

## **Raíces históricas comunes del Derecho probatorio español y brasileño: los sistemas dispositivo e inquisitivo.**

### ***Common historical roots of Spanish and Brazilian evidentiary law: the adversarial and inquisitorial systems.***

**Bruno Freire Pimentel**

Universidade de Salamanca/USAL, Salamanca, Espanha.

**Lorenzo M. Bujosa Vadell**

Universidade de Salamanca/USAL, Salamanca, Espanha.

**Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa**

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, Brasil.



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 3.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/).

#### **Como ser citado (modelo ABNT)**

PIMENTEL, Bruno Freire et al. Raíces históricas comunes del Derecho probatorio español y brasileño: los sistemas dispositivo e inquisitivo. **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 4, n. 3, p.33-54, set./dez., 2025.

#### **Resumen**

El tema del presente artículo trata sobre: Raíces históricas comunes del Derecho probatorio español y brasileño: los sistemas dispositivo e inquisitivo. El objetivo general de la investigación desarrollada fue comprender el instituto jurídico del derecho probatorio romano y medieval, trazando toda la evolución que tuvo para el Derecho Procesal Civil, específicamente en lo que se refiere a la producción de la prueba.

Palabras-clave: Derecho Probatorio; Principios Dispositivo e Inquisitivo. Derecho Procesal Civil.

#### **Abstract**

The topic of this article addresses: Common historical roots of Spanish and Brazilian evidentiary law: considering the adversarial and inquisitorial systems. The general objective of the research conducted was to understand the legal institution of Roman and medieval evidentiary law, tracing its entire evolution into Civil Procedural Law, specifically regarding the production of evidence.

Keywords: Evidentiary Law; Adversarial and Inquisitorial Principles. Civil Procedural Law..

## **1. INTRODUCCIÓN**

Este trabajo trata de mostrar cómo nació y se desarrolló el sistema de pruebas no Derecho romano y aun específicamente su evaluación y previsión en el Derecho Medieval y en el periodo de la inquisición, de acuerdo con la doctrina actual.

El núcleo de la investigación consiste en que, además de demostrar cómo funcionaba el sistema de producción de la prueba el Derecho Procesal Civil antiguo, específicamente, en el sistema jurisdiccional romano y sus procesamientos en las fases de la historia del derecho romanista de como actuaba el juez y las partes y mostrar también en el derecho medieval la producción, valoración, determinación y búsqueda de la prueba y, además, los sujetos y objetos probatorios, de acuerdo con las normas que vigeran y que no existen más, pero con la gran contribución para los sistemas probatorios comunes que adoptan hoy Brasil y España,

cuando hablamos de los principios dispositivo e inquisitivo en los ordenamientos jurídicos de los dos países.

Nuestro trabajo, por tanto, demostrará lo importante y necesario entender las raíces históricas y como los romanistas veían la producción de la prueba: dispositiva o inquisitivamente y siguiendo por una investigación de cuál sería la influencia de las partes y del juez en los sistemas probatorios del Derecho romano, medieval y durante la inquisición, con los: Ordalías y Juicios de Dios.

Tiene la intención, por supuesto, con esta investigación, de proponer, adelante, a través de la publicación de este, un mejor entendimiento y quizás posibilitar cambios, de cómo se desarrolló los principios dispositivos acusatorio e inquisitivo y como ha influenciado el derecho probatorio brasileño y español actuales.

## **2. LA PRUEBA EN EL DERECHO ROMANISTA**

### **2.1 MARCO GENERAL**

Inicialmente, en el Derecho romano, existían, como debió haber existido en cualquier sistema de la historia, criterios que podían servir de guía para la apreciación de la prueba, pero el juez era libre para decidir según su conciencia y se le animaba a hacerlo. La mayor indicación de la libertad del juez, y de su función de buscar la verdad, estaba en la posibilidad de, en caso de que las pruebas no llevaran a una conclusión clara sobre los hechos, abstenerse de pronunciar la sentencia. Un caso narrado por Aulo Gelio retrata bien cuatro características del sistema romano.

Señala que, cuando estaba iniciando en la actividad de juez, se encontró con un caso difícil: el demandante buscaba cobrar al demandado una cierta cantidad, pero dejaba claro que no había testigos ni otras pruebas del acuerdo. El autor era un hombre honorable, cuya buena fama era reconocida por todos. En cambio, el demandado era una persona muy sospechosa, frecuentemente condenado por fraudes y mentiras. El demandado decía que no podía ser condenado sin pruebas. Aulo Gelio pidió consejo a amigos juristas, quienes le dijeron: “en aquello no había ninguna duda, que no había prueba jurídica que demostrara el préstamo y que era necesario declarar sin responsabilidad a aquel que negaba.” Aun así, el escritor y jurista citado no lograba decidirse a juzgar la causa a favor de una persona de mala fama contra otra de excelente reputación. Resolvió pedir consejo a Favorito, un filósofo, con

quien hablaba frecuentemente. Este último le recomendó seguir el consejo de los antiguos: si no hay pruebas, el juez debe juzgar a favor de aquel que tiene mayor probidad. Si ambos están en igualdad de condiciones, en ese punto, debe darse fe a aquel que niega la deuda. Por lo tanto, en el caso que ocupaba a Gelio, debía condenar al demandado. La opinión del filósofo griego no fue suficiente para eliminar las dudas del juez, quien consideraba erróneo condenar basándose en costumbres y no en pruebas. Al permanecer en duda, juzgó que no estaba claro (*non liquet*) y se liberó del caso (Gelio, 1959, pp. 169-177).

En el sistema probatorio romano, es destacable que, muy probablemente, el juez romano, en algún período, haya tenido que motivar su sentencia. No necesitaba justificar su valoración de las pruebas. Al tratarse de una tipología de los sistemas de apreciación de la prueba, la obligación de motivar la sentencia (y no la apreciación de la prueba) no desconfiguraba el sistema de la íntima convicción. En realidad, es irrelevante en esta clasificación, pues no guardaba relación, al menos en el plano estrictamente lógico-conceptual, con el acto de apreciar la prueba.

