

la hizo (*ibid.*, artículo 1355)? Estos dos medios de prueba, no ocasionan ningun procedimiento complicado, y no ofrecen peligro alguno para el demandado, puesto que ponen su suerte en sus manos. Finalmente, por el mismo motivo son perfectamente concluyentes. Es, pues, posible que se haya querido ponerlas aparte.

No se pretende, sin embargo, en el sistema que admitimos, que toda presuncion legal, cualquiera que sea su naturaleza, pueda ser combatida por la confesion y por el juramento. Lo que debe averiguarse, es si la ley, al rechazar la prueba contraria, ha querido que no se agitara la cuestion, porque así lo requiriera el orden público, lo cual tiene lugar incontestablemente respecto de la autoridad de la cosa juzgada, ó bien si ha querido impedir solamente que el resultado del proceso no pudiese contrariar la aplicacion de sus reglas, lo cual tiene lugar respecto de las presunciones de interposicion. ¿Qué objeto se ha propuesto alcanzar en este último caso? Que no pueda eludirse la prohibicion de mejorar á un incapaz, sea; pero no se vé motivo alguno plausible para impedir que la persona que se pretende interpuesta, pueda acreditar que no lo está realmente. Si el legislador prohíbe en general esta prueba, temiendo que sea ella misma obra del fraude, semejante temor deja de ser fundado, cuando la persona que se pretende interpuesta interpela al mismo heredero, que pide la nulidad de la mejora, y se refiere á su declaracion. ¿No es evidente que, cuando el heredero rehusa jurar que estima verdadera la interposicion, esta declaracion implícita tan desinteresada por su parte, es la expresion de la verdad? El legislador no tiene aquí interés alguno en impedir la controversia, puesto que jamás puede resultar de ella ataque alguno á las prohibiciones que él ha establecido. El juramento deferido en las prescripciones de breve tiempo (1), allí donde la ley deniega

1. Sin embargo, en materia de prescripciones de corto tiempo, las sentencias del tribunal de casacion de 27 de Julio de 1853 y de 7 de Noviembre de 1860 declaran, que es preciso atenderse á la letra del artículo 2275 del Código Napoleon, el cual, al derogar la Ordenanza de

la accion en juicio, no se apoya en otra base (C. Napol., art. 2275; C. de Com., artículo 188). No se ha querido hacer la prueba imposible, como en lo concerniente á las prescripciones ordinarias; solamente se ha presumido el pago; pero es siempre permitido interpelar al adversario sobre la realidad de este pago. Por eso Justiniano (Inst. §. 12, de *fideic. hered.*) dice, que los fideicomisos nulos en la forma, no ocasionan la denegacion absoluta de la pretension de la parte que los invoca, sino que pueden dar lugar á deferir el juramento al heredero (1). La reserva de la confesion y del juramento para combatir la presuncion legal, nos parece aun mejor justificada en cuanto á la remision de la deuda. ¿Qué peligro hay en que el acreedor pueda deferir el juramento al deudor para saber si al entregarle el título original del crédito, ha entendido libertarse de su deuda, así como el tribunal de casacion admite en materia mercantil (núm. 773) que esta presuncion puede destruirse por el testimonio de los libros? (sent. deneg. de 18 de Agosto de 1852.)

Esta doctrina no se halla sin duda al abrigo de toda censura. La distincion de las presunciones que ocasionan la interdiccion radical de la prueba contraria, y de aquellas contra las cuales son admisibles el juramento y la confesion, puede parecer bastante delicada; pero nuestra interpretacion es en último resultado razonable en sí misma, y sobre todo, no vemos otro medio de dar sentido á la disposicion final del art. 1352.

1673 (título 1.º, núm. 10) no autoriza mas que la delacion del juramento, con exclusion de la comparecencia personal y del interrogatorio sobre hechos y artículos.

1. Segun MM. Aubry y Rau, se podría deferir el juramento sobre el hecho de la interposicion, pero al donante solamente, y no á los herederos del donante ó del testador, porque, en este último caso, se hallaria directamente interesado el orden público. Por nuestra parte no comprendemos esta distincion. Si el orden público exige que se mantenga absolutamente la presuncion legal ¿qué importa que se quiera deferir el juramento al autor de la disposicion ó á los herederos? Si, por el contrario, como creemos, el orden público no exige necesariamente este mantenimiento, cuando los interesados mismos reconocen que no es aplicable la presuncion, la distincion no se funda en el espíritu de la ley; añadamos que el texto apenas se presta á ella.

