

refiere á la persuasión en que estamos de la constancia ó permanencia, ya de las leyes de la naturaleza física, ya de las leyes de la naturaleza moral.

25. No hay duda que la constancia de las leyes de la naturaleza física, de aquellas mismas que atestigua la esperiencia universal, no es en manera alguna una verdad lógica (núm. 12), y no implica contradicción suponer, por ejemplo, que puedan suspenderse las leyes de la gravitación. Pero el jurisconsulto que se preocupa mucho más de la certidumbre práctica que de la verdad abstracta, considera como evidente la permanencia ó constancia de estas leyes.

A quien ofreciera, pues, probar que ha caminado por encima del agua, no se le permitiría abrir una información para justificar la alegación de semejante hecho. En el día no se permitiría ya, como hizo un Tribunal escocés en 1754, afirmar á dos testigos bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio. No porque un Juez ilustrado deba negar la posibilidad metafísica de un milagro, sino porque generalmente los hechos milagrosos que pueden merecer alguna fé histórica son tan escasos, comparados con los que no se apartan del orden normal, que hay una gran probabilidad de que falta á la verdad ó incurre en error quien avanza semejante pretensión. Para que un Juez ordene, pues, la prueba de un hecho, no basta que este hecho sea rigurosamente posible, sino que es preciso que sea verosímil.

Si no es permitido negar seriamente en justicia una ley constante de la naturaleza, y si lo que no es para el metafísico mas que una extraña probabilidad, equivale para el Juez á una certidumbre completa, nuestros conocimientos no son desgraciadamente siempre bastante perfectos para que podamos afirmar con entera confianza, que tal ó cual fenómeno ha sido producido por tal ó cual causa. Son muy pocas las leyes de la naturaleza que conocemos completamente, en comparación de las que ignoramos, ó de que solo tenemos una noción imperfecta. Frecuentemente en la práctica judicial y con especialidad en todo lo que se refiere al mecanismo tan delicado de los cuerpos organizados, no podrá responder la ciencia sino por conjeturas más ó menos fundadas á las preguntas que se le dirijan sobre las causas de ciertos resultados materiales, cuyo origen conviene investigar. Entonces no poseemos ya esta certidumbre moral en que se apoya la inteligencia, cuando puede apoyarse en

estos resultados de la esperiencia formulados por la teoría, que se ha convenido en llamar *leyes de la naturaleza*. En semejante hipótesis, la base de la inducción llega á ser mucho más frágil, y la observación de los hechos materiales no suministra mas que simples *indicios*. En breve volveremos sobre estos indicios materiales, comparándolos y refiriéndolos á los indicios tomados del orden moral.

26. La especie de inducción que tiene más boga en la jurisprudencia es la que se funda en la ley mas importante de la naturaleza moral, es decir, en la fé que se presta al testimonio del hombre. Aquí entendemos por *testimonio*, no solamente la declaración verbal de testigos propiamente dichos, ó de terceros, sobre los hechos litigiosos, sino toda especie de declaración del hombre, bien sea oral, bien por escrito, relativamente á los hechos pasados. Vamos á ver que las pruebas mas usadas en la práctica judicial tienen por base esta especie de inducción, que está lejos de ser infalible, pero cuyo uso es indispensable. Entendido así, el testimonio, en un asunto litigioso, puede emanar del demandado, ó de terceros, ó del mismo demandante.

El testimonio del demandado que se condena á sí mismo en su propia causa, es la confesión, la mas grave de las inducciones judiciales, pero que no obstante no es siempre infalible segun veremos. Referimos á la confesión el juramento decisivo, recurso extremo empleado con la esperanza de obtener una confesión tácita de la conciencia del adversario, demandante ó demandado que se negara á jurar.

El testimonio de los terceros estraños al litigio constituye la prueba testimonial propiamente dicha.

Por último, la ley permite referirse, respecto de la prueba, al testimonio del mismo demandante, en los casos en que la ley autoriza, bien sea el juramento supletorio, bien ciertas afirmaciones, aunque no vayan acompañadas de juramento.

