversae testificata infringere, – item respondere – obiectis ex parte adversa. Rei autem pars debet sic allegare, ut probet quod actio locum non habet [...]*⁵⁰⁶.

Una vez que se había sustanciado el período probatorio, se inicia el último acto judicial: la presentación de las alegaciones⁵⁰⁷ que realizaban las partes ante el magistrado⁵⁰⁸.

Su estructura la hallamos recogida en los distintos *Libri de iudiciorum ordine*. En concreto, Gratia recuerda que una vez realizada la prueba testifical, el juez debía asignar a las partes un tiempo para alegar sobre lo dicho y probado, objetándolas por falsedad, lo que les permitía alegar contra los documentos o pruebas presentadas con las que convencer al juez –*ut moveat animum iudicis ad credendum sibi*⁵⁰⁹–:

GRATIA: *Facta demum omnium instrumentorum productione, statim debet iudex assignare terminum partibus, ut veniant super dictis testium et aliis probationibus inductis in casua allegare, nisi forte obiiceretur contra instrumenta de falso, quia tunc admittendae sunt probationes contra instrumenta*⁵¹⁰.

TANCREDUS: *Posquam de facti probatione, quae fit per testes et instrumenta atque praesumptiones, sufficienter tractavimus, consequenter de probationibus iuris, hoc est de allegatibonibus*

⁵⁰⁶ PILLIUS, *Summa*, 3,15

⁵⁰⁷ DURANDUS, *Speculum*, 2,2, *De disputationibus*, 1: *Allegare seu disputare est intentionem suam per probationes in iudicium deductas ostendere et eam iuribus asseverare et colorare.*

⁵⁰⁸ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,95,1: *Ultimus actus Iudicii per partes gerendus est allegandi, sive disputandi merita causae super cunctis actitatis atque probatis in eo, ut veritas faciliter a Iudicibus percipi valeat.*

⁵⁰⁹ TANCREDUS, *Ordo*, 3,15,3.

⁵¹⁰ GRATIA, *Summa*, 2,8.

*subiiciamus, quia ex quo dicta testium sunt publicata, instrumenta exhibita et utrique parti concessa, allegationibus est insistendum*⁵¹¹.

[**Allegare est**] La finalidad de la alegación no era otra que una declaración sobre las pruebas aportadas en el juicio, lo que ha traído consigo el derecho a alegar o a aprobar sobre su contenido o extensión:

TANCREDUS: *Allegare est intentionem suam probationibus facti in iudicium introductis ostendere et iuribus approbare*⁵¹².

[**Ordo allegandi**] Con relación al orden en que se procedía a las alegaciones, los tratadistas nos informan que, en virtud de la regla: *qui prior apellat, prior agat*, primero, el actor procedía a presentar sus alegaciones; realizadas estas, a su vez, el reo procedía a reprobado las pruebas y alegaciones presentadas por el actor –*inducendo pro se iura contraria*–:

TANCREDUS: *Iste est ordo allegandi. Actor primo proponere debet, quae ad intentionem suam fundandam viderit expedire; deinde reus allegantis ab actore respondeat, reprobando eius allegations per dicta testium vel instrumentorum vel per alias probationes, inducendo pro se iura contrari, et inductis ab actors rationaliter respondendo; quoanima actor ad intentionem causae, reus vero ad extenuationem eius labore debent. Et quod actor primo debeat proponere, et per regulam illam; qui prior apellat, prior agat*⁵¹³.

[**Modo faciendae sunt allegationes**] Las partes o, en su defecto, sus abogados presentaban, en un único escrito, en el plazo de diez días⁵¹⁴, cuantas alegaciones jurídicas pudieran beneficiar a su causa⁵¹⁵.

⁵¹¹ TANCREDUS, *Ordo*, 3,15; c. 1,X,2,13; c. 1,X,2,20.

⁵¹² TANCREDUS, *Ordo*, 3,15,1. c. 6,X,2,22; c.1 ,X,12,13.

⁵¹³ TANCREDUS, *Ordo*, 3,15,2. c. 1, X,2,4.

⁵¹⁴ Furs 4,9,35: *Après que todes les assignacions seran pasades, e el escrivá del fet apparellat dar copia del proces a les parts, de alli avant correguen a cascuna de aquelles deu dies peremptoris, dins los*

Gratia nos informa que el abogado del actor, una vez que ha suplicado la benevolente escucha del juez, *et pro iustitia observanda*, lo primero que hace es ver si la otra parte ha confesado; si lo ha hecho, solicita que se dictamine sentencia a su favor. Si no lo ha hecho, en virtud de las pruebas presentadas por su cliente, y por las pruebas irregulares presentadas por el demandado⁵¹⁶, le indica que el litigio debe terminar con sentencia condenatoria contra el demandado

GRATIA: *Et tunc surgat advocatus actoris et incipiata cum suma diligentia ordiri allegationem suam. Et primo suplliget iudicibus pro benevolentia et audientia captata et pro iustitia observanda*

[...] *Et primo videat, si pars adversa fuit aliquid in iure confessa, quod confitendi possit obesse, quia, si est, statim super confessione petat sententiam ferri [...] Item super aliis ostendat de iure suo, et nitatur fundare intentionem suam per privilegia et instrumenta, por parte sua product, petens sententiam pro parte sua ferri super his, quae in privilegio et aliis continentur [...] His omnibus probationibus sic inductis petat causam per sententiam terminari*⁵¹⁷.

Después de la perorata del abogado del actor interviene el abogado del demandado –*surgat advocatus rei*–, quien, con audacia, daba oportuna réplica a las alegaciones presentadas por aquél, reprobando a los testimonios sobre los que se fundaba la pretensión del actor: por sus contradicciones, su diversidad de opiniones, por no responder a las preguntas o por ser considerados infames o con escasa fama. Una vez presentada, conforme a Derecho, sus alegaciones y fundamentos, solicitaba del juez la oportuna absolución de su cliente.

quals cascuna part sia tenguda, e puixa allegar tos ço que vulla, è entena, en aixi que pastas los dits deu dies, sia agut per renunciat, è conclus en aquell pleit per cascuna part.

⁵¹⁵ TANCREDDUS, *Ordo*, 3,15.

⁵¹⁶ TANCREDDUS, *Ordo*, 3,15,3: *Ea vero, quae adversarius negavit, per probationes introductas in causa satagat comprobaret, scilicet per dicta testium vel instrumentorum vel per praesumptiones. Sed si aliqui testes discordes esse videntur, concordet illos advocatus, si potest; [...] distinguat enim temporar et concordet scripturam [...] Item, si praesumptiones vel instrumenta faciunt cum dictis testium, alleget ea ad confirmandum testium ficem.*

⁵¹⁷ GRATIAE, *Summa*, 2,8.

GRATIA: *Postquam advocatus actoris peroraverit, [...] surgat advocatus rei, et audacter respondeat his, quae ab advocato actoris dicta sunt, destruendo omnia per donim, quae videabntur per alium probata [...] His ergo plenissime reprobatis et adnihbilitatis taliter petimus ab eius impetitione absolvi.*

TANCREDUS: *Tunc respondeat advocatus rei per ordinem ad omnia, quae actor introduxit pro se, destruendo dicta testium, quibus actor suam fundavit intentionem, assignando cotrarietatem vel varietatem in dictis eorum, si potest, vel quod no reddunt rationem sui testimonii, vel quod non respondet ad interrogate, vel qudo sunt infames, vel tales, qudo non sit fides adhibenda dictis eorum, [...], vel redarguendo eos de falso [...] Et odem modo respondere studeat instrumentis et praesuntionibus et omnibus rationibus, ab actore introductis. Deinde ad iura, pro parte actoris allegata, similiter respondeat, distinguendo et exponendo illa, et alia iura contrary allegando⁵¹⁸.*

[*Ad officium allegantium pertinet*] Asimismo, tanto los glosadores, la canonística y los tratadistas de derecho procesal coinciden en señalar que la obligación de los abogados era la de presentar, con suma diligencia, las pruebas presentadas, así como las contradicciones y pruebas erróneas o falsas de la parte contraria, o las oportunas excepciones que tuviera a bien presentar –*variis et contrariis uti potest exceptionibus*–.

La mayor dificultad estaba a la hora de intentar salvar el error –de facto– que pudiera cometer el abogado no contradiciendo lo alegado, para, así, no condenar a su defendido, al que se le tenía por confeso. Para que esta realidad no se diera, Azón, en *Summa*, advierte que el abogado podía modificar el error hasta el momento en que se dictara sentencia, criterio que Placentino modificó fijando un plazo máximo de tres días –*et non ultra*–. Circunstancia diferente era cuando el error *erat in iure*, porque, como

⁵¹⁸ TANCREDUS, *Ordo*, 3,15,3

indica Tancredo, a juicio de la doctrina, el abogado podía solventar su impericia cuando le pareciera oportuno, sin atenerse a un plazo restrictivo:

AZO: *Si in facto (errat advocatus), domino praesente et non contradicente, praeiudicatur domino, ac si ipsemet illa confessus ita fuisset. Sed ipsemet suum errore usque ad sententiam corrigere posset [...]; ergo advocati usque ad sententiam errorem suum corrigent; quia ibi erreverat advocatus et postmodum elapse triduo est lata sententia, a qua non appellavit cliens, et ideo dicitur ipsum non audiendum, maxime cum illa intervenerit; quod habuit opportunitatem tridui causa corrigenda errorem; sed et si non habuisset triduum, satis est ad eum repellendum, quia lata est sententia, a qua non appellavit*⁵¹⁹.

AZO: [...] *tantum dicit posse me corrigere errorem advocate, meum autem usque ad sententiam, a qua non appellavi; [...]*⁵²⁰.

PLACENTINO: *proprium errorem litigator usque ad sententiam corrigere poterit [...]; error advocati non nisi infra triduum corrigitur; nec aliud iudicio meo [...]*⁵²¹.

TANCREDUS: *Verumtamen si advocatus errat propoendum contrarium, quam deberete, et errat in facto, praesente domino Litis non contradicere, praeiudicat domini, a si isipse confessus esset. Potest tamen tam dominus Litis quam ispe advocatus revocare errorem advocati in factu usque ad diffinitivam sententiam [...] Sed si advocatus errat in iure, secundum opinionem omnium potest revocare et corrigere errorem suum, quandoqucumque vult, quoanima causae qualitatem melius scire potest, quam iuris statuta*⁵²².

⁵¹⁹ AZO, *Summa*, Cod. 2,10,1.

⁵²⁰ AZO, *Lectura Super Codicem*, 2,10,1.

⁵²¹ PLACENTINUS, *Summa, de error advocatus*, 2,10.

⁵²² TANCREDUS, *Ordo*, 3,15,4.

En **Les Costums de Tortosa** únicamente hemos constado este último punto, pero cabe entender que se seguían las reglas expuestas tanto por la doctrina como por los tratadistas de derecho procesal:

Costums de Tortosa 2,7,2: *Lo que los abogados, presentes y consintiéndolo las partes de quien fueren abogados, o sus procuradores, dijeren y propusieren con toda claridad en el pleito y delante del juez, así se toma como si las partes o sus procuradores lo dijeren: pero si errase el abogado, demostrando claramente que se equivocó, dentro de los tres días siguientes puede rectificar su error.*

Una vez presentadas las alegaciones, si las partes renunciaban a presentar nuevas pruebas⁵²³, el juicio quedaba visto para sentencia⁵²⁴, a no ser que advirtieran algún error en las mismas, en cuyo supuesto se concedía un breve plazo para subsanarlo⁵²⁵.

⁵²³ TCon todo, como afirma DURANDUS, *Speculum*, 2,21, si una parte renunciaba a presentar nuevas pruebas, la otra podía, en el plazo de treinta días, presentar nuevos medios probatorios: *Si, parte una renunciante, altera dicat se habere quod proponat, iudex coget eam intra 30 dies – dicere quiequid volet; quod si non dixerit, det ei alium mensem; quod si adhuc distulerit dabit tertium mensem, post quem non audietur, sed ad sententiam procedat.*

⁵²⁴ Vid. c. 11,X,2,19.

⁵²⁵ PILLIUS, *Summa*, 1,12; TANCREDEUS, *Ordo*, 3,4,3: *Si principalis persona confiteatur in iure, et sit talis confessio et talis persona, quae praeiudicare debeat, statur ei, nec revocare eam potest, nisi probet se errasse; tunc revocare eam potest, probato errore, usque ad sententiam;* DURANDUS, *Speculum*, 2,2,4,6.

IV

LA SENTENCIA

1. Sentencia definitiva versus sentencia interlocutoria

Les Costums de Tortosa 7,4,3: *En los pleitos de personas privadas deberá observarse la regla que la sentencia dada por quien no sea juez no ata ni constriñe ni debe ser llevada a ejecución, a no ser que las partes expresa o tácitamente se sometiesen a dicho juez.*

Les Costums de Tortosa 7,2,2: *Todas las sentencias definitivas o interlocutorias, los juicios y todo el conocimiento del pleito, así en las apelaciones como en lo principal, su examen y publicación se hacen y pronuncian por los ciudadanos de Tortosa, presente el Veguer que no pronuncia.*

El juez, consciente de que gran parte de las actuaciones realizadas en el proceso no se habían llevado a cabo en su presencia, sino ante los escribanos o notarios, recurre, por lo general, a la figura del relator⁵²⁶ o a la del escribano⁵²⁷. En ambos casos, lo que se pretendía era que los relatores o los escribanos le hiciesen una breve relación de los hechos, de las pruebas practicadas y demás actuaciones procesales, con el fin de eludir la tarea de revisar todas las actas del proceso⁵²⁸, lo que determinaba, como apunta Alonso Romero, que en un gran número de procesos el resultado final del juicio dependía de la objetividad y exactitud de la relación llevada a cabo por estos oficiales⁵²⁹.

⁵²⁶ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, 9,5,32 afirmará: *Relationis publicae usus rarus est in Regia Audientia, [...] in hoc Supremo quoties Relator extraordinarius adhibetur. In Curiis Iudicum inferiorum Relationes publicae per Actuarios*. Con carácter genérico, BERMÚDEZ AZNAR, A., ‘El asesoramiento judicial en los pleitos reales valencianos de la Baja Edad Media’. *AHDE*, 67 (1999), pp. 1367-1377.

⁵²⁷ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,6-7 y 12: *in Curiis inferiorum relatio non fit*.

⁵²⁸ Con relación al Derecho castellano, HEVIA DE BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, Madrid, 1747, 1,18,3; ALONSO ROMERO, M^a. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, 1982., pp. 257-258.

⁵²⁹ En este sentido, LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,40,6 transcribe una sentencia dictada por Damianum de Berbegal, en 1609, donde se lee: *Et cum sententia ffundetur in relatione dictorum peritorum, sive expertorum*.

Una vez redactada y unida a los autos, se procedía, previo pago del salario a jueces, notarios y escribas⁵³⁰, a su notificación y pronunciamiento formal⁵³¹:

Les Costums de Tortosa 1,5,1: *En las causas civiles y pecuniarias en que fuere alguno condenado por acción personal y por sentencia, sobre la suerte o caudal del actor que primeramente debe pagarse, debe satisfacer, a la Curia por justicia, el condenado la quinta parte de la condena, pero pagado primero el acreedor. [...].*

Les Costums de Tortosa 1,5,1: Si fuere condenado alguno por sentencia en acción real de cosa mueble que hombre pueda mover o por sí misma se mueva, restituida la cosa o pecio al actor, deba pagar el condenado a la Curia por justicia la quinta parte. [...].

Una lectura que no requería la presencia del Veguer para su validez:

Les Costums de Tortosa 7,2,12: *I se acordare una sentencia por los ciudadanos y no quisiese asistir el Veguer al acto de pronunciarla, o si estando presente no quisiera en ella consentir; no por esto los ciudadanos dejan de tener poder y facultad para darla y pronunciarla, quedando ella firme sin toda contradicción, como si hubiese estado presente y la hubiese consentido el Veguer. Pero siempre que quiera asistir, no debe la sentencia darse si no está él con los jueces presente.*

De esta forma, la práctica procesal enseña que, con carácter general, una vez obtenida la relación del proceso, el juez, con el fin de cumplir el requisito legal de no

⁵³⁰ FURS 9,19,85-88.

⁵³¹ Vid. PILLIUS, *Summa*, 3,16; TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,3; FAV 98,1: *Res inter alios iudicate neque emolumentum afferre hiis, qui in iudicio non interfuerunt, neque preiudicium, solent irrogare*; LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,93,2-3; MATEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,49: *Sed quoniam ad validitatem sententiae requiritur, quod praesentibus litigatoribus, [...], vel altero absente, sed legitime citatio*; 9,1,8-11. Principio que se halla recogido en la mayoría de la práctica procesal bajomedieval.

dictaminar basándose en meras presunciones o indicios⁵³², sino según lo alegado y probado⁵³³, se hacía asesorar por un consejo de prohombres⁵³⁴, formado por dos o tres personas con ciertos conocimientos en Derecho⁵³⁵. Recibido su consejo⁵³⁶, el juez, o su delegado, y una vez finalizado el período de presentación de las pruebas alegadas por las partes, así como el registro, recogido por escrito, de las actuaciones judiciales, el juez procedía a la resolución del litigio mediante sentencia definitiva, sin costas procesales para las partes:

Les Costums de Tortosa 1,1,1: [...], y recibirlas sus declaraciones y hacer que las extienda el escriba pronunciar sentencia, no según su opinión [...], resumir o recopilar el hecho, [...], pronunciar sentencia, no según su opinión y su saber sino conforme a lo alegado y probado por las partes.

Costums de Tortosa 7,2,6: Todas las sentencias, así interlocutorias como definitivas, y todas las determinaciones de los pleitos débense pronunciar y las ejecuciones hacerse sin coste y gastos de las partes; de forma que nada debe darse ni prometerse al Veguer, ni a los jueces, ni a otros por ellos. Y si les

⁵³² Fori Antique Valentiae 119,19: *Non debet aliquis propter suspicionem sive presumptionem in criminibus condemnari. Sed ita demum si probationibus veris, legitimis et claris.*

⁵³³ Esta máxima del Derecho canónico –c. 70 C. 2 q. 6: *non secundum propriam voluntatem sed secundum leges est proferenda (sententia)*; c. 70 C. 2 q. 3: *non est danda sententia nisi post plenam investigationem veritatis*; c. 4, X,2,12: *quum iudex, de que re cognoverit, etiam pronunciarere debeat*–, fue prontamente recepcionada tanto por la Glosa –AZO, *Lectura Super Codicem*, IV,21, Rub. *De fide instrumentorum*, n.º. 13– como por los distintos *ordine iudicarii* –PILLIUS, M., *Quaestiones Sabbatine*. En *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*. Ed. VIORA, M., Q. 18: *An Iudex secundum allegata et probata*; DURANDUS, G., *Speculum*, 2,2,6-5 y 13: *Non tamen sic supplebit, ut secundum conscientiam iudicet, sed secundum allegata et probata tantum*–, y por extensión a los *Furs*: FAV 3,4: *Curia sive iudex non secundum conscientiam suam vel secundum quod scit ut privatus ...*; 33,21. Máxima que será aceptada tanto por la doctrina catalana –CANCER, I., *Variarum*, 1,18,24.29– como por la valenciana –CRESPÍ DE VALDAURA, C., *Observationes*, I,19,11.

⁵³⁴ Fori Antique Valentiae 3,2: *Criminales et civiles causas omnes iudicet curia cum consilio proborum hominum, servatis in omnibus et per omnia consuetudinibus civitatis*; 3,6: *In persona sua propria curia in domo, que condam sepultura erat sarracenorum regum, sedeat, audiat, terminet, litiguet et diffiniat consilio proborum hominum civitatis vel cuiuscumque alterius loci regni Valentie*, [...]. Excepcionándose –*Furs* 1,3,24– las causas *que requirunt altiore indagine*”, por cuanto que en éstas se pueden llevar a cabo “*sens consell de asesor*”.

⁵³⁵ MATEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,13: *Iudices vero dati duos aut tres socios vel amicos Iurisperitos advocabant*. [...] *In Regno Valentiae Magistratus inferiors de consilio Assessorum iudicare tenetur*.

⁵³⁶ Fori Antique Valentiae. La doctrina foral es explícita al afirmar que su consejo carece de fuerza vinculante. MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II, 6,5,35: *Secus vero in Assessore assumpto, qui non habet votum decisivum, sed consultivum tantum*; CANCER, I., *Variarum*, 1,2,168.

dan algo y los reciben ellos o hacen recibir, hacen lo que no deben y se les puede reprender. Y si les han prometido algo, no pueden forzar ni compeler al que lo prometió, ni les asiste acción ni demanda contra él para obligarle a que lo cumpla.

Costums de Tortosa 7,2,10: *En la Curia de Tortosa no se pagan ni resarcen los gastos del pleito principal de parte a parte, pero en las apelaciones la vencida debe resarcirlos a la que venció.*

Siguiendo los principios del proceso romano-canónico⁵³⁷, y siguiendo la máxima que establece *sententiam corrigere non potest Iudex, nisi in accessoriis*⁵³⁸, se daba copia a la parte que lo solicitara, quedando la sentencia original, ya fuera definitiva o interlocutoria, registrada en el archivo de la *Cort* y en los libros de notaría⁵³⁹, de esta forma, la sentencia se convertía, tal y como acabamos de señalar, en el acto final del proceso⁵⁴⁰, al pronunciar, en su breve enunciado, la absolución o condena del hecho litigioso⁵⁴¹; diferenciándose, así, de las sentencias interlocutorias, en las que el juez únicamente se pronunciaba sobre las cuestiones preliminares o adyacentes que las partes hubieran podido suscitar a lo largo de la controversia⁵⁴². Con carácter ejemplificador.

Frente a lo que sucedía en el período alto-medieval, el pronunciamiento de la sentencia definitiva estaba sujeto a determinados requisitos formales y materiales. Para dar

⁵³⁷ PILLIUS, *Summa*, 3,16; TANCREDEUS, *Ordo*, 4,1,2: *Species autem iudicialis sententiae sunt duae; alia est sententia diffinitiva, alia interlocutoria*; GRATIA, *Summa*, 3,1; DURANTIS, G., *Speculum*, 2,3.

⁵³⁸ TANCREDEUS, *Ordo*, 4,1,5: *Si sententia debito modo lata sit, iudex qui eam tulit non potest postea ipsam corrigere vel mutare.*

Certificación que fue práctica común en el siglo XIII. GRATIA, *Summa*, 3,1: *”Ego A. notario huius sententiae prolatione interfui, et de mandato dicti domini episcopi scripsi et in publicam formam redegi”*; Véase, en este sentido, GARCÍA SANZ, A., “El documento notarial en derecho valenciano hasta mediados del siglo XIV”. En *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*. Valencia, 1989, I, pp. 177-199; BENITO FRAILE, J. De, “Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la Recepción del derecho común hasta la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881”. En *GLOSAE*, I (1988), p. 146.

⁵⁴⁰ *Fori Antiquae Valentiae* 7,6: *Semper potest querimonia augeri et diminui, mutari, corrigi et emendari usque ad sententiam difinitivam.*

⁵⁴¹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,4; FONTANELLA, *Tractatus de pactis*, 3,2,59; *Furs* 7,4,3-4: *Iudicis pronuntiatio finem controversia imponens, absolvendo, vel condemnando [...]* *Deffinitiva sententia tunc transit in rem iudicatam iure*; 7,7,12.

⁵⁴² D. 42,1,14; AZO, *Summa Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II. Ed. VIORA, M., 1966, 7, rub. *De sententiis & interlocutionibus omnium iudicum: De interlocutionibus aut sciendum est quod vicem rei iudicate non obtinet*; c. 60, X,2,28; TANCREDEUS, *Ordo*, 4,1,2; GRATIA, *Summa*, 1,9,5

conocimiento de este *iter* procesal, pasamos a realizar la exposición que sobre esta cuestión realizan los distintos *Libri de iudiciorum ordine*.

Seguramente, quien realiza una sistemática más profunda es Tancredo, quien, en su obra *Ordo iudiciorum*, le dedica una amplia rúbrica, *De sententiis et interlocutionibus*, estructurándola en cinco apartados, a los que nos acogemos.

[*Quid sit sententia*] Tanto la doctrina como los tratadistas fueron unánimes al sostener que la sentencia determinaba el final de la controversia procesal, bien con la condena o la absolución o excomunión, de ahí que se le denomine “opinión del maestro”, o la “perfecta oración”:

TANCREDUS: *Quoniam diffinitiva sententia omnibus controversiis finem imponit [...] Est autem sententia proprie iudicialis diffinitio, quae controversiae fuerunt imponit pronuntiatione iudicis, condemnationem vel absolutionem continens [...] Excommunicatio autem vel interdicto improprie dicitur sententia, quoniam potius punit, quam finem causae imponat. Item dicitur sententia magistri opinio [...]; item sententia dicitur cuiuscumque orationes perfectae significatio [...]*⁵⁴³.

PILLIUS: *Quoniam omnium controversiarum finis est sententia diffinitiva*⁵⁴⁴.

[*Species*] Tal y como hemos mencionado, dos son las sentencias que se podían interponer: las definitivas, que analizaban la cuestión litigiosa, y las interlocutorias, que eran aquellas que no analizaban el fondo del litigio, sino cuestiones meramente incidentales, como la de dirimir una dilación o sobre la corrección o no de una demanda, de ahí que la califique de semiplena sentencia:

TANCREDUS: *Species autem iudicialis sententiae sunt duae; alia est sententia diffinitiva, alia interlocutoria.*

⁵⁴³ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,1.

⁵⁴⁴ PILLIUS, *Summa*, 3,16.

