



PRIMERA PARTE

De la prueba en lo general

CAPITULO I

De la noción de la prueba y de las diversas teorías acerca de ella.

Hemos dicho en la introducción de este Tratado, siguiendo á Mittermaier, que la palabra *prueba* es susceptible de ser tomada en dos acepciones diferentes. Unas veces significa los medios que la parte emplea para fundar la convicción en el ánimo del Juez, y otras comprende el conjunto de los motivos que obran en el espíritu de éste para concluir que son reales y efectivos los hechos que ante él se han alegado, como generadores del derecho que está llamado á declarar. Bajo el primer aspecto, puede considerarse lo que llamamos prueba como la *causa*, que haciendo nacer la certeza ó el convencimiento en nuestro ánimo, tiene que

22 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

producir un efecto determinado; y bajo el segundo, como la certeza misma. Así, la palabra prueba, en su significación jurídica, se toma unas veces por la causa productora de un fenómeno psicológico, y otras por el mismo fenómeno.

Por más que esta distinción sea científica y por más que ella sirva para esclarecer el concepto metafísico de la *prueba*, en el caso presente, y tratándose de la prueba en lo general, no sería de ninguna utilidad práctica insistir más tiempo en ella. Así es que la mayor parte de los jurisconsultos han comprendido en una misma definición la causa y el efecto, esto es, los medios probatorios, y la certeza que se supone que deben producir. Domat, citado en el Repertorio de Jurisprudencia de Dallóz, dando á la palabra prueba un sentido demasiado general, decía que: *prueba es lo que persuade al espíritu de una verdad*. No han faltado, sin embargo, algunos jurisconsultos que hayan tomado esta palabra en una acepción restringida, limitada á los medios jurídicos que la ley pone á disposición de los litigantes para producir la certeza en el ánimo del Juez (1).

(1) Son dignas de conocerse, y por eso queremos apuntarlas aquí, las diferentes definiciones que los jurisconsultos han dado de la prueba. Ascensio decía: *Probatio est rei dubiae per argumenta ostensio*. Según Baldo: *probatio est fides veri legitimis modis et temporibus*

Pero lo que no puede dudarse es que la teoría (1) de la prueba en cualquiera de los dos aspectos que se la considere no puede sostenerse

facta. Mascardo da una definición semejante, pero precisándolo más. *Probatio*, dice, *est ostensio rei dubiae per legitimos modos judici facienda in causis apud ipsum judicem controversis*. Cujacio dice: *Probatio nes sunt testimonia vel instrumenta quibus veri fides constat*. Entre los modernos, Mitlermaier ha dicho *la suma de los motivos productores de la certidumbre se llama prueba*. Mourlon la define diciendo que prueba es la consecuencia que la ley ó el magistrado sacan de un hecho conocido á otro desconocido, y Laurent dice que prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho. Todos convienen en que se da también el nombre de prueba al hecho conocido del cual el desconocido se deduce, ó bien como dice Laurent, al medio de que las partes se sirven para demostrar el hecho de cuya existencia se duda. A estas definiciones pudiéramos agregar otras muchas que trae Lossona, quien como lo hace Menochio explica la diferencia que hay en la significación de las palabras *presunción*, *indicio*, *conjetura*, *signo*, *sospecha* y *admiricula*. Véase más adelante el capítulo relativo á las presunciones, en el cual se explicará con toda claridad, signiendo las doctrinas de Ramponi, la diferencia que hay entre prueba y presunción.

(1) La palabra teoría puede confundirse en algún caso con la palabra sistema. Nosotros nos servimos de la primera, en cuanto la manera de concebir la prueba, no pasa del terreno especulativo, al paso que llamamos un sistema probatorio, á la reunión de principios conforme á los cuales el legislador ha procedido á organizarla.

24 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

sin el auxilio de la Filosofía. Necesario es ocurrir hasta los fundamentos de la certidumbre, ó por lo menos, dar por sentados éstos, y estudiar conforme á los preceptos de la lógica el efecto que determinados medios de convicción deben producir en toda inteligencia libre de preocupaciones, para poner en concierto los preceptos de la Legislación con los postulados de la ciencia. «La teoría de la prueba, dice Dallóz, es una teoría filosófica. Se necesita un profundo conocimiento de las leyes del pensamiento para encontrar la solución de estas cuestiones fundamentales: ¿qué cosa es una prueba? ¿qué es la certidumbre? ¿qué es la evidencia? ¿cuáles son los medios legítimos de apreciar la fuerza de las pruebas? ¿cuáles son las causas de los errores, y de la ignorancia? ¿cuáles son los medios de descubrirla?—Tales problemas, enunciados con tanta generosidad, son, como á primera vista se comprende, del dominio de la Psicología y de la Lógica; pero el juriconsulto, al estudiar la prueba, tiene que dirigir sobre ellos una ojeada y resolver, según la solución que les dé, las cuestiones que se discuten en el foro sobre la existencia ó no existencia de hechos concretos y determinados». Así es que en realidad puede decirse que un Tratado de pruebas judiciales sería la misma cosa bajo cierto aspecto que un tratado de Psicología y de Lógica, porque como se dice en las palabras

que hemos puesto por epígrafe á este libro, para descubrir la verdad en materia judicial no hay otro camino que para descubrirla en cualquiera otra materia (1). El hombre no llega á alcanzarla sino por medio de su inteligencia que percibe las ideas y los hechos y por su conciencia que los examina y los aprecia; la certidumbre moral que llega á adquirir, tiene que ser la verdadera base de la certidumbre judicial. En un sistema de escepticismo absoluto, la demostración en juicio de un hecho, para el efecto de hacer nacer un derecho, sería un contrasentido del todo inaceptable. Lessona ha dicho: Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del Juez un hecho, y juntamente de darle la certeza de la existencia ó no existencia de aquel hecho, es un medio de prueba».

Las consideraciones anteriores nos conducen de una manera natural al estudio de las dos

(1) El estudio de las leyes que regulan la certidumbre del hecho de la culpabilidad, dice Framasino, aunque hablando solo de la prueba en materia penal, es el objeto de la ciencia llamada Lógica judicial; el estudio de las formas que mejor concretan y garantizan esta certidumbre de hecho es el objeto del Arte judicial; En esta ciencia y en este arte descansa la seguridad de la libertad de los ciudadanos.

Lógica de las pruebas en materia criminal. Introducción.

26 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

teorías que en materia de pruebas se han compartido el dominio de la ciencia: la teoría que hemos llamado racional y la que todos los autores designan con el nombre de teoría legal, porque una y otra tienen como fundamento filosófico las doctrinas de la Lógica relativas á la legitimidad del convencimiento.

Cuando se trata de combatir en filosofía el escepticismo que niega la existencia de la verdad, ó que por lo menos duda que el entendimiento humano tenga la certeza de alcanzarla, la cuestión se formula de ordinario en los términos siguientes, que comprenden á la vez un problema de Metafísica y de Lógica: ¿existe la verdad, y si existe, nuestro entendimiento es capaz de conocerla? Si se ha llegado á demostrar la legitimidad del conocimiento, ¿cuáles son los medios que la inteligencia humana puede emplear para alcanzarlo? (1).

De estas varias cuestiones, la Jurisprudencia

(1) La cuestión de la legitimidad del conocimiento, que es el fundamento de la Metafísica, ciencia del ser es también el de la Lógica, ciencia del conocer, porque antes de estudiar las diversas formas de la aplicación de nuestro espíritu al conocimiento de lo verdadero, es necesario haber demostrado que el objeto que buscamos existe realmente y que nuestras facultades son capaces de conocerlo.

Cureo de filosofía por una Sociedad de Literatos.
Paris, Librería de Rosa y Bouret.

acepta como resueltas las dos primeras, y sólo tiene que estudiar la última; y eso, en un determinado orden de ideas, pues según tendremos ocasión de advertirlo en el curso de nuestro estudio, tratándose de ordinario en los juicios, así civiles como criminales, de hechos pasados cuya existencia real pocas veces puede comprobarse directamente, de los diversos criterios de verdad que la Lógica señala, el criterio histórico es el que desempeña el principal papel en las cuestiones forenses, sin que por eso deje de ser necesario ocurrir á otros medios de investigación, como veremos á su tiempo.

Hechas las anteriores explicaciones, se comprenderá mejor en qué consiste cada una de las teorías sobre la prueba que nos proponemos considerar en este capítulo, dando á conocer á nuestros lectores las ventajas que á una y otra se atribuyen, comenzando por la teoría que hemos llamado racional, porque en ella se prescinde de los preceptos de la ley y sólo se atiende á la conciencia individual. Pudiera decirse que esta teoría es en Jurisprudencia lo que el protestantismo ó la doctrina del libre examen es en religión.

El origen de la prueba, han dicho los defensores de esta teoría, estriba en un hecho que ha pasado fuera del conocimiento del Juez, y su efecto depende de las relaciones que se establecen por medio del pensamiento entre este

hecho y el que se ha de demostrar. Ahora bien, cada hecho del que se deduce la prueba produce necesariamente un movimiento en la conciencia humana, y este movimiento varía de intensidad según los individuos. Póngase á un Juez dotado de una imaginación viva al lado de otro habituado á pesar fría y maduramente las cosas, y el resultado será muy diferente. El primero se dejará llevar por las apariencias; su espíritu, combinando de pronto un conjunto de ideas, unirá en un momento los hechos conocidos á toda una serie de hechos imaginarios; el segundo, siempre dudando, considerará aisladamente las circunstancias, y su espíritu permanecerá impasible é inmóvil.

Por este motivo se ha tenido, como una insensatez querer encadenar por reglas fijas, cual lo pretenden los defensores de la teoría legal, el vuelo de la facultad que todos los hombres tienen de investigar y descubrir lo cierto en todas las cosas, y que es la facultad que guía nuestra conducta en el curso ordinario de los sucesos de la vida. Por otra parte, se ha añadido, es imposible abrazar en dos ó tres artículos de una ley, la multitud de casos tan diversos que pueden presentarse, y no sería tampoco fácil establecer una regla para cada caso especial que ocurra en la práctica. ¿Qué sucedería si el Juez no encontrase en la ley un artículo en que se hubiera previsto el grado de asentimiento

que debía dar á un hecho que la ley no había considerado entre los medios de investigación por ella señalados, y que, sin embargo, era bastante para fundar la convicción en un ánimo recto y desapasionado?

Por otra parte, dice Mittermaier exponiendo las objeciones que se han hecho á la teoría contraria, el legislador se engaña si mira la convicción del Juez como resultado directo de las pruebas organizadas con arreglo á su sistema; bien lejos de eso, emana de una ley natural, resulta del concurso de una infinidad de motivos y se apoya en una serie indeterminable de leves circunstancias de las cuales el legislador no podría hacerse cargo. Los pretendidos motivos enunciados en la sentencia no son, pues, los verdaderos; la condenación tiene lugar, no porque dos testigos hayan declarado en el mismo sentido, sino porque sus declaraciones concuerdan perfectamente con el carácter del acusado, con los motivos especiales que tenía para obrar; porque vienen á confirmar el concepto que el Juez se ha formado por indicios importantes. Observando las cosas más de cerca, se descubre fácilmente que en el ánimo de cada uno de los Magistrados una circunstancia diferente es, como ya se ha dicho, la que lo convence y decide la certeza. Las palabras que acaban de copiarse están de acuerdo con la opinión manifestada por el autor de este Tratado

30 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

en otro lugar, diciendo que en toda sentencia hay mucho de subjetivo (1).

La historia parece estar de acuerdo con las ideas anteriormente emitidas en cuanto á poner de relieve la superioridad de la teoría racional de la prueba, que fué la primera que se practicó en Roma. En el sistema de pruebas, en materia criminal, seguido en tiempo de la República, no tuvieron cabida ningunas leyes especiales. Como el pueblo reunido en comicios por centurias ó por tribus era quien fallaba, no era posible una apreciación jurídica de las pruebas.

Posteriormente se establecieron las *quaestiones perpetuae*; y aunque al principio no había sino jueces populares que seguían su sola convicción, bien pronto comenzaron á ponerse en práctica ciertas fórmulas en lo concerniente al interrogatorio de los testigos y á la fuerza probatoria de los documentos, hasta llegar á los tiempos en que la tiranía de los Emperadores hizo que los jueces aceptasen como prueba de los delitos, el resultado del tormento, en lo que algunos jurisconsultos han visto el origen de la prueba legal (2).

(1) Tratado del juicio de Amparo. Cap. 21. Lec. 3.^a Lib. 2.^o pág. 395,

(2) Antes de César no se daba tormento más que á los siervos.

