

El principio in dubio pro reo vs presunción de inocencia. Un apunte concreto a propósito de la Ley Integral 1/2004 sobre violencia de género

Esther Domínguez López¹

1. Universidad De Málaga.

Introducción

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de carácter irrevocable, reconocido universalmente desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 11.1 declara expresamente que <<toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presume su inocencia, mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa>>. Similarmente, se afirma en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que <<toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.>>

A nivel europeo, la presunción de inocencia encuentra su reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al prescribir su art. 48 que <<todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente>>. En similares términos se expresa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su art. 6.2, al afirmar que <<toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada>>. Profundizando en esta línea, la Directiva comunitaria del Parlamento Europeo y del Consejo, 2016/343 de 9 de marzo, y en referencia específica a los medios de comunicación o información pública, obliga a todos los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que <<en cualquier caso, la forma y contexto en que se divulgue la información>>, no debe generar la creencia de la culpabilidad de un sospechoso o acusado, en tanto no se haya probado debidamente tal extremo, siguiendo los medios legales previstos al respecto (art. 4.1). Así, señala entre otras la Directiva (art. 5) que las autoridades responsables deberán evitar la apariencia de culpabilidad, evitando mostrar públicamente al sospechoso con indumentaria de prisión, o grilletes, esposas, jaulas de cristal, o similares, salvo que, por razones de seguridad o riesgo, ad exemplo de fuga, se haga necesario adoptar tales medidas. Se trata de una normativa esta última que la Directiva incardina dentro del más amplio derecho a un juicio justo, y como una medida más a adoptar en el marco de la cooperación internacional.

Por nuestra parte y en lo que a nuestra legislación se refiere, ya advirtió nuestro Tribunal Constitucional, que el derecho a la presunción de inocencia además de ser un derecho fundamental que nuestra Carta Magna consagra en su art. 24.2, es un principio general del derecho de aplicación inmediata y fuerza vinculante a todos los poderes públicos (STC 31/1981). En este sentido, tal principio actúa necesaria e irrevocablemente como límite a cualquier medida que pueda adoptarse antes y durante el proceso, es decir, ya desde la fase previa de instrucción y durante toda la fase del juicio oral, otorgándosele en todo momento al investigado o encausado un trato de inocencia o no culpabilidad, en respeto o acatamiento a los principios generales del Estado de Derecho. La prisión provisional, detención preventiva o cualquier otra medida cautelar tendrán por tanto siempre carácter excepcional, y se adoptarán sólo cuando no se puedan garantizar de otro modo los intereses presuntamente afectados. En esta línea se encuadran las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LO 5/2015 de 27 de abril y LO 13/2015 de 5 de octubre) en virtud de las cuales, y entre otras garantías, se obliga a los agentes policiales a facilitar al detenido el acceso al atestado; a velar por sus derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen durante la detención; a la confidencialidad en la declaración

y a la información claramente comprensible sobre el tiempo máximo de detención y el procedimiento del habeas corpus.

Ya en la fase del juicio oral, la presunción de inocencia entraña directamente con otro derecho fundamental, como el de no declarar contra sí mismo o no auto incriminarse, reconocido tanto en nuestra Carta Magna (art. 24) como en la mentada Directiva comunitaria (art. 7).² Aunque donde encuentran su máximo asiento tales derechos básicos es en el ámbito probatorio, y en concreto en la problemática de la valoración y carga de la prueba, lo que nos conduce directamente al célebre brocardo latino *in dubio pro reo*, del que hablaremos seguidamente. Es jurisprudencia reiterada del TEDH la exigencia de la legalidad y aptitud de la prueba de cargo que sea bastante como para enervar la presunción de inocencia, factor clave que deberá concretarse debidamente en el marco de la normativa procesal interna de cada Estado miembro. La mentada Directiva comunitaria en sus arts. 6 y 7 atribuye conforme a ello y de forma expresa la carga de la prueba a la parte acusadora, entendiendo que se vulnerará la presunción de inocencia cuando tal carga se traslade a la defensa, y esto así sin perjuicio de la potestad del órgano jurisdiccional en cuanto a la proposición de oficio de pruebas, también contemplada tanto en la norma comunitaria (art. 7.4 y Considerando 29) como en nuestra legislación (Art. 729.2 LECrim.). La idea que subyace no es otra que la que inspira, como decimos el célebre aforismo latino *in dubio pro reo*, al que apela además expresamente en el citado art. 6 de la Directiva, en virtud del cual la más mínima duda sobre la culpabilidad debe siempre y sin excepciones favorecer o inclinar la balanza a favor del encausado; debe conducir necesariamente, esto es, a una sentencia absolutoria.

Aunque son muchas, podemos tomar como referente a la hora de interpretar el derecho constitucional a la presunción de inocencia en el ámbito probatorio, la Sentencia del Tribunal Supremo 580/2014, de 21 de julio (Rec. 1937/2013), que tras fijar como pilar esencial que rige en el proceso penal el de libre valoración de la prueba, advierte no obstante que <<las pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas>>, siendo competencia exclusiva de este Tribunal de Casación, la comprobación de que existe realmente de prueba de cargo lícita, practicada con las garantías exigidas en la Constitución, y bastante para justificar la condena o, lo que es igual, para enervar el principio de la presunción de inocencia, ya que <<la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental>>. Y de precisar cómo deba valorarse la prueba para considerarla suficiente se encarga el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 16/2012 de 13 de febrero, al afirmar que se entenderá vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en cualquiera de los siguientes supuestos: que no existan pruebas de cargo; que éstas se hayan obtenido sin respetar las garantías procesales;³ que no sean suficientes para motivar la convicción sobre la culpabilidad del encausado; o

2. En el mismo sentido, se dice en el Considerando 25 de la Directiva: <<El derecho a no declarar contra sí mismo es también un aspecto importante de la presunción de inocencia. No se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria>>. Tales derechos están igualmente reconocidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma por LO 13/2015 de 5 de octubre, del art. 117 apartado 1 g), y art. 520 2.a).

3. Ya está previsto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985 de 1 de julio) que <<no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales>>.

que tal motivación no tenga una base lógica, racional o concluyente.

Pero si desde el punto de vista teórico y doctrinal no existe, como vemos, duda alguna de la importancia crucial del mentado principio de la presunción de inocencia, considerado de hecho como uno de los más importantes pilares del Estado de Derecho, en ocasiones concurren como veremos factores al margen del propio procedimiento y por tanto del poder jurisdiccional que corresponde al Estado (art. 117 CE), que pueden comprometer el juego de tal principio o derecho fundamental. Existen, en efecto, delitos que, bien por las particularidades que concurren en el sujeto activo (ad exemplo personajes públicos o populares), bien por los condicionantes que rodean la posición de la víctima, como puede ser su especial vulnerabilidad (menores, incapaces, mujeres...), adquieren una relevancia y repercusión social extraordinaria. Esta presión social y carga mediática aparejada tienen, a menudo, como consecuencia juicios paralelos derivados de un mal entendido derecho a la información que, cuando menos, dañan irremediablemente la reputación y el honor del investigado, antes y al margen del resultado del procedimiento, que puede ser incluso absolutorio.⁴ Ya lo dijo Bacon copiando el célebre brocario latino: *calumniare fortiter aliquid adhaerabit*, o lo que es lo mismo, <<calumnia que algo queda>>. Puede ser el caso del llamado <<delito de violencia de género>>, del que sin más pasamos a ocuparnos en las páginas siguientes.

El delito de violencia de género en la actualidad. Especificidades o dificultades probatorias

Si existe actualmente un delito con el que nuestra sociedad está especialmente sensibilizada, porque se ha convertido en una lacra absolutamente injusta e insopportable, es el de la llamada <<violencia de género>>. Se trata, como todos sabemos, de casos en que la mujer es objeto de violencia, ya sea física o psíquica, por parte de aquél con quien tiene o ha tenido una relación de afectividad, ya sea su cónyuge o no. Después descenderemos a los pormenores de este tipo penal.

Las violencias sobre la mujer ya estaban tratadas desde 1989 en nuestro Código Penal como un caso de violencia doméstica, que tras sucesivas reformas,⁵ tipificaba el art. 173.2 del citado cuerpo legal, castigando <<a la persona que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento

4. A propósito, entre otros, *vid. JUANES PESES*, <<Los juicios paralelos. Eventual vulneración de los derechos a un proceso justo>>, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 378 (1999) pp. 2 sgts.; *VALDECABRES ORTIZ*, *La imparcialidad del juez y los medios de comunicación*, Valencia, 2004; o *QUISQUE FARFÁN*, <<Presumirse inocente, sentirse libre y amparado: momentos claves para defender la presunción de inocencia>>, *Anuario de Derecho Penal*, 2004, pp. 165 sgts.