Est autem interlocutoria sententia semiplena sententia, quae profertur inter principium causae et finem, non super principali, sed super indicentibus quaestionibus vel emergentibus, puta super libello offerendo vel corrigendo, vel danda dilatione seu deneganda, et similiibus [...] Et quod intelocutio non sit plena diffinitio.

[...] Diffinitiva sententia est, quae principalem determinat quaestionem; et debet continere absolutionem vel condemnationem; aliter non valet⁵⁴⁵.

En el ámbito de los glosadores, Azón, en su *Summa*, sostiene idéntico criterio, del que ningún tratadista o comentarista medieval se sustraerá:

AZO: *interlocutoria sententia non obtinet vim rei iudicatae, et ideo, qui protulit ipsam, potest eam revocare⁵⁴⁶.*

[**A quo proferenda sit sententia**] Una vez delimitadas las dos sentencias que se podían dar en un litigio, Tancredo se pregunta quién debe dictar sentencia. La respuesta es clara: quien tiene plena y veraz jurisdicción o competencia para ello, de carecer de esta, la sentencia era nula. Así se consideraba que no poseía jurisdicción quien adquiere la comisión del caso con falsos documentos, cuando se nombra a un juez para un asunto y sentencia sobre otro, cuando se actúa por miedo o con error, etc.,

TANCREDUS: *Respondeo, a suo iudice, este ab eo, qui iurisdictionem haber super questione proposita; alias sententia a non suo iudice, hoc est a non competenti iudice lata, ipso iure nulla est. [...] Et est sciendum, quod non competens iudex dicitur, dqui nullam habet iurisdictionem, puta, cum per falsas literas commiso facta est, vel si iudes datus es ad unam certam rem et vul iudicare de alia [...] vel si partes consentían in eum, qui nulli praeest iurisdictioni, quoniam privatorum consensus iurisdictionem non tribuit ei, qui nulli praeest iurisdictioni [...]*

⁵⁴⁵ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,2.

⁵⁴⁶ AZO, *Summa Codicis*, 7,45,6-7.

*vel si in eum, qui iurisdictionem habet, consentiam per metum vel per errorem*⁵⁴⁷.

[*A quo est ferenda sententia*] Llegado a este punto, Tancredo se plantea en qué momento procesal se debe dictar sentencia, su respuesta ya la hemos adelantado al inicio del epígrafe: después de que se hubieran realizado todos los actos procesales oportunos, desde la presentación de la demanda, contestación, pruebas, alegaciones, etc., el juez, en día no festivo⁵⁴⁸, y antes de la noche, pronunciaba la sentencia, de lo contrario, no observándose este orden procesal, la sentencia era declarada nula:

TANCREDUS: *Et quidem ordine iudiciario praemisso, scilicet lite contestata, confessionibus, attestationibus et allegationibus auditis, et ómnibus causae meritis diligenter investigatis, in die non feriato et ante crepusculum noctis [...] alioquin sententia, lata ordine iudiciario praetermisso vel non servato, ipso iure non valet*⁵⁴⁹.

DURANDUS: *In die non feriato, ante crepusculum noctis*⁵⁵⁰.

Un criterio que únicamente se excepcionaba en algunos casos tasados, así cuando el reo era contumaz. En este caso, si la demanda no se había contestado, se podía recibir testigos y dictar sentencia definitiva, sin que fuera nula. Los casos pueden ser numerosos. Así en la elección confirmada de un prelado, en relación a un matrimonio carnal, si el convenido es contumaz, en la *inquisitio* por un crimen, cuando hallándose ausente el actor, el demandado solicita su absolución, en causas meramente espirituales, en este conjunto de casos, como afirma Azón, se puede realizar *semipena vel summaria cognitio*⁵⁵¹:

TANCREDUS: *sed excipiuntur quídam casus, in quibus, si reus est contumax, lite non contestata possunt testes ricipi et diffinitiva sententiari. Primum est, si agatur de electione praelati*

⁵⁴⁷ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,3.

⁵⁴⁸ Véase su correlación con C. 3,12,6; L. V. 2,1,10; *Lo Codi* 3,13,2; *Fori Antiqui Valentiae* 36,7.

⁵⁴⁹ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,4.

⁵⁵⁰ DURANDUS, *Speculum*, 2,3,4,1.

⁵⁵¹ AZO, *Summa Codicis*, 3,1,19.

confirmanda vel cassanda. Secundus, si agatur de matrimonio carnali, et qui convenitur, contumax este. Tertius, si agatur in modum inquisitionis de alicuius crimine. Quartus, ubicumque aliquid expeditur iudicis officio. Quintus, absente actore per contumaciam, et reo praesente et petente absolví. Sextus, ubi caus est mere spiritualis sine temporali commodo alicuius [...] In ómnibus supra dictis casibus, si is, qui convenitur, vocatus, nouerit comparere, potest quaestio per diffinitivam sententiam quoad illum articulum terminari⁵⁵².

[*Qualiter proferenda est sententia*] Con relación a su aspecto formal, siguiendo los principios del Derecho romano-canónico, Tancredo indica que estando en su tribunal, el juez, con el consejo de los prohombres de la ciudad, debía redactarla por escrito⁵⁵³, teniendo las Sagradas Escrituras delante, en el lugar fijado por la costumbre o en un lugar honesto, no así en un lupanar o en un comercio, con la necesaria presencia de las partes presentes, salvo ausencia por contumacia:

TANCREDUS: *Respondeo, a iudice sedente pro tribunal, in loco consueto vel alias honesto, non in lupanari vel propina, utraque parte praesente vel per contumaciam absente, quia contumacia facit eum haberi pro praesente, sententia ipsa prius in scriptis redacta et correcta, sacris scripturis coram positis [...] Praeterea adesse debent in prolatione sententiae hi, quorum consilium et praesentia requiritur, puta episcopales canonici, cum episcopus sententiam debet proferre⁵⁵⁴.*

En la sentencia, debía incluir la petición de las partes y alegaciones de las partes, las respuestas y excepciones, las pruebas realizadas, y las razones y alegaciones finales presentadas, tras lo cual, con el consejo de los prohombres, dictaba sentencia condenatoria o absolutoria:

⁵⁵² TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,4.

⁵⁵³ C. 7,44,3,1; c. 4. C. 2 q. 1; c. 7 C. 2 q. 1: *sententia debet dari in scriptis*; c. 11,X,2,19; PILLIUS, *Summa*, 3,16: *In summa notandum est, quod ex ordine omnis sententia debet ferri in scriptis*; GRATIA, *Summa*, 3,1; *Fori Antiqui Valentiae* 95,2 y 5: *curia per se vel per delegatum ab eo iudicem sententiam in scriptis profereat*.

⁵⁵⁴ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,5.

TANCREDUS: *Praeterea iudex in prolatione sententiae exprimere debet actoris petitionem et eius allegatioem, deinde responsionem rei et eius exceptionem, et quidquid in causa utrimque petitum vel allegatum est, [...], et eis praelibatis dict: 'visis et auditis confessionibus, attestationibus, instrumentis, rationibus et allegationibus utriusque partis', vel 'aba actore vel reo productis', 'et diligenter investigatis et intellectis, habito multorum sapientum consilio, talem condemno', vel 'absolvo' Vel aliter proferat, sicut viderit proferendum, quod sacris conveniat canonibus seu legibus vel approbatis consuetudinibus. Quae omnia in tenero ipsius sententiae sunt ponenda⁵⁵⁵.*

Este conjunto de elementos, incide Tancredo, no puede faltar, porque sin ellos la sentencia nada vale:

TANCREDUS: *Verumtamen, si rationes vel allegationes partium, quae movent iudicem ad sentiendum, non ponantur in sententia, nihilominus valet sententia⁵⁵⁶.*

Asimismo, si la petición versa sobre cosa cierta, la sentencia debe ajustarse a la petición, esto es, debe otorgar sentencia sobre cosa cierta, de lo contrario es nula:

TANCREDUS: *Item nota, quod si de certa quantitate actum sit, certam debet iudex dare sententiam, alioquin non valet⁵⁵⁷.*

Asimismo, la sentencia dictada sobre una cantidad debida no puede ser modificada o alterada:

TANCREDUS: *Nec illud omittendum est, quod si sententia debito modo lata sit, iudex qui eam tulit, non potest postea ipsam corrigere vel mutare⁵⁵⁸.*

⁵⁵⁵ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,5.

⁵⁵⁶ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,5.

⁵⁵⁷ TANCREDUS, *Ordo*, 4,15.

[*Effectus*] Con relación a sus efectos, Tancredo, al igual que toda la doctrina, reconoce que el principal efecto de la sentencia es que, a través de ella, se trasmite el valor de cosa juzgada, lo que determina la verdad procesal:

TANCREDO: *Effectus sententiae sive rei iudicatae maximus est, quoniam ius facit inter eos, inter quos lata est, ex quo transit in rem iudicatam, etiamsi lata sit contra ius litigatoris [...] quia res iudicata praeiudicat veritati*⁵⁵⁹.

El segundo de los efectos es el de asentar su viabilidad, en el sentido de que no se podía rescindir o anular bajo el simple pretexto de haber hallado un documento después de que la sentencia se hubiera dictado, o por un mero error de cálculo:

TANCREDO: *Item eius est, ut non rescindatur praetextu instrumentorum postea repertorum [...] Nec rescinditur praetextu calculi vel malae computationis, nisi error calculi in sententia exprimatur*⁵⁶⁰.

El tercer y último efecto consiste en otorgar, al actor, la *actio de re iudicata*, y al reo la *exceptio ex sententia pro eo lata*⁵⁶¹.

[*Quae sententia sit ipso iure nulla*] Finalmente, Tancredo analiza las causas que determinan la nulidad de la sentencia, lo que lleva a los abogados a reprobarlas por inútiles:

TANCREDO: *Dictum est supra in titulo proximo, quod ex sententia ius fit inter partes, etiam si lata sit contra ius litigatoris, et quod praetextu instrumentorum postea repertorum non retractatur. Ne quis crederet, quamlibet sententiam talem habere auctoritatem, consequenter, quae sententia ipso iure nulla sit,*

⁵⁵⁸ TANCREDO, *Ordo*, 4,15.

⁵⁵⁹ TANCREDO, *Ordo*, 4,16.

⁵⁶⁰ TANCREDO, *Ordo*, 4,1,6.

⁵⁶¹ TANCREDO, *Ordo*, 4,1,6.

*ostendamus, ut cognitis sententiarum vitiis, evitent iudices inútiles proferre sententias, et advocati sciant invalidas sententias reprobare*⁵⁶².

Entre las distintas causas, Tancredo aporta las siguientes:

[1] *Ratione litigantium*

La primera de las causas hace referencia a la persona que litiga. Así, serán nulas las sentencias cuando quien interviene en el proceso es un falso procurador, un menor de veinticinco años sin autorización del tutor o del curador, salvo que la causa sea espiritual, o un excomulgado:

TANCREDUS: *Ratione litigantium est sententia nulla, quoniam si falsus procurator intervenit, lis cum eo nulla, iudicium nullum et sententia nulla.*

Item minor viginti quinque annis sine tutoris vel curatoris auctoritate agere vel conveniri non potest, sed si fecerit et contra se sententiam reportaverit, ipso iure nulla est, [...] nisi sit causa spiritualis, in qua maior censetur, puta matrimonialis, quoniam illam per se te per procuratorem post pubertatem agere potest.

*Idem dico de excommunicatio, scilicet quod sententia pro eo lata non teneret, ubi petitor esset, sed contra eum in odium eius teneret, quoniam agere non potest, sed respondere per alium saltem tenetur, [...] ubi dicitur, quod excommunicatus potest conveniri salvis exceptionibus suis sibi, sed non potest reconvenire actorem*⁵⁶³.

[2] *Ratione iudicis*

La sentencia decaía cuando el juez era una mujer, un esclavo, un laico en causas espirituales, o un obispo en causas criminales:

⁵⁶² TANCREDUS, *Ordo*, 4,2.

⁵⁶³ TANCREDUS, *Ordo*, 4,2,1.

TANCREDUS: *Ratione iudicis sententia est nulla, cum is, qui sententiam tulit, iudex esse non potest, puta servus vel mulier, [...] vel quia laicus iudicavit de causa spirituali, quoniam in eis iudicare non potest, et si sententiat, non valet sententia, [...] vel quia iudex pedaneus iudicavit de causa libertatis, de qua iudicare non potest, [...] vel si qui praesumunt condemnare episcopos in causa criminali sine speciali mandato domini papae*⁵⁶⁴.

[3] *Ratione iurisdictionis*

Es nula la sentencia cuando se da un vicio en la jurisdicción del juez, así cuando se accede sin competencia alguna, o por falsas cartas en el caso de un juez delegado, o cuando este se le delega para un caso concreto y sentencia sobre otro asunto:

TANCREDUS: *Ratione iurisdictione sententia est nulla, quia non valet sententia eius, qui nulli praeest iurisdictioni, [...] vel quia literae delegationis sunt falsae, vel quia iudex delegatus est super una re et iudicat super alia*⁵⁶⁵.

[4] *Vitio*

Cuando la sentencia adolecía de algún vicio, a saber:

[1] Por ausencia de escritura, salvo en casos determinados, como las sentencias dictadas por obispo *inter clericos suos*, o cuando las costumbres del lugar lo permiten, así, en **Les Costums de Tortosa** cuando la demanda no superaba una cuantía muy menor⁵⁶⁶, como eran dos morabatines. Salvo esta circunstancia, siguiendo el principios del Derecho romano-canónico: *sententia finem liti imponere debet, Iudex tenetur verbis propriis*,

⁵⁶⁴ TANCREDUS, *Ordo*, 4,2,2.

⁵⁶⁵ TANCREDUS, *Ordo*, 4,2,3.

⁵⁶⁶ El motivo, como advierte MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,77, es el de evitar el gravamen que supondría las diligencias realizadas en el juicio: *Et ratio est clara; nam si in his procedendum esset per processum regulatum juxta formam fori, ingens damnum sequeretur partibus, non plus gravarentur impensis, quam sublevarentur ex defensionibus.*

*claris, atque intelligibilibus*⁵⁶⁷, se establece que toda sentencia debía ser redactada por escrito, ya sea por el propio juez o por un notario, si el pronunciamiento se diese en un Tribunal inferior, o bien por un escriba, si lo fuese en uno superior⁵⁶⁸, en lengua romance⁵⁶⁹, y con un verbo claro e inteligible⁵⁷⁰:

Les Costums de Tortosa 3,1,2: *Son creídos los jueces sin escrito por su sola palabra, como si constase de mano pública, de procesos de pleitos que ante los mismos se hubieren actuado, si no excede de su cuantía de 2 morabatines; porque si excediese de dicha cantidad, no son creídos sin pública escritura, de nada que hayan hecho.*

Les Costums de Tortosa 3,1,5: *Lo mismo deberá observarse de las sentencias no por escrito pronunciadas [...].*

Les Costums de Tortosa 7,2,8: *En las demandas cuya cuantía no es mayor de dos morabatines puede proceder los jueces y pronunciar sentencias interlocutorias y definitivas sin escrito, y son firmes.*

Pero si es mayor la cuantía de dos morabatines, deben actuar todo el proceso y dar las sentencias por escrito. Y si quiere tenerla la parte en forma pública, débela tener y queda obligada a dar a cada uno de los jueces por su firma doce dineros y otros doce al Veguer; pero la que no quiere tenerla en forma pública, no está tenuta a pagar nada.

⁵⁶⁷ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,63: *Solemnitates forales ad validitatem sententiae observari debent.*

⁵⁶⁸ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,22-24.

⁵⁶⁹ Véase, con carácter ejemplificador, *Fori Antiquae Valentiae* 95,2. MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,13 reconociendo que *in nostro Regno sententiae in lingua vernacula ferendae sunt*, concluye afirmando que, en la práctica, se deberían redactar las sentencias en latín, por cuanto *verbum romanç comprehendit linguam latinam.*

⁵⁷⁰ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,59: *sententia finem liti imponere debet, Judex tenetur verbis propriis, claris, atque intelligibilibus.*

[2] Siguiendo el principio romano *petitio actoris necessarie referenda est*⁵⁷¹, debía contener fundamentalmente la absolución o condena del demandado para que ésta tuviera validez⁵⁷², por lo que, si no se incluía la absolución o la condena, la sentencia era nula. De esta forma, a diferencia del Derecho castellano⁵⁷³, no sólo de debían expresar los motivos que indujeron al juez a dictar sentencia, sino, a su vez, las disposiciones normativas en que se basaron para emitir su fallo⁵⁷⁴–, reduciéndose así el amplio arbitrio judicial al que había llegado el ordenamiento castellano⁵⁷⁵.

Les Costums de Tortosa 7,2,4: *La sentencia que no tienen condenación o absolución, nada vale.*

[3] Si contiene un manifiesto error.

Les Costums de Tortosa 7,3,4: *La sentencia que es nula no debe ser llevada a ejecución, ni debe tener nombre de sentencia.*

⁵⁷¹ C. 7,4,81; FAV 98,2: *Iudex ad certam causam datus, si de aliis pronuntiavit, que ad causam non pertinent principaliter vel incidenter nichil egit*. Vid. GREGORIO LÓPEZ, glosa a *Partidas* 3,22,16; CANCER, I., *Variarum*, 3,16,21; LEÓN, F. H., *Decisiones*, II,198,4; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, I,32,19; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,1,36-38.

⁵⁷² Principio que fue prontamente recepcionado tanto por la canonística –c. 41. 2 C. 2 q. 6– como por la práctica procesal –TANCREDUS, *Ordo iudicarius*, 4,1,5–.

⁵⁷³ Posiblemente el precedente seguido por el Derecho castellano pudo hallarse en un texto de Ulpiano –D. 4,1,59: *In sententiis sufficet, si expresserit iudex summam in sententia, solvique iusserit, vel praestari, vel quo alio verbo hoc significaverit*– recepcionado, a su vez, por una decretal de Inocencio III –c. 15,X,2,1; c. 16,X,2,27: *Quum autem in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, id moris existat, quod omnia, quae iudicem movent, non exprimentur in sententiis proferendis, vobis taliter respondemus, quod, quum ex depositionibus testium praedictorum constiterit vobis, sententiam a iudice suo fuisse prolatam, propter auctoritatem iudicariam preasumi debet, omnia legitime processisse*. Principio que será acogido por la mayoría de la doctrina procesal: TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,5: *Si rationes vel allegationes partium, quae movent iudicem ad sententiandum, non ponantur in sententia, nihilominus valet sententia*; DURANDUS, G., *Speculum*, 2,2,5,13. Vid., O'CALLAGHAN, R., “Doctrina de las Decretales respecto a fundar las sentencias”. *RJC*, 9, (1903), p. 245; NAVARRO VALLS, R., Los fundamentos de la Sentencia Canónica”. *En Homenaje al doctor Pietro Castro*. Madrid, 1979, p. 564 ss; doctrina que se recoge, entre otras, en BENITO FRAILE, E. J. De, “Notas para el estudio” ob. cit., pp. 153-157; MURILLO VILLAR, A., “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”. En *CHD*, 2, 1995, pp. 11-46. Con todo, O'CALLAGHAN, R., “La doctrina de las decretales”, ob. cit., p. 246 afirma: “los mismos Papas razonaban todas sus sentencias, según es de ver en las Decretales; y en muchas de ellas hasta hacían primeramente un extracto o resumen del proceso, o del asunto que se discutía, exponiendo después los fundamentos de derecho”.

⁵⁷⁴ *Furs, capitols, provisions*, [...], 1564. Cap. 33; Cap. 46: *haya de posar son vot ab motius juridichs*. Criterio que será mantenido tanto por la doctrina catalana –CANCER, I., *Variarum*, 3,17,407; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis*, 7,3,10,49; *Decisiones sacri*, 287,18-19; 596,6– como por la valenciana –BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 41,33; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, I,5,107; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,22-53.

⁵⁷⁵ ALONSO ROMERO, M^a. P., *El proceso penal*, ob. cit., pp. 260-261.

Aquella sentencia es nula [...] si se expresa en la sentencia el error: como si se juzgase que generalmente el mayor de veinticinco años debe ser restituido en todas sus cosas, o que el menor de catorce puede hacer testamento, o que para probar todo hecho basta un solo testigo.

Otrosí es nula aquella sentencia que contiene error de cuenta: como por ejemplo si dice el juez ‘Como sea cierto que Guillermo está obligado a pagar a Juan diez sueldos de una parte, y veinte de otra, le condeno en sesenta’.

No obstante, en **Les Costums de Tortosa** se admite la sentencia por escrito del juez por el juez si en ella se contiene alguna omisión, la palabra del juez, sin que medie juramento alguno, valida la sentencia:

Les Costums de Tortosa 3,1,8: *Y si se hiciese por escrito y se omitiere algo en el proceso del pleito o en las sentencias, otro sí son creídos los jueces por plena su palabra y sin juramento.*

[4] Si es contraria al Derecho. Así, continuando con las directrices del proceso romano-canónico⁵⁷⁶, se fijaba como criterio más relevante de nulidad el de la sentencia dictada *contra scriptam consuetudinem*⁵⁷⁷. El desarrollo de este principio, que aparece contemplado en diversas disposiciones, establece que únicamente el error de derecho, por suponer un error sobre la existencia de una norma, comportaba, a juicio de la doctrina, la nulidad *ipso iure* de la sentencia; diferenciándose así del error de hecho, por cuanto que éste, al implicar un error sobre la interpretación o aplicabilidad de la norma, solamente conllevaba su anulabilidad⁵⁷⁸:

TANCREDUS: *Vitio sui ipsius sententia nulla est, cum data este sentetia et non in scriptis [...] Excipiuntur breves lites et maxime vilium personarum. [...] Item sententia episcopi lata inter clericos*

⁵⁷⁶ D. 49,8,1,2; D. 49,1,19; D. 42,1,32; C. 7,64,2; c. 41 C. 2 q. 6; TANCREDUS, *Ordo*, 4,2,4.

⁵⁷⁷ FAV 97,4.

⁵⁷⁸ BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 41,43-44; LEÓN, F. H., *Decisiones*, II,173, 89; CRESPI DE VALADURA, C., *Observationes*, II, 63,13-124; II,103,41; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III, 11,1,88-94. Con carácter genérico, CALAMANDREI, P., “La teoria dell’error in iudicando nel diritto italiano intermedio”. En *Studi sul processo civile*. Padova, 1930, V, I, pp. 156 ss.

suos sine scriptis valet. [...] Verumtameu, licet scriptum sit, quod sententiam sine scriptis lata non teneat, dicunt tamen quídam, quod illis iuribus derogatum est per contrariam consuetudinem, quam etiam Romana curia servat, quia tota die dat sententias et non in scriptis.

Item vitio sui ipsius sententia non valet, cum non valet, cum non continet absolutionem vel condemnationem vel aequipollens.

Vel si continet in se expressum errorem, non valet.

*Item si contra ius scriptum lata est, non valet*⁵⁷⁹.

Les Costums de Tortosa 7,3,4: *La sentencia que es nula no debe ser llevada a ejecución, ni debe tener nombre de sentencia.*

Aquella sentencia es nula que se da contra costumbre o usaje en este libro escritos o contra derecho, [...].

[5] Si se hubiera dado con anterioridad a la *litis contestatio* o sin la necesaria citación de las partes:

Les Costums de Tortosa 7,3,4: *La sentencia que es nula no debe ser llevada a ejecución, ni debe tener nombre de sentencia.*

Otrosí es nula si se da antes de comenzada la lite, o contra alguno que no haya sido legalmente citado, o contra lo juzgado y sentenciado en otra sentencia de la que nadie se apeló, o pasada en autoridad de cosa juzgada.

[6] Si hubiera discordancia entre las distintas sentencias pronunciadas por los distintos jueces, salvo que estos fueran impar, en cuyo caso decidía el criterio de la mayoría:

Les Costums de Tortosa.7,4,4: *Si los jueces son dos, tres o más, y cada uno de ellos da sentencia distinta son nulas todas ellas. Pero si los jueces son dos, y el uno de ellos sentencia con el*

⁵⁷⁹ TANCREDUS, *Ordo*, 4,2,4.

Veguer, y el otro otrosí, pero no con éste, valdrá la por el Veguer consentida siempre que el número de jueces sea par.

Pero si los jueces son tres o de número impar, vale la sentencia que profieran los demás, y no le hace ni importa que no la consienta el Veguer. Es decir, que si son tres los jueces, y dos de ellos concuerdan entre sí y el tercero con el Veguer, valdrá únicamente la que los dos jueces pronuncien; y la del tercero, aunque la consienta el Veguer, nada vale.

[4] *Ex causa exterioribus*

En virtud de los defectos o vicios exteriores, Tancredo señala como causas que anulan la sentencia, las siguientes:

[1] No hallándose sentado.

[2] Cuando no lee la sentencia, o es leída por otro, pero no por el juez. Se excepciona si no sabe leer o no tiene vista, otro la puede leer por él, salvo las palabras absuelto o condeno:

Les Costums de Tortosa 3,1,2: *Las sentencias interlocutorias y definitivas, presentes las dos partes, se deben pronunciar [...] ⁵⁸⁰.*

No obstante, en la doctrina moderna se reconoce que, en la práctica forense, por lo general, son los escribanos y notarios los que, una vez firmada, llevan a cabo su lectura⁵⁸¹ y posterior publicación⁵⁸².

[3] Si altera el orden procesal prescrito. Así, la solemnidad del *ordo iudiciarius* determinaba que se pudiera afirmar: *Sententia lata contra formam fori, nulla ita est, ut*

⁵⁸⁰ Fori Antiqui Valentie 95,2.

