

hecho sea igualmente susceptible de una prueba directa. Esto acontecerá si aquella consiste en la alegación de otro hecho positivo, cuya existencia no sea compatible con la del hecho alegado desde luego, por ejemplo, si un acusado invoca una coartada. Entonces se recae en la negativa generadora de los doctores, y desaparece la dificultad. Si no existen en favor de la negativa argumentos de naturaleza tan decisiva, entonces es menos fácil de probar que la afirmativa. Pero ¿en qué consiste esto? No consiste, como se imagina ordinariamente, en que haya imposibilidad de probar una proposición negativa, puesto que acabamos de ver, que esta prueba es sumamente practicable en infinidad de circunstancias. Consiste en que aquí la negativa es indefinida. Circunscríbasela, opóngase á los testigos que declaran haber visto cometer el crimen, otros testigos que, estando presentes en el mismo lugar y en la misma hora, depongan no haber visto nada, y tendrá la segunda tanto peso como la primera. Pero esto ocurre varias veces; el que niega se vé con sobrada frecuencia obligado á recurrir á inducciones, y entonces su posición es menos favorable, no porque niegue, sino porque apoya su prueba negativa en hechos mas ó menos vagos. "Si negativa indefinita probari non potest" dice Coceyo (1), "id non inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita potest." Así, pues, si afirmo en general que uno ha sido sobornado ó que ha malversado caudales, sin poder precisar en qué ni como, será esta una proposición afirmativa que no será susceptible de prueba. ¿Y por qué? Porque es indefinida.

Vamos mas lejos: tratemos de penetrar en el fondo de las cosas. Toda proposición alegada está desnuda de pruebas ó apoyada en estas. En el primer caso, es evi-

[1] Coceyo publicó en 1693 su disertación de *directa probatione negativa*. Esta doctrina, cuya historia presenta M. Gennari [Teoria della Prova, prelim. §. 7.] de una manera interesante, ha sido sostenida en primer lugar por Bartolo contra Imerio, y en nuestros días la ha hecho prevalecer en Alemania la obra clásica de Weber, sobre la obligación de suministrar la prueba, publicada en 1804.

dente que la afirmación ó la negación no tienen otro valor que la autoridad personal del que la enuncia. En el segundo caso, ya se afirme ó se niegue, puesto que se invocan argumentos no se alegan hechos mas ó menos precisos que se trata de demostrar. Así, el acusado que defiende su inculpabilidad, no puede apoyar su denegación sino en los hechos justificativos que afirma. Toda negación sería implica afirmación. "Certe si diligenter attendas," dice la glosa, "non est aliqua negativa, que tãcitam non habeat affirmativam." Si la proposición negativa del acusado no se apoya algunas veces sino en débiles inducciones (*probat per obliquum negativa*) ¿no sucede con sobrada frecuencia lo mismo respecto de la proposición afirmativa del acusador? Los hechos alegados, tanto por la una como por la otra parte, pueden ser ó no enteramente precisos, ó enteramente inapreciables ó de tal naturaleza que presenten una de las diferencias ó matices que separan estos dos extremos. Pero no debemos pensar que sean inapreciables por el mero hecho de servir de apoyo á una proposición negativa. ¿Qué cosa mas precisa que una coartada? ¿Qué mas vago que una acusación fundada únicamente en los malos antecedentes del acusado? Pero, se dirá, hay negaciones que por su naturaleza se resisten enteramente á la prueba, tales como estas: Jamás volví á encontrar á Ticio. Esta excepción aparente entra en la regla general, que vé en toda negativa una afirmación virtual. Para probar que jamás he encontrado á Ticio, sería necesario que tuviera testigos que no me hubiesen perdido de vista en toda mi vida, y que dieran cuenta de todos mis pasos; prueba positiva pero moralmente imposible. Aquí la negativa se analiza en un número infinito de proposiciones afirmativas, así como la línea curva se descompone en líneas rectas. Los hechos tomados aisladamente, no tienen nada de positivo, consistiendo la dificultad en su multiplicidad. Pues bien, viniendo la misma imposibilidad moral, de la natu-

raleza compleja de una proposición simple en apariencia, puede encontrarse en una proposición afirmativa, tal como ésta: siempre he llevado en el dedo tal anillo.

