

propension natural hácia lo verdadero, así como los cuerpos hácia el centro de la tierra, el hombre; siendo libre, puede obedecer ó no á esta propension, y con sobrada frecuencia sucede que sean falsas sus declaraciones. Así, pues, esta clase de prueba no puede admitirse sino con reserva. Pero guardémonos del escepticismo que propende á desechar absolutamente la fé del testimonio. Todas las verdades históricas, gran número de verdades científicas no se apoyan en otra base. Deséchese esta base, y no hay ya sociedad, ni civilización posible. Sin base en el testimonio, dice Bentham (Pruebas judiciales, lib. IV, cap. 7.) no marcharian los negocios sociales; se paralizaría todo movimiento social; no nos atreveríamos ya á obrar, porque el sin número de hechos que caen bajo la percepción inmediata de cada individuo no es mas que una gota en un vaso de agua comparado con los de que no puede informarse sino por referencia de otro. Despues de todo, el número de testimonios verdaderos es incomparablemente superior al de testimonios falsos (1). Y hay un criterio al cual es difícil no conceder una gran confianza; los antecedentes del testigo, el acierto con que depone de los hechos que le son conocidos, pueden quitar todo género de duda. La declaración sincera de un hombre honrado ¿no tiene una fuerza simpática que atrae la convicción de cuantos le escuchan? En suma, sería tan imposible desechar absolutamente la autoridad del testimonio como peligroso admitirla sin precaución. La apreciación de la fé que merecen los escritos en que se refieren los hechos antiguos, es objeto de una ciencia especial muy importante: la crítica histórica. Pues bien, debemos en el exámen de los hechos actuales testificados por nuestros contemporáneos, emplear precauciones análogas á las que toman los críticos juiciosos cuando estudian lo pasado.

[1] Reid [*Inquiry into the human mind.*, cap. VI secc. 24] demuestra que hay en la naturaleza humana dos disposiciones nativas que nos inducen, la una á decir la verdad, la otra á prestar fé al testimonio de nuestros semejantes.

16. Independientemente tambien de la fé en el testimonio, puede conducirnos en muchas ocasiones al conocimiento de la verdad la observación de las leyes de la naturaleza moral. En el orden moral tanto como en el orden físico, puede haber *indicios* que se han llamado algunas veces *testimonios mudos*, en oposición al testimonio verdadero, á la declaración del hombre. Así es como la fuga de un acusado, cuando no parece motivada de ningún modo su partida, hace verosímil su culpabilidad. En este caso y en otros análogos, nuestra inteligencia se apodera de ciertos hechos morales para deducir de ellos la existencia de otros hechos, á la manera que en las ciencias físicas la observación de ciertos fenómenos, nos hace creer en la acción de ciertas causas. La fuerza de los indicios morales, así como la de los indicios físicos, variará por lo demás hasta lo infinito, con arreglo á las circunstancias.

17. En resumen, distribuiremos todo el sistema de las pruebas en tres grandes partes:

1º Evidencia, sea interna, sea esterna.

2º Deducción, separando lo conocido de lo desconocido en que está incluido.

3º Inducción, partiendo de lo conocido para suponer lo desconocido, suposición que se funda en la observación de las leyes de la naturaleza física ó de la naturaleza moral.

Segun se nos revelen las leyes de la naturaleza física mas ó menos completamente por la experiencia, veremos certidumbre ó bien probabilidad mas ó menos fuerte.

En cuanto á las leyes de la naturaleza moral, refiérese á ellas intimamente la mas usual de todas las pruebas, la fé en el testimonio. Hay, además, en el orden moral, lo mismo que en el orden físico, simples indicios.

Clasificadas de esta suerte, se vé que las pruebas siguen una progresión decreciente, que tiene por primer término el mas alto grado de evidencia interna, e

sentimiento de nuestra propia existencia, y por último término, los indicios mas ligeros, los que no pueden motivar mas que una vaga sospecha.

II.

DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA EN MATERIA JUDICIAL.

SUMARIO.

