SILVESTRE BELLO RODRÍGUEZ
Profesor. Universidad de las Palmas de Gran Canaria

EL TESTAMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA

Planteamiento previo: El Principio Rector de los diferentes medios de prueba en los procedimientos romanos es sabido que depende de la importancia que se le haya otorgado al testimonio de los testigos o al valor dado a la prueba documental, siendo una constante que el desarrollo de la prueba es competencia de aquél que afirma, *onus probandi imcubit ei qui afirmat non qui negat..*

En el procedimiento de las *legis actiones*[1] el medio de prueba más importante es la declaración de las partes bajo juramento[2], es decir el testimonio oral de los testigos con cierto rigorismo y arcaicismo como corresponde al procedimiento de esta época, normalmente los testigos eran los que habian asistido a la realización del negocio jurídico transmisivo como en el supuesto de la *mancipatio,* testamento.[3]

En el procedimiento formulario los medios de prueba son mucho más ricos y variados que en el antiguo sistema de la acciones de la ley, sigue existiendo la obligación de comparecer ante el Juez; la misión principal de los abogados es la exposición pormenorizada de los medios de prueba que aducen sus defendidos.[4]

El principio rector que rige en época clásica está basado en la prueba de los hechos; la obligación de probar *"onus probandi incumbit ei qui dicit"* y la libre apreciación de la prueba por parte del Juez[5]

---

[1] Levy, *La formation de la théorie romaine des preuves,* en *Studi Solazzi*, p.418 ss.

[2] Cicerón Pro Q. Roscio 15.44 y *Pro Caecina* 10.28

[3] Bello S. *Apertura de testamento.* IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano. Tomo I pág. 151.

[4] D.22.3.2 paulo 69 ad. Ed.; D. 22.3.21 Marciano 6 inst.

[5] En el procedimiento formulario el Juez no está sujeto a reglas ni a presunciones ni dispensas de pruebas. El Juez aprecia los medios de prueba en su conjunto

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

Las declaraciones de los testigos continuaron siendo medio de prueba destacable en esta época y según la praxis éstos deponían oralmente ante el *Iudex* según lo que ellos mismos hubiesen visto y oido. En época clásico-tardía se admitieron los testimonios prestados extrajudicialmente así como los trasladados a documentos aunque existe la opinión de que[6] nunca tuvieron un excesivo valor probatorio. Respecto al número de testigos que las partes pudieran presentar no parece que existiera limitación alguna aunque en un pasaje del Digesto 22.5.1.2 *Arcadius, qui et Charisius, libro singulari de testibus* se dice que se concedió a los Jueces la posibilidad de limitar el número testigos aun cuando en virtud de leyes se hubiese permitido un grandisimo número de testigos

Como medio de prueba aparece en esta época la llamada prueba documental aunque con caracter secundario, en la aparición de la prueba escrita influyó la praxis contractual de las provincias orientales donde el documento tuvo un papel muy importante. Se puede hablar de las pruebas preconstituídas (previa declaración de los testigos, *testationes*). Como documento probatorio en si mismo podemos destacar la importancia de las estipulaciones, contratos[7] y especialmente documentos testamentarios que tiene creciente importancia a lo largo de toda la época clásica y también los libros de actas de los banqueros (*rationes).*

Una de las características de la prueba en el procedimiento cognitorio[8] es el sistema de prueba reglada o prueba legal donde la ley determina cuáles son los medios probatorios utilizados en el *iudicium;* es probable que esta determinación sea una de las causas que hace que sea dificil plantearse si realmente la prueba documental es determinante frente a la testifical.

De la lectura de algunos textos de Cicerón[9] ya se deduce que en época clásica el valor concedido a la prueba testifical empieza a ser selectivo ya que se solía atender al estatuto social de los testigos y de forma muy especial su cualificación técnica para valorar los testimonios. Pensamos que en el bajo Imperio la diferencia en la apreciación de los testigos descansaba en razones especialmente de tipo politico y social[10].

---

6 Murga J.L. *Derecho Romano Clásico II. El Proceso.* Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza 1983.

7 Bello S. *Contratos literales,* Revista de la Facultad de CC JJ, ULPGC nº 2.

8 Archi, *La prova nel diritto del Basso Impero,* en *IURA* 12(1961), p. 1ss. ;Ziletti: *Studi sulle prove ne diritto giustinianeo, en BIDR* 67(1964) p. 167 ss.