## **2.2 EL SISTEMA JURISDICCIONAL ROMANO Y LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO E INQUISITIVO**

Inicialmente, puede decirse que el origen de los principios dispositivo e inquisitivo se encuentra en el Derecho Romano. Fueron creados a partir de la lectura de la *editio actionis et instrumentorum* y de la *cognitio extra ordinem*, respectivamente. La doctrina procesal contemporánea asegura que estos principios constituyen la evolución del Derecho procesal hasta el período del Emperador Justiniano, en lo que respecta a las pruebas, cuestiones de derecho y las formas de procedimiento del sistema procesal romanista (Biscardi, 1968, p. 121).

La *cognitio extra ordinem* hace que, cada vez más, el legislador crea en la necesidad de que el juez pueda utilizar dichos principios, con el fin de determinar la búsqueda de la verdad material del asunto llevado a su apreciación; ya que hay una verdadera tendencia a aplicar, de forma más frecuente, una protección en lo que respecta al interés en las pruebas de las partes involucradas en el proceso.

Sin embargo, tal idea queda superada, ya que en la práctica se mantendrá la garantía de una información verosímil al juez, en relación con las pruebas, con un único deber de colaborar con el juez del proceso, incluyendo a las partes y terceros.

Estas ideas constituyen, en la medida correcta, el fundamento del principio inquisitivo en el proceso postclásico y justiniano y explican la evolución, en ese sentido, del régimen de la práctica de las pruebas y de la alegación de las bases jurídicas de la pretensión del demandante. Se trataba de ideas que podían resultar extraordinariamente fértiles para un análisis del proceso desde perspectivas que trascienden la mera descripción de los actos procesales. El avanzado estado de reconstrucción del Derecho Procesal Romano permite ya pensar en acometer estudios de reflexión sobre fenómenos jurídicos a la luz de la experiencia histórica, de modo que puedan tener proyección en los problemas de la ciencia moderna (Fernández Barreiro, 1999, pp. 499-500).

El contenido y función del deber de *edere formulam actionis et instrumenta*, en la enseñanza del profesor Barreiro, sería impuesto por el pretor al demandante en el proceso formulario y al carácter que asume ese deber pretorio en el proceso cognitivo y postclásico. En segundo lugar, se pretende destacar cómo entra progresivamente en consideración el interés probatorio referente a las partes y cómo se encaja con la idea de garantizar al juez los medios de información para poder redactar una sentencia verosímil. Y, por último, se tratará de mostrar la relación que todo esto guarda con los principios dispositivo e inquisitivo y las razones de su vigencia.

Con el advenimiento del Digesto, específicamente en la parte que se refiere al *edendo*, se ve una serie de fragmentos de carácter jurisprudencial correspondientes a los comentarios de dos edictos diferentes, cada uno con entidad propia; donde, en la primera parte, se extrae de ese título un edicto pretorio en el que se impone al demandante el deber de comunicar extraprocesalmente a la parte contraria la forma en que debe tratar de hacer valer su pretensión, así como los instrumentos documentales que serían el objeto material de su prueba.

Se resalta aún, las posibles razones que pudieron haber inducido al pretor a imponer un deber similar al demandante. Se tiene que analizar que con ello se trataba de minimizar los duros efectos de la primitiva *in ius vocatio*. De esta manera, el deber de *editio actionis et instrumentorum* sería más una de las varias disposiciones pretorias formalizadas para resguardar al autor de la demanda judicial, con inspiración en el principio de otorgamiento de

mayor protección y ayuda a este último, todo ello en convergencia con la formación del juicio de valor que tendría el magistrado, en el ejercicio de su actividad judicial; de donde se concluye que la finalidad de la editio extraprocesal tenía un carácter eminentemente informativo, ya que no se trataba de proporcionar, de manera diferente, elementos probatorios para fundamentar su defensa, sino solo de dar a conocer cuál era la pretensión del autor y el fundamento jurídico que tendría su proceso, para evitar, así, una sentencia desfavorable, razón por la cual se justificaría la relación de la mencionada editio y el principio de economía procesal que ya existía (Fernández Barreiro, 1999).

Otra institución que merece destacarse, en lo que respecta al análisis de los principios adversarial e inquisitivo, como forma de perfeccionamiento del Derecho Procesal Romano, es la editio extraprocesal, la cual respondía al carácter privado de la *in ius vocatio* y, por consiguiente, a la validez de esta citación para invitar a la parte contraria a comparecer ante el pretor. Sin embargo, tal institución dependía de la necesidad de presentar una acción, mediante determinadas fórmulas, ya que estas eran los mecanismos procesales idóneos para el ejercicio de las llamadas “acciones típicas”. Se concluye que la editio actionis del proceso formulario tiene un carácter técnico-procesal, en la medida en que la relación jurídica procesal queda plenamente subsumida en la fórmula concreta, en contraposición a aquella en la que se tramita en la *actio*.

Por otro lado, el régimen de la editio instrumentorum, como complemento de la editio formula y del proceso formulario, también trae profundas transformaciones a partir de un análisis del proceso cognitivo o de conocimiento, desde el momento en que la *cognitio*, los procedimientos de los cuales se derivó y los diversos principios en los que se asientan, ofrecen ahora nuevos expedientes para obtener la producción de documentos, sin la necesidad de recurrir a conminaciones de naturaleza indirecta, como lo hacía el pretor en el edicto de formula edenda. Este nuevo procedimiento, llamado ahora *extra ordinem*, servirá como facilitador de los expedientes oportunos para conseguir de manera más eficaz y rápida el resultado frágil que tenía en el pretor su tutor, a través de la amenaza de la *actio in factum* por falta de editio instrumentorum.