5. La primera reforma en materia de violencia familiar se introduce por Ley Orgánica (LO) 8/1983, de 25 de junio, seguida de la LO 3/1989, de 21 de junio, sobre violencia doméstica, seguidas de LO 10/1995, de 23 de noviembre, reformada por LO 14/1999, de 9 de junio, sobre violencia psíquica (art. 153 C.P.) y LO 11/2003, de 29 de septiembre, sobre maltrato de obra sin lesión.

o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. El que cometa este delito será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años.>>⁶

Uno de los principales fallos que se le achacaba a este encuadre es que se incluían y trataban del mismo modo los actos de violencia contra la mujer que los que se ejercen en el ámbito doméstico contra personas que, por su vulnerabilidad (edad, incapacidad), están en una relación de subordinación con el agresor, cuando sin embargo y en relación con la mujer, se argüía, no existen razones jurídicas ni naturales que justifiquen tal situación de dependencia. Razonando en esta línea, sostiene entre otros Laurenzo Copello, que violencia doméstica y violencia de género son fenómenos distintos que deben, por tanto, tratarse y sancionarse de manera separada, pues los actos de violencia hacia la mujer encuentran su causa última, no en una vulnerabilidad consustancial a la misma que derive de su sexo ni de las características de la estructura familiar, sino que está motivada por la discriminación estructural que las mismas sufren ancestralmente por la desigual distribución de roles de una sociedad aun basada en el dominio patriarcal.⁷

En respuesta a tales críticas sostenidas por representativos sectores de la doctrina penalística y compartida especialmente por ciertos grupos sociales, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) ya dejaba claro en su Exposición de Motivos que: <<La violencia de género no es un problema que afecta al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.>> Consecuentemente con esto, el art. 1.1 del mismo cuerpo legal establece como objetivo de la misma el de: <<actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.>> Aclarándose en el apartado 3 del mismo precepto que la violencia de género a que se refiere la ley: <<comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.>>

La Ley Integral opera con un amplio concepto de <<violencia de género>> que permite catalogar como tal cualquier delito si se dan los requisitos del art. 1.1. de la Ley, y esto es, de tratarse de actos violentos ejercidos sobre las mujeres en base a una situación de desigualdad y discriminación, por parte de quien tenga o haya tenido relaciones de

6. Críticas a la ampliación sucesiva del tipo, en LAURENZO COPELLO, p., <<Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada>>, SERTA, *In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, pp. 834 sgts.

7. LAURENZO COPELLO, p., <<La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal>>, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 07-08, 2005. Posicionamiento doctrinal análogo al que sigue, entre otros, ASÚA BATARRITA, <<Los nuevos delitos de 'violencia doméstica' tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre>>, *Cuadernos penales José María Lidón, "Las recientes reformas penales: algunas cuestiones"*, Bilbao, 2004, pp. 218 sgts.

afectividad con la misma. Y, además, se tipifican específicamente como delitos de <<violencia de género>>, ciertas conductas que ya estaban contempladas y sancionadas, pero que, en base a su consideración como tales, ahora se castigan más duramente, como son: los delitos de lesiones (art. 147.1, en relación con el 148.4); el delito de lesiones leves o maltrato de obra sin lesión (art. 153.1); el delito de amenazas (art. 171.4); y el delito de coacciones leves (art. 172.2). Además de las modificaciones introducidas en tales artículos, se han introducido otras también en la parte general del Código, destacando la del art. 22 al incorporar como circunstancia agravante la comisión del hecho delictivo por razones de género, como algo distinto y separado de la ya existente por razón de sexo. En cuanto a las penas, van desde la prisión a trabajos en beneficio de la comunidad, multa o inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, entre otras.

En todos los casos deben darse los siguientes descriptores comunes: a) que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer; b) que exista o haya existido entre ambos una relación de afectividad; y, c) que se trate de actos violentos ejercidos como manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

Son muchas y variadas las críticas de que ha sido objeto la Ley Integral desde el momento mismo de su promulgación, críticas que básicamente ponen en cuestión su constitucionalidad, al considerarse que ya en su propio planteamiento de base, choca la ley con ciertos derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna. Se objeta en primer término, en efecto, que la Ley, o la interpretación que de la misma se viene haciendo, atenta contra el mandato constitucional de no discriminación, al catalogarse como <<de género>> exclusiva y automáticamente, las agresiones perpetradas por un hombre sobre una mujer, dejando fuera de su ámbito otros supuestos que demandan igualmente atención, como por ejemplo los actos violentos entre parejas del mismo sexo.⁸ Del mismo modo se objeta que, pese a la definición que la ley hace ya en su Exposición de Motivos de la violencia de género, como aquélla que es <<manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres>>, presupuesto normativo que justifica su tratamiento autónomo y desligado de los actos de violencia en el ámbito doméstico a los que hasta entonces estaban conectados, viene siendo tendencia casi unánime en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales la de considerar como <<violencia de género>> cualquier acto de violencia del hombre sobre la mujer que sea o haya sido su pareja, presumiendo o presuponiendo que es consecuencia o manifestación de esa discriminación.⁹

8. En este sentido se manifestó sin ir más lejos el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de la Ley, de 24 de junio de 2004. Todo ello dio lugar de hecho a la inaplicación temporal de la ley, hasta que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de su constitucionalidad, en Sentencia 59/2008, de 14 de mayo. En opinión de LAURENZO COPELLO, p., <<La violencia de género en la Ley Integral>> cit., pp. 11 sgts., la ley responde a una política de acción positiva dirigida a eliminar o paliar la discriminación estructural de la mujer que lejos de tensionar el mandato de no discriminación, supone una concreción del mismo, observado desde su vertiente dinámica.

9. Contra tal posicionamiento se manifestó expresamente el propio Tribunal Supremo, en STS 1177/2009 de 24 de noviembre, reconociendo que <<aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista...>>. En todo

Pero quizá una de las cuestiones más controvertidas y que se han criticado a la ley es la relacionada con la prueba, dadas las particularidades prácticas o especificidades que se dan en estos procesos. No existen, en efecto, desde el punto de vista teórico diferencias en relación con los principios que en tal materia rigen los procesos penales. Pero las particularidades que rodean la comisión de estos delitos, se traducen en la práctica en serias dificultades a la hora de probar los hechos, prueba además y que de ordinario recae de manera exclusiva en la víctima.¹⁰ Lo que en la práctica cuaja como decimos en una serie de cuestiones problemáticas, que tratamos a continuación.

La declaración de la víctima como prueba de cargo

Como apuntábamos, ocurre ciertamente que las más de las veces, al tratarse de delitos que se suceden en el ámbito privado o íntimo del hogar, la única o principal prueba incriminadora con que cuenta el juez para desvirtuar la presunción de inocencia es la declaración de la mujer, que es a la vez testigo y víctima del delito.¹¹ Puede darse que tal declaración se acompañe de otras pruebas, como pueden ser la declaración de testigos (ya sea directos o de referencia, como pueden ser familiares o amigos a quien la víctima haya relatado los hechos), partes médicos de lesiones (que sólo acreditan la existencia de las mismas, pero no la autoría), incluso informes policiales u otras pruebas indiciarias,¹² que pueden lógicamente contribuir a que el juez se forme una seria y fundada convicción sobre los hechos.

Pero como decimos, son muchos los casos en que la declaración de la víctima es la principal o única diligencia de investigación y prueba en estos procesos. De tal suerte, que es frecuente que con valor de prueba testifical sea tomada en consideración por el juez, y valorada como única prueba de cargo en los mismos, cosa que expresamente admiten tanto el Tribunal Supremo (Sentencias TS 706/2000, 313/2002, 1317/2004) como

caso, como bien advierte Ribas, e., <<Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual>>, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 402 sgts., el Supremo parte de una suerte de presunción al considerar que <<lo normal será entender que la conducta del hombre sea expresión de su voluntad de sojuzgar a su pareja y de mantener una situación de dominación sobre la mujer colocándola en una situación de inferioridad y subordinación , de forma que sólo por vía de excepción cabrá entender ausentes tales circunstancias>>. Otra visión general sobre las motivaciones de la ley en FARALDO CABANA, <<Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, sobre medidas de Protección Integral contra la violencia de género>>, *Revista Penal*, num.17, 2006, pp. 85 sgts.

10. A propósito, MIRANDA ESTRAMPES, <<Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género>>, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y mercantiles*, Valladolid, 2009, p. 464.

11. La cuestión se agrava cuando la víctima se acoge a la dispensa de declarar que el art. 416 de la LEcrim reconoce a las personas unidas al presunto autor del delito por una relación de parentesco, matrimonio o análoga. De hecho, según la Memoria de la Fiscalía del Estado en la especialidad de Violencia de Género y Doméstica de 2019, de las 1.492 retiradas de acusación registradas por el sistema Fortuny para el 2018, 1348 se justificaron por acogerse la víctima a la dispensa de declarar. Sobre este particular problema, *vid.* entre otros MARTÍNEZ MORA, <<La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEcrim)>>, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXIX, núm. 2176, marzo 2015.