9 Cicerón: *Pro Roscio,*14,42;16.49; *de praet urb.,* 5,14; *de suppl.*11.105; 43.113; 60.156;

10 C.4.20.5. Diocleciano, a. 286.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

Probablemente la influencia oriental es la causa de que en el procedimiento extraordinario adquiera cada vez más importancia la prueba documental sobre la testifical. En líneas generales podríamos decir que del contenido del C..4.20 *De Testibus* se desprende la importancia que de forma paralela a la testifical este medio de prueba va alcanzando y por tanto cada vez más aceptado. De los veinte fragmentos de este título interpretamos que aún cuando efectivamente se da importancia a la prueba documentales no es menos cierto que la fe de los testigos según los rescriptos de los Emperadores sigue siendo un medio de prueba como los demuestra entre otros el siguiente paragráfo C.4.20.5 de los Emperadores Diocleciano y Maximiano publicado a 5 de las calendas de mayo bajo el segundo consulado de Máximo y el de Aquilino, año 286 *"Eos testes ad veritatem iuvandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentatui fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere"* (es conveniente que para favorecer la verdad se presenten testigos que puedan anteponer a todo favor y poder la fidelidad debida a la religiosidad judiciaria). Este fragmento nos hace pensar que aun cuando en el procedimiento *extraordinem* la prueba documental empieza a tener importancia, el testimonio de los testigos sigue siendo una prueba importante.

De la lectura de los 6 fragmentos del D 22.4 ("De la fe, de los instrumentos y la pérdida de los mismos") *De fide instrumentorum et amissione eorum"* extraemos la siguiente consideración: aun cuando la prueba documental es admitida no es menos cierto que la testifical sigue siendo probablemente más importante aun cuando sabemos que existen limitaciones y determinadas exigencias para los testigos[11] como nos lo demuestra entre otros los fragmentos del C.4.20.5.6.8.9.10.11.

El fragmento 4.1 *Paulus libro II Sententiarum* dice "con el nombre de instrumentos se ha de admitir todo aquello con lo que puede ser probada una causa y por lo tanto así los testimonios, como las personas, son considerados en calidad de instrumentos". Entendemos que este fragmento da mayor claridad a la discusión que algunos juristas como Volterra plantean al sostener que mientras en una Constitución del Emperador Constantino[12] se afirma que la prueba testimonial tiene la misma fuerza que la prueba documental (fe de los instrumentos) otra Constitución de Emperador desconocido y de época incierta reconstruída de un texto de los

---

[11] Orestano R. *Istituzioni di Procedura Civile Romana.* Milano Dott. A. Giuffrè. Ed. 1938 XVI

[12] C.4.21.15 *Imp.* Constantinus *A. Ad populum.- In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

Basílicos (Bas.21.1.25) situada en el C.4.20.1[13] declara ineficaz el testimonio oral frente al testimonio escrito.

En lo que respecta a la fase probatoria, e interpretando los dos textos antes citados cuestión de prueba se podría decir que como medio de prueba y a la luz de estos dos textos entendemos que, según D.22.4.1 el significado de *instrumentorum nomine* es decir todo aquello con lo puede ser probada una causa, engloba tanto a los medios de prueba documentales como testificales al tiempo que interpretamos la redacción del C.4.20.1 *"Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur"* en el siguiente sentido: existiendo un testimonio escrito cuyo origen puede ser la declaración previa de los testigos (*testationes)* para luego ser presentadas al Juez, es decir una prueba preconstituida pero basada en la declaración de testigos, no cabe admitir *non scriptum testimonium.*

Otro Rescripto del Emperador Adriano14 acerca de la investigación de la veracidad de los testigos dice "No se puede definir suficientemente con ninguna regla cierta qué argumentos basten en cierto modo para probar una cosa cualquiera" acabando el rescripto en los siguientes términos "Así, pues, en resumen solamente puedo contestarte esto, que ciertamente el conocimiento no puede sujetarse desde luego a una sola especie de prueba, sino que por dictamen de tu conciencia debes estimar qué es lo que creas, o que lo que te parece poco probado". Este texto en opinión de Zilleti15 es punto de discusión sobre la formación y convencimiento sobre los medios de prueba del Juez.

Otro texto del D.22.5 el fragmento 3.3 del citado libro de Calistrato, estudiado, entre otros por Zilleti, pone de manifiesto la diferencia entre testigos *"testes"* y testimonio" *testimonia"* en sentido estricto, es decir, distingue entre testimonio oral y testimonio por escrito. De la lectura de este fragmento entendemos y seguimos la opinión de Zilleti en el sentido en que la prueba oral tiene mayor importancia que la testifical.

