



INTRODUCCION

Las palabras que hemos puesto como epígrafe de este Tratado, demuestran, á la vez, la importancia de la materia que será objeto de nuestro estudio, y el punto de vista en que hemos creído conveniente colocarnos para estudiarla con la amplitud que merece.

Nadie puede, en efecto, desconocer que las leyes que aseguran nuestros derechos y sancionan nuestras obligaciones en el orden civil, así como las que castigan los delitos ó protegen nuestras libertades en el penal, serían, en la mayor parte de los casos, ineficaces é inútiles si la ley, al mismo tiempo que otorga aquellos derechos, impone estas obligaciones ó establece determinadas penas, no hubiese cuidado de señalar, con la misma exactitud y precisión, los medios que podemos emplear para presentar á los Tribunales la prueba de que nos encontramos en algunos de los casos previstos por ella. «Cuando un particular recurre

á un Juez, se lee en el Tratado de las Pruebas Judiciales escrito por Dumont, conforme á los manuscritos del célebre Jurisconsulto inglés Jeremías Benthan, es para pedirle una decisión, que no puede ser relativa sino á un punto de hecho ó á un punto de derecho. En el punto de hecho se trata de saber si el Juez estima que el hecho que se somete á su juicio es verdadero ó no, y en este caso la decisión no puede estribar en otra base sino en las pruebas. En el punto de derecho se trata de saber cuál es la ley sobre tal ó cual materia, qué derecho da ó qué obligación impone en una cierta y determinada suposición.» Excusado parece añadir, porque todas las personas versadas en asuntos forenses lo saben bastante bien, que los casos á que se refieren las primeras palabras que acabamos de copiar, esto es, aquellos en que se ventila una cuestión de hecho, son los más numerosos; pero aun tratándose de las cuestiones que se consideran como puramente legales, no se debe tomar al pie de la letra la doctrina que generalmente se enseña, diciendo, que hay cuestiones de puro derecho; porque, como dice el autor citado, si se duda qué ley deberá aplicarse ó cual es la extensión de los derechos que concede ó de las obligaciones que impone, es *en una cierta y determinada suposición*; lo cual, si no nos equivocamos, quiere decir, que el derecho nunca

INTRODUCCIÓN

9

puede separarse del hecho, ó en otros terminos, que el hecho en todos los casos, sin excepción, engendra el derecho (1). Cuando se discute, por ejemplo, la validez y eficacia de un testamento, según se hayan observado ó nó en su otorgamiento las leyes extranjeras ó las mexicanas, la cuestión, aunque parezca puramente legal, supone el conocimiento de varios hechos, como son la presencia del testador en tal ó cual lugar, su nacionalidad, la ubicación de los bienes, etc., etc. Lo que nos induce al error de creer que en estos casos se trata sencillamente de la aplicación de la ley, es que los interesados están, ordinariamente, de acuerdo en cuanto á los hechos generadores del derecho; y por eso se dice, con verdad, que en las controversias de esta clase no se necesita prueba, ó lo que es lo mismo, que el Juez no está llamado á resolver sobre otro punto que no sea el de la aplicación de la ley (2).

Las consideraciones anteriores acerca de la importancia de la prueba en materia judicial suben de punto si se tiene presente que muchas veces, circunstancias al parecer insignificantes tienen una influencia decisiva en la so-

(1) *Jus ex facto oritur*, se decía en el Derecho Romano Ley 52 § 2 ff. *Ad legem aquil.*

(2) *Nulla enim lis, nulla disceptatio, nulla denum controversia probatione carere potest, quamvis cæteribus partibus possit. Menochio De Præsumtionibus.*

lución de las contiendas jurídicas. Es cierto que en lo general hay un hecho que podemos llamar capital, porque de la prueba que acerca de él se presente y de la estimación que de él se haga, depende que el juicio se resuelva en sentido favorable ó adverso para el que lo ha promovido. Pero también es cierto que al lado de este hecho capital, alrededor de él, por decirlo así, se agrupan otros varios que lo modifican de tal suerte que le hacen cambiar de naturaleza. Ya los jurisconsultos romanos, con aquella admirable perspicacia que les constituyó en maestros de la Ciencia habían dicho: *Jus totum per minimam facti mutationem mutatur* (1). Y esta importante observación no sólo se refiere al Derecho penal, en el que la prueba de las circunstancias de un delito puede influir en la aplicación de la pena hasta el punto de hacer lícito un hecho que en sí mismo es criminal, como sucede tratándose del homicidio cometido en legítima defensa, sino también en el Derecho civil. En este es menos perceptible, pero no menos cierta la influencia de los hechos que, vistos en sí mismos y sin relación á las teorías jurídicas, pudieran considerarse como accesorios; pero que conforme á los preceptos de la ley, pueden tener una importancia decisiva en la solución de las contiendas

(1) L. 31 ff. de *Excusat tutor*.