⁵⁸¹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,52-57: *non est necessaria pronuntiatio ipsius Judicis, cum sufficiat, quod per scribam Curiae recitetur publice, parte instante, & Judice, mandante [...] sententiam per actuarium, sive scribam Curiae de mandato Judicis valere, ac si per eundem Judicem recitata fuisset.*

⁵⁸² LEÓN, F. H., *Decisiones*, II,134,6; II, 212,1; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,9,2,24; II,8,9,30-34: *Quando autem impertinentes allegationes vel instrumentorum productiones, vel capitula proposita apparent, tunc Judex admittere nova jura solet sine prejudicio publicationis sententiae.*

*non egeat revocatione*⁵⁸³; circunscribiéndose fundamentalmente al trámite de la *litis contestatio* y de la citación de las partes⁵⁸⁴, a los medios de prueba⁵⁸⁵, y al lugar, día y plazo en que debía ser dada⁵⁸⁶, lo que no impidió que se pudiera dar la resolución del litigio de forma abreviada, *sine omni figura iudicii, solum atenta veritate negotii*⁵⁸⁷.

La necesidad de preservar el *ordo iudiciarius*, no pudo, con todo, evitar que algunas sentencias se pudieran declarar nulas cuando la omisión del legítimo orden judicial trascendiera del plano meramente formal o procedimental, o, como afirmara León, “*quando talis nullitatis procedit ex defectu solemnitatis substantialis*”⁵⁸⁸.

[4] Si sentencia sobre una causa ya juzgada. Criterio que en Les Costums de Tortosa se extiende a la sentencia dictada antes de darse la *Litis contestatio*, cuando no se hubiere citado legalmente a alguna de las partes, o contra lo juzgado y no apelado:

Les Costums de Tortosa 7,3,4: *La sentencia que es nula no debe ser llevada a ejecución, ni debe tener nombre de sentencia.*

Aquella sentencia es nula [...] si se da antes de comenzada la lite, o contra alguno que no haya sido legalmente citado, o contra lo juzgado y sentenciado en otra sentencia de la que nadie se apeló, o pasada en autoridad de cosa juzgada.

⁵⁸³ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,80.

⁵⁸⁴ MORLÁ, P. A., *Emporium utriusque iuris quaestionum in usu forensi admodum frequentium* [...] Valentiae, 1599, rub. *De iudiciis*, fo. 183: *Quilibet actus iudiciarius factus sine citatione est ipso iure nullus*; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, I,2,2 y 7; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,49-50; III,11,1,8-11.

⁵⁸⁵ En este sentido, fue explícito Gregorio López en su glosa a *Partidas* 3,22,15: *probatur hic quod non tenet sententia lata sine mediis probationum vel assignatione termini ad probandum*.

⁵⁸⁶ Se sigue el principio establecido en C. 3,1,13,1; Nov. 49 por el cual toda sentencia dictada fuera del plazo establecido es nula. Máxima que será seguida por la práctica forense, PILLIUS, *Summa*, 3,3; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III, 8,9,47. Frente a este criterio, el Derecho canónico no imponía plazo alguno: c. 20,X,2,1: *Lapsus trienni non obstante potest delegatus in causa sibi commisa procedere*.

⁵⁸⁷ Principio que hallamos en la doctrina catalana –CANCER, I., *Variarum*, 3,17,562-564; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis*, I,4,18– y valenciana –BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 35, num. 33; LEÓN, F. H., *Decisiones* II, 189,4-5; CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, I,116,151–.

⁵⁸⁸ LEÓN, F. H., *Decisiones*, II,173, *Responsum iuris*, 189; II, 189,1-7; III,17,7. En este sentido, CRESPI DE VALDAURA, C., *Observationes*, II, 117,111-113 transcribe una sentencia dictada por Alreus, en 1619, la cual *fuit revocata, sive nulla declarata*, por cuanto *Quoniam omissio dicti articuli non est ex his, quae solum respiciunt ritum, & solemnitatem, sed potius jus civitatis, quod omnino consistit in examine, & liquidatione dictorum computorum: quo in casu omissio dicti articuli in vim juris reddit nullam dictam sententiam*.

[5] Si la dicta en virtud de un precio o compensación económica. Así, dentro de los denominados vicios *in procedendo*, siguiendo una glosa de Búlgaro⁵⁸⁹, la doctrina establece que toda sentencia venal, ya fuese por dinero, servicio, pacto o promesa, debía ser declarada nula; nulidad que, con carácter general, se establecía *ipso iure*⁵⁹⁰, si bien el tenor es menos taxativo en **Les Costums de Tortosa**:

Les Costums de Tortosa 7,2,6: *Todas las sentencias, así interlocutorias como definitivas, y todas las determinaciones de los pleitos débense pronunciar y las ejecuciones hacerse sin coste y gastos de las partes; de forma que nada debe darse ni prometerse al Veguer, ni a los jueces, ni a otros por ellos. Y si les dan algo y los reciben ellos o hacen recibir, hacen lo que no deben y se les puede reprender. Y si les han prometido algo, no pueden forzar ni compeler al que lo prometió, ni les asiste acción ni demanda contra él para obligarle a que lo cumpla.*

Costums de Tortosa 7,7,5: *Las sentencias que se den por dinero, esto es, corrompiendo a los Jueces con dinero dado o prometido, son nulas; y aquellos contra quienes se hubieran dado, no están tenidos a apelarse si pueden probar la corrupción.*

[6] Si la dicta en tiempo festivo o de noche.

[7] Si la dicta en lugar deshonesto, como puede ser un lupanar o un bar:

Les Costums de Tortosa 7,2,7: *Todas las sentencias definitivas e interlocutorias débense dar y pronunciar en la Curia y en día de Curia; porque si así no se pronuncian nada valen, a no ser que se hiciese con voluntad o mediante consentimiento de las partes. Excepción hecha de las sentencias interlocutorias de que alguno*

⁵⁸⁹ PADOA SCHIOPA, A, *Richerche sull'appello nel diritto intermedio*. Milano, 1967. II, p. 35. Recoge, a su vez, la cita, AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid, 1982, p. 70, a quien seguimos en este punto.

⁵⁹⁰ FAV 96,1. Con relación a *Partidas* 3,22,13, AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, *ob. cit.*, p. 70.

se hubiese apelado, las cuales pueden darse y pronunciarse fuera de la Curia, y son válidas y firmes sin contraste.

DURANDUS: *In loco honesto*⁵⁹¹.

[8] Si se reúne en un lugar para dictarla, y la dicta en otro distinto.

His modis omnibus iudicatur sententia nulla.

TANCREDUS: *Ex causis exterioribus, sine aliis circumstantiis sententia nulla iudicatur, cum iudex tulit sententiam et non sedendo; iudicis enim est sedere, cum res, quae agitur, plenam cognitionem desiderat, [...] vel etiam si iudex eam in scriptis dedit, sed ipsam sententiam non legit, vel si per alium legit et non per se. [...] Quid, si iudex sit illiteratus omnino et nesciat legere, vel non videt; nam caecus iudicare potest; quid fiet? Respondeo, vel deleget causam diffiniendam alteri, vel faciat petitionem et allegationes partium per alium recitari, et per se ipsum, ab alio instructus, proferat verba diffinitionis causae, scilicet ‘condemno’, vel ‘absolvo’. Hoc saepe vidi fieri in civitate Bononiensi a peritissimis legum doctoribus, et in curia Romana a domino Innocentio papa tertio felices recordationis, cum prolixas ferebat sententias. [...] Item sententia nulla est, si ordo iudiciarius praetermissus est, [...] vel quia data est non facta citatione. [...] Item ratione alterius sententiae, super eadem re prius latae et non suspensae per appellationem, fit sententia nulla; [...].*

item ratione venalitatis, si pretio lata est.

Item ratione temporis feriati, si feriatis diebus lata sit, [...] item ratione temporis non congruentis iudicio, quoniam, si feriatur de nocte, non valet.

⁵⁹¹ PILLIUS, *Summa*, 3,16; DURANDUS, *Speculum*, 2,3,8,6; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, II,8,9,36-47.

item si feratur sententia in loco inhonesto, puta lupanari vel popina, non valet, [...] item si constitutus est locus ad dandam sententiam, et feratur in alio non constituto, non valet.

His modis ómnibus iudicatur sententia nulla, et quibusdam aliis, in superiori próximo titulo comprehensis, quos lector dicretus de facili poterit comprehendere⁵⁹².

⁵⁹² TANCREDUS, *Ordo*, 4,2,5.

2. El valor de la cosa juzgada

CARNELUTTI: “[...] ma quando si tratta di estirpare la mala pianta del/a frode processuale tutti i mezzi sono buoni”⁵⁹³.

[1] *Res iudicata pro veritate habetur*

La cosa juzgada se tiene por verdad. Este principio general, vigente en nuestro derecho español, procede de una *regula iuris* del Derecho romano. Su origen se encuentra en el jurista Ulpianus –*libro primo ad legem Iuliam et Papiam*–, estando recogida en el Digesto de Justiniano 1,5,25:

D. 1,5,25: *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur.*

De su contenido, la doctrina ha deducido dos esferas de protección:

[a] Cuando una sentencia no puede ser atacable, goza de fuerza de **cosa juzgada formal**, porque formalmente no resulta ya discutible (preclusión de los medios de impugnación; cierre de la relación jurídico-procesal).

[b] Cuando no es atacable ni indirectamente, esto es, cuando no cabe abrir un nuevo proceso sobre la misma cuestión, entonces goza de fuerza de **cosa juzgada material**, porque lo que se impide es la discusión de una cuestión ya dirimida.

En consecuencia, cosa juzgada formal y cosa juzgada material son las dos especies básicas del instituto general de la cosa juzgada, que denotan la firmeza y autoridad de la cosa juzgada, respectivamente.

No obstante lo expuesto, esta verdad procesal no nos debe llevar a sostener que no se deba tener en cuenta la posibilidad de una sentencia injusta, lo que siempre posible en

⁵⁹³ CARNELUTTI, F., “Contro il processo fraudolento”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, Parte segunda, pp. 14-25.

un proceso en el que la resolución depende de la valoración de los hechos y pruebas presentadas. Con todo, reconocer la eficacia de la cosa juzgada es decir que la sentencia dictada en juicio no significa otra cosa que esta debe prevalecer sobre cualquiera otra disposición del legislador. En este sentido, los viejos adagios sobre la omnipotencia del juez *res iudicata facit de albo nigrum* y *aequat quadrata rotundis* vienen a expresar, de forma sintética, pero muy clara, una cierta superioridad del juez sobre el legislador. Es lógico que así sea porque, dada la naturaleza de la cosa juzgada, así como las exigencias de la justicia y de la certeza, la firmeza y autoridad de la sentencia son efectos absolutamente necesarios para el desarrollo de la vida jurídica, lo que lleva a sostener que la misma justicia de la sentencia no se debe sacrificar salvo que se den claros efectos de nulidad, ya sea por error o vicio manifiesto.

Esta concepción la podemos hallar en el Decreto de Graciano. En **C. 35, q. 9, c. 11** marca la pauta de su construcción doctrinal al establecer, en términos precisos, la inmutabilidad del *rationabiliter decisum*, al reconocer que la sentencia no apelada en los plazos legales *irrevocabile robur obtinebit*.

[2] Les Costums de Tortosa

Este criterio que es asumido por **Les Costums de Tortosa**, donde se reconoce la firmeza de una sentencia si esta, en el plazo de diez días, no se ha impugnado o apelado, plazo que se cuenta desde que se dio la sentencia:

Costums de Tortosa 7,3,1: *Dada la sentencia definitiva, si no se apela uno de ella diez días después que la sentencia se dio, débese llevar a ejecución sin contraste. En los cuales diez días se cuenta aquél en que la sentencia se profiere.*

Costums de Tortosa 7,3,5: *Es pasada una sentencia en autoridad de cosa juzgada cuando después de darse pasan diez días sin que se interponga de ella apelación; o si dentro de este término la confirmaren expresamente las partes, o si interpuesta apelación la retirase el que la interpuso.*

La lógica procesal, así como el Ordenamiento tortosí, enseña que las consecuencias que produce la cosa juzgada son:

[a] La sentencia no puede ser modificada. En virtud de este criterio, cabe afirmar que la sentencia que ha alcanzado el efecto de cosa juzgada resulta ya inatacable procesalmente, al menos con los medios ordinarios de impugnación. Pero siempre es posible atacar la presunción de veracidad y justicia en que se fundamenta la cosa juzgada y a dicho fin se dirige el instituto jurídico de la *restitutio in integrum*, íntimamente relacionado con la cosa juzgada.

[b] El vencedor en el proceso queda dotado de la *actio iudicati*. A su vez, la *actio iudicati* permite, a quien demostró su derecho en el juicio, la posibilidad de exigir la ejecución forzosa de lo decidido judicialmente como consecuencia de la definitiva consagración de su pretensión, consecuencia lógica del reconocimiento judicial de su derecho.

[c] La parte vencedora en el litigio también posee la *exceptio rei iudicatae*. En virtud de esta *exceptio*, el que ha obtenido el reconocimiento judicial de su derecho goza de la posibilidad de oponerse a todo intento de la parte contraria de introducir de nuevo la controversia ya definida. Como toda excepción, es perpetua y, por tanto, defiende siempre a quien es llamado a comparecer en juicio, en relación con la pretensión ya substanciada judicialmente, por lo tanto, se trata de una excepción perentoria de pleito acabado, por lo que, por su propia naturaleza, hace perecer la acción contra la que se invoca.

Esta *exceptio*, con relación al valor de cosa juzgada, sigue la máxima romana *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*⁵⁹⁴, lo que conlleva que toda sentencia su pronunciamiento validez únicamente sobre ellas y no respecto de otras⁵⁹⁵. Una vez fijado el derecho válido y determinante para las partes –*ius fecit inter partes*–, el efecto excluyente de toda sentencia surgía preclusivamente a través de la *exceptio rei iudicatae*, excepción que podía interponer el demandado, si el

⁵⁹⁴ D. 42,1,63: *Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare* [...]. Principio que será con posterioridad recepcionado por la canonística: c. 17 y 25,X,2,27.

⁵⁹⁵ En aplicación a este criterio, LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,93,15 llega a sostener: *Sententia lata super legitimate contra possessorem unius partis haereditatis, non nocet possessori alterius partis*.

demandante reprodujera la misma acción, por cuanto se reitera el viejo aforismo *ne bis in idem*.

Volviendo al texto de **Les Costums de Tortosa**, comprobamos cómo se cumple la vieja regla que afirma que una vez admitida la validez de la sentencia, ya fuera porque se hubiera dejado transcurrir el plazo de los 10 días exigido por el ordenamiento foral para su recurso, o ya porque hubiera sido ratificada por el consentimiento de las partes o por el Tribunal competente⁵⁹⁶, el fallo adquiriría plena validez jurídica, al haber adquirido, en contraposición al Derecho alto-medieval⁵⁹⁷, el valor de cosa juzgada o fuerza de ley *–pro veritate habetur–*.

En este sentido, tanto el ordenamiento foral como la doctrina y la práctica forense, siguiendo los principios marcados por el Derecho canónico, son explícitos al afirmar que los efectos derivados de la sentencia surgen únicamente cuando se produce el tránsito de la cosa juzgada⁵⁹⁸, esto es, no desde el momento en que el juez la adopta, sino una vez pasado el plazo preceptivo de los 10 días para la impugnación.

AZO: *Superest ut videamus quando dicatur res iudicata et quanta sit eius auctoritas. Est autem res iudicata quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit quod vel condemnatione vel absolute contigit*⁵⁹⁹.

TANCREDUS: *Effectus sententiae sive rei iudicatae maximus est, quoniam ius facit inter eos, inter quos lata est, ex quo transit in rem iudicatam, etiamsi lata sit contra ius litigatoris*⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,1,20: [...] *quando sententia ob omissam appellationem, propter desertionem, vel ex consensus partium ei acquiescentium transitum fecit in iudicatum.*

⁵⁹⁷ PERTILE, A., *Storia del Diritto*, ob. cit., VI, parte II, p. 237.

⁵⁹⁸ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III, 11,1,79-80: *sententia effectus operantur quando facit transitum in rem iudicatam.*

⁵⁹⁹ AZO, *Summa Codicis, rubrica De re iudicata*, 7, 52. Cita que puede verse en ABELLÁN, M., “Sententia” y “res iudicata”. Conceptos romanos y evolución posterior”. En *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*. I. 1988, p. 5

⁶⁰⁰ TANCREDUS, *Ordo*, 4,1,6; PILLIUS, *Summa*, 3,16; GRATIA, *Summa*, 3,3. Sobre su origen y evolución, MUSSELLI, L., *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del Diritto canonico. (Dalla origini al XVII° secolo)*. Padova, 1972, pp. 33 ss.

Así mismo, una vez admitida la vigencia del principio *ne bis in idem*, la doctrina entendió que una aplicación extensiva de esta máxima podría conllevar una cierta inseguridad jurídica, por cuanto para que se produjera este efecto excluyente se debía circunscribir la cosa juzgada a la identidad subjetiva de la persona y a la identidad objetiva del hecho o de la cuestión jurídica –*eadem idem ius: eadem causa petendi: et eadem conditio personarum*⁶⁰¹–. En este sentido, el ordenamiento foral, haciéndose eco de la tradición romanística, sostuvo la no admisión de la excepción de cosa juzgada cuando, con idéntica alegación, la reclamación viniera dada por las mismas personas, aunque por distinta razón. Distinto es, como señala el código tortosí, que la reclamación proceda por otra causa o cuantía:

Les Costums de Tortosa 7,3,6: *Si reclama uno alguna cosa que dice le pertenece por una razón cierta y expresada, cuya verdad o certeza no logra justificar después, y por ello, mediante sentencia, se absuelve al demandado, y pide más adelante aquella cosa misma por otra razón; debe ser oído sin que se le pueda contrastar con la excepción de la sentencia en la anterior demanda recaída; porque insta o reclama mediante nueva acción y no por la primera.*

Les Costums de Tortosa 7,3,7: *Cuando reclama uno alguna cosa diciendo que le pertenece, y por no poder probarlo se absolviese al demandado; y después de dada sentencia gana la señoría de ella el demandante del que fuese su verdadero poseedor, no puede proponerle el demandado excepción de cosa juzgada.*

Entonces puede proponerse excepción de cosa juzgada cuando la demanda es entre las mismas personas, sobre la cosa misma y por idéntica acción. De donde, si faltare una de estas tres cosas, no habría lugar a la antedicha excepción.

⁶⁰¹ LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,78,3: *Et ut obstet res iudicata, requiritur ut fint eadem personae, eadem res, idem ius et eadem causa petendi*, [...]; III,1,81 y 87: *Et sic est diversa causa, si diversum ius, quod tunc deducebatur in iudicio: et per consequens illa sententia non parit exceptionem rei iudicatae in occurrenti casu* [...].

Les Costums de Tortosa 7,3,8: *Si alguno reclama cien sueldos por razón de depósito, y porque no puede probarlo se absuelve al adversante; si reclama después al mismo convenido cien sueldos por préstamo o por otra razón, no le contrasta la excepción de cosa juzgada, porque no ejercita él aquella acción sobre que recayó sentencia, sino otra nueva y distinta.*

Así, **Les Costums de Tortosa** reconocen el derecho que poseen las partes a usar de cuantas excepciones consideren oportunas, porque con ellas se reconoce el derecho a discrepar de las peticiones realizadas por la otra parte:

Les Costums de Tortosa 7,3,9: *No puede vedarse a nadie que proponga o use muchas excepciones, aunque sean diversas y puestas sobre una sola demanda.*

Les Costums de Tortosa 7,3,10: *El que propone excepción no parece que otorgue la intención del adversante.*

3. La ejecución de la sentencia

CANCER: [...] *iudici primo si non fuisset appellatum, executio competebat, ergo declarata appellatione nulla, aut iniusta, aequum est, ut tanquam cessante impedimento, executio revertatur ad ipsum*⁶⁰².

Como señala Obarrio, “La trascendencia jurídica de esta fase del proceso, unida a la inseguridad jurídica que las numerosas lagunas legales habían originado, motivó una extensa elaboración por parte de la doctrina y de la práctica forense, construida sobre la amplia obra que el *ius commune* había creado en torno al proceso.

En este sentido, y con la finalidad de no dar un excesivo margen al arbitrio judicial, la doctrina y el estilo judicial, aún con titubeos, consiguieron dar homogeneidad a los conceptos, principios y esquemas que el proceso romano-canónico había aportado, propiciando tanto la extensión de los escasos preceptos legales, como la adecuación de los mismos a la realidad jurídica”⁶⁰³.

A tenor de los textos y de la doctrina, la ejecución de la sentencia se convertía no sólo en el último acto judicial, sino que a través de la misma la resolución judicial alcanzaba plena validez, al permitir, a través de nuevos medios procesales, que ésta no se desvaneciera –*imo sententia evanescit si executioni non deducatur*⁶⁰⁴–, de ahí que para Tancredo, no era suficiente con la sentencia, esta necesitaba de su plasmación fáctica, esto es, con su ejecución:

TANCREDO: *Quoniam non sufficit sententiam ferri, nisi mandata fuerit exsecutioni*⁶⁰⁵.

⁶⁰² CANCER, I., *Variarum*, III,17,368-369: [...] *iudici primo si non fuisset appellatum, executio competebat, ergo declarata appellatione nulla, aut iniusta, aequum est, ut tanquam cessante impedimento, executio revertatur ad ipsum*.

⁶⁰³ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 211 y ss.

⁶⁰⁴ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,1,1: [...] *ultimus actus iudiciarius expeditus coram Iudice aditio, sive in plenario, sive in sumario; quo mediante creditor, aut Dominus, id quod ipsi debetur consequitur, vel rem recuperat*; 12,1,17.

⁶⁰⁵ TANCREDUS, *Ordo*, 4,4.

Este criterio fue asumido por el autor de **Les Costums de Tortosa**, así como de Los **Furs**, los cuales, siguiendo los principios fijados por el *ius commune*⁶⁰⁶, establecieron que si el condenado no acataba la decisión judicial, el actor debía solicitar del juez competente medidas coercitivas encaminadas a su cumplimiento⁶⁰⁷, por cuanto, como afirmara Cáncer: *non est tribuenda executio sine exhibitione actorum*⁶⁰⁸.

Admitido el criterio general, varias cuestiones fueron planteadas por la doctrina, a saber:

[a] [Quod tempus] Tiempo de solicitud.

Se planteó en el seno de la doctrina forales, si era o no perpetuo el derecho a solicitar la ejecución de la sentencia: *Circa quae frequenter dubitari solet an jus exequendi perpetuum sit, an vero praescriptione, seu temporis cursu perimi possit*, llegando a la conclusión de que cabía un plazo de 30 años, *a die pronunciationis*⁶⁰⁹.

La sistemática aportada por Tancredo es muy diferente. En su tratado procesal nos informa del tiempo que debía pasar para la ejecución de la sentencia definitiva, según fuese la naturaleza de la acción: un plazo de cuatro meses cuando se hubiera interpuesto una acción personal, y no antes; diez días cuando fuese real o criminal; en el supuesto de venta de los bienes, siguiendo a Azón, cuatro meses, que, con el tiempo se redujo a dos. Si la sentencia era interlocutoria, pasado un año, y dos si era por toma y venta de bienes en prenda:

TANCREDO: *Exsecutio sententiae fieri debet in personalibus actionibus regulariter post quatuor meses [...].*

In reali vero actione, si non est appellatum a sententia, nec restitutio postulata, si res illa praesens est, statim post decem dies

⁶⁰⁶ TANCREDO, *Ordo iudiciarius*, 4,4,2; DURANDUS, G., *Speculum*, 4,2,1; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,1,7: *Describi igitur executio potest in hunc modum [...] Quae definitio, sive descriptio deducitur ex tex. in l. a Divo Pio. 15 [...].*

⁶⁰⁷ Fori Antiqui Valentiae, 97,3-4; 126,7.

⁶⁰⁸ CANCER, I., *Variarum*, II,19,61.

⁶⁰⁹ En este sentido, LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,61,2; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,1,58. Fori Antiqui Valentiae 94,1.

mandanda est sententia executioni, quoniam tunc transit sententia in rem iudicatam [...].

Si vero super criminibus lata, quae non est per appellationem vel integrum restitutionem suspense, statim post decendum mandar debet executioni [...].

Quaeret aliquis, quando fieri debeat venditio prorum pignori captarum. Dicit dominus Azo, quod post quatuor menses, sicut olim fiebat post duos, et hoc, cum capiuntur ex diffinitiva sententia [...]; si vero ex interlocutoria, expectandum est forte per annum [...]; per biennium autem in pignore conventionali, [...], intra quod vendantur pignora capta vel dentur victori in solutum, sicut recurritur ad eius abritrium in his, quae non sunt diffinitiva per legem.

[b] [A quibus] Juez competente.

Una nueva duda surgía en torno a qué juez debía proceder a la ejecución de la sentencia: si el mismo que la había dictado o, como llegó a entenderse por un sector de la doctrina, por otro diferente, como sostendría Carlevalio: *exequendi jus, non semper competit ei cui competit jus cognoscendi, atque pronuntiandi*⁶¹⁰.

A este respecto Tancredo sostiene que el juez competente, o en su defecto, su delegado –por entenderse que a aquél a quien se concede jurisdicción se le otorga, a su vez, toda la potestad, porque sin ésta *iurisdiccio explicari non potest*⁶¹¹ –, o el árbitro en su laudo arbitral⁶¹². Un supuesto distinto es cuando el juez eclesiástico no puede ejecutar la sentencia dada por él, en este supuesto lo haría el juez secular. Asimismo, si la

⁶¹⁰ CARLEVALIO, T., *Disputationum juris*, II,17,1: *Non semper idem Iudex qui sententiam potulit, eam mandat executioni, sed interdum per alium*; FONTANELLA, J. P., *Decisiones*, Decis. 309, 18: [...] *multos casus adducit in iure decisos, in quibus unus habet jus cognoscendi, et condemnandi, alius jus exequendi*”; CANCER, I., *Variarum*, II,15,1.

