

alegando de *vitibus succisis*, porque habia nombrado las *vides* en vez de hablar de la *viña* en general (Gayo, Comm. IV, §. II). Hay un término medio entre esta exageracion y la vaguedad que á veces se ha criticado con algun fundamento en los actos de acusacion francesa. Conviene mucho articular los hechos, como se hace respecto de aquellos cuya prueba se pide en una instancia civil. El acto de acusacion llega á ser de esta suerte el cuadro en que debe moverse el debate. Se tiene cuidado, á medida que se interroga á los testigos, de hacer resaltar las consecuencias de tal ó cual declaracion, poniendo siempre en relieve la relacion del hecho atestiguado con la culpabilidad que se trata de probar.

832. En segundo lugar, conviene separar el hecho principal de los hechos accesorios, á fin de probar el primero separadamente, sin perjuicio de fortificar despues la prueba que resulta, con el auxilio de la demostracion de los otros. Así, en una conspiracion se trata por lo comun de probar la conspiracion misma, por medio de una multitud de circunstancias de detalle, que aisladamente serian insignificantes. Despues, cuando responde el acusado que estas circunstancias no tienen la trascendencia que se les atribuye, se pretende probar la criminalidad de los hechos con el auxilio de la conspiracion, que no obstante no se ha demostrado previamente, y que, en su consecuencia no se apoya ella misma, sino en la reunion de estas circunstancias. Los ingleses llaman *constructive offenses* los delitos que resultan de esta suerte, de una reunion de elementos, que tomados aisladamente, serian inocentes. Un inglés acusado de un delito de esta clase, decia que no concebía cómo con diez mil trozos de un caballo blanco se podría hacer un caballo negro. Cuando se quiere probar uno de estos delitos complejos, debe justificarse especialmente la existencia del hecho principal al rededor del cual vienen á agruparse los hechos accesorios; de otra suerte, los indicios leves, por muy multiplicados que se les suponga no podrían formar cuerpo, y

la palabra del inglés podría tener aplicacion.

833. Finalmente, otra tercer observacion que no debe perderse de vista es, que no debe poder desprenderse ningún anillo de la cadena que, en la induccion, enlaza las circunstancias conocidas al hecho generador de la culpabilidad. Así, la venta que hubiere hecho el acusado de sus vestidos lejos del lugar donde se hubiera cometido el crimen, no podría ser una circunstancia inculpativa, sino en cuanto hubiera tenido lugar poco tiempo despues de la perpetracion del delito; efectuado mucho tiempo, se explicaria mucho mejor por otros motivos que por el temor de ser descubierto. Es pues, siempre necesario poder acreditar que existe una relacion inequívoca entre el hecho que se prueba y la culpabilidad que se trata de demostrar, porque si llega á saltarse un solo anillo, se rompe la cadena.

834. Por lo demás, el abogado que quiere ejercitarse en la discusion de los indicios, no debe contentarse con estudiar las reglas teóricas de la materia en los libros de derecho y en obras de retórica; sino que debe consultar sobre todas las obras maestras del foro antiguo y moderno. La oracion de Ciceron por *Milone* ha pasado siempre por un modelo en este género (1).

LIBRO SEGUNDO.

PRESUNCIONES LEGALES.

SUMARIO.

835. Propenden á multiplicarse.

836. Necesidad de circunferirlos en materia civil.

835. No siempre es posible al hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso particular, y no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenese. La estabilidad y el estado de las personas, la de las propiedades; finalmente, la necesidad de seguridad y de calma para una mul-

1. Véase sobre la discusion de los indicios una excelente nota del señor Duque de Boglie, inserta al fin del tomo 1.º de las *Pruebas judiciales*, de Bentham, edicion de Dumont.

titud de intereses preciosos, obligan al legislador á tener por verdaderos gran número de puntos, que no están demostrados, pero cuya existencia se halla probada por una induccion mas ó menos poderosa. El orden político, lo mismo que el orden social, solo se fundan en presunciones legales. La aptitud para ejercitar ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, solo se reconoce por medio de ciertas condiciones determinadas *á priori*, siendo evidentemente impracticable una comprobacion respecto de cada individuo. Cuanto mas se complican las relaciones sociales, mas necesario llega á ser multiplicar estas presunciones. Así es que hay muchas mas en nuestro derecho que las que habia en Roma.

