

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOCIONES GENERALES SOBRE EL CURSO DE LA PRUEBA.

SUMARIO.

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

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

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

Por último, ¿qué se puede probar? No

de matronas y fama pública. Dice ademas que "acostumbraron antiguamente y aun usanlo hoy día, otra manera de prueba, así como por lid de caballeros ó de peones que se fase en razon de ripto ó de otra manera," mas declara que no es "prueba derecha" porque en semejantes desafíos muchas veces pierde la verdad y vence la mentira y porque el que se aventura á esta prueba "semeja que quiere tratar á Dios nuestro señor." Sin embargo de esto el Código de las partidas reglamentó minuciosamente los desafíos y estuvieron en uso como medios de prueba en España hasta que fueron espresamente prohibidos por el concilio de Leon en 1,288.

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

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

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

I.

¿QUIEN DEBE PROBAR? [1]

SUMARIO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estos principios, que no son otra cosa que la razón y el buen sentido aplicados al procedimiento, son también los mismos que consagra el Código Napoleón al tratar de la prueba de las obligaciones, y es constante, que lo que se ha dicho bajo esta rúbrica debe aplicarse á las pruebas en general: "el que reclama la ejecución de una obligación, dice el art. 1315. debe probarla. Recíprocamente el que se pretende libre de una obligación, debe justificar el pago ó el hecho que produjo la extinción de ésta."

37. Añadamos, no obstante, que esta última regla no debe seguirse de una manera absoluta en materia criminal (1). Si

las Instituciones. El caso único [fuera de las acciones confesoria y negatoria] en que estuviese obligado el poseedor á probar, sería la hipótesis de un propietario, que recobrando la posesión de su heredad que estaba á punto de usurparle un tercero, se encuentra espuesto á la acción publiciana y reducido á probar que esta en el caso de la excepción *justi dominii*, es decir, que es propietario de la finca misma que posee. Pero nada más sencillo que esta pretendida singularidad, nada más fácil de conciliar con los principios que protegen la posesión.

El que intente la acción publiciana, no poseyendo, está obligado á probar que se hallaba con las condiciones requeridas para la usucapion. Ahora, hecha esta prueba, si el demandado quiere probar que es propietario, ¿se le puede creer bajo su palabra cuando ha probado claramente el demandante que tenía la cosa *in bonis*? No á la verdad, porque se han cambiado forzosamente los papeles de ambos. El demandado invoca un hecho nuevo por el cual se constituye en demandante, y á él es á quien toca justificarlo. La presunción que creaba en su favor la posesión en la primera fase de la instancia, se ha desvanecido en virtud de la prueba hecha por la otra parte. Desde entonces no se considera ya como poseedor, así como la máxima *favorabiliores sunt rei quam actores*, pierde toda su fuerza una vez probado el crédito. La anomalía consistiría precisamente en decidir lo contrario: no hay en esto ninguna sutileza particular al derecho romano. En Francia y en todas las legislaciones modernas sería lo mismo en la hipótesis de un depositario que llegará á descubrir que es propietario del objeto depositado. Una vez hecha la prueba del depósito contra él, sería inútil invocar su posesión para dispensarse de probar que le pertenece aquel objeto. Contestaríasele que el principio que dispensa de la prueba al poseedor, no se ha entendido nunca sino respecto de la defensiva contra la demanda primitiva y no de la ofensiva, que constituye el objeto de una demanda reconvenional. No hay, pues, en tal caso, ninguna excepción de los principios constantes sobre la materia, y esta explicación sobrada elogiada no vale casi más que la que consistiese en leer *non uno casu*.

Lo que estaríamos más dispuestos á admitir, con la autoridad de muchos manuscritos de Theófilo, es que debe leerse más bien *sane hoc casu* y aplicar sencillamente el texto á las acciones posesoria y negatoria, en que el poseedor en Roma podía ser demandante. [V. Paulo, l. 5, §. 6, D. *si ususfr. pñ.*]; lo cual consiste en las huellas que había dejado, en materia de servidumbres, el sistema *legis actiones*, en que no se atendía á la posesión anterior al litigio. [V. la tesis de licenciado sostenida el 19 de Agosto de 1836 por M. de Gaslonde, profesor honorario de la Facultad de Derecho en Dijon.]

[1] Véase sobre este punto á Mr. Mittermaier. *De la prueba en materia criminal*, cap. 17.

en ella se debe aplicar en toda su extensión al que dirige la acusación, la máxima: *Onus probandi incumbit actori*, y exigir de él, en su consecuencia, una demostración plena y completa de la culpabilidad del acusado, no podría hacerse igual aplicación en cuanto al acusado, de la máxima: *Reus excipiendo fit actor*. El demandado que, perseguido en virtud de un crédito, alega el pago, debe probarlo completamente, y no tan solo presentarlo como verosímil. Al contrario, el acusado que alega un hecho justificativo ó una excusa, no está obligado á justificarlo de una manera tan precisa, debiendo bastar la probabilidad del hecho alegado para motivar su absolución. Esto es cierto, especialmente en un procedimiento criminal como el francés en que domina, según veremos, el sistema inquisitorial, mientras que el sistema de acusación, estableciendo una especie de lucha en campo cerrado entre el acusador y el acusado, se aproxima mucho más al curso del procedimiento civil (1).

La Ordenanza de 1670 (tit. 28, arts. 1 y 2), se separó, pues, de los verdaderos principios, al no autorizar la prueba de los hechos justificativos, aun el de la demencia, sino después de la vista del proceso, y al obligar al acusado á articularlos con precisión bajo pena de caducidad; práctica justamente abolida por la ley de 9 de Octubre de 1789.