El uso de que lo sufrieran los que eran libres y aun

Bajo el Imperio cayeron en desuso los tribunales populares, sin que por eso llegase á funcionar un sistema legal de pruebas en el sentido que hoy pudiera darse á esta palabra. Si bien en las constituciones de los Emperadores se establecieron algunas reglas relativamente á la prueba, obligatorias para los jueces, como eran las que desecharon el testimonio de determinada clase de personas.

A su tiempo estudiaremos el sistema de pruebas introducido por las ideas cristianas en las naciones de origen germánico en los juicios criminales, conocido con el nombre de *ordalia* ó juicio de Dios, el cual constituía un sistema formal ó legal de prueba, puesto que los jueces, partiendo del principio erróneo de que la justicia de Dios había de favorecer necesariamente en esta vida al inocente, tenían que aceptar, como una demostración de la verdad, el resultado de la prueba á que se habían sometido los contendientes. Por ahora creemos que basta lo dicho para que nuestros lectores se persuadan de que no siempre la teoría formal ó legal

los ciudadanos, no se introdujo sino hasta el tiempo de los Emperadores, quienes inventaron sucesivamente nuevos tormentos, según dice Filagieri. Este autor censura severamente el modo de enjuiciar de los romanos, en cuanto se apartaron de la teoría racional de la prueba; sus observaciones son bastante juiciosas y han sido aceptadas por las legislaciones modernas. *Ciencia de la Legislacion* lib. 3.^o cap. 9.

de la prueba ha sido aceptada, y que, por el contrario, la que hemos llamado racional es la más antigua y la que primero se ha presentado á la mente de los legisladores, como la más propia para llegar al conocimiento de la verdad y evitar los errores á que tan expuestos se encuentran los jueces al juzgar acerca de la verdad de los hechos (1).

Más no por lo que hemos dicho se crea que la teoría de que venimos hablando esté libre de graves inconvenientes. Por el contrario, mucho ha podido decirse en contra de ella, y por

(1) Mettermaier compendia en las siguientes palabras el desenvolvimiento que la teoría legal de la prueba tuvo entre los romanos.

«Para comprender bien el sistema de la administración de la prueba que siguieron los romanos en materia criminal, dice, conviene distinguir las diferentes épocas:

1.º Bajo la República no había ninguna teoría legal de la prueba; los jueces eran libres en su apreciación, y solamente se ve que el acusado, en caso de confesar, era condenado al momento sin que se tuviese el cuidado de examinar más á fondo el valor real de la confesión. Sin embargo, aparecen ya ciertas reglas; por ejemplo, los individuos calificados de *improbi* no podían ser llamados como testigos.

2.º A fines de la era republicana, los jurisconsultos formularon muchos preceptos para apreciar el valor de los medios de prueba, los cuales se refieren principalmente á la de los testigos.

3.º En tiempo de los Emperadores, los jurisconsultos amplían estas reglas y los mismos jueces se acostum-

mucho tiempo las fórmulas introducidas en el procedimiento por la influencia que en las ciencias jurídicas ejerció el Derecho eclesiástico se tuvo como un progreso, y lo fué realmente. Según opinan todos los autores, el Derecho canónico se mostró favorable al desenvolvimiento lógico de la teoría legal de la prueba, haciendo imposible, ó á lo menos, muy difícil, la arbitrariedad á que es tan ocasionado el sistema opuesto, según el cual los motivos de credibilidad radican sólo en la conciencia del Juez. Los jueces eclesiásticos, dice un autor, no se parecen á los antiguos *escabinos* (1), son verdaderos magistrados que juzgan conforme á la ley; así no es ya su sola convicción la que deberán seguir: su sentencia será dictada en virtud de la apreciación jurídica de la prueba, y en tanto que los Papas procuran darles instrucciones detalladas, los Doctores en Derecho canónico, ciegamente guiados por el método escolástico, entouces dominante, erigen una multitud de reglas y forman todo un sistema,

bran á observarlas fielmente: los rescriptos y constituciones imperiales contienen frecuentes indicaciones para los Magistrados, en lo tocante al examen de las pruebas ó á la expresa prohibición de admitir tales ó cuales testigos. Obra citada, Cap. 2.º Puede verse también el Curso de Derecho Romano de Carlos Maynz tomo 1.º pág. 173 y tomo 2.º pág. 482.

(1) Mettermaier. Obra citada, cap. 2.º

34 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

combinándolas con las expresiones mismas de los libros bíblicos, por ejemplo, sobre el número de testigos que se requieren, y de ciertos pasajes de los Jurisconsultos romanos. Estas palabras explican suficientemente la influencia que el derecho canónico ejerció en el procedimiento, como es fácil comprobarlo ocurriendo á los más notables expositores de aquellos tiempos (1).

Porque en efecto; ¿quién no ve que la teoría de la prueba racional es contraria á los postulados de la Lógica, según los cuales existen leyes que norman el ejercicio del pensamiento en la investigación de la verdad, y más que todo, que semejante teoría conduciría á la arbitrariedad más completa? Los que combaten esta teoría suponen que solo un sentimiento íntimo, instintivo, infalible, puede llevar á nuestro ánimo la convicción de que un hecho se ha verificado realmente, y esto no es cierto, puesto que todos los sistemas filosóficos admiten la existencia de ciertos criterios de verdad, que no son otra cosa que los medios que la naturaleza ha puesto á nuestra disposición y que la Ciencia ha perfeccionado, para adquirir la certeza, sin la cual la práctica de la vida sería

(1) Entre estos podemos citar á Julio Claro, Menochio y Mascardo, cuyas obras eran tenidas, hasta hace poco tiempo, en grande estima en el foro.

imposible. No puede dudarse que reside en nuestro espíritu una fuerza incontrastable que nos arrastra hacia la verdad, pero no por eso podrá desconocerse que esta inclinación, como todas las que tiene el hombre, es susceptible de perfeccionarse con el uso, y que una vez perfeccionada es más segura en su aplicación. ¡Una observación larga y concienzuda puede muy bien establecer reglas que la gobiernen, y que, erigidas en sistema por la Ciencia, se vean elevadas á la categoría de principios de aplicación universal. Al trazar el Legislador las instrucciones que deben servir de norma á los jueces para apreciar las pruebas, dicen los defensores de esta teoría, está muy distante de seguir un camino enteramente arbitrario, puesto que aquellas no son otra cosa sino la sanción de verdades generales, reconocidas por la razón, de métodos más seguros para hallar la certeza y de reglas abstractas acreditadas por la experiencia.

Por otra parte: ¿quien podría señalar hasta dónde llegaría la arbitrariedad de los jueces si, alegando que sólo estaban obligados á seguir el dictamen de su conciencia de la apreciación de las pruebas, tuvieran la facultad de fallar, menospreciando los medios de convicción ministrados por los litigantes, dando la preferencia á unos menos eficaces respecto de otros que lo eran más, y cerrando los oídos á las ob-

servaciones de los interesados y sin atender á las doctrinas de una sana crítica, siguiesen como único criterio en la resolución de las cuestiones que ante ellos se ventilan, su juicio individual?

Y todavía, si pudiéramos tener la seguridad de que no obraban en su ánimo otros motivos que no fuesen puramente racionales; pero lejos de esto, ¿quién ignora cuánto influye la pasión en nuestros juicios y hasta que punto nos sentimos inclinados á creer lo que alhaga nuestros sentimientos, así como nos sentimos reacios á reconocer la verdad cuando ese conocimiento nos llevaría á ceusurar á nuestros amigos ó á condenarnos á nosotros mismos?

Los graves inconvenientes que traería consigo el sistema según el cual fuesen desechadas de una manera absoluta las reglas establecidas por el Legislador para que se tenga como legalmente probado un hecho, sólo han podido evitarse, como veremos en su tiempo oportuno, en los juicios criminales, por medio de la multitud de Jueces, en los juicios por jurados. Los Jueces de hecho, que están llamados á resolver, según el dictamen de su conciencia, si un hecho deberá tenerse ó no como probado, tienen que ser muy numerosos.

Pero de cualquiera manera que sea, lo dicho hasta aquí nos pone en aptitud de resolver esta importantísima cuestión: ¿cuál de estos sis-

temas deberá preferirse? ¿Por cuál de ellos deberá decidirse el Legislador?

En nuestro concepto, hablando en términos generales, y sin referirnos á los juicios por jurados, de que hablaremos en otra parte, por ninguno de los dos, si es que hubiera de tomarse uno con exclusión absoluta de los principios contenidos en el otro. Según nuestro juicio, deberá adoptarse, como lo han hecho los Códigos modernos, un sistema según el cual se establezcan reglas de apreciación de la prueba, pero cuidando de que éstas vayan de acuerdo con los principios generalmente aceptados en materia de crítica, y dejando siempre cierta amplitud á la conciencia del Juez para que nunca la certidumbre moral sea diversa de la certidumbre judicial (1).

(1) Lessona caracteriza de esta manera los tres sistemas que puede establecer el Legislador, según su opinión, al regular la valoración de la prueba.

1.º El de la *prueba positiva ó legal*, en el que la verdad jurídica tiene un valor inalterable y constante, independiente del criterio del juez, quien se limita á aplicar la ley á los casos particulares.

2.º El del *íntimo convencimiento*, en el cual la verdad jurídica pende por entero de la conciencia del juez, quien no se encuentra obligado por ninguna regla legal: juzga de los hechos litigiosos únicamente por la impresión que las pruebas exhibidas por los contendientes han hecho en su ánimo y no está obligado á dar cuenta á nadie de los medios por los cuales se produjo en su espíritu el convencimiento.

Esta es la conclusión á la cual, si no nos engañamos, han llegado los publicistas que han hecho de esta materia el objeto principal de sus estudios.

El célebre autor del Tratado de los Delitos y de las Penas, que fué el primero en atacar con toda la vehemencia propia de una convicción profunda el sistema de las pruebas legales que envolvía al Juez en su estrecho nudo, según la gráfica expresión del conocido

3.º El de la *persuasión racional*. En éste, el juez debe pesar con justo criterio lógico el valor de las pruebas producidas y puede tener por verdadero el hecho controvertido, sólo sobre la base de las pruebas que excluyen toda duda de lo contrario. La verdad jurídica pende en este sistema, no de la *impresión*, sino de la *conciencia* del juez, que no puede juzgar simplemente según su criterio individual, sino según las reglas de la verdad histórica que debe ser su fundamento.

Según este autor, ninguno de los tres sistemas ha sido seguido de una manera exclusiva por los Legisladores modernos.

Comparadas las ventajas y los inconvenientes del sistema de prueba *positiva legal* y el de la prueba *racional*, se decide por este último.

Hay también un sistema legal de prueba, que se puede llamar parcial ó mixto, cuando la ley concediendo al Magistrado cierta libertad en la apreciación de las pruebas, le impone, sin embargo, restricciones; como por ejemplo: que no admita, en ciertos casos, la prueba testimonial, ó que admitiéndola, no pueda fallar apoyándose en el dicho de un solo testigo. Vease á Mettermayer, cap. 9.º y 10.º Parte 1.ª

criminalista francés Faustin Hélie, después de proclamar en voz muy alta la supremacía de la certidumbre moral en la investigación de los delitos, afirma que es más fácil sentir la certeza que definirla, y conviene en la necesidad de que la ley arregle las formas y las solemnidades de las pruebas, y establezca algunas precauciones á fin de determinar el valor propio de cada prueba, con el objeto de dirigir al Juez sin coartar su libertad (1).

Filangieri, á su vez, al poner de manifiesto las contradicciones y los errores en que habían incurrido los Jurisconsultos y los Legisladores de su época por seguir demasiado servilmente la teoría de la prueba legal que llegó á prevalecer casi por completo en el Derecho romano, formula, por último, lo que él llama Cánones de judicatura que deberían determinar el criterio legal (2).

(1) Introducción á la Obra de Beccaria, pág. 66. *Ma questa morale certezza di prove, dice Beccaria e piu facile di sentirla, che esattamente definirla.* Cap. VII. La doctrina que atribuímos á este autor no se encuentra claramente expuesta en su obra, pues esta, por su extremada concisión, no es bastante explícita, pero la expone su comentador Faustin Hélie.

(2) Ciencia de la Legislación Libro 3.º cap. 9.º y siguientes:

Filangieri dice: La jurisprudencia romana que nos ha servido de guía y de norma en las dos primeras partes del juicio criminal, nos ofrece en ésta erro-

El conocido jurisconsulto inglés Jeremías Benthan, que admite como modelo del procedimiento judicial el que se seguiría en un tribunal doméstico, presidido por el padre de la familia, admite, sin embargo, la posibilidad y hasta la necesidad de que el Legislador trace ciertas reglas que al mismo tiempo que impidan los juicios arbitrarios, guíen y alumbren la conciencia de los jueces en el descubrimiento de la verdad. «Se ha compuesto, dice, para las ciencias físicas un *Tratado del Arte de observar*; es un tratado de pruebas aplicado á un fin particular; es el arte de sacar inducciones ó consecuencias exactas de un hecho para otro:

res muy dignos de ser impugnados, porque ó han sido religiosamente admitidos en nuestros tribunales ó han dado origen á otros errores manifiestos. Cuando se trata de pruebas y de argumentos de los delitos, se encuentra en el cuerpo del Derecho romano una fluctuación continua entre la misericordia y la ferocidad, entre una delicadeza excesiva en calcular el valor de las pruebas, y un método tiránico é injusto de averiguarlos.

