

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**EL TESTIGO COMO MEDIO IDÓNEO Y OCASIÓN
PROPICIA PARA LA PRODUCCIÓN DE
CONOCIMIENTO EN DERECHO ROMANO**

**THE WITNESS LIKE A SUITABLE INSTRUMENT
AND PROPITIOUS CHANCE TO THE PRODUCTION
OF KNOWLEDGE IN ROMAN LAW**

Ana Isabel Clemente Fernández
Profesora Doctora de Derecho Romano
Universidad de Castilla-La Mancha
anaisabel.clemente@uclm.es

La publicidad, como es sabido, es una exigencia en orden a las relaciones patrimoniales¹. En el antiguo ordenamiento

¹ Y no sólo en relación con las cuestiones patrimoniales, como apunta FASOLINO, sino también en lo que se refiere a las vicisitudes que condicionan de forma significativa la vida de una persona. En particular,

jurídico romano quizá resulta inapropiado hablar de una genérica exigencia de publicidad jurídica, puesto que no cuenta con un sistema absolutamente perfilado que predisponga un conjunto de instrumentos idóneos para proveer, en caso necesario, la posibilidad de probar determinados hechos.

Sin embargo, matizando estas afirmaciones un tanto generales y prescindiendo de esquemas apriorísticos que dificultan la oportunidad de comprender en profundidad la experiencia de los antiguos ordenamientos, cabe señalar que en los pueblos de la antigüedad encontramos huellas del fenómeno publicitario. Por ejemplo, en el derecho griego las manifestaciones de publicidad se relacionan con la costumbre de concluir las ventas en el mercado público, adoptando varios sistemas según los modos específicos de satisfacer la exigencia publicitaria en las diversas ciudades, y con otros más idóneos que introducen la publicidad de las transcripciones, generalizándose la inscripción en los registros públicos de los contratos y especialmente los relativos a las transferencias inmobiliarias².

el autor cree admisible la existencia de un fenómeno de publicidad en el ordenamiento romano en lo que concierne a la publicidad de los decesos. Vid. FASOLINO, F., *Note in tema di pubblicità personale: la registrazione dei decessi a Roma*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2008. (<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=51>). En cuanto a otros sistemas de publicidad relativos a las personas, ver FASOLINO, F., *Il sistema delle pubblicità nel diritto romano*, Salerno, 2003, pp. 207 ss.

² PUGLIATTI, S., *La trascrizione. La pubblica in generale*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XIV- I, t. 1, Milano, 1957, pp. 74 ss. En relación con la publicidad de las transacciones en Grecia y en lo atinente a otros

comportamiento de los particulares⁸. En esta línea, afirma que tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio* constituyen un germen del fenómeno publicitario que se iniciará tardíamente⁹ y que

⁸ PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 102.

⁹ PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 106.

Por su parte, manifiesta COLORNI, V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, rist., Varese, 1968, p. 37, que *mancipatio* e *in iure cessio* constituyen el prototipo y el modelo esencial de la publicidad modernamente entendida. En opinión de COLORNI, *op. cit.*, pp. 37 ss., la publicidad de los actos traslativos exigida para las *res Mancipi* es dirigida no al control de la circulación de bienes, para fines de orden público, sino a una cosa más simple, que no es sino la certeza de los derechos para fines privados, es decir, obtener una certeza al menos relativa, si no absoluta, sobre la situación jurídica esencial de algunas cosas. La razón de esta exigencia de certeza de derechos obedece, según COLORNI, a la tutela de la buena fe de terceros, que se consigue con el atribuir validez en relación sólo a las públicas relaciones entre las cosas mismas y los titulares, y con negarla en las relaciones meramente privadas. Y es que, para el autor, la presencia de testigos y más tarde del magistrado en los traspasos es sólo un medio técnico escogido por el ordenamiento jurídico para llegar a la 'nominatività'; desde antiguo, con técnicas rudimentarias, la vinculación entre la cosa y el titular se llevaba a cabo efectuando la alienación en presencia de la colectividad personificada en un cierto número de testigos convocados, o delante del magistrado. En suma, el citado autor (p. 18) considera que la *mancipatio* y la *in iure cessio*, actos rigurosamente formales, se hallan caracterizados por el elemento fundamental de la publicidad, sobre la base del hecho de la presencia de cinco testigos en el primero y delante del magistrado en el segundo.