42. En resumen, toda prueba de una negativa, si ha de merecer el nombre de prueba, supone la afirmación de ciertos hechos. O estos hechos son precisos, directamente opuestos á los que puede invocar el adversario; lo cual sucede siempre en las negativas de derecho ó de cualidad, y entonces la negativa es generadora y conduce á una afirmación palpable y positiva, ó bien lo que sucede con frecuencia en la negativa de hecho, los hechos invocados en apoyo de la negativa, son indefinidos; y entonces aunque es cierto que la prueba será difícil, y algunas veces moralmente imposible; lo mismo acontecerá respecto de una proposición afirmativa compuesta de los mismos elementos: *non quia negativa, sed quia indefinita*.

SEGUNDO PUNTO.

LA CARGA DE LA PRUEBA INCUMBE EN TODOS LOS CASOS AL QUE AFIRMA?

SUMARIO.

43. Razones alegadas en apoyo de esta proposición.
44. Examen de la cuestión bajo el punto de vista lógico.
45. Discusión de los textos invocados.
46. De la prueba en la excepción *non numerata pecunia*.
47. Dificultad especial en las acciones negativas.
48. Temperamentos prácticos en la aplicación de nuestra doctrina.
49. Resumen.

43. El sistema que quiere sustituir á la máxima que la prueba incumbe al demandante, la de que la prueba incumbe en todos los casos al que afirma y nunca al que niega, puede apoyarse en ciertos textos del derecho romano. (1) Probemos á apreciar

[1] Ya hemos visto que el Código de Procedimientos del Distrito Federal establece la proposición absoluta; el que afirma está obligado á probar, de modo que las luminosas doctrinas del autor en este y los siguientes números, son la exposición del principio asentado. [N. de os EE].

la trascendencia de los argumentos que toca á estos dos órdenes de ideas.

44. En primer lugar se coloca en el terreno de la lógica, y dice: la prueba de un hecho negativo es casi imposible de practicar; la de una proposición afirmativa es muy fácil. La justicia debe elegir el camino que la conduce con seguridad al objeto, mas bien que la que guía á un callejón sin salida. Es tambien tan conforme á la razón, como á la utilidad práctica de siempre, imponer la prueba al que afirma mas bien que al que niega. Ya hemos destruido la base de esta argumentación, estableciendo que la prueba de una negativa es sumamente practicable. Pero vayamos mas lejos: supongamos que no ocurra lo que creemos haber demostrado hasta la evidencia, que toda negativa sería, se resuelve en afirmativa y recae por esto mismo, en el dominio de la prueba; admitamos por un instante que no se pueda probar sino una proposición afirmativa en la forma: ¿ganará por esto el pleito el sistema opuesto? La máxima de que ninguno está abligado á lo imposible es perfectamente aplicable, cuando se trata de una obligación legal que soportamos sin que tenga la menor parte nuestra voluntad. Pero no debe perderse de vista la regla fundamental de esta materia, establecida por el art. 1315 del Código Napoleon. El que reclama alguna cosa en juicio, quiere innovar puesto que ataca, ó bien la posesión positiva de su adversario, si se trata de un derecho real, ó bien en materia personal, esa especie de posesión de su libertad en que se halla colocado todo hombre, cuya dependencia con respecto á otro no está probada. El es, pues, quien debe justificar su aserción, puesto que nada se presume sino las presunciones establecidas por la ley. ¿En qué se apoya, pues, para rechazar la carga de la prueba sobre el adversario? En qué le es imposible probar lo que sostiene. Pero, entonces, ¿por qué viene á ocupar á la justicia con su reclamación? ¿cómo reconoce en principio que él es quien debe probar su

derecho, y porque no sabe conseguirlo, quiere imponer el papel activo en el procedimiento, á la otra parte que solo reclama que se mantenga el *statu quo*? Por esta cuenta, las proposiciones mas insostenibles, serian las mas cómodas de alegar, puesto que la misma imposibilidad de probarlas, pondria la prueba del contrario á cargo del demandado. Precisa es verdaderamente toda la fuerza de las tradiciones y de la rutina, para que se pueda concebir que semejantes argumentos hayan hecho impresion alguna en los espíritus serios.