836. Entrar aquí en el pormenor de las diversas presunciones seria imponerse la necesidad de tratar *ex professo* casi todas las materias jurídicas, porque hay pocas en que la ley no se fije en ciertas verdades de que hace depender la existencia legal de circunstancias determinadas. Seria, pues, necesario ocuparnos del estado de las personas, de las incapacidades, de la prescripcion, etc. Estas esplanaciones, útiles en la apariencia, para completar nuestro cuadro, se desvian en el fondo del objeto de esta obra, porque los motivos que han determinado al legislador á establecer tal ó cual presuncion, se refieren mas bien al derecho que al hecho. Lo que examina sobre todo el legislador no es si el hecho conocido reúne todos los caracteres suficientes para hacer probable el hecho desconocido, sino solamente si exige el interés social que se deduzca de la consignacion del uno la existencia del otro. Como hace muy bien observar M. Greenleaf (tom. I, pág. 41) los principios sobre las presunciones legales no se refieren ya á la fé del testimonio, sino que son reglas de proteccion *rule of protection*, establecidas para el bien general. Compréndese, en su consecuencia, que las diversas presunciones, para ser bien comprendidas en sus especialidades, deben referirse al exámen especial de cada materia.

Por nuestra parte, no debemos sentar aquí mas que los principios generales.

Solamente, despues de haber hablado de las presunciones especiales á las materias civiles y á las materias criminales, tratarémos con algunos detalles de una presuncion comun á todas las jurisdicciones, que es la base de todo el edificio judicial, de la autoridad de la cosa juzgada.

SECCION PRIMERA.

PRESUNCIONES LEGALES EN MATERIA CIVIL.

SUMARIO.

837. Necesidad de una ley especial.

838. Presunciones mencionadas por el Código,

839. Dos grados de presuncion legal.

840. ¿Qué debe probar el que invoca una presuncion de esta naturaleza?

841. ¿Cuándo es admisible la prueba contraria?

842. ¿En qué se reconoce una presuncion *juris et de jure*?

843. Tres puntos señalados por el legislador.

844. Casos en que anula la ley ciertos actos ó niega la accion en juicio.

845. Reserva de la prueba contraria.

846. ¿Quid de la remision al juramento y á la confesion?

837. "La presuncion legal es la que por una ley especial vá unida á ciertos actos ó á ciertos hechos."

Antiguamente, aun en países regidos por la costumbre, podian fundarse las presunciones en ciertos textos de derecho romano, lo mismo que en las fuentes de derecho moderno; podian tambien, segun Pothier (Oblig., núm. 843), acreditarse por *argumento* de algun texto de derecho. Semejante sistema ofrecia demasiados inconvenientes para que fuera posible, en una legislacion que se dirige á prevenir toda incertidumbre, toda arbitrariedad, dejar á la jurisprudencia y á la doctrina la facultad de establecer presunciones legales.

Sin embargo, no debe imaginarse que pueda establecerse presuncion alguna legal sin una ley especial. Esto es verdadero respecto de las presunciones absolutas, las que, como vamos á ver, no admiten la prueba contraria. Pero las presunciones legales, del primer grado que admiten esta prueba,

ba, pueden muy bien resultar del conjunto de las disposiciones de la ley. Así, es constante que el poseedor de un inmueble se reputa propietario del mismo, aun cuando esto no resulte espresamente de ningún artículo de nuestros Códigos (1).