INTRODUCCIÓN

II

judiciales. Así, por ejemplo, cuando se trata de conocer los efectos de un contrato, el hecho capital parece ser la celebración ó no celebración de éste, y á primera vista pudiera creerse que sobre este punto debiera recaer exclusivamente la prueba; y sin embargo, la circunstancia de ser ó no comerciantes los que lo celebraron, tendría una importancia capital en el caso.—«Probar vale tanto, dice con su notable lucidez y admirable precisión el célebre jurisconsulto italiano Francisco Ricci, vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido, y ha existido de un determinado modo y no de otro» (1).

No puede, pues, ponerse en duda la importancia que en la Jurisprudencia tiene lo que pudiéramos llamar el *arte de producir la prueba de los hechos de donde el derecho se deriva*; y esta importancia crece notablemente si se toma en cuenta la dificultad de reducir tal arte á reglas fijas y determinadas que normen, ya la conducta de los litigantes en cuanto á los hechos que deben probar en juicio, y á la manera de probarlos, ya el criterio de los jueces y tribunales en lo que toca á tener ó no tener como suficientemente probados esos hechos. Si es difícil separar en el terreno de la práctica el hecho del derecho, y más difícil todavía dis-

(1) *Tratado de la Prueba Tit. 1º Cap. 1º.*

tinguir y señalar con la debida exactitud las circunstancias que constituyen la modalidad de aquél, mayores dificultades, sin duda alguna, ofrece el señalar los medios de convicción que pueden emplearse para hacer nacer en el ánimo de los jueces la certidumbre que deben tener de que tal hecho es verdadero; esto es, que se ha verificado realmente, y que se ha verificado de la manera como una de las dos partes contendientes en el juicio lo refiere, y no de otra manera diferente.

Cuando de este punto se trata, nos encontramos en presencia de dos sistemas radicalmente opuestos, y entre los cuales parece que el legislador tiene que decidirse, al regularizar por medio de los preceptos que dicte, esa importantísima parte del derecho que toca tanto al Derecho civil como al Derecho procesal que pudieramos llamar *Derecho probatorio*. El jurisconsulto alemán C. J. A. Mittermaier, aunque refiriéndose sólo á la materia criminal, ha trazado con notable claridad las diferencias que existen entre las dos teorías que podemos designar respectivamente con los nombres de teoría racional y teoría legal de la prueba.

En la primera, partiendo del principio de que la verdad es subjetiva, esto es, que su noción depende de las aptitudes especiales del sujeto que busca el convencimiento y del entendimiento que trata de adquirirlo, de tal suerte que pa-

ra cada hombre no hay nada verdadero sino lo que tiene por tal, se llega á la teoría, que podemos llamar *racional* de la prueba, que consiste en admitir que la sentencia debe ser el resultado no de motivos fijos y determinados, sino de la impresión general que experimenta todo entendimiento ilustrado en presencia de las pruebas producidas. En la segunda, dando por sentado que la verdad es objetiva, es decir, que tiene una existencia independiente del sujeto que la busca y que la adquiere, se viene á parar á la teoría legal, según la cual la investigación de la certeza se considera como una operación puramente científica, basada en reglas fijas é inquebrantables, trazadas de antemano por el legislador. Cada una de estas dos teorías desarrollada en sus diversas aplicaciones, ha dado origen á un sistema probatorio diferente.

A primera vista se comprenden las ventajas y los inconvenientes de los dos sistemas opuestos que hemos indicado; ventajas é inconvenientes que si bien han sido expuestos por el autor citado, sólo con relación al Derecho criminal, en nuestro concepto, son generales y deben tenerse en consideración, aun tratándose del Derecho civil.