45. Insostenible á los ojos de la razon, el sistema que dispensa al demandante de probar una negativa; ¿es al menos fundado para invocar la autoridad de los juriscultos romanos? Este sistema, se dice, lo formuló Paulo en la ley 2, D. *de probat; Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Pero, en primer lugar, las pretendidas reglas de derecho sentadas por Triboniano, no son frecuentemente mas que observaciones aisladas de algunos juriscultos, á las cuales se atribuye una trascendencia exagerada, separándolas de lo que precede y de lo que sigue. Y aun, tomando el texto de Paulo en sentido general, no significa necesariamente, que el demandante no está obligado á probar sino en cuanto enuncia una proposicion afirmativa; sino que puede querer decir simplemente que la prueba incumbe al que emite una proposicion, y no al que se contenta con negarla; lo cual entraria en la regla general que impone la carga de la prueba á todo el que, bien sea en la demanda, bien sea en la defensa, alega un hecho nuevo. Y esta interpretacion es tanto mas fundada, cuanto que tal es el sentido manifiesto de otro texto que se invoca á contrario sensu por la opinion vulgar. ¿Quién no ha oido repetir este adagio: *Factum negantis probatio nulla est*, como espresion de la imposibilidad de probar una negativa? Pues bien: este adagio se vuelve á encontrar, en efecto, en el *Corpus juris*, pero en otro sentido enteramente distinto que el que se le presta comunmente. Un res-

cripto de Diocleciano y de Maximiano, que forma la ley 23 en el Código, *De probationibus*, se halla concebido en estos términos: "Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit." ¿Se trata aquí de un hecho negativo, cuya prueba rechazará el demandante sobre la parte contraria? Nada menos que eso. El rescripto tiene por objeto, al contrario, proteger al demandado contra las pretensiones de un demandante, que desesperando de hacer prueba, quisiera imponer esta obligacion al adversario; ¿y cuál es el motivo de esta decision? Es que el que se limita á negar las alegaciones producidas contra él, no tiene nada que probar. Los Emperadores deciden pues, que el demandante debe producir la prueba por difícil que sea. Así; bien lejos de adoptar el sistema que autoriza el cambio de papeles, autorizan del modo mas formal el principio que obliga al demandante á justificar su derecho. *Factum negantis probatio nulla est*, significa evidentemente aquí, que no tiene obligacion de probar el que se encierra en una negacion. ¿Cuándo es, pues, permitido encerrarse en una simple denegacion? Cuando se está á la defensiva, es decir, cuando es uno el demandado, bien se trate de una demanda, bien de una excepcion. Esto es probablemente tambien cuanto quiso decir el texto de Paulo: *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*.

A la misma consecuencia se llega, cuando se investiga la trascendencia de esta regla del derecho comun inglés (*common law*), sobre que la obligacion de probar incumbe siempre á la parte que sostiene la afirmativa. M. Greenleaf, al reproducir esta regla (t. I, pág. 99) reconoce, que no se refiere en manera alguna á la imposibilidad que hubiera de probar una negativa, y admite que el verdadero criterio consiste en investigar contra cuál de las partes, á falta de toda prueba, deberá dictarse la providencia, cargando á esta parte

con la carga de la prueba (1). Lo cual es decir en otros términos: *Onus probandi incumbit actori*.

