

724. Para evitar, pues, que se confundan la reconvenccion y la compensacion, fijaremos las siguientes diferencias:

1.<sup>a</sup> Que por esta nada se pide al actor, y solo se dirige á inutilizar su accion y demanda; mas aquella consiste en la reclamacion de una accion ó derecho, no obstante que algunas veces tambien se presenta como excepcion.

2.<sup>a</sup> En que para ser admisible la compensacion es preciso que la deuda sea líquida y confesada, al contrario de la reconvenccion, puesto que tiene lugar, esté ó no liquidada, y aunque el débito sea de especie ó cosa diversa de la demanda.

3.<sup>a</sup> En que la compensacion inutiliza el derecho del actor y produce á favor del que la opone la absolucion de lo pedido por su contrario; mas en la reconvenccion queda ileso, y pueden ser uno y otro condenados.

4.<sup>a</sup> En la compensacion no cabe la prorogacion de la jurisdiccion; y en la otra, si el juez es incompetente, se hace competente para la reconvenccion.

5.<sup>a</sup> En que el que opone la recompensacion confiesa el crédito; lo contrario sucede en la reconvenccion, y por lo mismo será siempre mas ventajoso al reo demandado usar de la reconvenccion, porque de esta manera no se compromete al pago de la deuda porque ha sido enjuiciado.

6.<sup>a</sup> En que el que compensa no puede hacerlo por mas cantidad que por aquella que se le pide, y en cuanto al exceso tendrá que usar de la reconvenccion; mas esta es admisible por cualquiera cantidad.

7.<sup>a</sup> En que el vencido en la compensacion puede intentar la reconvenccion: mas no al contrario, en razon á que en el juicio sobre aquella no se decidió sobre la legitimidad del derecho, sino sobre si habia ó no lugar á compensar el crédito reclamado.

8.<sup>a</sup> En que la compensacion puede usarse despues de la contestacion; pero no la reconvenccion, por la razon ya expuesta de no serle aplicables los arts. 256 y 260 de la Ley de Enjuiciamiento.

## SECCION V.

### DE LAS PRUEBAS.

#### § I.

#### *Nociones generales sobre las pruebas, sus clases y objeto, y sobre los diversos sistemas probatorios.*

725. Tanto el demandante como el demandado pueden hacer consistir sus derechos en los escritos de demanda, contestacion, reconvenccion y demás que tienen lugar en los juicios, en hechos ó causas evidentes ó dudosas. Cuando consisten en hechos de tal manera patentes que no dejan lugar á duda alguna, no es necesaria la prueba judicial por falta de objeto sobre que recaiga, y el juez no tiene que hacer mas que determinar la cuestion litigiosa, que solo puede ser de derecho con arreglo á la ley que la decide,

á la jurisprudencia si no existe ley ó es oscura la existente. Mas cuando aquellos hechos son dudosos ó contradichos por la parte contraria, aunque los derechos creados por ellos existan independientemente de la prueba que puede referirse á los mismos, como un derecho que no puede probarse á los ojos de la justicia es cual si no existiera, y en su consecuencia, ni el demandante podria obtener lo que reclama, ni el demandado defenderse contra estas pretensiones, es necesario recurrir á las pruebas para resolver la duda que se ofrece. En este caso, la prueba «es de sustancia y esencia del juicio, como dice el señor conde de la Cañada en sus Instituciones prácticas, parte 1.<sup>a</sup> cap. 8, núm. 5, porque toca á la defensa natural de las partes, y su omision ó denegacion da justa causa para apelar,» y tambien al recurso de nulidad ó de casacion, segun lo establece la nueva ley de Enjuiciamiento en sus artículos 258 y 275 respecto de la apelacion, y en el 1013 respecto del de casacion, prescribiendo que puede fundarse este recurso en *falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias cuando proceda con arreglo á derecho, y en denegacion de cualquiera diligencia de prueba admisible segun las leyes, y cuya falta haya podido producir indefension:* disposicion que concuerda con la del art. 4.<sup>o</sup> del real decreto de 4 de noviembre de 1858 y otras anteriores.