27. Cada uno de estos testimonios puede recibirse en juicio en la forma ordinaria, ó bien revestido de ciertas condiciones que se exigen imperiosamente para su validez. En el primer caso, la prueba puede llamarse *simple*, puesto que no tiene ningun carácter artificial; en el segundo caso, es legal ó *preconstituida*. A esta última clase se refieren los documentos privados que son confesiones sometidas á ciertas formalidades, los documentos auténticos, testimonios que se tributan de una manera solemne por funcionarios públi-

cos sobre hechos que han pasado á su presencia; y finalmente, los libros en que los mercaderes ó comerciantes son llamados personalmente, mediante la observancia de las disposiciones legales, á atestiguar sus propios derechos. Empleándose ordinariamente la escritura en los pueblos civilizados, como el medio mas comun de prueba, se ha acostumbrado á confundir la prueba escrita con la prueba preconstituida. Pero es fácil convencerse de que éstas dos expresiones no son sinónimas. Puede convenirse en ciertos signos, tales como las tarjas, de donde resultará una prueba preconstituida, sin escritura; y recíprocamente, un escrito, tal como una carta, podrá no tener ninguno de los caracteres de la prueba preconstituida ó legal (1).

28. La induccion fundada en las leyes de la naturaleza moral, puede referirse á otros datos que al testimonio del hombre. Hay en el orden moral, así como en el orden físico, hechos que hacen mas ó menos probable la existencia de los que la justicia se propone comprobar. Así, la fuga del acusado, un cambio completo en sus hábitos, una tentativa de suicidio, serán frecuentemente indicios de culpabilidad no menos significativos que los que se toman de los elementos puramente materiales del sumario. Tambien pertenecen á la clase de indicios materiales los antecedentes á que se dá con razon una grande importancia. Pero los indicios, tanto materiales como morales, tienen por lo comun menos fuerza que el testimonio del hombre, y antes de sacar de ellos conclusiones siempre mas ó menos conjeturales, es preciso estudiar con cuidado todas las circunstancias de la causa.

29. El nombre de *prueba* se reserva ordinariamente á los medios de demostracion sencillos ó revestidos de ciertas formas que se apoyan en la fé en el testimonio. La induccion que solo se apoya en indicios, tomados en el orden físico ó en el orden moral, dá lugar á lo que se llama *presunciones*. El art. 1549 del Código de Napoleón define las presunciones, *consecuencias que saca la ley ó el magistrado de un hecho conocido á otro desconocido*. Esta definicion, tomada á la letra, comprenderia la induccion enteramente, y en su consecuencia las pruebas propiamente dichas, así como las presunciones. En la prueba literal, por ejemplo, se deduce de un hecho

(1) Por esto en la distincion del *jus scriptum* y del *jus non scriptum* la escritura se entiende como refiriéndose á la promulgacion.

conocido, cual es la existencia de un escrito revestido de ciertas formas, un hecho desconocido, á saber, el de haberse celebrado un convenio sobre tal punto entre ciertas personas. No es esto, sin embargo, lo que el Código llama presuncion. Aquí el hecho conocido, el escrito, ha tenido precisamente por objeto consignar el hecho desconocido, la convencion. No hay, pues, verdaderamente presuncion cuando el hecho conocido se emplea, por decirlo así, en su uso natural. Una vez admitido el principio de la fé en el testimonio, la induccion que nos conduce del escrito á la convencion, es una operacion tan sencilla que pasa casi desapercibida, y el entendimiento la concibe tan fácilmente que la prueba parece directa. No sucede lo mismo cuando deduzco de ciertas huellas que hay en un camino que conduce al sitio donde se cometió el crimen, la culpabilidad de la persona á cuya planta corresponden perfectamente las señales observadas. Estos hechos no tienen absolutamente por objeto consignar lo que yo pretendo probar. Aquí no juega ya la fé en el testimonio, sino que tan solo se trata de un signo mudo, mas ó menos equívoco. La operacion del entendimiento por la cual deduzco la culpabilidad de la semejanza de los hechos, no se apoya en principios comunmente admitidos, sino en una conjetura de mi juicio. Hállase aquí lo que los jurisconsultos ingleses han llamado exactamente una *construccion*. Siendo, pues, aquí el resultado de la operacion mas dudoso que en la otra especie de induccion, es mucho mas notable lo que hay artificial en la conclusion. Entonces se dice que yo saco la consecuencia del hecho conocido al hecho desconocido, y no hay mas que presunciones. Impropiamente coloca, pues, el art. 1550 entre las presunciones la confesion de la parte y el juramento, que son, como tambien los escritos y los testigos, pruebas propiamente dichas. Por lo demás, los redactores del Código no han persistido en esta impropia clasificacion, puesto que dedican en seguida á la confesion y al juramento secciones separadas.