18. Aplicación de los principios sentados.
19. Evidencia interna en primera línea.
20. Evidencia esterna que sigue despues. Inspección ocular ó reconocimiento judicial.
21. Prueba pericial, auxiliar de la experiencia directa.
22. Pruebas propiamente dichas, que se apoyan en la deducción ó en la inducción.
23. La deducción se refiere á la prueba del derecho.
24. La prueba del hecho se apoya en la inducción.
25. Inducción fundada en las leyes de la naturaleza física. Certidumbre ó simples indicios.
26. Sobre las leyes de la naturaleza moral. Testimonio del hombre. De quién puede emanar.
27. Prueba simple y prueba legal.
28. Indicios tomados de las leyes de la naturaleza moral.
29. Distinción de las pruebas y de las presunciones.
30. Presunciones simples y presunciones legales.
31. Clasificación de las pruebas judiciales.
32. De las pruebas de pruebas.
33. Clasificación práctica adoptada por el legislador.
34. División de esta obra.

18. Ensayemos ahora clasificar las pruebas judiciales segun el plan que acabamos de adoptar para las pruebas en general.

19. La evidencia interna que se presenta en primera línea, es necesaria en derecho, como en todo lo demás. ¿Qué se pensaría de un Juez que desconociera su propia existencia? Pero semejante suposición es inadmisibile; el afán mas audaz de embrollarlo todo, no se atrevería á suscitar semejantes dudas. La evidencia interna es la base de toda certidumbre judicial, así como de toda certidumbre en general; pero es una base incontestada ó incontestable.

20. Hemos dicho que la evidencia esterna, aunque menos infalible, es casi tan segura en la práctica como en la evidencia interna. Es verdad que los sentidos del Juez pueden engañarle, como los de cualquier otro hombre. Pero cuando llegan los

hechos á su conocimiento por conducto de un tercero, el peligro de errar es triple, puesto que se puede temer á un mismo tiempo un experimento erróneo, una relación inexacta, y finalmente un relato infiel. En el caso de que tratamos, desaparecen los dos últimos peligros, el Juez se halla enfrente de la realidad, y cuando tiene la íntima convicción de haber visto los hechos con sus propios ojos; deben suponerse circunstancias muy extraordinarias para que se haya engañado. Este experimento personal, aunque solo se presente excepcionalmente en la práctica judicial, tiene todavia en ella grande importancia. Así, puede ser útil, ya en materia civil, ya en materia criminal, que el Juez tome por sí mismo conocimiento de los hechos, y esto es lo que acontece con la inspección ocular ó reconocimiento judicial.

21. Hay siempre ciertos datos que, aunque sometidos inmediatamente á la acción de nuestros sentidos, no podrían apreciarse por quien no poseyese luces especiales sobre la materia. Entónces, así como nos servimos de los instrumentos de óptica para suplir la imperfección del órgano de la vista, el Juez, que no puede tener conocimientos enciclopédicos, toma á la ciencia preciosos auxiliares, á fin de obtener un análisis exacto de los elementos materiales que tiene á la vista. La prueba ó juicio pericial, á pesar de sus peligros de error, que propenden á la naturaleza delicada de las operaciones á que procede, es una rama importante de la teoría de las pruebas, y además es el complemento indispensable del experimento personal á que nos referimos (1).

22. Pero no se llama al Juez sino en casos muy raros á tomar personalmente conocimiento de los hechos; y si se hace mas uso de la prueba pericial, debemos confesar que no puede pasar nunca de los ele-

[1] Esta prueba se refiere no obstante tambien á la inducción, puesto que se apoya en la fé debida á los peritos, fé que supone un mérito probado anteriormente, ó al menos presunto por razon de las garantías que ofrecen los conocimientos del auxiliar llamado por el Juez.

mentos puramente materiales, puesto que se escapan de su escarpelo, las intenciones y el resorte de las conciencias. Así, la inmenza mayoría de las causas deberá decidirse, no por la evidencia ó con el auxilio de los peritos que pueden aproximarse á la evidencia, sino recurriendo á las pruebas propiamente dichas, es decir, á medios intermediarios que conducen al descubrimiento de la verdad. Ya hemos visto que estos medios se apoyan en la deducción ó en la inducción.