⁶¹¹ FAV 37,13. Véase, asimismo, FAV 3,6; FURS 1,3,54; FAV 33,18; 98,2. Principio que MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,1,17, reconoce que se toma del ordenamiento romano, en concreto de D. 42,1,15 pr. y de C. 1,29,7.

⁶¹² Lo vemos en Furs 3,4,14: *Et donada la sentència confirmatòria de la condemnaçió e aquella passada en cosa jutgada, encontinent la execució e venda sia realment feta, acabada per la cort o lo jutge qui aura feta la condemnaçió de pena de quart*; Fori Antiqui Valentiae 97,5: *Curia mandet executioni testamenta et sententias*; 126,28: *Ab ordinario et delegato a nobis executioni mandatur sententia propria quam tulerint*.

sentencia la pronunciara el juez delegado del príncipe, la ejecución la puede llevara a cabo él mismo o el juez ordinario del lugar:

TANCREDO: *Illa sententia, quae a competenti iudice lata est, ordine iudiciario servato, quae ipso iure tenet et valet, nec per appellationis vel in integrum restitutionis beneficium est suspensa, exsecutioni debet mandari [...].*

Fit autem executio sententiae a iudicibus ordinariis, sive ipsi iudicaverint, sive delegati ab eis, sive etiam arbitri compromissarii, si sententia arbitri confirmata sit expressa partium voluntate vel tacito decem dierum consensus, cum arbitrum non fuerit aliqua poena vallatum [...].

Et ille ordinarius debet sententiam exsecutioni mandare, in cuius iurisdictione est res petita vel alia bona condemnatio [...].

Et ille ordinarius debet sententiam suam exsequi non potest, iudex saecularis eam exequi tenetur [...].

*Si vero iudex delegatus a principe, hoc est a dominio papa vel imperatore, sententiam tulit, potest ipsam exsequi per se et per ordinarium iudicem, sicut magis videret expedire [...]*⁶¹³.

[c] *[et in quibus rebus]* Procedimiento

La doctrina y los tratadistas de Derecho procesal admitían que una vez que la sentencia alcanzaba el valor de cosa juzgada, su beneficiario, pasados los diez días de la condena⁶¹⁴, debía solicitar la *reclamatio*⁶¹⁵, esto es, la petición de su ejecución.

Interpuesta la *reclamatio*, el juez ordenaba la citación del reo *personaliter, vel in domo proprie*, o, en su ausencia, se le comunicaba a los familiares o vecinos la necesidad de que compareciese ante la *Curia*, por cuanto la ausencia de esta garantía procesal

⁶¹³ TANCREDO, *Ordo iudiciarius*, 4,4,2.

⁶¹⁴ DURANDUS, G., *Speculum*, 2,3,4,1; TANCREDO, *Ordo iudiciarius*, 4,4,4.

⁶¹⁵ BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 41, n. 15; LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,7,5; MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,2,5-9; CANCER, I., *Variarum*, II,13,3; 14,17: *In Cathalonia tamen debet fieri reconventio intra octo dies, ex quo actor petitionem suma obtulit.*

provocaba la nulidad de lo actuado: *anulando executionem, et revocando sententiam Regiae Audientiae, ex defectu hujus citationis*⁶¹⁶.

Recibida la oportuna citación, el ordenamiento foral concede al reo un plazo de diez días, para que interponga cuantas excepciones estime oportunas. Presentadas las alegaciones, el juez debía proceder de oficio a examinar si éstas se ajustaban a Derecho⁶¹⁷. Oídas las declaraciones, si el juez admite como ciertas las alegaciones realizadas por el reo, determina la suspensión de la ejecución de, por cuanto, como señala Sessé⁶¹⁸, su no suspensión provocaría un daño irreparable. Si, por el contrario, el juez rechazaba las alegaciones aportadas por el demandado, se procedía a la ejecución de la sentencia.

Con todo, para que este mandato ejecutivo tuviera validez jurídica, se le debía comunicar a las partes, y una vez notificadas, se tenía que esperar diez días, tiempo que el ordenamiento concede para la interposición del recurso de nulidad, pasado este, si la parte perjudicada no se hubiera valido del mismo, *mandatum executum valere et tenere*⁶¹⁹.

Una vez que la sentencia posee fuerza ejecutiva, nace la llamada *executio facti*, o cumplimiento efectivo de la solicitud del magistrado de proceder a la ejecución, convirtiéndose así en el *ultimum actum iudicii*.

El condenado, una vez tiene conocimiento de la sentencia a través de la notificación que de la misma ha recibido, posee diez días para interponer recurso de nulidad, o para llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia o de lo estipulado en el instrumento guarentigio⁶²⁰. Durante este tiempo, la *Curia* le emplaza, por tres veces, al cumplimiento del mandamiento judicial. De no hacerlo se le informa que se procederá a

⁶¹⁶ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,2,20-21: *ex eo non potest suppleri defectus citationis, necessario fiendae in persona, vel domo rei executive conventi, justa foros & communem praxim dicti Regni*.

⁶¹⁷ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,22 reconoce que no siempre se llevaba a cabo: *quas Judex ex officio examinare tenetur [...] de cujus observantia non semper curatur in Regia Audientia*.

⁶¹⁸ SESSÈ, J. DE, *Inhibitionum et Magistratus Iustitiae Aragonum Tractatus*, Barcinonae, 1607, I,2,100-1001: *ex eo quia quando damnum est irreparabile debet suspendi executio*.

⁶¹⁹ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,2,72-74.

⁶²⁰ CARLEVALIO, I, *Diputationum juris*, II,3,1,27: *Instrumentum guarentigium executioni mandatur eodem modo, & forma, quibus sententia in iudicatum transacta*.

la ejecución de su patrimonio⁶²¹. Con todo, si pasan los diez días, y el demandado no interponía las razones que el Derecho le atribuye, o, habiéndolas interpuesto, son rechazadas, se procedía a la ejecución, lo que permitía al demandante solicitar a la *Cort* su comparecencia en la casa del demandado para anotar los bienes que tuviere. La *Cort*, ante esta iniciativa, enviaba a un escriba para que procediera a anotar cuantos bienes muebles hubiese en la casa, entregando esta relación a un oficial de la *Cort* y a un notario⁶²², así como para notificarle la ejecución al demandado. Notificada esta, los oficiales proceden a llevarla a cabo, ya sea mediante la sustracción de bienes por la cantidad y gastos debidos, ya a través de la entrega de los mismos a un comodatario, o, en su defecto, a través de la venta de los mismos a un tercero.

La regulación llevada a cabo por el legislador en **Les Costums de Tortosa** es muy concisa. Con carácter general se informa que el actor insta provisión para que el ejecutado, en el plazo de diez días⁶²³, proceda a retirar sus bienes, previo pago de las cantidades adeudadas. Si pasado este tiempo el ejecutado no acude, se procede, previa citación del deudor⁶²⁴, a la subasta pública de los mismos.

Pudiera suceder que una vez llevada a cabo la subasta, el precio obtenido en la misma no satisficiera ni la deuda ni los gastos ocasionados, lo que propiciaba que se volviera a casa del ejecutado por parte de la *Cort*, repitiéndose el mismo procedimiento hasta que se satisficiera el contenido de la deuda.

Frente al embargo y posterior venta pública de bienes muebles, práctica y doctrina contemplan la posibilidad de que una vez haya solicitado el actor la presencia de la *Curia* en la casa del deudor, ésta no halle ningún bien mueble, ni el ejecutado presente ningún garante, lo que originaría, a juicio de Matheu, dos efectos: la posible ejecución de la persona del deudor, o la de su patrimonio inmobiliario⁶²⁵.

⁶²¹ Para el desarrollo de este punto, seguimos fundamentalmente lo dispuesto en MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,3.

⁶²² MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,3,4; Crespí de Valldaura, C., *Observaciones*, I,13 y 14.

⁶²³ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,3,11. El plazo de los diez días lo hallamos en Costums de Lleida, I,10: *teneat pignus is qui tenet decem diebus*; *Les Costum de Tortosa*, 3,4,4 y a la *Carta de Población de Mallorca*, Cap. 26.

⁶²⁴ LEÓN, F. H., *Decisiones*, II, *Responsum iuris*, 73-74 señala: *Quod si deficit aliquid ex substantialibus, non valet venditionis decretum: et hoc casu, executio est ipso iure nulla*.

⁶²⁵ Criterio que se toma del Derecho romano –D. 42,1,15,2: *In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles, [...]*– y de su recepción del mismo por la canonística –c. 2 C.

Con relación a la ejecución de la persona del deudor, siguiendo la línea marcada por el Derecho justinianeo⁶²⁶, está sujeta a limitaciones. Así, no sólo se prohíben las aflicciones corporales, sino que subsiste la posibilidad de que el deudor se sustraiga de la ejecución personal mediante la *cessio bonorum*⁶²⁷, lo que la infiere a la misma un carácter de subsidiaridad: *in subsidium bonorum et in casibus specialibus*⁶²⁸.

Frente a esta posibilidad, la práctica judicial se dirige generalmente contra el patrimonio del demandado. En concreto, se afirma que si la *Cort* no encuentra bienes muebles se debe recurrir a la ejecución de los inmuebles o a los créditos que tuviere el deudor. Si en el plazo mencionado el deudor no lo hiciese, ni ofertase dinero, se proveía a la venta en pública subasta⁶²⁹. Para evitar el menor daño posible al ejecutado, la misma se revestía con las mayores garantías procesales posibles:

Les Costums de Tortosa 7,3,2: *Si dada la sentencia definitiva no renovan las partes, mediante contrato, la cosa juzgada, pasados los diez días débese pignorar al condenado (si no se dio en dinero o en cosas muebles que haya hecho éste desaparecer y no puedan hallarlas el Veguer ni la Parte), y con prendas bastantes para que de su precio pueda satisfacer al actor. Y estas prendas incontinenti deben venderse y enajenarse, y todo su precio entregarse al actor hasta que sea satisfecho y pagado.*

Les Costums de Tortosa 7,3,3: *Si la sentencia recaee sobre cosas inmuebles o raíces, o sobre muebles que pueden hallarse,*

10 q. 2; c. 5,X,2,5: *Si autem super personali actione conveniatur, vel mittendus est actor in possessionem mobilium bonorum ipsius, vel immobilium si forte mobilia non habeat, [...]*– y por la literatura jurídica – PILLIUS, *Summa*, 3,18; TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, 4,4,3: *Si autem personali actione actum fuit, vel etiam alio modo, fieri debet exsecutio in rebus condemnati, ut primo capiantur mobilia, si qua possidet, secundo immobilia*–.

⁶²⁶ CTh. 4,20,1; 11,7,2 y 5; C. 7,71,8; 10,19,2-3; D. 42,3; 48,13,11,6. Principios que pasarán al Derecho canónico –c. 2,X,3,21: [...], *ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito addici*– y a la literatura jurídica bajomedieval –TANCREDEUS, *Ordo iudiciarius*, 4,4,3–.

⁶²⁷ BAS Y GÁLGERÁN, *Theatrum Iurisprudentiae*, II,45,46 y 47; FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus*, Ginebra, 1684,I,4,18,30-31.

⁶²⁸ MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,12,3,13.

⁶²⁹ LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,108,8.

pasados los diez días el demandante debe ser puesto en posesión de la cosa reclamada, o entregársele ésta si fuere mueble.

Y si el condenado no tiene bienes muebles ni inmuebles, pero sí créditos que a él le deban, el Veguer, por sentencia de los ciudadanos, debe hacer que le entregue al actor tantas cartas cuantas basten a cubrir la cuantía de la sentencia; y forzar y compeler a sus deudores a que hagan efectivas sus respectivas deudas en poder del actor hasta que se haya pagado por completo. Y esto es allí donde no se ha dado fianza personal de estar a derecho.

Porque donde hay fianza, si no tiene bienes muebles el demandado tómanse desde luego los muebles de la fianza y se venden hasta que sea pagado el actor de toda su demanda. Y otro sí con los inmuebles y raíces allí donde no haya muebles.

V

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA:

LA APELACIÓN

1. Introducción

Ad Romanam Ecclesiam ab omnibus, maxime ab obpressis est appellandum et concurrendum quasi ad matrem [...] Decreto de Graciano 2, 6, 8.

Aunque la apelación, como sostiene Obarrio⁶³⁰, “pervivió en el período denominado por Schioppa “L’età preirneriana”, la rigidez estructural del proceso alto-medieval, de carácter subjetivo y ordálico, y la ausencia de un poder real que hiciera posible el ejercicio efectivo del *ius puniendi* propició que el litigio concluyese por el allanamiento de la parte que se consideraba vencida o por sentencia,⁶³¹ lo que explica “la rarità dell’apello nel diritto altomedievale”⁶³².

Frente a esta concepción no sujeta a los principios del proceso racional y de la prueba legal tasada, propia del ordenamiento jurídico alto-medieval, durante la Baja Edad Media, con la recepción del *ius commune*, se favoreció la inserción de nuevos sistemas procesales, gracias a la consolidación del poder real y de la *plenitudo potestatis* pontificia, lo que provocó que se pudiera asentar la idea de la justicia, inherente a la realeza (Vid. Alfonso X el sabio), así como un proceso que volvía a tener como eje central el otorgar garantía de los particulares frente al *ius puniendi* del Estado y a cuantos agresores tuviera que hacer frente⁶³³.

Como apuntan Aikin Araluce y Obarrio, dos elementos se dieron la mano: la necesidad de preservar el bien público recientemente instaurado, y el interés por consolidar una justicia rápida y eficaz. Ambos elementos propiciaron que se pudiera arbitrar mecanismos de control que permitiesen corregir la inseguridad jurídica provocada

⁶³⁰ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., p. 134.

⁶³¹ En este sentido, LÓPEZ ORTIZ, J. “El proceso en los reinos cristianos”, ob. cit., p. 217; TOMÁS VALIENTE, F., “La tortura judicial y sus posibles supervivencias”. En *La tortura en España. Estudios históricos*. Barcelona, 1973, p. 212 afirma que el carácter sacral y mágico del proceso en las etapas más primitivas de su desarrollo lleva anejo su valor concluyente y definitivo y, con él, su inapelabilidad. CERDA RUIZ- FUNES, J. voz “Fueros municipales”. En *NEJS*, X, p. 476.; PAZ ALONSO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, 1982, p. 6.

⁶³² PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull’apello*, ob. cit., I, pp. 205-262. No en vano, el propio autor, en p. 259, sostiene: “La diffuse forme d’ingiustizia diverse dalla sentenza illegale e la rigidità del procedimento altomedievale costituiscono dunque un terreno sul quale l’apello non poteva prosperare”.

⁶³³ PAZ ALONSO, M. P., *El proceso penal*, ob. cit., pp. 267-68.

por las excesivas atribuciones judiciales, que siempre provocaban el lógico, y frecuente, error judicial. Por este motivo, y con la finalidad de evitarlo o corregirlo se volvió a poner énfasis en el estudio del recurso de apelación, ya que con él se propiciaba la posible suspensión de una sentencia y el traslado, a tenor del principio *Nemo sit iudex in causa sua*⁶³⁴, de su conocimiento a un juez o un tribunales superior *–ad quem*⁶³⁵–. En este sentido, Aikin Araluce sostiene que en virtud de este principio, que será retomado por el poder real, se estableció “de modo eficaz la presencia de la autoridad real, tanto en las tierras de señorío como en las de realengo”, al propiciar la interposición de una apelación judicial en un tribunal real⁶³⁶, como un remedio de derecho natural⁶³⁷.

2. [*Appellatio est*] Definición

TANCREDUS: *Appellatio est sententiae vel gravaminis relevatio per proclamationem, a minori iudice ad maiorem factam, praetextu iniqui gravaminis vel iniustae sententiae*⁶³⁸.

Aunque, a diferencia de otros ordenamientos coetáneos⁶³⁹, **Les Costums de Tortosa**, al igual que el **Furs**, no aportan una definición de este medio de impugnación, pero, siguiendo los principios marcados por el Derecho romano⁶⁴⁰ y por la literatura jurídica bajo-medieval⁶⁴¹, del conjunto de sus preceptos se desprende que su autor concibe

⁶³⁴ Como señala PADOA SHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., p. 110, el carácter jerárquico de la apelación se contempla ya en la glosa de Azón: “*Appellatio debet fieri ad superiorem, id est ad eum qui est in grado proximo superiori eo, qui tulit sententiam*”.

⁶³⁵ AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, p. 55. En análogo sentido se había manifestado con anterioridad VILLAPALOS SALAS, G., *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*. Madrid, 1976, pp. 119-125.

⁶³⁶ AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 56.

⁶³⁷ FONTANELLA, J. P., *Decisiones sacri regii senatus Cathaloniae*, Lugduni, 1668, *Decisio* 105,24, sostiene que la misma se ha de entender como *remedium a jure naturale*, al entender que propiciaba la salvación de la sentencia: [...] *appellationem quae est medicina sententiae*.

⁶³⁸ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,1.

⁶³⁹ *Fuero Real* 3,25,1; *Espéculo* 3,14,1; *Partidas* 3,23,1: *Alçada es querella que alguna de las partes faze del juyzio que fuesse dado contra ella llamando e recorriendo a emienda de mayor juez; Ordenamiento de Alcalá* 13,1.

⁶⁴⁰ D. 4,4,17: *Haec idcirco tam varie, quia appellatio quidem iniquitatis sententiae querelam, in integrum vero restitutio erroris proprii veniae petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet; D. 49,1,1,pr., Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe quum iniquitatem iudicantiu, vel imperitiam recorra.*

⁶⁴¹ GOTTOFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium*. Lyon, 1519. Reed. Aalen, 1992, rub. *De appellationibus*, p. 119 r., *Appellatio est invocationem maioris iudicis pretextu iniquitatis prime sententiae rescisionis imploratio*; PETRUS DE BELLAPERTICA, *Commentaria in Digestum Novum Repetitiones Variae*. Reed. Bologna, 1969, lib. 49, lex 1,3: *Quid est appellatio? Dicit Azo in summa: Appellatio magistraliter sic describitur appellatio est a minori iudice, ad maiorem per invocationem*

la apelación como un recurso ordinario destinado a impugnar una sentencia que, aún siendo válida, se entiende gravosa e inicua⁶⁴², y, por ello, se solicita a un magistrado de rango superior su posterior enmienda o supresión⁶⁴³. La razón la hallamos en un texto de Ulpiano⁶⁴⁴, que fue acogido por los tratadistas posteriores⁶⁴⁵, en el que se afirma que cuando se juzga con iniquidad o injustamente, la parte perjudicada podía apelar, por entender que se ha dada una sentencia *contra ius* o un *error in iudicando*⁶⁴⁶, la cual, necesariamente, determinaba su nulidad⁶⁴⁷.

TANCREDUS: *Quid autem, si per errorem alius pro alio appelletur?. Et certe, si quis appellaverit maiorem iudicem, quam debuerit, vel etiam parem, alium tamen pro alio, talis error non nocebit appellatori, sed si appellaverit minorem, nocebit, ut Dig. de appell. 49,1,1.1. & si qui. 3., quia cum appellat maiorem vel parem, remittendus est ad eum, quem debuit appellasse. ut Dig. e. t. 49,1. l. 1. imperatores. 21 (pr. et &.1.)*⁶⁴⁸.

Por esta razón, Les Costums de Tortosa son explícitas al afirmar que si se interpone una dilación o una prórroga a la sentencia, no cabe apelación, porque manifiestamente otorga o consiente la sentencia interpuesta contra su persona

Les Costums de Tortosa 7,7,16: *Manifiestamente otorga o consiente la sentencia dada contra él, el que pide dilación o*

*maioris sub praetextu iniquitatis sententiae facta rescisio. Et advertatis bene, dicit in descriptione a minori iudice ad maiorem: Quia a minori semper appellatur ad maiorem. Summa aurea de ordine iudiciario de Fernando Martínez de Zamora. Ed. PÉREZ MARTÍN, A., "El ordo iudiciarius ad summariam notitiam y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana II. Edición de textos". En *HID*, 1981: *Apelación es agravamiento de la mala sentencia, [...] Es dicha querrela de la mala sentencia quando luego apelan de la definitiva por palabras, aunque ende se vaya el querrelloso, [...]*.*

⁶⁴² D. 49,8,1,2; C. 7,64,2.

⁶⁴³ Ambos elementos, jerarquía y reparación de la sentencia, debían coexistir, a juicio de Azón, en toda definición de apelación, por constituir la realidad esencial y característica de la institución. Vid. PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, p. 197

⁶⁴⁴ D. 49,1,1.

⁶⁴⁵ *Incertis autoris Ordo Iudiciorum*, ed. Haenel, p. 50, citado por PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, p. 197.

⁶⁴⁶ ORESTANO, R., *L'appello civile in diritto romano*. Torino, 1967, pp. 258. Véase, entre otras fuentes, D. 42,1,32; D. 49,1,19; D. 49,8,1,12; C. 7,64,2.

⁶⁴⁷ PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, pp. 25-32; VILLAPALOS SALAS, G., *Los recursos*, ob. cit., pp.280-282; AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 8-10, 71-73.

⁶⁴⁸ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,4.

prórroga para pagar o entregar o restituir aquello a que hubiese sido condenado; por cuyo motivo no puede uno apelarse cuando se pide dicha dilación o prórroga. Y si se hubiese apelado ya, pedido que haya la dilación, nada vale la apelación interpuesta.

3. El principio de invocación jerárquica

Les Costums de Tortosa 1,6,6: [...] *si se interpone apelación y quieren los jueces de ella conocer el proceso del principal, los que fueron de este debenselo exponer o referir [...].*

Les Costums de Tortosa 1,6,6: *Y si, otro sí, otra apelación o apelaciones, los jueces de la primera deben pasar a otros la sentencia y el proceso del pleito, y son creídos bajo su palabra y juramento.*

Les Costums de Tortosa.7,7,2: *Cosa cierta es y manifiesta que después que uno se apela, los Jueces del principal, aunque la apelación no reciban, no deben perjudicarla, antes todas aquellas cosas que había cuando la sentencia se dio, son y quedan en el mismo estado que tenían antes que la sentencia se diese.*

Si tomamos en consideración que el recurso de apelación se interpone *de minori ad maiorem iudicem*, tal y como acabamos de exponer, se puede sostener que la naturaleza jurídica de la apelación se debe circunscribir dentro de un orden procesal jerarquizado, en virtud del cual se suspende la jurisdicción del juez *a quo*, dando traslado del conocimiento de la causa a un tribunal superior; quedando, en principio, excluida toda apelación *per saltum*, por entenderse, siguiendo los principios marcados por el Derecho romano⁶⁴⁹, que la invocación jerárquica se debía realizar de grado en grado, por ser el orden jerárquico, en palabras de Azón, el elemento que diferenciaba la apelación respecto de cualquier otro medio de impugnación de la sentencia⁶⁵⁰:

⁶⁴⁹ D. 49,1,1,3: *Et si quidem, quum maiorem iudicem appellare deberet, ita erravit, ut minorem appellet, error ei nocebit, si vero maiorem iudicem provocabit, error ei nihil oberit [...].*

⁶⁵⁰ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 138-139, a quien seguimos en este punto.

AZO: [...] *appellatio debet fieri ad superiorem, id est ad eum qui est in gradu proximo superiori eo, qui tulit sententiam [...] patet quod supplicatio non habet vim appellationis, cum non appellatur ad eundem sed ad maiorem*⁶⁵¹.

El principio de invocación jerárquica hizo que en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos bajomedievales, **Les Costums de Tortosa** son un caso excepcional, siguiendo la tradición romanística⁶⁵², se contemplara, a modo de excepción, la posibilidad de que la apelación pudiera resolverse no por el magistrado inmediatamente superior al que dictó la sentencia, sino a través de la jurisdicción real, es decir, a través de la invocación directa al monarca, para que éste, como juez supremo y titular de la *plenitudo potestatis*, pudiera, *per saltum*, resolver el recurso de apelación sin necesidad de agotar las instancias o grados intermedios⁶⁵³.

TANCREDUS: *Appellatio debet fieri a minori iudice ad maiorem, et gradatim, [...] Excipitur tamen dominus papa, ad quem potest ab audientia cuiuslibet iudices appellari*⁶⁵⁴.

DURANDUS: *Appellari potest ad Papam, omissis mediis, sine tamen praiudicio inferiorum*⁶⁵⁵.

4. Naturaleza jurídica

A tenor de lo expuesto, así como de los textos del código tortosino, no creemos equivocarnos si afirmamos que **Les Costums de Tortosa** ven la apelación como un

⁶⁵¹ Vid. PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, p. 110.

⁶⁵² La posibilidad de que una sentencia inica pudiera ser apelada *omissio medio* respondía a un principio de Derecho canónico -C. 2, q. 6, cc. 3,4,16; c. 19,X,1,6-, según el cual se podía recurrir directamente al Supremo Pontífice en su calidad de *dominus mundi*, sin necesidad de recurrir a una instancia intermedia. Esta posibilidad de recurrir *per saltum* al titular de la suprema jurisdicción fue prontamente recogida por literatura procesal. Así, PETRUS DE BELLAPERTICA, *Comentarium*, Lib. 49, rub. *Quis, & a quo appelletur*, 5: *Iure Canonico ad Papam omni medio excluso appellare licet, seu potest immediate*. En torno al Derecho romano, ORESTANO, R., *L'apello civile*, ob. cit., pp. 259-61.

⁶⁵³ VILLAPALOS SALAS, G., *Los recursos*, ob. cit., pp. 216-218; AIKIN ARALCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 25-27.

⁶⁵⁴ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,4.