30. La distincion que hemos establecido entre las pruebas simples y las pruebas legales, se aplica tambien á las presunciones. Segun el art. 1549 estas son consecuencias que la ley ó el magistrado saca, etc. Hay, pues, presunciones respecto de las cuales queda entregado el Juez á sus propias luces, debiendo guiarle su razon en el uso tan delicado de las conjeturas judiciales, como le guiaria en los negocios ordinarios de la vida; y á éstas puede lla-

márseles *presunciones simples*. Hay otras en que la ley, movida por motivos de interés superior, saca por sí misma imperiosamente la consecuencia, como cuando deduce del matrimonio con una mujer la paternidad de los hijos que nacen de ella. Estas son *presunciones legales*.

31. En resumen, hé aquí aproximadamente el orden en que trataremos de los diversos modos de prueba que son objeto de esta obra.

PRIMERA CATEGORÍA.—ESPERIENCIA PERSONAL.

Inspeccion ocular ó reconocimiento judicial.

Juicio pericial, complemento de la experiencia personal.

SEGUNDA CATEGORÍA.—FÉ EN EL TESTIMONIO.

Pruebas propiamente dichas, subdividiéndose en:

Pruebas simples.

Confesion (á la cual se refiere el juramento decisorio).

Prueba testimonial.

Afirmacion del demandante (á la cual se refiere el juramento supletorio.)

Pruebas preconstituídas.

Documentos privados.

Documentos ó títulos auténticos.

Libros de los mercaderes ó comerciantes.

TERCERA CATEGORÍA.—PRESUNCIONES.

Simple.

Legales.

Vése, pues, que dejamos fuera de nuestro plan la evidencia interna que es sobrado incontestable, la deducción que es estraña á la prueba del hecho: finalmente, la induccion fundada en la permanencia ó constancia de las leyes de la naturaleza, que raras veces dará lugar á dificultades serias.

32. Estos diversos modos de prueba pueden á veces apoyarse unos en otros; y es, cuando es necesario salvar muchos intermediarios, antes de llegar al hecho cuya verdad se trata de consignar, y que desde entonces la prueba misma necesita ser probada. Así el reconocimiento judicial ó el juicio de peritos, no llegan á veces sino á consignar la existencia de indicios materiales; así la existencia de un escrito que se perdió, de un testamento, por ejemplo, puede probarse por testigos. Otras veces, la misma prueba, se reproduce por decirlo así, en muchos grados. Así, ya son testigos que refieren los dichos de los primeros testigos que asistieron á los hechos sobre que versa el litigio; así el tenor de un escrito original, se reproduce mas ó menos fielmente por una copia. Finalmente, puede haber prueba de la prueba en tercero ó cuarto grado (1), etc. Tal es el carácter de las copias de copias mencionadas en el art. 1333 del Código Napoleon. Es evidente, además, que la prueba cuanto mas se aleja de su origen, mas pierde su fuerza; verdad de que hace aplicacion la ley á las diversas clases de copias (art. 1333 citado). Laplace ha comparado oportunamente esta disminucion de la probabilidad á la estincion de la claridad de los objetos por medio de la interposicion de muchos trozos de vidrio: un número de trozos poco considerable, basta para quitar la vista del cuerpo que dejaba percibir de una manera distinta un solo trozo.

Para no fatigar el espíritu con una division sobrado complicada de nuestra materia, 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 á 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 clasificacion 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.

(1) En el famoso procedimiento contra Calas, un indicio grave no llegaba á conocimiento del Juez, sino por medio de cuatro testigos que se lo habian transmitido nuevamente, segun decian.

Siguiendo este orden, debia ponerse la primera la prueba literal. Nuestras costumbres judiciales y nuestra legislacion, que restringe, segun veremos, el uso del testimonio oral, dan preponderancia en los Tribunales á la prueba preconstituida 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 dia 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).

54. 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, reservaremos 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.

(1) En la Ley de Enjuiciamiento 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.º Los documentos públicos y solemnes. 2.º Los documentos privados. 3.º La correspondencia. 4.º La confesion en juicio. 5.º El juicio de peritos. 6.º El reconocimiento judicial. 7.º Los testigos. (N. del T.)

NOCIONES GENERALES SOBRE EL CURSO DE LA PRUEBA.

SUMARIO.

35. Indicacion 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 cuestion 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 primer cuestion 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 cuestion que se refiere íntimamente á la primera.

Por último, ¿qué se puede probar? ¿No hay ciertos hechos cuyo conocimiento oficial no quiere la ley que se adquiera 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.

¿QUIÉN DEBE PROBAR?