23. El método de deducción que consiste en sacar de una proposición conocida las consecuencias que encierra, es de gran uso é importancia sin duda alguna en la ciencia del derecho, puesto que se recurre á ella cuando se trata de la prueba del derecho mismo. La aplicación á cada caso de los principios sentados por la ley, es en gran parte un trabajo de lógica, y en este sentido es como ha podido decir Leibnitz respecto de los juriscultos romanos, que sus escritos casi alcanzan á la exactitud de las demostraciones matemáticas: "Dixi sapius post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac sublimitate cum romanorum juriscultorum scriptis comparari possit (1)." Pero, como ya hemos dicho (número 3), no siendo nuestro intento tratar en este libro de la prueba del derecho, debemos limitarnos á remitir, en lo concerniente á ella, á las reglas establecidas por los lógicos.

Sí, pues, la deducción, en cuanto se refiere á la prueba del derecho es ageno á nuestro asunto no tenemos que ocuparnos mas en ella sino en cuanto á la prueba del hecho. Y en efecto, á escepcion de las cuestiones de cálculo, en que se trata solamente de comprobar ciertas combinaciones de elementos percibidos ya por otras vías, no llegan los hechos al conocimiento del Juez por la vía de deducción. La lógica puede enseñarnos las consecuencias de

[1] Si los juriscultos clásicos no son tan lógicos como los grandes geómetras, no es porque sean inferiores á ellos, sino porque la ciencia del derecho se halla modificada por los hechos positivos en la aplicación, así como las leyes de la mecánica abstracta lo son por la residencia del aire atmosférico.

los hechos, pero no podría revelarnos los hechos mismos. Para instruirnos de los acontecimientos que no nos ha sido posible percibir directamente, será necesario, ya no recurrir al raciocinio abstracto, sino interrogar las circunstancias conocidas para llegar al conocimiento de lo desconocido, es decir, emplear el procedimiento de la inducción.

24. Ya hemos dicho que la inducción, esta base de nuestros conocimientos mas importantes, tanto científicos como históricos, se refiere á la persuasión en que estamos de la constancia ó permanencia, ya de las leyes de la naturaleza física, ya de las leyes de la naturaleza moral.

25. No hay duda que la constancia de las leyes de la naturaleza física, de aquellas mismas que atestiguan la experiencia universal, no es en manera alguna una verdad lógica (núm. 12.) y no implica contradicción suponer, por ejemplo, que puedan suspenderse las leyes de la gravitación. Pero el jurisculto que se preocupa mucho mas de la certidumbre práctica que de la verdad abstracta, considera como evidente la permanencia ó constancia de estas leyes.

A quien ofreciera, pues, probar que ha caminado por encima del agua, no se le permitiría abrir una información para justificar la alegación de semejante hecho. En el día no se permitiría ya, como hizo un Tribunal escocés en 1754, afirmar á dos testigos bajo juramento que les habia revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio. No porque un Juez ilustrado deba negar la posibilidad metafísica de un milagro, sino porque generalmente los hechos milagrosos que pueden merecer alguna fé histórica son tan escasos, comparados con los que no se apartan del orden normal, que hay una gran probabilidad de que falta á la verdad ó incurre en error quien avanza semejante pretension. Para que un Juez ordene, pues, la prueba de un hecho, no basta que este hecho sea rigurosamente posible, sino que es preciso que sea verosímil.

Si no es permitido negar seriamente en justicia una ley constante de la naturaleza, y si lo que no es para el metafísico mas que una estraña probabilidad, equivale para el Juez á una certidumbre completa, nuestros conocimientos no son desgraciadamente siempre bastante perfectos para que podamos afirmar con entera confianza, que tal ó cual fenómeno ha sido producido por tal ó cual causa.