Se opone a estos planteamientos GALLO, *La pubblicità nell'esperienza*, cit., p. 93, al negar una función de publicidad a la intervención de testigos en la *mancipatio* y del magistrado en la *in iure cessio*, puesto que los considera elementos insuficientes para tal propósito. Anteriormente, GALLO, F., *La pretese pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, SDHI, 1957, pp. 174 ss., había ya explicado su postura en relación con las transferencias en el derecho romano arcaico y clásico, censurando la falta de una discriminación entre la función de prueba y aquella de publicidad; el citado autor, respecto de la intervención de los testigos en la *mancipatio*, estima que su finalidad es la de probar en el juicio la realización de aquel negocio, quedando reducida a una mera función probatoria y, de igual manera, excluye la función de publicidad respecto de la presencia del magistrado en la *in iure cessio*, limitándola a la función de prueba en orden a la realización del acto. GALLO considera que tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio* son actos formales, no formas de publicidad, ya que la publicidad se distingue de la forma, en tanto en cuanto, a diferencia de ésta última, consiste en un procedimiento. Para un

notoriedad, esto es, como algo conocido y sabido por todos, sino en el sentido de que el hecho ha adquirido una connotación de evidencia y de claridad, precisamente porque ha sido presenciado, además de por las partes, por terceros ajenos a las mismas.

Si apelamos al concepto de publicidad, ciertamente, siguiendo una fórmula un tanto genérica, la publicidad viene siendo definida como una actividad tendente a convertir algo en pública razón o en dominio público, expresando una idea encaminada a difundir algo, con el fin de producir un conocimiento público¹². La función de la publicidad consiste esencialmente en hacer jurídicamente posible el conocimiento de un hecho, de un acto o de una situación jurídica y, además, el resultado típico conectado a tal función se predica de todas las formas de publicidad¹³. El fundamento de la publicidad se halla íntimamente vinculado a la tutela del interés público o privado inmediatamente conectado con el conocimiento de ciertos hechos, situaciones o relaciones jurídicas: hacer conocible o susceptible de conocimiento aquellos actos, relaciones o situaciones; de manera que el antecedente jurídico de la publicidad reside en la necesidad de tutelar el interés de

¹² PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 3 s.

¹³ PUGLIATTI, S., *La pubblicità nel diritto privato. Parte generale*, Messina, 1944, p. 15.

que sean hechos conocibles ciertos hechos, situaciones o relaciones jurídicas¹⁴.

Desde esta perspectiva y ante la ausencia de mecanismos más evolucionados que garanticen la publicidad en el antiguo Derecho romano, a nuestro juicio, el testigo puede desempeñar un papel muy relevante como instrumento para hacer notorios hechos, actos y situaciones jurídicas, pues en la praxis, la intervención o presencia de testigos conseguía, de hecho, resultados análogos o afines a los de la publicidad. Y ello porque mediante la presencia de testigos tiene lugar la aprehensión del acto que forma el objeto de parte de una persona o varias o, dicho de otro modo, se produce la asunción y toma de conocimiento del testigo. Además, con la presencia de testigos se ha creado la ocasión para que se pueda tomar el conocimiento del hecho, es decir, se predispone el medio idóneo y la creación de la ocasión propicia para la producción de conocimiento, puesto que, aunque no pueda darse la certeza teórica, se crea al menos la probabilidad, apreciable y graduable en la práctica.

En la *civitas* primitiva, los hechos más relevantes de la vida socio-económica debían suceder en público, ya que la exigüidad numérica y la presumible fuerte agregación de la comunidad originaria posiblemente facilitaban que todos pudieran estar al corriente de los acontecimientos de los

¹⁴ PUGLIATTI, *La pubblicità nel diritto privato*, cit., p. 21 s.

particulares y de ahí que fuera frecuente el recurso a la prueba testifical¹⁵.