726. La palabra prueba trae su etimologia, segun unos, del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende; ó segun otros, de la palabra *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, segun expresan varias leyes del derecho romano.

727. Por prueba se entiende principalmente, segun la define la ley de Partida, la averiguacion que se hace en juicio de alguna cosa dudosa; ley 1, tit. 14, Part. 5, ó bien la produccion de los actos ó elementos de conviccion que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el juez que conoce del litigio, y que son propios, segun derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito.

728. Segun otras acepciones, la palabra prueba, ó bien designa los medios probatorios ó elementos de conviccion considerados en si mismos, y en este sentido se dice que una parte se halla ó no asistida de prueba, y se distinguen los diversos hechos probatorios admisibles en juicio, ó los distintos géneros de pruebas judiciales; v. gr., la prueba literal ó por documentos, la oral ó por confesion, la testifical, etc.; ó bien expresa la palabra prueba el grado de conviccion ó la certidumbre que operan en el entendimiento del juez aquellos elementos, y á esta acepcion se refieren las distinciones de la prueba en plena y semiplena, division sancionada en la nueva ley de Enjuiciamiento, segun se deduce de su art. 294 que la expresa.

729. La prueba, pues, segun la valuacion de su mérito por el efecto que con arreglo á las leyes debe producir en juicio, se llama *plena* ó *semi-plena*. Por prueba plena se entiende aquella que acredita la existencia de un hecho de modo que constituye una verdad legal é incontrovertible, y es suficiente por tanto para que el juez pueda falla condenando ó absolviendo. Por prueba



ba semi-plena se entiende aquella que produce acerca del hecho á que se refiere un grado de certeza, pero no tal que pueda alejar legalmente todo motivo de duda.

Segun otros diversos aspectos, bajo los cuales la prueba puede considerarse, se denomina *judicial*, *extrajudicial*, *clara*, *menos evidente*, *evidentísima*, y tambien *legítima* y *mixta*.

730. Hemos dicho que la prueba expresa el *grado* de convicción del juez, porque segun la naturaleza de las cosas la prueba no puede conducir á una certidumbre absoluta, y la filosofía no está aun acorde sobre las causas ó elementos porque aquella pueda ser constituida. Y en efecto, las escuelas filosóficas no han resuelto todavía el problema de la certidumbre, habiéndose reconocido que excepto en las cosas pertenecientes á la revelacion divina, todo lo que puede esperarse es un grado de probabilidad mayor ó menor.

731. Sin empeñarnos en cuestiones de pura metafísica, y limitándonos á lo relativo á la jurisprudencia, es decir, á la prueba material de los hechos, debe convenirse, dice Belime, en su filosofía del derecho, que es muy raro, por no decir imposible, que se pruebe un hecho evidentemente. ¿A quién no ha sucedido, prosigue el mismo autor, creer que ha encontrado á una persona á tal hora y en tal lugar, hasta el punto de tener sobre esto el suficiente convencimiento para hacer una declaracion en juicio, y adquirir despues la prueba de que se habia engañado por algun rasgo de semejanza? «Se ha visto tambien en causas criminales declarar muchos testigos con todas las apariencias de buena fe sobre una muerte perpetrada á su vista; describir con la mayor minuciosidad las circunstancias del delito, y volver despues la victima de un viaje declarando que ignoraba completamente el pretendido atentado de que habia sido objeto. No es menos imposible hallar la certidumbre absoluta en los actos de la vida ordinaria que en las relaciones jurídicas. Si solo obráramos en virtud de la certidumbre, no podríamos salir á la calle por temor de que nos cayese una teja, ni probaríamos alimento alguno temiendo que estuxiera envenenado. Por esto obramos siempre por la probabilidad, y asi como nos exponemos á morir saliendo á la calle, porque tenemos cien mil probabilidades contra una de que no nos suceda accidente alguno, asi el juez condena á un acusado cuando conoce que el número de las probabilidades de culpabilidad excede en mucho al de las probabilidades contrarias. Decir que solo podria condenarle si tuviera la certidumbre del delito, seria suprimir toda justicia y absolver todos los atentados con anterioridad á su perpetracion.