Con este planteamiento entendemos que es medio de prueba todo aquello con lo pueda ser probada una causa, sin perjuicio lógicamente de la valoración de los instrumentos que se haga en cada caso. En los medios de

---

13 C.20.1 *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur.*

14 D. 22.5.3.2

15 Zilleti U. *Sul valore probatorio delle testimonianza nelle cognitio extraordinem.* Studia et documenta Historiae et iuris. Roma 1963.

16 El valor que que atribuye a la prueba testimonial está minuciosamente regulado en al nueva legislación y particularmente en la novela 90 de Juistiniano.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

prueba documentales *editio instrumentorum*[16] se distinguen: documentos públicos que para algunos juristas se trata de prueba[17] plena, redactados por funcionarios públicos; documentos redactados por *tabelliones*, bajo juramento del notario[18]; documentos privados tales como las *cautiones* y *chirographa*[19] entre otros y los documentos testamentarios que tuvieron una creciente importancia a lo largo de toda la época clasica en que siendo firmados por tres testigos alcanzan la misma fuerza probatoria que los redactados en los *tabelliones*. Otros instrumentos privados no suscritos por testigos pero que sí tenian valor probatorio era el caso de los prestamistas que debían presentar los libros de cuentas, *rationes,* para comprobar sus transacciones financieras y también el caso de los banqueros que debian exhibir sus libros en cualquier causa en que ello se le requiriese incluso en los supuestos en que fuesen parte en un proceso.

Entendemos que es díficil establecer entre los romanos, concretamente en el procedimiento formulario la distinción entre instrumento público y privado, que rige en nuestro ordenamiento jurídico español en materia de prueba en la L.E.Civil aún vigente en sus artículos 596, documentos públicos, y 602 documentos privados[20] probablemente por la falta de registros públicos como ocurría en actos tales como cierto tipo de manumisiones, adopción etc. que aunque no se redactaban por escrito, derivaban la fuerza probatoria comparable a la de los instrumentos auténticos, de la obligatoria presencia y la intervención del magistrado en ellos.

Como resumen a este breve planteamiento digamos remontándonos al procedimiento formulario que debido a la solemnidad del contrato verbal, la prueba escrita no ofrecía garantías suficientes, en opinión de Cicerón es ridículo acreditarle mérito a una prueba escrita, que puede ser falsificada, antes que al testimonio de una persona honorable como se desprende por ejemplo del libro IV de las Jurisdicciones de Calistrato recogido en el fragmento 3 pr. del tit. V del Digesto XXII. donde se dice que se ha de examinar escrupulosamente la veracidad de los testigos y que se ha de explorar en primer lugar la condición de cada uno de ellos, si de vida honesta y no culpada y la posible afinidad o enemistad contra quién presta testimonio.

Inicialmente el recurrir a la prueba escrita era poco frecuente y sólo se aplicaba en materia de testamentos con la finalidad de mantener en secreto la voluntad del testador; en cambio, en los países de la órbita grie-

---

17 Volterra E.

18 D.48.19.9.4 Ulpiano 10 de off. Proc; C.2.9.2 Const. De Gordiano 238

19 Bello S. Contratos....., pag. 55

20 Archi op, cit, pag 21 y2

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

ga la escritura alcanzó un papel preponderante tal como ya hemos citado anteriormente por ejemplo en materia de *chirographa* y *syngrapha* que eran escritos sobre papiros o tablas enceradas. Probablemente la fragilidad para la conservación de estos medios gráficos y la necesidad (como luego veremos) de llamar a los testigos de un testamento, hacen que necesariamente el testimonio le mereciera mayor fe.

Archi analiza una Constitución de los Emperadores Valentiniano y Valente donde se expone el supuesto en el que, para que una prueba documental *ex scripto* sea aceptada como medio de prueba los Emperadores afirman que la única forma de dar fe a la prueba escrita es impugnarla de falsa; la Cth. 9.19.4 de Valente, Graziano y Valentiniano trata de mitigar la consecuencia de esta aparente innovación para equiparar los medios de prueba escritos con los no escritos ya que acusar de falso significaría una *accusatio falsi* con todas las graves consecuencias que ello generaría.

Llegados a este punto y a modo de conclusión de este planteamiento previo que de los medios de prueba en los diferentes procedimientos romanos hemos realizado a través de los textos estudiados seguimos la opinión de Archi y Zilleti "La fórmula que define el período del Bajo Imperio como triunfo de la prueba escrita sobre la prueba oral, sea una de las manifestaciones poco adecuadas de nuestra ciencia".

En materia de testamento nos planteamos si la apertura del mismo es medio de prueba documental en sí mismo o si por el contrario es preciso la adveración de los testigos.

