

tambien el traslado antiguo sacado por cualquier escribano, aun sin decreto del juez ni citacion de parte, se considera digno de fé cuando en virtud y á consecuencia de él se dió posesion del derecho pretendido al que lo presenta, ó á su causante, bastando el trascurso de treinta años. (V. Escriche, Diccionario.)

Mas la nueva ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, previene, en su art. 31, que solo el notario á cuyo cargo esté legalmente el protocolo podrá dar copias de él; en el art. 18, que no podrán espedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citacion de los interesados, ó del promotor fiscal, cuando se ignoren éstos ó estén ausentes del pueblo en que esté la notaría, y que será innecesaria la citacion en los actos unilaterales, y aun en los demás, cuando pidan la copia todos los interesados; y por último, en el art. 30 se declara, que las escrituras autorizadas por notario hacen fé en la provincia en que resida, y en las demás, debidamente legalizadas.

Además, para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio, deben observarse las reglas que prescribe la nueva ley de Enjuiciamiento en su artículo 281, y que hemos espuesto en la adición inserta á continuacion del núm. 502, entre las que se prescribe, que los que se hayan traído al pleito sin citacion, sean cotejados con sus originales, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento espreso; habiéndose declarado sobre este particular por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencias de casacion de 21 de Mayo de 1860 y de 26 de Febrero de 1867, que si bien la eficacia de los documentos públicos y solemnes presentados en juicio sin citacion, depende del cotejo con sus originales, este precepto de la ley supone racionalmente la existencia ó conservacion de los mismos; porque en el caso de haberse perdido ó destruido los protocolos, es doctrina legal admitida por la jurisprudencia, que debe darse valor y plena fé á la primera copia de un documento público sacada del original por el escribano que lo autorizó, cuando no se prueba la falsedad ni otro defecto que la falta de comprobacion ó cotejo.

Tambien se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1860, que un documento puede ser auténtico y tener por consiguiente bastante fuerza probatoria, y no considerarse suficiente para probar un hecho concreto y determinado.

En el proyecto de Código civil de 1851, se previene, que las copias en debida forma sacadas de la matriz, hacen plena fé; pero puede exigirse siempre su comprobacion con la matriz. Si resultare alguna variante entre ésta y la copia, se estará á lo que contenga la matriz: art. 1215. Cuando la matriz no existe, hacen fé: 1º Las primeras copias sacadas de la matriz por el escribano que la autorizó. 2º Las copias ulteriores, sacadas por mandato judicial, con citacion de las partes. 3º Las copias ulteriores, sacadas en presencia de las partes y con su mútuo consentimiento y conformidad. A falta de las copias mencionadas, hacen fé las segundas ó ulteriores copias que tengan la antigüedad de treinta ó mas años, si han sido sacadas de la matriz por el escribano que autorizó ésta, ó por otro escribano que haya sucedido en su oficio, ó sea depositario de la matriz. Si son menos antiguas, ó el escribano que las ha sacado no reúne alguna de dichas circunstancias, no pueden servir sino de principios de prueba por escrito. Las copias de copias servirán de principio de prueba por escrito, ó únicamente de meros indicios, segun las circunstancias: art. 1216.

“La inscripcion de un instrumento público en el oficio de hipotecas, ó en otro registro oficial, servirá á falta de matriz y de toda copia fehaciente, de principio de prueba por escrito, y aun para eso será necesario: 1º Que conste la pérdida de todas las minutas del mismo escribano, correspondientes al año en que aparece otorgado aquel instrumento, ó que en otro caso, se pruebe la pérdida de la matriz de este instrumento por accidente especial. 2º Que se conserve en debida forma el índice ó repertorio del mismo escribano, correspondiente al año en que aparece otorgado aquel instrumento, ó que en otro caso, se pruebe la pérdida de la matriz de este instrumento por accidente especial. 3º Que se conserve en debida forma el índice ó repertorio del escribano, y conste en él, que el instrumento fué otorgado en la fecha del que se presenta registrado, ó que en su defecto conste esto mismo en los repertorios ó índices existentes en los archivos públicos. Cuando por concurrir estas circunstancias sea admisible la prueba testimonial, deberán ser examinados indispensablemente los testigos instrumentales que existan: art. 1217.—(N. de C.)