En este sentido, como venimos afirmando, la publicidad de un hecho jurídico tiene como último objetivo la posibilidad de dar testimonio sobre el mismo. Si circunscribimos esta aseveración al ámbito procesal, es manifiesto el alcance que posee especialmente en relación con el procedimiento romano más antiguo, el de las *legis actiones*, donde apenas se conocía otro tipo de medio probatorio –o quizá fue el único– que la prueba testifical, luego su carácter fundamental es indiscutible, continuando vigente su genuinidad y relevancia durante la etapa del procedimiento formulario¹⁶.

Prueba del papel primordial del que goza la prueba testimonial, habida cuenta del rigorismo y arcaísmo propios del antiguo ordenamiento, constituye la obligatoriedad a la que estaban constreñidos los testigos de los actos librales. De

¹⁵ VINCENTI, U., *Duo genera sunt testium. Contributo allo studio della prova testimoniale nel proceso romano*, Padova, 1989, p. 2 s.

¹⁶ MURGA, J.L., *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Zaragoza, 1983, p. 140 s. La referencia a los testigos como medio de prueba principal también viene corroborada por: ARIAS BONET, J. A., *Prueba testifical y "obvagulatio" en el antiguo derecho*, en Studi De Francisci, I, Napoli, 1956, p. 286; BROGGINI, G., *La prova nel processo romano arcaico*, en Coniectanea. Studi di diritto romano, Milano, 1966, p. 173; ÁLVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones de Derecho romano- II. Derecho procesal civil*, Madrid, 1975, p. 53; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 74; D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 5ª ed. rev. Pamplona, 1983, p. 152; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, I, 17ª ed., Madrid, 1984, p. 195; TORRENT, A., *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, p. 167; VINCENTI, *Duo genera*, cit., pp. 4 y 29 s.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 12ª ed., Pamplona, 2009, pp. 475 y 499.

Aulo Gelio, *NN. AA.*, 14.2, se hace eco también del incuestionable papel de la prueba testifical en el antiguo proceso romano: *Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse.*

manera que aquel sujeto que, según lo preceptuado en la Ley de las XII Tablas (8.22), rehusara deponer testimonio sería declarado *intestabilis*, lo que se traduce en que tal testigo remiso no podría solicitar ya nunca ningún tipo de testimonio cuando él mismo, actuando como parte litigante, necesitara verificar un hecho por medio de testigos¹⁷. Además, a esto se añade la denominada *obvagulatio* o especie de conjuro verbal, contemplada en el código decenviral (2.3) y consistente en una protesta pública ante la casa del mal testigo, protagonizada por el litigante que se hubiera visto defraudado por su testigo¹⁸. Los

¹⁷ MURGA, *Derecho romano clásico*, cit., p. 140. TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 439 s., considera que el *improbis intestabilisque esto* se trata de una sanción para el que ha desempeñado la función de *libripens* o testigo en un negocio jurídico y se niega a dar testimonio de lo que ha presenciado, esta sanción implica incapacidad para actuar de *libripens* o de testigo en la *mancipatio*; interpretaciones más amplias de este precepto concluyen en la incapacidad para dar y recibir testimonio, e indirectamente la capacidad para otorgar testamento.

¹⁸ MURGA, *Derecho romano clásico*, cit., p. 141. Para MURGA se trataría de una extraña *vindicta* sacral, consistente en una especie de conjuro verbal, *obvagulare*. Este conjuro o maldición, claramente de origen y contenido religioso o mágico y sin duda antiquísimo, iría perdiendo poco a poco, con la secularización del ordenamiento, aquél su primer sentido sacro, transformándose en un mero instrumento de reprobación social y pública. En opinión de ARIAS BONET, *op. cit.*, pp. 296 y 300, la *obvagulatio* era 'dirigida por aquél a quien interesa el testimonio contra el que siendo testigo rehúsa testificar' y no descarta que tuviese 'virtudes mágicas a las cuales habría de atribuirse directamente esa degradación del increpado y que más tarde llegase a convertirse en mero símbolo convencional tendente a producir la intestabilidad'. A tenor de BROGGINI, *La prova nel processo*, cit., p. 177, la *obvagulatio* representa un rito popular antiquísimo, que permitía un control colectivo de la negativa a testificar y al mismo tiempo contenía en sí la sanción. Por su parte, VINCENTI, *Duo genera*, cit., pp. 17 ss., señala que *testimonium deesse* podría referirse, en primer lugar, al testigo que no hubiese comparecido en juicio o que, habiendo comparecido, no hubiese aceptado testificar o hubiese permanecido

testigos, por tanto, se articulan como el medio de prueba más destacado desde tiempos antiguos.