12. Plenamente admitida en los procesos penales. *Vid.* al respecto, entre otras: STC 229/88, de 1 de diciembre; y STS 625/2007 de 12 de julio.

el Constitucional (Sentencias TC 173/90, 229/91). Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba que rige en el proceso penal (art. 741 y 717 LECrim.), no significa que el juez no deba ajustar su decisión a una serie de criterios objetivos; en concreto, y en referencia a la materia tratada, el respeto a los derechos del encausado, in primis a la presunción de inocencia, ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a fijar en reiterada jurisprudencia una serie de requisitos que deben rodear en todo caso la declaración de la víctima para poder ser considerada per se prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia (por todas, STS 238/2011 de 21 de marzo). Y son los siguientes: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, que el testimonio de la víctima no se haya podido ver enturbiado por una serie de condicionantes subjetivos, como el estado psíquico, móvil de odio, resentimiento o venganza hacia el encausado..., que puedan cuestionar su veracidad; b) verosimilitud del testimonio, es decir, que esté corroborado o sea corroborable objetivamente con otros datos periféricos (quedan fuera los testimonios que siguiendo una lógica racional resulten insólitos o inverosímiles); y, c) persistencia en la incriminación, requisito este último que en los procesos que tratamos debe ser valorado no obstante en su justa medida, pues precisamente teniendo en cuenta las especificidades antes apuntadas, no resulta extraño que la víctima se contradiga o incluso cambie su versión de los hechos. El propio estado de tensión psicológica y sufrimiento emocional en que se encuentran estas víctimas puede explicar las más de las veces estas contradicciones, por lo que el juez deberá también tener en cuenta todas estas circunstancias, antes de rechazar sin más testimonios que parecen aspecto primo no estar ajustados a la realidad, por falta de coherencia.¹³

Así las cosas, resulta injustificado a nuestro parecer entender, como algún sector pretende, que el hecho de tomar como única prueba de cargo suficiente la declaración de la víctima, suponga una inversión de la carga de la prueba, lo que desde luego sería, como se ha visto, legalmente insostenible. Lo que en concreto se objeta en tal sentido es que se esté implícitamente “obligando” al encausado a aportar datos que prueben su inocencia, y que desvirtúen la presunción de culpabilidad de la que, en el fondo, y contra los mandatos legales e incluso constitucionales, se está partiendo, para lograr una sentencia absolutoria. Son muchas y todas razonadas, las objeciones que se cabrían hacerse y se hacen a tal planteamiento. Aunque por exceder el cometido y las posibilidades de este trabajo hacer un estudio en profundidad de la cuestión, nos vamos a centrar por su interés y relación con el tema central que nos ocupa en otro derecho fundamental, cuyo contenido se anida directamente con el de la presunción de inocencia, que es el derecho a guardar silencio del encausado. Particularmente, creemos que parte de la problemática expuesta tiene su base en un sobredimensionamiento o cuando menos en una interpretación aislada, no contextualizada, de tal derecho fundamental, como seguidamente explicaremos.

13. A propósito, *vid.* MONTESINOS GARCÍA, <<Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género>>, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, num.17, enero 2017, pp. 131 sgts.

El silencio del encausado. La Doctrina Murray

En primer lugar, y antes que nada, conviene tener en cuenta que, dentro del principio de libre valoración de la prueba que rige en el ámbito del proceso penal en nuestro país, es entendible y justificable que el juez otorgue mayor valor al testimonio de la víctima que a la declaración del encausado, cuando ésta existe y existe contradicción entre las mismas.¹⁴ Más que nada porque el encausado no está obligado a decir la verdad; antes al contrario, en virtud de los derechos que le otorga nuestra Carta Magna en su artículo 24.2, relativos al proceso justo evitando la indefensión, se le legitima a que adopte la postura que quiera: contestar, no contestar e incluso mentir.¹⁵ Por tanto, el problema principal no puede radicar en el valor que deba otorgársele a una y a otra declaración, que a la luz de lo expuesto debe ser distinto. Antes bien, en los procesos por violencia de género, el problema está en que las más de las veces no existe contradicción entre ambos testimonios ya que el encausado se acoge a ese derecho fundamental a no declarar contra sí mismo que le reconoce expresamente el mentado precepto constitucional, y al que es consecuencia del mismo, reconocido en los art. 118.1 g y 520.2 de la LECrim., que es el derecho a guardar silencio.

El derecho a guardar silencio se concibe en efecto como parte de esos derechos más amplios a la defensa y a la presunción de inocencia, reconocidos por todos los ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales. Así se advierte expresamente en el art. 7 de la ya mentada Directiva comunitaria 343/2016: «El derecho a guardar silencio es un aspecto importante de la presunción de inocencia y debe servir como protección frente a la autoinculpación.»¹⁶ En tal sentido se ha manifestado igualmente nuestro Tribunal Constitucional, al advertir que "Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable ... son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable" (STC 161/1997 de 2 de octubre).

El derecho a guardar silencio permite, por lo tanto, al encausado seguir la estrategia que mejor convenga a su defensa, que puede pasar incluso como decimos por negarse a declarar, sin que de tal silencio puedan extraerse en principio consecuencias negativas para el mismo, toda vez que se trata del ejercicio legítimo de un derecho. Ahora bien, en la praxis jurisprudencial se viene haciendo una interpretación más restrictiva o no tan absoluta de tal derecho, en el sentido de admitir que en ocasiones se puedan deducir

14. La toma de declaración al encausado viene regulada en los artículos 688 a 700 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 41/2015 de 5 de octubre).

15. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, <<El derecho a guardar silencio y a no incriminarse>>, *Derechos procesales fundamentales*, num. 22, 2004, pp. 587 sgts.

16. A propósito de la interpretación de este derecho en la jurisprudencia comunitaria, *vid.* ANEIROS PEREIRA, J. «El derecho a no declarar contra sí mismo ya no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Quincena Fiscal*, 2002, n. 17, págs. 9-23.

consecuencias negativas del silencio para el encausado. Es, en efecto, una doctrina asentada del TEDH, admitida igualmente como veremos en nuestra mayor jurisprudencia, que el silencio pueda tener valor auto-inculpatorio, cuando concurra con otras pruebas o indicios de delito, sin que ello comprometa en modo alguno el derecho a la presunción de inocencia. Tal doctrina encuentra su causa en el conocido caso John Murray c. Reino Unido del 8 de febrero de 1996, que acabó ante el TEDH, en que se enjuició el caso de este ciudadano que había sido detenido junto a otras siete personas por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Habiendo permanecido en silencio durante el interrogatorio y no habiendo respondido a ninguna pregunta tampoco en la fase del juicio oral, había sido condenado por la Corte de Justicia de Irlanda del Norte por instigar y participar en el secuestro. Presentada y desestimada la apelación ante el Tribunal de apelación de Irlanda del Norte, se presentó recurso ante la Comisión Europea, que dio traslado del mismo a este Tribunal. En su fallo desestimatorio del recurso, que se basaba, entre otros, en una presunta violación de los arts. 6.1 y 6.2 del citado CEDH que prohíben utilizar el silencio como elemento probatorio en contra del acusado, consideró el TEDH que sólo existiría violación del derecho a guardar silencio y no auto incriminarse cuando la sentencia se basare exclusiva o esencialmente en el silencio del acusado o en su negativa a responder a las cuestiones o a declarar. Pero que nada impide, sin embargo, que el Tribunal pueda tener en cuenta el silencio del interesado y extraer consecuencias negativas del mismo cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación. Es decir, partiendo de que es la acusación la que debe establecer una iniciación de prueba (*prima facie case*), si los cargos presentados son lo suficientemente concluyentes como para exigir una justificación por parte del acusado, que no da, cabe deducir de aquí su culpabilidad. En el caso en cuestión, el TEDH consideró en efecto que las pruebas de cargo presentadas contra el recurrente habían sido <<abrumadoras>>, y que por tanto la declaración de culpabilidad extraída de su comportamiento no tuvo como efecto un desplazamiento alguno de la carga de la prueba, lo que habría vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, en aplicación de la citada doctrina Murray, también nuestro Tribunal Constitucional viene atribuyendo en reiterada jurisprudencia un valor indirecto al silencio, en el sentido de corroborar la culpabilidad del encausado, cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del mismo una explicación (STC 202/2000 de 24 de junio; similarmente STC 155/2002 de 22 de julio). Del mismo modo, nuestro Tribunal Supremo ha admitido que se puedan extraer consecuencias negativas de ese silencio cuando existiendo ya prueba objetiva contra él, su negativa a dar una explicación convincente, pueda privar al Tribunal de los elementos precisos para reinstaurar la presunción de inocencia, que había desaparecido (STS 2^a 1180/1985 de 21 de junio). Más explícitamente, en STS 652/2010 se afirma que: <<cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado y éste, en el plenario, se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el tribunal sentenciador, sino que el hecho de que se le ofrezca la posibilidad de que dé una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que sólo tiene un valor de robustecer la certeza del tribunal derivada de las pruebas de cargo, porque si se le ofrece la posibilidad de dar una explicación, y no ofrece

ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna.>>

De todo lo anterior se deduce que el silencio no puede ser utilizado per se nunca como prueba de cargo, pues ello supondría una violación del derecho a la presunción de inocencia. Pero sí que podrá ser tomado en consideración para robustecer la convicción del juez, cuando ya exista un acervo probatorio suficiente que haya llevado al juez a una conclusión inculpatoria. En tal caso, como se explica en la citada STS 1180/1985, el hecho de no ofrecer una explicación alternativa que contradiga dichas pruebas, y que pueda servir para reestablecer la presunción de inocencia, que ya había sido enervada, no hace sino confirmar su culpabilidad. En todo caso, y volviendo a procesos por violencia de género, la aplicación de tal doctrina choca con el escollo antes expuesto de la falta de pruebas ante la que muchas veces se encuentra el Tribunal.¹⁷ En este sentido, cobra nuevamente relieve el papel fundamental que asume la declaración de la víctima siempre claro está que cumpla con los requisitos objetivos de verosimilitud y veracidad, antes expuestos. Y ante esto, el silencio del encausado también creemos que en ocasiones también deberá ser tenido en cuenta como indicio de su culpabilidad, máxime si tenemos en cuenta que debido al ya apuntado ambiente íntimo en que se suceden estos delitos, él es el único que está en condiciones de ofrecer la explicación que reclama la prueba o pruebas de cargo.¹⁸

La carga de la prueba

Antes de pasar al examen de las fuentes jurídicas romanas, nos vamos a detener finalmente en un aspecto que nos parece de crucial importancia para comprender la cuestión tratada, y es el de la carga de la prueba. El derecho a la presunción de inocencia, resumido en el célebre aforismo latino *in dubio pro reo*, entraña directamente con la problemática del *onus probandi* o carga de la prueba. Como ya vimos líneas atrás, la comentada Directiva comunitaria 343/2016 establece en sus arts. 6 y 7 que la carga de la prueba recae prima facie sobre la parte acusadora, entendiéndose que se vulnerará la presunción de inocencia toda vez que tal carga se traslade a la defensa.¹⁹ El respeto a tal derecho fundamental exige, en efecto, que sea la parte acusadora la que tenga que aportar las pruebas necesarias que desvirtúen la presunción *iuris tantum* de la que en todo caso hay que partir, y es la inocencia del encausado.

El problema de la carga de la prueba encuentra su perfecto encuadre desde luego en

17. A propósito, MIRANDA ESTRAMPES, <<Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género>>, cit., pág. 464.

18. Para las diferentes posturas a cerca de la valoración del silencio, cfr. entre otros: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, <<El derecho a guardar silencio y a no incriminarse>>, cit., pp. 587 sgts.; NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010, pp. 253 sgts.; MARCOS GONZÁLEZ, <<El derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo>>, *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Madrid, 2015, pp. 330 sgts.; o ASENCIO GALLEGOS, <<El derecho al silencio del investigado y su valoración en sentencia>>, *El proceso penal*, Valencia, 2017, pp. 153 sgts.

19. Postura mantenida similarmente en reiterada jurisprudencia por nuestro Tribunal Constitucional; entre otras, STC 31/1981 de 28 de julio, en que se exige de la parte acusadora <<una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se puede deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el TC quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto>>.

el ámbito de la jurisdicción civil en que rige el principio dispositivo, siendo las partes, demandante y demandado, las que deberán probar los hechos que afirman y los que oponen o excepcionan, respectivamente.²⁰ Pero el *onus probandi* también reviste gran importancia en el proceso penal, primero y básicamente por el límite que la concurrencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia impone a la actividad del juez; la acusación habrá de contar siempre con pruebas sólidas, pues la más mínima duda se resolverá siempre y sin excepciones a favor del encausado. En este punto, me resulta de enorme utilidad para comprender la problemática, traer a colación la distinción que el insigne Cornelutti advirtió ya en su día que existe entre carga y obligación, pues aunque ambas -explicaba- suponen un sometimiento de la voluntad, la primera se ejercita siempre en interés propio, en tanto la obligación se impone para la tutela de un interés ajeno.²¹ Esto explica y justifica además a mi criterio que el reparto de la carga de la prueba no pueda responder a criterios o parámetros estancos, sino que deberá ser resuelto en cada caso atendiendo a criterios de interés y oportunidad. Se trata en definitiva de atribuir a la regla deducida como veremos de las fuentes romanas, *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, el valor que realmente tiene, pues, aunque sea el actor el que debe aportar primeramente prueba de lo que afirma, también le interesará al acusado probar aquello que le interese que se tome como cierto o verdadero en el juicio.

Creo que estas reflexiones son también importantes para valorar qué consecuencia deba extraerse en cada caso del silencio del encausado; más en procesos como los de delitos de violencia de género en que, como se expuso, el acervo probatorio puede verse muy reducido en la práctica. Volviendo a la interpretación de tal silencio, es claro que el encausado puede adoptar la postura que quiera y es libre incluso como vimos hasta de mentir. Pero cuando el juez entiende dentro de su facultad de libre valoración que cuenta con pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia y le ofrece al mismo la posibilidad de que aporte las de descargo que considere aptas para restituir tal presunción, y se niega, está renunciando indudablemente también a ejercitar una facultad que redundaría en su propio interés. La aplicación de la doctrina Murray en tales casos no conculca pues ningún derecho pues, antes, al contrario, ocurre que tal como se afirma en la citada STS 118/1985, el silencio del encausado priva al juez de ulteriores elementos que podrían restablecer su presunción de inocencia. No creemos en suma que otorgar en ciertos casos un cierto valor o un valor cierto al silencio suponga, como se ha llegado a insinuar, una inversión de la carga de la prueba que, de ser, resultaría desde luego legalmente insostenible. Siguiendo los criterios de lógica y racionalidad que a nuestro juicio deben inspirar la problemática del *onus probandi*, entendemos que diabólico es exigir prueba imposible o extremadamente difícil de aportar, y diabólico es también no

20. Así lo establecen expresamente los artículos 1214 Cc: <<incumbe la prueba de las obligaciones al que reclame su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone>>, y 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: 2) <<Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenCIÓN, 3) Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior>>.

21. CARNELUTTI, <<Diritto e proceso>>, *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiavenda*, Padova, 1927, pp. 239 sgts.

aportarla voluntariamente en caso contrario.²²

Junto y ligado al problema de la carga de la prueba, que permitirá resolver los supuestos de prueba dudosa e insuficiencia probatoria, debemos tener en cuenta finalmente que en nuestro ordenamiento jurídico el juez está condicionado por el deber inexcusable que tiene de resolver todas las pretensiones que se le formulen, sin que quepa la opción, que sí tenía el juez en Roma, de desentenderse mediante el juramento *sibi non liquet*, que profería cuando no había logrado tener un firme convencimiento, en un sentido o en otro. Por el contrario, es obligación de nuestros jueces resolver el litigio mediante sentencia, que, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, será necesariamente absolutoria, tanto en el caso de ausencia de pruebas, como en el de insuficiencia probatoria.²³ Por ello, y junto a las pruebas propuestas por las partes, el art. 729.2 LECrime., se les faculta expresamente para practicar <<las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.>>²⁴ Y se entiende que sea así porque a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, aquí las partes no pueden tener disponibilidad absoluta sobre el proceso, pues es antes al contrario al juez a quien compete en base al interés público protegido, perseguir y sancionar los comportamientos delictivos, utilizando para ello todos los medios legalmente posibles. De tal suerte, que como explica De la Oliva, junto a la carga de la prueba que corresponde a las partes, incumbe al juez el deber de probar.²⁵ Ciento es que en todo caso y en todo proceso la sentencia refleja siempre lo que se ha venido a llamar <<verdad formal>>, esto es, la que se corresponde con los hechos tal y como han sido expuestos y han quedado probados. Pero no es menos cierto que la misión del juez penal es al menos intentar con todos los medios a su alcance, que esa verdad formal, si no ya que se identifique, sí al menos que se aproxime lo más posible a la <<verdad material.>> Por ello, y aunque tampoco han faltado críticas, no debe entenderse que tal iniciativa probatoria de los órganos juris-

22. Sobre la prueba diabólica en el proceso penal, vid. ampliamente PASCUAL CADENA, *La prueba diabólica penal. Entelequia normativa y prisión preventiva*, ed. Bosch, 2021.

23. Así art. 11.3 LOPJ: <<Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimárlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes>>. Y art. 742 LECrime.: <<En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar...>>.