838. El art. 1350 pone por ejemplo actos ó hechos en que se funda una presunción legal: "1.º Los actos que la ley declara nulos por presumir, sin mirar mas que su calidad, que se han hecho en fraude de las disposiciones legales." La presunción de nulidad se refiere, bien sea á la persona del que hizo el acto, como cuando se trata de actos traslativos de propiedad á título gratuito hechos por el quebrado en los diez días que preceden á la cesion de los pagos (Cód. de com., art. 446), bien sea á la persona de aquel en cuyo favor se hizo el acto, como cuando se trata de una donacion hecha á los mas próximos parientes, ó al cónyuge de una persona incapaz (Cód. Nap., arts. 911 y 1100); bien sea, finalmente, á la naturaleza del acto unida á la calidad de la persona, como cuando se trata de la venta á fondo perdido hecha á uno de los que pueden heredar en la línea recta (*ibid.*, art. 918).

2.º "Los casos en que declara la ley resultar la propiedad ó la libertad de una carga de ciertas circunstancias determinadas." La prescripción, á fin de adquirir ó de libertarse, las señales de medianería ó no medianería, etc., entran en esta categoría."

3.º "La autoridad que la ley atribuye la cosa juzgada." En nuestra tercera seccion tratarémos de ella especialmente.

4.º "La fuerza que da la ley á la confesion de la parte ó á su juramento." Hemos colocado entre las pruebas propiamente dichas la confesion y el juramento, que son en efecto declaraciones del hombre, y no simples indicios fundados en el estudio de los hechos.

839. Concíbese dos grados en la presunción legal. La ley puede imponer al juez

1. Si el art. 1279 del Código Napoleon ha debido autorizar forzosamente esta presunción aplicada á los muebles, es porque precisamente entonces no admite prueba en contrario.

ciertas pruebas circunstanciales, obligándole á tener por ciertos los hechos que tratan de establecer, pero dejando á las partes interesadas la facultad de demostrar que tal induccion no es la fundada. La ley puede seguir mas adelante, rechazando desde luego toda prueba contraria, y hacer que resulte necesariamente de tales circunstancias la existencia legal de tal ó cual hecho. Esta distincion es propia de todo tiempo y país, y se encuentra por donde quiera que se han introducido las presunciones de esta clase. Por eso se ha considerado siempre como absolutamente inatacable la presunción que resulta de la cosa juzgada, cuando se han agotado todas las vías de recursos. Pero las denominaciones de que se han valido para designar estos dos grados de presunción, se han imaginado únicamente por los doctores de la Edad media. Ellos son los que han llamado á las presunciones del primer grado *juris tantum*, y á las del segundo grado *juris et de jure*. Menochio explica estas denominaciones, diciendo que la presunción es *juris* en los dos casos, puesto que en ambos se constituye por la ley, pero que es *de jure* en el segundo solamente, "quia super tali presumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate." Estas espresiones bárbaras pueden considerarse como un lenguaje convencional. Preferimos el lenguaje de los jurisconsultos ingleses que distinguen las presunciones perentorias (*conclusive*) y las presunciones discutibles (*disputable*). Pero en el fondo, se ha reconocido siempre que ciertas presunciones no deben admitir la prueba contraria. Sin razon, pues, atribuye Toullier (tom. X, núm. 42) á d'Aguesseau esta singular opinion, que todas las presunciones admiten la prueba contraria, porque este jurisconsulto en su informe 23 declara, en general, que no es absoluta la necesidad de las presunciones. Tratábase, en el caso objeto de este informe, de una cuestion de legitimidad, y no hay duda que d'Aguesseau limitaba la autoridad de las presunciones legales, colocándose en este punto de vista especial.