X Las presunciones que provienen de nuestras leyes en materia civil son muy numerosas. Entre las que se consideran *juris et de jure* y contra los que, en su consecuencia, no se admite prueba en contrario, citáremos por vía de ejemplo, desde luego, las que emanan de estos axiomas: el que quiere el antecedente quiere sus consecuencias, de suerte que el que se casa consiente en todas las obligaciones anexas al matrimonio; el que administra bienes ajenos consiente en dar cuentas y satisfacer el alcance. Asimismo, la ley presume falta de juicio para administrar sus cosas y obligarse por sí solo en el que tiene tutor ó curador y en la mujer casada; el que paga á sabiendas lo que no debe, se presume que dona; la prescripcion misma se funda en la presuncion *juris et de jure*: naciendo en un mismo parto dos gemelos, varon y hembra, se presume nacido primero el varon, ley última, tít. 33, Part. 7. Tambien se enumeran entre las presunciones *juris et de jure* las de que si el marido y la mujer muriesen de un mismo suceso, como incendio, naufragio, etc., se presume que la mujer murió antes, y si acaeciera igual desgracia á un padre ó á un hijo mayor de 14 años, se presume que murió antes el padre, y lo mismo si los muertos fuesen madre é hijo: ley citada; mas otros autores consideran estas presunciones como de solo derecho, atendiendo á que la ley 12, tít. 53, Part. 7 usa de las cláusulas *pues que non se puede averiguar el contrario* y otras semejantes.

Como presunciones de derecho solamente, y sobre que se admite prueba en contrario, cítanse generalmente, la de que los hijos habidos en una mujer casada se presume que son legítimos; ley 9, tít. 14, Part. 3: la de que el ausente en tierra lejana, pasados diez años, se presume que ha muerto, siendo fama pública su fallecimiento: ley 14, tít. 14, Part. 3: la de que quien prueba que una cosa fué de su padre ó abuelo, tiene á su favor la presuncion de que es suya: ley 10, tít. 14, Part. 3.

La presuncion de nulidad en las enagenaciones que hace el quebrado, en los diez dias que preceden á la quiebra, que menciona M. Bonnier en el núm. 838, como establecida por el art. 446 del Código de Comercio francés, se halla consignada en el art. 1041 de nuestro Código de Comercio.

En el proyecto de Código civil de 1851, se determina, que la presuncion legal es la inherente á actos ó hechos determinados por una disposicion especial de la ley. Tales son: 1º Los actos que la ley declara nulos, sin atender mas que á su calidad, por presumir los hechos en fraude de sus dis-

posiciones: 2º Los casos en que la ley declara la propiedad ó el descargo de una obligacion, por el concurso de ciertas circunstancias determinadas: 3º La fuerza que la ley atribuye á la confesion de la parte (entiéndase la confesion judicial): 4º La autoridad de la cosa juzgada, cuando en esta concurra la unidad de personas, caso y accion: art. 1226. En el art. 1227 se determina, que el que tiene á su favor la presuncion legal, está dispensado de la prueba, y que, contra la presuncion de la ley, no se admite prueba, si la ley misma no ha reservado espresamente el derecho de probar lo contrario. Esta disposicion se entiende, sin perjuicio de lo que se establece respecto de la confesion de la parte.—(N. de C.)

SECCION SEGUNDA.

PRESUNCIONES LEGALES EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

- 847. Pruebas que reemplazan á las pruebas directas.
- 848. En la antigüedad.
- 849. *Ordalías* germánicas.
- 850. Su abolición.
- 851. Combate judicial.
- 852. Supresion de este combate.
- 853. En el dia, presunciones legales, mas raras en lo criminal.

847. La creencia en la intervencion diaria é inmediata de la divinidad en los acontecimientos humanos, combinándose con la dificultad de obtener pruebas directas de la culpabilidad, en un tiempo en que la administracion y la policía judiciales eran casi nulas, ocasionó en los siglos bárbaros la introduccion de ciertas pruebas, mas ó menos arbitrarias, de las que se hacia depender la inocencia ó la culpabilidad del acusado.