Quando hay contradicción entre dos leyes, esta antinomia se manifiesta claramente y el Legislador no halla dificultad en deshacerla; pero cuando la opinión está en el sistema, cuando no está en las partes sino en el todo, cuando no está en las palabras de la ley, sino en el espíritu de la Jurisprudencia, entonces no lo penetra el Jurisconsulto, solo puede verlo el Fiólósofo y la corrección es más difícil, porque debe recaer sobre el todo y no sobre la parte.

se trata de saber si todos los hechos observados corresponden entre sí. En materia de Legislación ó de Administración, es evidente que no se puede proceder sino por vía de conclusión, esto es, por medio de pruebas. El arte de recoger los hechos, de probarlos, de disponerlos en el mejor orden para que se aclaren mutuamente, para que se comprenda mejor su enlace y sus consecuencias, es la base de las ciencias administrativa y legislativa» (1).

Finalmente, Mittermaier y Framarino puede decirse que no han hecho otra cosa en sus respectivas obras sino tratar de poner de acuerdo, por medio de las doctrinas de la Jurisprudencia, los preceptos de la Legislación positiva con las reglas de la Lógica.

A este mismo fin se dirigen nuestros modestos trabajos, en los cuales procuraremos proceder con la mayor precisión y claridad que nos sea posible, demostrando que en un sistema perfecto de legislación la certeza legal no puede ser diferente ni deberá separarse de la certeza moral.

Daremos, pues, por terminado el presente capítulo haciendo á continuación la sinopsis de los preceptos legales contenidos en la Legislación española y en la mexicana relativamente al Derecho probatorio.

(1) *Benthan*. Trata o de las pruebas judiciales Lib. 1.º Cap. 1.º.

En la antigua Legislación española el sistema de prueba legal se hallaba constituido por los preceptos contenidos en los Códigos siguientes:

En el Fuero Juzgo, libs. 2.º, 3.º, 5.º y 12.º

En el Fuero Viejo de Castilla, en las leyes del tít. 2.º, lib. 3.º

En el Fuero Real en varias leyes del lib. 2.º, entre las cuales son notables las que hablan de los peritos.

En el Código de las Partidas, en los títulos 12.º, 13.º, 14.º, 15.º, 16.º, 17.º, 18.º y 19.º de la Part. 3.ª, que se refieren á la materia civil, y en las contenidas en los títulos de la Part. 7.ª que se refieren á la materia penal.

En el Ordenamiento de Alcalá, título 10.º

En la Nueva Recopilación, libs. 2.º y 4.º, títulos 18.º y 6.º

Y en la Novísima Recopilación, en multitud de leyes comprendidas en los libros 4.º, 5.º, 11.º y 12.º

En el Código de Procedimientos civiles, vigente en el Distrito federal, se encuentra el tít. 5.º del lib. 1.º que trata de la prueba.

En el Estado de Veracruz, el Códigos Civil y el de Procedimientos de 1869 contenían en sus títulos 6.º, cap. 7.º, del lib. 3 y 10 respectivamente, los preceptos relativos á las pruebas. En el Código civil hoy vigente no se establecen preceptos generales acerca de la prueba, los cuales se hallan contenidos en el tít. 5.º del

lib. 1.º del Código de Procedimientos civiles y en el cap. 11.º del lib. 2.º del Código de Procedimientos penales.

CAPITULO II

**De las operaciones que nuestro entendimiento
tiene que practicar
en la apreciación de la prueba
y de la verdadera naturaleza del derecho
probatorio.**

Claro está que al ^{me}deternos un momento á analizar las operaciones que se verifican en nuestra mente cuando se aprecia una prueba judicial, no intentamos, ni de lejos, entregarnos aquí al estudio de las arduas y difíciles cuestiones que la Psicología y la Lógica se encargan de discutir y resolver, con relación á la legitimidad del conocimiento. Sabemos de antemano que la razón humana puede demostrar su legitimidad por el testimonio íntimo de la conciencia, que nos asegura de una manera irresistible de nuestra propia existencia, y que de este hecho fundamental partió la filosofía cartesiana para llegar á demostrar que

44 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

el conocimiento de la verdad es accesible á nuestra mente (1).

Dando por sentado este principio, sólo diremos que como los medios por los cuales nuestro entendimiento puede adquirir la certeza, que es el objeto de la prueba, son unos directos y otros indirectos, de aquí resulta que tienen que ser varias las operaciones intelectuales que deben practicarse en la apreciación de los medios de investigación que la ley establece.

Cuando se trata de hechos percibidos por nosotros mismos y que se verifican en nuestro interior, la conciencia es el único criterio de verdad que podemos consultar, y entonces existirá respecto del hecho que se trata de probar lo que los psicológicos llaman *evidencia interna*, por medio de la cual conocemos los hechos que se verifican en nosotros mismos. Esta es la base de todo conocimiento y la única que resiste al escepticismo. En las cuestiones judiciales, el Juez, al apreciar las pruebas, no tiene

(1) Es digno de notarse que San Agustín puede ser considerado como el precursor de Descartes en el célebre principio que sirve de punto de partida al «Discurso sobre el Método». Las palabras de S. Agustín sólo difieren en cuanto á que toma el hecho mismo de engañarse como prueba de la existencia.

Sus palabras son estas: *Si enim fallor, sum, namque qui non est utique nec alli potest, ac per hoc sum, si fallor.* De Civ. Dei. Lib. 2.º Cap. 26.

que juzgar de ningún hecho propio, si no es del estado de su espíritu con relación al hecho que se trata de probar, esto es, á la impresión que en su mente hayan causado los medios de convicción ministrados por las partes; pero este fenómeno es común á todas las operaciones intelectuales, pues todas tienen que ir acompañadas de la conciencia, que no es más que el conocimiento íntimo de nuestras propias afecciones; por lo cual no creemos que la evidencia interna esté llamada á desempeñar ningún papel en la apreciación jurídica de las pruebas (1).

No sucede lo mismo respecto de la evidencia que se ha llamado externa y que consiste en el conocimiento que adquirimos de hechos exteriores, percibidos por el órgano de nuestros sentidos. El Juez, puede decirse con verdad, no dudará de lo que ha visto ú oído por sí mismo. Cuando los hechos han pasado en su presencia, cuando ha podido ver un cadáver ó un hombre herido, ó ha escuchado las palabras injuriosas que un individuo ha dirigido á otro, parece que su inteligencia nada tiene ya que hacer y que debe tener como indubitable la existencia del hecho controvertido.

(1) La conciencia acompaña todos nuestros actos. Los escolásticos decían: nada sentiríamos si no sintiésemos que sentimos; nada pensaríamos si no pensásemos que pensamos.

Sin embargo, ni en este caso el Juez está libre de ser víctima de una ilusión. Harto sabido es que el hombre en muchas ocasiones puede ser engañado por la apariencia de las cosas, tomando como una realidad lo que no lo es; y como cuando así sucede, según nos enseña la Lógica, no son los sentidos, sino nuestro entendimiento el que nos engaña, sacando deducciones falsas de datos verdaderos, resulta que aun en este caso el Juez tiene que servirse del raciocinio y hacer aplicación de las reglas de la Lógica para evitar los errores en que frecuentemente caemos, engañados, al parecer por nuestros sentidos, pero, en realidad, por la precipitación de nuestros juicios.

Pero los hechos que un hombre puede percibir directamente, sea por intuición inmediata, sea por el órgano de los sentidos, no son ni muy numerosos, comparados con la masa de los conocimientos humanos, ni de un orden muy elevado, según observa Bonnier; así es que la experiencia personal se encuentra circunscrita á muy estrechos límites. En la generalidad de los casos, para asegurarnos de la verdad de un hecho, partiendo nuestra inteligencia de un hecho conocido, deduce otros desconocidos, que se suponen comprendidos en él, ó bien, por el contrario, de un hecho conocido se eleva al conocimiento de otros hechos de la misma naturaleza, por medio de la generali-

zación. Sabido es que la primera manera de raciocinar se conoce en Lógica con el nombre de deducción, y la segunda de inducción, recibiendo los métodos que de una y otra respectivamente se sirven, los nombres de método deductivo y método inductivo.

El primero es un método puramente lógico que consiste en sacar con rigurosa precisión y exactitud de una proposición general que se supone verdadera, todas las proposiciones particulares que contiene. Este es el método de las ciencias exactas y deductivas en las que se hace uso del raciocinio puro, prescindiendo de los datos de la experiencia.

En el método inductivo, por el contrario, se necesita de la observación y de la experimentación, según la clase de fenómeno de que se trate; pero de cualquiera manera que sea, la inducción nunca se podrá tener como legítima sino admitiendo como base indispensable de nuestro juicio la constancia y permanencia de las leyes de la naturaleza física ó moral.

Así, cuando afirmamos con toda seguridad que un cuerpo cualquiera, siempre que carece de apoyo, siguiendo la vertical, cae hacia el centro de la tierra, nos fundamos para ello en que el mismo fenómeno se ha verificado siempre de la misma manera en las mismas circunstancias, lo que nos hace creer que existe un modo de ser y de obrar constante en la natu-

raleza, que es lo que llamamos orden; y de la misma suerte, cuando prestamos asentimiento al dicho de un testigo á quien suponemos bien informado y exento de toda pasión que le induzca á mentir, no lo hacemos sino porque sabemos por la experiencia diaria que el hombre, siempre que no obran en su espíritu móviles ilegítimos, es inclinado á decir la verdad.

En uno y en otro caso, esto es, en la inducción que se funda en la creencia de la constancia é inflexibilidad de las leyes de la naturaleza, así como en la que descansa en el conocimiento que tenemos del común obrar de los hombres, la actividad de nuestro espíritu se revela por medio de los raciocinios que formamos y que serán más ó menos concluyentes, según que en su formación hayamos observado ó no las reglas de la Lógica, evitando la precipitación con que solemos formar nuestros juicios.

Generalizando más estas ideas y comprendiendo bajo la denominación de leyes naturales no sólo el modo de ser y de obrar de las cosas sino también el de los hombres, como lo hace Framarino, podemos venir á este resultado: cuando el orden de la naturaleza es constante é invariable, según sucede en el orden físico, la consecuencia que se deduce es cierta; cuando se funda en el modo de ser y obrar ordinario de los hombres, las consecuencias

sólo son probables. Esta distinción es importante, porque por medio de ella podemos establecer en Derecho la doctrina relativa á los hechos que pueden contradecirse por medio de una prueba en contrario y los que no admiten contradicción. A nadie le ocurriría intentar la prueba de que un cuerpo destituido de apoyo y siempre que otra ley de la naturaleza no se oponga á ello, no había caído en el espacio; mientras que diariamente se admiten pruebas para justificar que un testigo ha faltado á la verdad, por más que aparezca bien informado del hecho que testifica y que le consideramos imparcial.

No por eso debemos creer que tal género de inducción, que en rigor lógico sólo puede engendrar consecuencias probables, no sea admisible en Derecho. Por el contrario, desempeña, tal vez, el principal papel entre las pruebas judiciales, porque bajo el nombre de testimonio se comprende también la confesión y la prueba documental, que no es más que un testimonio escrito. El testimonio sirve de fundamento á muchas verdades científicas y á todas las verdades históricas. Sin él ignoraríamos los hechos que no se han verificado delante de nosotros, nada sabríamos del pasado, y la vida social sería imposible. «Sin base en el testimonio, dice Benthan (1) no marcharían

(1) Obra citada pág. 29.

50 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

los negocios civiles, se paralizaría todo movimiento entre los hombres, no nos atreveríamos á obrar, porque el sinnúmero de hechos que caen bajo la percepción inmediata de cada individuo, no es más que una gota en un vaso de agua comparado con aquellos de que no puede informarse sino por referencia de otros. Después de todo, el número de testimonios verdaderos es incomparablemente superior al de testimonios falsos».

Tal vez este sería el lugar oportuno de tratar del criterio histórico que es el que se funda en el testimonio de los hombres, al cual damos asenso porque, á su vez, descansa en el modo común y ordinario de obrar de éstos, aunque no sea esta su única base; pero como en el presente capítulo sólo nos hemos propuesto estudiar las operaciones de la inteligencia mediante las cuales llegamos á la apreciación de las pruebas en materia judicial, omitimos lo demás que pudiéramos decir respecto del testimonio humano, considerado como elemento de credibilidad, para deducir las consecuencias prácticas á que creemos que debe conducirnos lo que hasta aquí hemos expuesto.