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 real, vemos que el derecho romano primitivo, en el procedimiento de las acciones de la ley, colocaba á las dos partes en una misma linea (1). Pero mas tarde, el derecho pretorio estableció igualmente una presuncion en favor del poseedor, presuncion que ha llegado hasta nosotros.

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 (2) 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 (3).

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

(2) Con arreglo á la legislacion 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 del 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, tít. 6, Part. 6, y 1 y 2, tít. 6, Part. 6. (N. del T.)

(3) 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 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 posesion de su heredad que estaba á punto de usurparle un tercero, se encuentra espuesto á la accion publiciana y reducido á probar que está en el caso de la escepcion *justi domini*, es decir, que es propietario de la finca misma que posee. Pero nada mas sencillo que esta pretendida singularidad, nada mas fácil de conciliar con los principios que protegen la posesion.

El que intente la accion publiciana, no poseyendo, está obligado á probar que se hallaba con las condiciones requeridas para la usucapion. Aho-

Estos principios, que no son otra cosa que la razon y el buen sentido aplicados al procedimiento, son tambien los mismos que consagra el Código Napoleon 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 ejecucion de una obligacion, dice el art. 1315, debe probarla. Recíprocamente, el que se pretende libre de una obligacion, debe justificar el pago ó el hecho que produjo la estincion de ésta.»

37. Añadamos, no obstante, que esta última regla no debe seguirse de una manera absoluta en materia criminal (4). Si en ella se debe aplicar en toda su estension al que dirige la acusacion, la máxima: *Onus probandi incumbit actori*, y exigir de él, en su consecuencia, una demostracion plena y completa de la culpabilidad del acusado, no podria hacerse igual aplicacion en cuanto al acu-

ra, 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 tenia 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 presuncion que creaba en su favor la posesion 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 consistiria 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 llegara á descubrir que es propietario del objeto depositado. Una vez hecha la prueba del depósito contra él, sería inútil invocar su posesion 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 reconventional. No hay, pues, en tal caso, ninguna escepcion de los principios constantes sobre la materia, y esta esplicacion sobrada elogiada no vale casi mas que la que consistiese en leer *non uno casu*.

Lo que estaríamos mas dispuestos á admitir, con la autoridad de muchos manuscritos de Theófilo, es que debe leerse mas bien *sane hoc uno casu* y aplicar sencillamente el testo á las acciones posesoria y negatoria, en que el poseedor en Roma podia ser demandante. (V. Paulo, l. 5, §. 6, D. *si ususfr. pet.*); lo cual consiste en las huellas que habia dejado, en materia de servidumbres, el sistema *legis actiones*, en que no se atendía á la posesion anterior al litigio. (V. la tesis de licenciado sostenida el 13 de agosto de 1836 por M. de Gaslonde, profesor honorario de la Facultad de Derecho en Dijon.)

(4) Véase sobre este punto á Mr. Mittermaier, *De la prueba en materia criminal*, cap. 47.

sado, 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.

La Ordenanza de 1670 (tít. 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.

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. Resúmen.
39. No se necesitan muy profundas reflexiones para convencerse de la posibilidad de probar una negativa. ¿No se adquiere diaria-

mente 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 *á priori* como si intentara una prueba imposible. Pero ¿quién 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 aserción. 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 prænantem*. 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 produ-

cido 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 mas dificultad respecto de la *negativa de hecho*. Cuando se anticipa un hecho preciso, determinado, parece tener la negacion 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 alegacion 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 proposicion negativa, puesto que acabamos de ver, que esta prueba es sumamente practicable en infinidad de circunstancias. Consiste en que aquí la negativa es indefinida. Circunscríbasela, 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 posicion es menos favorable, no porque niegue, sino porque apoya su prueba negativa en hechos mas ó menos vagos. «Si negativa indefinita probari non potest» dice Coceyo (1), «id non inde est quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita potest.» Así, pues, si afirmo en general que

(1) Coceyo publicó en 1698 su disertacion de *directa probatione negativa*. Esta doctrina, cuya historia presenta M. Gennari (*Teoria della Prove*, prelim. §. 7) de una manera interesante, ha sido sostenida en primer lugar por Bartolo contra Irnerio, y en nuestros dias la ha hecho prevalecer en Alemania la obra clásica de Weber, *sobre la obligacion de suministrar la prueba*, publicada en 1804.

uno ha sido sobornado ó que ha malversado caudales, sin poder precisar en qué ni cómo, será esta una proposicion afirmativa que no será susceptible de prueba. ¿Y por qué? Por que es indefinida.