⁶⁵⁵ DURANDUS, *Speculum*, 2,3,4,1.

recurso típico de la jurisdicción ordinaria⁶⁵⁶, en virtud del cual una vez dictada sentencia definitiva ésta se podrá impugnar tanto en las causa civiles como en las criminales⁶⁵⁷, participando, ésta última, de la apelabilidad que disfrutaba la sentencia civil⁶⁵⁸:

Costums de Tortosa.7,7,3: [...] *Y es de saber, que no sólo puede apelarse uno en los pleitos civiles, sí que en los criminales también, donde el acusador se obliga a pena de Talión.*

Así mismo, cabe la apelación en las sentencias dadas en un proceso por inquisición, lo que, en este ámbito, no le diferencia del civil o criminal:

Costums de Tortosa 7,7,4: *De todo hecho acerca del cual se haga inquisición puédesse uno apelar como en los pleitos civiles y criminales.*

5. Remedio contra sententiam: quando et qualiter

Con relación al carácter definitivo que ha de tener la sentencia, los Ordenamientos bajomedievales, asumiendo buena parte de la tradición romanística⁶⁵⁹, recogieron el adagio atribuido a Búlgaro *in principio refutatio, in medio non est locus remedio*, según el cual se prohibía la apelación *ante sententiam*⁶⁶⁰, lo que nos hace ver que este recurso judicial se entendía como un remedio *contra sententiam*, lo que no impedía, como advierte tanto la canonística como los tratadistas de derecho procesal⁶⁶¹, la apelabilidad de toda sentencia interlocutoria⁶⁶², si bien no en todos los Ordenamientos⁶⁶³:

⁶⁵⁶ En este sentido, BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae*, I,23,1 y 6 tras afirmar *Remedium ordinarium in Regno ad impunanda decreta est appellatio a die notitia*, sostiene que además *Appellatio est remedium opportunum, non solum ad impugnanda decreta, sed declarationes succedendi ab intestato, vel juri vinculi, & familia.*

⁶⁵⁷ C. 7,62,14.

⁶⁵⁸ PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., pp. 73-80; AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 85-88.

⁶⁵⁹ CTh. 11,36,2; 11,36,15-16; 11,36,18; 11,36,23; C. 7,62,36. Vid. ORESTANO, R., *L'appello*, ob. cit., pp. 273, ss; BETHMANN- HOLLWEG, M. A. von, *Der civilprocess*, III, ob. cit., p. 326 ss; PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., I, pp. 46-73.

⁶⁶⁰ Fori Antiqua Valentiae 101,5: *Ante sententiae tempus a iudice late appellari non licet; 101,9: Ante sententiam diffinitivam aliquis appellare non possit. Sed si post sententiam diffinitivam aliqua parcium se gravatam senserit, possit infra X dies appellare.* Véase su concordancia con C. 7,65,7.

⁶⁶¹ C. 18 C. 2 q. 6; cc. 5,10,11,12,47,48,59,60,X,2,28: *Sacri canones et ante et post litis contestationem, et in prolatione sententiae, et post sententiam singulis facultatem tribuunt appellandi, leges autem saeculares appellationem, nisi in casibus, ante sententiam non admittunt, in causis quoque*

TANCREDUS: *quandoque gravamen infertur, sive per interlocutoriam, sive per diffinitivam sententiam, sive alias extra iudicium gramenn infertum, statim potest appellari, vel post usque ad decem dies, salva distinctione, quam ponemus in ultimo membro huius tituli*⁶⁶⁴.

En torno a esta cuestión, la regulación que hallamos en Les Costums de Tortosa excede, en esta cuestión, de la parquedad a la que nos tiene acostumbrados. Veamos el texto, para, con posterioridad, realizar su exégesis:

Costums de Tortosa 7,7,19: *De sententia interlocutoria puede apelarse uno si se siente agraviado por ella. Pero hecha la apelación débela llevar o sostener de una manera continua. E incontinenti debe nombrar a aquellos a quien se apela, y en el término de tres días dejar determinada y definida la apelación. Y puédese resolver y llevar en la Curia y fuera de ella. Y el que se apela debe todos los días estar ante el Veguer y rogarle que le*

ecclesiasticis, ubi appellationis remedium tollitur, utrumque remedium denegatur, et ideo, sicut appellationi, ita et recusationi non est aliquatenus deferendum. TANCREDUS, Ordo, 2,17,6; 4,5,14: Cum autem appellatur in iudicio, secundum antiqua iura canonica poterat appellari ante litem contestatam et post, ante sententiam et post, [...] Hodie vero per constitutionem Lateranensis concilii Innocentii tertii c. ut debitus honor. 35. in nullo iudicio licet appellare ante diffinitivam sententiam, nisi iniuste gravetur; tunc enim coram eodem iudice causa probabili appellandi exposita, scilicet gravamine, quod ei infertur, potest legitime appellari, tenebitque appellatio causa legitima existente. GRATIA, Summa, 1,9,5: Et ab ista interlocutoria pars gravata, si voluerit, appellare poterit. PETRUS DE BELLAPERTICA, Comentaria, Lib. 49,1,7: Quaeritur tertio, quando debet appellari? Dictum Doctores, postsententiam definitivam, & non ante, [...] Canonistae tamen dicunt, quod appellari potest quandoque, & ante sententiam definitivam, & post, & a quounque gravamine per interlocutoriam illato, ext. de appel. c. ut debitus; Lib. 49, rub. Nil innovari appellatione pendente, 9 y 14; aunque concluya afirmando - Lib. 49, rub. De appellationibus recipiendis, vel non, 2,1-: Ab interlocutoria regulariter iure nostro non appellatur.

⁶⁶² El principio de la irrecorribilidad de la sentencia interlocutoria fue formulado, como apunta PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, II, pp. 52-54, por Placentino, para quien: *Appellatur autem a sententia si sit definitiva, et non ab interlocutoria*; criterio que recogerá Azón, - *ab articulo, id est diffinitiva sententia, quia ante appellari non potest*- y, posteriormente, la glosa de Acurcio. Una visión genérica de esta evolución VILLAPALOS SALA, G., *Los recursos*, ob. cit., pp. 227-230; AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 77-80.

⁶⁶³ LEÓN, F. H. , *Decisiones*, I,16,7-9: [...] *quia licet de iure cesario, et iuxta foros Regni ante sententiam diffinitivam non licet appellare [...] Et sic a mere interlocutoria appellare non licet iuxta dictum forum nonum eodem titulo, attamen si interlocutoria habet vim diffinitivae, ita, quod non expectat aliam post se, nec damnium cum ea illatum potest per diffinitivam reparari, bene potest ab ea appellari [...] Interlocutoriam vim diffinitivae habere, quando per illam non diffinitur habere, integre causa principalis, sed per indirectum tangitur, diffinitur articulis, qui ad diffinitivam expectat*; 16,10 y 13: *Appellari potest ab interlocutoria quando non speratur alia diffinitiva.*

⁶⁶⁴ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,5.

tenga dispuestos los Jueces y la parte; y por la suya estarlo él de manera que si aquéllos se presentan, pueda desde luego llevar adelante y sostener su apelación, sin que queda por él o por algo que deba él hacer o decir, que la misma no se resuelva o defina.

Y si no tuvieren pleno consejo los Jueces para pronunciarla, o se ausentaren, o por sus muchas ocupaciones no pudieren asistir y por causa y razón de los mismos se tuviese que prorrogar el plazo mencionado; aquel que se hubiere apelado debe estar todos los días ante el Veguer hasta que la interlocutoria se pronuncie, dispuesto a llevar adelante y sostener su apelación y a oír la sentencia que la resuelva o termine; en tal forma. Que no quede por él, ni por algo que pueda él hacer o decir, que se deje de pronunciar. Porque si por no hacer lo que viene dicho quedase por él, pasados los tres días queda la interlocutoria en calidad o en concepto de cosa juzgada, y debe el apelante proceder en lo principal.

Los jueces tienen poder a veces para prorrogar el término de una interlocutoria, como cuando no tienen pleno consejo, o se ven embarazados o impedidos por atenciones tales que sin grave daño de ellos no pueden asistir. Y cuando tan atareados estén los jueces, en su lugar débese apelar a otros y forzar a ello al apelante si constare todo ciertamente a la Curia. Y si no quiere hacerlo, debe proceder en lo principal.

Pero si no quisieren asistir los jueces, deben ser forzados, compelidos, y pignorados con el equivalente de la demanda principal.

En este caso, cuando no quieren venir los jueces, pero que sean ellos tales que el Veguer los pueda compeler o forzar, no corren los tres días para el apelante. Pero tan luego como los pueda haber corren ya los tres días, y dentro de este término débese la interlocutoria resolver, a no ser que sobreviniesen los casos dichos.

Y el Veguer debe tener los jueces y la parte adversa sin todo gasto para el apelante.

En este extenso y complejo fragmento, varias cuestiones se deben considerar:

[a] Criterio general: las sentencias interlocutorias pueden ser apeladas cuando una de las partes se siente agraviado por ella.

[b] Continuidad procesal. Realizada la apelación, se debe sostener de forma y manera continuada.

[c] Se debe nombrar a las personas a las que se apela.

[d] Plazo: tres días para definirla.

[e] Lugar de presentación: indistintamente, dentro o fuera de la Curia.

[f] Veguer. Presencia continua ante el Veguer para, así, estar pendiente de la apelación, máxime si los jueces o no están, no pueden asistir o desean prorrogar el plazo. Lo que no impide que se les fuerce a asistir a juicio.

6. *Quae appellationes valeant et quae non*

Sentado el principio general que reconoce la necesidad de conceder la apelación a toda sentencia definitiva o interlocutoria cuando ésta definiese la causa⁶⁶⁵-, tanto el propio ordenamiento jurídico como la doctrina foral, basándose en el *Corpus Iuris* y en la obra de los comentaristas del *mos italicus*, establecieron numerosas excepciones a la regla general, lo que propició, como apunta Paz Alonso, que se tuviesen dudas en torno a “cuál es la regla y cuáles las excepciones, hasta el punto de que parece que estas últimas excluyen en su casi totalidad a aquélla”⁶⁶⁶.

[1] Un supuesto controvertido: la sentencia penal

⁶⁶⁵ LEÓN, F. H., *Decisiones*, I,28,3-6 y 8: *Regula generalis, quod in omnibus casibus liceat appellare*. En análogo sentido, MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,2,83-86 extiende el principio *Appellatio regulariter admitti debet aún in casu dubio: Quare conclusio certa ac indubitata resultat, nempe appellationem semper admittendam esse, nisi expresse per legem, aut Principem denegata reperiatur [...] etiam casu quo superflua videatur, salvo que expresse per legem denegata sit.*

⁶⁶⁶ ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal*, ob. cit., p. 270.

Tal y como hemos visto, **Les Costums de Tortosa**, aun consciente de los postulados doctrinales que desde el Derecho romano venían denegando o limitando toda apelación en material penal, admite, siguiendo los postulados del *ius commune*⁶⁶⁷, la apelación en causa criminal:

TANCREDUS: *In criminalibus vero post sententiam non solum condemnatus, sed etiam quilibet alius, tam consanguineus condemnati, quam etiam extraneus, admittitur ad appellandum, etiam invito condemnato [...]*⁶⁶⁸.

DURANDUS: *In criminalibus appellari potest, non solum a condemnato, sed etiam a quolibet, etiam extraneo, invito condemnato*⁶⁶⁹.

Criterio que se mantenía a excepción de los supuestos establecidos en la norma, a los cuales cabría añadir el crimen notorio, la blasfemia y la apelación del auto de tormento, delitos por los que, a su juicio, *appellationem non admittit*⁶⁷⁰. En este sentido, en su *Summa Aurea*, el Hostiense advierte hasta dieciocho posibles sentencias inapelables:

HOSTIENSIS: *In momentanea possessione [...] ab exsecutore. A nominationis muneris publici [...] A sententia criminali, cum damnatus statim debeat puniri [...] Si rem non recipit dilationem [...] In casu publici debitoris [...] In causis fiscalibus [...] Si contumax non appellat [...] Quando appellationi renuntiatum est [...] Quando a delegante prohibetur appellari. Non appellatur a principe, a senatu vel ab arbitro [...] Non appellatur a tertio [...] Non appellat quilibet [...] Non appellatur ab interloquatoria [...]*

⁶⁶⁷ Partidas 3,23,16.

⁶⁶⁸ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,2. Cfr. D. 49,1,4.

⁶⁶⁹ DURANDUS, *Speculum*, 2,3,110.

⁶⁷⁰ DURANDUS, G., *Speculum*, 2,3,2,2: *homicida, veneficus, adulter, & qui manifestam violentiam committit, insignis latro, vel incitator seditionis, vel dux factionis, raptor virginis, si sit argumentis superatus, testibus confessu & convictus, non auditur appellans*; 2,3,2,13: *In delictus notoriis non admittitur appellatio.*

*Non appellatur a correctione [...] In delictis notoriis[...] In tributis [...] a sententia excommunicationis*⁶⁷¹.

Esta nos explica el porqué de las numerosas disposiciones que se ven privadas de invocación jerárquica. Así:

[2]. **Venales sententiae**. Estas, al estar pronunciadas por *corrupti iudice*, no tenían validez legal, haciéndose por ello innecesaria su apelación⁶⁷².

Les Costums de Tortosa 7,7,5: *Las sentencias que se den por dinero, esto es, corrompiendo a los Jueces con dinero dado o prometido, son nulas; y aquellos contra quienes se hubieran dado, no están tenidos a apelarse si pueden probar la corrupción.*

[3] La ejecución de una sentencia.

Siguiendo los preceptos del *Corpus Iuris*⁶⁷³, **Les Costums de Tortosa** establecen, como criterio general, que nadie puede apelar la ejecución de una sentencia. Prohibición que justificaría la literatura jurídica bajo-medieval afirmando que la ejecución *intra limites iudicati* no modifica la *res iudicata*, ni origina un nuevo perjuicio, por cuanto su finalidad, como sostiene Belluga, es el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia:

TANCREDUS: *Propter hoc tamen non minus exsequatur sententiam, quoniam ab executore appellare non licet, nisi modum excedat vel merito sit suspectus*⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ En este sentido, HOSTIENSIS, *Summa Aurea*. Venetiis, 1570, II, Cap. *De Sententia*, par. 8, *Quo remedio sententia retractatur*.

⁶⁷² FAV 101,3. Véase su concordancia con C. 7,64,7.

⁶⁷³ C. 7,65,5; D. 49,1,4. Principios que serán recogidos por el ordenamiento canónico -c. 29,43,X,2,28-: *Unde quum secundum ius canonicum et legale ab exsecutoribus appellari non possit, nisi forsitan modum excederent in exsequendo, nos etiam in literis super hoc directis ad ipsum appellationis curavimus obstaculum inhibere, appellationi ab eo interpositae non fuerat deferendum-*, y por los distintos *ordines iudicarii*, TANCREDUS, *Ordo*, 4,4, DURANDUS, G., *Speculum*, 2,3,3,2. *Tractatus Superest videre*. Ed. PADOA SCHIOPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, (apéndice), 5,31: *Ab executore quoque appellari non posse cavetur, nisi forte executor sententiae modum iudicationis interpretando excedat*.

⁶⁷⁴ BELLUGA, P., *Speculum*, rub. 41, n. 50.

A esta prohibición el autor del texto torsosí interpuso una excepción⁶⁷⁵: se admitió el recurso de apelación cuando el ejecutor se hubiera excedido de los límites de la razón, o de la moderación, al ejecutar la sentencia:

Les Costums de Tortosa 7,7,15: *Nadie puede apelarse de las ejecución ni del ejecutor de la sentencia, a no ser que el ejecutor, en la ejecución, obrase en contra de costumbre escrita o usaje, si le hubiere; o contra derecho, a falta de costumbre o usaje.*

[4] Con relación al número de posibles apelaciones, siguiendo el criterio establecido en el Derecho romano post-clásico⁶⁷⁶, **Les Costums de Tortosa** prohibió apelar tres veces en una misma causa, regla que fue adoptada por la Glosa⁶⁷⁷ y el Derecho canónico⁶⁷⁸, y recibida tempranamente en la mayoría de los ordenamientos bajomedievales⁶⁷⁹:

DURANDUS: *regulariter super quolibet articulo vel gravamine, et qualibet interlocutoria - et diffinitiva bis tantum appellatur. Quod intellige ab eadem parte. Nam altera pars poterit etiam super eodem capitulo, vel sententia appellare. Si enim appellavero a sententia pro te contra me lata, et iudex appellationis sententiam confirmat, possum secundo appellare a confirmatione sententiae. Sed si haec confirmatio confirmetur, non possum amplius appellare, quia non licet tertio provocare. Si autem confirmatio infirmetur, tu poteris ab illa sententia appellare, qui hoc non est tertia appellatio, sed prima quoad te: et si iudex*

⁶⁷⁵ PADOA SCHIOPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., pp. 102 ss.

⁶⁷⁶ C. 7,70,1: *Si quis in quacunq[ue] lite iterum provocaverit, non licebit ei tertio in eadem lite super eiusdem capitulis provocatione uti, vel sententias excellentissimorum praefectorum praetorio retractare;* Nov. 82,5.

⁶⁷⁷ PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., pp. 199-200; y aunque, a juicio de Azón, el número de apelaciones podía legítimamente duplicarse, pasándose de dos a cuatro: “[...] *nam eidem non licet tertio appellare, alius autem potest semel et secundo etsi iste bis appellavit, et ita quattuor feruntur sententiae*”, se mantuvo el argumento de restringir el número de apelaciones posibles a tres sentencias conformes.

⁶⁷⁸ c. 29 C. 2 q. 6: *Post secundam provocationem [...] in una eademque causa super eisdem capitulis, provocare non licet. Unde in VII libro Codicis, titulo non liceat in una eademque causa tertio provocare;* c. 65,X,2,28: *super appellatione tertio ad nos emissa utrique parti a nobis datus auditor, interlocutus fuerit, illos non potuisse de iure tertio appellare.*

⁶⁷⁹ *Espéculo* 5,14,23; *Partidas* 3,23,25.

*appellationis infirmationem sententiae infirmet, poteris secundo appellare, ultra -non; - et sic sunt iura intelligenda. Et secundum hoc super quolibet articulo potest quarto appellari. Et sic obtinuit, licet audiverim quemdam contrarium sustinentem, ut tantum bis appelletur, sicut iuris verba tenant*⁶⁸⁰.

Les Costums de Tortosa 7,7,9: *Cada una de las partes, en hecho acerca del cual haya recaído sentencia puédese apelar dos veces y no más.*

[5] Por contumacia

La afirmación de que *qui non appellat a sententia contra se lata, consentire videtur*⁶⁸¹, llevó a la doctrina medieval a sostener *appellatio est permissa regulariter ab omni sententia*⁶⁸², salvo, como ya dispuso la escuela estatutaria, en el supuesto del *verus contumax*, porque, como nos dirá Baldo, cuando éste *est vere et evidens contumax non appellat*⁶⁸³. No obstante este principio general, el propio Scaccia sostendrá que esta regla del Derecho puede verse alterada en numerosos supuestos, entre los que la sentencia se daba *contra rerum contumacem, quia is non auditur appellans*⁶⁸⁴.

*Limita I. Non habeat locum, quando procurador est verus contumax, quia tunc dominus poterit regulariter appellare*⁶⁸⁵. Esta excepción se daba, nos dirá Scaccia,

⁶⁸⁰ DURANDUS, *Speculum*, 2,3,8,1.

⁶⁸¹ CINUS DE PISTOIA, *Lectura super Codice*. Rub. *Quomodo et quando iudex*, § *Abeo*, num. 1.

⁶⁸² SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus*. Venetiis, 1667. *Quaestio* 17, num. 1.

⁶⁸³ BALDUS DE UBALDIS, *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. Rub. *De iudiciis*, § *Sin autem reus*, num. 5; CINUS DE PISTOIA, *Lectura super Codice*. Rub. *Quomodo et quando iudex*, § *Abeo*, num. 5: *Nam verus contumax non appellat*; JOHANNES BAPTISTAE DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*. Lib. 15, Pars 1, *De iudiciis*, Disc. 10, num. 15: *Regulariter contumax non admittitur ad appellandum, de juris rigore, sed de aequitate canonica, quae in Curia est recepta, appellat, ubi sit contumax verus infra decem dies a die latae sententiae, et ubi sit fictus, ad die scientiae numerandos*.

⁶⁸⁴ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus*, *Quaestio* 17, lim. 3, num. 3.

⁶⁸⁵ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus*, *Quaestio* 17, lim. 3, num. 8; JASON DE MAINO, *In primam [secundam] Codicis partem Commentaria*. Rub. *De iudicis*, § *Sin autem res*, num. 6: *Verus contumax non appellat*.

porque, como el delito lo realizaba el procurador, no se podía concluir que lo había por mandato del principal, por lo que a éste le era permitida la apelación⁶⁸⁶.

Limita II. Quando lex fingit aliquem actum in odium contumacis, esto es, cuando la ley o el estatuto comunal fingía o presumía la existencia de un acto realizado por el contumaz que conllevaba un grave perjuicio para su persona; así cuando se le tenía por confeso de un delito⁶⁸⁷.

*Limita III. In minore, muliere et rustico*⁶⁸⁸

Limita IV. No procedía en el ámbito de la praxis o *de stylo Rotae*, así como en el *status ecclesiastici*, donde *potest appellare etiam verus contumax*, siempre que lo hiciera a los diez días de dictarse la sentencia⁶⁸⁹.

Limita V. Asimismo, esta prohibición no se aplicaba cuando el contumaz verdadero comparecía ante el tribunal estando el juez ausente –*quia appellans audietur*⁶⁹⁰–.

Limita VI. Esta prohibición se restringía al *verus contumax in non veniendo*, pero no así al que no actuaba o se defendía: *secus si fit verus contumax in non agendo, quia is potest appellare*⁶⁹¹.

Limita VII. Siguiendo esta línea argumental se sostendrá que el principio general no se aplicaba con relación al que apelaba y era contumaz *in non persequendo*

⁶⁸⁶ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 8: *Ratio est, quia esse verus contumax, seu vera contumacia est delictum; sed hoc, quod procurator delinquat, nunquam praesumitur fuisse mandatum: merito dominus non prohibetur appellare, quia prohibitio appellationis datur pro poena contumaciae verae.*

⁶⁸⁷ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 10: *ut non procedat, quando propter contumaciam lex, seu statutum fingit factum esse aliquem actum positivum a contumace in sui grave damnum, et praeiudicium, ut puta, si fingat, ipsum contumacem esse confessum positiones, seu delictum.*

⁶⁸⁸ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 11.

⁶⁸⁹ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 12. *ut non procedat de observantia Rotae, quia secundum eam potest appellare etiam verus contumax, dummodo appellet infra decem dies latae sententiae.*

⁶⁹⁰ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 16.

⁶⁹¹ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 17.

appellationem, porque, si posteriormente se personaba ante el mismo juez *a quo* y purgaba su contumacia, podía interponer nuevamente la apelación⁶⁹².

Limita VIII. Finalmente se reconoce que *verus contumax potest appellare* algunas de las sanciones impuestas cuando excedían del ámbito y naturaleza del propio juicio⁶⁹³.

Por su parte, al *fictus contumax* se le permitía la apelación siempre que lo hiciese durante los siguientes diez días del conocimiento de la sentencia⁶⁹⁴.

Así, las sentencias dadas por incomparecencia de una de las partes en el proceso, denominada en **Partidas** como *soberbia, o desden o desmandamiento en no querer venir ante el judgador a quien deben obedecer como a mayoral*, fue asumida sin restricciones por **Les Costums de Tortosa**:

Les Costums de Tortosa 7,7,6: *Aquel que está ausente por contumacia, no puede apelarse de sentencia que se haya proferido contra él, a no ser que viniese después de proferida, estando todavía sentado el Juez en el punto mismo en que la profirió; porque en este caso pueden apelar. Y esto entiéndese de aquél que por presunción de derecho se llama contumaz, es decir, de aquel que citado no comparece; porque aquel de quien verdaderamente se sabe que es contumaz, es decir, aquél que citado responde que no se presentará, no puede apelarse en ningún caso.*

⁶⁹² SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 18: *ut non procedat in eo, qui appellavit, et fuit contumax in non proseguendo appellationem, quae propterea est deserta, et ideo non auditur amplius, quia, si iste compareat coram eodem iudice a quo, et sic purget suam contumaciam, et deinde gravetur ab eodem iudice, poterit ex novo gravamine iterum appellare, nec potest excludi vigore primae contumaciae, et appellationis deserte, quasi de caetero non debuerit audiri appellans, nam istud procedit, nisi contumax purgaverit illam contumaciam, comparando coram iudice a quo.*

⁶⁹³ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 17*, lim. 3, num. 19: *ut non procedat in his, quae veniunt ex accidenti extra proprium finem, et intrinsicam naturam iudicii, ut puta in mulcta, quae non potest imponi, nisi ratione verae contumaciae, qui in istis etiam verus contumax potest appellare.*

⁶⁹⁴ SEGISMUNDUS SCCACIAE, *Tractatus de appellationibus, Quaestio 12*, num. 12: *quando non est citatus personaliter, sed est citatus domini, et isto casu procedit prima oppositio, quia terminus decem dierum non incipit currere a die prolatae sententiae, sed a die notitiae, et scientiae latae sententiae [...] Ratio est, quia citatus domi dicitur fictus contumax, qui potest appellare quandocumque infra decem dies a die sententiae.*

Les Costums de Tortosa.7,7,11: *Se dice contumaz a aquel que citado tres veces (o por una, perentoriamente) no quiere venir a la Curia y llevar su pleito; razón por la cual de aquí en adelante pueden los Jueces pronunciar sentencia en contumacia de él; o si viniere a la Curia y se negase a contestar al Juez; o se fuere después de venido y no quisiere hacer derecho al actor; porque en estos casos, puede también el Juez pronunciar sentencia en contumacia de él. Y de sentencia que en méritos de tal contumacia se pronuncie, no puede nadie apelarse, porque mayor menosprecio hacia los Jueces y la Curia supone presentarse y negarse a contestar, o irse sin querer hacer derecho a la parte, que no venir después de citado.*

[6] Una nueva prohibición se observa con relación a las sentencias dictadas *ad arbitrium boni viri*. Los *Furs*, partiendo de las fuentes justinianas⁶⁹⁵, y siguiendo los criterios marcados por el *ius commune*⁶⁹⁶, sostienen que el laudo arbitral, por carecer de *vis rei iudicata*, ha de ser inapelable:

TANCREDUS: *Arbitrium, quoniam a sententia arbitri non potest appellari propter eius vilitatem, quia iurisdictionem non habet*⁶⁹⁷.