Nosotros, en el primer capítulo de este libro, dedicaremos unas cuantas líneas á estudiar ambas teorías en cuanto nuestras débiles fuer-

zas lo permitan, porque el concepto que acerca de ella; nos formemos, servirá de base á nuestros estudios posteriores, que tendrán por objeto conciliar, si es posible expresarse así, uno y otro sistema; ó en otros términos demostrar hasta qué punto los preceptos de la legislación positiva en materia de pruebas, están de acuerdo con los principios de la lógica, según los cuales se adquiere la certidumbre, llegando así á estab'ecer un sistema verdaderamente filosófico en tan importante materia (1).

Para este fin, después de trazar en dicho capítulo la historia de uno y otro sistema, señalar sus ventajas é indicar sus inconvenientes, descenderemos, en el curso de nuestro estudio, el examen de cada uno de los medios de prueba que nuestra legislación admite, para ver la amplitud ó limitación que debe darse á cada uno de ellos, conforme á los principios de la Ciencia y á las doctrinas de la Jurisprudencia. Pero tales noticias serían incompletas si no fuesen precedidas de ciertas doctrinas generales acerca del sistema probatorio, tomando es-

(1) Sabido es que en Filosofía se distingue la verdad de la certeza. Esta última no es sino un estado del espíritu en el cual nada absolutamente duda. También los escolásticos distinguieron la verdad real ó en la cosa y la verdad formal ó en el entendimiento; la primera es la realidad, esto es, la cosa tal como es en sí; la segunda la conformidad de la idea con el objeto.

ta palabra en su más amplia acepción, pues como observa juiciosamente Mittermaier, la palabra prueba, en su significación jurídica, es susceptible de ser considerada en dos puntos de vista diferentes: con relación á quien la propone, ó lo que es lo mismo, á quien debe suministrar los motivos determinantes de la convicción, y con relación á aquel ante quien se produce, es decir, al Juez ó Tribunal que debe dar por probados ó no probados los hechos que ante él se han alegado. En el primer sentido, la palabra *prueba* es sinónima de esta otra: *ministración de la prueba*, y es claro que al estudiar la prueba bajo este aspecto, debe estudiarse y resolverse la importante y trascendental cuestión de á quien incumbe la prueba en las contiendas judiciales, lo relativo á las pruebas que deben admitirse y las que deben desecharse por ineficaces y superfluas, la ley que debe regir la admisibilidad de la prueba, etc., etc. En el segundo aspecto, la prueba se confunde con la certeza, y á ella se refiere lo que hemos dicho en cuanto á la necesidad de analizar cada uno de los medios de prueba que la ley positiva admite como elemento de convicción, suficiente para que adquiriera la certeza el Juez encargado de resolver las contiendas judiciales.

Aunque las consideraciones anteriores parecen propias para inclinar nuestra mente á

establecer una división de esta vasta materia, en sólo dos partes, la una con relación al que debe ministrar la prueba y otra relativamente al Juez ante quien se debe proponer, las diferencias radicales que en nuestro concepto existen, á lo menos según las legislaciones modernas, en asunto de pruebas, ya se trate de materia civil ó de materia penal, nos obligan á establecer otra división diversa de la que acabamos de indicar, hablando separadamente de la prueba en materia civil y de la prueba en materia penal. Esto, por otro lado, no será inconveniente para que al tratar de la prueba en materia civil en la primera parte de este Tratado, á fin de evitar repeticiones enojosas, anticipemos algunas ideas que en rigor correspondrían á la segunda, ó sea á la prueba, en materia criminal.

Indicado de tal suerte el plan que nos proponemos seguir en nuestros estudios y teniendo en cuenta que nuestro propósito es comprender en este modesto ensayo, si bien con la concisión y brevedad que exige una obra puramente didáctica, todo lo que al *Derecho Probatorio* se refiere, descendiendo hasta el estudio de lo que los antiguos juriconsultos españoles llamaban pruebas privilegiadas así en materia civil como en materia penal, sólo añadiremos á lo que hemos dicho, algunas cuantas palabras para dar á conocer á nuestros lec-

tores los motivos que nos han impulsado á emprender este trabajo.