840. ¿Que debe probar el que invoca una presunción legal? No debe tomarse á la letra la disposicion del art. 1352 del Código Napoleon, segun el cual, la presunción legal dispensa de toda prueba á aquel en cuyo favor existe. No es exacto decir, que el que invoca una presunción legal no tiene nada que probar; porque es preciso que acredite que se halla en posesion de invocar la presunción de la ley; por ejemplo, el que invoca el art. 312, segun el cual, el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, debe probar dos puntos, á saber, el matrimonio, y segun los cálculos de la ley sobre la gestacion (arts. 314 y 316), una fecha del nacimiento, que no coloque la concepcion del niño antes de haberse contraído el matrimonio ó despues de su disolucion. Efectuada esta prueba, se acredita la legitimidad del hijo por la disposicion del art. 312. En una palabra, no hay que justificar la exactitud de la presunción legal, sino probar previamente los hechos á que se refiere.

En sentido inverso, cuando se pregunta si es permitido probar contra una presunción legal, se tiene en consideracion la prueba contraria á la proposicion enunciada en la ley, y en el caso citado, á la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, pero de ningún modo la prueba contraria á los hechos sobre que se apoya la presunción, el matrimonio y la fecha del nacimiento. Esta última prueba es siempre admisible, porque no es en manera alguna probar contra una presunción legal, probar que no se está en el caso previsto por esta presunción. Indebidamente, vé pues, Alciato en esto una prueba *indirecta* contra la presunción de la ley. *Et si directa probatio regulariter non admittatur contra presumptionem juris et de jure, admittetur tamen indirecta, quia cum lex requirit certas qualitates et circumstantias ad hanc probationem constituendam, semper admittuntur probationes quod non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus.* Esta es una verdadera confusion de ideas. No hay ataque alguno directo ni indirecto contra

la presunción de legitimidad en la prueba de que no ha existido nunca el matrimonio, ni contra la autoridad de la cosa juzgada en la prueba de que jamás ha habido juicio. Semejante doctrina merece ser relegada entre las visiones de Alciato.

841. ¿Cuándo es admisible la prueba contraria á la presunción legal, es decir, cuándo se puede probar que, colocándose aun en la hipótesis prevista por el legislador, no há lugar á aplicar su decision?

La presunción legal admite, en general, la prueba contraria; es, segun el lenguaje bárbaro de los intérpretes, *juris tantum*, en los casos ordinarios. Entonces no es mas que una interpretacion de voluntad, ó una explicacion de los hechos, que no tiene efecto cuando llega á demostrarse la verdad. Así, aunque se diga que la venta á prueba se presume que se hace siempre bajo condicion suspensiva (*ibid.*, art. 1588), no será menos permitido acreditar que los contratantes han entendido tratar bajo una condicion resolutoria. Por lo comun, cuando la presunción es solo del primer grado, el único objeto que la ley se propone es hacer considerar ciertos hechos como la señal aparente del derecho, por ejemplo, la posesion de un inmueble, como indicando la propiedad de este inmueble, siendo siempre admisible la prueba contraria. Algunas veces, no obstante, la presunción, sin que fuera razonable considerarla como una verdad absoluta, ha parecido sobrado grave para poder ser atacada por toda clase de pruebas. Así, en materia de legitimidad, la prueba contraria á la regla, que el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido, no se admite sino en el caso de imposibilidad física, ó bien en el en que puede probarse á la vez el adulterio y la ocultacion del parto (*ibid.*, arts. 312 y 313); casos á los cuales debe añadirse hoy, segun los términos de la ley de 6 de Diciembre de 1850, el en que se presumiera haber tenido lugar la concepcion durante el tiempo en que la mujer separada de cohabitacion tiene un domicilio distinto del del marido. Pero habitualmente se puede prac-

ticar, para destruir la presuncion legal, la prueba contraria, con la mayor latitud, y emplear tambien la prueba testimonial y las presunciones, cuando la naturaleza del negocio no se opondrá á ello. Es cierto que se lee, en uno de los considerandos de la sentencia de casacion de 5 de Enero de 1810 que hemos citado (pág. 178, nota 1ª), que "si puede destruirse una presuncion de derecho por la prueba positiva de un hecho contrario al que ella supone, no puede por lo menos serlo por presunciones no autorizadas por la ley, y puramente arbitrarias." Pero tratábase, como ya hemos visto (núm. 599), en el caso citado, de ciertos procesos verbales, contra los cuales debe ser la prueba contraria necesariamente escrita ó testimonial. Conviene, pues, interpretar la sentencia de 1810 *secundum subjectam materiam*. Algunas veces tambien escluye la ley la prueba testimonial. Así la presuncion de medianería no puede destruirse sino por un título ó por una señal de lo contrario (C. Nap. 633). Pero donde no ha hecho la ley semejantes restricciones, puede consistir la prueba contraria en presunciones, así como en pruebas propiamente dichas.