»De lo dicho resulta, que no es posible esperar de las pruebas jurídicas una certidumbre completa, que todas ellas se reducen á presunciones, pero que en el uso ordinario se considera probado un hecho cuando su existencia es bastante probable para autorizar á obrar como si existiera realmente.»

732. Y en efecto, con arreglo á estas consideraciones se han designado como medios probatorios que pueden alegarse en juicio, todos aquellos que ofrecen grandes probabilidades, que arrojan un vivo resplandor, ó que

prestan una gran fuerza de veracidad respecto de los hechos que en sí encierran ó á que se refieren.

733. Estos medios de prueba se han fijado y determinado por el legislador, quien no ha creído prudente dejar su eleccion al arbitrio de las partes ni al del juez, para evitar que la pasion ciega, el interés mal dirigido ó la falta de ilustracion echasen mano de medios que no contuvieran los elementos de probabilidad que se requieren para considerar un hecho como existente. Sin embargo, la ley ha dejado á las partes en libertad de producir en juicio los medios de prueba que juzguen mas convenientes entre los determinados por la ley; de suerte que el juez no puede obligarles á producir otros, ni tampoco guiarse en sus providencias por mas pruebas que las presentadas por las partes del juicio; *secundum allegata et probata iudex judicare debet*, aun cuando extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso, ó al contrario.

734. Por el mismo temor de parcialidad respecto de los jueces, y por evitar las apreciaciones encontradas sobre el valor y fuerza de las pruebas á que daría motivo la desigualdad de las facultades intelectuales entre unos y otros, ó su mayor ó menor facilidad para el convencimiento, no se ha creído conveniente dejar al juez en completa libertad de apreciar los medios probatorios, sino que el legislador ha marcado generalmente los que deben considerarse como ofreciendo por sí mismos suficientes probabilidades para que se tenga por cierto el hecho á que se refieren, y las formalidades que deben concurrir, y hechos sobre que deben versar otros medios para producir este efecto. No obstante, al establecer el legislador reglas generales sobre esta materia, ha dejado al juez la libertad de apreciar hasta qué punto concurren en los diversos medios de prueba que señala las circunstancias necesarias para constituir mas ó menos grados de probabilidad, y aun á veces la de hacer por aquellas reglas las apreciaciones que le sugiera la sana crítica.

Es verdad que la tasacion hecha por la ley, tanto de los medios probatorios ó de la calidad de la prueba, como del grado de probabilidad que producen, podrá poner al juez, en casos determinados y especiales, en el duro trance de decidir contra su propia convicción; pero además de que esto puede acontecer, porque no adorne al juez el superior criterio del legislador, los inconvenientes que de aquí pueden resultar, son menores que los de dejar al arbitrio de la autoridad judicial la libre apreciacion de las pruebas.

735. Asi, pues, nadie puede establecer mejor los medios probatorios y determinar en general los grados de convicción que producen, que la autoridad legislativa, puesto que hallándose libre de toda pasion é interés propio sobre este punto, teniendo á la vista los luminosos resultados de la experiencia, y pudiendo ilustrarse con el consejo de los varones mas eminentes, puede estudiar con detencion los elementos que ofrecen los mayores grados de probabilidad ó de certidumbre en el entendimiento humano.