Si bien se reflexiona en lo que tenemos dicho, se advertirá desde luego que las operaciones que nuestra mente tiene que practicar para persuadirse de la verdad de un hecho en

materia judicial, caen bajo el dominio de la Psicología y de la Lógica y que sin el conocimiento profundo de estas dos ciencias en vano pretenderíamos que el abogado ó el Juez acertasen, el uno en la producción de los medios probatorios que la ley pone á su disposición, y el otro en la apreciación de ellos. Esta observación tiene mayor peso todavía, si se atiende á la complejidad de algunas de esas operaciones. Así, por ejemplo, tratándose del testimonio humano, entran en juego, por decirlo así, por parte del Juez, la evidencia externa, esto es, el criterio de los sentidos al asegurarse de que los testigos han dicho ó declarado tal cosa, ó de la autenticidad de los documentos que se le presentan como testimonio escrito; la inducción al dar asentimiento á lo que han dicho, fundándose en el modo común de obrar de los hombres, y al mismo tiempo, la reflexión para juzgar si el testigo está bien informado, si no fué víctima de un error involuntario y si no ha tenido la intención de engañar, movido por el interés, el afecto ó cualquiera otra pasión.

Tal cúmulo de operaciones intelectuales, encaminadas todas á engendrar el convencimiento de la realidad ó falsedad de un hecho, exige, de parte del Juez, el ejercicio de una razón serena é ilustrada, un juicio recto y libre de todo género de preocupaciones y una

52 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

atención constante y sostenida; en una palabra, un conocimiento nada superficial de la Lógica, hecho más eficaz por la experiencia adquirida en la práctica de los negocios judiciales. Sin estas dotes serán inútiles y hasta perjudiciales las reglas que dé el Legislador para formar lo que se ha llamado teoría legal de la prueba, porque, como veremos más adelante, el convencimiento que se engendra en el ánimo del Juez no debe, según nuestra opinión, proceder del valor de tal ó cual medio probatorio aisladamente considerado, sino del resultado obtenido por todos los que se han puesto en juego durante el litigio.

Demostrada, pues, la extremada dificultad de la materia de que venimos hablando, se comprende que en materia criminal, abandonados hasta cierto punto los otros criterios de verdad, no teniendo como suficiente ninguno de ellos, si se le considera separado de los demás, se haya apelado al sentido común de los hombres por medio de la institución del jurado. Bien sabemos que no es este el único fundamento en que ella se apoya, sino que, esta institución, de origen germánico, tuvo por objeto, al introducirse en Inglaterra en tiempo de los Sajones, asegurar la libertad de los individuos, de la cual siempre se mostraron tan celosos los pueblos del Norte; por lo que se tenía como requisito indispensable que el

acusado fuese juzgado por sus pares ó iguales (1). Mas no por eso es menos cierto que en los tiempos modernos. una de las razones más poderosas que se han hecho valer en favor de la institución del jurado ha sido la consideración de los errores á que puede conducir á un Juez la teoría de la prueba, encomendada al juicio de un solo individuo (2)

(1) Tácito refiere que entre los antiguos germanos las acusaciones capitales se juzgaban y decidían en asambleas populares presididas por el caudillo de la Tribu. Este indicaba la sentencia que parecía justa y el pueblo aprobaba.

Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, ant exsilet, aut exulet aut alia aliquo modo des truatúr nissi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terræ.

Blackstone citado por Dalloz.

(2) La opinión de los jurisconsultos en favor del jurado no ha sido unánime. En Francia se estableció el jurado en tiempos de la revolución, y al discutirse el Código criminal de 1808 encontró su establecimiento una viva oposición.

El célebre jurisconsulto Merlin dice en su Repertorio: «no pienso que para desempeñar las funciones de jurado baste una inteligencia ordinaria, aunque sea acompañada de probidad.» Escriche hace esta observación, importante en nuestro concepto; que aunque los jurados se hayan llamado *jueces de hecho*, lo cual induciría á creer que sus funciones son sencillas y están reducidas á declarar si un hecho resulta ó no probado; en realidad no es así, pues los hechos sobre los cua-

De cualquiera manera que sea, siempre habrá motivo para considerar la apreciación de la prueba, sea que se trate de materia civil ó criminal, ya sea que se adopte la teoría legal de la prueba ó la que en contraposición á esta hemos llamado racional, como uno de los puntos más difíciles del Derecho, para cuya aplicación no basta conocer los preceptos de de la ley, sino que se necesita haber estudiado profunda y concienzudamente las ciencias filosóficas, auxiliares de la Ciencia Jurídica y de la Legislación.

Lo dicho hasta aquí nos conduce de una manera natural á tratar de la segunda cuestión que hemos señalado como materia de que debemos hablar en este capítulo.

Es, en efecto, harto importante el saber á cual de los ramos de la Ciencia Jurídica corresponde el Derecho que hemos llamado Derecho Probatorio, porque del concepto que sobre este particular formemos dependerá la solución de algunas cuestiones prácticas, entre

les tienen que decidir son de ordinario complejos. Así un homicidio, por ejemplo, considerado como un hecho criminal no consiste simplemente en haber quitado la vida á un hombre; sino en el acto complejo de habérsela quitado libre y espontáneamente y con malicia. Debemos, sin embargo, reconocer que la institución del jurado se ha perfeccionado mucho en el tiempo que lleva de practicarse en otras naciones, por la experiencia que se ha adquirido.

otras, la relativa á la aplicación de la ley en materia de pruebas, cuando se verifica algún cambio en la Legislación.

Esta cuestión no es tan fácil como á primera vista pudiera creerse. Bonnier nos dice que los preceptos legales acerca de la eficacia de la prueba se deben clasificar entre los medios de aplicación, mediante los cuales se hacen efectivas las disposiciones de las leyes sustantivas, que son las que crean ó establecen los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, correspondiendo por lo mismo al género de las leyes que Benthan llamó adjetivas. Después de recordar cuáles son las leyes sustantivas y cuáles las adjetivas, agrega: «La materia de pruebas entra evidentemente en la segunda de estas categorías, porque no se trata ya, en efecto, de investigar cuales serán las consecuencias legales de tales ó cuales hechos, sino más bien de reconocer cómo se llegará á consignar su existencia». Fundado en estas razones, critica que en el Código Civil francés, que debiera ser una ley enteramente sustantiva, el legislador haya dedicado algunos artículos á tratar de la eficacia y valor de las pruebas, Esto dependió, según él, de que los Legisladores quisieron seguir ciegamente el método de Pothier, de cuya preocupación se encontraron libres cuando se discutió el Código Penal, en el que el Legislador, procediendo más racional-

mente, no hizo más que clasificar los actos penados por la ley, reservando todo lo concerniente á las pruebas y á la manera de proceder respecto de ellas, al Código de Instrucción Criminal. Lessona es de la misma opinión.

En el Estado de Veracruz el Código Civil de 1869, comprendió bajo el rubro de *prueba de las obligaciones*, en el capítulo 7º del título 5º del libro 3º, todo lo que creyó conveniente respecto de esta materia, al mismo tiempo que en el Código de Procedimientos Civiles en los títulos 10º, 11º y 12º del libro 1º parte 1ª volvió á hablar de las pruebas, dividiéndolas en plenas y semiplenas, etc., determinando su valor y tratando en los títulos 13º y 14º del mismo libro, del tiempo en que deben producirse, de la forma en que deben presentarse y de las objeciones que contra ellas pueden proponerse. En los Códigos de 1896, hoy vigentes, se siguió el método indicado por Bonnier, considerándose como perteneciente al Derecho procesal todo lo relativo á las pruebas, conforme al método empleado por los autores del Código Civil del Distrito Federal.

No nos parece, sin embargo, que tal modo de pensar esté libre de serias objeciones. Es cierto que al producirse una prueba no se trata de investigar cuales son las consecuencias legales de tales ó cuales hechos, sino de consignar su existencia; pero no lo es menos que

en multitud de casos es muy difícil separar las reglas que afectan el fondo, de las que sólo se refieren á la forma, como el mismo Bonnier lo reconoce cuando se trata de la filiación según el sistema de la legislación francesa.

Por otra parte, cuando se ha verificado un hecho, elemento generador de un derecho, tal parece que aquel que cree haber adquirido este derecho, adquirió también los medios de realizarlo ó hacerlo efectivo, que no son otros sino los que la ley le permite emplear para hacer constar la existencia de ese hecho. De otra suerte, un hecho realizado bajo el imperio de una ley que reconociera su eficacia, carecería por completo de consecuencias, quedaría incompleto, ó mejor dicho, se debería tener como no existente, puesto que aquel que pudiera invocarlo en su favor carecía de medios de realizarlo (1).

(1) La cuestión de si puede una ley cambiar la naturaleza de las pruebas de la filiación exigida por la ley precedente á los hijos naturales fué muy discutida en Francia cuando las leyes dadas durante la Revolución concedieron á éstos, derechos sobre los bienes de sus padres, que antes no tenían; pero prohibiéndose, á la vez, toda investigación acerca de la paternidad. Prevalció, al fin, según creemos, la opinión de que no debían admitirse los medios de prueba aceptados por las leyes anteriores, cuando el padre había muerto después de la promulgación de las nuevas leyes pero no porque se considerasen los medios

Las consideraciones anteriores nos persuadirán de la dificultad en que nos encontramos de determinar con todo rigor científico en qué ramo del Derecho, si en el Civil ó en el Procesal, debe comprenderse el Derecho Probatorio. En nuestro concepto, tal declaración no puede hacerse, porque á semejanza de lo que sucede con el matrimonio, que visto bajo un aspecto pertenece al Derecho público, y bajo otro, al privado, el Derecho probatorio pertenece á la vez al civil y al procesal, según que se considere, ya la eficacia y el valor de las pruebas presentadas en juicio, ya la manera de producirlas (1).

de prueba como pertenecientes al simple procedimiento ó Derecho procesal, sino porque se dijo, con razón, que los hijos, mientras sus padres vivían, no tenían un derecho perfecto sino solo la expectativa de un derecho, y que por lo mismo la aplicación de la ley no era retroactiva. Vease á Dalloz, Paternidad y filiación, Leyes, efecto retroactivo, y á Mailher Chassal. Comentarios al art. 2.º del Código Civil francés. Esta cuestión se ha presentado varias veces á la Suprema Corte de Justicia por vía de amparo, y ha sido resuelta en un sentido favorable á la admisión de las pruebas.

(1) Tal es la opinión de Ramponi, cuyas palabras por ser tan explícitas, nos permitimos copiar en este lugar: *«Il diritto probatorio civile e quella parte del diritto giudiziario che determina con quali mezzi e per quale forme si dimostra nel processo civile la verità dei fatti che stanno a base d'ogni pretesa giuridica. E così bisogna suddividere nel diritto probatorio due parti:*

Aunque lo anteriormente dicho pudiera conducirnos á darle preferencia al método seguido en el Código Civil francés y en el de Veracruz de 1869, creemos que si no una razón estrictamente científica, sí motivos de conveniencia, en obsequio de la claridad, y para evitar confusiones y antimonias, obran en favor del sistema de los Códigos que actualmente rige. Es, en efecto, inconveniente que el Legislador se ocupe de una sola materia, aunque la considere bajo diferentes aspectos, en dos cuerpos de leyes diversos, porque hay el peligro de que falte la unidad de pensamiento que debe existir en los trabajos legislativos, que se produzca la confusión en la mente de los que estudian los textos legales, y nazca, por consiguiente, la incertidumbre en los derechos que la ley asegura y garantiza. Ya hemos dicho que una de las razones que abonan la teoría de la prueba legal, es la necesidad de dar seguridad y fuerza á los derechos emanados de la ley civil, pues importa que cada ciudadano sepa, no sólo que tiene tal ó cual derecho que la ley le concede, sino también que

l' una concerni i mezzi di prova quanto alla loro essenza, alle loro modalita, alle condizioni d' ammissibilità, al valore, agli effetti, ed e regolata dal codice civile; l' altra riguarda le forme, cioè i modi con cui si somministrano le prove nel gindizio, ad e governata dal codice di procedure civile.

su modo de realización por medio de la prueba, es cierto y seguro y no está sujeto á la apreciación arbitraria del Juez. Para evitar los inconvenientes que hemos señalado, ya que no por una razón verdaderamente científica, creemos que es conveniente que el Derecho Probatorio, bajo todos sus aspectos, forme parte del Derecho Procesal tal como se ha practicado en los Códigos actualmente vigentes en el Distrito Federal y en casi todos los Estados de la República.