Les Costums de Tortosa 7,7,12: *Apelarse no puede nadie de sentencia por árbitros pronunciada.*

7. *Quis potest appellare?* Legitimidad

Planteadas estas consideraciones en torno al concepto y naturaleza jurídica de la apelación, cabe preguntarse quién podía estar legitimado para ejercer el derecho a la apelación. Esta cuestión, fue resuelta en las fuentes jurídicas justinianas, donde se

⁶⁹⁵ C. 2,55,1. Vid. BUIGUES OLIVER, G., *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbiter ex compromisso*. Madrid, 1990, pp. 239-246; MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Sevilla, 1981, pp. 259 ss.

⁶⁹⁶ PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., II, pp. 80-88; AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 88-90.

⁶⁹⁷ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,14.

constata el criterio siguiente: *in cuius interest appellare potest*⁶⁹⁸, indujo a los primeros glosadores y procesalistas a un amplio debate doctrinal acerca de si la legitimación incumbía únicamente a la parte agraviada con la sentencia, al *victus*, o si era posible trasladarla a su beneficiario, esto es, al *victor*, cuyo interés radicaba en que entendía que la sentencia no había satisfecho, en su totalidad, su pretensión procesal. De esta forma, la persona beneficiaria con la sentencia, únicamente actuaba para defender sus legítimos intereses jurídicos o económicos –*in defensione iuris sui*–:

TANCREDUS: *Quis potest appellare? Respondeo, is, cuius interest, vel cui mandatum est, vel qui negotium gerit alienum [...]*
Et licet parum intersit appellatoris, valet tamen appellatio [...]
*Et hoc in causis civilibus et spiritualibus seu aliis*⁶⁹⁹.

Como señalan autores como Padoa Schioppa, Aikin Araluce y Obarrio Moreno, “mientras en una glosa anónima al C. 7, 62,6,5 se afirmaba que *solus enim victus, quia succubito, appellat, victor non appellat [...]*, Azón legitimaba al *victor* para que apelase de aquellas pretensiones que a su juicio no habían sido valoradas conforme a derecho por el *iudex*, y no de aquella parte de la sentencia que había sido dada a su favor”⁷⁰⁰:

AZO: *Victor potest appellare [...]; sed male posuit victor, nec enim victor appellat in eo quod vincit, sed in eo quod succumbit [...]*⁷⁰¹.

Les Costums de Tortosa, no ajenos a esta polémica doctrinal, establecieron, como criterio objetivo de legitimación procesal, la existencia de una sentencia gravosa, cuyo perjuicio motivaba el *ius appellandi*, lo que permitía que por cualquiera de las partes se pudiera interponer el recurso de apelación.

⁶⁹⁸ D. 49,1,4,2; D. 49,5,1 pr., *non solent audiri appellantes nisi hi quorum interest*. Vid. ORESTANO, *L'apello*, ob. cit., pp. 300-301. Principio que podemos ver recogido tanto en la primera canonística, c. 30 C. 2. q. 6; c. 16,X,1,6, como en los *ordines iudiciorum* bajomedievales.

⁶⁹⁹ TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,2.

⁷⁰⁰ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., p. 161

⁷⁰¹ PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., pp.126-27.; AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 102-103;.

En coherencia con la máxima *si cuius interest appellare potest*, **Les Costums de Tortosa** contemplaron la posibilidad, establecida en el Derecho romano⁷⁰², de que no sólo pudieran estar legitimadas las partes que intervinieran directamente en el proceso, sino que, si una de ellas fallecía, su legitimidad recaía en sus herederos⁷⁰³:

Costums de Tortosa. 7,7,7: *No sólo aquel que se apela debe llevar a término la apelación, antes, si muere él, sus herederos o sucesores deben definitivamente concluirla y pagar aquello a que fuese condenado el que se apeló.*

Esta posibilidad de actuar en nombre de otro llevó a los juristas medievales a una amplia controversia en torno a si el procurador estaba o no facultado para apelar una sentencia gravosa. Controversia, como señalan Padoa Schioppa, Aikin Araluce y Obarrio Moreno, permitió señalar, como criterio general, que el procurador únicamente estaba obligado a interponer la apelación pero no a continuar su tramitación; la cual, de llevarse a cabo, obedecería más a un principio de *bona fide* que a un estricto mandato procesal⁷⁰⁴. A este criterio se sumó **Les Costums de Tortosa**:

Les Costums de Tortosa 7,7,17: *El procurador establecido a pleitos está tenido y obligado a llevarle hasta sentencia definitiva; y si se diere ésta contra él, a apelarse de ella, además, pero no a llevar o sostener la apelación si no quiere, después de haberse apelado.*

Pero siempre que se apelare debe ponerlo en conocimiento del señor del pleito, por si quiere éste que se lleve adelante o que se abandone la apelación: que él a nada más está tenido ni obligado.

Un criterio, como señala Obarrio, muy diferente al sostenido en **Furs**, donde, “frente a la opinión mayoritaria de la doctrina, el ordenamiento foral valenciano sostuvo

⁷⁰² ORESTANO, R., *L'appello*, ob. cit., pp. 311-320. En concreto, véase D. 49,1,4,2 y C. 7,66,1.

⁷⁰³ FAV 101,6: *Etiam post mortem eius, qui appellavit, necesse est heredibus eius vel reddere causas provocationis vel statutis adquiescere.*

⁷⁰⁴ PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello*, ob. cit., pp. 128-130; AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 104-105.

que el procurador no sólo debía obligarse a seguir la causa hasta que fuese dictada la sentencia definitiva, sino que *si iniuste contra eum fuerit iudicatum, tenetur appellare*; imperativo que se mantendrá aún en el supuesto en que no se desee continuar con el recurso de apelación, si previamente se le hubiese ordenado que lo interpusiese y lo prosiguiese⁷⁰⁵: *Non tamen causam appellationis tenetur invitus prosecui, nisi a domino sit ei mandatum quod appellet et appellationem prosequatur*^{706,707}.

8. Procedimiento

Establecida la capacidad procesal, el procedimiento de apelación se interponía ante el juez *a quo*, con la declaración de la parte que se sentía agraviada con la sentencia dictada. Declaración que podía tramitarse oralmente o por escrito, a través de un libelo en el que se contenía el escrito de la apelación, pero siempre ante la Curia, salvo pacto en contrario de las partes litigantes:

Les Costums de Tortosa 7,7,13: *Todas las apelaciones débense llevar y definir en la Curia y no en otro punto, a no ser que las partes, con el Veguer y los Jueces, acordasen otra cosa; porque en este caso, puédenlas llevar y determinar fuera de ella.*

BALDUS: *Appellatio dicitur dubus modis. primo pro actu, puta pro voce, vel scriptura appellantis*⁷⁰⁸.

La apelación de viva voz consistía en una fórmula breve *–appellare voce*⁷⁰⁹, *appello, alzome, appellame*⁷¹⁰– que debía interponerse en el momento de la notificación de la sentencia:

⁷⁰⁵ Los *Furs* no contemplan, a diferencia de otros ordenamientos coetáneos –c. 69,X,2,28; *Partidas* 3,23,2– la posibilidad de que el procurador no interpusiese el recurso solicitado, así como las consecuencias que tal omisión provocaría.

⁷⁰⁶ Fori Antiqui Valentiae 101,24. Véase su correlación con C. 2,13,17.

⁷⁰⁷ OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística*, ob. cit., pp. 162-163.

⁷⁰⁸ BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros decretalium Commentaria*. Lugduni, 1.585. Reed. Aalen, 1970, rub. *De appellationibus* 1, p. 257 r.

⁷⁰⁹ Cth. 11,30,7.

⁷¹⁰ D. 49,1,5,4; *Partidas* 3,23,22.

Les Costums de Tortosa 7,7,1: [...] *Pero si en el momento mismo de darse la sentencia dijere “me apelo”, sin nombrar a quién, su adversario puede exigir del Veguer y Jueces que le hagan manifestar quién se apela, y hacer que fijen ellos día para que lleve o dirija su apelación el apelante, quien no tendrá en este caso los diez días de término para apelar.*

Les Costums de Tortosa.7,7,3: *La apelación que no sea hecha por escrito nada vale si la cuantía de la condena asciende a más de dos morabatines.*

Empero si inmediatamente que oye el condenado la sentencia, dice “que se apela”, vale la tal apelación aunque no vaya escrita, y los Jueces deben continuarla en los actos, consignando la manera con que aquella parte se ha apelado de palabra inmediatamente después de oída la sentencia.

Si, por el contrario, la parte que se sentía agraviada con la sentencia dejaba transcurrir algún intervalo de tiempo, debía, dentro del plazo legalmente establecido – siguiendo los principios del proceso romano-canónico,⁷¹¹ el plazo fijado fue de diez días⁷¹². Término que fue establecido con carácter de improrrogabilidad, lo que la convertía en *res iudicata*, y, por tanto, en ejecutable⁷¹³–, apelar por escrito, mediante un *libellum appellationis*, ante el mismo juez que dictó la sentencia. Esta apelación consistía en la presentación de un *libello* ante el juez *a quo*, en el cual el apelante hacía constar su inconformidad con la sentencia y su intención de recurrir ante un juez superior. Petición que debía contener una serie de menciones básicas, tales como el nombre del agraviado, del apelado, y el del juez *a quo*; el agravio cometido; la petición de *apostoli*; la declinatoria al juez *a quo* de su jurisdicción; y, en menor medida, se aludía vagamente al

⁷¹¹ Nov. 23; c. 28 C. 2, q. 6; c. 32,X,1,6; c. 36,X,2,20; c. 15,X2,27; C. I. 154; PILLIUS, *Summa*, 3, 17: “*Lata sententia appellari potest statim vel infra decem dies*”; TANCREDUS, *Ordo*, 4,5,7; GRATIA, *Summa*, 3,3.

⁷¹² Plazo necesario para ratificar al procurador que *appellatione interposita non habentem mandatum*. MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine*, III,11,2,33: “... *iaut si appellatio interponatur per falsum procuratorem, ratihabitio necessaria sit intra dictos decem dies, alias nullius momenti erit, ...*”.

⁷¹³ AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., p. 134.

juez *ad quem*⁷¹⁴, al cual se le solicitaba su protección o amparo ante el gravamen sufrido⁷¹⁵:

Costums de Tortosa 7,7,1: *Diez días después de darse la sentencia definitiva debe interponerse la apelación; y aquél que se apele, efectuarlo para ante dos o más ciudadanos de Tortosa a quienes deberá él nombrar por su propio nombre; porque de no hacerlo así, quedaría todo como si no se hubiese interpuesto apelación. [...]*

Lo mismo se observará en la segunda apelación, la cual, como la primera, débese llevar o tramitar con todas aquellas solemnidades del pleito principal. Y toda apelación de sentencia definitiva debe darse por conclusa y determinada dentro de un año por la parte que se apeló; y si no lo hiciere, pasa y queda en calidad o concepto de cosa juzgada, si no quedó por culpa del Juez, que no quiso o no pudo proceder. Pero que sea diligente el que se apele, y que no quede por él o a causa de dilaciones suyas que la sentencia de la apelación sea finida y acabada dentro del plazo referido.

Aquella razón misma se sigue y observa en la primera que en la segunda apelación; y cualquiera de las partes podrá dirigir una y otra hasta que recaiga sentencia, todos los días de Curia, que no debe darse ni concederse prórroga de ninguna clase.

9. Número de sentencia

Solo se podían dar dos apelaciones:

Les Costums de Tortosa 7,7,10: *Otrosí, cada enfiteota o parcero puédese apelar dos veces al señor de quien tiene la cosa a censo o a parte, de toda sentencia contra el mismo proferida; y el señor, otrosí, puédese apelar dos veces si contra él se pronunciare. Pero*

⁷¹⁴ D. 49,1,1,4.

⁷¹⁵ Véase AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación*, ob. cit., pp. 123-131.

el señor, aunque el enfiteota o parcero se apelen a él, para conocer del negocio debe nombrar un Juez suficiente y no sospechoso y no obligado al mismo por parentesco o amistad que conforme a derecho pueda ser rechazado o recusado.

10. Efectos

[1] El primer efecto consistía en que la apelación beneficiaba no solo a quien la había interpuesto, sino al resto de los perjudicados, aunque no hubieren intervenido en la apelación:

Les Costums de Tortosa 7,7,8: *Si se da sentencia contra dos o más, y uno de ellos se apela, pronunciada justa la apelación, no sólo ayuda al que se apeló, sí que también a todos aquellos que por la sentencia dicha fueron condenados, aunque no se hubiesen apelado por sí.*

[2] Si no se especificaba sobre qué puntos se apelaba, se entendía que se extendía al conjunto de la sentencia:

Les Costums de Tortosa.7,7,14: *Cuando alguno se apela simplemente de sentencia dada contra él, sin especificar los capítulos o caos en que fuere condenado, se entiende que se apela en todos aquellos en que se le condenó.*

Pero la parte que no se apela, mediante la dicha apelación consigue la ventaja de poder pedir la de su demanda en que el Juez no hubiese condenado al adversario, bien que sea éste el apelante y no él.

[3] Cabe la renuncia a la apelación interpuesta:

Les Costums de Tortosa 7,7,18: *El que hubiese apelado puede renunciar a la apelación si quiere, porque cada cual puede renunciar a su derecho.*

V

CONCLUSIONES

I. ELECCIÓN DEL TEMA: EL PROCESO

Todo trabajo científico –o académico– es, en sí mismo, un desafío. La Tesis Doctoral que presento a este Tribunal, no es una excepción. Y no lo es porque, como indica Obarrio Moreno, el estudio del proceso en un ámbito concreto, como el de **Les Costums de Tortosa**, supone el análisis no solo de las fuentes procesales del Ordenamiento en particular, sino la de las fuentes jurídicas, doctrinales y literarias que dieron origen a ese proceso, o lo que es lo mismo, supone el estudio del *ius commune* como el fenómeno que se extendió por toda la cultura jurídico-europea desde los siglos XII al XVIII, amparando toda nuestra tradición hasta llegar a nuestros días, donde podemos constatar que tanto nuestro código civil como nuestra LEC están imbuidos por principios, reglas, aforismos e instituciones propias del Derecho Romano.

Pero, ¿por qué el proceso? La respuesta nos la aporta, de nuevo, Obarrio Moreno: porque el proceso fue una de las vías de recepción más incisivas para que el Derecho Romano entrara tanto en las fuentes jurídicas como en la práctica jurídica, hasta el punto, escribe el autor, que: “Con la aparición de las primeras *Summae* medievales, de los primeros *libri de iudiciorum ordine* y, posteriormente, con la obra de los glosadores y comentaristas se advierte una nueva orientación en materia procesal, tendente a la introducción de antiguos procedimientos especiales, los cuales dieron entrada a un ejercicio efectivo del *ius puniendi* por parte de la autoridad real, lo que permitió no relegar los intereses particulares –la satisfacción o el castigo privado– en beneficio de una mayor actuación punitiva del Estado, motivo por el que el ámbito procesal se convirtió en una de las vías de aplicación del *ius commune* que subyacen en la realidad jurídica de los distintos Ordenamientos del medievo”..

II. METODOLOGÍA

La segunda cuestión que nos plantamos fue ¿qué metodología emplear? La duda la disipamos cuando comprendimos que, para la plena comprensión del Proceso en **Les Costums de Tortosa**, no cabía una sola lectura, había que acudir a múltiples textos que pudieran completar y aclarar las numerosas lagunas intertextuales, que necesariamente

había que suplir, por lo que entendimos que debíamos acudir a otras obras coetáneas: códigos, tratados, glosadores y comentaristas, así como a una amplia bibliografía, de la que éramos plenamente conscientes de que no podríamos abarcar en su totalidad, ni era, por otra parte, nuestra mayor preocupación. Esta se ceñía al estudio escrupuloso de los textos aportado.

Para alcanzar esta verdad hermenéutica que estriba en alcanzar el sentido auténtico del texto, hemos acudido a un método en concreto: el **método histórico-crítico**. Cabe entender, y así lo esgrimimos, que la hermenéutica, en su acepción amplia, es una teoría general de la interpretación, que por lo demás, no presenta una relación exclusiva con la exégesis. Mientras la exégesis se dirige a la explicación de los textos en general, la hermenéutica puede considerarse como la parte reflexiva de la exégesis en busca de la comprensión, y, por consiguiente, desborda ampliamente la exégesis, para, a través de un texto en concreto, hallar el contexto jurídico en el que se creó, desarrolló y consolidó.

Por esta razón, acudimos al **método histórico-crítico** como el presupuesto para la inteligencia de los textos de acuerdo con el sentido que tuvieron en el contexto de la tradición ius romanista, o, si se prefiere del ius commune, del que **Les Costums de Tortosa** son un claro exponente ese pensamiento histórico que tiene al Derecho romano, y al canónico medieval, como origen y fundamento de su verdad jurídica.

En virtud de este criterio, entendemos que el fundamento metodológico de esta Tesis Doctoral se encuentra en el estudio cuidadoso de los textos y de su confrontación con otras realidades, anteriores y coetáneas. Lo contrario nos llevaría –o así lo entendemos– a un estudio lineal del Derecho, como si este fuera una realidad estanca, que se fosiliza en un período concreto, en un espacio geográfico determinado y en virtud de un pensamiento jurídico propio. Admitir esta realidad sería falsear la Historia jurídica, tan viva, tan compleja y tan variable que es difícil abarcar en su totalidad, pero a esa empresa, compleja y sinuosa, nos hemos acercado con la honestidad que se presupone a todo doctorando.

III. EL JUEZ

Frente al sistema procesal de la Alta Edad Media, en el que predominaba la justicia privada –por tribunales arbitrales–, así como la concepción de que el rey encarna, siguiendo la vieja doctrina patristica, la *imago deitatis*, esto es, la imagen de un vicario de Dios en la tierra, lo que se traduce que la justicia no puede ser otra cosa que un mero sucedáneo del Derecho divino, un Derecho que debía ser aplicado por los monarcas, Frente a esta concepción punitiva del Derecho, la recepción del proceso romano-canónico conjuntamente con la *potestas iudicandi* del Rey –hasta el punto de que algunos juristas sostuvieron que el monarca tenía la potestad de alterar la substancia del proceso– trajo consigo una orientación pública de la administración de la justicia, lo que se tradujo, en palabras de Mayer, que esta quedara “en manos de jueces letrados”, quienes pasarían a gozar de la jurisdicción procesal en exclusividad, sin que ningún particular pudiera entrometerse, con la firme idea de alcanzar una verdad única objetiva, con la que poder restablecer el orden alterado, esto es, en el orden moral-legal, dar a cada uno lo que le corresponde según la *aequitas christiana*, a la que se llega a través del *ordo iudiciarius*. Esta nueva concepción, heredera del Derecho romano, trata de averiguar la verdad procesal, demostrando un hecho o un derecho; una verdad que ya no se hace patente con el recurso a medios sobrenaturales (ordalías) o puramente formales, tal como dominaba en el proceso germánico, sino con un sistema probatorio que se sustentaba en el binomio prueba plena-condena, el único capaz de llegar a convencer al juez.

Hemos podido comprobar cómo Graciano no atribuyó al proceso un valor absoluto, sino que lo concibe como un instrumento cognoscitivo al servicio de la justicia procesal, que no es otra cosa que la lucha por encontrar la verdad y restablecer la armonía dentro de la comunidad. Se llega así a la idea de que la substancia del proceso no se identifica con ninguna norma procesal concreta ni ninguna parte del proceso, sino los principios que lo guían: la búsqueda de la verdad objetiva y de la Justicia. Al de estos dos principios se sitúa la necesidad imperiosa de un juez, de las partes y de una sentencia. Una concepción que fue recogida en numerosos ordenamientos jurídicos

IV. DEMANDA. EL LIBELO

señalan autores como Roca Traver, y, en particular, Obarrio Moreno, si bien se ha afirmado que en el proceso del bajomedieval peninsular no se puede hablar de una delimitación precisa entre el proceso civil y el penal, la doctrina y la práctica procesal han puesto de relieve tanto la existencia de ambos procedimientos, como de un tercero: el proceso canónico, un proceso en el que el *ordo iudiciarius* adquiere un sentido técnico y una importancia fundamental, lo que determinará que la literatura jurídica, ya sea civil, canónica o procesal, fije cuáles son las partes intrínsecas del proceso, que, según Vantius, no eran otras que la *oblatio libelli*, la *citatio*, la *litis contestatio*, el *iuramentum calumniae*, la *causae cognitio* y la *conclusio in causa*.

A juicio de la doctrina, el proceso ordinario se distinguía fundamentalmente por la concurrencia de tres criterios esenciales, a saber:

[1] Presencia de la figura del juez, del actor y del reo.

[2] Incoación por escrito y a instancia de parte.

[3] Observancia estricta del *ordo iudiciorum*, lo que no impidió que en algunas fases o *tiempos* del proceso penal confluyeran principios y formalismos propios de aquél.

Cabe observar cómo en la mayoría de los Ordenamiento bajomedievales, siguiendo una práctica que aparece claramente recogida ya en *Las XII Tablas* (1,7), y posteriormente en las fuentes jurídicas alto-medievales, permiten a las partes la posibilidad de eludir el pleito mediante un acto de conciliación o de mera transacción.

Si no se llegaba a este acto de conciliación, el proceso bajo-medieval, siguiendo la estructura del procedimiento romano, se sustentaba sobre el principio que afirmaba que el pleito se incoaba cuando la demanda y su contestación era interpuesta por las partes ante el juez, para lo cual se instaba al reo a que aceptase el libelo el mismo día en que el actor interponía reclamación judicial ante el Justicia. Así, siguiendo la estructura recogida en los distintos *ordines iudicarii*, el proceso se iniciaba con la interposición, por escrito, de una acción o demanda ante el Tribunal competente, ya fuera para reclamar un derecho o un perjuicio sufrido por los actos de un tercero, por lo que la misma se convertía en el primer elemento del juicio ordinario.

Esta demanda, designada en las fuentes y en la práctica jurídica con el nombre genérico de libelo, *libell*, o *libellus*, debía atenerse, para alcanzar plena validez jurídica, a una serie de requisitos de naturaleza formal y material, entre ellos la presentación, sin engaño ni malicie, ante un juez competente, su plasmación por escrito, cuando sea hubiera realizado oralmente, y su inscripción por el escribano de la *Cort* en el libro de registro, así como su imposibilidad de ser alterado cuando hubiera comenzado el litigio.

V. LOS MEDIOS DE PRUEBA

El proceso bajo-medieval, a diferencia del alto-medieval, ordálico y sacral, se caracterizó por la racionalización de los medios probatorios, cuyo afianzamiento y desarrollo fue fruto de la elaboración doctrinal de los civilistas y canonistas insertos en la tradición del *ius commune*.

Esta realidad hizo que volvieran a imponerse las viejas reglas del Derecho romano, así como el binomio prueba-sentencia.

Con relación al *onus probandi*, el procedimiento alto-medieval, siguiendo los principios del ordenamiento germánico, atribuyó la carga de la prueba al demandado, al sustentar que éste era quien debía tener el conocimiento o la verdad de los hechos esgrimidos en juicio, lo que le diferenciaba de la parte actora, porque esta se hallaba dentro del ámbito de la sospecha o de los meros indicios. Por esta razón, el Derecho germánico asumió como propia la idea de que la prueba no se tenía que tomar como una carga sino, más bien, como un derecho o privilegio, esto es: como un *ius probandi* frente al actor-demandante, de forma que al demandado se le permitiese rehuir todos los peligros que concernían al uso desmedido de las pruebas ordálicas, toda vez que estas se basan en prejuicios o en valoraciones meramente subjetivas.

Con la recepción de los principios del derecho romano en materia procesal, esta concepción empieza a declinar a mediados del siglo XII, justo en el momento en que se empieza a tomar en consideración, de forma generalizada el principio tomado del *Corpus Iuris Civilis: onus probandi incumbit qui dicit*, lo que permitía que la carga de la prueba recayendo, de nuevo, no en el demandado sino sobre el actor.

Con relación a la naturaleza jurídica de la prueba, no se puede negar que ésta se convirtió en una fase esencial y decisiva del proceso, lo que exigía establecer una prueba no subjetiva u ordálica, propia del Derecho altomedieval, sino una prueba objetiva y suficiente, esto es, de una *plena probatione* que imposibilitaría que el juez, en virtud de su *potestas*, pudiera condenar a un reo por una mera sospecha o presunción, o por una circunstancial prueba, lo que evidencia, en última instancia, la influencia del

Derecho romano, así como del canónico, en particular, de las *Decretales* y del *Decreto* de Gregorio IX.