736. Por eso ha sido adoptado este sistema en todas las naciones cultas,



y ha merecido la general aprobacion y apoyo de los mas célebres publicistas (1). Carmignani, para no citar mas que á uno de los escritores modernos que han desarrollado los principios de la teoría legal de la prueba con mas profundidad, despues de comparar en su obra titulada *Teoría delle leggi della sicurezza sociale*, los dos opuestos caminos que conducen á la verdad, el camino instructivo que sigue el hombre partiendo de su sentido íntimo é innato, y el trazado por la ciencia y basado en la observacion de la experiencia, no vacila en decidir que las mejores garantías de la equidad de las sentencias se hallan en la economía de la prueba bien reglamentada por la ley.

737 Mas si bien la civilizacion ha reconocido la conveniencia de que dicte el legislador sobre esta materia reglas prudentes que preserven al juez de la arbitrariedad, se la ha visto desechár al mismo tiempo aquellos medios y sistemas de prueba impropios de todo pueblo culto, que esclavizando la inteligencia del juez, vienen á convertirle en un autómatá.

338. Por eso ha dominado en los pueblos rudos y en épocas remotas poco civilizadas el sistema de la verdad formal, esto es, el sistema que sin tener en cuenta la conviccion íntima del juez, ni los motivos suministrados por la razon y la experiencia para decidir, obliga á este á tener por cierta una demostracion que solo se apoya en motivos de pura forma; y por el contrario, en los países ilustrados y en las épocas modernas, ha erigido su imperio el sistema de la *verdad material*, ó en que el juez funda su conviccion en los medios mas seguros para llegar á la verdad, de suerte que las reglas sentadas por el legislador tienen origen en el principio que se ha propuesto, de sancionar los medios de certidumbre mas conformes á su objeto, la verdad absoluta.

739. Asi vemos adoptados entre los pueblos primitivos las *Ordalías* ó juicios de Dios, esto es, las pruebas caldaria, del hierro candente, de la cruz; la del duelo judiciario, la de los compurgadores, algunas de las cuales fueron adoptadas en la legislacion foral española, segun dijimos en la Introduccion de este tratado. Por eso, finalmente, en épocas mas avanzadas de civilizacion y cultura se han desechado estas y semejantes pruebas, sancionando únicamente la documental, testifical, por confesion, inspeccion ocular y otras análogas, segun vemos en nuestras leyes de Partida (2) y

(1) Sin embargo, el adversario radical de las instituciones existentes, Bentham, en su obra, *Rationale of judicial evidence*, ataca el sistema de fijarse por la ley los diversos grados de verdad; pero como al mismo tiempo trata de demostrar que nadie hasta su época ha sabido trazar las reglas generales de apreciacion, y se entrega á nuevas pesquisas sobre la verdad y su esencia, no es consecuente en los fundamentos de su ataque, por lo que no nos detenemos en refutar su teoría.

(2) En la ley 8, tit. 14, Part. 3, se enumera sin embargo, entre las clases de prueba el desafío judiciario, pero es para reprobalo, segun aquellas palabras «porque en tales lides piérdese la verdad y vence la mentira,» y segun aquellas «porque aquel que ha voluntad de se aventurar á esta prueba, semeja que quiere tentar á N. S. Dios,

recopiladas. La nueva ley de Enjuiciamiento ha sancionado en general estos mismos medios de prueba, si bien introduciendo las reformas que reclamaban los progresos de la ciencia, ya estableciendo nuevas solemnidades sobre ciertos medios probatorios para revestirlos de mayor autoridad y fuerza ó para evitar los abusos de la mala fe, ya descartando á otros varios de ritualidades embarazosas de que se hallaban recargados, ya desterrando hasta de su letra las pruebas privilegiadas, ya estableciendo la publicidad de las pruebas hasta el punto que la ciencia y la experiencia lo han reconocido exento de inconvenientes, ya finalmente concediendo á la autoridad judicial mayor latitud en la apreciacion del valor ó de la certidumbre de los medios probatorios, como se ve especialmente en el art. 517, que permite á los jueces apreciar segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; disposicion de que nos haremos cargo en su lugar correspondiente.