CAPITULO III

De los hechos que se pueden probar en juicio y de la ley que rige la prueba

Quando se habla de los hechos que pueden probarse en juicio, la primera cuestión que ocurre á nuestra mente es esta: ¿Todos los hechos que un litigante alegue en juicio, ya sea que se trate de definir algún derecho en los asuntos civiles, ó de demostrar la culpabilidad ó la inocencia de un inculpado en las causas criminales, podrán ser probados? O, lo que es lo mismo, ¿el Juez está en la obligación de aceptar todas las pruebas que se le presenten, aun

cuando considere los hechos que se intentan probar como inverosímiles é ineficaces para resolver la cuestión propuesta? (1)

Si consultamos las doctrinas de los Juriscon-

(1) Es un principio general del Derecho probatorio que el derecho no está sujeto á prueba. El artículo 19 C. c. D. F. dice que el que funde su derecho en leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso. Lo mismo ordena el Código civil de Veracruz refiriéndose también á leyes que no sean del Estado ni de la Federación (art. 19).

Véanse también los artículos 357 C. c. D. F. (369 C. P. c. V.)

Sobre este particular merece citarse una decisión de la Corte de los Estados del Imperio Alemán, que fija los principios siguientes:

1.º El Juez, si conoce la ley extranjera, debe aplicarla; 2.º con el objeto de aplicarla, puede, de oficio, procurarse su conocimiento; 3.º ninguna ley le obliga á conocer la legislación extranjera ni á procurarse su conocimiento; 4.º si el juez no conoce ya la ley extranjera y no puede ó no quiere conocerla por sí, el que invoca su aplicación debe probarla, y si no puede ó no quiere, el Juez aplicará la ley nacional que le es conocida.

El sistema de nuestros Códigos nos parece preferible.

En Inglaterra existen sobre el particular reglas análogas á las que contiene la legislación mexicana, pero con esta particularidad: que se necesita el dictamen de peritos *virtute officii* que indiquen la recta aplicación del texto legal al caso concreto.

¿Qué decir de la prueba de la costumbre?

El Código de P. c. de Veracruz de 1869, en su artículo 501 contenía algunas reglas sobre el particular.

sultos, encontraremos que de ordinario señalan dos limitaciones á la libertad de la prueba, que consisten en negar que ésta deba admitirse: 1.^o, cuando se trata de hechos inverosímiles; 2.^o, cuando se refiere á hechos impertinentes. Lessana dice que el objeto de la prueba debe ser especificado (interrogatorios), enunciado (prueba de peritos), ó determinado (reconocimiento judicial).

También dicen los autores que aun tratándose de hechos cuya prueba sea de aceptarse, no deben admitirse otros medios probatorios sino los que la ley ha reconocido; lo cual no está ordenado por la ley en virtud de la admisión de la teoría legal de la prueba de que hemos hablado en el capítulo primero de esta primera parte, sino en virtud de un principio más general que explicaremos después. La teoría legal de la prueba consiste, no sólo en que la ley señale los únicos medios probatorios que los litigantes pueden emplear, sino en que determine la fe y crédito que cada uno de ellos ha de merecer, al paso que la doctrina de que venimos hablando se limita á determinar los medios de prueba que la ley admite, prescindiendo del asentimiento que el Juez preste á unos de ellos con preferencia á otros, dejando al Juez en libertad para que juzgue de la realidad de los hechos por su propio criterio.

Aunque esta cuestión parece extraña á las

que hemos indicado al principiar este capítulo, hay entre aquélla y éstas tan estrecho enlace, que nos ha parecido oportuno hablar de una y otras en este lugar, ocupándonos á la vez de los elementos que según la ley pueden producir la convicción en el ánimo del Juez, y de los hechos que por medio de ellos se demuestran, porque es difícil, y sólo por un esfuerzo de abstracción podemos separar un hecho, de las pruebas que acerca de él se presentan.

Habiéndose redactado los preceptos de la ley conforme al estado actual de los conocimientos humanos, no parece creíble que existan algunos hechos como generadores de un derecho, yasea con motivo de las relaciones civiles entre los hombres, ya setrate de las que pueden nacer de los actos punibles que constituyen un delito ó una simple falta, que no esten comprendidos en esta enumeración (1).

Juzgamos, por lo mismo, que al reconocer la

(1) Delito, dice el art. 4.º del Código Penal del Distrito Federal, es la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe, ó dejando de hacer lo que manda. El artículo que lleva el mismo número en el Código Penal de Veracruz dice que delito es la acción ú omisión voluntaria que tiene señalada por la ley pena, propiamente dicha.

Llámanse faltas, dice el artículo siguiente, las infracciones de los reglamentos ó bandos de policía y buen gobierno, que se castigan correccionalmente.

64 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

ley tan sólo determinados medios probatorios, á la vez que ha querido excluir cualesquiera otros, ha creído que sólo quedaban fuera del círculo por ella trazado los hechos que hemos llamado inverosímiles ó imposibles.

El motivo de esta exclusión, debemos añadir, refiriéndonos no á los hechos mismos, sino á los medios de prueba, diversos de los que la ley permite, se encuentra explicado en las siguientes palabras que copiamos de un autor moderno, aunque advirtiendo que ellas se refieren igualmente á la teoría legal de la prueba, la cual, según hemos dicho, consiste esencialmente en sujetar la conciencia del Juez á determinadas reglas.

«Una doble razón, dice Ricci (1), el interés público de un lado, y el interés privado del otro, ha inducido al Legislador á determinar los medios de prueba y á no dejar esto al arbitrio judicial ó de las partes. Es de público interés que los derechos de cada ciudadano sean ciertos, y esta certeza no se puede tener prácticamente si no son ciertos los medios con los cuales se puede demostrar su existencia. Así sucede, cuando todos sabemos si un medio de prueba determinado está reconocido como tal, y cuál es la eficacia que se le atribuye. Al particular que adquiere un derecho co-

(1) Tratado de la Prueba pág. 13.

nociendo que prácticamente su derecho nada vale, si le falta el medio de prueba que haga constar su existencia, le interesa muchísimo adquirir, con el derecho, el medio de prueba para hacerlo valer donde quiera que sea desconocido.»

De aquí deduce el autor citado la siguiente conclusión que creemos que está en perfecto acuerdo con los preceptos de nuestra legislación positiva. La determinación de los medios de prueba hecha por la ley, implica que ningún otro medio puede ser admitido por el Juez (1).

Pero un hecho inverosímil ó imposible que se intenta probar por alguno de los medios que la ley admite, ¿deberá ser aceptado? En este caso el medio de prueba es legal; pero el hecho en sí aparece como increíble.

(1) El artículo 374 C. P. c. D. F. (387 C. P. c. V.) dice: La ley reconoce como medios de prueba. I. La confesión, ya sea judicial ó extrajudicial II. Instrumentos públicos y solemnes; III. Documentos privados; IV. Juicio de peritos; V. Reconocimiento ó inspección judicial; VI. Testigos; VII. Fama pública; VIII. Presunciones. El artículo 206 C. P. p. D. F. (169 C. P. p. V.) enumera los medios de prueba que la ley reconoce en materia penal, en esta forma: I. La confesión judicial; II. Los instrumentos públicos y solemnes; III. Los documentos privados; IV. El juicio de peritos; V. La inspección judicial; VI. La declaración de testigos; VII. La fama pública; VIII. Las presunciones.

Tal cuestión, en el punto de vista legal, parece resuelta entre nosotros por el art. 358 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito, concordante del 370 del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz, que literalmente dice: «El Juez debe recibir todas las pruebas que se presenten, á excepción de las que fueren contra derecho ó contra la moral.» Aunque en este precepto parece haberse confundido el hecho que se trata de probar con el medio de hacerlo, es claro que por las palabras que hemos copiado literalmente, quiso el Legislador consagrar la libertad más absoluta, no en cuanto á los medios de prueba que reconoce después en los artículos citados en la nota y que deben tenerse como únicos, según hemos dicho, sino en cuanto á los hechos que se intentan probar. Así un Juez rechazaría fundamentalmente la prueba de la paternidad que se quisiese rendir en los casos en que lo prohíbe la ley, aunque las pruebas que se emplearan fueran la testimonial ó la documental que están admitidas por ella. De la misma manera, dicho artículo serviría de fundamento para rechazar la prueba que un litigante quisiera presentar por medio de testigos para demostrar la existencia de un contrato que, según la misma ley, debió hacerse constar por escritura pública, no porque la prueba testimonial no sea legal, sino porque el hecho que se in-

tentaba probar no podía serlo por ese medio. En vano se argüiría en estos casos, con la libertad que consagra el artículo citado, porque éste, según hemos dicho, se refiere, en nuestro concepto, á los hechos que son la materia de la prueba, y no á los medios probatorios que el Legislador cuidó de enumerar, declarando que son los únicos que la ley reconoce.

Siendo esto así, y como cuestión puramente doctrinal, ocurre igualmente preguntar: ¿cuándo deberá tenerse un hecho como inverosímil ó imposible?

Para contestar á esta pregunta, que fácilmente puede ocurrir á nuestros lectores, tenemos que traer á la memoria las doctrinas de Framarino, aunque éstas se refieren especialmente á la materia criminal, porque no sería difícil que tuvieran aplicación tratándose de alguna cuestión de derecho civil, como sería, por ejemplo, cuando se intentase probar la verdad de un hecho por medio de las comunicaciones con los muertos, que admite como ciertas el espiritismo.

El autor citado, refiriéndose al testimonio que él llama increíble, hace muy juiciosas observaciones que convendrá tener presentes si alguna vez se llega á ventilar prácticamente esta cuestión. Su doctrina acerca de las diversas clases de inverosimilitud, se encuentra compendiada en las siguientes palabras:

«Es increíble, patente y absolutamente, que una cosa sea y no sea al mismo tiempo; es increíble patente, pero de un modo relativo, la existencia de un hombre de diez metros de altura. Es increíble condicional, pero absolutamente, que Ticio haya cometido un crimen en Nápoles al mismo tiempo que estaba en Roma; es increíble condicional, pero relativamente, que Ticio haya cometido un delito en Italia, siendo así que dos días antes del delito estaba en América» (1).

Seguramente á este género de inverosimilitudes se refiere Bonnier cuando dice: (2) «El Jurisconsulto se preocupa más de la certidumbre práctica que de la verdad abstracta, y considera como evidente la constancia ó permanencia de las leyes de la naturaleza. 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, que dos testigos afirmaran bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del

(1) Lógica de las pruebas. Cap. 4.º, Parte 1.ª

(2) Tratado de las pruebas. Introducción. Acerca de la prueba sobre hechos increíbles puede verse á Benthan en su Tratado de las Pruebas Judiciales, libro 8.º, que tiene por título «De lo improbable y de lo imposible.»

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 fe histórica, son escasos comparados con los que no se apartan del orden normal, y porque hay una gran probabilidad de que falte á la verdad ó incurra en un error quien tenga 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».

Hemos creído conveniente insistir en el punto de que venimos hablando, porque si bien no vemos que haya grandes probabilidades de que un Juez se deje impresionar por los hechos sobrenaturales que el cristianismo acepta como posibles, en cambio, no faltan personas que se precian de ilustradas y admiten la posibilidad, y aun tienen como caso común y corriente, la comunicación con los espíritus por medio de evocaciones supersticiosas. Por lo demás, tratándose de hechos que parecen escapar á nuestra inteligencia, pero que son debidos á causas naturales que nos son desconocidas, no cabe duda que hay muchos fenómenos que antes se hubieran tenido como increíbles é inverosímiles, como la comunicación por medio del telégrafo, la inspección de los cuerpos por medio de los rayos X, y otros muchos,

que la Ciencia reconoce como reales y positivos, capaces de engendrar la certidumbre aun en el ánimo del más escéptico; motivo por el cual el Juez debe ser muy circunspecto, oyendo con atención el dictamen de peritos que puedan ilustrar su juicio, por medio de sus conocimientos científicos. No cabe duda que la Ciencia jurídica llegará con el tiempo á determinar qué otros medios de convicción, además de los que hasta ahora se conocen, podrán emplearse como prueba; pero mientras esta época no llegue, todo lo que la Jurisprudencia puede hacer es recomendar á los jueces mucha prudencia, siempre que se trate de hacer valer hechos de esta naturaleza, sobre todo, en materia criminal, en la que hay más probabilidades de que ocurran casos de esta especie.

Así lo aconseja Framarino en su obra tantas veces citada, por medio de las siguientes palabras: «En suma, para evitar los errores suscitados por la consideración y admisión de falsos increíbles en la conciencia del Juez. lo único que cabe aconsejarle es gran moderación y modestia al formular su juicio. El Juez que no se considere bastante ilustrado ó competente con relación á determinadas materias, no debe, por un espíritu de orgullosa suficiencia, juzgar desde luego de ligero. Antes bien, deberá consultar con los peritos de la materia controvertida, apreciando y aprovechando con áni-

mo sereno las luces de su dictamen. Si después de esto, y á pesar de ello, en virtud de la intrínseca imperfección de nuestros conocimientos, se cae en error, este error no podrá imputarse á nadie, será la consecuencia fatal de la imperfección humana.»