PARTE TERCERA.

PRESUNCIONES.

SUMARIO.

807. Distincion de las pruebas propiamente dichas y de las presunciones.

808. Inducciones que se confunden con la evidencia.

809. Comparacion de las presunciones y del testimonio directo.

810. Presunciones legales.

811. Division.

812. Punto de procedimiento especial para las presunciones.

807. Ya hemos agotado lo concerniente á las pruebas propiamente dichas, es decir, á las que se apoyan en el testimonio del hombre. Llegamos á las presunciones, esto es, á las pruebas que se fundan simplemente en la relacion que puede existir entre ciertos hechos consignados en la instrucion ó procedimiento, y otros hechos que se trata de acreditar; pruebas que Bentham llama *circunstanciales*. Aquí obra por sí sola la inteligencia del juez; ella es la que sin el auxilio de testimonio alguno *saca la consecuencia del hecho conocido al hecho desconocido* (C. Nap., art. 1349). La induccion es siempre, en el fondo, el procedimiento empleado, segun hemos reconocido (núm. 29), en las pruebas propiamente dichas, lo mismo que en las presunciones. Pero ya hemos hecho notar, que teniendo precisamente por objeto el testimonio acreditar los hechos litigiosos, la induccion que conduce del testimonio á la verdad de estos hechos es tan rápida que pasa desapercibida. Debe, pues, examinarse con cuidado el testimonio mismo, para asegurarse de que no hay en él nada sospechoso; pero una vez admitido el testimonio, la operacion intelectual que conduce del testimonio al hecho, es en cierto modo instantánea; así Pothier (Oblig., núm. 840), colocándose en el punto de vista práctico, considera un finiquito ó una declaracion de testigos, como haciendo fé directamente del pago. “Nuestro procedimiento intelectual es tan rápido,” dice M. Wills en su notable tratado sobre este punto (*Circunstancial evidence*, cap. 2, sec. 1), “que es muchas veces difi-

cil y aun imposible percibir el lazo que une el juicio al raciocinio de que es el resultado; pues ambos parecen sucederse instantáneamente por una especie de necesidad, como sigue el trueno al relámpago.” No sucede lo mismo en las presunciones. Entonces no solo debe acreditarse claramente ante todo la existencia del hecho en que se apoya la induccion sino que esta misma induccion no se apoya mas que en una probabilidad, cuya fuerza puede variar hasta lo infinito. El lazo que une al hecho conocido con el hecho desconocido, es puramente conjetural, y es conveniente acreditar con cuidado la exactitud, á veces mas sólida que aparente, del raciocinio que conduce del uno al otro (núms. 16 y 29). Así, se ha llamado á la prueba que se funda en presunciones *artificial*, no porque sea puramente arbitraria, sino porque es siempre mas ó menos obra de la razon del hombre.

808. No consideramos, sin embargo, como presunciones las inducciones que se fundan en leyes constantes de la naturaleza. Así, no se permitiría á una mujer que hubiera quedado embarazada durante la ausencia de su marido, sostener, para defenderse de la acusacion de adulterio que su embarazo ha sido espontáneo; porque no se admiten en la práctica judicial los hechos milagrosos. Inducciones tan concluyentes tienen mas fuerza que el testimonio mismo, y se confunden en la práctica con la evidencia inmediata. La presuncion supone que hay duda, que no es cierta la relacion de ciertos efectos á ciertas causas, sino mas ó menos probable. Por eso Quintiliano distingue (Instit. orat. lib. V, cap. IX), lo que llama *signa* en dos clases: “Alia sunt quæ necessaria sunt, quæ Græci vocant, alia non necessaria, quæ. Priora illa sunt quæ aliter habere se non possunt, quæ mihi vix pertinere ad præcepta artis videntur. Nam ubi est signum insolubile, né ibi lis quidem est. . . . Alia sunt signa non necessaria, quæ etiamsi ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen adjuncta cæteris plurimum valent.”