740. Por lo demás, en cuanto á los casos en que constituyen prueba plena ó semiplena cada uno de los diversos medios probatorios, esto es, en cuanto al valor ó fuerza legal de los mismos, nada determina la nueva ley, por lo que deberá estarse á las reglas expuestas sobre este punto en nuestros códigos anteriores; ya porque esta materia no es propia en rigor de una ley de procedimientos, ya porque debiendo producir aquellos efectos dichos medios, segun la autoridad ó solemnidades con que se hallen revestidos, puesto que su presentacion en juicio no tiene otro objeto, debe suplirse el silencio de la ley por la legislacion anterior, segun dijimos en los números 270 al 278 de la Introduccion de esta obra; si bien deberán tenerse presentes las modificaciones á que dan lugar las reformas introducidas en la nueva ley, que acabamos de indicar en el número anterior y que expondremos al tratar de cada clase de prueba.

741. La prueba judicial solo tiene por objeto los hechos dudosos ó controvertidos segun dijimos en el número 725.

Las disposiciones del derecho no pueden ser en general objeto de una prueba propiamente dicha, porque se suponen sabidas previamente y no se prestan á duda ni controversia; v. el arg. de la ley, *juris ignorantia*, 7, Dig. de jur. et facti ignor. Esto se entiende sin embargo respecto del derecho escrito nacional, pues si el litigio se fundase en derecho no escrito ó consuetudinario, como consiste en hechos, es necesario probar que tiene carácter de ley por haberse introducido legítimamente segun lo dispuesto en las leyes 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> tit. 2, Part. 4.<sup>a</sup> Lo mismo debe decirse del derecho que no tiene fuerza de ley sino donde se halla en uso como es el establecido en el Fuero Real, leyes de Estilo y demás que requieren aquella circunstancia, pues será necesario probar aquel uso ú observancia segun prescribe la ley 3, tit. 2, lib. 3 de la Novísima. Finalmente, si se alegase derecho extranjero en pleito seguido en España entre naturales del país donde rige aquel derecho por actos ocurridos ó por cosas existentes en el mismo, no teniendo el juez obligacion de saber aquel derecho, debe probarse su existencia para su aplicacion al caso litigioso: ley 15, tit. 44, Part. 5. V. Ro-



driguez, Práctica forense, al tratar de la prueba en general, y Febrero reformado por Goyena, al tratar de la ley ó fuero.

742. Asi pues, fuera de estos casos, que puede decirse tambien que versan sobre hechos, puesto que se limitan á probar la existencia ó el uso del derecho que se alega, el juez solo debe admitir prueba sobre los hechos alegados por las partes, con tal que no fueran evidentes ó no contradichos por el contrario, y que den ocasion al litigio, pues los demás se hallan fuera de la controversia, por no haberse prevenido sobre ellos al contrario.

743. La prueba debe referirse precisamente á la cuestion que en el litigio se trata, porque sobre esta ha de recaer la sentencia. Si no se refiere de algun modo á los hechos expuestos ó negados en la demanda y demás escritos, la prueba es inoportuna, *impertinente*, y por lo tanto inadmisibile: *Frustra probatur quod probatum non relevat*; leyes 7, tit. 14, Part. 5; 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tit. 10; 1.<sup>a</sup>, tit. 14, lib. 11, Nov. Recop., y art. 274 de la ley de Enjuiciamiento.

744. En juicio, por punto general, la prueba incumbe al actor, porque generalmente funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable. De este principio se deduce la máxima de que no probando el actor, debe ser absuelto el reo; ley 1, tit. 14, Part. 5.

745. Sin embargo, como la negacion misma puede envolver una afirmacion, el demandado debe igualmente en este caso probar los hechos que demuestren su negativa. Por ejemplo: si la excepcion se funda en negar que el demandado no debe la cantidad que se le exige porque la ha satisfecho, ó en que la obligacion contraida en cualquier contrato fue efecto de una violencia, debe probar que realizó el pago, ó que la violencia se cometió.