24. Se trata de una corrección necesaria que el propio legislador introduce a la regla general afirmada en el art. 728 LECrime.: <<No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas>>.

25. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, Colección CEURA, 1994, pp. 15 sgts. En idéntico sentido, por citar alguna de la doctrina más acreditada del panorama procesalista español, vid.: GOMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10^a ed., Madrid, 1975, pp. 254; GIMENO SENDRA-, V. MORENO CATENA-J. ALMAGRO NOSETE-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, T. II, *Proceso penal*, Valencia, 1982, pp. 447 sgts; RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional*, ed. Bosch, 1991, p. 361; ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal*, T. II, Vol. 1, *Proceso penal*, Madrid, 1995, pp. 44 sgts; y GIMENO SENDRA *Manual de Derecho procesal penal*, Madrid, 2013.

diccionales atente o comprometa necesariamente otro principio fundamental que rige el proceso penal, y que es el de la imparcialidad del juez (art. 6 CEDH y art. 24 CE). Como bien explica Montero Aroca,²⁶ esa imparcialidad exigible al juez que es consustancial al principio acusatorio, significa que no puede recaer en la misma persona el papel de acusador y de juzgador; pero una vez fijado por persona ajena al mismo el objeto del proceso en función de los hechos acusados, que se le reconozcan la juez facultades para contribuir con las partes a la comprobación de la veracidad de esos hechos no atenta en principio contra su imparcialidad; y así ha quedado expuesto igualmente en reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

In summa, hasta aquí hemos tratado de mostrar algunas de las dificultades probatorias que en concreto se dan en los procesos por violencia de género, y algunas de las muchas cuestiones procesales anidadas a las mismas. A partir del principio básico *in dubio pro reo*, se han extraído en efecto una serie de consecuencias que se resumen en otras tantas máximas, tales como *probatio incumbit qui dicit, non qui negat; actore non probante reus absolvitur; o negativa non sunt probanda*, extraídas todas ellos de las fuentes jurídicas romanas, pero a las que quizás se les haya otorgado un valor absoluto, que originariamente no tuvieron. Nos parece por tanto oportuno detenernos sin más dilación en el estudio de esas fuentes, a fin de contextualizar y aclarar el concreto significado y alcance de tales principios.

El onus probandi en las fuentes romanas

El grueso de las formulaciones en torno a la problemática de la carga de la prueba se haya concentrado en el libro 22, título 3 de Digesto, intitulado precisamente <<*De probationibus et praesumptionibus*>>, así como en Código, 4,19, <<*de probationibus*>>. Para introducir la cuestión, conviene tener en cuenta que si prescindimos de las fases más primigenias cuyos pormenores resulta difícil reconstruir, se puede afirmar que desde finales de la República y durante toda la época clásica, el proceso en Roma tuvo naturaleza acusatoria, mientras que a partir del Bajo Imperio se irá afianzando progresivamente el carácter inquisitorio del mismo, acorde a la tendencia intervencionista inaugurada con Augusto y consolidada definitivamente por Constantino. El proceso se iniciaba en efecto con la postulatio del demandante y el reconocimiento en su caso por parte del magistrado de su legitimación activa. La misión del magistrado era la dirección formal del proceso, recayendo absolutamente sobre las partes la carga de la prueba de las respectivas alegaciones, sobre la base de las cuales, que eran además libremente valoradas, el juez (en el ámbito del proceso *civil per fomulas*) o el tribunal (*quaestiones perpetuae*), dictaba sentencia que, por otro lado, era irrevocable.

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat

En materia de carga de la prueba o *onus probandi*,²⁷ se partía de una suerte de regla

26. MONTERO AROCA, <<La garantía procesal penal y el principio acusatorio>>, *Revista la Ley*, 1994, pp. 973 sgts.

27. Sobre el *onus probandi* en general siguen resultando fundamentales, entre otros, los estudios de: DE SARLO, <<*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. Spunti di storia e di dogmatica sulla regola in diritto romano*>>, AG, 114, 1935,

general que, aunque es enunciada formalmente por Paulo, se deduce igualmente de la casuística anterior:

D. 22,3,2 (l. 69 ad Ed.): *ei incumbit qui dicit, non qui negat.*

En virtud de esta regla o principio general, en torno al cual se hace girar toda la problemática del *onus probandi*, y a cuya plena operatividad y validez actual ha apelado expresamente la jurisprudencia comunitaria,²⁸ los hechos deben ser probados por quien los afirma, no por quien los niega. Profundizando en la máxima, obsérvese antes que nada cómo el jurista no hace mención a la concreta posición de las partes en la relación procesal.²⁹ Al margen o con independencia de la misma, incumbe a aquél que afirma o más bien pretende algo la carga de la prueba de los hechos alegados y de las pretensiones que persiga, si quiere obtener un resultado favorable en el litigio. Y esto sería, empleando terminología actual, el demandante los hechos constitutivos, y el demandado los excluyentes, extintivos o impeditivos.

Ilustrativo en este sentido es, en primer lugar, el siguiente fragmento atribuido a Celso, en que discurre el jurista a propósito de la operatividad en un caso concreto de la *lex Falcidia*:

D. 22,3,17 (Cels. l. VI dig.): *quum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiā; quod duum probare non potest, merito condemnabitur.*

En el supuesto planteado, resuelve Celso, que será el heredero interesado en detraer para sí la quarta falcidia el que deba probar que hay lugar a ello y esto así, se desprende, con independencia de si la reclama como actor o la opone como defensa.

De gran interés resulta también la también icónica sentencia de Marcelo que se recoge en el siguiente fragmento extraído de sus *Institutiones*:

D. 22,3,21 (Marc. l. VI instit.): *verius ese existimo ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, sciisse alienam rem, vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam, quia semper neccessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

Debatiendo sobre la reclamación de un legado de cosa ajena, entiende el jurista que es más cierto (*verius esse existimo*) que el que intenta la acción, en este caso el legatario, es el que debe probar que el causante conocía esa circunstancia, y no que el heredero deba probar lo contrario, es decir, que no lo sabía con la consiguiente nulidad de la cláusula testamentaria. En el caso planteado, será en definitiva el legatario el interesado en probar (*necessitas probandi*) que la voluntad del testador fue la de constituir un legado obligacional o *per damnationem*. Y, por tanto, apostilla el jurista a modo de sentencia final, que incumbe la carga de la prueba a aquél que actúa (*qui agit*). En todo caso, y pese al tono perentorio del tramo final, el jurista advierte al inicio del mismo que está expresando su parecer (*verius esse existimo*), no que esté operando con una máxima de aplicación general.

pp. 184 sgts.; PUGLIESE, <<L'onere della prova nel proceso romano per formulas>>, RIDA, 3, 1956, pp. 349 sgts; Longo, <<L'onore della prova nel processo civile romano>>, IURA, 11, 1960, pp. 149 sgts.; o GIUFFRÈ, *Necessitas probandi. Tecniche processuali e orientamenti teorici*. Napoli, 1983, pp. 128 sgts

28. A propósito, REINOSO BARBERO, <<Paroemia et regulae iuris romanorum: desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión europea>>, *Glossae. European Journal of legal history*, num. 13, 2016, pp. 605 sgts.

29. En este sentido, *vid.* particularmente GIUFFRÈ, *Necessitas probandi* cit., pág. 128.

En idéntico sentido se interpreta el siguiente pasaje extraído de las Quaestiones de Papiniano en que hace recaer la carga de la prueba sobre el interesado en demostrar el hecho incierto, en este caso su parentesco o estirpe:

D. 23,2,1 (Pap. l. III quaest.): *quoties quaereretur genus vel gentium quis haberet necne, eum probare oportet.*

Muy interesante nos resulta también el siguiente fragmento atribuido a Ulpiano en que, tratando un supuesto controvertido de ingenuidad, plantea el jurista una alternativa en cuanto a la situación material con objeto de determinar a quien corresponda la carga de la prueba:

D. 22,3,14 (Ulp. l. II de off. cons.): *circa eum qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est quis actoris partibus fungatur. et si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque se ingenuum esse; sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet eius qui ei controversiam movet, hoc probare debet, qui eum dicit libertum suum... .*

Para determinar quién deba promover la causa y probar por ende el hecho que afirma, distingue el jurista entre que se encuentre el libertino aparentemente en condición de tal, en cuyo caso le corresponde a él ejercitar la acción y probar su condición de ingenuo, o, que se encuentre el mismo en apariencia de ingenuo, pues en este segundo caso será al que le interese probar su condición de liberto el que deba promover la controversia y probar tal extremo. En definitiva, será al que le interese cambiar la apariencia de los hechos el que debe iniciar acción para ello, como igual ocurría en el caso de nulidad de la cláusula testamentaria contemplado por Marciano.