Era inevitable que toda esta nueva forma de actividad procesal ocasionara ciertos cambios, en relación con las figuras clásicas que imperaban en los procesos anteriores, como, por ejemplo, la *actio ad exhibendum*, imperando ahora la adopción de este nuevo régimen en lo que respecta a la presentación de los medios de prueba a producir; en contraste con la

libertad que este tema tenía cuando se aplicaba el procedimiento formulario. Poco a poco se va implantando la idea de imponer también al demandado el deber de edere instrumenta que, en el proceso formulario, recaía únicamente en el autor, hasta llegar de manera imperiosa en el Derecho de Justiniano a la total isonomía de las partes, en lo que respecta a esta materia. Se entiende que este deber incluía incluso a terceros interesados en el proceso. Ahora, lo que importa es la disposición de todos los medios de valoración de pruebas necesarios para resolver el problema llevado a la apreciación judicial.

Otro punto que merece destacarse versa sobre el advenimiento del “Proceso Formulario”. En este, el demandado podría tener conocimiento de los medios de prueba que el autor pensaba utilizar apud iudicem con anterioridad a la instauración del proceso, es decir, el deber de edere instrumenta que era de la incumbencia del demandante suplía, de este modo, el interés del demandado de comparecer instructus ad agendum, evitando con ello las inevitables prórrogas que, en el curso del proceso, eran concedidas instrumentorum gratia. Sin embargo, la amenaza de la actio in factum recaía sobre el autor que se había negado deliberada y dolosamente a practicar la editio extraprocesal, siendo, en el agere per formulas, el único recurso existente para tutelar aquel interés del demandado y el de la misma economía procesal en la tramitación de los litigios.

Acto seguido, el juez del proceso formulario no podría exigir al demandante presentar pruebas diferentes de las que voluntariamente alegara. En consecuencia, era completamente ajeno, en este tipo de proceso, la posibilidad de que el magistrado pudiera atender a las solicitudes del demandado enumeradas con el fin de obtener, a través de él, la presentación de instrumentos probatorios del autor, sobre la base de la utilidad que presentaban para su defensa.

Todavía interpretando el proceso mencionado, ni siquiera el deber pretorio facultaba al demandado a compeler al demandante a exigir la editio de otros documentos aparte de aquellos que este último pensara utilizar, cuando de la presentación de su defensa ante el magistrado se tratara. Por otro lado, en relación con el autor, sus posibilidades, en este particular, eran nulas de pleno derecho, ya que no había un deber de editio del demandado.

A diferencia de lo anterior, en algunas situaciones, la presentación de documentos podría ser exigida con fines probatorios en el mismo proceso en cuestiones controvertidas sobre determinado asunto. Como, por ejemplo, en las situaciones en que algunas personas tendrían la obligación de justificar las cuentas de una administración (reddere rationes), tal

como ocurría con el tutor y el curador, en el negotiorum gestor, con el procurator, etc. Esto se debía al hecho de que se creía que la hipótesis tendría una buena gestión de los negocios cuya administración recaía en ellos. La negativa perentoria de la presentación de los citados documentos aún podría acarrear una sentencia de naturaleza condenatoria en el proceso principal. Pero, de ninguna manera, tendría el juez la prerrogativa de forzar la presentación de los documentos al demandado.

El tema requiere aún un análisis, en lo que respecta a la institución de la editio rationum. Específicamente, al argentarius, el cual sería una excepción al régimen general que allí imperaba, ya que se puede ver como un gran presupuesto de los principios que, a este respecto, se van a imponer, con el apareamiento del procedimiento cognitivo.

Aún sobre el procedimiento cognitivo y sus distintos presupuestos, es posible vislumbrar que estos satisfacen las necesidades de las partes en estricto cumplimiento de las pruebas, sin que ello tenga que recurrir al expediente indirecto de la editio instrumentorum extraprocesal, cuya sanción se refiere únicamente mediante la amenaza de las acciones in factum que pesaban sobre aquellos que fueran en contra de las prescripciones edictales que versaran sobre aquella materia. De los diversos sistemas utilizables en el proceso formulario, para obtener la presentación de documentos, al margen de la editio extraprocesal, se remite a la evolución del régimen de la producción de documentos en la cognitio del período clásico, desarrollándose, posteriormente, esta materia en el proceso postclásico.

Pero, ahora, será preciso distinguir: a) los documentos que deben ser presentados al juez por el demandante para respaldar su reclamación y aquellos que, por ventura, venga a usar con el mismo intento; b) los documentos que el magistrado puede determinar que presente el titular de la acción al demandado, para que este pueda fundamentar sus argumentos; y, c) los documentos que pueden ser obtenidos mediante expedientes exhibitorios, siguiendo el mismo modelo preconizado por la actio ad exhibendum, aunque modificando el concepto del interés, en atención al mero interés procesal del demandante. Se añade aún que, en el procedimiento cognitivo, se tendrá la obtención de documentos con fines probatorios, que pueden ser conseguidos, sobre todo, a través de una acción específica llamada acción exhibitoria.

Esta sistemática procesal centrada en los principios reguladores y volcada hacia el régimen de producción de los documentos en juicio, típica del procedimiento cognitivo, hasta la época de Diocleciano persistirá, en gran parte, y seguirá formando el período posterior.

Pero, la evolución proseguirá de manera inexorable, siendo utilizado en una escala cada vez mayor, la tutela del interés probandi de las partes.

Las actuaciones judiciales deberán ser transferidas a los litigantes cuando la sentencia necesite ser revaluada por otro magistrado, en sede de apelación, de la misma manera, cuando el juez necesite dirigir una consulta al Emperador, ya sea en materia criminal, como civil, en lo que concierne al asunto que esté siendo debatido. Mientras que la editio instrumentorum, en el proceso postclásico, una vez realizada la citación del demandado y después de haber comparecido este último, el autor debería presentar las pruebas mediante las cuales fundamentaba su petición. Esta producción de documentos era una verdadera editio instrumentorum. Sin embargo, sin el carácter extraprocesal. Lo innovador de esta nueva editio instrumentorum es que ya no se dirige únicamente al demandado, sino también al juez, a quien deberá ahora comprobar, in initio litis, que el demandante dispone de los medios de prueba necesarios para fundamentar su pretensión de Derecho material. Quedaría determinado, en este tipo de procedimiento, que el incumplimiento de esta editio instrumentorum impediría dar curso al proceso.