Mas no sólo los hechos increíbles quedan fuera de la órbita que la jurisprudencia ha trazado á la libertad de la prueba, sino también los que se consideran inconducentes al fin á que se dirigen los esfuerzos de los litigantes, ó lo que es lo mismo, que no pueden tener ninguna influencia en la solución de la cuestión controvertida. «Aun cuando el medio de prueba esté determinado y admitido por la ley, dice Ricci: (1) no basta para que el Juez tenga que admitirlo. Es necesario, además, que se convenza de la pertinencia y eficacia de la prueba misma. La prueba, en efecto, no es un fin, sino un medio dirigido á la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad. Antes de emplear un medio para conseguir el fin que se persigue, es de rigor convencerse de la idoneidad del medio mismo: de otra suerte se corre el riesgo de no descubrir la verdad que se busca. Ahora bien; si ocurre que el medio se conceptúa ineficaz ¿á qué emplearlo? Si la prueba ofrecida es de aque-

(1) Obra citada, pág. 22.

llas que se llaman *preconstituídas*, y el Juez encuentra que el hecho por ella certificado nada tiene que ver con la cuestión, no debe tenerla en cuenta por inútil. Si se trata de una de aquellas pruebas que no deben producirse en el litigio ¿á qué perder el tiempo en recoger una prueba que se reputa ineficaz para el fin que se persigue? (1).

Aunque estas últimas palabras parecen referirse á las pruebas que en el Derecho procesal español se llaman destacadas, y que de ordinario consisten en informaciones testimoniales, que se rigen por las disposiciones contenidas en el capítulo 2.º del título 4.º, libro 1.º, y capítulo 12 del título único del libro 3.º del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, en conformidad con el capítulo 12 del libro 3.º del Código del Distrito Federal, como la doctrina del autor en su generalidad abraza todos los casos de ineficacia de los hechos que se trata de probar, bueno será que nos detengamos un momento á examinar esta doctrina, comparándola con los preceptos de nuestra legislación.

Esta, según se deduce de los términos en que están redactados los artículos 370, 371 y 372 del Código de Procedimientos Civiles de Vera-

(1) En la antigua jurisprudencia se decía: *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

cruz (358, 359 y 360 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), no parece autorizar al Juez á rechazar una prueba que se le proponga, bajo pretexto de que es impertinente, sino que ordena que se haga esta calificación al pronunciarse la sentencia definitiva, en la cual se hará la condenación de gastos y perjuicios, como indemnización al otro litigante, en el caso de haberse presentado pruebas notoriamente inconducentes; y esto aunque en lo principal, el que presentó la prueba obtenga sentencia favorable (1).

Creemos que este sistema es preferible al que autorizase al Juez á rechazar una prueba por creerla inadecuada al fin propuesto. Armar al Magistrado de un poder tal en materia de tanta trascendencia nos parece demasiado peligroso y muy ocasionado á la arbitrariedad. ¿Cómo podeis saber, podría decir un litigante

(1) Los artículos citados dicen así:

Art. 358. El Juez debe recibir todas las pruebas que se presenten, á excepción de las que fueren contra derecho ó contra la moral.

Art. 359. El que presentase pruebas notoriamente impertinentes, deberá pagar los gastos é indemnizar los perjuicios que de la presentación se sigan al colitigante, aunque en lo principal obtenga sentencia favorable.

Art. 360. El juez hará en la sentencia definitiva la calificación de las pruebas y en su caso la condenación de gastos y perjuicios á que se refiere el artículo anterior.

al Juez que le negase la admisión de una prueba, cómo podeis saber el fin que me propongo al producirla? Hay hechos al parecer extraños é inconexos, sobre todo en materia penal, en los cuales una inteligencia ejercitada en investigaciones de este género puede descubrir relaciones que se ocultan á la generalidad de los hombres. Los adelantos de las ciencias, por otra parte, pueden hacer pertinente y eficaz la prueba de ciertos hechos que en tiempos anteriores se hubieran rechazado como enteramente inconducentes. Si hace cuarenta años el defensor de un reo hubiera intentado probar que los ascendientes de éste habían estado sujetos á tales ó cuales accidentes patológicos, el Juez ante quien tal prueba se hubiera promovido, de seguro que la habría desechado por inútil, al paso que hoy que están tan en boga las teorías de la hereucia y el atavismo, se considerará quizá esta prueba como un dato interesante que el Juez deberá tomar en cuenta para juzgar de la mayor ó menor culpabilidad del reo (1).

Por este motivo, volvemos á decirlo, juzga-

(1) Lo dicho en el texto no significa que adoptemos todas las teorías de la moderna escuela criminalista italiana; pero el dato que apuntamos, como tantos otros que podrían tomarse como inconducentes por un Juez ignorante, no debe desdeñarse por el Magistrado que desee sinceramente conocer la verdad.

mos dignos de elogio los preceptos consignados en los artículos que hemos citado antes; y juzgamos también que deben ser muy limitados, si es que existen, los casos en que tengan aplicación las doctrinas de los jurisconsultos extranjeros relativas á la inadmisibilidad de la prueba, por razón de la ineficacia ó falta de influencia del hecho que se trate de probar, con relación á la cuestión que se discute.

Solo tratándose de un género de prueba determinado creemos que pudiera dudarse si debiera ó no tener aplicación la teoría de la inadmisibilidad de la prueba en razón de su ineficacia, y es cuando se trata de la confesión que un litigante exige de otro, por medio de ciertas preguntas que se llaman posiciones. Este punto merece que nos detengamos á estudiarlo con alguna atención porque las disposiciones legales vigentes, parecen ser más precisas y menos ocasionadas á la arbitrariedad que las de la antigua jurisprudencia.

Era doctrina generalmente aceptada en nuestro antiguo derecho que las posiciones formuladas á un litigante por su adversario con el objeto de hacerle confesar ciertos hechos, entre otros requisitos, debían de ser concernientes á la cuestión que se venía ventilando en el litigio. Esta práctica era tan general, que la fórmula que los prácticos indicaban como la más conveniente para redactar el auto en que se

admitían las posiciones, al abrirse el pliego que debía contenerlas, era ésta: *se admiten en cuanto fueren pertinentes en derecho.*

El Código de Procedimientos de Veracruz de 1869 en sus artículos 557 y 573, ordenó igualmente que las preguntas fuesen concernientes al pleito, y en el último de los dos artículos citados autorizó al Juez para resolver de plano, y en el acto, lo que creyere de justicia, sobre la negativa de la parte á contestar las preguntas que se le hicieren, por creer que no estaban arreglados á la ley. En virtud de tal precepto, se continuó la práctica de que el Juez aprobara las posiciones antes de exigir del pretendido confesante la contestación á ellas.

El Código vigente, art. 412 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, (424 del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz), dispone que las posiciones se articulen en términos precisos, que las preguntas no sean insidiosas y que cada una de ellas no contenga más que un solo hecho que sea propio del confesante; y como en el art. 420 (432 del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz), se ordena que el Juez, al abrir el pliego de posiciones califique las preguntas, á primera vista pudiera parecer que habíamos vuelto á la teoría que sometía al criterio del Juez la pertinencia ó impertinencia de las preguntas, puesto que está ordenado en el mismo Código

que todas las pruebas sean conducentes al fin que se persigue en el juicio. Pero en realidad no es así.

En nuestro concepto, según la teoría antigua, la calificación que el Juez hacía de las preguntas podía recaer sobre todos los requisitos que la ley ó la jurisprudencia exigía, uno de los cuales era que fueran conducentes, y la fórmula que se empleaba era esta: *abierto el pliego de posiciones y leídas éstas por el Juez, las declaró pertinentes*, al paso que según el Código actual tal calificación sólo debe versar sobre las cualidades que deben tener las posiciones según el art. 412, pues respecto de la pertinencia ó impertinencia de ellas el mismo Código declara que debe observarse lo dispuesto en los arts. 358 á 360 (art. 371 y 372 del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz), que ordenan que el Juez al pronunciar sentencia califique las pruebas, y condene á pagar gastos y perjuicios al litigante que promueva algunas impertinentes, aunque en lo principal obtenga sentencia favorable.

Fundados en esta interpretación, la facultad concedida al Juez de desechar una posición como improcedente, que pudiera alguna vez atribuírsele, fundándose en las tradiciones del antiguo derecho español, siempre nos ha parecido excesiva y hasta peligrosa, por cuanto el remedio para corregir el abuso de ella sería

tardío é ineficaz. El Código, en efecto, en su art. 426 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, (438 del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz), declara que si la negativa del confesante á absolver posiciones se fundare en la ilegalidad de éstas, el Juez resolverá lo que sea procedente, sin más recurso que el de responsabilidad. Así puede fácilmente darse el caso de que se prive á un litigante del derecho de interrogar á su adversario sobre un hecho que el Juez esti me inconducente y que no lo sea en realidad, sin que tal error, de parte del Juez, encuentre el correctivo suficiente en el juicio del Superior (1).

A esta consecuencia parece que debería conducirnos el rigor de los principios si concediéramos al Juez tan exorbitante facultad, según lo reconocen los autores que han escrito bajo el imperio de algunas legislaciones extranjeras. ¿A quien corresponde, dice Ricci, el juicio soberano acerca de la eficacia y pertinencia

(1) Un caso podemos citar, tomándolo de la antigua legislación española, en el cual el Juez debía negarse á admitir las posiciones, por creerlas impertinentes. La ley 4.^a, tít. 9.^o, lib 11.^o de la Nov. Recop. prohibía que se hiciesen preguntas sobre lo confesado clara y expresamente por el contrario, bajo la pena de tres mil maravedís al abogado que las hiciere. La ley sólo habla de nuevas preguntas, pero los autores extendían sus términos á todo género de pruebas. Véase la Curia Filípica, parte 1.^a, párrafo 17, núm. 5.

de las pruebas que se proponen? Trátase aquí de un juicio, no de derecho, sino de apreciación, que consiste en decidir si entre la prueba propuesta y el fin que se persigue en el juicio existe relación de medio á fin; es este un juicio en el cual es competente el Juez; ni el Supremo Magistrado puede inspeccionar semejante juicio» (1).

Felizmente, entre nosotros creemos que no puede suceder esto, y por tal razón deducimos como consecuencia de todo lo que hasta aquí hemos dicho, que la calificación de las posiciones, por lo que hace á la pertinencia de los hechos en ellas contenido, cae fuera de los términos del art. 412 y debe considerarse comprendida en lo dispuesto en los arts. 358 al 360 del Código de Procedimientos Civiles.

Al lado de estas cuestiones, los autores extranjeros suelen tratar de algunas otras que con ellas se relacionan, y que creemos que no pueden presentarse según nuestra legislación, dado el sistema mucho más liberal que constituye nuestro Derecho Probatorio. Se pregunta, por ejemplo, si frustrado un medio de prueba puede recurrirse á otro para lograr el mismo intento, y también si pueden admitirse simul-

(1) Tít. 1.º, Cap. 1.º Obra citada. El autor cita en comprobación de su doctrina varias sentencias de los Tribunales de Casación italianos.

táneamente dos medios encaminados al mismo fin. La primera cuestión no ofrece dificultad y debe resolverse en un sentido afirmativo conforme á nuestra jurisprudencia que es más favorable á la libertad de los litigantes en cuanto á la presentación de sus pruebas; y por lo que hace á la segunda, creemos que deberá resolverse en el mismo sentido, en vista del precepto contenido en el art. 358 de nuestro Código de Procedimientos Civiles, (370 del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz.)

También se ha propuesto la cuestión de si las pruebas recibidas en un juicio penal pueden ser eficaces en un juicio civil pendiente entre las mismas partes (1); cuestión que ha sido ampliamente discutida en los tribunales de casación italianos, según es de verse en Ricci, y que nosotros consideramos resuelta por el precepto contenido en el art. 439 frac. 6 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. (451 frac. VI del Código de Procedimientos Civiles de Veracruz) si se trata de la fe que merecen las actuaciones judiciales, y ajena de este lugar si ha habido ya sentencia en el juicio criminal. Porque, en efecto, habiendo declarado el Código vigente que son instrumentos públicos las actuaciones judiciales de toda

(1) Dalloz discute esta cuestión en su Repertorio, palabra *prueba*.

especie, es claro que las pruebas recibidas en un juicio deben tener en otro, aunque sea de diversa naturaleza, la eficacia atribuída á los documentos públicos, y que deberán presentarse y recibirse con los mismos requisitos que para que tengan la eficacia debida requiere la ley en los documentos de esta clase; y si la duda surge respecto al valor que pueden tener la apreciación que se haga de los medios propuestos, en una sentencia pronunciada en un juicio penal, por ejemplo, para el efecto de determinar su eficacia en un juicio civil, entonces la cuestión no debe tratarse en este lugar, pues se refiere á los efectos de la cosa juzgada.