Y así se desprende también del siguiente texto atribuido al mismo jurista severino:

D. 22,3,22 (Ulp. l. I respons.): *eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.*

El que sostiene que el testador cambió de voluntad, sobre él mismo recae la carga de la prueba de tal circunstancia.

La carga primera de la prueba recae como decimos sobre el que ejercita la acción. Y explícito en tal sentido es el siguiente texto de Paulo:

D. 22,3,25,3 (Paul. l. III quaest.): *in omnibus autem visionibus quas praeposuimus, licentia concedenda est ei cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusurandum inferre, prius ipso pro calumnia iurante... .*

Prestado primero juramento por aquél a quien incumbe la carga de la prueba (esto es el actor), afirma el jurista que debe, entonces, concedérsele facultad al mismo para deferir al adversario idéntico juramento sobre la verdad de los hechos. El razonamiento que late en la decisión del jurista lo expone gráficamente Ulpiano, cuando afirma que en relación a lo que excepciona, el demandado se convierte en actor:

D. 22,3,19 pr. (Ulp. l. VII disput.): *in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere... .*

Similarmente y antes que él, ya advertía Celso que además de al demandante, en algunos casos también son exigibles del demandado ciertas pruebas:

D. 22,3,12 (Cels. l. XVII dig.): *quingenta testamento tibi legata sunt, idem scriptum est in codicilis postea scriptis; refert duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus se in testamento legasse, id fecerit; ab ulti ergo probatio eius rei exigenda est? prima fronte aequis videtur, ut petitior probet quod intendit, sed nimisrum probationes quaedam a reo exiguntur ...*

La cuestión sometida al parecer del jurista gira en torno a la interpretación de la voluntad del testador que repite en una cláusula codicilar el contenido de un legado incluido en su testamento. Ante la duda de si se trata de la misma disposición, o de duplicar el legado, y de a quien corresponde la prueba de una u otra solución, resuelve Celso que, en línea de principio, lo más equitativo es que el demandante (en este caso el legatario) pruebe lo que afirma, pero también es indudable, añade, que se han de exigir del demandado (el heredero en el caso en discusión) ciertas pruebas. En el caso en cuestión, interesaría al legatario probar la validez de la cláusula codicilar para exigir el crédito, y al heredero prueba de que el pago ordenado por legado ya se ha efectuado, siendo ineficaz (*inanem*) el codicilo.

Al reparto del *onus probandi* se refiere también el mismo Celso en el siguiente pasaje, extraído de sus comentarios al Digesto:

D. 22,3,9 (Cels. l. I dig.): *si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur an id actum sit, ut ipsius duntaxat persona eo statueretur. sed quamvis verum est, quod qui excipit, probare debeat, quod excipitur, attamen de ipso duntaxat, ac non de herede eius qui convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet, quia plerumque tan heredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.*

Sometida a la consideración del jurista la transmisibilidad o no de los pactos, resuelve que con carácter general será el que pretende del heredero la asunción de la deuda, basándose en el carácter personalísimo del *pactum de non petendo* realizado con el causante, el que deberá demostrar tal extremo, incumbiendo después al heredero demandado la prueba del principio contrario que excepciona.³⁰

Traemos ahora a colación otro fragmento extraído también del libro de la *Quaestiones* de Paulo que ofrece datos de sumo interés, pues ofrece una excepción a la regla general del *onus probandi* que en línea de principio recae como se ha visto sobre aquél qui agit. Es el siguiente:

D. 22,3,25 pr.: *quum de indebito quaeritur quis probare debet non fuisse debitum, res ita temperanda est ut, si quidem is qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam hoc negaverit, et ipse qui dedit legitimus probationibus solutionem approbaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri compellendum ese ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit, per etenim absurdum est, eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse postquam fuerit convictus eam accepisse probationem non debeti ab adversario exigere. sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praeumptionem videlicet pro ese qui accepit nemo dubiat, qui enim solvit nunquam ita resupinus est et facile suas pecunias iactet et indebitas efundant...*

Interrogado el jurista sobre quién debe soportar la prueba en un caso de pago indebido, responde contemplando una doble posibilidad: si el que recibió el pago negare el hecho en sí de haberlo recibido, y demandado se probara por la otra parte que efec-

30. Se trata en todos estos casos, como afirma PIQUER MARÍ, <<Estudio sobre la pervivencia estructural de los criterios que conforman el *onus probandi* en Derecho Romano clásico, en los *Furs* y en *Les Costums de Tortosa*>>, *Glossae*, 14, 2017, pp. 664 sgts., de seguir un criterio de prelación o sucesión lógica en el reparto de la carga de la prueba, en virtud del cual será el demandante, que se encuentra en situación inicial de desventaja, el que deberá aportar la prueba primaria, y sólo en tal caso y en segundo lugar, será el demandado el que deberá aportar las suyas.

tivamente se efectuó el pago, debe entonces el que negó y sin excepción alguna (*sine ulla distinctione*) aportar prueba de que le era debido. Diversamente, si desde el primer momento en que se le demanda la restitución admite desde luego haber recibido la cantidad, entonces será el demandante el que deberá probar que hizo un pago al que no estaba obligado para obtener su restitución. Paulo apoya ambas soluciones en un razonamiento lógico: nadie es tan descuidado como para pagar lo que no debe (<<nonquam ita resupinus est et facile suas pecunias iactet et indebitas efundant>>), y partiendo de aquí, establece una presunción a favor del demandado y de la legitimidad de la retentio. Siendo así, será el que demandante el que deberá probar que bien inducido por dolo del demandado, o simplemente por error excusable, realizó un pago indebido. Ahora bien, y esta es la idea que nos interesa sobre todo destacar, la presunción a favor del demandado, con la consiguiente carga de la prueba sobre el demandante, cesa si éste prueba primero que aquél mintió el negar el hecho básico y presupuesto de su demanda, cual sea haber recibido la cantidad que se reclama. Nos encontramos en este último caso, como con acierto advierte Valiño, ante un supuesto de “fraude procesal” que tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba.³¹ Igual que para el primer supuesto, el jurista apela aquí también a un razonamiento lógico: es absurdo (<<per etenim absurdum est>>), asevera que quien primero negó siendo incierto haber recibido el dinero, pretenda después exigir a la otra parte que aporte pruebas de su pretensión. Es él el que en tal caso deberá probar la suya, porque la presunción que inicialmente operaba a su favor juega ahora del lado del adversario.

La prueba en la legislación imperial. El principio inquisitivo

Las reglas que, como hemos visto, va introduciendo la jurisprudencia clásica en el ámbito probatorio por vía casuística, cuajarán en una serie de principios que inspirarán la legislación imperial en la materia. Aunque las competencias cada vez mayores que asumirá el iudex en el ámbito del procedimiento cognitorio, que acabará desplazando el ordo iudicorum consolidándose como única forma de proceder en el Bajo Imperio, tendrán un reflejo evidente también en materia de búsqueda y aportación de pruebas. El principio acusatorio que hasta entonces regía en todos los procesos (civiles y penales) será parcialmente sustituido o más bien complementado con la introducción en las cognitiones extraordinariae del principio inquisitorio, que no es más que una manifestación de la creciente centralización e intervencionismo del poder imperial, a partir sobre todo del s. III.³² En este contexto, se le otorgará al juez, ahora funcionario que asume delegada la función jurisdiccional del emperador y actúa en su nombre,³³ y está dotado

31. VALIÑO, A., <<Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en el Derecho Romano>>, *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, pp. 590.

32. Sobre la cuestión, *vid. REINOSO BARBERO*, <<Los principios dispositivo e inquisitivo en el Derecho Romano>>, *SDHI*, 41, 1975, pp. 125 sgs.; PIQUER MARÍ, *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica*, Madrid, 2006; y PIQUER MARÍ -BERNARD SEGARRA, <<La búsqueda de la verdad procesal: un estudio sobre la pervivencia del principio inquisitivo romano en las fuentes legislativas visigóticas>>, *Glossae*, 12, 2015, pp. 153 sgs., con amplia referencia bibliográfica.

33. La función jurisdiccional estaba delegada en los *praefecti (urbis, praetorii, annonae vigilum)* en Roma, y en los *legati augusti* y los *procuratores*, en las provincias, además de los *iudices dati* para casos especiales.

por tanto del poder coercitivo del que estaba desprovisto el iudex (ciudadano particular) en las fases anteriores, unas amplísimas facultades en la dirección del proceso, que se manifiestan especialmente en el papel activo que asume el mismo en la actividad probatoria. La sentencia ahora se puede apelar ante la instancia superior, que no era otra que el propio emperador (*appelatio ad Caesarem*), por lo que las decisiones deben estar bien fundamentadas.