El interesado que crea que una disposición testamentaria le puede beneficiar debe ante todo probar su existencia, lo que quedaría de manifiesto con la prueba del testamento, es decir proceder a la apertura del mismo y que públicamente se tuviera conocimento de él entre otras razones para excluir la posibilidad de la sucesión abintestada, considerando este acto de apertura como un medio de prueba.

Del texto del D.29.3.1.1 Gayo libro XVII ad edicto provincial donde dice "Mas la razón de este edicto es evidente; porque no se puede transigir sin Juez ni investigar ante el Juez la verdad en estas controversias que dimanasen de un testamento, de otro modo que habiéndose inspeccionado y conocido las palabras del testamento, interpretamos que se trata de la admisión de un medio de prueba escrito, es decir el propio documento escrito es medio de prueba". Sin embargo en otro pasaje del D.29.3, concretamente en 3.4, se deduce que en las fuentes clásicas se afirma que es también competencia del Pretor obligar a los que han puesto sus sellos a comparecer a la convocatoria con el fin de que puedan reconocerlos o negar haberlo hecho. Respecto a la comparecencia el texto del D.29.3.6 Ulpiano li-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

bro 50 ad. Edicto dice que basta para proceder a la aperturas del testamento con la mayoría de los testigos. El texto del D.29.3.7 Gayo libro VII ad edicto provincial dice que en el supuesto en que pudieran estar ausentes todos y fuese urgente la apertura del testamento, el magistrado debe proceder a su apertura en presencia de hombres de acreditada reputación, una vez reconocido el testamento y sacada copia de él, se sella por los que han asistido a la apertura y se envía al lugar donde estén en ese momento los testigos ausentes a fin de que reconozcan sus sellos, pues al testigo ausente no se le obliga a concurrir a la apertura sino que se envía el testamento al lugar donde se encuentre. Entre este texto y el 29.3.4 parece que exista cierta controversia en lo que refiera a la "comparecencia" puesto que este último habla de la obligación de la comparecencia, probablemente se refiera a estar ausente o no, es decir si está ausente bastará con que dé testimonio y si está presente que lo haga en calidad de testigo, es decir como dijimos páginas atrás es probable que se trate de una prueba preconstituida (C.4.2.0.1) pero basada en la declaración de testigos para luego ser presentada al Juez.

De la lectura de estos textos interpretamos que aún cuando el testamento es documento escrito, para su validez como medio de prueba es preciso el reconocimiento de los testigos como hemos visto. Probablemente en materia de testamento se trate de un medio de prueba donde aún existiendo la prueba documental sea preciso también la prueba testifical como también se recogen en las Partidas concretamente en la 3ª, Título XVIII Ley CIII que dice que el testamento debe ser hecho y leido ante siete testigos.

Del estudio de los fragmentos del D.29.3.10.pr; 10.1 y 10.2 y también del 29.3.12 referidos a la lex Iulia et Papia se observa que Ulpiano dá soluciones distintas según los supuestos, es decir creemos que Ulpiano da relevancia al acto formal de apertura cuando la apertura es materialmente posible con independencia de que el contenido se conozca como es el caso estudiado en 29.3.12. En este supuesto entendemos que se podría interpretar como un medio de prueba documental pero con el requisito de la presencia de los testigos .

"Si alguno hubiere hecho testamento y copia del mismo, a la verdad, habiendose abierto la copia, aún no está abierto el testamento, pero habiendose abierto el autentico está abierto todo" o en el casa en que no se conozca todo el contenido como es el supuesto del 29.3.10.pr.

Sin embargo en los supuestos en que no es posible la apertura del testamento el acto formal pierde importancia y por razones prácticas o de equidad otorga toda la relevancia al conocimiento del contenido como es

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708

en los casos del D.293.10.1 " *Si sua natura tabulae patefacto sunt, apertum videri testamentum non dubitatur; non enim quaeremus, a quo aperiantur* se trata de un supuesto en el que no existen tablas; se podría hablar del hecho en que el testamento se realizó de forma oral y por tanto sería absurdo efectivamente preguntarse o intentar buscar a la persona que lo abrió como nos dice el jurista en el texto en cuestión y el contenido de la voluntad testamentaria tendría que adverarse por los testigos del testamento realizado de forma oral. En este caso queda de manifiesto que se trata de una prueba testifical.

Finalizamos esta breve comunicación citando de nuevo el D.22.4.1 donde el significado de *instrumentorum nomine* es todo aquello con lo que pueda ser probada una causa ya sean medios de prueba documentales como testificales.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0708