Las inducciones de esta última especie, designadas habitualmente con el nombre de *indicios*, que les daba ya Quintiliano, son las únicas de que tengamos que ocuparnos. Esta distinción es importante en Inglaterra, porque en este país, corresponde á la magistratura, y no al jurado (1), determinar sobre las presunciones que se confunden con la evidencia (Blaxland, *Cód. rer. angl.* pág. 500.)

809. ¿Merecen las presunciones más fé que los testimonios directos? Puede pensarse en darles la preferencia, si se atiende al peligro de la corrupción de los testigos, de la alteración de los escritos; de donde el axioma de la jurisprudencia inglesa, que los hechos no mienten (*facts cannot lie*). Pero, si el testimonio mudo que se funda en los indicios no puede ser sospechoso de falacia, como el testimonio del hombre, puede, no obstante, ser algunas veces obra del dolo; no deja de haber ejemplos de que una pérdida convincente haya preparado anticipadamente ciertos signos para hacer creer en la existencia de un delito supuesto. Mas aun; aun cuando los indicios en que se funda la presunción están al abrigo de toda sospecha de falsedad, la relación que pueda existir entre estos indicios y la realidad de un hecho litigioso es muchas veces equívoca, mientras que una vez establecida la sinceridad del testimonio; resalta de ella con evidencia la verdad del hecho. Por lo demás, es difícil sentar sobre este punto reglas generales, puesto que la fé del testimonio varía hasta lo infinito, según las circunstancias, dándoles su reunión frecuentemente una fuerza de que carecerían enteramente si estuvieran aisladas.

810. La cuestión sobre hasta qué punto hace verosímil tal elemento conocido la existencia de tal ó tal causa desconocida, subordinada por su naturaleza á las luces de la razón, depende en general únicamente de la apreciación del juez. Pero, en los casos más importantes, la ley, queriendo

1. Lo mismo en lo civil que en lo criminal, puesto que existe en Inglaterra el jurado en todas las jurisdicciones criminales.

asegurar la estabilidad de ciertas posiciones, y evitar ciertas controversias, ha establecido presunciones con que tiene que conformarse el juez. Hay, pues, presunciones legales, lo mismo que hay pruebas legales. No es esto decir, que resulte de las presunciones establecidas por la ley una certidumbre completa de los hechos que el juez está obligado á deducir; así, la circunstancia de que un hijo ha sido concebido durante el matrimonio, no es una prueba absoluta de la paternidad del marido. Pero, en el curso ordinario de las cosas, la virtud de las mujeres es la regla, y el vicio la excepción; el matrimonio con la madre del niño hace, pues, la paternidad bastante verosímil, para que se haya podido, en interés de la seguridad social, establecer entre estos dos sucesos la relación de causa á efecto, salvo la negativa de reconocimiento en ciertos casos determinados.

811. Antes de hablar de las presunciones á que la ley dá una fuerza enteramente particular, ocupémonos de las presunciones simples, es decir, de las que se han abandonado á las luces y á la prudencia del magistrado.

812. Debe observarse que no tendremos que desarrollar aquí las reglas de un procedimiento especial. Las presunciones no exigen ni el exámen de testigos, ni la comprobación de escritos; dan simplemente lugar de ordinario á una discusión en los pedimentos ó en los informes. No obstante, la investigación de los indicios es muchas veces objeto, ya de una comprobación directa por el juez, ya de un juicio pericial, puntos de que hemos tratado en la primera parte de esta obra. La instrucción preparatoria, en materia criminal, en que los indicios son de tanta importancia, puede considerarse como una de las formas de la comprobación directa y del juicio pericial (1).