En lo que respecta al Derecho Justiniano, destacado en términos de la producción de documentos, las partes involucradas en el proceso podrían solicitar al magistrado la orden de exhibición, para que la parte contraria presentara aquellos documentos necesarios para su defensa, con el fin de esclarecer la verdad de la cuestión objeto del litigio. Puede decirse que este principio dio origen al iusiurandum calumniae, prestado por los litigantes, al inicio del proceso. De esta manera, en razón de este juramento, las partes involucradas se comprometen mutuamente a presentar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de aquellos puntos que aparecen como inciertos. Tal instrumento (iusiurandum calumniae), presentado al inicio del proceso, comportaría, además, la declaración recíproca, según la cual la solicitud de exhibición de documentos de la parte contraria no se haría con el fin de provocar retrasos injustificados en la tramitación del proceso, sino porque la parte interesada necesitaba realmente de esa producción documental, a través del otro litigante.

Sin embargo, la mayor novedad que presenta el proceso citado, en lo que respecta a la producción de documentos, versa sobre la posibilidad de compeler a un tercero ajeno al proceso a exhibirlos en juicio, con el fin de conocer todo su contenido y, así, poder utilizarlos como medio de prueba. Puede afirmarse que la base legal, para dar cabida a esta posibilidad,



se encuentra en la idea según la cual el magistrado debe disponer de todos los elementos judiciales necesarios para llegar al fondo de la controversia llevada al juez para su apreciación.

No faltan antecedentes de esta idea en el procedimiento cognitivo. Sin embargo, su forma determinada y definitiva no encontró respaldo hasta la formalización de la Constitución Justiniana. En esta Carta Magna, se podrá, meticulosamente, establecer criterios legales de colaboración procesal ante el magistrado. Es decir, la posibilidad de exigir la presentación documental de un tercero ajeno al proceso que estará sujeta a la limitación según la cual la mencionada presentación no vaya en contra de sus propios intereses. Los aspectos más importantes de la regulación justiniana, del deber del tercero ajeno al proceso de colaborar para el esclarecimiento de la cuestión litigiosa, se refieren a la posibilidad de que las partes prueben que aquellos documentos estén en su posesión. Se afirma que tal situación completaba el deber que pesaba recíprocamente sobre las partes, de facilitar las pruebas necesarias para la actuación en el proceso.

Por último, en lo que respecta a los procedimientos dispositivo e inquisitivo, a la luz del Derecho Procesal Civil romano, se observará la *dilatio instrumentorum exhibendorum gratia*.

Como complemento imperioso del régimen de producción de pruebas, en particular, al interés probatorio de las partes, la *dilatio instrumentorum exhibendorum gratia* aparecería, mucho antes, bajo la forma de la *cognitio extra ordinem*, en razón de la necesidad de que se concediera al demandado un plazo para la presentación de los medios de prueba necesarios para fundamentar su defensa en el proceso. De esta manera, respaldada en una consecuencia lógica de carácter judicial que poseía el *edere* ajeno al proceso formulario. Ya en el *agere per formulas*, el demandado se presentaba ante el pretor *instructus ad agendum*, en razón de la *editio actionis et instrumentorum extraprocesal*. En el procedimiento cognitivo y postclásico, aquel efecto solo se producía después de haber ocurrido la citación. Solo en ese momento tendría el demandado el conocimiento de los medios de prueba con los que el autor pensaba fundamentar su reclamación. Pero, sólo vendría a ser posible, en el proceso postclásico, mediante la práctica que daba conocimiento al demandante y al magistrado al inicio del proceso, las pruebas con las que el demandante contaría para fundamentar su reclamación (*editio instrumentorum ante iudicem*).

Tal instrumento procesal tiene como finalidad producir la ejecución de un acto procesal. Es, definitivamente, una *dilatio litis propter instrumenta*. En verdad, se torna por

demás comprensible que la práctica de la concesión de dilaciones podría dar lugar, sin duda, a una procrastinación excesiva del hecho, en relación con su trámite. Nace así, la fijación de una serie de límites, en lo que respecta al número de dilaciones y al tiempo de interrupción del proceso, como consecuencia de aquellas.

Añade aún Fernández Barreiro (1999): a partir de las primeras consideraciones sobre el edicto de edendo y su posterior transformación, en el momento en que se instaura la *cognitio extra ordinem*, este se complementaría con el procedimiento postclásico y el Derecho de Justiniano. Con énfasis, sobre todo, en el principio dispositivo, que regiría todas las actuaciones procesuales del *agere per formulas*. Este sería sustituido paulatinamente por el principio inquisitivo, ampliado cada vez más en el procedimiento cognitivo, junto con el fortalecimiento del Poder Político del Imperio, que pasó a asumir las funciones de creación y aplicación del derecho, diversificadas durante el régimen político de la República.

La evolución en el régimen de producción de pruebas en juicio pasa a dictar los distintos pasos del progresivo establecimiento del sistema inquisitivo, en el proceso postclásico. Queda evidenciado que sólo en función del sobredicho principio tiene sentido la clara diferencia entre el régimen de la *editio instrumentorum* extraprocesal del proceso formulario y el de la producción de documentos en el procedimiento cognitivo, mucho más evidente en el proceso postclásico.

Merece destacarse también, el hecho de que los principios de la carga de la prueba, tanto en el proceso cognitivo como en el postclásico, recaen en la parte demandante y, en ocasiones, en el demandado, ya que lo que definitivamente interesaba, al menos en el Derecho de Justiniano, era llegar al fondo de la verdad material del asunto que se controvertía en el proceso. Sin embargo, aunque permitiera apreciar el hecho de la sustitución del principio dispositivo por el inquisitivo, no explicaba el problema en su esencia. Es decir, la razón por la cual el primero tenía vigencia en el proceso formulario y por qué, de manera diferente, desde su nacimiento, el procedimiento cognitivo se basaba en el principio inquisitivo.