842. La presuncion de segundo grado es generalmente invencible. Pero ¿en que carácter reconocer una presuncion de esta naturaleza en el silencio del legislador? Este punto era muy oscuro en la doctrina antigua. Los redactores del Código Napoleon han tratado de determinar los casos en que es efectivamente inadmisibile la prueba contraria.

"No se admite prueba alguna," dice el mismo art. 1352, "contra la presuncion de la ley, cuando fundada sobre esta presuncion anula ciertos actos ó niega la accion en justicia, á no ser que la misma ley haya reservado la prueba de lo contrario, y sin perjuicio de lo que se dirá acerca del juramento y confesion judiciales."

Esta disposicion, destinada á hacer cesar antiguas controversias, está lejos de ser clara, y dá lugar á dificultades que dividen las inteligencias mas privilegiadas.

843. El legislador señala tres puntos: 1º la determinacion de los casos en que no se admite la prueba contraria: 2º la reserva de ciertas escepciones formales á la regla sentada: 3º una reserva posterior en lo concerniente al juramento y á la confesion judiciales.

844. Hay presuncion legal absoluta, se nos dice, cuando, fundándose en esta presuncion, la ley anula ciertos actos ó niega la accion en juicio. Los actos así anulados, que ha tenido á la vista el legislador, están viciados de una nulidad radical, como faltos de una condicion esencial en el fondo para su validez; es, pues, claro que la nulidad no resulta entonces de una presuncion, sino de la fuerza misma de las cosas. Tampoco lo son los que son nulos en la forma, pues, las nulidades de forma resultan de textos imperativos, contra los cuales, en cuanto están bien consignados los hechos, nadie podria volverse sin combatir la ley misma. Los actos, pues, de que la ley quiere hablar son los que ella declara nulos (art. 1350, 1º), como presumiendo que se han hecho en fraude de sus disposiciones, segun su sola cualidad. Hubiera podido sostenerse, que no debia rechazarse la prueba contraria, puesto que siempre es favorable la justificacion de la buena fé. Pero el legislador, mirando mas á evitar pieitos que á obrar con estricta justicia, ha creido mas sencillo rechazar esta prueba, salvo la restriccion de que vamos á hablar en breve. Lo mismo sucede respecto de los casos en que la ley niega la accion en juicio, lo cual se aplica notablemente á la prescripcion. Háse creido que debian tener un término las controversias. Así, pues, siempre que se desecha una accion, está interesado el bien público, y yo no seria admitido á pretender, por ejemplo, que no habia tenido intencion de renunciar á un derecho sobre el que he guardado silencio durante treinta años. Estas dos clases de presunciones tienen por objeto hacer respetar los preceptos del derecho civil, por lo que son mas que simples interpretaciones de hechos ó de voluntades.

845. En los casos en que no se admite ninguna prueba contra la presuncion de la ley, añade el art. 1352: *á ménos que no haya reservado la prueba en contrario*. Encuéntrense ejemplos de esta reserva en los casos en que se deniega la accion en justicia. Por eso la entrega de la primera copia de una escritura por el acreedor á diferencia de la del título original, no hace fé de la liberacion sino hasta prueba en contrario (*ibid.*, art. 1283). Pero no se ha encontrado caso en que la ley, anulando ciertos actos como presuntos de fraude, declare admisible la prueba contraria. La restriccion del artículo debe considerarse bajo este respecto como una reserva para el porvenir, y no como una remision á textos positivos.