En este contexto, se entiende que la prueba adquiera ahora una importancia extraordinaria, y por ello, su impulso no se va a dejar a la entera disposición de las partes. En la búsqueda de la verdad, el juez podrá también introducir las pruebas que considere necesarias para lograr formarse un convencimiento sobre los hechos. Esta tendencia intervencionista o inquisitoria se consolida con Constantino, aunque existen disposiciones anteriores que ya dejan ver el papel activo que tanto en la jurisdicción civil como penal va asumiendo de manera progresiva el juez.

La introducción de la *cognitio extraordinem* no supone empero una ruptura con los principios que hasta entonces regían en materia de prueba. El principio de aportación de parte propia del sistema acusatorio vigente hasta entonces es todavía reconocido en la legislación imperial. A comenzar por las siguientes constituciones atribuidas a Antonino Caracalla:

C. 2,1,4: *qui accusare volunt probationes habere debent, quum neque iuris, neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. actore enim non probante, qui convenitur etsi nihil ipse praestiterit obtinebit* (a. 212).

C. 4,19,2: *possessiones quos ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere, nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, quum te in probatione cesante, dominium apud eum remaneat* (a. 213)

C. 4,30,3: *si ex cautione tua licet hypotheca data conveniri cooperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petior probare pecuniam tibi esse numeratam, quo non impleto absolutio sequetur* (a. 215).

En todas estas constituciones se parte de la regla clásica *ei incumbit probatio qui agit*, en virtud de la cual la carga primera de la prueba (*onus o necessitas probandi*)³⁴ recae sobre el que ejerce la acción. La falta de prueba de los hechos alegados por el mismo conduce a la absolución del demandado quien, como se afirma expresamente en la primera de las constituciones, no se verá compelido en tal caso a aportar prueba alguna. Se mantiene por tanto el principio actor non probante reus absolvitur, corolario de la célebre máxima favor *debitoris o in dubio pro reo*, que se presentaba en las fuentes clásicas como consecuencia lógica de la propia estructura de la fórmula en el proceso civil: <<si paret condemnato/si non paret absolvitur.>>

Las mismas reglas inspiran las siguientes constituciones de los emperadores Diocleciano y Maximiano:

C. 4,19,8: *frustra veremini ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur* (a. 289)

C. 4,19,19: *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero postquam actor monstraverit quod asseverat oportet* (a. 294).

Los mismos emperadores ofrecen poco después la razón que justifica que tenga que

34. La expresión *necessitas probandi* que emplea el emperador en la segunda de las constituciones citadas la encontramos utilizada por primera vez por el jurista Marciano en el comentado fragmento de D. 22,3,21, relativo al legado de cosa ajena.

ser el que afirma, in primis el actor, el que tenga que probar lo que asevera:

C. 4,19,23: *Actor quod asseverat probare se non posse profitendo, reum neccessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (a. 300).³⁵

Es la propia razón natural, explican estos emperadores, la que impide que se pruebe un hecho negativo, por tanto, si el demandante no logra probar lo que afirma, no se puede exigir al demandado que pruebe lo contrario, esto es, lo que niega. A similar razonamiento apelaba Caracalla en la primera de las constituciones citadas, cuando afirmaba ir contra la razón y la equidad (<<neque iuris, neque aequitatis ratio>>) exigir pruebas al demandado, si el demandante previamente no ha aportado las suyas.

A la imposibilidad de probar los hechos negativos aluden los mismos emperadores Diocleciano y Maximiano en el siguiente rescripto dirigido a un tal Mucazano, posiblemente funcionario imperial:

C. 4,30,10: ...*quum inter eum qui factum asseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem cuius naturali ratione probatio nulla est, et ob hoc ad petitorem eius rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.*

Resolviendo un controvertido supuesto en que el demandado opone la *exceptio de non numerata pecunia*, argumentan los emperadores que existe gran diferencia entre la posición de aquél que, afirmando haber entregado el dinero debe soportar la carga de la prueba de tal hecho, y la del que excepciona no haberlo recibido, pues de la negación -sentencian- no hay por razón natural prueba alguna.³⁶

Interesa en este punto advertir que se ha intentado dar un enunciado general a la conocida regla general negativa *non sunt probanda*, que interpretada *ad litteram* excluye siempre la prueba de los hechos negativos. Pero si se lee bien el texto de las constituciones, se entiende que los emperadores se referían al supuesto en que el demandante no había logrado probar lo que afirmaba, en cuyo caso y aplicando esa lógica natural, razonaban que no debería ser desde luego el demandado el que tuviese que probar unos hechos que no son ciertos, a falta de prueba. Lo cual es distinto que pretender darle ese sentido literal a la regla en relación a los hechos negativos, pues resulta al contrario que en muchos casos el propio fundamento de la demanda o de la acusación representa un hecho negativo; piénsese por ejemplo en los casos de *conditio indebiti* en que el demandante deberá probar que no había lugar al pago, o cuando se pretende la extinción de una servidumbre por no uso.

Junto con la pervivencia de las reglas clásicas en materia de prueba, se van afianzando otra serie de reglas o principios acordes con la naturaleza inquisitoria de la cognitio

35. A propósito de la constitución diocleciana, argumenta RASCÓN, C., <<Sobre la estructura lógica de las decisiones judiciales y el sentido de la prueba en las diversas etapas del Derecho Romano>>, “*Res publica litterarum. Documentos de trabajo del grupo de investigación “Nomos”*”, 2005-6, que hasta que no se implantó la *cognitio extra ordinem* no existió necesidad de formular reglas fijas en las que basar la carga de la prueba, pues durante toda la época clásica probar era sinónimo de persuadir, y de ahí que la defensa en los juicios se encargase no a juristas, sino a oradores expertos en tal arte. Es, prosigue Rascón, cuando la administración de justicia se oficializa y las sentencias emanadas por los magistrados que actúan como voz del emperador son recurribles, cuando las partes deben probar sus pretensiones y el magistrado razonar su decisión, y por tanto cuando la prueba debe estar regida por reglas debidamente fundamentadas.

36. *Vid.* en el mismo sentido la citada constitución de Caracalla en C. 4,30,3.

extra ordinem, aspecto éste que se manifiesta especialmente como enseguida veremos en el ámbito de la represión criminal. Comenzamos con sendas constituciones atribuidas respectivamente a Antonino Pío y a Septimio Severo, de las que resulta claro el papel activo que en este procedimiento empieza a asumir el juez:

C. 2,1,1: *ipse dispice quemadmodum pecuniam quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes. nam quod desideras ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex causa ad iudicis officium pertinere solet* (a. 155)

C.2,1,2: *is apud quem res agitur, acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inscienda ad investigandam veritatis fidem iubebit* (a. 194)

El discurso en ambos casos es similar. Es competencia del juez exigir de las partes, tanto demandante como demandado, las pruebas que sean necesarias para inspeccionar e investigar la verdad (<<inscienda ad investigandam veritatis fidem>>), luego claro de que el demandante pruebe en primer término (se advierte expressis verbis en la primera constitución) su pretensión.

Para el caso de que alguna de las partes se negare a aportar la prueba requerida, se faculta también al juez a exigirle que preste juramento. Así lo reconoce expresamente Alejandro Severo en:

C. 3,42,4: *non ignorabit iudex, instrumenta tui iuris quae penes diversam partem fuisse probaveris, si ab eisdem non exhibeantur, iusiurandi in litem facultatem deferri tibi oportere* (a. 230).

A partir de Constantino se intensifica el carácter inquisitorio del proceso, sobre todo como antes apuntábamos en el marco de la jurisdicción penal, acentuándose las facultades del juez no sólo en la fase probatoria, sino también en la incoación y dirección del procedimiento. En su edicto <<de accusationibus>>³⁷, el emperador disciplina en efecto las diversas cuestiones relativas a la accusatio. El proceso puede iniciarse mediante acusación particular, o de oficio (C.Th. 9,3,1: <<...sive accusator, sive eum publicae sollicitudinis...>>).³⁸ Se mantiene como criterio general la accusatio publica abierta a todos los cives,³⁹ pero se dificulta la misma al castigarse severamente tanto la falsa accusatio como la delatio anónima (se admitía la tortura o tormento),⁴⁰ lo que acabará reforzando la accusatio privada.⁴¹ Iniciado el proceso, de oficio o de parte, el juez no es un simple espectador, sino que desempeñará un rol activo en la investigación y prueba de los hechos. Esto se observa claramente en la siguiente constitución del emperador Constantino:

C. 3,1,9: *iudices oportet in primis rei qualitatem plena inquisitione discutere, et tunc utramque partem saepius interrogare, num quid novi addere desideret, quum hoc ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per iudicem sive ad maiorem potestatem referenda sit* (a. 318).

37. C.Th. 9,5,1 y C. 9,8,3.

38. = C. 9,4,1.

39. Así se desprende entre otras de C.Th. 9,1,3 y C.Th. 9,7,2, ambas de Constantino.

40. *Vid.* C. 9,8,3.