Acto seguido, el aspecto preponderante que merece destacarse recae sobre la no coincidencia según la cual el procedimiento formulario pasara a ser regido por el sistema acusatorio, mientras que la *cognitio extra ordinem* y los procedimientos que de ella se originaran, tendrían plena vigencia, de manera diferente, del principio inquisitivo. Justifica el autor afirmando que no podría ser de otra manera, ya que poseían bases antagónicas, en lo

que respecta a una y otra forma de proceso, así como también es distinto el tipo de organización política en la que ambos nacieron y se desarrollaron.

Se observa, parafraseando al mismo autor, que el motivo preponderante para el apareamiento del principio inquisitivo en el proceso que se iniciaría con la *cognitio extra ordinem*, es que este viniera de este último; y, por consiguiente, respondía a las bases políticas que lo sustentaban. De la misma manera, el principio dispositivo, ya que este último seguiría las reglas establecidas en el procedimiento del *ordo iudiciorum privatorum*, siendo incompatible con aquel primero. A partir del momento en que el Poder Público asumió, como función específica, la administración de la justicia era necesario atribuir a la figura del magistrado poderes suficientemente razonables para el cumplimiento de sus funciones judiciales y darle respaldo legal, en la resolución del verdadero sentido de justicia, oculto en las posiciones controvertidas de las partes. Ya fuera el demandante, el demandado o, incluso, un tercero interesado, dando al juez los elementos robustos necesarios para el fundamento de una sentencia que atendiera a la objetividad del derecho reclamado.

Para finalizar, se concluye que todos los procedimientos desarrollados por los romanistas, abordados aquí, en el período llamado postclásico, en contrapartida a lo que se desarrollaba hasta entonces en la fase de la República, contribuyeron en gran medida al perfeccionamiento del Derecho Procesal Romano, habiendo reforzado el Poder Público de aquella época, creándose, por consiguiente, una organización política extremadamente fortalecida, por la eliminación del *libertas*, así como con la diferenciación que se estableció entre: potestad y autoridad. Otra innovación que merece destacarse residiría en el hecho de que, en medio de todo esto, las partes involucradas en un proceso perderían progresivamente su independencia, fortaleciendo, por otro lado, al juez, con la garantía de una tutela más eficaz, en la resolución de la pretensión del Derecho material.

Por último, no se puede dejar de resaltar que la implantación total de estos principios mencionados anteriormente solo alcanzará su plena observancia, con la llegada del Régimen Político del Imperio; siendo, específicamente, el principio inquisitivo, ampliamente utilizado, como base sustentadora del nuevo tipo de proceso, instalado por el Emperador Augusto, a diferencia de los otros períodos en los que imperaba, inexorablemente, la dispositividad del principio *probandi*.

### 3. PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA EDAD MEDIA

Antes de profundizar en los principios: dispositivo e inquisitivo, se analizarán las diferentes formas de debate procesual existentes en el período medieval, invocando inspiraciones divinas como medios de prueba.

#### 3.1 EL PROBLEMA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL: LOS JUICIOS DE DIOS Y LAS ORDALÍAS

Gran parte de la doctrina considera que, en un tiempo lejano, se concibieron diversos procedimientos procesuales de valoración de la prueba, como una especie de diálogo de corte eminentemente sacramental, donde la utilización de fórmulas retóricas no servía de nada ante los representantes del poder clerical, quienes daban soluciones sin ninguna controversia, mediante utilidades y sacrificios de animales u otros métodos similares invocando a Dios (Caenegem, 1973, p. 8).

Kemmerich afirma que es común considerar las ordalías como una forma de prueba legal, así como un sistema irracional. "Pienso que el sistema de las ordalías, en las sociedades que lo adoptaron, no fue algo irracional. Sus diferencias en relación con el sistema de la prueba legal son significativas, lo que hace más adecuado que estos dos sistemas sean clasificados por separado" (Moraes, 2008, p. 340).

A diferencia de lo que muchas veces se piensa, las ordalías no eran el medio de prueba más común en el antiguo proceso germánico (ca. 400-1300), sino el juramento de la parte, con o sin "compurgadores". La prueba mediante testigos también era más común que la ordalía. En razón del carácter supletorio de las ordalías, surge la dificultad de clasificación (o denominación) del sistema de apreciación de la prueba en el antiguo proceso germánico. Sin embargo, esta sería una cuestión de menor importancia y que no debe desviar la atención en este momento, ya que lo que se busca con el tema aquí propuesto, en verdad, son las características del citado sistema.

En este sentido, las ordalías, aunque utilizadas de manera supletoria, no eran algo raro y, aunque no se llegara a invocarlas, siempre existía la posibilidad de que fueran utilizadas. Formaban parte de la lógica del sistema. La prueba mediante testigos y mediante

“compurgadores” tenía un carácter tan decisivo como las ordalías, ya que no dejaba ningún margen de discrecionalidad al juez, quien sólo fiscalizaba el cumplimiento de las formas consuetudinarias. O la parte presentaba el número de testigos o “compurgadores” previsto o era condenada, situación en la que normalmente podría pedir probar su derecho mediante una ordalía. En el proceso germánico, el testigo simplemente emitía un juramento a favor de la alegación a ser probada. Era diferente, por tanto, de la prueba testifical del derecho romano-canónico, en la que el testigo debía narrar los hechos que había presenciado.