846. Finalmente, el artículo termina con una reserva mas oscura aun que todo lo que precede: *salvo lo que se dirá sobre el juramento y la confesion judicial*. Puede darse dos sentidos á estas expresiones. O bien á consecuencia del error que hemos hecho notar, considera el legislador el juramento y la confesion como presunciones de que se debe tratar mas adelante, ó bien los mira como medios para combatir las verdaderas presunciones legales, por escepcion al principio de que no se admite contra ellas prueba alguna.

En el sentido de la primera opinion se hace notar, que el artículo 1350, ha colocado ya indebidamente, pero de un modo muy positivo, la confesion y el juramento entre las presunciones legales. Pues bien, la confesion por lo menos, ya que no el juramento, es susceptible de debatirse, y en su consecuencia, no es una presuncion invencible. La remision tendria por objeto hacer notar, como hacia notar Pothier (*Oblig.*, núm. 842), este carácter especial de la confesion. Añádese que si la ley hubiera querido admitir ciertas clases de pruebas contra las presunciones legales que no admiten la prueba contraria, se habria explicado mas claramente. Pero esta interpretacion nos parece á la vez inexacta en sí misma, y poco en armonía con el

texto que se trata de explicar. No se vé bien cual seria la razon de duda á que la ley quisiera responder. Aun cuando debiera considerarse la confesion como una presuncion legal absoluta. En todo tiempo se ha considerado la presuncion como pudiendo modificarse, esplicarse ó retractarse por la parte que la prestó. ¿Donde estaria, pues, la necesidad de una escepcion respecto de la confesion, puesto que no se hallaba comprendida en la regla? Pero lo que se explica aun menos en esta opinion, es que la ley menciona en primera línea el juramento decisorio (1), que precisamente no admite jamas la prueba contraria (art. 1369). Inútil para la confesion, la remision seria un contrasentido en lo concerniente al juramento; y seria preciso concluir por declarar, con ciertos autores, que estas expresiones, *salvo lo que se dirá*, etc., se han deslizado bajo la pluma del legislador, sin que tuviera en lo más mínimo la conciencia de lo que escribia.

Pero no nos hallamos reducidos á este recurso desesperado, verdadera abdicacion de parte del intérprete. Recordemos que se acaba de hablar de la prueba contraria, que no se admite contra las presunciones legales absolutas, sino en caso de una reserva expresa inserta en la ley; es bastante natural ver en las palabras que siguen y que indican gramaticalmente una restriccion algo que modifique la proposicion precedente. En su consecuencia, deberia considerarse el juramento y la confesion como constituyendo una clase de prueba contraria escepcional, que podria ser admisible cuando no lo fueran los demás; doctrina que no es nueva, puesto que leemos en Mascardo (*de probat.* con el 344): *confesio tollit presumptionem juris et de jure, licet alia probatio non admittatur*. ¿No es principio, en efecto, que el juramento judicial puede deferirse sobre cualquier especie de contestacion (*ibid.*, art. 1358), que la confesion judicial hace plena fé contra el qué

1. No puede referirse al juramento supletorio, al cual no se atribuye la misma presuncion de verdad, puesto que no es mas que un medio de prueba supletorio de que usa el juez, con la facultad de no subordinar á él su decision (núms. 443 y 444).

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 atenerse 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 pretencion 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 declaracion 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 que 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.

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, citaremos 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 ó 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 abolicion.
- 851. Combate judicial.
- 852. Supresion de este combate.
- 853. En el día, 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 policia 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 Sófocles 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. Encuéntanse 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, parecia 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 piadosas supercherías 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 féretro ó ataúd 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 féretro. 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 fusión. [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 combinacion 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 educacion 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 estimacion; 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, habrásese 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.

Los 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 representacion 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. Combatíase 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.

de Letran, en 1179 y en 1215, autorizaron solemnemente la reprobacion de la Iglesia. Sabido es, que en Francia, la obra de la abolicion del duelo judicial, comenzada por San Luis, fué acabada en el siglo XIV. En Inglaterra, este duelo abolido por la reina Isabel, en materia civil, desde 1571, no desapareció de la legislacion criminal hasta 1819.