Son muy pocas las leyes de la naturaleza que conocemos completamente, en comparación de las que ignoramos, ó de que solo tenemos una noción imperfecta. Frecuentemente en la práctica judicial y con especialidad en todo lo que se refiere al mecanismo tan delicado de los cuerpos organizados, no podrá responder la ciencia sino por conjeturas mas ó menos fundadas á las preguntas que se le dirijan sobre las causas de ciertos resultados materiales, cuyo origen conviene investigar. Entonces no poseemos ya esta certidumbre moral en que se apoya la inteligencia, cuando puede apoyarse en estos resultados de la experiencia formulados por la teoría, que se ha convenido en llamar *leyes de la naturaleza*. En semejante hipótesis, la base de la inducción llega á ser mucho mas frágil, y la observación de los hechos materiales no suministra mas que simples *indicios*. En breve volveremos sobre estos indicios materiales, comparándolos y refiriéndolos á los indicios tomados del orden moral.

26. La especie de inducción que tiene mas boga en la jurisprudencia es la que se funda en la ley mas importante de la naturaleza moral, es decir, en la fé que se presta al testimonio del hombre. Aquí entendemos por *testimonio*, no solamente la declaración verbal de testigos propiamente dichos, ó de terceros, sobre los hechos litigiosos, sino toda especie de declaración del hombre, bien sea oral, bien por escrito, relativamente á los hechos pasados. Vamos á ver que las pruebas mas usadas en la práctica judicial tienen por base esta especie de inducción, que está

lójico de ser infalible, pero cuyo uso es indispensable. Entendido así, el testimonio en un asunto litigioso, puede emanar del demandado, ó de terceros, ó del mismo demandante.

El testimonio del demandado que se condena á sí mismo en su propia causa, es la confesión, la mas grave de las inducciones judiciales, pero que no obstante no es siempre infalible segun veremos. Referimos á la confesión el juramento decisorio, recurso extremo empleado con la esperanza de obtener una confesión tácita de la conciencia del adversario, demandante ó demandado que se negara á jurar.

El testimonio de los terceros estraños al litigio constituye la prueba testimonial propiamente dicha.

Por último, la ley permite referirse, respecto de la prueba, al testimonio del mismo demandante, en los casos en que la ley autoriza, bien sea el juramento supletorio, bien ciertas afirmaciones, aunque no vayan acompañadas de juramento.

27. Cada uno de estos testimonios puede recibirse en juicio en la forma ordinaria, ó bien revestido de ciertas condiciones que se exigen imperiosamente para su validez. En el primer caso, la prueba puede llamarse *simple*, puesto que no tiene ningun carácter artificial; en el segundo caso, es legal ó *preconstituida*. A esta última clase se refieren los documentos privados que son confesiones sometidas á ciertas formalidades, los documentos auténticos, testimonios que se tributan de una manera solemne por funcionarios públicos sobre hechos que han pasado á su presencia; y finalmente, los libros en que los mercaderes ó comerciantes son llamados personalmente, mediante la observancia de las disposiciones legales, á atestiguar sus propios derechos. Empleándose ordinariamente la escritura en los pueblos civilizados; como el medio mas comun de prueba, se ha acostumbrado á confundir la prueba escrita con la prueba, preconstituida. Pero es fácil vencerse de que [estas dos expresiones no

son sinónimas. Puede convenirse en ciertos signos, tales como las tarjetas, de donde resultará una prueba preconstituida, sin escritura; y recíprocamente, un escrito, tal como una carta, podrá no tener ninguno de los caracteres de la prueba preconstituida ó legal (1).

28. La induccion fundada en las leyes de la naturaleza moral, puede referirse á otros datos que al testimonio del hombre. Hay en el órden moral, así como en el órden físico, hechos que hacen mas ó menos probable la existencia de los que la justicia se propone comprobar. Así, la fuga del acusado, un cambio completo en sus hábitos, una tentativa de suicidio, serán frecuentemente indicios de culpabilidad no menos significativos que los que se toman de los elementos puramente materiales del sumario. Tambien pertenecen á la clase de indicios materiales los antecedentes á que se dá con razon una grande importancia. Pero los indicios, tanto materiales como morales, tienen por lo comun menos fuerza que el testimonio del hombre y antes de sacar de ellos conclusiones siempre mas ó menos conjeturales, es preciso estudiar con cuidado todas las circunstancias de la causa.