41. Exentos del *periculum calumniae* quedaban sin embargo tanto el ofendido como los familiares directos, como se así se declara en una constitución de Alejandro Severo, en relación a la madre que acusase al asesino de su hijo: C. 9,46,2 *pr.*

Sobre la cuestión, *vid.* LAURIA, <<Accusatio, Inquisitio>>, p. 364; y BISCARDI, A., <<Inquisitio ed accusatio nel processo criminale extraordinem>>, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, I, Madrid, 1990, pp. 235 ss.

En la búsqueda de la verdad, el juez puede actuar con plena libertad para investigar (inquiere) el asunto, así como procurarse las pruebas que considere necesarias, a favor de una y otra parte, para lograr un convencimiento que le permita resolver la causa.⁴² De esta forma advierte el emperador, que podrá interrogarles tantas veces como fuere preciso, por si quisieran añadir algo nuevo a su favor.

Se observa como más que una facultad, es obligación del juez la de realizar una completa investigación de los hechos, proveyéndose a tales efectos de todos los medios posibles para alcanzar la verdad.⁴³ Simultáneamente, esta política intervencionista que obliga al juez a la búsqueda de la verdad someterá asimismo su actividad probatoria a un mayor control, pues se pasa del principio de libre valoración de la prueba al establecimiento de una serie de reglas de valoración a la que debe el mismo someterse. Entre otras, la no validez como prueba de cargo de la declaración de un solo testigo (C. 4,20,2 y C. 4,20,9,1); la graduación en el valor de tales declaraciones en función de la dignidad del mismo (C. 4,20,9 pr.); o la no prevalencia de la prueba testifical sobre la documental (C. 4,20,1 y C. 4,2115).⁴⁴

En derecho justiniano, como continuación de la tendencia anterior, se acabarán consolidando los poderes del juez en la dirección del proceso, desplazándose definitivamente el principio clásico *actore non probante reus absolvitur*,⁴⁵ al otorgársele al mismo facultades de investigación, incluso contra de la voluntad de las partes. Así se desprende entre otras de una epístola de Justiniano dirigida al prefecto del pretorio, que se contiene en C. 4,21,22,1. Reproducimos por su extensión solo la parte que interesa:

... nam quemadmodum is qui in causa aliqua veritatem scire existimatur, invitus quoque ad testimonium compellitur, atque nec si pecunia ei promissa sit ob non dicendum testimonium, nec si contra amicos testimonium dicturus sit, recusare testimonium potest, ita nec is qui instrumentum exhibere petitur, sive quod aliquid acceperit vel sperret accipere, sive ob amicitiam eius cui damno futurum est instrumentum potest se ab exhibitione excusare.

Al que se supiera que conoce la verdad, advierte el emperador que se le puede obligar a prestar testimonio, incluso contra su voluntad, y no puede rehusar la prestación del mismo; como tampoco puede negarse el que posea documentos de prueba a exhibirlos en juicio cuando los mismos le son requeridos.

42. Así se desprende también de la siguiente constitución de los emperadores Diocleciano y Maximinano: C. 7,32,5: *quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque que colum nullum extrinsecus accidente causa ex colendo occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominio tui ius conveni non sinet.* Similamente, C. 9,9,23,1, de los mismos emperadores.

En relación a la labor de persecución y represión criminal de los funcionarios y jueces, son ilustrativos entre otros: D. 48,3,6, en que recoge el jurista Marciano un rescripto de Adriano explícito en tal sentido. También, Ulpiano, D. 1,18,13 pr. relativo a los deberes del *praeses provinciae*.

43. Así se dice expresamente en el tramo final de la citada constitución de Constantino, en C. 9,8,3: ...ut ab omnibus commissi consciis statua vindicta possit reportari.

44. Sobre la gradual importancia que se le irá otorgando al documento escrito como medio de prueba, *vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., <<Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana>>, *Proyecto de investigación de la Comunidad de Madrid 06/0065/2003 “Derecho Administrativo Romano”*, dir. A.F.B.

45. En este sentido, PIQUER MARÍ -BERNARD SEGARRA, <<La búsqueda de la verdad procesal>> *cit.*, pp. 155 sgts.

A la vista de todo lo expuesto, podemos concluir que el sistema que se implanta en el Dominado, sobre todo a partir de Constantino, es un sistema acusatorio mixto, en que, si bien se le otorgan al juez plenas facultades en lo que respecta al inicio, y sobre todo al desarrollo del proceso, las partes siguen desempeñando un papel fundamental en uno y otro aspecto. Es responsabilidad del juez investigar los hechos y llegar a la verdad, por lo que es preciso dotarle de los instrumentos necesarios para ello, incluso como se ha visto en contra de la voluntad de las partes. Pero tal iniciativa en la actividad probatoria, que puede y debe asumir libremente, opera a favor de la verdad material y por ende en beneficio de ambas partes. Las antiguas reglas que regían en la jurisdicción en la época clásica, y que han cuajado en principios de validez universal: *incumbit onus probandi qui dicit, actore non probante reus absolvitur*, que giran en torno al *apotegma in dubio pro reo* en que se concreta el derecho fundamental a la presunción de inocencia, inspiran también la actividad jurisdiccional en el marco de la *cognitio extraordinem*, aunque con matices, o casi mejor, con correctores que son puestos al servicio de la iustitia y la equidad.

Llegados a este punto y a modo de resumen, concluimos con una serie de reflexiones comparativas finales, pues con las lógicas diferencias de tiempo y lugar que separan aquellas cogniciones extraordinarias de nuestra actual jurisdicción penal, de alguna forma nuestro sistema no deja de ser heredero de los principios que rigen tal procedimiento extraordinario, sobre todo como hemos visto, a partir del Bajo Imperio. El nuestro sigue también, en efecto, un sistema acusatorio mixto. Se divide en dos fases, una de instrucción o preparatoria, en que se practican diligencias, algunas de las cuales son irrepetibles en el plenario, y en la cual el juez asume un papel más inquisidor, y otra de juicio oral, que coherente con los principios del sistema acusatorio, requiere de la existencia de acusación (siendo necesario que los papeles de acusador, acusado y juzgador recaigan en distintas personas), a la que se le exige además una actividad probatoria mínima, pues los casos de ausencia o insuficiencia de pruebas se resuelven siempre a favor del derecho a la presunción de inocencia. En Roma, la fase de investigación del juez coincide con la propia de práctica de la prueba. La facultad que ya vimos que le otorga al juez el artículo 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, idéntica formalmente a la que a partir del Bajo Imperio se le otorga al funcionario en quien delega el emperador su iurisdictio, no choca con los principios del sistema acusatorio. Igual que es su obligación valorar en conciencia las pruebas que aporten las partes (artículo 741 L.E.Cr.), con mayor motivo deberá en conciencia también proponer otras aquellas que estime necesarias para esclarecer los hechos. Es en suma su obligación, ahora y antes, la de realizar una inquisitio, en el sentido de inquirere, (investigar) completa para alcanzar la verdad material, o aproximarse lo más posible a la misma. Sin embargo, en esta fase de investigación de los hechos, los jueces se encuentran muy limitados actualmente por el techo que a su labor le pone el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que recoge el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial. En pos de esta imparcialidad, la jurisprudencia se muestra bastante restrictiva a la hora de valorar la iniciativa del juez dentro del proceso que debe dirigir. Ad exemplo, y en relación a la facultad que le otorga el citado art. 729.2. o a la que le reconoce el art. 708 del mismo cuerpo legal en relación a los interrogatorios a las partes, ha advertido nuestro Tribunal Supremo (STS nº 1333/2009, de 14 de diciembre) que esta iniciativa probatoria deberá <>ceñirse al objeto de la causa, efectuarse en relación a

las pruebas propuestas por las partes, tener una finalidad aclaratoria y no directamente inquisitiva y, por último, respetar los datos de contradicción y defensa de todas las partes.>> Por nuestra parte, consideramos sin embargo que otorgar un papel activo al juez en la inquisitio, entendida en sentido amplio, como tenía el juez romano en coherencia con el poder coercitivo que asume sobre todo a partir del Bajo Imperio (Constantino, C. 3,1,9), más que algo cuestionable es cuestión de necesidad. Creemos en conclusión que la lectura pausada de las fuentes romanas relativas a la materia puede servir para aclarar o esclarecer algunas de las cuestiones problemáticas que en torno a la prueba se están suscitando en la actualidad, y a otorgar un valor relativo a todos los principios de se han extraído de las mismas, a comenzar por la regla básica in dubio pro reo y las que son consecuencia de la misma. La interpretación flexible de tales máximas con que en todo momento operó la jurisprudencia romana creo que debe ser el modelo a seguir, sobre todo cuando se trata de enjuiciar delitos en que, por sus especificidades internas, la materia de la prueba y sobre todo su interpretación y valor asumen un papel extraordinario.