El *testimonium*, al que se refieren los preceptos 8.22 y 8.23 del Código decenviral, según la reflexión que realiza VINCENTI¹⁹, parece estar encaminado no sólo a presentar testimonio judicial, sino también extrajudicial, pues en aquel momento era muy solicitada la presencia de testigos para la realización de diversos actos jurídicos, los más importantes desde el punto de vista económico social, además de para la legitimación del ejercicio de la autodefensa privada, cuya esfera de acción era todavía relativamente amplia; de manera que la ausencia del *testis* o su sucesiva negación de testimonio de cuanto había acaecido en su presencia, también fuera del litigio, resultaría a los ojos de la comunidad un acto grave.

Es claro, por consiguiente, que la publicidad de un hecho puede apoyarse en la circunstancia de que éste haya sido presenciado por testigos; ahora bien, el interrogante surge en el

silente; en segundo lugar, al testigo que no hubiese participado, fuera del juicio, en todas aquellas actividades para el cumplimiento de las cuales se había prescrito la presencia de terceros como testigos negociales o, más en general, instrumentales (más allá también de los actos librales: *confarreatio*, *in ius vocatio*, *litis contestatio*, hurto flagrante y *conceptum*, ejercicio de la *patria potestas*); y, por último, al testigo que, siempre fuera del juicio, no hubiese atestiguado su precedente participación en una actividad como la indicada en segundo lugar; en definitiva, para el mencionado autor la *obvagulatio* es una forma de autodefensa privada que tiene como rasgo primordial una inmediata reacción del ofendido, una sanción, y que, pese a ser antiquísima, siguió utilizándose todavía en el siglo III a.C. - Plauto, *Aulularia*, 3.2.21- , aunque la introducción de las sanciones de la infamia y la intestabilidad limitó su uso.

¹⁹ VINCENTI, *Duo genera*, cit., pp. 20 y 21.

supuesto de que en un hecho concreto haya concurrido un solo testigo, no existiendo otros elementos probatorios al respecto: ¿cabe admitir procesalmente el testimonio en estos casos?

Con respecto al supuesto del *testis unus*, esto es, cuando nos encontramos ante una sola atestiguación procedente de una única persona que ha presenciado o adquirido directo y verdadero conocimiento del hecho que se está enjuiciando, surge preguntarnos ante esta situación qué valoración otorgará el juez a la prueba testifical cuando ésta consta de una declaración singular, de una sola deposición²⁰. En este sentido, de forma muy sumaria hemos de recordar que es obra del Derecho común la máxima "*unus testis nullus testis*"²¹, principio que obedece a una interpretación sobre la base de lo preceptuado en una constitución de Constantino del año 334²², en la que se establece que no se oiga el testimonio de un solo testigo, aunque se trate de alguien perteneciente a la curia. Esta

²⁰ Para una mayor profundización en esta cuestión, remitimos a nuestro trabajo "*El problema del testigo único en el Derecho romano*", que será objeto de publicación en la revista "*Diritto Romano Attuale*", en el número 21, año 2009 (con salida esperada en el 2010), y que responde a una línea de investigación, dirigida por el Prof. De las Heras, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Castilla-La Mancha, en la que se pretende estudiar toda la problemática concerniente al testigo único, única testificación y testimonio único, partiendo de un análisis de la situación jurídica actual al respecto y desde una perspectiva histórica.

²¹ Se excluye su procedencia de las Partidas.

²² C. 4.20.9.1 (*Imp. Constantinus A. ad Iulianum, Praesidem*): *Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacunq[ue] causa facile patiat[ur] admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiat[ur], etiamsi praeclarae curiae honore prae[ful]geat.*

reservado a lo notorio, con evidente relevancia jurídica, pues facilitan la adquisición y difusión del conocimiento. Los actos que tienen lugar en presencia de testigos, de alguna manera, integran un cierto matiz de publicidad, aunque ésta tenga, lógicamente, un alcance jurídico distinto de la publicidad registral.