38 Al admitir los principios generales que acabamos de establecer, se ha tenido por objeto, con frecuencia, limitar su aplicación al caso en que el demandante alegue un hecho positivo: pues si se trata de un hecho negativo, el demandante no puede, según se dice, estar obligado á demostrarlo, y tiene fundamento, en su consecuencia, para rechazar la prueba contra el adversario.

[1] La ley de 15 de Junio de 1869 que estableció los jurados en el Distrito Federal, establece que los promotores fiscales constituirían la parte acusadora en toda causa criminal, teniendo obligación de promover todo lo conducente á la averiguación de la verdad como representantes que son del Ministerio público, arts. 6, 7 y 23, [N. de los EE].

Para combatir esta idea, es preciso desde luego demostrar, que no es imposible la prueba de un hecho negativo. Después estableceremos que la carga de la prueba debe siempre incumbir al demandado, bien sea que afirme, ó bien que niegue.

PRIMER PUNTO.

¿ES IMPOSIBLE LA PRUEBA DE UN HECHO NEGATIVO?

SUMARIO.

- 39. De la posibilidad de probar una negativa.
- 40. De la negativa de derecho.
- 41. De la negativa de hecho.
- 42. Restímen.

39. No se necesitan muy profundas reflexiones para convencerse de la posibilidad de probar una negativa. ¿No se adquiere diariamente la demostración clara é irrefragable de una proposición negativa, de ésta por ejemplo: una servidumbre de paso no es susceptible de prestación parcial? La opinión contraria llevaría á la consecuencia, que basta enunciar para que quede refutada, de que quien quisiera negar una máxima recibida, debería ser rechazado *a priori* como si intentara una prueba imposible. Pero ¿quien no vé que lo más frecuente en una discusión, en que una parte sostiene la afirmativa y otra la negativa, hay por parte de ambas una alegación positiva y muy susceptible de ser claramente demostrada; que toda la diferencia consiste en la forma, en el modo de fijar la cuestión? Yo afirmo que Pablo es rico, y me lo niega otro. En este caso, es fácil comprobar cuál de nosotros tiene razón, y el que negó se halla tan embarazado para hacer la prueba, como si hubiera afirmado que era pobre, y yo hubiera negado su asercion. Así es como se convierte en afirmativa esta proposición al parecer enteramente negativa. Una servidumbre de senda, no es susceptible de prestación parcial. Con solo probar la naturaleza positiva y precisa de la senda, se llega á reconocer que es esencial que se efectúe en su totalidad, lo cual conduce á

rechazar la proposición que la considera como divisible. Así, bajo el velo de una negativa, se oculta una afirmación decisiva ó terminante; y esto es lo que llamaron los antiguos doctores, en su enérgico lenguaje, una negativa generadora, *negativam pregnantem*. Esta negativa consiste en alegar un hecho á todas luces incompatible con otro hecho alegado anteriormente, hecho que no es menos positivo porque se articule en forma negativa.

40. En esta clase se comprenden las negativas que se llaman *negativas de cualidad y negativas de derecho*. Hay negativa de cualidad cuando, por ejemplo, se niega á alguno la cualidad de francés, lo que equivale á decir que es extranjero; proposición susceptible de prueba directa. La negativa de derecho que se refiere á la misma idea, consistirá, por ejemplo, en negar de hecho la existencia de una de las condiciones requeridas para la validez de un testamento, lo que equivale á decir, que el testamento contiene un vicio material, vicio que es fácil reconocer si existe. Por eso ha decidido el Tribunal de Casación por sentencia de 21 de Noviembre de 1826, que el que pretende que su adversario ha incurrido en caducidad por no haber producido sus títulos en cierto plazo, puede y debe probarlo, puesto que se puede consignar la falta de haberlos producido tan claramente como el haberlos presentado, comprobando el acta verbal del Juez encargado de dirigir la diligencia.

41. Pero si es cierto que siempre que niego una cualidad afirmo forzosamente la cualidad contraria, que siempre que niego el cumplimiento de condiciones legales, afirmo virtualmente la existencia material de un estado de cosas contrario á la ley, se ofrece más dificultad respecto de la *negativa de hecho*. Cuando se anticipa un hecho preciso, determinado, parece tener la negación de este hecho algo impalpable que se escapa al análisis. De aquí la antigua máxima: *Magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus*. Sin embargo, no es dudoso que la negativa de

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. Circunscribasela, 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 más ó menos vagos. "Si negativa indefinita probari non potest" dice Cocceyo (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 más 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] Cocceyo publicó en 1698 su disertación de *directa probatione negativa*. Esta doctrina, cuya historia presenta M. Gennari [*Teoria della Prova*, preliminar, §. 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 más 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 más precisa que una coartada? ¿Qué más 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, proviniendo 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; (I) 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 también 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 más 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 obligado 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 Napoleón. 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 que se apoya, pues, para rechazar la carga de la prueba sobre el adversario? ¿En que 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 manifesto 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 expresion 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 escepcion. 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 escepcion *non numerate pecunias*. Aunque por esta escepcion, 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 obligacion literal. (V. Explicacion 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 escepcion de dinero no contado, dice Lorieux (*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 do 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 Irieix, 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 queritur*, dice Ulpiano (l. 8, §. 3, *Si serv. vind.*) á propósito de la carga de la prueba con relacion á la servidumbre, *tigni im-*

mittendi, quis possessoris, quis, petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt eum qui sibi servitutem debere ait; si verò non 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 seguia 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 espresion, valéndonos 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 día. 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.

II.

¿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 *ne 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