29. El nombre de *prueba* se reserva ordinariamente á los medios de demostracion sencillos ó revestidos de ciertas formas que se apoyan en la fé en el testimonio. La induccion que solo se apoya en indicios, tomados en el órden físico ó en el órden moral, dá lugar á lo que se llama *presunciones*. El art. 1349 del Código de Napoleon define las presunciones, *consecuencia que saca la ley ó el magistrado de un hecho conocido á otro desconocido*. Esta definicion, tomada á la letra, comprenderia la induccion enteramente, y en su consecuencia las pruebas propiamente dichas, así como las presunciones. En la prueba literal, por ejemplo, se deduce de un hecho conocido, cual es la existencia de un escrito revestido de ciertas formas, un

[1] Por esto en la distincion del *jus scriptum* y del *jus non scriptum* la escritura se entiende como refiriéndose á la promulgacion.

hecho desconocido, á saber, el de haberse celebrado un convenio sobre tal punto entre ciertas personas. No es esto, sin embargo, lo que el Código llama presuncion. Aquí el hecho conocido, el escrito, ha tenido precisamente por objeto consignar el hecho desconocido, la convencion. No hay, pues, verdaderamente presuncion cuando el hecho conocido se emplea, por decirlo así, en su uso natural. Una vez admitido el principio de la fé en el testimonio, la induccion que nos conduce del escrito á la convencion, es una operacion tan sencilla que pasa casi desapercibida, y el entendimiento la concibe tan fácilmente que la prueba parece directa. No sucede lo mismo cuando deduzco de ciertas huellas que hay en un camino que conduce al sitio donde se cometió el crimen, la culpabilidad de la persona á cuya planta corresponden perfectamente las señales observadas. Estos hechos no tienen absolutamente por objeto consignar lo que yo pretendo probar. Aquí no juega ya la fé en el testimonio, sino que tan solo se trata de un signo mudo mas ó menos equívoco. La operacion del entendimiento por la cual deduzco la culpabilidad de la semejanza de los hechos, no se apoya en principios comunmente admitidos, sino en una conjetura de mi juicio. Hállase aquí lo que los jurisconsultos ingleses han llamado exactamente una *construccion*. Siendo, pues, aquí el resultado de la operacion mas dudosa que en la otra especie de induccion, es mucho mas notable lo que hay artificial en la conclusion. Entonces se dice que yo saco la consecuencia del hecho conocido al hecho desconocido, y no hay mas que presunciones. Impropiamente coloca, pues, el art. 1350 entre las presunciones la confesion de la parte y el juramento, que son, como tambien los escritos y los testigos, pruebas propiamente dichas. Por lo demás, los redactores del Código no han persistido en esta impropia clasificacion, puesto que dedican en seguida á la confesion y al juramento secciones separadas.

30. La distincion que hemos establecido entre las pruebas simples y las pruebas legales, se aplica tambien á las presunciones. Segun el art. 1349 estas son consecuencias que la ley ó el magistrado saca, etc. Hay, pues, presunciones respecto de las cuales queda entregado el Juez á sus propias luces, debiendo guiarle su razon en el uso tan delicado de las conjeturas judiciales, como le guiaria en los negocios ordinarios de la vida; y á estas puede llamárseles *presunciones simples*. Hay otras en que la ley, movida por motivos de interés superior, saca por sí misma imperiosamente la consecuencia, como cuando deduce del matrimonio con una mujer la paternidad de los hijos que nacen de ella. Estas son *presunciones legales*.

31. En resumen, hé aquí aproximadamente el órden en que trataremos de los diversos modos de prueba que son objeto de esta obra:

PRIMERA CATEGORIA.—ESPERIENCIA PERSONAL.

Inspeccion ocular ó reconocimiento judicial.

Juicio pericial, complemento de la experiencia personal.

SEGUNDA CATEGORIA.—FE EN EL TESTIMONIO.

Pruebas propiamente dichas, subdividiéndose en:

Pruebas simples.

Confesion (á la cual se refiere el juramento decisorio).

Prueba testimonial.