Dentro de los medios de prueba destaca la importancia del juramento, especialmente el de calumnia, tendente siempre a demostrar que las partes actuaban en virtud de un criterio de verdad y no con una malicia previa; las dos pruebas reinas: la prueba documental y la testifical, siendo ambas objeto de debate doctrinal en torno a la supremacía en el ámbito probatorio, no dándose una solución unívoca, sino particular en cada caso concreto o en cada autor. Asimismo se mantiene el valor de prueba plena de la confesión y de pruebas semiplenas de los indicios o presunciones. Con relación al duelo judicial y a las ordalías, a diferencia de otros Ordenamientos coetáneos, como en los *Furs* de Valencia, en *Les Costums* de Tortosa se prohibió de forma taxativa.

En suma, la prueba no solo se convierte en la pieza medular del proceso, sino en el referente básico de la nueva forma de entender la realidad procesal, muy alejada de la subjetividad altomedieval, para centrarse en una visión garantista y reglada del procedimiento.

VI. ALEGACIONES

Una vez que se había sustanciado el período probatorio, se inicia el último acto judicial: la presentación de las alegaciones que realizaban las partes ante el magistrado.

Su estructura la hallamos recogida en los distintos *Libri de iudiciorum ordine*. En concreto, Gratia recuerda que una vez realizada la prueba testifical, el juez debía asignar a las partes un tiempo para alegar sobre lo dicho y probado, objetándolas por falsedad, lo que les permitía alegar contra los documentos o pruebas presentadas con las que convencer al juez.

La finalidad de la alegación no era otra que una declaración sobre las pruebas aportadas en el juicio, lo que ha traído consigo el derecho a alegar o a aprobar sobre su contenido o extensión.

Con relación al orden en que se procedía a las alegaciones, los tratadistas nos informan que, en virtud de la regla: *qui prior appellat, prior agat*, primero, el actor procedía a presentar sus alegaciones; realizadas estas, a su vez, el reo procedía a reprobar las pruebas y alegaciones presentadas por el actor.

Finalmente, las partes o, en su defecto, sus abogados presentaban, en un único escrito, en el plazo de diez días, cuantas alegaciones jurídicas pudieran beneficiar a su causa.

VII. LA SENTENCIA

El juez, consciente de que gran parte de las actuaciones realizadas en el proceso no se habían llevado a cabo en su presencia, sino ante los escribanos o notarios, recurre, por lo general, a la figura del relator o a la del escribano. En ambos casos, lo que se pretendía era que los relatores o los escribanos le hiciesen una breve relación de los hechos, de las pruebas practicadas y demás actuaciones procesales, con el fin de eludir la tarea de revisar todas las actas del proceso, lo que determinaba, como apunta Alonso Romero, que en un gran número de procesos el resultado final del juicio dependía de la objetividad y exactitud de la relación llevada a cabo por estos oficiales.

Una vez redactada y unida a los autos, se procedía, previo pago del salario a jueces, notarios y escribas, a su notificación y pronunciamiento formal.

De esta forma, la práctica procesal enseña que, con carácter general, una vez obtenida la relación del proceso, el juez, con el fin de cumplir el requisito legal de no dictaminar basándose en meras presunciones o indicios, sino según lo alegado y probado, se hacía asesorar por un consejo de prohombres, formado por dos o tres personas con ciertos conocimientos en Derecho. Recibido su consejo, el juez, o su delegado, y una vez finalizado el período de presentación de las pruebas alegadas por las partes, así como el registro, recogido por escrito, de las actuaciones judiciales, el juez procedía a la resolución del litigio mediante sentencia definitiva, sin costas procesales para las partes.

Siguiendo los principios del proceso romano-canónico, y siguiendo la máxima que establece *sententiam corrigere non potest Iudex, nisi in accessoriis*, se daba copia a la parte que lo solicitara, quedando la sentencia original, ya fuera definitiva o interlocutoria, registrada en el archivo de la *Cort* y en los libros de notaría, de esta forma, la sentencia se convertía, tal y como acabamos de señalar, en el acto final del proceso, al pronunciar, en su breve enunciado, la absolución o condena del hecho litigioso; diferenciándose, así, de las sentencias interlocutorias, en las que el juez únicamente se pronunciaba sobre las cuestiones preliminares o adyacentes que las partes hubieran podido suscitar a lo largo de la controversia.

Frente a lo que sucedía en el período alto-medieval, el pronunciamiento de la sentencia definitiva estaba sujeto a determinados requisitos formales y materiales, de los que hemos dado buena cuenta en la presente Tesis Doctoral.

VIII. EL VALOR DE COSA JUZGADA

Una vez dictada la sentencia esta, si no se recurría, alcanzaba el valor de cosa juzgada, esto es, se tiene por verdad. Este principio general, vigente en nuestro derecho español, procede de una *regula iuris* del Derecho romano. Su origen se encuentra en el jurista Ulpianus –*libro primo ad legem Iuliam et Papiam*–, estando recogida en el Digesto de Justiniano 1,5,25.

De su contenido, la doctrina ha deducido dos esferas de protección:

[a] Cuando una sentencia no puede ser atacable, goza de fuerza de **cosa juzgada formal**, porque formalmente no resulta ya discutible (preclusión de los medios de impugnación; cierre de la relación jurídico-procesal).

[b] Cuando no es atacable ni indirectamente, esto es, cuando no cabe abrir un nuevo proceso sobre la misma cuestión, entonces goza de fuerza de **cosa juzgada material**, porque lo que se impide es la discusión de una cuestión ya dirimida.

En consecuencia, cosa juzgada formal y cosa juzgada material son las dos especies básicas del instituto general de la cosa juzgada, que denotan la firmeza y autoridad de la cosa juzgada, respectivamente.

No obstante lo expuesto, esta verdad procesal no nos debe llevar a sostener que no se deba tener en cuenta la posibilidad de una sentencia injusta, lo que siempre posible en un proceso en el que la resolución depende de la valoración de los hechos y pruebas presentadas. Con todo, reconocer la eficacia de la cosa juzgada es decir que la sentencia dictada en juicio no significa otra cosa que esta debe prevalecer sobre cualquiera otra disposición del legislador. En este sentido, los viejos adagios sobre la omnipotencia del juez *res iudicata facit de albo nigrum* y *aequat quadrata rotundis* vienen a expresar, de forma sintética, pero muy clara, una cierta superioridad del juez sobre el legislador. Es lógico que así sea porque, dada la naturaleza de la cosa juzgada, así como las exigencias de la justicia y de la certeza, la firmeza y autoridad de la sentencia son efectos absolutamente necesarios para el desarrollo de la vida jurídica, lo que lleva a sostener que

la misma justicia de la sentencia no se debe sacrificar salvo que se den claros efectos de nulidad, ya sea por error o vicio manifiesto.

IX. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La trascendencia jurídica de esta fase del proceso, unida a la inseguridad jurídica que las numerosas lagunas legales habían originado, motivó una extensa elaboración por parte de la doctrina y de la práctica forense, construida sobre la amplia obra que el *ius commune* había creado en torno al proceso.

En este sentido, y con la finalidad de no dar un excesivo margen al arbitrio judicial, la doctrina y el estilo judicial, aún con titubeos, consiguieron dar homogeneidad a los conceptos, principios y esquemas que el proceso romano-canónico había aportado, propiciando tanto la extensión de los escasos preceptos legales, como la adecuación de los mismos a la realidad jurídica.

A tenor de los textos y de la doctrina, la ejecución de la sentencia se convertía no sólo en el último acto judicial, sino que a través de la misma la resolución judicial alcanzaba plena validez, al permitir, a través de nuevos medios procesales, que ésta no se desvaneciera *–imo sententia evanescit si executioni non deducatur–*, de ahí que para Tancredo, no era suficiente con la sentencia, esta necesitaba de su plasmación fáctica, esto es, con su ejecución.

X. LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Aunque la apelación pervivió en el período denominado por Schioppa “L’età preirneriana”, la rigidez estructural del proceso alto-medieval, de carácter subjetivo y ordálico, y la ausencia de un poder real que hiciera posible el ejercicio efectivo del *ius puniendi* propició que el litigio concluyese por el allanamiento de la parte que se consideraba vencida o por sentencia, lo que explica “la rarità dell’apello nel diritto altomedievale”.

Frente a esta concepción no sujeta a los principios del proceso racional y de la prueba legal tasada, propia del ordenamiento jurídico alto-medieval, durante la Baja Edad Media, con la recepción del *ius commune*, se favoreció la inserción de nuevos sistemas procesales, gracias a la consolidación del poder real y de la *plenitudo potestatis* pontificia, lo que provocó que se pudiera asentar la idea de la justicia, inherente a la realeza (Vid. Alfonso X el sabio), así como un proceso que volvía a tener como eje central el otorgar garantía de los particulares frente al *ius puniendi* del Estado y a cuantos agresores tuviera que hacer frente.

Como apuntan Aikin Araluce y Obarrio, dos elementos se dieron la mano: la necesidad de preservar el bien público recientemente instaurado, y el interés por consolidar una justicia rápida y eficaz. Ambos elementos propiciaron que se pudiera arbitrar mecanismos de control que permitiesen corregir la inseguridad jurídica provocada por las excesivas atribuciones judiciales, que siempre provocaban el lógico, y frecuente, error judicial. Por este motivo, y con la finalidad de evitarlo o corregirlo se volvió a poner énfasis en el estudio del recurso de apelación, ya que con él se propiciaba la posible suspensión de una sentencia y el traslado, a tenor del principio *Nemo sit iudex in causa sua*, de su conocimiento a un juez o un tribunales superior –*ad quem*–. En este sentido, Aikin Araluce sostiene que en virtud de este principio, que será retomado por el poder real, se estableció “de modo eficaz la presencia de la autoridad real, tanto en las tierras de señorío como en las de realengo”, al propiciar la interposición de una apelación judicial en un tribunal real, como un remedio de derecho natural.

VI

FUENTES LEGALES

Brachylogus juris civilis. Ed. BÖKING, E. Berlin, 1829.

Lo Codi. Ed. ARIAS BONET, J. A. Madrid, 1.984.

Concilium Lateranense II-IV. Ed. *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*. Vol. XX. Graz, 1.961.

El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices. Ed. D'ORS, A., En *Estudios Visigóticos. II*. Roma-Madrid, 1.960.

Corpus Iuris Civilis. Ed. Kriegel, Hermann, Osenbrüggen, 1.828-43.

Corpus Iuris Civilis. De. Mommsen, Krüger, Schöl, Lroll, 1.868-1.894.

Costums de Tortosa. Ed., FOGUET MARSAL, R., Tortosa, 1.912.

Las Costumbres de Tárrega. Ed., FONT RIUS, J.M.^a, En A.H.D.E., 23 (1.953).

Decretales de Gregorio IX. Ed. FRIEDBERG, A. Lipsiae. 1.881. Versión medieval española, MANS PUIGGARNAU, M. Barcelona, 1.940.

Espéculo. Ed. Los Códigos españoles concordados y anotados. Madrid, 1.847.

Fori Antiqui Valentiae. Ed. DUALDE SERRANO, M., Madrid-Valencia, 1.960-1.967

Fuero de Plasencia. Ed., BENAVIDES CHECA, J., Roma, 1.896.

Fuero de Cuenca. Ed., UREÑA Y SMENJAUD, R., Madrid, 1.935.

Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. Ed., CASTRO, A. y ONIS, F. DE. Madrid, 1.916.

Fuero de Molina de Aragón. Ed., SANCHO IZQUIERDO, M. Madrid, 1.916.

Fuero de Brihuega. Ed., CATALINA GARCÍA, J. Madrid, 1.887.

Fuero de Jaca. Ed., RAMOS Y LOSCERTALES, J.M. Barcelona, 1.927.

Furs de Valencia. Ed. COLÓN, G. y GARCÍA, A., Barcelona, 1.970-1.999.

Fuero de Aragón. Ed. Tilander, 1.965.

Fuero Juzgo. Ed. de La Real Academia Española. Madrid, 1.815.

Los Usatges de Barcelona. Ed., VALLS TABERNER, F., Barcelona, 1.984.

Usatges y otros Derechos conocidos en general con el nombre de Constituciones de Cataluña. VIVES Y CEBRIÁ, P. N., Barcelona, 1.832.

- Los Usatges*. ROVIRA I ERMENGOL, J., Ed. Barcelona, 1.933.
- Vidal Mayor*. Ed. CABANES PERICOT, M^a. Zaragoza, 1996.
- Fuero de Madrid*. Ed., GALO SÁNCHEZ, Madrid, 1.932.
- Cortes del reinado de Carlos I*. Ed., GARCÍA CÁRCEL, R., Valencia, 1.972.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano*. GARCÍA DEL CORRAL, I.L., Barcelona, 1.889.
- Furs, capítols, provisions e actes de cort fets per lo sereníssimo don Phelip en lo any M.DXXXXVII*. Reed. Valencia, 1.991.
- Furs, capítols, provisions e actes de cort fets en lo any M.D.LII*. Reed., Valencia, 1.991.
- Furs, capítols, provisions e actes de cort fets y atorgats per la S.C.R.M. del rey don Phelip en lo any M.D.LXIII*. Reed., Valencia, 1.991.
- Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*. Ed. Los Códigos españoles concordados y anotados. Madrid, 1.848.
- Fuero General de Navarra*. Ed., ILARREGUI LAPUERTA, P., Pamplona, 1.869.
- Edictus Roth*. Monumenta Germaniae Historica, IV. Ed., PERTZ, G. H., Hannover,
- Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad*. I-IV. Salamanca, 1.555. Facs. B.O.E., Madrid, 1.974.
- Costumbres de Lérida*. Ed., LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, P., Barcelona, 1.946.
- Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*. OLIVER ESTELLER, B., Madrid, 1.876-1.881.
- Fori Regni Valentiae, 1547-1548*; Ed. PASTOR, J.F., reedic. anast. Valencia, 1.990.
- Institutiones, Digesta*, MOMMSEN, Th., reed., Dublin/Zürich, Weidmanan, 22^a ed., 1.973

VII

FUENTES DOCTRINALES

- AMATO, A. De, *Variae resolutiones Iuris, Forenes et Practicables*. Lugduni, 1688.
- AZONIS, *Lectura Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. VIORA, M., 1.966.
- BALDUS DE UBALDIS, *Ad tres priores libros decretalium Comentaria*. Ed. Lugduni, 1.585. Reed. Aalen, 1.970.
- BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria in primam (et secundam) Codicis partem*. Venetiis, fo. 78. 3.
- BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum Iurisprudentiae forensis Valentinae, romanorum iuri mirifici accomodatae*. Valencia, 1.690.
- BASSIANUS, J., *Libellus de ordine iudiciorum*. Bibliotheca iuridica mediii aevi (Scripta anécdota antiquissimorum glossatorum). Ed. TAMASSIA, N. palmieri. G. B., Bononiae, II, 1892.
- BELLUGA, P., *Speculum Principum ac iustitiae*. Paris, 1.530.
- CANCER, I., *Variae Resolutiones iuris caesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae*. Tours, 1.635.
- CARLEVALIO, T., *Diputationum iuris variarum ad interpretationem regiarum legum regni Castellae*. Valentiae, 1768.
- CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra y para preladados en lo espiritual*, Madrid, 1775.
- CERDÁN DE TALLADA, T., *Veriloquium en reglas del Estado, según derecho divino, natural, canónico y civil y leyes de Castilla*. Valencia, 1604. Cap. *Visita de la cárcel y de los presos*.
- COVARRUBIA DE LEIVA, S., *Practicarum Quaestionum Liber unicus*. Salamanca, 1.556.
- CRESPÍ DE VALDAURA, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ, et egiae Audientiae Valentinae*. Lugduni, 1.730.
- DA TRANI, G. *Summa super titulis Decretalium*. Lyon, 1519, reed. Aalen, 1.992.
- DE RAVANIS, I., *Lectura super Codice*. Reed. Bolonia, 1.967.

- FONTANELLA, J. P., *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Lyon, 1668.
- FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus, sibe capitulis matrimonialibus*. I-II. Ginebra, 1648
- GRATIANUS, S., *Disceptationes forensium Iudiciorum*. Lugduni, 1673.
- GÓMEZ, A., *Variae resolutiones iuris civilis, communis, et regii*. Lugduni, 1.701.
- HEVIA DE BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, Madrid, 1747.
- HOSTIENSIS, *Summa Aurea*. Venetiis, 1570.
- IRANZO, J. G., *Praxis protestationum*. Valencia 1667.
- IRNERIUS, *Summa Codicis*. De. FITTIN, H. Berlín, 1894.
- LEÓN, F. J. DE, *Decisiones Sacrae Regiae Audientia Valentinae*. Matriti, 1.620.
- MARANTA, R., *Aurea praxis ... vulgo speculum aureum et lumen advocatorum: cum additionibus clarissimi I.C. Petri Follerii a S. Severino innumeris locis locupletato et adaucta ...* . Lugduni, 1585.
- MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de re criminali*. Lugduni, 1.675.
- MATHEU I SANZ, L., *Tractatus de regimine urbis et regni Valentiae*. Lyon, 1.704.
- MATHEU I SANZ, L, *Tratado de la celebración de Cortes Generales del reino de Valencia*. Valencia 1.677, reed. Valencia, 1.982.
- MERLINUS, M., *De pignoribus et hypothecis Tractatus absolutissimus*. Genevae, 1661.
- MOLINO, M. Del, *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*. Zaragoza, 1.585.
- MORLÁ, P. A., *Emporium utriusque iuris quaestionum in usu forensic ad moduum frequentium*. Valencia. 1599.
- OLENDORP., J., *Opera*. Basel, 1559, reed. Aalen, 1966.
- PAREJA Y QUESADA, G. DE, *Praxis edendi sive instrumentorum editione tractatus*. Lugduni, 1668.
- PETRUS DE BELLAPERTICA, *Commentaria in Digestum Novum Repetitiones Variae*. Reed. Bologna, 1.969.

- PLACENTINO, *Summa Codices*. Monguntiae, 1536. Rub. *De confesis*, fo. 355.
- PORTOLÉS, H., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Arago*. Zaragoza, 1.590.
- RIPOLL, A. DE, *Annotationes factae per nobilem Don Accacium de Ripoll ad praxim civilem Cathaloniae nobilis Ludovici de Peguera*. Barchinonae, 1649.
- SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*. Lyon, 1.672.
- SCACCIA, S., *Tractatus de appellationibus*. Venetii, 1.667.
- SCACCIA, S., *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium*. Venetis, 1663.
- SCOPPA, N. V., *Theorico-practicae observationes ad Rotae Provinciae Marchiae Decisiones Stephani Gratiani*. Napoli, 1676.
- SESSÈ, J. DE, *Inhibitionum et Magistratus Iustitiae Aragonum Tractatus*. Barcinonae, 1607.
- SESSÈ, J. DE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et curiae domini iustitiae Aragonum, causarum civilium et criminalium*. Zaragoza, 1615.
- SUÁREZ, R., *Opera Omnia*. Duaci, 1.612.
- TARAZONA, P.H., *Institucions dels furs i privilegis del Regne de València*. Valencia, 1.580; reedic. anastas. Valencia, 1.984.
- TRULLENCH, J. G., *Opus morale, sive in decem decalogi, et quinque eccles. praecepti, absolutissima et resolutoria expositio, ex optimorum novissimorumque doctorum probatissima doctrina deprompta*. Valencia, 1640.
- VALENZUELA VELÁQUEZ, J. B., *Consilium sive responsorum iuris*. Matriti, 1653.
- ZASIUS, U., *Opera Omnia*. Lyon, 1550. Reed. Aalen, 1.964.

VIII

TRATADOS DE PRÁCTICA PROCESAL

- JACOBO DE LAS LEYES, *Summa delos nove tiempos delos pleytos*. Ed. UREÑA, R. y BONILLA, A., en Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII. Madrid, 1.924.
- De appellationibus*. Anónimo. Ed. PADOA SCHIOPA, A., *Richerche sull'appello nel Diritto intermedio*. II. Milano, 1.970.
- EXCLUVE, V. J., *Praeclarae artis notariae tomi duo. Contractum dilucidat formulas complectentes, clausularumque census, recentem et expeditam expositionem. Elechum similiter contentorum copiosissimum*. Valencia, 1643.
- DURANDUS, G., *Speculum iudiciale*. Basel, 1574. Reed., Aalen, 1975
- PILLIUS, *Summa de ordine iudiciorum*. Ed. BERGMANN, F.C.H., Aalen, 1.965.
- Practica valentina cum adnotasionibus et provisionibus quibus comuniter utuntur doctores. Tractatus 2us. De les causes criminals*. Ed., GARCÍA EDO, V. En vías de publicación.
- PILLIUS, M., *Quaestiones Sabbatine*. En *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*. Ed. VIORA.1967.
- TANCREDUS BONONIENSIS, *Ordo iudiciarius*. Ed. BERGMANN, F. CH. Aalen, 1965.
- GRATIA ARETINI, *Suma de iudiciario ordine*. Ed. BERGMANN, F.C.H., Aalen, 1965.
- JACOBO DE LAS LEYES, *Flores del Derecho*. Ed. UREÑA, R. y BONILLA, A., en Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII. Madrid, 1.924.
- JACOBO DE LAS LEYES, *Doctrinal*. Ed. UREÑA, R. y BONILLA, A., en Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII. Madrid, 1.924.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA, F., *Summa Aurea de Ordine Iudiciario*, Ed. PÉREZ MARTÍN, A. Recogida en “El ordo iudiciarius < Ad summariam notitiam> y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana. II. Edición de Textos”, *HID*, 9 (1.982).

Summa aurea de ordine iudiciario de Fernando Martínez de Zamora. “El ordo iudiciarius <ad summariam notitiam> y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana II. Edición de textos”. Ed., PÉREZ MARTÍN, A., *HID*, 1.981.

Practicum Caussarum Civilium. Ed. CALZADA GONZÁLEZ, A. y OBARRIO MORENO, J. A. Valencia. 2000.

IX

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ABELLÁN, M., “Sententia” y “res iudicata”. Conceptos romanos y evolución posterior”.
En *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*. I. 1988.
- AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el Derecho castellano*. Madrid, 1982.
- ALBANESE, B., “La nozione del furtum fino a Nerazio”. En *Annali Palermo*, 23 (1953).
- ALBANESE, B., “Furto (storia)”. En *Scritti Giuridici*. I. Palermo, 1991.
- ALVARADO PLANAS, J., *El problema del Germanismo en el Derecho Español. Siglos V-XI*, Madrid, 1997.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., “Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca”. En *Estudios de teoría general e historia del proceso. (1.945-1.972)*. Méjico. 1.974.
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “Estudio histórico del delito de falsedad documental”. En *A.H.D.E.*, 42, (1972).
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El delito de falsedad testimonial en el Derecho español. En *H.I.D.*, 2 (1976).
- ALEJANDRE GARCÍA, J. A., “El delito de falsedad documental”. En *H.I.D.*, 3 (1976).
- ALESSI PALAZZOLO, G., *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Nápoles, 1984.
- ALONSO ROMERO, M^a P., “El Proceso penal en el Fuero de San Sebastián. En *Congreso “El Fuero de San Sebastián y su época”*. San Sebastián, 1982.
- ALONSO ROMERO, M^a P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVII)*. Salamanca, 1982.
- ALONSO ROMERO, M^a P., “El proceso penal en la Castilla moderna”. En *ESTUDIS*, 22 (1996).
- ALVARADO PLANAS, J., *El problema del germanismo en el Derecho español. Siglos V-XI*. Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Curso de Derecho Romano, Introducción, cuestiones preliminares. Derecho Procesal civil romano*. Madrid, 1955.

- ARANGIO-RUIZ, V., *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*. Roma, 1946.
- ARENDT, H., *La vida del espíritu. El pensar, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*, Madrid, 1984.
- ARIAS BONET, J.A., "Prueba testifical y obvagulatio en el antiguo derecho romano". En *Estudi P. De Francisci*, I. Milán, 1975.
- ARIAS BONET, J. A., "Las reglas del Derecho en la Séptima Partida". *AHDE*, 48 (1978).
- ARROYO MENA, C., "Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso laboral", *La Ley*, núm. 4211, 1997.
- ARU, L., *Il processo civile contumaciale*. Roma, 1934, Reed. Roma, 1971.
- BENITO FRAILE, E. J. De, "Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la Recepción del derecho común hasta la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881". En *GLOSAE*, I (1988).
- BARRERO, A. M^a., "El Derecho romano en los Furs de Valencia de Jaime I". En *AHDE*, 41, 1971.
- BECCARIA. C., *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Madrid. 2014.
- BENTHAM. J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Santiago de Chile, 2020.
- BERMÚDEZ AZNAR, A., "La abogacía de pobres en la España medieval". En *A pobreza e assistência aos Pobres na Península Ibérica a Idade Media. Actas de las Jornadas Luso-Espanholas de História Medieval*. Lisboa, 1.977.
- BERMÚDEZ AZNAR, A., "Pobreza y proceso en la legislación indiana de los siglos XVI-XVII". En *Homenaje a ISMAEL SÁNCHEZ BELLA*. Pamplona, 1.992.
- BERMÚDEZ AZNAR, A., "El asesoramiento judicial en los pleitos reales valencianos de la Baja Edad Media". *AHDE*, 67 (1999).
- BERMÚDEZ AZNAR, A., "El carácter preventivo de la prisión en el Derecho indiano". En *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano*. Buenos Aires, 1.997.
- BERNAD SEGARRA, L.- OBARRIO MORENO, J. A., *Manual práctico de tradición romanística*, Madrid, 2010.