Las cuestiones anteriores, como acabamos de ver, son sencillas y en realidad no tendrán en los tribunales de la República ninguna importancia jurídica, puesto que están resueltas por el texto expreso de la ley. Por este motivo no hemos hecho más que indicarlas, sin detenernos más en ellas.

Mas no sucede lo mismo con la otra que hemos comprendido en el presente capítulo.

Puede suceder, en efecto, que en el tiempo transcurrido entre la realización de un hecho y la época en que debe éste probarse en juicio, cambie la legislación, bien sea restringiendo ó bien ampliando los medios de prueba que antes admitía. En este caso hay que preguntar ¿qué legislación deberá aplicarse?

Propuesta así la cuestión, en términos generales, no se puede dudar que si cambia la legislación, debe prevalecer la ley vigente en el tiempo en que el hecho se verificó y no en aquel en que hay necesidad de probarlo. Así lo enseña Ricci por medio de las siguientes palabras: «La jurisprudencia, dice, fundándose en el principio de la no retroactividad de las leyes, está conforme en sostener que la prueba, en cuanto á su admisibilidad, no en cuanto á la forma procesal, debe regularse por las leyes en vigor en el tiempo en que la obligación se contrajo ó en que se verificó el hecho jurídico sobre que se litiga, y no por las leyes en vigor en el tiempo en que el juicio se desarrolle. Teniendo en cuenta (1), el Tribunal de Casación de Turín dice este autor, que el Legislador no dispone sino para el porvenir, y que los hechos ya cumplidos escapan á su acción, la ley no se retrotrae nunca, excepto cuando altas consideraciones de orden público aconsejen en algún caso especial que la ley nueva mire al pasado.»

«El principio de la no retroactividad de las leyes tiene también sus efectos en la materia del Derecho probatorio; así ocurre que en una estipulación habrá que tener presente el género de pruebas de que en caso de litigio podría con derecho usarse para obtener el cumplimen-

(1) Sentencia de 16 de Julio de 1876.

to del contrato, y esta su condición jurídica no puede ser modificada por una ley posterior.»

Examinando con más detenimiento la cuestión, conviene distinguir el caso en que la ley nueva restrinja los medios de prueba que la ley anterior aceptaba, en el cual debemos atenernos á la solución anterior, de aquel en que, por el contrario, la amplíe. Este último caso, no parece haberse resuelto de una manera unánime por los tribunales, según puede verse en el autor citado, quien menciona dos sentencias contradictorias de los tribunales italianos. Inclínase, sin embargo, en favor de la aplicación de la ley que amplía la libertad de probar, por la razón de que el fin de toda ley, según se dice en una de las mencionadas sentencias, es perfeccionar los antiguos sistemas y de que el litigante que se opusiese á la aplicación de la nueva ley, pondría de manifiesto su mala fe, puesto que se oponía á que se descubriese la verdad. A nosotros no nos parecen suficientes estas razones, pues debiendo suponer que existen dos partes interesadas en el litigio, todo lo que se conceda á una de ellas se tiene que quitar á la otra. Si á una se le permite emplear un medio de prueba que la ley no admitía cuando se celebró la convención, es indudable que se niega á la otra el derecho de oponerse, falseándose el principio general de que cuando se celebró

el contrato ambos contratantes consintieron, no sólo en lo que formó su esencia, sino también en los medios de probar las circunstancias que en él concurrían.

Es claro que las opiniones que acabamos de manifestar, según las cuales es discutible si en el caso de que la nueva ley amplíe la libertad de probar deba ó no aplicarse, sólo se refieren á los negocios del orden civil. En materia penal no cabe dudarse que la cuestión debe resolverse en favor de la libertad. Esta doctrina es una consecuencia legítimamente deducida del principio general que no permite que se aplique la ley vigente en el tiempo en que se cometió el delito, cuando la pena que ella impone es más severa que la posterior. Es harto sabido que en este caso puede llegarse hasta la absolución si después que se ejecutó un hecho que se consideraba delictuoso pierde ese carácter por una nueva ley. Debemos, sin embargo, añadir que la teoría que hemos expuesto, en la parte que se refiere al derecho civil ha sido vigorosamente refutada por Lessona, quien formula este principio: la ley que fija los medios de prueba es la vigente al tiempo de ser articulados, advirtiéndose que no debe confundirse el medio de prueba con la forma de proponerlo ó practicarlo, ni con los requisitos prescriptos para la validez del acto.

Creemos suficiente lo que hasta aquí hemos dicho para que por medio de las doctrinas generales asentadas se dé solución á las dificultades que pueden presentarse en la práctica. Así es que al terminar este capítulo sólo insistiremos en llamar la atención de nuestros lectores acerca de la notable diferencia que hay en cuanto á la aplicación de la ley cuando ha habido cambio en la legislación entre la prueba misma y la manera de presentarla ó producirla. «La admisibilidad de un medio de prueba, dice Ricci, no debe confundirse con las formalidades establecidas por la ley, para proceder en el juicio respecto del mismo. La primera se refiere al derecho, en cuanto el derecho resultaría inútil si careciese del apoyo de la prueba, sin la cual no se podría demostrar en juicio su existencia; las segundas, por el contrario, refiérense á la forma y son materia del procedimiento, que se halla regulado exclusivamente por la ley vigente en el momento del juicio, pues no se puede sostener que frente á las reglas procesales establecidas en interés público, prevalezca el interés privado (1).»

Aunque nada hemos dicho ni nos proponemos decir nada en este Tratado acerca de los terminos de prueba, por ser materia que co-

(1) Obra citada, Cap. 1.º, Tít. 1.º

responde exclusivamente al procedimiento, no está de más el advertir aquí que la limitación del derecho de prueba impuesta por la ley á los litigantes con relación al tiempo en que deben producir sus pruebas, se encuentra justificada por motivos de conveniencia pública. «Entre las particularidades que interesan y modifican la recepción de la prueba legal, dice Glassford, una es la limitada extensión de tiempo que sólo puede emplearse de un modo compatible con los fines propios de la justicia en determinar el punto controvertido ante los tribunales. En las investigaciones especulativas que dirigen los individuos, ó en la investigación de la verdad moral ó histórica, el campo es ilimitado, y cada cosa que pertenece al objeto, aunque remotamente, puede llevar la más completa marcha de investigación, continuándola con libertad y á largos intervalos. Mas los fines importantes de la justicia no permiten semejante continuación de la pesquisa, en donde están en suspensión y dependencia los derechos é intereses de los hombres (1).

(1) Glassford. Los Principios de la Prueba. Introducción. No carece de importancia la cuestión de si conviene restringir la libertad de probar, en la segunda instancia, por los abusos á que podría dar lugar el conocimiento de las pruebas rendidas por la parte contraria en primera instancia; pero esta discusión, por

CAPITULO IV

Del litigante á quien incumbe la prueba y de la prueba de los hechos negativos.

Aunque la materia de que vamos á hablar en este capítulo parece no ofrecer dificultades serias, puesto que contamos con textos expresos de nuestros Códigos, que en este punto no difieren las legislaciones extranjeras, para que nuestro estudio sea completo debemos consagrarle un momento nuestra atención, porque aun en las materias en apariencia más sencillas es conveniente tener ideas claras y bien definidas de las cosas.

El principio dominante en este punto, ya se trate de materia civil ó de materia criminal, es este: al que afirma incumbe la prueba (1). Pero si es fácil enunciarlo con esa generalidad, no carece de dificultades cuando se trata de aplicarlo en la práctica. En nuestra opinión, este es uno de aquellos puntos en los cuales mayores esfuerzos deben hacerse para poner en

referirse puramente al procedimiento y no á la esencia de las pruebas, no entra en el plan que nos hemos trazado en este Libro.

(1) Art. 366 del Código de Procedimientos Civiles y 169 del Código de Procedimientos Penales.

armonía los preceptos de nuestra ley positiva con los principios racionales que deben dominar en la materia, porque serían lamentables y de funestas consecuencias los errores en que de lo contrario pudiéramos incurrir.

Esto es lo que intentamos hacer en el presente capítulo, y para ello ponemos al pie, como nota, los textos legales de cuya exposición tratamos, pasando en seguida á dar á conocer á nuestros lectores las doctrinas de la Jurisprudencia acerca de un punto tan importante del Derecho probatorio (1).

La doctrina generalmente expuesta por los jurisconsultos españoles y admitida entre nosotros, claramente explicada por Caravantes

(1) Art. 354 de Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal; 205 del Código de Procedimientos penales del Distrito Federal; 366 del Código de Procedimientos civiles y 169 del Código de Procedimientos penales de Veracruz.

Dichos artículos del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, dicen así:

Art. 354. El que afirma está obligado á probar. En consecuencia, el actor debe probar su acción y el reo sus excepciones.

Art. 355. El que niega no está obligado á probar, sino en el caso de que su negociación envuelva afirmación expresa de un hecho.

Art. 356. También está obligado á probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene á su favor el colitigante.

Los arts. del Código de Procedimientos penales son los siguientes:

é ilustrada con algunos ejemplos, es la siguiente: al que afirma toca probar y no al que niega, á no ser que la negación implique una afirmación contraria.

La negación puede ser de hecho, de cualidad ó de derecho.

La prueba de la negación de derecho corresponde al que niega, porque puede darla indirectamente; por ejemplo, si se niega que uno puede ejercer las funciones de Juez ó de Abogado, esta negación podrá probarse con facilidad haciendo ver que la persona de quien se trata tiene algún impedimento para desempeñar válidamente el oficio que se le atribuye.

La negativa de cualidad consiste en negar que alguno tenga la cualidad que en él se supone, y los autores distinguen si esta es una cualidad natural que todos tienen, como la inte-

Art. 203. No puede condenarse al acusado sino cuando se haya probado que existió el delito, y que él lo perpetró. Probados estos hechos, se presumirá que el acusado obró con dolo á no ser que se averigüe lo contrario ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito.

Art. 204. En caso de duda debe absolverse.

Art. 205. El que afirma está obligado á probar. También lo está el que niega cuando su negación es contraria á una presunción legal ó envuelve la afirmación expresa de un hecho.

Estos artículos corresponden á los 167, 168 y 169 del Código de la misma clase de Veracruz.

licencia, la voluntad libre, etc., y entonces al que niega corresponde la prueba. Por el contrario, si se trata de una cualidad accidental, como el título de maestro, abogado, etc., el que afirma tenerla debe probarlo, siendo la razón de la diferencia que en un caso la presunción favorece al individuo á quien la cualidad se niega, y en el otro no.

La negativa de hecho pura, simple, ó indefinida es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna, como acontece con el que niega haber celebrado un contrato. Esta por su naturaleza no puede probarse.

Hay otra que envuelve una afirmación, como cuando uno niega haber contraído una obligación libremente, que por este solo hecho afirma que la contrajo dominado por la fuerza ó engañado por la seducción. En este caso la prueba corresponde al que niega.

A esta clase pertenece la que los jurisconsultos españoles llaman coartada, y los franceses *alibi*, la cual aunque es una negación, como se circunscribe á tiempo y lugar determinados, puede ser probada por el que la alega. Si el que es acusado de haber cometido un delito que se verificó en tal lugar y á tal hora lo niega, por haber estado en esa misma hora en otro lugar diferente, fácil le será probarlo y deberá hacerlo.

Tal es, lo repetimos, la doctrina que de una

manera general encontramos consignada en las obras de Derecho teórico-práctico de los juristas españoles, y en ella parecen haberse inspirado nuestras leyes positivas, si bien las expresiones de que éstas se valen no son las mismas que nosotros hemos empleado. El art. 356 del Código de Procedimientos civiles D. F. (368 C. P. c. V.) comprende un caso de que aquellos no hablan de una manera especial, y es cuando el que niega, al hacerlo, desconoce la presunción legal que tiene en su favor el coligante. Veamos ahora hasta qué punto estos preceptos están de acuerdo con lo que enseñan los autores que han hecho un estudio especial de esta materia.

Benthan no cree que el principio de que al actor incumbe la prueba sea tan general y de tan fácil aplicación como se supone, y en su concepto la obligación de exhibir la prueba en cada caso particular, debería ser impuesta al que pueda hacerlo con menores inconvenientes, menor demora, menores vejaciones y menor gasto; si bien confiesa que en la manera técnica de enjuiciar no es fácil de adquirir ese conocimiento. Por este motivo, en este punto su doctrina no puede tener una aplicación práctica. Este autor se inclina más bien á sostener que la obligación de probar debería de recaer sobre el demandado por razón de tener el demandante la presunción en su favor, puesto que,

por regla general, nadie promueve un pleito sin motivo razonable y es mucho mayor el número de causas ganadas por los demandantes. Dallóz no ve en esta opinión sino una de tantas paradojas á que el eminente jurisconsulto inglés era tan aficionado (1).