Afirmacion del demandante (á la cual se refiere el juramento supletorio).

Pruebas preconstituidas.

Documentos privados.

Documentos ó títulos auténticos.

Libros de los mercaderes ó comerciantes.

TERCERA CATEGORIA.—PRESUNCIONES.

Simples.

Legales.

Vése, pues, que dejamos fuera de nuestro plan la evidencia interna que es sobrado incontestable, la deducion que es estraña á la prueba del hecho: finalmente, la induccion fundada en la permanencia ó constancia de las leyes de la naturaleza, que raras veces dará lugar á dificultades serias.

32. Estos diversos modos de prueba pueden á veces apoyarse unos en otros; y es, cuando es necesario salvar muchos intermediarios; antes de llegar al hecho cuya verdad se trata de consignar, y que desde entonces la prueba misma necesita ser probada. Así el recocimiento judicial ó el juicio de peritos, no llegan á veces sino á consignar la existencia de indicios materiales; así la existencia de un escrito que se perdió, de un testamento, por ejemplo, puede probarse por testigos. Otras veces, la misma prueba, se reproduce por decirlo así, en muchos grados. Así, ya son testigos que refieren los dichos de los primeros, testigos que asistieron á los hechos sobre que versa el litigio; así el tenor de un escrito original, se reproduce mas ó menos fielmente por una copia. Finalmente puede haber prueba de la prueba en tercero ó cuarto grado (1), etc. Tal es el carácter de las copias de copias mencionadas en el art. 1335 del Código Napoleon. Es evidente, además, que la prueba cuanto mas se aleja de su origen, mas pierde su fuerza; verdad de que hace aplicacion la ley á las diversas clases de copias (art. 1335 citado). Laplace ha comparado oportunamente esta disminucion de la probabilidad á la estincion de la claridad de los objetos por medio de la interposicion de muchos trozos de vidrio: un número de trozos poco considerable basta para quitar la vista del cuerpo que dejaba percibir de una manera distinta un solo trozo.

Para no fatigar el espíritu con una division sobrado complicada de nuestra mate-

[1] En el famoso procedimiento contra Calas, un juicio grave no llegaba á conocimiento del Juez, sino por medio de cuatro testigos que se lo habian transmitido nuevamente, según decian.

ria, pensamos que vale mas no hacer una categoría aparte de las pruebas de pruebas, y limitándonos á las que tienen mas importancia, referir pura y simplemente á la prueba testimonial lo relativo al testimonio indirecto, y la prueba escrita lo concerniente á las copias.

33. El legislador francés, ya en el Código Napoleon, ya en el de procedimiento civil, se ha colocado por medio de la clasificación de las pruebas, en un punto de vista enteramente distinto bajo el aspecto de la práctica, puesto que clasifica las pruebas siguiendo el uso mas ó menos frecuente que puede hacerse de ellas en el procedimiento.

Siguiendo este orden, debian ponerse la primera la prueba literal. Nuestras costumbres judiciales y nuestra legislación, que restringe, segun veremos, el uso del testimonio oral, dan preponderancia en los Tribunales á la prueba preconstituida que resulta de los documentos auténticos ó de los privados.

En segundo lugar, viene la prueba testimonial. Esta prueba, aunque sometida á graves restricciones, es aun en el día la que está mas en uso en la práctica despues de la prueba literal.

En tercer lugar, vienen las presunciones que tienen en general menos fuerza que las pruebas propiamente dichas, porque no se apoyan en el testimonio del hombre, sino en simples indicios.

El legislador coloca en último lugar la prueba que resulta de la confesion de la parte ó del juramento. Y sin embargo, esta prueba es la mas sólida, pero es tambien por desgracia la que se obtiene mas difícilmente en la práctica, por ser la buena fé lo que mas falta á los litigantes (1).

[1] En la ley de Enjuiciamiento civil española, publicada en 5 de Octubre de 1855, al tratar en el juicio ordinario, que es el que sirve de norma á los demás, de los medios de prueba, se colocan estos en el orden siguiente: 1. Los documentos públicos y solemnes. 2. Los documentos privados. 3. La correspondencia. 4. La confesion en juicio. 5. El juicio de peritos. 6. El reconocimiento judicial. 7. Los testigos.