853. En el dia que no puede ya cuestionarse sobre si debe hacerse depender de esta suerte la culpabilidad ó la inocencia de circunstancias que no tienen ninguna correlacion en el fondo con la realidad del delito, parece que las presunciones en materia criminal, deberian dejarse siempre á la apreciacion de los jueces. Nada parece mas opuesto que semejantes presunciones á la esencia de la justicia penal, que no debe penar al azar, sino con perfecto conocimiento de causa. "En lo civil, dice M. Mittermaier (cap. 53), se consibe que se "corte de esta suerte el nudo gordiano, y "en una situacion delicada, vale mas tal "vez, tomar por guía las analogías y la "experiencia cotidiana de la vida; pero no "debe ser así en un proceso criminal. Que- "riendo aquí la ley la manifestacion de la "verdad absoluta, no ha podido obligar al "juez á tomar por base obligatoria, desde "el momento en que existen, tales ó cuales "hechos, á veces equívocos á los cuales, "por otra parte, en razon de la multiplici- "dad infinita de los incidentes tan comple- "jos de la vida humana, seria obrar arbi- "trariamente; aplicar una medida siempre "fija, decidir que estos hechos preestable- "cidos probarian necesariamente la exis- "tencia del hecho principal, hubiera sido "exigir en certidumbre probabilidades con "frecuencia engañosas."

No se deberá, sin embargo, deducir de estas observaciones que repugnen las presunciones legales de un modo absoluto al carácter de la justicia penal. Solamente, el legislador no debe introducir sino con cierta reserva presunciones propias al derecho criminal. Por otra parte, siempre por los mismos motivos, las presunciones de dere-

cho comun no deben aplicarse en todo su rigor á las materias criminales. Hé, aquí, los dos puntos de que vamos á tratar.

En nuestros antiguos Códigos se hallan tambien introducidas las pruebas á que se ha dado el nombre de juicios de Dios, y de que trata M. Bonnier en este párrafo. La prueba del *hierro encendido* se halla autorizada en muchos fueros municipales, como los de Salamanca, Plasencia, Oviedo, Avilés y Cuenca, que trata prolijamente de ella; la prueba del *duelo* se hizo comun en España, segun se vé por el fuero de Salamanca y Sahagun, Oviedo y otros, y aun por el Código de las Partidas en que el Rey Sabio procuró por lo menos refrenarlas, sujetando los duelos, lides, rieptos y desafíos á un prolijo formulario, y estableciendo leyes oportunas para precaver la facilidad y licencia y evitar el furor y crueldad con que antes se practicaban. (V. Eseriche, Diccionario. V. la adiccion inserta á continuacion del núm. 858.)—(N. de C.)

Por nuestra legislacion vigente están absolutamente prohibidos los juicios á que alude el Sr. Carabantes en su adiccion anterior, tanto mas, cuanto á que la Constitucion de 1857 en sus arts. 19 y 22, prohibe espresamente toda clase de maltratamientos, tormentos, etc., cuyos artículos prescriben lo siguiente: "Ninguna detencion podrá exeder del término de tres dias, sin que se justifique con un acto motivado de prision y los demas requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables á la autoridad que la ordena ó conciente, y á los agentes, ministros, alcaldes ó carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehension ó en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela ó contribucion en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.—Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilacion y de infamia; la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa exesiva, la confiscacion de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas ó trascendentales."

En cuanto al Duelo, el Código penal del Distrito federal en su capítulo 9º arts. del 587 al 614 lo prohibe imponiendo severas penas á los duelistas, padrinos y demas personas que intervengan en él.—(N. de los EE.)

§ I. PRESUNCIONES PROPIAS DEL DERECHO PENAL.

SUMARIO.