Puede deducirse, pues, como regla general, que estando consignada la obligacion de la prueba sobre el principio de que ha de probar quien de cualquier modo afirma, incumbe esa obligacion al demandado cuando su negativa puede resolverse en una proposicion afirmativa: veamos cuáles de estas pueden probarse indirectamente, y cuáles no.

746. Generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras: de *derecho*, de *cualidad* y de *hecho*.

La negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho ó no está permitida por él; por ejemplo, que uno no puede ser juez, abogado, testigo, etc. Esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demás medios oportunos que en él no concurre el defecto que se le imputa: debe por consiguiente probarla quien niega: leyes 2 y 4, tit. 14, Part. 5.

La negativa de cualidad es aquella por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad. Si esta es de las que todos naturalmente tienen, como capacidad, claridad, entendimiento, falta de mayor edad en la época en que se contrajo la obligacion, etc., debe probarse por el litigante que niega: La negativa en este caso es el fundamento de su intencion, y aquella induce una afirmativa que trasfiere la obligacion de justificar al negante; la

presuncion está por su contrario, y deberá deferirse á la solicitud de este, aun sin prueba suya, siempre que el que negó la cualidad no probase lo conveniente.

Si es de las cualidades que competen accidentalmente á alguno y no naturalmente á todos, como por ejemplo la nobleza, el grado de doctor, etc., toca la prueba al afirmante: asimismo si dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino que cada uno es fundamento de su intencion.

La negativa de *hecho*, que se estima como improbable por naturaleza, es de tres maneras: una *pura*, *simple*, *absoluta é indefinida*: otra que envuelve en si *afirmativa*, y otra *coartada*.

La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna; como por ejemplo, la de no haber contraido ó no haber hecho lo que se le imputa. Esto no se puede probar por el negante, y asi le basta negar, porque de hecho no se presume: leyes 1 y 2, tit. 14, Part. 5.

La negativa que envuelve en si la afirmativa es, por ejemplo, cuando dijo alguno que no renunció ó no contrajo espontáneamente; pues al mismo tiempo afirma un hecho, la coaccion, la violencia que sufrió para renunciar ó para contraer; en este caso incumbe la prueba al que negando un hecho afirma otro implícitamente.

La negativa coartada es la que induce cierta limitacion de lugar, tiempo y circunstancia determinada. Por ejemplo, se imputa á uno una muerte hecha tal dia, en tal parte y á tal hora; si niega que estuvo en aquel sitio y en tal ocasion porque no pudo hallarse en él estando en otro, debe probar que á la sazón misma se hallaba en parte distinta porque su negacion se reduce á afirmar esto mismo.

747. La regla que acabamos de exponer de que la prueba incumbe al actor, *actor incumbit onus probandi, excipiendo reus sit actor*, ha sido atacado en filosofía por Bentham, quien pretende que la presuncion debería estar en favor del demandante mas bien que del demandado, porque por lo regular nadie promueve un pleito sin motivo razonable, mientras que hay muchos demandados que contienden sin fundamento. Pero aun concediendo la verdad del hecho observado por Bentham, dice Belime, es viciosa su consecuencia, porque si bien puede suceder que haya menos demandas injustificadas que defensas injustas, y en su consecuencia, mas sentencias dadas en favor de los demandantes que contra ellos, esto se debe precisamente á la máxima que Bentham ataca. Como el que quiere demandar sabe que no ha de vencer sino aduce pruebas plenas y evidentes, procura proveerse de ellas antes de promover el litigio. Si se convirtiera la presuncion mencionada en favor suyo é incumbiese la prueba al demandado, sucedería la temeridad á la circunspeccion por parte del demandante. Ademas, este sistema sería contrario á las primeras nociones de equidad; porque estando á la defensiva aquel á quien se ataca, nada sería mas tiránico que imponerle la obligacion de justificarse por el mero hecho de dirigirse contra él una reclamacion desnuda por lo comun de toda especie de derecho.