Los “compurgadores” se asemejaban a los testigos, pero juraban solo en apoyo a la idoneidad, a la honradez, de alguna persona, y no en apoyo de una versión sobre los hechos. Incluso quien desconociera los hechos en cuestión podría, aún así, ser un compurgador. Aunque una prueba mediante el juramento de personas sin conocimiento de los hechos pueda parecer irracional, tenía su lógica, que en la época era plenamente aceptable: los “compurgadores” eran admitidos solo en los casos en los que el acusador basaba la acusación en nada más que su propia palabra. Lo que el acusador esperaba, en esos casos, era que el demandado confesara la deuda y así su crédito estaría probado. Si el demandado no hacía tal confesión, se liberaría de la acusación con un poco más de lo que fue presentado por el acusador: su juramento y el juramento de otras personas en apoyo de su credibilidad. Si el único elemento para la decisión sobre el hecho alegado era la credibilidad de los oponentes, el apoyo de los compurgadores servía para mostrar hacia qué lado se inclinaba la opinión pública en una comunidad (Gilissen, 2011, pp. 713-716).

La gran credibilidad del juramento de testigos o de “compurgadores” provenía de las creencias religiosas de la época: pocos se arriesgaban a prestar un juramento falso, ya que se creía que este atraería inevitablemente el castigo divino.

En cuanto a las ordalías, existía la creencia popular de que podían demostrar el juicio de Dios sobre la cuestión disputada. Servían para complementar las explicaciones populares sobre la justicia y sobre el mundo, lo que les confería un cierto grado de racionalidad. Las más comunes eran la del hierro incandescente, la del agua hirviendo y el duelo. Pero existían diversos otros, como, por ejemplo, el juicio de la cruz, la prueba del cadáver, la del agua fría y la del pan.

Desde aproximadamente el siglo IX, ya existían voces en la Iglesia contrarias a las ordalías. En 1215, en el IV Concilio de Letrán, se prohibió la participación de los clérigos en este tipo de prueba. En 1179, el rey de Inglaterra garantizó a los litigantes en disputas sobre

tierras el derecho de optar por el jurado en lugar del duelo. En 1265, el rey Luis IX (San Luis) prohibió el empleo de duelos ante la justicia real francesa. Por último, en Constantinopla, todos los tipos de ordalías fueron prohibidos por Miguel Paleólogo.

Las razones que se apuntan para el declive de las ordalías son varias. La actitud de la Iglesia, el avance cultural y el renacimiento del derecho romano son las más citadas (Kadri, 2006, p. 25).

Entonces, las ordalías comenzaron a ser vistas como algo irracional, aunque no fueron abandonadas rápidamente. El nuevo sistema de valoración de la prueba era la principal diferencia entre el derecho germánico y el derecho romano-canónico. Pasó a valer el juicio del hombre donde antes valían los “juicios de Dios”. La prueba, que antes era decisiva, ahora dejaba espacio para dudas y para la discrecionalidad y el razonamiento judicial. Por lo tanto, aunque tanto el sistema de las ordalías como el de la prueba legal adoptaron pruebas con valor predefinido, eran sistemas muy diferentes: en caso de duda, el primero buscaba saber cómo Dios juzgaría la causa y el segundo seguía reglas que la doctrina consideraba que lo llevarían más cerca de la verdad cerca de la verdad y admitiría cierta discrecionalidad judicial. Solo con el fin de las ordalías se pudo comenzar a pensar en medios investigativos que llevaran al juez a un conocimiento más cercano de la verdad. Se considera, por ello, mejor que los dos sistemas no sean clasificados como uno solo.

Así, las ordalías atendían una necesidad humana: la de obtener una solución cuando no hubiera testigos y el juramento no fuera aplicable. ¿Qué se podría hacer, en casos así, después de la prohibición de las ordalías? ¿Dejar al arbitrio del juez, en un proceso que pasó a ser inquisitivo? ¿Extraer una confesión a la fuerza? Para limitar el arbitrio judicial, se preservaron algunos elementos formales del proceso germánico y se crearon otros, resultando en el sistema de la prueba legal.

Algún tiempo después, el debate fue perdiendo su sentido místico y pasó a ser más racional, al punto de crearse una serie de actos procedimentales, con el fin de realizar la discusión en un diálogo efectuado ante un magistrado.

Además, en lo que respecta a la legislación inquisitorial española y la correlación de esta con el principio inquisitivo y su método correlativo: la prueba oficiosa, puede decirse que incluso antes de la Inquisición en España, la Ley de Partidas solidificó el principio de que el magistrado tendría que conocer la verdad de lo que estaba por juzgar, como acto

sentenciador, de delitos de carácter eminentemente penal. Por otro lado, con el paso del tiempo, hubo una extensión a las demandas de naturaleza civil.

Se ve claramente, por primera vez positivado en un acto normativo, la presencia del sistema inquisitorial y el método de prueba oficiosa, a partir de la Instrucción del Marqués de Gerona, fechada en mayo de 1854, donde se vislumbraba en su artículo 65, un dispositivo legal que serviría de base para corregir los procedimientos legislados, que se refirieran a asuntos de orden civil. Se ve la transcripción del citado diploma legal, in verbis: “Los tribunales y jueces podrán decretar, para mejor proveer con citación de las partes, la práctica de cuantas diligencias estime convenientes” (Echandía, 2002, p. 48).

Actualmente, se ha adoptado el concepto de que la valoración probatoria sería la suma de actos que se realizan en el proceso, con el objetivo de traer al mismo la prueba de los hechos, objeto de la demanda. En este sentido, pueden considerarse como medios probatorios el testimonio, la confesión, la inspección judicial, los indicios, etc. Pueden, sin embargo, clasificarse, según los medios que pueden ser utilizados en una relación procesal, en dos clases de criterios o sistemas, a saber: el medio legal y el medio libre. El primero parte del supuesto de que solo podrá ser empleado, en consonancia con lo que esté expresamente establecido en la legislación o en el código; ya el segundo, puede ser utilizado desde el momento en que la ley dé plena libertad para la utilización de cualquier medio de prueba, así como cuando establezca algunos y permita el empleo de otros (Dinamarco, 2010, p. 80).