Ya hemos dicho que lo que pudiéramos llamar Derecho Probatorio es una de las ramas más difíciles del derecho, y ahora añadiremos que hasta la publicación reciente de «El Tratado de las Pruebas» por F. Ricci, la Lógica de las Pruebas en materia Penal de Framaino, y la «Teoría General de la Prueba» en Derecho Civil, por Carlos Lessona (1) no conocíamos, aparte de algunas obras de los antiguos jurisconsultos, más que las escritas por Benthan, Bonnier y de Mittermaier (2).

(1) Esta obra es muy interesante. En su parte general comprende cuatro capítulos cuya lectura es de mucho provecho. 1.º De la fijación de los medios de prueba; 2.º de la admisión de la prueba; 3.º de la ejecución de la prueba, y 4.º de la valuación de la prueba. Desgraciadamente, sólo se han publicado los tres primeros tomos, vertidos al castellano.

(2) A las obras citadas en el texto podemos añadir la del jurisconsulto inglés Santiago Glassford y una preciosa monografía sobre las Presunciones en el Derecho italiano por el abogado Lamberto Ramponi. La primera se intitula «Los principios de la prueba y su aplicación á las pesquisas judiciales»; se puede considerar como un curso de Lógica Judicial, y está dividido en dos partes, en la primera trata de una manera general de las fuentes de la prueba y de la diversa clase de pruebas; en la segunda estudia de una manera especial las pruebas legales.

De la obra de Ramponi hablaremos en el lugar oportuno.

Todas ellas, son sin duda, obras de mérito que mucho nos aprovecharán en el estudio que vamos á emprender, porque excusado es decir, que nada nuevo encontrarán en él nuestros lectores, si no es la forma de exposición que daremos á la materia, procurando ser lo más claros y metódicos que nos sea posible; pero precisamente algunas de esas obras como las de Benthan, por la profundidad y el espíritu extremadamente analítico del autor, y otras por referirse sólo á la materia penal, como el Tra-

Entre los autores antiguos, cuyas obras merecen consultarse, citaremos las siguientes:

Mascardo (José), jurisconsulto italiano, nacido en Sarzana, cerca de Génova, á principios del Siglo 16.^o y muerto en 1588.

Desempeñó importantes empleos y su obra más notable tiene por título *Conclusiones omnium probationum quæ in utroque jure quotidie versantur*.

Menochio (Jacobo), Jurisconsulto de la misma nación y de la misma época, muerto en 1607. Fué Profesor en Pisa, en Pavía y en Padua y Presidente del Consejo de Milán por nombramiento del Rey de España, Felipe II. Entre sus obras debemos citar las que tienen por título *De præsumptionibus, conjecturis signis et indiiciis*.

Próspero Farinacio, nacido en Roma en 1544. Entre sus obras se encuentran dos que tratan de las pruebas y tienen por título, la una *Quæstiones variæ* y la otra *De testibus*.

Hay también un Jurisconsulto español llamado Pareja, que escribió una obra con este título: *De fide instrumentorum*, la cual no hemos podido consultar.

tado de Mittermaier, no nos han parecido propias para la enseñanza. La obra de Bonnier, recomendabilísima bajo muchos aspectos y demasiado conocida en el foro mexicano, es más bien una obra de consulta y no una obra didáctica, y además adolece, á nuestro juicio, del defecto de haber estudiado, á la vez, aunque en capítulos separados, los medios de convicción que pueden emplear los litigantes, en materia civil y en materia penal. Son tan profundas, á lo menos, conforme al estado actual de las legislaciones positivas, las diferencias que existen entre una y otra materia, que vemos que en muchas naciones se ha adoptado la teoría de la prueba que hemos llamado racional, por medio del juicio por jurados, en materia penal, al paso que el sistema legal de pruebas está generalmente aceptado en el procedimiento civil. Creemos que el hablar á la vez de los mismos medios probatorios en el Derecho Civil y en el Derecho Criminal, como lo hace Bonnier, ofrece graves inconvenientes en la enseñanza, porque impide que se vea en un punto de vista general y de una sola ojeada, el desarrollo del principio que sirve de base al sistema.

Explicado, pues, el plan que nos hemos trazado al escribir este ensayo y los motivos que nos han estimulado á hacerlo, sólo nos resta pedir á nuestros lectores, y especialmente

á los estudiantes de jurisprudencia, á quienes le dedicamos, que vean con indulgencia el trabajo que hemos emprendido, buscando antes el bien de la juventud estudiosa, que el provecho propio.

México, 19 de Octubre de 1903.