La ley 8 tit. 14 part. 3 enumera las pruebas siguientes: Confesion en juicio ó fuera de él, testigos, escrituras, presunciones, inspección ocular del juez, inspección

34. Este tratado comprenderá pues, tres partes, que corresponderán á las tres categorías de pruebas que hemos indicado.

Pero antes de llegar á tratar de cada prueba en particular, conviene esponer algunas ideas generales sobre el curso de la prueba en el procedimiento.

Y por el contrario, reservaremos para la cuarta parte de este tratado, algunas consideraciones sobre el efecto retroactivo y sobre el derecho internacional en materia de pruebas: consideraciones que no pueden ser bien apreciadas cuando no se han estudiado anteriormente los diversos medios de pruebas judiciales.

NOCIONES GENERALES SOBRE EL CURSO DE LA PRUEBA.

SUMARIO.

35. Indicación de las cuatro materias que son objeto de estas nociones generales.

35. Hállanse dos personas en contienda relativamente á un punto. Pregúntase primeramente ¿cuál de las dos debe probar la verdad de su pretension? La cuestion no carece de interés. Es mucho mas cómodo combatir las alegaciones del adversario que tener que justificar las propias. ¿Quién debe probar? Hé aquí la primera cuestion que tenemos que examinar.

Pero ¿qué debe hacer el juez á falta de prueba suficiente por parte del que tiene la carga de probar? Esta es otra segunda cuestion que se refiere íntimamente á la primera.

Por último, ¿qué se puede probar? No

de matronas y fama pública. Dice además que "acostumbraron antiguamente y aun usanlo hoy día, otra manera de prueba, así como por lid de caballeros ó de peones que se fase en razon de ripto ó de otra manera," mas declara que no es "prueba derecha" porque en semejantes desafíos muchas veces pierde la verdad y vence la mentira y porque el que se aventura á esta prueba "semeja que quiere tratar á Dios nuestro señor." Sin embargo de esto el Código de las partidas reglamentó minuciosamente los desafíos y estuvieron en uso como medios de prueba en España hasta que fueron espresamente prohibidos por el conde de Leon en 1288.

El art. 594 del Código de Procedimientos del Distrito Federal, dice: La ley reconoce como medios de prueba: 1 La confesion ya sea ya judicial ya sea extrajudicial: 2 Instrumentos públicos y solemnes: 3 Documentos privados: 4 Juicio de peritos: 5 Reconocimiento judicial: 6 Testigos: 7 fama pública: 8 Presunciones. [N. de los EE.]

hay ciertos hechos cuyo conocimiento oficial no quiere la ley que se adquiriera por las vías judiciales? Tal será el tercer objeto de nuestro exámen.

En último lugar nos preguntaremos: ¿qué diferencia presenta la aplicacion de las nociones generales sobre la prueba, segun que se trate de materias civiles ó de materias criminales?

I.

¿QUIEN DEBE PROBAR? [1]

SUMARIO.

36. Desarrollo del principio que obliga al demandante á justificar su demanda, y al demandado á justificar su defensa.

37. Temperamento que se aplica á este principio en materia criminal.

38. Excepcion propuesta en el caso de que el demandante articule un hecho negativo.

36. Es un principio de razon y de seguridad social á un tiempo mismo, que el que quiera innovar debe demostrar que es fundada su pretension. Este principio ha sido siempre admitido en materia personal. Si me considero acreedor, es absolutamente preciso que demuestre la obligacion de mi pretendido deudor, ó de lo contrario no puedo obligarle al pago. En material rea, vemos que el derecho romano primitivo, en el procedimiento de las acciones de la ley, colocaba á las dos par-

(1) La ley 1 tit. 14 part. 3 dice que la prueba "naturalmente pertenece al demandante cuando la otra parte le negare la demanda ó la cosa ó el fecho sobre que le hace la pregunta"... "Otrosí las cosas que son negadas en juicio non las deben nin las pueden probar aquellos que las niegan". Esta ley indica que hay algunas escepciones á la regla general, cuyas escepciones son las siguientes que contienen las leyes del tit. cit. Primero, cuando alguno dice que su contrario no puede ser abogado, testigo ó juez por prohibírselo la ley y el derecho. Segundo, cuando uno alega contra el que presenta un testamento para pedir la herencia, que es nulo ese instrumento por hallarse mentalmente incapacitado el que lo otorgó al tiempo del otorgamiento. Tercero, cuando la mujer niega que el dinero y efectos hallados en su poder despues de la muerte del marido pertenezcan á la herencia de este.