46. Es verdad que habia un caso en Roma en el cual el que tenia que probar una negativa, estaba autorizado para rechazar la prueba sobre el adversario. Este caso era aquel en que el demandado en virtud de un escrito ó de una estipulacion de que nacia directamente la obligacion de pagar cierta suma, invocaba la excepcion *non numeratæ pecuniæ*. Aunque por esta excepcion, el demandado se constituia en demandante, tenia el derecho de exigir del presunto acreedor la prueba de que se habia numerado el dinero. Pero esta es una decision enteramente especial y escepcional, que se refiere á dos causas; en primer lugar, á la frecuencia de esta clase de fraude en Roma, frecuencia atestiguada por el gran número de textos que lo mencionan; en segundo lugar, á la propension de la jurisprudencia romana á separarse de las formas rigurosas de la estipulacion y de la abligacion literal. (V. Esplicacion histórica de las Instituciones de Justiniano, por M. Ortolan, en el título *de litterarum obligatione*). Estos dos motivos son enteramente inaplicables en el dia. Así es, que esta doctrina fué desde hace largo tiempo desechada en Francia. "No tiene lugar la excepcion de dinero no contado, dice Lorient (*Inst. cost. lib. V, tit. II, §. 6.*) Por lo demás, este caso era el único en que se trastornaron en Roma los principios de la prueba. La regla que la pone en todo caso á cargo del demandante, se halla formulada claramente por Africano, en la ley 15, D. *de op. nov. nuntiat*. Despues de haber supuesto que la parte contra quien se dirige la accion rehusa defenderse, ya en una accion confesoria, ya en una negatoria, dice el jurisculto, sin hacer distincion alguna. "Hactenus is qui rem non defenderet, primetur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes

[1] Consider which party would be entitled to the verdict, if no evidence were offered on either side; for the burden of proof lies on the party against whom, in such case, the verdict ought to be given [Ibid. not. 3.]

sustinere." Así pues, ya se trate de una afirmacion ó de una negacion, se obliga á la parte que no quiere defenderse, á ser demandante, es decir, á probar. El demandante es pues, quien debe hacer la prueba, aun en caso de una accion negatoria (1). Este sistema ha sido autorizado por una sentencia de casacion del 16 de Octubre de 1848, como veremos al hablar de los documentos privados, en lo concerniente á la prueba de la causa no enunciada en un billete.

47. Sin embargo, se presenta, respecto á las acciones negatorias, una dificultad especial que no debemos omitir. Independientemente de lo relativo á la prueba de la negativa, se invoca el principio de toda heredad se presume libre hasta que se pruebe lo contrario. En su consecuencia, se dice, el que reclama un usufructo ó una servidumbre, reivindica un derecho enteramente escepcional, y debe probar su existencia. En vano habrá triunfado el demandado en la via posesoria (2) porque esto no es mas que una cuasi posesion que no puede ejercer influencia sobre la prueba. *Quasi possessio*, dice Dumoulin (Comen. sobre la cost. de París §, 3, glos. 6, núm. 4), *non relevat ab onere provandi in servitute reali*. Si la posesion anual dice, el tribunal de Limoges en una sentencia del 28 de Julio de 1842, "cuando se trata de la propiedad de una finca, procura al que la hace declarar, no solamente la ventaja de continuar en su goce durante la instancia en lo petitorio, sino tambien la de obligar á su adversario, que pretende la propiedad, á producir un título ó justificar una posesion de treinta años, no puede suceder lo mismo cuando se trata de servidumbres, en cuanto á la obligacion de producir la prueba;

[1] Atendiendo, dice la sentencia de 21 de Noviembre de 1826, citada mas arriba, á que la misma imposibilidad de probar no desnaturaliza las cualidades de las partes, y no hace que caiga en el demandado la obligacion de una prueba que, formando la base de la demanda, es esencialmente del cargo del demandante: "Frustra veremini, ne ab eo, quilibet pulsatus probatio exigatur." [L. 8, Cod. de probat.]