854. En qué límite es admisible en lo criminal la presuncion legal.

855. Presuncion de infanticidio establecida por el edicto de 1556.

856. Presuncion de robo en el antiguo y en el nuevo derecho.

857. Induccion sacada de la fuga.

858. De la presuncion de dolo.

854. Con frecuencia la ley penal deduce, *á priori*, de la existencia de ciertos hechos que hacen el delito verosímil, la existencia misma del delito. Pero la legitimidad de una presuncion tan grave está subordinada á dos condiciones: 1ª que el hecho consignado induzca á la certidumbre moral del hecho acriminado por la ley: 2ª que el hecho probado sea tambien imputable. Estas dos condiciones se hallan reunidas en el caso previsto por el art. 61 del Código penal, que castiga como cómplices de los malhechores que ejercen violencias contra la paz pública, á los que conociendo su conducta criminal, les facilitan habitualmente un retiro donde ocultarse. El hecho de encubrir habitualmente á los malhechores, hace en extremo verosímil una asociacion culpable. Este hecho es perfectamente imputable: al castigarle la ley, no hace mas que agravar la penalidad de un acto ya reprehensible en sí mismo. Hay tal vez en esto rigor, pero no hay injusticia. De la misma manera puede justificarse la disposicion del Código penal militar de 1857 (artículo 203, 4º), que castiga como culpable de traicion á todo militar que en presencia del enemigo, provoca la fuga ó impide que las tropas se rehagan. La verosimilitud de una inteligencia criminal con el enemigo, justifica la aplicacion de la pena capital á un hecho, que por sí mismo es ya de suma gravedad.

855. Mas difícil es justificar la presuncion legal de infanticidio establecida por nuestro antiguo derecho, por razon del mero hecho de la ocultacion del parto. Un edicto de Enrique II, de Febrero de 1556, renovado por ordenanzas posteriores y publicado cada tres meses en las pláticas de

las parroquias, reputaba haber matado á su hijo, y castigaba con pena de muerte "á toda mujer que se hallaba convicta de haber disimulado, encubierto y ocultado, ya "fuera su embarazo, ya su parto. . . . y que "se averiguase despues haber sido privado "el niño de bautismo y de sepultura." Esta presuncion de homicidio fundada en una simple omision, que escusaba frecuentemente el pudor, se introdujo en Inglaterra por Jacobo I (Stat. 21, capítulo 27), y no vuelve á encontrarse ya en nuestras leyes modernas, habiendo sido igualmente abolida en Inglaterra á consecuencia de haberse suavizado las costumbres (Stat. 43 de Jorge III, capítulo 58).

856. Con mas razon, habria injusticia flagrante en reputar cómplice de un robo á aquel en cuyo poder se encontrara el objeto robado, como acontecia en Roma, respecto de la reparacion civil del delito. Nuestra antigua jurisprudencia iba mas adelante, puesto que veia en esta circunstancia una prueba suficiente para justificar el uso del tormento *Furtum praesumitur dice Mascardo (de probat., concl. 834). commissum ab illo, pñes quem res furata inventa fuerit, adeo ut si non docuerit a quo rem habuerit, juste, ex illa inventione, poterit subijci tormentis.* Presumir la culpabilidad, por razon de circunstancias que pueden ser fortuitas, es un paso que pertenece á la infancia del derecho penal. Así es que está reprobada por la jurisprudencia inglesa, donde desde hace largo tiempo sir Math. Hale ha hecho prevalecer este principio, que no se debe condenar nunca á un hombre por robo de efectos, por el solo hecho de que no explique como se hallan en su poder estos efectos. M. Wills (*Circumstantial evidence*, cap. 31, sec. 4) cita muchos ejemplos de condenas por robo, por razon de la posesion de objetos robados, pronunciadas contra personas cuya inocencia fué despues reconocida. Nuestras leyes siguen no obstante aun esta marcha, cuando castigan severamente al mendigo ó vagabundo que, portador de efectos de un valor superior á cien francos, no puede justificar de