848. Encuéntrase la apelacion al juicio de Dios con grande estension en los pueblos orientales. De aquí pasó esta supersticion á la Grecia. "Estábamos todos dispuestos á coger con nuestras manos hierros candentes," dice en la Antígona de Sófoles el guarda del sepulcro de Polinice (vers, 264), "á caminar por fuego, y tomar á los dioses por testigos de que no habiamos hecho tal cosa, de que no éramos cómplices de quien la ha meditado ó la ha ejecutado." La severa razon de los romanos parece haberse

puesto al abrigo de estas supersticiones. Encuéntrense sin duda en Roma leyendas, tales como las de la Vestal que probó su castidad, atrayendo con su ceñidor el barco que traía del Asia la estatua de la buena diosa. Pero no existe, que sepamos, ningún hecho oficialmente consignado que pruebe que los romanos hayan hecho uso jamás de pruebas de esta clase en la práctica judicial. Finalmente, en el Bajo Imperio, por lo menos en tiempo de Miguel Comneno, la superstición recobró su imperio, y la prueba del hierro candente fué puesta en vigor.

849. Las *ordalias* (de la palabra alemana *urtheil*, sentencia) se han multiplicado singularmente en la Edad media, por la influencia de las ideas germánicas. Conocidas son las pruebas del agua, del fuego, del hierro candente, etc., por las cuales se admitía á justificarse de los crímenes mas enormes. En la mayor parte de estas ordalias, parecía el éxito imposible, y no obstante atestigua la historia que muchos acusados salieron de ellas con honor. Es preciso, ó creer en milagros perpétuos, ó admitir que algunas pias supersticiones permitían sustraerse de un peligro mas grave en apariencia que en realidad (1). Como quiera que sea, la prueba que parece haberse sostenido mas largo tiempo, es la del fétetro ó ataud de que se encuentran todavía ejemplos en el siglo XVI. Cuando no se habia podido descubrir al autor de un asesinato, se obligaba á todos aquellos de quienes se sospechaba haber participado en él, á venir á tocar el cuerpo de la víctima espuesta en un fétetro. Si el cadáver se ponía en contacto con el matador, debia dejar escapar algunas gotas de sangre. Esta prueba, propia para impresionar vivamente las imaginaciones, no carecia de peligro para la inocencia. La cruentacion que parece en efecto haberse verificado algunas veces, puede esplicarse, cuando la muerte es aun reciente, por cau-

1. Parece resultar de descubrimientos recientes, que ciertas lociones de agua, de alcohol y de éter permiten poner la piel humana en contacto con metales en fusion. [V. las sesiones de la Academia de ciencias del 7 de Mayo y del 29 de Octubre de 1849]. Sabido es que en la Edad Media, Alberto el Grande y un médico de Salerno llamado Trotula, han dado recetas para soportar sin peligro la prueba del fuego.

sas naturales, especialmente, por la acción del viento. En los últimos tiempos, cuando comenzaron á suscitarse dudas sobre el origen del fenómeno, se dió á la prueba un digno complemento, el tormento preparatorio.

850. Cuando se fueron transformando los usos de los conquistadores de la Europa moderna, con la influencia del cristianismo y de una vida mas sedentaria, se regularizó la práctica de las ordalias. Sentóse por principio, que no se admitirían sino á falta, ya de pruebas ordinarias, ya de *conjuradores* (V. el núm. 449). La Iglesia las sujetó á formas solemnes, y quiso proceder á ellas por sí misma puesto que ciertos miembros del clero participaban de la superstición popular, y que otros consideraban la dirección de las ordalias como un poderoso medio de influencia. Conforme á este espíritu fué como Carlo-Magno prescribió, que no se pusieran en duda los juicios de Dios, *ut omnes iudicio Dei credant absque dubitatione*. (Cap. I, ann. 809, cap. XX). A medida que la Iglesia adquirió mas autoridad, y que se fueron regularizando los procedimientos, fueron atacadas las pruebas por la autoridad eclesiástica, hasta que en 1215, gracias á los esfuerzos de Inocencia III, prohibió á los clérigos el cuarto Concilio de Letran, prestar su ministerio á actos de esta naturaleza. En Francia, los últimos monumentos del uso judicial de las ordalias son varias providencias del parlamento de París del 1º de Diciembre de 1601 y de 10 de Agosto de 1641, anulando sentencias que habian ordenado someter á la prueba del agua fria á personas acusadas de hechicería (1).

851. De todas las instituciones judiciales, de la Edad media, la que ha dejado mas rastros en las costumbres de la Europa moderna, puesto que presenta suma analogía con el duelo, es el combate judicial (2). Por una singular combinación del

1. En 1815 y en 1816, dos individuos de quienes se sospechaba que fuesen hechiceros fueron sometidos en la Flandes belga por el populacho, á la prueba del agua y del fuego. Un hecho semejante ha tenido lugar en la Prusia oriental, en 1835.