El Código de Procedimientos del Distrito Federal dice en sus arts. 572, 573, 574 y 760. El que afirma está obligado á probar. En consecuencia, el actor debe probar su accion y el reo sus escepciones. El que niega no está obligado á probar sino en el caso de que su negacion envuelva afirmacion expresa del fecho. Tambien está obligado á probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce la presuncion legal que tiene á su favor el colitigante. El que tiene á su favor una presuncion legal, solo está obligado á probar el fecho en que se funda la presuncion [N. de los EE.]

tes en una misma línea (1). Pero mas tarde, el derecho pretorio estableció igualmente una presuncion en favor del poseedor, presuncion que ha llegado hasta nosotros. (2)

Esprésase estas dos verdades por medio de una fórmula mas general, cuando se dice, que la prueba incumbe al demandante, puesto que el no poseedor y el pretendido acreedor hacen forzosamente el papel de demandantes. Pero cuando una vez hecha la prueba de la demanda, alega la otra parte á su vez, bien una defensa propiamente dicha, tal como el pago, bien una escepcion, como el término legal de tres meses, y cuarenta dias para hacer inventario (3) y deliberar, esta parte es la que debe justificar el fecho en que se apoya: *Reus in exceptione actor est* (Ulp. l. 1, D. de probat.) Si el demandante primitivo replica á su vez, á él le incumbirá probar que es fundada su réplica, y así sucesivamente hasta lo infinito. En una palabra, el que alega un fecho nuevo contrario á la posicion que adquirió su adversario, debe probar la verdad de este fecho (4).

[1] El magistrado atribuía la posesion provisional á uno de los litigantes [Gayo, Inst. Com. IV, § 15.]

[2] Mas, aquel que probó que fué tenedor en algun tiempo de la cosa sobre que es la contienda, dice aun ó otorga que hoy en día es tenedor de ella, sin falla debemos sospechar que lo sea, fasta que el otro que el refierta la tenencia pruebe el contrario l. 10 tit. 14 P. 3. La posesion dá al que la tiene, presuncion de propietario para todos los efectos legales del Código Civil del Distrito Federal art. 925. [N. de los EE.]

[3] Con arreglo á la legislación española el inventario ha de comenarse dentro de los treinta dias contados desde que los herederos sepan que lo son, y concluirse dentro de tres meses, estando en el mismo pueblo todos los bienes hereditarios, y dentro de un año, si están en diferentes pueblos. Para el beneficio de deliberar, puede conceder al heredero el juez de el lugar donde estén los bienes hereditarios el término de nueve meses, que puede acortar hasta cien dias si lo creyese suficiente. El rey puede concederle el tiempo de un año. V. la ley 5. tit. 6. Part. 6, y 1 y 2, tit. 6, Part. 6.

El Código Civil del Distrito Federal señala al heredero ó albacea el término de ocho dias contados desde que supieron su nombramiento, para comenar el inventario; y para concluirlo el término de noventa dias, prorrogable por el juez hasta por nueve meses si los bienes se hallan repartidos ó ubicados á grandes distancias ó cuando los negocios sean de tal naturaleza que no basten los noventa dias. arts. 3970, 3971 y 3983. [N. de los EE.]

[4] La esposicion de estas reglas tan elementales, tan incontestables, basta para hacer tocar el poco fundamento de la esplicacion adoptada por sólidos entendimientos, en cuanto á la dificultad que se eleva sobre el famoso *onus probandi* del título de *actionibus*, §. 2 de