[2] Segun la jurisprudencia del tribunal de casacion, conforme con la doctrina de Pothier [possession, n. 90] aun cuando la servidumbre no sea continua y aparente, si se funda en un título que evite la presuncion de que es precaria, dá lugar al ejercicio de la accion posesoria.

pues en efecto, es un principio, que todas las tierras son libres hasta que se pruebe lo contrario, y esta presuncion legal dejaria de existir, si el propietario de la heredad sobre que se trata de imponer servidumbre, estuviera obligado á probar que no existe esta. (V. tambien la sentencia del tribunal de Grenoble de 14 de Julio de 1832 y de Agen, de 30 de Noviembre de 1852.

No hay duda que se presume libre toda heredad; pero esto no es presuncion *juris et de jure*, es una simple presuncion de hecho, que admite perfectamente la prueba contraria. Bajo este concepto, se puede oponer ventajosamente la sentencia del tribunal de Limoges que se ha pronunciado dos veces (el 15 de Febrero de 1837 y el 20 de Noviembre de 1843) en un sentido opuesto á su decision de 1842, adoptando los motivos de un fallo del tribunal de San Trieix, el cual dice, "que no debe distinguirse donde la ley no distingue; que el que tiene en su favor una presuncion legal, se considera propietario hasta que se pruebe lo contrario; que la ley no distingue entre el poseedor de una servidumbre y el poseedor de una heredad; que la presuncion de libertad debe ceder ante una presuncion mas fuerte, la de propiedad que resulta de la posesion con todos los caracteres que exige la ley; que en efecto, hay ya una gran presuncion de que existe la propiedad, cuando se ha adquirido ya certeza de que se ha gozado de ella durante un año, sin turbacion alguna, pacífica y públicamente.

Es tradicion que remonta el derecho romano, la distincion de la posesion en materia de propiedad y de la cuasi posesion en materia de servidumbre. Pero esta distincion no ha tenido jamás la trascendencia que la han prestado ciertos intérpretes modernos. Desde que ha sido admitida la *quasi possessio*, se le ha atribuido los mismos efectos que la posesion. *Si quaeritur*, dice Ulpiano (l. 8, §. 3, *Si serv. vind.*) á propósito de la carga de la prueba con relacion á la servidumbre, *igni im-*

mittendi, quis possessoris, quis, petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt eum qui sibi servitulem debere ait; si veronon sunt immissa, eum qui negat. Asimismo Pothier (Posesion, n. 38), asimila la cuasi posesion á la posesion propiamente dicha; y lo que sienta Dumoulin sobre la carga de la prueba, relativamente á la *quasi possessio*, se refiere á las materias feudales, y á cosas en que, por otra parte, el señor no hubiera sido admitido al juicio posesorio (1), lo cual es contrario á la hipótesis que discutimos. Dunod, que trata de esta cuestion bajo el aspecto del derecho comun, se espresa del modo siguiente:

"Presumiéndose de derecho la libertad, y teniendo á su favor esta presuncion el que obra por accion negatoria, no debe estar encargado de prueba alguna; pues incumbe á la parte que pretende la servidumbre probar que se ha constituido ó se ha prescrito: á menos que se reconozca á esta hallarse en posesion, porque su posesion destruiria la presuncion de la libertad."

48. Resta examinar cómo puedo yo probar que no existe servidumbre sobre el fundo que poseo, puesto que esto es una negacion indefinida que se resiste á la demostracion. En casos semejantes, se ha adoptado un temperamento por los partidarios de la doctrina que sostenemos aquí: temperamento que consiste en obligar al demandado, no á probar su derecho, si no á alegar el título á que se refiere, por ejemplo, una donacion, un testamento (2).

Entonces se hallará colocada la cuestion en un terreno positivo y será posible al demandante probar que no existe dicho título. Si no lo consigue, se le negará su pretension: si por el contrario, logra probarlo, estará la presuncion en su favor y corresponderá al demandado que ha sucumbido ya una vez, justificar, si puede, la existencia de otro título. Este tempe-

[1] *Etiam in simplici possessorio non sufficeret patrono sola quasi possessio, nisi esset immemorialis.* Com. sobre la costumbre de Paris, loc. cit.