2. M. Cauchy, en su libro *Del duelo*, en que ha hecho investigaciones tan concienzudas como profundas sobre

espíritu guerrero y del espíritu legista, esta prueba se hallaba revestida de las formas mas regulares, aplicándose el combate sistemáticamente á todas las fases del procedimiento. Verificábase con el acusado, con los jueces, cuando habia queja *de falta de derecho*; despues si se habia vencido al juez sobre lo rescindente, era preciso batirse de nuevo con el adversario sobre lo rescisorio. Combatíase tambien con los testigos, los cuales, sin embargo, podian evitar el comprometer sus personas, haciendo la declaracion siguiente (Beaumont, cap. IV, §. 16). "No estoy dispuesto á combatir por vuestra querrela, y si queréis librarme de ello, estoy decidido á decir la verdad."

El combate judicial fué un progreso en su origen; porque dió reglas fijas á las luchas privadas, que eran el único medio de administrar la justicia penal en los bosques de la germania. Ya hemos visto (núm. 432) á los lombardos reclamarla á gritos, para reemplazar el juramento, que en cierto modo, era la prueba de los cobardes. Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, lib. XXVIII, cap. XVII) justifica esta institucion de un modo muy ingenioso: "La prueba por el combate singular tenia alguna razon fundada en la esperiencia. En una nacion únicamente guerrera, la cobardía supone otros vicios, y prueba que se ha resistido á la educación recibida, y que no se ha sido sensible al honor, ni conducido por los principios que han gobernado á los demás hombres; hace ver, que no se teme su desprecio, y que no se hace caso de su estimación; por poco bien nacido que uno sea, no se carecerá por lo comun de la destreza que debe aliarse con la fuerza, ni de la fuerza que debe concurrir con el valor; porque, haciendo caso de su honor, habráse toda su vida ejercitado en casos sin las cuales no se puede obtener. Además, en una nacion guerrera, en que la fuerza, el valor y las proezas están en auge, los crímenes verdaderamente odio-

el origen de este deplorable uso, se fija en acreditar que el duelo no se refiere históricamente al combate judicial, que estaba abierto á todos, nobles y plebeyos, sino á las luchas privadas, que estaban reservadas á la nobleza.

son aquellos que nacen del engaño, de la astucia y del ardid, es decir, de la cobardía ó falta de ánimo y valor." Grocio poniéndose en otro punto de vista, ha tomado la defensa de los legisladores que han creído deber autorizar esta singular institucion. "Disgusta á algunos," dice (*Proleg. ad historiam Gothorum*, pág. 67) "que las diferencias dudosas se hallan decidiendo antiguamente por el duelo. Pero lo que Solon habia dicho, que no habia hecho las mejores leyes absolutamente, sino las mejores que podian tolerar los Atenienses, debe suponerse en los demás legisladores. Pues bien, estos se han visto obligados á permitir muchas cosas malas, y á combatir con frecuencia, el veneno con el veneno. Porque era un mal menor combatir en duelo con peligro de la vida de dos hombres, sobre todo, despues que habian sido exhortados gravemente á no tentar á Dios contra su conciencia, y á no hacerse un enemigo por medio de las armas, que dejar que lucharan familias enteras, originando una guerra civil."

852. A diferencia de las ordalias propiamente dichas, que apenas se practicaban sino en materia criminal, el combate judicial se aplicaba á las materias civiles y aun á la solucion de puntos de derecho. Así, en Alemania, la cuestion de la representación en las sucesiones, en España, la de la conservacion del rito muzárabe fueran sometidas á la prueba del combate singular. El duelo judicial, contrario al espíritu del cristianismo, fué atacado por la Iglesia mucho mas pronto y con mucha mayor energía que las ordalias, que no se fundaban en el uso de la fuerza material. Combatióse desde el siglo V, por Avito, obispo de Viena; en el IX, Agobardo, arzobispo de Lyon, dedicó á Luis el Piadoso un libro especial: "Adversus legem Gondobaldo (1), et impia certamina quæ per eam geruntur." Finalmente, los concilios tercero y cuarto

1. Está hoy averiguado que la ley de Gondobaldo, rey de los Burgondos ha, no ya introducido, como queria Montesquieu, sino solamente estendido el uso del combate judicial.