- BESNIER, R., “Inquisitiones” et “Recognitiones”. Le nouveau système des preuves à l’époque des Coutumiers normands”. En *R.H.D.F.E.*, (1950).
- BETHMANN- HOLLWEG, M. A. von, *Der civilprocess des gemeinen Recht in geschichtlicher Entwicklung*. Bonn, 1864-1874.
- BIONDI, B., “*Summantim cognoscere*”. En *BIRD*, 1920.
- BIONDI, B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*. Roma, 1913.
- BROGGINI, G., “La preuve dans l’ancien Droit romain”. En *R.S.J.B.*, 17 (1965).
- BROGGINI, G., *La prova nel processo romano arcaico*. Coniectanea, 1966.
- BROWN, P., *Society and Supernatural: A Medieval Change*. Society and the Holy in Late Antiquity, Berkeley-Los Angeles, 1998.
- BRUNNER, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*. II. Reed. Berlín, 1958.
- BRUNNER-SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico*. Barcelona, 1936.
- BUIGUES OLIVER, G., *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: El arbiter ex compromisso*. Madrid, 1990.
- BUIGUES OLIVER, G., *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho romano. (Premisas para un estudio de la Restitutio in integrum)*. Valencia, 1992.
- CABRAL DE MONCADA, L., “O duelo na vida do direito”. En *A.H.D.E.*, 2 (1925).
- CALAMANDREI, P., “La teoria dell’error in iudicando nel diritto italiano intermedio”. En *Studi sul processo civile*. Padova, 1930.
- CALAMANDREI, P., *La cassazione civile*, Roma 1920.
- CALASSO, F., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2ª ed. Milano, 1949.
- CALASSO, F., *I Glossatori e la teoria della sovranità*. Milán, 1957. *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento Medievale*. Milán, 1965.
- CALZADA GONZÁLEZ, A., “El principio *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* y su recepción en los Furs y en Les Costums de Tortosa”, *La prueba y medios de prueba: De Roma al Derecho moderno*, Madrid, 2000.
- CAMACHO-EVANGELISTA, F., “La “epistula” de Claudio Quartino y el proceso en contumacia en las provincias (provincia Tarraconense)”. En *RIDA*, 11, (1964).

- CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, 1996.
- CARPINTERO, F., “Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *Ius Commune*, 6 (1977).
- CARPINTERO, F., “En torno al método de los juristas medievales”, *AHDE*, LII (1982)
- GARCÍA CAMIÑAS, J., “El iusiurandum calumniae en la editio actionis y en la editio rationum del argentarius”, *Anuario da Facultade de Dereito*, 8 (2004).
- CANET APARICI, T., “Procedimiento de control de los oficiales regios en la Corona de Aragón. Consideraciones sobre su tipología y evolución en la época foral moderna”. En *Estudis*, 13 (1988).
- CARLÉ, M. C., “Boni homines” y hombres buenos”. *CHE*, 29-40 (1964).
- CARLÉ, M. C., *El concejo medieval castellano-leonés*. Buenos Aires, 1968.
- CARNELUTTI, F., “Contro il processo fraudolento”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926.
- CARNELUTTI, F., *La Prueba Civil*, Buenos Aire, 1982.
- CERDÁ RUÍZ- FUNES, J. “Fueros municipales”. En *NEJS*, X.
- CERDÁ RUÍZ-FUNES, J., “La Margarita de los Pleitos” de Fernando Martínez de Zamora” En *AHDE*, 20 (1950).
- CERDÁ RUÍZ-FUNES, J., “En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media”. En *A.H.D.E.*, 23 (1962).
- CERDÁ RUÍZ-FUNES, J., “La “Inquisitio” en los furs de Valencia y en el “Llibre de las Costums de Tortosa”. En *A.H.D.E.*, 50 (1980).
- CERVENCA, G., “Osservazioni sulla restitutio litis a favore dell’assente nella cognitio extra ordinem”. En *IURA*, 12 (1961).
- CISCAR PALLARES, E., “La <Ferma de Dret> en el Derecho foral valenciano”. En *AHDE*, 62 (1992).
- COING, H., *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodologicas)*, Sevilla, 1977.
- CORTESE, E., “Contumacia”. En *Enciclopedia del diritto*, 10 (1962).

- CHABÁS, R., *Génesis del Derecho foral de Valencia*. Valencia, 1902. Reed., Valencia, 1990.
- COLLINET, P., “La nature des Querelae des origenes à Justinian”. *SDHI*, 19 (1953).
- DELLA ROCA, F., *La nullità della sentenza nel diritto canonico*. Roma, 1939.
- D’ORS, A., *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, índices*. Estudios Visigóticos, II. Roma-Madrid, 1960.
- DE MARTINO, F., “In torno all’origene della schiavitù a Roma”. En *Labeo* 20 (1974).
- DEKKERS, R., “Des ordalies en droit romain”. En *R.I.D.A.*, 1 (1948).
- ECO, U., *Cómo se hace una Tesis; técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, Barcelona, 1998.
- ECO, U., *Apostillas a “El nombre de la rosa”*, Barcelona, 1988.
- ECO, U., *Los límites de la interpretación*, Barcelona, 1992.
- ECO, U., *Lector in fabula. La cooperación interpretativa en el texto narrativo*, Barcelona, 1981.
- ECO, U., *El péndulo de Foucault*, Barcelona, 1989.
- ECO, U., *El nombre de la rosa*, Barcelona, 1983.
- ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu’à nos jours*. París, 1882.
- FABRINI, “Per la storia della ‘Restitutio in integrum’”. *Labeo* 13 (1967).
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos. (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona, 1953.
- FAIREN GUILLÉN, V., “La clasificación de los procesos y procedimientos. El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios”. En *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid, 1955.
- FAIREN GUILLEN, V., *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia. (Contra la doctrina de la litis contestatio)*. Barcelona, 1950.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Clasicidad y utilidad del estudio del Derecho Romano”, *Boletín Oficial del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6 (1987).

- FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio "Testis unus testis nullus" en el derecho procesal español*. Madrid, 1979.
- FIORELLI, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. Roma, 1953- 1954.
- FLINIAUX, "Les effects de la simple absence dans la procédure de l'ordo iudiciorum privatorum à l'époque de Cicéron (pro Quintio, XIX, 60; in Verrem, II, 2,22-26). En *Studes Girad*, Paris, I (1912).
- FONT RIUS, J. M^a., "La recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media". *Recueil de memoires et travaux publié par la Société d'Historie du Droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*. Fascículo VI. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Montpellier. 1967.
- FREZZA, "Ordalia e legis actio sacramento". En *A.G.*, 142 (1952).
- GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, Salamanca, 1993.
- GADAMER, H.-G., *El elogio de la teoría. Discursos y artículos*, Barcelona, 1993.
- GANSHOF, F.L., "La preuve dans le droit franc". *B.S.J.B.*, 17 (1965).
- GARCÍA DE DIEGO, V., "Historia judicial de Aragón en los siglos VIII al XIII". En *A.H.D.E.*, 11 (1934).
- GARCÍA EDO, V., "La redacción y promulgación de la "Costum" de Valencia". En *Anuario de Estudios Medievales*, 26/2 (1996).
- GARCÍA GONZÁLEZ, J., "El juramento de Manquadra". En *A.H.D.E.*, 25 (1955).
- GARCÍA MARÍN, J. M., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*. Sevilla, 1974.
- GARCÍA SANZ, A., "Las apelaciones en el Consulado". *BSCC*, 27 (1961).
- GARCÍA SANZ, A., "Las consuetudines ilerdenses y los Furs de Valencia". En *B.S.C.C.*, 41 (1965).
- GARCÍA SANZ, A. "El documento notarial en derecho valenciano hasta mediados del siglo XIV. Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV". En *Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática*. Valencia, 1988.

- GARCÍA SANZ, A., “El jurista Pere Albert i la seva obra”. En *Estudis històrics y documents dels arxius de protocols del Col·legi de Notaris de Barcelona*. Barcelona, 1996.
- GARCÍA-GALLO, A., “Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho Español”. *La Justicia municipal en sus aspectos técnico y científico*. Madrid, 1946.
- GARCÍA-GALLO, A., “El Derecho local y común en Cataluña, Valencia y Mallorca. Diritto Comune e Diritto locali nella storia dell’Europa”. En *Atti del Convegno di Varena*. Milán. 1980.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Del Mito y la Razón*. Madrid, 1968.
- GARCÍA PONS, E., “El periodo a considerar en el derecho a un juicio justo”, *Revista de Administración Pública*, Nº. 151 (2000).
- GAUDEMET, J., “Les ordalies au Moyen Âge: doctrine, legislation et pratique canoniques”. En *B.S.J.B.*, 17 (1965).
- GHISALBERTI, C., “La teoria del notorio nel diritto comune”. En *Annali di Storia del Diritto*, I. Milán, 1957.
- GIBERT, R., “El Derecho medieval de la Novenera”. En *A.H.D.E.*, 21-22 (1951-52), separata.
- GIBERT, R., “La paz del camino en el Derecho medieval español”. En *AHDE*, 27-28 (1957-58).
- GILISSEN, J., “La preuve en Europe du XVI au debut du XIX siècle. Rappot de synthèse”. En *R.S.J.B.*, 12 (1962).
- GILISSEN, J., *Introducción Historique au Droit. La preuve*. Bruselas, 1979.
- GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme iuridiche romane*. Roma, 1955.
- GLASSON, “Etude historique sur la clameur de haro”. En *NRHDDFE*, 6 ((1882).
- GOLDSCHMIDT., J., “Derecho Procesal Civil”, *Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Labor, 1936.
- GÓMEZ IGLESIAS CASAL, A., *Citación y comparecencia en el procedimiento formulario romano*. Santiago de Compostela, 1984.

- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *El Proceso Penal: tratamiento jurisprudencial*, Oviedo, 2004.
- GONZÁLEZ ALONSO, B., “Los delitos patrimoniales en el Derecho pirenaico local territorial”. En *AHDE*, 41 (1971).
- GRAULLERA SANZ, V., “El verdugo de Valencia en los siglos XVI y XVII. Ejecución de sentencias”. En *Estudios de Historia de Valencia*. Valencia, 1978.
- GRAULLERA SANZ, V., “El Derecho penal en los fueros de Valencia”. En *Vida, Instituciones y Universidad en la Historia de Valencia*. Valencia, 1996.
- GRAULLERA SANZ, V., “El proceso penal en la Audiencia foral de Valencia”. En *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. JOSÉ RAMÓN CASABÓ RUIZ*. I. Valencia, 1997.
- GUAL CAMARENA, M., “Contribución al estudio de la territorialidad de los Fueros de Valencia”. En *E.M.C.C.A.*, 3 (1947-1948).
- GUILLEN, J., “El latín de las XII Tablas”. En *Helmántica*, 58 (1968).
- HADOT, P., *Elogio de Sócrates*, Madrid, 2008.
- HINOJOSA, E. DE, *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915.
- HASKINS, C. H., *The Renaissance of the Twelfth Century*, Cambridge, Harvard University Press, 1928.
- HUVELIN, P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*. Ed. anast., Roma, 1968.
- IGLESIA FERREIRÓS, A., “La creación del Derecho en Cataluña”. En *A.H.D.E.*, 42 (1973).
- IGLESIA FERREIRÓS, A., “El proceso del Conde Bera y el problema de las ordalías”. En *A.H.D.E.*, 51 (1981).
- IGLESIA FERREIRÓS, A., “La Difusión del Derecho común en Cataluña”. En *Actes del 1er. Simposi Internacional. Barcelona, 25-26 de maig de 1990*. Barcelona, 1991.
- KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*. Munich, 1966.
- KING, *Derecho y Sociedad en el reino Visigodo*. Madrid, 1981.

- KLÜPFEL, L., “El régimen de la Confederación catalano-aragonesa a finals del segle XIII”. En *Revista Jurídica de Catalunya*, 30 (1930).
- LA ROSA, R., *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*. Nápoles, 1990.
- LALINDE ABADÍA, J., “El “Curia” o “Cort”. Una magistratura medieval mediterránea”. En *Anuario de Estudios Medievales*, 4 (1967).
- LALINDE ABADÍA, J., “Los gastos del proceso en el Derecho histórico español”. En *AHDE*, 34 (1964).
- LALINDE ABADÍA, J., “Purga de taula”. En *Homenaje a Jaime Vicens Vives*, I. Barcelona, 1965.
- LALINDE ABADÍA, J., “El sistema normativo valenciano”. En *A.H.D.E.*, 42 (1972).
- LALINDE ABADÍA, J., “El Derecho común en los territorios ibéricos de la Corona de Aragón. España y Europa un pasado jurídico común”. En *Actas del I Simposium Internacional del Instituto de Derecho Común*. Murcia, 1986.
- LARDIZABAL Y URIBE, M. DE, *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1828.
- LÉVY, J.P., “Le problème des ordalies en Droit Romain”. En *Studi de Francisci*, 2 (1955).
- LÉVY, J. P., “L’evolution de la preuve des origenes à nos jour. Synthèse generale”. En *B.S.J.B.*, 17 (1965).
- LÉVY, J.P., “Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age”. En *R.S.J.B.*, 17 (1965). LÉVY, J.P., “La formation de la thèorie romaine des preuves”. *Antiqua* 63. 1992.
- LÉVY-BRUHL, H., “Quelques problèmes du très ancien droit romain”. En *R.H.D.*, (1932).
- LÉVY-BRUHL, H., “Quelque problèmes du très ancien droit romain”. En *BIRD* 43 (1935).
- LOMBARDI, A., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.
- LÓPEZ ELUM, P., *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII*. Valencia, 1999.

- LÓPEZ ORTIZ, J., “El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la Recepción romano-canónica”. En *A.H.D.E.*, 14 (1942-43).
- LÓPEZ-AMO MARÍN, A., “El Derecho penal español de la Baja Edad Media”. En *AHDE*, 26 (1956).
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, J., “Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español”. En *A.H.D.E.*, 23 (1953).
- MARAVALL, A., “El pensamiento político de la Alta Edad Media”. *Estudios de Historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1967.
- MARAVALL, J. A., “La corriente democrática medieval en España y la fórmula *Ouod Omnes tangit*”. *Estudios de historia del pensamiento español*. I. Madrid, 1973.
- MARONGIU, A., “Un momento típico de la Monarquía medieval: el Rey juez”. En *A.H.D.E.*, 23 (1953).
- MARTÍ SORO, J., “La punición o el derecho represivo en la legislación foral del reino de Valencia”. En *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 886, Madrid, 1971.
- MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, S., “Notas para un estudio de la prueba en la tercera partida”. En *Argensola. Revista del Instituto de Estudios Oscenses* (1956).
- MARTÍNEZ DÍEZ, G., “La tortura judicial en la legislación histórica española”. En *A.H.D.E.*, 32 (1962).
- MARTÍNEZ GIJÓN, J., “La prueba judicial en el Derecho Territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media”. En *A.H.D.E.*, 31 (1961).
- MARTINI, “Intorno al cosidetto appello dell’assente”. En *AG.*, 161 (1961).
- MARZAL RODRÍGUEZ, P., “El ius commune como Derecho supletorio en Valencia”. *Glossae*, 5-6 (1994), pp. 399-415.
- MAYER, E. *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*. II. Madrid, 1929.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Sevilla, 1981.
- MEREA, P., “Nota sobre la Lex Visigothorum 2 y 23 (Juramento subsidiario)”. En *A.H.D.E.*, 21-22 (1951-1952).

- MEREA, P., “A prova testemunhal no Direito visigótico e no Direito da Reconquista”. En *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 32 (1956).
- MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. DE, “La recepción del Derecho feudal común en Cataluña I (1211-1330)”. En *GLOSSAE*, 4 (1992), 1992.
- MONTANOS FERRÍN, E., “Renacimiento medieval y ‘salus animarum’”, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22 (2010), pp. 275-286.
- MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, Barcelona, 1994.
- MURGA GENER, J. L., *Derecho Romano Clásico II. El Proceso*. Zaragoza, 1983.
- MURILLO VILLAR, A., “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”. En *CHD*, 2, 1995.
- MUSSELLI, L., *Il concetto di giudicato nelle fonti storiche del Diritto canonico. (Dalla origini al XVII° secolo)*. Padova, 1972.
- NAVARRO VALLS, R., “Los fundamentos de la Sentencia Canónica”. En *Homenaje al doctor Pietro Castro*. Madrid, 1979.
- OBARRIO MORENO, J. A., “El *ius commune* y sus vías de recepción”, *RGDR*, 20 (2013).
- OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística: El proceso en el Derecho foral Valenciano*, Valencia, 2002, reed. 2006.
- O’CALLAGHAN, R., “Doctrina de los Decretales respecto a fundar las sentencias”. *RJC*, 9, (1903).
- OLIVER ESTELLER, B., *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*. Madrid, 1876-1881.
- ORESTANO, R., *L’ appello civile in diritto romano*. Torino, 1967.
- ORLANDIS, J., “La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media”. En *AHDE*, 15 (1944).
- ORLANDIS, J., “Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media”. En *AHDE*, 18 (1947).
- ORLANDIS ROVIRA, J., “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval (Notas para un estudio)”. En *AHDE*, 14 (1942-43).

- ORLANDIS ROVIRA, J., “Algunos aspectos procesales de los Fueros de Aragón de 1247”. En *ADA*, 4 (1947-48).
- ORLANDIS ROVIRA, J., “La prenda de iniciación del juicio en los fueros de la familia de Cuenca-Teruel”. En *AHDE*, 23 (1953).
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Málaga, 1988.
- OTERO VALERA, A., *El Riepto en el Derecho castellano-leonés. Dos estudios histórico-jurídicos*. C.S.I.C., Roma-Madrid, 1955.
- OTERO VALERA, A., “El Riepto en los Fueros Municipales”. En *A.H.D.E.*, 29 (1959).
- OTERO VALERA, A., Sobre la “Plenitudo Potestatis” y los Reinos Hispánicos. En *A.H.D.E.*, 34 (1964).
- PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull’apello nel Diritto intermedio*. Milano, 1967.
- PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, 2003.
- PATTETA, F., *Le ordalie. Studio di Storia del diritto e scienza del diritto comparato*. Torino, 1890; reed. Milano, 1972.
- PELAYO, M., *El reino de Dios, arquetipo político*. Madrid, 1959.
- PÉREZ DE LA CANAL, M. A., “La justicia de la Corte en Castilla durante los siglos XIII al XV”. En *HID*, 2 (1975).
- PÉREZ GARCÍA, P., *La comparsa de malhechores. Un ensayo sobre la criminalidad y la justicia urbana en la Valencia preagermanada (1479-1707)*. Valencia, 1990.
- PÉREZ GARCÍA, P., *El justicia criminal de Valencia. 1479-1709*. Valencia, 1992.
- PÉREZ MARTÍN, A., “El ordo iudiciarius “ad summariam notitiam” y sus derivados. Contribución a la historia de la literatura procesal castellana. I. Estudio”. En *HID*, 8-9 (1.981-1.982).
- PÉREZ MARTÍN, A., “Importancia de las Universidades en la recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica”, *Studi Sassaresi. Atti del Colloquio su "Cultura Ibérica e diritto romano* 8 (Sassari 19).

- PÉREZ PRENDES, J. M^a., “Facer Justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval”. *Moneda y Crédito*, 129 (1974).
- PÉREZ PRENDES, J. M^a., “Aspectos jurídicos de la Conquista. Las Cartas Pueblas”. *En torno al 750 Aniversario*. Valencia, 1989.
- PERTILE, A., *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'imperio romano alla codificazione*. Roma-Napoli-Milano. 1902.
- PESET ROIG, M., “Furs de Valencia. Su sentido y vigencia”. *En torno al 750 Aniversario*. Valencia, 1989.
- PETIT, C., *Fiadores y Fianzas en el derecho romano visigodo*. Sevilla, 1983.
- PETIT, C., “De Negotiis Causarum”. En *A.H.D.E*, 55 (1985); 56 (1986).
- PIQUER MARÍ, J. M., *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica: (exégesis de D. 22.3)*, Madrid, 2006.
- PIQUER MARÍ, J. M., *Las pruebas "no-rationales" en Roma: "ab urbe condita" hasta finales de la República*, Madrid, 2010.
- PIQUER MARÍ, J. M., “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*, 14 (2017).
- PLANAS ROSELLÓ, A., *El proceso penal en el reino de Mallorca*. Mallorca, 1998.
- PLANAS ROSSELLÓ, A., “La tortura judicial en la Mallorca medieval”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 12 (2015).
- PROCTER, E., “El uso judicial de la Pesquisa en León y Castilla (1157-1369)”. En *Instituto de Historia del Derecho*. Universidad de Granada, 1978.
- PUGLIESE, G. *Il processo formulare*, II, Génova, 1948.
- PUGLIESE, G., “La preuve dans le proces romain de l'époque classique”. En *B.S.J.B.*, 17 (1965).
- RAGI, L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*. Milano, 1961.
- RAGGI, L., *La "restitutio in integrum" nella "cognitio extra ordinem"*. Milano, 1965.
- RICCOBONO, “Traditio Ficta”. En *Z.S.S.*, 34 (1913).

- RIVAS, J. E., “Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Compilación aragonesa de 1247”. En *A.H.D.E.*, 20, (1950).
- ROCA TRAVER, J., *El Justicia de Valencia. 1238-1321*. Valencia, 1970.
- ROCCA, F. DELLA, “Il processo in Graziano”. En *Studia Gratiana*, 1954.
- RODRÍGUEZ GIL, M., *Las estructuras procesales en el fuero de Cuenca. En Espacios y fueros en Castilla-La Mancha. (Siglos XI-XII). Una propuesta metodológica*. Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español”. En *A.H.D.E.*, 32, (1962).
- RODAL VERDEJO, R., *Los jueces de la monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla siglos XIV-XVIII*. Madrid, 1989.
- ROMEU ALFARO, S., “Los Fueros de Valencia y los Fueros de Aragón: Jurisdicción alfonsina”. En *A.H.D.E.*, 42 (1972).
- ROMEU ALFARO, S., “Los delitos patrimoniales en los Fueros de Valencia”. En *AHDE*, 44 (1974).
- ROVIRA I ERMENGOL, J., Ed., *Los Usatges*. Barcelona, 1933.
- RUIZ DOMENC, J. E., “Las prácticas judiciales en la cataluña feudal”. En *H.I.D.*, 9 (1982).
- SALVADOR ESTEBAN, E., “Tortura y penas corporales en la Valencia foral moderna. El reinado de Fernando el Católico”. En *Estudis*, 22 (1996).
- SALVIOLI, S., *Storia della procedura civile e criminale*. Storia del Diritto italiano. Florencia, 1921.
- SANTALUCIA, B., *Derecho penal romano*. Madrid, 1990.
- SAVIGNY, F.C., *Geschichte des römischen Recht in Mittelalter*, I-VII. Heidelberg, 1850-1851, vol. I.
- SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires, 1954.
- SCHNAPPER, B., Testes inhabiles. Les temoins reprochables dans l’ancien Droit Penal. En *R.H.D.*, 33 (1965).

- SOTO RÁBANOS, J. M., *Escuelas urbanas y el Renacimiento del siglo XII*. Semana de Estudios Medievales, Nájera, 1999. IER, Logroño, 2000.
- STEIN, P., "The formation of the Glosse De Regulis iuris: and the glossators concept of regula". *Convegno Internazionale di Studi Accursiani*. Milán, 1963.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "La actitud de dos valencianos ante la tortura judicial (Luis Vives y Lorenzo Matheu i Sanz)". En *Primer Congreso de Historia del País Valenciano*. Valencia, 1971.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal en la Monarquía absoluta. (Siglos XVI, XVII Y XVIII)*. Madrid, 1969.
- TOMÁS VALIENTE, F., "La tortura judicial y sus posibles supervivencias". En *La tortura en España. Estudios históricos*. Barcelona, 1973.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "La tortura judicial y sus posibles supervivencias". En *La tortura en España*. Barcelona, 1994.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz (1618-1680)". En *La tortura en España*. Barcelona, 1994.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España". En *La tortura en España*. Barcelona, 1994.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., "La tortura judicial y sus posibles supervivencias", en *Obras completas*, I. Madrid, 1997.
- TORRES LÓPEZ, M., "Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla en la Edad Media". En *A.H.D.E.*, 10 (1933).
- UBIETO ARTETA, A., *La reorganización del territorio. Orígenes del Reino de Valencia*, I. Valencia, 1981.
- ULLMAN, W., *Principios de gobierno y política en la Edad Media*. Madrid, 1971.
- VALDEAVELLANO, G.L. DE, "Domus disrupta. La protección jurídica del domicilio en los derechos locales portugueses de la Edad Media". En *AUB*, 1934.
- VALDEAVELLANO, G.L. DE, "Escodriñamiento y otorificación. Contribución al estudio de la reivindicación mobiliaria en el Derecho español medieval". En *Estudios medievales de Derecho privado*. Sevilla, 1977.

- VALDEAVELLANO, G.L. DE, “El <apellido>, el procedimiento <infraganti> y la reivindicación de bienes muebles en Derecho español medieval”. En *Estudios medievales de Derecho privado*. Sevilla, 1977.
- VALLEJO, J., “La regulación del proceso en el Fuero Real”. En *AHDE*, 55 (1985).
- VALLS-TABERNER, F., “Notes sobre el duel judicial a Catalunya”. En *Obras Selectas*, II. Barcelona-Madrid, 1954.
- VAN CAENEGEN, R., “La preuve dans le droit du moyen age occidental. Rappot de synthèse”. *R.S.J.B.*, 17 (1965).
- VILLAPALOS SALAS, G., *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*. Madrid, 1976.
- VOIGT, M., *Die XII Tafeln*. I. Leipzig, 1883.
- VOLTERRA, E., “Contumacia nei testi giuridici romani”. En *BIRD*, 38 (1930).
- WENGER, L., *Istituzioni di procedura civile romana*. Milán, 1938.
- ZEUMER, K., *Historia de la legislación hispano-visigótica*. Barcelona, 1942.