Nuestra ley 8, tít. 14, Partida 3ª admite en el número de las pruebas las presuncio-

1. De hecho, y salvo ciertos procedimientos, tales como la inscripción de falsedad, en que los pedimentos del abogado son un informe por escrito, raras veces hay una discusión formal en estos actos, que serían ventajosamente reemplazados con conclusiones motivadas.

nes, y las define del modo siguiente: "E aun hay otra natura de probar, á que llaman presunciones, que quiere tanto decir, como grand sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba. E como quier que el rey Salomon diese su juicio por sospecha solamente sobre la contienda que era entre la mujer libre, e la que era sierva, en razon del fijo; pero en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales é de sospecha, fueras ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro; porque las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad."

Entre nosotros, las presunciones se dividen en *presunción legal ó de derecho* y es la que determina la ley, y en *presunción natural ó de hombre*, y es la que forma el juez por las circunstancias, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina; por lo que tambien se le llama *judicial* y esta es la á que se refiere M. Bonnier en este párrafo y que llama *presunción simple* (V. el núm. 811). (N. de C).

El capítulo 12 del tít. 6º del Código de procedimientos del Distrito federal contiene las prevenciones siguientes: "Presunción es la consecuencia que la ley ó el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.—Hay presunción legal:—1º Cuando la ley la establece expresamente.—2º Cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley.—Hay presunción humana cuando de un hecho debidamente probado, se deduce otro que es consecuencia necesaria ó infalible de aquel.—El que tiene á su favor una presunción legal, solo está obligado á probar el hecho en que se funda la presunción.—No se admite prueba contra la presunción legal:—1º Cuando la ley lo prohíbe expresamente.—2º Cuando el efecto de la presunción es anular un acto ó negar una acción.—Se exceptúa de lo dispuesto en la fracción segunda del artículo anterior, el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar.—Contra las demás presunciones legales y contra las humanas es admisible la prueba.—Las presunciones humanas no servirán para probar aquellos actos que conforme á la ley deben constar por escrito.—La presunción debe ser grave: esto es, digna de ser aceptada por personas de buen criterio. Debe tambien ser precisa: esto es, que el hecho probado en que se funda, sea parte ó antecedente ó consecuencia del que se quiere

probar.—Cuando fueren varias las presunciones con que se quiere probar un hecho, han de ser además concordantes: esto es, no deben modificarse ni destruirse unas por otras, y deben tener tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no puedan dejar de considerarse como antecedentes ó consecuencias de este.—Si fueren varios los hechos en que se funda una presunción, además de las calidades señaladas en el artículo 765, deben estar de tal manera enlazados, que aunque produzcan indicios indiferentes, todos tiendan á probar el hecho de que se trate, que por lo mismo no puede dejar de ser causa ó efecto de ellos."—(Artículos del 757 al 767).

Por los arts. 799 y 800 del mismo Código se previene que "las presunciones legales de que habla el art. 761 hacen prueba plena y que las demás presunciones la hacen mientras no se prueba lo contrario."—(N. de los EE.)

LIBRO PRIMERO.

PREUNCIONES SIMPLES (JUDICIALES O DE HOMBRE).

SUMARIO.

813. Fuerza de las presunciones, bien en lo civil, bien en lo criminal.

813. En las legislaciones que abandonan en toda materia las pruebas á la apreciación del juez, éste es quien debe pesar el valor de los indicios, así como el de los testimonios, sin que venga regla alguna á restringir *a priori* la fuerza de las presunciones. Así se verificaba en Roma: "Indicia certa, decia Diocleciano (l. 19, Cod. *de reivind.*). "non minorem probationis quam instrumenta continent fidem." Pero en nuestro derecho, que somete á pruebas preconstituidas las convenciones de las partes, era preciso, bajo pena de inconsecuencia, excluir las presunciones donde se excluía la prueba por testigos, á fin de poner entonces á los contratantes en la necesidad de redactar un escrito. De aquí la poca autoridad de las presunciones en materia civil, en que la mayor parte de los procesos se refieren á contratos. Por el contrario, en materia criminal, donde casi siempre se trata de simples hechos, tienen una extrema importancia, puesto que pueden motivar con frecuencia una condena

capital. Aquí, lo mismo que respecto de la prueba testimonial, es preciso atenerse á la naturaleza de las cuestiones, y no al carácter de la jurisdicción que entiende del asunto: así, pues, se admitirán las presunciones en lo civil, cuando no se trate de disposiciones que deben consignarse por escrito, cuando se reclame, por ejemplo, la reparación civil de un delito; serán, por el contrario rechazadas en lo criminal, cuando se trate de acreditar previamente la existencia de un contrato que debia ser consignado por escrito, de un depósito, por ejemplo; cuya violación se alegase.