### **3.2 ANÁLISIS SOBRE LA INICIATIVA DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN Y LA BÚSQUEDA DE LA PRUEBA**

Como se vio, el principio dispositivo imperó casi en su totalidad en todos los períodos que rigieron el Derecho romano antiguo. Con el paso del tiempo, a pesar de que el Derecho procesal en el medievo presentaba, aún, al comienzo de la “Baja Edad Media” (a partir del siglo XII), una fuerte tendencia al modelo de pruebas “irracionales”; gradualmente, va perdiendo fuerza, desapareciendo por completo, en la Europa continental, entre los siglos XIII y XV, llegando ya a la edad moderna.

Por otro lado, paulatinamente, el Derecho europeo medieval presentará, específicamente en el ámbito del Derecho procesal canónico, una fuerte tendencia al poder instructivo del juez, con la previsibilidad de actividades más tecnicistas, a partir de la edición

del Decreto de Graciano en el siglo XII, con el advenimiento de dos modalidades probatorias específicas, a saber: el juramento y la prueba testifical.

Es importante aclarar que el Derecho Procesal Canónico tendrá como marco regulador la rigurosidad en la aplicación de su norma. Vale mencionar que también rigió la dispositividad del principio como delimitador a la fase instructiva-probatoria (Tucci, 1996, p. 40). Sin embargo, algunos “cánones” preveían la posibilidad de que el magistrado interviniera en el proceso, sin estar obligado, cuando se constatará un acto negligente de las partes; evitando, de esta manera, que se dictaran sentencias injustas, de acuerdo con la instrucción de algunas modalidades de pruebas.

En verdad, el análisis de la iniciativa del magistrado en el sentido de determinar y buscar la prueba se dará de manera efectiva, en el Derecho procesal canónico, con el modo de apreciar la instrucción probatoria, a saber: cada vez más verosímil. En este sentido, vale resaltar también que habrá una prevalencia, en el iter procedimental, de que el hecho fundamental, que la causa de pedir por la cual el demandante introducirá su derecho subjetivo o, alternativamente, las razones enumeradas por el demandado en su escrito de defensa, estaría en dependencia de lo que se iba a probar. Así, para el juez deberían existir solo la relación fáctica y la materia probandi que estarían contenidas en la relación procesal, es decir, non quod est in actis non est in mundo (del viejo brocardo romano: “lo que no está en los autos, no está en el mundo”).

En contrapartida, la iniciativa probatoria del magistrado en la determinación de la prueba legal permanecerá tímida. Aún prevalecerán resquicios del Derecho procesal germánico, dando lugar al antiguo proceso romano (en su esencia, dispositivo); y, más tarde, se verificará una expansión de gran valor de los principios probatorios del derecho canónico, con una inexorable imposición, como sistema jurídico procesal, inicialmente, por el poder legislativo-clerical y, posteriormente, por un sistema jurisdiccional civil.

A pesar del apareamiento, en el siglo XIV, aunque lentamente, se tendrá el principio de investigación probatoria de oficio por el juez, aunque, aún, juzgando cuestiones meramente fácticas, en lugar de ser tratadas como cuestiones de mérito. La obsolescencia del criterio argumentativo de la prueba comienza a dar sus primeros signos. En este sentido, la teoría de las presunciones sufre un cambio significativo, a partir de la fundamentación de un criterio objetivista de probabilidad, en detrimento del carácter eminentemente abstracto



que existía. A continuación, se puntuará cómo se dio la cuestión del sujeto y del objeto, a partir del siglo XVI y siguientes, del sistema probatorio del Derecho medieval.

#### 4. EL SUJETO Y EL OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PERIODO MEDIEVAL

El sistema de pruebas del Derecho medieval estaba centrado en una visión eminentemente dialéctica, es decir, una actividad intrínsecamente basada en el campo de la argumentación y la probabilidad. En este sentido, el derecho deja de ser un problema que el jurista tiene que resolver trabajando en un esquema de pruebas, basado en la relación sujeto-sujeto, en detrimento del objeto probatorio, que el juez (operador del derecho) tenga que conocer; como, muy bien caracterizado en el Derecho procesal civil liberal, con total énfasis en la relación sujeto-objeto (Giuliani, 1961, pp. 233-234).

Así, la praxis del iudicium sería una especie de modelo del pragmatismo probatorio basado en la persuasión-argumentación de la prueba. Se tendría, de esta manera, en el modelo de prueba practicado, la constatación, problemáticamente hablando, de una premisa tópico-argumentativa.

En este sentido, vale traer la lección del profesor Daniel Mitidiero, citando a Alessandro Giuliani:

(...) el procedimiento probatorio en el ordo iudicarius venía caracterizado por dos notas esenciales: primero, todo lo que se hiciera en juicio en tema de prueba asumía una dimensión dialógica; segundo, no tenía el juez poder para ordenar de oficio la prueba de determinada alegación de hecho (iudex non potest in facto supplere), lo que funcionaba como una garantía de imparcialidad y independencia jurisdiccionales y posibilitaba la libre valoración probatoria (Mitidiero, 2006, p. 187).

Por su parte, a partir de los siglos XV-XVI, el proceso comienza a modificarse con el juez actuando, aunque tímidamente, de una forma más activa, en la conducción de la relación procesal. En este sentido, con el advenimiento de las Ordenaciones del Derecho portugués, a mediados de 1416, en el reinado de Alfonso V, se ordena la edición de una nueva codificación ("Ordenaciones Afonsinas"), cuya composición sería de Edictos y normas

antiguas del Derecho romano-visigótico, añadida de normatización clerical del Derecho canónico.