Vamos mas lejos: tratemos de penetrar en el fondo de las cosas. Toda proposicion alegada está desnuda de pruebas ó apoyada en éstas. En el primer caso, es evidente que la afirmacion ó la negacion 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 mas ó menos precisos que se trata de demostrar. Así, el acusado que defiende su inculpabilidad, no puede apoyar su denegacion sino en los hechos justificativos que afirma. Toda negacion sería implica afirmacion. «Certe si diligenter attendas,» dice la glosa, «non est aliqua negativa, que tãcitam non habeat affirmativam.» Si la proposicion 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 proposicion 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 proposicion negativa. ¿Qué cosa mas precisa que una coartada? ¿Qué mas vago que una acusacion 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 escepcion aparente entra en la regla general, que vé en toda negativa una afirmacion 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 naturaleza compleja de una proposicion simple en apariencia, puede encontrarse en una proposicion afirmativa, tal como ésta: siempre he llevado en el dedo tal anillo.

42. En resúmen, toda prueba de una negativa, si ha de merecer el nombre de prueba, supone la afirmacion 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 afirmacion 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 proposicion 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 proposicion.
44. Exámen de la cuestion bajo el punto de vista lógico.
45. Discusion de los testos invocados.
46. De la prueba en la escepcion *non numerata pecunie.*
47. Dificultad especial en las acciones negativas.
48. Temperamentos prácticos en la aplicacion de nuestra doctrina.
49. Resúmen.

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 testos del derecho romano. Probemos á apreciar 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 proposicion 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 callejon sin salida. Es tambien tan conforme á la razon, 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 argumentacion, estableciendo que la prueba de una negativa

es sumamente practicable. Pero vayamos mas lejos: supongamos que no ocurra lo que creemos haber demostrado hasta la evidencia, que toda negativa seria, 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 proposicion 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 obligacion 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 artículo 1515 del Código Napoleon. El que reclama alguna cosa en juicio, quiere innovar puesto que ataca, ó bien la posesion positiva de su adversario, si se trata de un derecho real, ó bien en materia personal, esa especie de posesion de su libertad en que se halla colocado todo hombre, cuya dependencia con respecto á otro no está probada. Él es, pues, quien debe justificar su asercion, puesto que nada se presume sino las presunciones establecidas por la ley. ¿En qué 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 reclamacion? ¿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 jurisconsultos 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 jurisconsultos, 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 deman-

dante no está obligado á probar sino en cuanto enuncia una proposición afirmativa; sino que puede querer decir simplemente, que la prueba incumbe al que emite una proposición, 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 interpretación es tanto mas fundada, cuanto que tal es el sentido manifiesto 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 espresion 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 rescripto 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 profutendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.» ¿Se trata aquí de un hecho negativo, cuya prueba rechazára 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 el peso 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 numeratæ pecuniæ*. 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. Esplieacion 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 Loriei (*Inst. cost.* lib. V, tit. II, §. 6.) Por lo demás, este caso era el único en que se trastornó 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 juriconsulto, sin hacer distincion alguna. «Hactenus is qui rem non defenderet, primetur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.» Así pues, ya se trate de una afir-

(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 (vid. not. 3.)

macion 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 que 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 excepcional, y debe probar su existencia. En vano habrá triunfado el demandado en la vía 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 probandi 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; 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 de imponer servidumbre, estuviera obligado á probar que no existe esta. (V. tambien la sentencia del tribunal de

(1) Atendiendo, dice la sentencia del 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, qui lite pulsatus probatio exigatur.» (L. 8, Cod. de probat.)

(2) Segun la jurisprudencia del tribunal de casacion, conforme con la doctrina de Pothier (posesion, 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.

Grenoble de 14 de julio de 1852 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 las sentencias del tribunal de Limoges que se ha pronunciado dos veces (el 15 de febrero de 1857 y el 20 de noviembre de 1845) 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 caractéres 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 al 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 á 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 immittendi, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna inmissa sunt, eum qui sibi servitutum deberi ait; si vero non sunt inmissa, eum qui negat*. Asimismo Pothier (Posesion, n. 58), 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 casos en que, por otra parte, el señor no hubiera sido admitido al juicio posesorio (1), lo cual es contrario á la hipótesis que discuti-

(1) *Etiam in simplici possessorio non sufficeret patrono sola quasi possessio, nisi esset immemorialis*. Com. sobre la costumbre de París, loc. cit.