No estableciéndose por nuestro derecho las restricciones sobre la admisión de la prueba testifical en materia civil, y sobre la admisión de la documental en materia criminal, que por el derecho francés, la prueba de presunciones tiene lugar y se admite con mas amplitud, tanto en materia civil como en la penal, si bien no tiene tanta eficacia esta prueba ni ejerce la misma influencia en una que en otra. Así, pues, en materia civil, las presunciones de hombre ó judiciales solo hacen semiplena prueba, y las presunciones legales, si son *juris et de jure*, tienen tal fuerza, que no se admite contra ellas prueba en contrario; y si son *juris tantum*, ó de solo derecho, solo se consideran ciertas mientras no se pruebe lo contrario.

En materia criminal, las presunciones á favor del acusado sirven para absolverle; mas las contrarias á él no pueden ser bastantes á condenarle, á no ser muy claras y vehementes, y nunca se impone, según nuestro derecho, la pena capital por meras presunciones ó indicios, como acontece según el derecho francés ó indica M. Bonnier en este núm. 813, pues para ello es necesario que las pruebas sean ciertas y claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir duda alguna, como dice la ley 12, tít. 14, Part. 3^a. Véase la nota inserta á continuación del núm. 52 de esta obra tom. I, donde se expone la regla 2^a de la ley provisional para la aplicación del Código penal; y la sentencia del Tribunal supremo de 28 de Noviembre de 1865 y la A. al núm. 826.—(N. de C).

SECCION PRIMERA.

PRESUNCIONES SIMPLES EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

814. Fuerza de las presunciones simples mal definidas en el antiguo derecho.

815. Sistema del Código.

816. Admisibilidad de las presunciones en materia mercantil.

817. Caracteres que deben tener las presunciones.

814. La admisibilidad, en materia civil, de las pruebas circunstanciales, no se regia por principios muy ciertos en la antigua jurisprudencia. Aunque el espíritu de la Ordenanza de Moulins que quería pruebas estables y fijas, debiera dirigirse á excluir las presunciones en todos los casos en que se excluía la información, no rechazándolas el texto de la Ordenanza, habia que atenerse á las reglas sentadas por los juriseconsultos romanos, y por consiguiente, se dejaba al juez un poder ilimitado para decidirse según las circunstancias. Danty (adic. sobre el cap. VII, de Boiceau, §. 62 y siguientes), admite la doctrina que pone la autoridad de las presunciones en la misma línea que la de la prueba testimonial, pero no saca de aquí la consecuencia que deba aplicarse la misma exclusion en lo tocante á la una ó la otra prueba. Pothier se espresa de un modo sumamente vago, mencionando ciertas presunciones simples, como la que establece, en favor de un escribano ó de un procurador, la posesion de los títulos de la parte que pretende haberle dado poder de obrar en su nombre. Despues añade (Oblig., número 849): "Las demás presunciones que llamamos *simples* no constituyen por sí solas y por sí mismas una prueba, sino que sirven únicamente, para confirmar y completar la prueba que resulta por otra parte." Pero, ¿cuáles eran las presunciones no establecidas por una ley, que podian hacer prueba? ¿Cuáles eran, por el contrario, las que solo tenían una fuerza subsidiaria? Es evidente que todo esto depende de la apreciación arbitraria del juez. Así, vemos algunas veces á la antigua jurisprudencia, atenerse á indicios muy debiles en

las causas de un grande interés. Así fué como una providencia del Parlamento de París adjudicó á la ciudad de Auxerre una casa que habia principiado á edificar el obispo, y de la cual anunciaban un gran número de presunciones leves que habia tenido el proyecto de hacer un colegio, aun cuando no hubiera un hecho, ni aun meditado ningun acto de donación ó de fundación. El tribunal de casación decidió en este sentido por sentencia denegatoria de 22 de Marzo de 1810, que ha innovado el Código civil diciendo en el art. 1353.