El proceso civil portugués, a propósito, se movía dentro de las mismas directrices que el procedimiento probatorio en el *ordo judicarius*, es decir, venía caracterizado por dos premisas fundamentales: a) primero, todo lo que se refiriera, jurídico-procesalmente, en relación con el *thema probando*, sería tratado mediante el diálogo; b) segundo, se impedía al magistrado ordenar *ex officio*, cualquier prueba derivada de alegaciones fácticas (*iudex non potest in facto supplere*, en la lección de Giuliani, citado por Mitidiero), inadmitiéndose la instrucción probatoria oficial, ya que el juez debería juzgar conforme lo alegado y probado en el expediente (Afonsinas, Libro III, Título LXIX, § 1º; Manuelinas, Libro III, Título L, § 1º; Filipinas, Libro III, Título LXVI, § 1º), funcionando, pues, como una especie de garantía de imparcialidad e independencia jurisdiccionales; y, por consiguiente, posibilitando que la prueba fuera libremente valorada.

Resumiendo: las Ordenaciones, en sí, no preveían que el principio acusatorio fuera utilizado de forma exclusiva; no obstante, había una clara disposición en relación con su aplicabilidad.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, se buscó explorar las raíces históricas comunes que impregnan el derecho probatorio español y brasileño, evidenciando cómo las tradiciones jurídicas romana, canónica y germánica influyeron en la formación y evolución de estos sistemas. El análisis permitió identificar que, a pesar de las particularidades de cada ordenamiento, ambos comparten fundamentos históricos que moldearon sus estructuras probatorias, especialmente en lo que se refiere a la valorización de la prueba testifical, documental y a la gradual publicización del proceso.

En el caso español, se observó que el derecho probatorio fue profundamente marcado por el legado romano-canónico, con énfasis en la formalización de las pruebas y en el papel activo del juez en la instrucción procesal. En Brasil, aunque también influenciado por estas tradiciones, el derecho probatorio incorporó elementos del liberalismo jurídico del siglo XIX, lo que resultó en un sistema más enfocado en la autonomía de las partes en la producción de las pruebas, sin, sin embargo, abandonar completamente la intervención judicial.

La comparación entre los dos sistemas reveló que, a pesar de las diferencias contextuales y temporales, ambos enfrentan desafíos similares, como la necesidad de equilibrar la búsqueda de la verdad material con los principios del contradictorio y de la amplia defensa. Además, se destacó la importancia de comprender las raíces históricas comunes para interpretar y aplicar mejor las normas probatorias contemporáneas, especialmente en un escenario de creciente complejidad de las relaciones jurídicas y de internacionalización del derecho.

Por ello, este artículo buscó contribuir al diálogo entre los estudiosos del derecho probatorio en Brasil y España, reforzando la importancia de mirar al pasado para comprender el presente y proyectar el futuro. Se espera que las reflexiones aquí presentadas inspiren nuevas investigaciones y fomenten la cooperación académica entre los dos países, en pro de un derecho probatorio más justo, eficiente y adaptado a las demandas del siglo XXI.

Por fin, se resalta, finalmente, que la mayoría de los países de Europa, en la época del bajo medievo, después de la implantación del Derecho romano-germánico, tuvo en el sistema dispositivo prevalencia casi en su totalidad, exceptuándose el Derecho Procesal de Prusia del siglo XVIII, cuya preponderancia era la del principio inquisitivo.

## BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, A. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

BISCARDI, A. **Lezioni sul processo romano antico e classico**. Torino: G. Giappichelli, 1968.

CAENEGEM, R. C. V. History of european civil procedure. In: DAVID, René (ed.). **International encyclopedia of comparative law**. v. 16, chapter 2. Paris e New York: IALS, 1973.

CHIOVENDA, G. **Saggi di diritto processuale civile**, III.

DINAMARCO, C. R. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ECHANDÍA, H. D. **Teoría general de la prueba judicial**. Tomo I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002.

ENGELMANN, A. **A history of continental civil procedure**. Trad. e ed. Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.

FAILDE, J. J. G. **Nuevo Derecho Procesal Canónico. Estudio sistemático-analítico comparado**. 3.ed. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1995.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. **Estudios de Derecho procesal civil romano**. Coruña: Universidade da Coruña (Servicio de Publicacións), 1999.

GELIO, A. **Noches Áticas**. Trad. Francisco Navarro y Calvo. Buenos Aires: EJE, 1959.

GIULIANI, A. **Il concetto di prova contributo alla lógica giuridica**. Milano: Dott. A. Giuffrè, Editore, 1961.

GIULIANI, A. Prova. I – Prova in Generale: a) Filosofia del Diritto. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1988, vol. XXXVII.

GIULIANI, A. Logica del Diritto: b) Teoria dell'Argomentazione. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1975, vol. XXV.

GIULIANI, A. L'Ordo Judiciarius Medioevale (Riflessioni su un Modello Puro de Ordine Isonomico). **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1988, vol. XLIII, parte I.

GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KADRI, S. **The trial**. New York: Random House, 2006.

KNIJNIC, D. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA FILHO, J. G. de. **O caráter interdital da tutela antecipada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MITIDIERO, D. F. A Lógica da Prova no Ordo Judiciarius Medieval e no Processus Assimétrico Moderno: uma aproximação. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, n. 6, Jacarezinho, 2006.

MORAES, J. R. **Sociedade e verdade - evolução histórica da prova**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito Processual. São Paulo, 2008.

PALAZZOLO, G. A. **Prova legale e pena: La crisi del sistema tra evo medio e moderno**. Napoli: Jovene, 1979.

SCHULZ, F. **Derecho romano clásico**. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

TAUTIVA, O. **Principios fundamentales del Derecho procesal**. Bogotá, 17 de oct. 2003. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos14/der-procesal/der-procesal.shtml> Acceso en 15.sep.2011.

TUCCI, J. R. C. e. **Lições de história do processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TUCCI, J. R. C. e. **Lições de Processo Civil Canônico: História e direito vigente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Detalhes do(s) autor(a/es)

**Bruno Freire Pimentel**

Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca/USAL. Professor e advogado.

**Lorenzo M. Bujosa Vadell**

Profesor Catedrático de la Universidad de Salamanca/USAL.

**Carlos Frederico Vasconcellos Monteiro Rosa**

Doutor em Direito pela UFPE. Professor na Universidade Católica de Pernambuco.