En efecto, de una parte, el conocimiento, en el caso concreto de los testimonios, viene dado por medio del testigo, ejemplo típico del denominado conocimiento histórico que reproduce y narra ante el juez, con ayuda de la memoria, las representaciones de determinados hechos por él percibidos²⁸. De otra parte, el procedimiento probatorio se presenta, en una fase preliminar, como adquisitivo de conocimiento, fase que será superada, a tenor de la verdad o la certeza que los jueces confieran a la prueba, destacando su carácter de demostración, que se pone en correlación con la obligación de motivar la decisión y con la actividad consciente y reflexiva en la cual la motivación se concreta.²⁹

Entendemos que el testigo se encuentra en una posición dinámica respecto a los hechos de conocimiento y que tal ubicación está dirigida a procurar a los otros el conocimiento de aquellos hechos que ha presenciado³⁰. De alguna manera, cabría

²⁸ PUGLIATTI, S., s.v. *conoscenza*, en Enciclopedia del Diritto, IX, Varese, 1961, p. 48.

²⁹ PUGLIATTI, s.v. *conoscenza*, cit., p. 92 s.

³⁰ PUGLIATTI, s.v. *conoscenza*, cit., p. 115.

afirmar que los acontecimientos contemplados por el testigo han quedado registrados y conservados en el mismo, y que su eventual deposición conllevaría una cierta idea de publicidad, aunque se trate de una publicidad de carácter elemental.

El *testis* es el tercero, cualquier tercero, en una situación jurídica determinada, y el que, en definitiva, está preparado para sostener las afirmaciones de la parte interesada ante el conjunto del grupo social³¹. Verdaderamente, existe en Roma una fe absoluta en la palabra del testigo³². A este respecto, resulta muy significativo el hecho de que en época antigua la palabra del hombre libre fuese considerada por los romanos fuera de toda sospecha y constituyese el único medio de prueba³³. Estas afirmaciones cobran más valor en relación con el culto a la *fides*, y el consiguiente imperativo de lealtad, que domina la vida romana, fundamentalmente en la esfera jurídica, adquiriendo el rango de verdadera y propia virtud nacional³⁴. En este contexto, donde la lealtad se constituye en una rígida norma de conducta y donde una lealtad escrupulosa preside las relaciones sociales³⁵, consideramos que no podemos negar

³¹ BROGGINI, *La prova nel processo*, cit., p. 174 s.

³² DE ROBERTIS, F., *Sulla funzionalità della prova per testimoni*, en *Scritti varii di Diritto romano, I (Diritto Privato)*, Bari, 1987, p. 411, nt. 12.

³³ Gell. NN. AA. 14.2.26.

³⁴ DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 409 s.

³⁵ Cic. *Pro Arch.* 4.8; *id.*, in *Verr.* 2.3.3.6.

La intervención o presencia de testigos en un hecho concreto comporta el conocimiento de tales hechos por parte de terceros, aunque el posterior testimonio sobre aquellos implique una publicidad con resultados muy limitados, ya que, incluso ni siquiera actualmente la predisposición de medios idóneos de publicidad de un determinado acto o hecho puede garantizar una certeza teórica sobre la producción de conocimiento, tan sólo pueden hacer probable, en diversa medida, el alcanzar el conocimiento efectivo³⁸. En cualquier caso, no cabe duda de que “el testimonio no deja de ser el trámite más frecuente en la formación y propagación de los conocimientos y noticias, y no hay razón para que tenga una función más limitada en el proceso que en la vida, cuando en el proceso su mayor atendibilidad está garantizada, ya por la misma solemnidad del juicio, ya por la presencia del juez (...)”³⁹.

En suma, la publicidad de un hecho jurídico tiene como último término la posibilidad de dar testimonio del mismo y tal publicidad puede basarse en la presencia o intervención de testigos. Estas afirmaciones, como hemos tenido ocasión de ver, cobran un especial relieve en el antiguo Derecho romano, donde el testigo asume un papel preponderante, que se hace especialmente patente en el antiguo procedimiento. Asimismo,

³⁸ FASOLINO, *Il sistema delle pubblicità*, cit., p. 23.

³⁹ CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, II, trad. española de la 3ª ed. italiana, Madrid, 1977, p. 326.