815. "Las presunciones que la ley no tiene establecidas quedan enteramente á las luces y á la prudencia del magistrado, el cual no deberá admitir sino las presunciones graves, precisas y concordantes entre sí, y solo en el caso en que la ley admite la prueba de testigos, á menos que el acto sea atacado por causa de fraude ó de dolo."

Estas últimas espresiones, á no ser que sea atacado el acto por causa de fraude ó de dolo, son una verdadera redundancia, porque no es dudoso que la prueba testimonial se admite para acreditar el fraude ó el dolo, que son simples hechos, respecto de los cuales nunca se ha exigido que se presente una prueba escrita. No hay duda, que como han hecho notar nuestros autores antiguos (Merlin, *Repert. V. Indicios* §. 2), era necesario admitir la prueba circunstancial del fraude, que por lo comun no puede consignarse directamente por escrito, ni aun por testigos. Pero, con mas razon es admisible la prueba testimonial. Hubiera, pues, bastado poner, en general, la admisibilidad de las presunciones en la misma línea que la de la información (V. los discursos de los oradores del gobierno y del tribunado). Decimos, en general, porque no carece de ejemplo ver admitir la prueba testimonial, sin que sean admisibles las presunciones, según se ha decidido (núm. 599) para la prueba contraria contra los procesos verbales.

El sistema de nuestro Código, respecto á esto, no está admitido en todas las legis-

laciones. El procedimiento austriaco (V. Gennari, *Teoria delle prove*, pág. 63) no admite las presunciones simples, cuando no es admisible la prueba testimonial (1), aunque estuvieran fortificadas con el juramento supletorio del demandante. Sin ir tan lejos, la jurisprudencia de Nápoles (sent. del Tribunal Supremo del 11 de Marzo de 1851, citado en la traducción siciliana de este tratado) quiere que antes de hacer uso de los indicios, se discuta sobre la admisibilidad de la prueba por testigos.

816. Puesto que se coloca á las presunciones en la misma línea que la prueba testimonial, son siempre admisibles, según la antigua costumbre (Merlin, *ibid.*, núm. 1), en materia mercantil, en que se recibe esta prueba, por el solo hecho de creer el tribunal que debe admitirla (Cód. de Com., art. 109). De donde esta doble consecuencia, que se puede acreditar con simples presunciones la existencia de una obligación mercantil, cualquiera que sea su importancia (sent. den. de 31 de Mayo de 1836), y que, según la doctrina que autoriza en materia mercantil la práctica de la prueba testimonial contra y fuera del contenido de las escrituras (núm. 145), se puede igualmente fundarse en presunciones para probar contra las enunciaciones contenidas en un escrito mercantil (sent. deneg. de 28 de Marzo de 1821 y 10 de Abril de 1860).

817. ¿Qué caracteres deben tener las pruebas circunstanciales para hacer fé en juicio? Danty (loc. cit.), aplicando á las presunciones las reglas que se siguen para apreciar las deposiciones de los testigos, quiere que sean graves y precisas; despues añade, aplicando la regla: *Testis unus, testis nullus*, que no basta una sola presuncion, sino que deben concurrir muchas para acreditar la realidad de los hechos alegados. El Código Napoleon, que quiere que sean graves, precisas y concordantes, parece un eco de esta doctrina, que ha reproducido Toullier (tom. X, núm. 21). Pero si se pudiera concebir en otro tiempo que se exi-

1. Esto se explica, por lo demás, por la facilidad con que admite la legislación austriaca [núm. 139] la prueba de testigos.