[2] En Roma se seguía una marcha análoga en el *interrogatio in jure*. [V. en el digesto, el título *De in terrogationibus in jure faciendis*.]

ramento no es solamente cuestion de práctica; sino que se halla perfectamente conforme con los principios que hemos sentado en la primera parte de este artículo, en que hemos reconocido, que cuando no puede probarse una proposicion negativa, consiste en que es indefinida, de suerte que si se la hace definida, concentrándola en un punto, nada mas fácil que salir del embarazo respecto de su prueba (1).

Otro temperamento admitido en la práctica inglesa (M. Greenleaf, tomo 1º, págs. 105.—106), consiste en mostrarse menos riguroso para la prueba, con respecto al que se vé en el caso de probar una negativa; entonces basta que se funde su alegacion en una presuncion razonable, á falta de todo testimonio. Así, cuando se trata en virtud de la ley del 3 de Mayo de 1844, que prohíbe (art. 13) cazar en tierras de otro, *sin su consentimiento*, no necesita demostrarse la falta de consentimiento de un modo preciso, sino que basta probarlo valiéndose de las circunstancias del caso.

49. En resumen, para reducir la cuestion á su mas sencilla expresion, valiéndonos de las formas de la lógica, la opinion que hemos tratado de combatir, puede reducirse á este silogismo. No es susceptible de prueba una proposicion negativa; es así que el que alega una proposicion que no es susceptible de prueba, puede echar la prueba sobre su adversario; luego el que alega una proposicion negativa puede echar la prueba sobre su adversario. Y hemos consignado que toda negativa sería susceptible de demostracion, lo cual destruye la mayor de este silogismo. La menor está en oposicion con los principios mas constantes sobre las reglas de un buen procedimiento, puesto que dicha menor se apoya falsamente en el derecho romano que la rechaza en los casos ordinarios y no la autoriza en caso particular, sino bajo la influencia de ideas que no tienen curso en el dia. Así, pues, hay que llegar

[1] Atendiendo, dice dicha sentencia de 1826, á que la prueba negativa se considera afirmativa siempre que revestida y circunscrita por hechos positivos de tiempo ó de lugar, resulte ella misma perfecta y completa de la sola prueba de estos hechos.

forzosamente á la conclusion, de que entre nosotros incumbe siempre la prueba al demandante, y que puede hacerla, aun cuando se trate de un hecho negativo; lo cual conseguirá mucho mas fácilmente, si se admite esta prudente restriccion, que para hacerla negativa definida, es permitido obligar á la parte contraria á precisar sus pretensiones.

III.
¿QUE DEBE DECIDIRSE A FALTA DE PRUEBAS SUFICIENTES?

SUMARIO.

50. Manera como se relaciona esta cuestion con la precedente.
51. Justificacion del principio que decide sin duda alguna en favor del demandado.
52. Violacion de este principio en lo criminal, por medio de la institucion de la *pena extraordinaria*.
53. Conforme á este mismo espíritu, variaciones de la antigua absolucion [*acquittement*] ó término medio entre la absolucion [*acquittement*] y la condena.
54. Salida por la galería.
55. Simple apertura de las prisiones.
56. Sobreseimiento.
57. A mas amplio informe.
58. No debe confundirse la providencia de no há lugar con la absolucion [*acquittement*].
59. Diferencia entre lo civil y lo criminal en esta materia.

50. Ya hemos dicho que esta cuestion se refiere íntimamente á la precedente. De la solucion de esta cuestion depende en efecto en gran parte el interés de las dificultades relativas á la parte que corresponde á cada litigante respecto de la prueba en el procedimiento; porque no debemos imaginarnos, que porque tenga contra sí una parte la carga de la prueba, pueda la otra atrincherarse impunemente en un silencio sistemático. Siempre se procederá indebidamente negándose á ilustrar á la justicia, y además, raras veces dejará de haber peligro en abstenerse de responder á las alegaciones del adversario. Pero la importancia de la atribucion de la parte que á cada litigante corresponde respecto de la prueba en el procedimiento, consiste sobre todo en que la insuficiencia de la