Bonnier (2), habiendo demostrado en la In-

(1) Dalloz, Repertorio. Palabra Prueba, pág. 27.

(2) Bonnier, después de decir que el sistema que dispensa al demandante de probar una negativa es insostenible á los ojos de la razón, añade que tampoco está fundado en la autoridad de los jurisconsultos romanos. Analiza con este motivo la fórmula de Paulo *ei incumbet probatio qui dicit, non qui negat*, y sostiene que no tiene la amplitud que generalmente se le ha atribuido.

Es verdad que había un caso en Roma, agrega después, en el cual el que tenía que probar una negativa estaba autorizado para rechazar la prueba sobre su adversario. Este caso era aquel en que el demandado, en virtud de un escrito ó de una estipulación de que nacía directamente la obligación de pagar cierta suma, invocaba la excepción *non numerata pecunia*. Aunque por esta excepción el demandado se constituía en demandante, tenía el derecho de exigir del presunto acreedor la prueba de que se había numerado el dinero. Pero esta es una decisión enteramente especial y excepcional que se refiere á dos causas; en primer lugar, á la frecuencia de esa clase de fraude en Roma, frecuencia atestiguada por el gran número de textos que lo mencionan; en segundo lugar, á la propensión de la jurisprudencia romana á separarse de las formas rigurosas de la estipulación y de la obligación literal..... Por lo demás, ese caso era el único en que se trastornaron en Roma los principios de la prueba. La regla

roducción de su Tratado de las Pruebas, que un hecho negativo no se puede probar, no porque haya imposibilidad de probar una proposición negativa, como ordinariamente se ha dicho, sino porque la negativa es indefinida, lo cual nos parece enteramente exacto, niega después que el sistema según el cual la prueba incumbe siempre al demandante, cuente en su apoyo los textos que de ordinario se citan del Derecho Romano. Afirma este autor que se debe tener por actor al que trata de innovar una situación jurídica, y que por lo mismo á él incumbe la prueba. Esta doctrina nos parece muy conforme á la razón y expuesta con más claridad que la de nuestros antiguos jurisconsultos; así es que la compendiamos en breves palabras, como lo hace Dallóz en su Repertorio de Legislación y Jurisprudencia. ¿Sobre quien recae

que la pone en todo caso á cargo del demandante, se halla fundada claramente por Africano en la ley 15 D. de op. nov. nuntiat. Después de haber supuesto que la parte contra quien se dirige la acción rehusa defenderse, ya en una acción confesoria, ya en una negatoria, dice el jurisconsulto sin hacer distinción alguna; *Hactenus is qui rem non defenderet, primitur, ut jure suo probare necesse haberet; id enim esse petitoris partes sustinere.* Así, pues, ya se trate de una afirmación ó de una negación, se obliga á la parte que no quiere defenderse á ser demandante, es decir, á probar. Bonnier. Tratado de Pruebas. Pág. 25.

la obligación de probar?, dice éste. Sobre el que quiere innovar, contesta; sobre el que quiere destruir una posesión adquirida por su adversario. Así, en tesis general corresponde al que demanda, puesto que él es quien innova, quien turba al demandado en la posesión que tiene adquirida. Este, en efecto, está protegido contra la acción del demandante, por una presunción que se deriva de la naturaleza de las cosas. En materia real tiene una posesión positiva que hace suponer la propiedad, mientras no se pruebe lo contrario; en materia personal, tiene en su favor esa especie de posesión de su libertad en que se encuentra colocado todo hombre cuya sujeción ú obligación respecto de otro, no ha sido probado todavía Por una razón contraria cuando el demandante ha establecido legalmente su derecho, la presunción se vuelve en su favor y la prueba contraria debe recaer en el demandado. A él toca destruir la nueva posesión adquirida por su adversario, oponiéndole, sea su liberación, sea la prescripción, etc. De esta suerte, los papeles cambian, el demandado se convierte en demandante por lo que hace á sus excepciones (*reus in excipiendo fit actor*) y queda sujeto como éste á la regla general, *onus probandi incumbit actori* (1).

Esta doctrina, que es á nuestro juicio más

(1) Tratado de las Pruebas, tit. 1.º, cap. 3.º

clara que las anteriores, no parece haber sido refutada, sino más bien ampliada por los jurisprudenciosos modernos. Veamos, pues, cuál es la que encontramos respectivamente en los Tratados especiales sobre la prueba, de Ricci y de Framarino.

«Se tiene como regla general, dice el primero, que el peso de la prueba recae sobre el que afirma el hecho, y no sobre quien lo niega.»

«Entendemos que el principio regulador del peso de la prueba, no debe plantearse en estos términos, que no son del todo exactos. El peso de la prueba, á nuestro modo de ver, no puede depender de la circunstancia de negar ó afirmar un hecho, sino de la obligación que se tiene de demostrar el fundamento de cuanto se pretende en juicio, dado que ninguna demanda ni excepción alguna puede prosperar si no se demuestra. El principio, por lo tanto, de la obligación de probar debe formularse de este modo: quienquiera que sienta como base de su demanda ó excepción, la afirmación ó la negación de un hecho, está obligado á suministrar la prueba de la existencia ó de la no existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración la demanda ó la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas ó excepciones infundadas. *Ubi cumque negatio*, se dice en la L. 8 Dig. de verb. obligat, *est causa inten-*

lionis, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi» (1).

«Supongamos que se reclama una suma que se dice indebidamente pagada, continúa diciendo el mismo autor, la base de la demanda en este caso es la falta ó la no existencia de la deuda que con el pago se ha creído extinguir; pero ¿á quién incumbe probar? Incumbe sin duda al actor, porque para tener derecho á reclamar no basta haber pagado, sino que es preciso haber pagado indebidamente; de aquí que debe probar no sólo el hecho del pago verificado, sino también la no existencia de deuda alguna; de otro modo su demanda estaría desprovista de uno de los principales fundamentos, y no puede prosperar ante el Juez. Según esto, no es exacto el principio de que incumbe la prueba á quien afirma, sino á quien niega.»

Como se ve, la teoría de Ricci tiene mucha analogía con la de Bonnier, y una y otra pueden servir para ilustrar la materia de que hablamos y dar á los artículos relativos de la ley positiva una inteligencia racional que los ponga en concordancia con las reglas de una sana crítica. Confesamos, sin embargo, que en el caso que se ha puesto como ejemplo, hay al-

(1) Ramponi es de la misma opinión, y la formula así: *Chiucumque voglia far valere un diritto in via di azione ó di eccezione, deve provare i fatti positivi ó negativi sui quali il pretesso diritto si fonda.*

guna dificultad, porque nuestros textos legales sólo imponen al que niega la obligación de probar cuando su negación envuelve la afirmación expresa de un hecho, lo que pudiera decirse que no acontece si simplemente se niega que uno debía tal cantidad que asegura haber pagado indebidamente. Esto no obstante, en nuestro concepto, creémos que tal dificultad llegará á desaparecer, si se toma en cuenta, no tales y cuales hechos aisladamente considerados, sino todas las circunstancias del caso, que resulten probadas en el juicio, que es lo que debe formar la convicción del Juez, según la teoría que sostenemos y que irá teniendo su desenvolvimiento lógico en el curso de este modesto ensayo.

La teoría de Framarino es más amplia que las anteriores, y aunque el libro en que está expuesta se refiere solamente á la prueba en materia criminal, creemos que también puede tener su aplicación en materia civil.

La cuestión tan discutida sobre á quién incumbe la prueba, se resuelve según este autor, por dos principios; el uno al que llama *ontológico*, porque tiene su fundamento inmediato en el modo natural de ser de las cosas, y el otro al que denomina *lógico*, porque su fuente inmediata son los medios de convicción de que dispone el espíritu humano para adquirir la certidumbre.

98 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Cuando dos asertos contradictorios se encuentran en oposición es indudable que uno de ellos tiene que aparecer como más creíble que el otro. Pero ¿cuál es el criterio que ilustra nuestro juicio siempre que en la práctica ordinaria de la vida nos encontramos en este caso? No es otro sino la presunción general que nace del curso natural de las cosas humanas. Observando que una cosa se verifica de cierta manera en un gran número de casos, cuando dudamos si en una ocasión determinada se ha verificado ó no del mismo modo, nos inclinamos por un juicio de probabilidades, á creer que así se ha verificado, toda vez que es más creíble que haya sucedido lo que ordinariamente sucede, que lo que acontece raras veces.

Se puede, pues, establecer este principio: lo ordinario se presume; lo extraordinario se prueba.

«Quien afirma aquello que está en el curso ordinario de los sucesos, no tiene la obligación de la prueba: tiene en su favor la voz universal de las cosas mismas, y la de las personas, que lo confirman, en virtud del resultado general de la observación y de la experiencia. Lo ordinario, pues, se presume. Quien, en cambio, afirma, lo que está fuera del curso ordinario de los sucesos, tiene en contra de sí la voz universal de las cosas, confirmada por la voz también universal de las personas; en esta virtud

tiene la obligación de sostener con pruebas particulares su aserto: lo extraordinario se prueba.»

De aquí se deducen las reglas que el autor formula en estos términos:

«Dadas dos afirmaciones opuestas, una ordinaria y extraordinaria la otra, la primera se presume verdadera, la segunda debe ser probada.»

«Dadas dos afirmaciones desigualmente ordinarias (ya que en lo ordinario y extraordinario puede haber grados) la más ordinaria se presume verdadera, debiendo probarse la que lo es menos.»

«Dadas dos afirmaciones desigualmente extraordinarias, la menos extraordinaria se presume verdadera, la más extraordinaria debe probarse.»

Pero como no siempre será fácil apreciar lo más y lo menos extraordinario, al lado de este principio que, como hemos dicho, el autor llama ontológico, se cuenta otro que es el generalmente aceptado y que consiste en sostener que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, á no ser que la negación de este contenga una afirmación expresa.

Aunque en este punto la doctrina del autor de que venimos hablando no difiera de la de otros autores, debe, sin embargo, estudiarse porque contiene observaciones dignas de tomarse en consideración.

100 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Así, por ejemplo, hablando de la negación, dice que el principio aceptado sólo debe aplicarse á las negaciones verdaderas ó sustanciales y no á las que llama formales, que no tienen más que la forma negativa, pero que en realidad contienen la afirmación de un hecho. En este número coloca la negativa de cualidad y la de un derecho determinado. Una y otra excepción del principio general, se encuentran perfectamente justificadas por las doctrinas del autor. No se puede imaginar, dice, una cualidad sin una sustancia á la cual modifique; de donde resulta que al negar que una cualidad determinada exista en un sujeto, por esto solo se afirma que en él reside una cualidad contraria ó cuando menos incompatible con aquélla. De la misma manera, cuando se niega un derecho á una persona, se afirma en otra, ó á lo menos se afirma una condición positiva, incompatible con la existencia del derecho en cuestión.

Nos parece también muy acertada la observación que hace el autor respecto de la pretendida imposibilidad de la prueba en cuanto á los hechos negativos. A su juicio tal imposibilidad no existe, pero sí es cierto que los hechos positivos admiten dos especies de prueba, pueden ser probados por medios directos y por medios indirectos, mientras que los negativos sólo admiten estos últimos; y como, por otra parte,

las pruebas del hecho positivo son más numerosas, porque el hecho positivo deja tras sí huellas de su existencia, de aquí deduce que vista la mayor facilidad de las pruebas del hecho positivo, quien afirma este es quien preferentemente debe probarlo (1).

No es menos digna de ser atendida la observación que igualmente hace Framarino respecto de los hechos negativos, cuando se trata de un período de tiempo que ha mediado entre dos hechos de esa especie. Copiaremos textualmente las palabras del autor. «La existencia de un hecho dado en momentos diversos autoriza á presumirlo, en los momentos intermedios; así de la afirmativa indefinida puede dar-

(1) Mourlon explica con mucha claridad por qué los hechos negativos son tan difíciles de probar, por medio del siguiente ejemplo: «Si yo sostengo que una persona que ha habitado siempre en París, no ha ido nunca á Luxemburgo, me sería muy difícil probarlo, porque sería necesario para ello presentar testigos que afirmasen que habían visto á esta persona todos los días. Pero esta imposibilidad no procede de que el hecho sea negativo, porque la misma imposibilidad se encontraría en un hecho afirmativo de la misma especie. Así, si yo sostengo que durante treinta ó cuarenta años he ido todos los días á Luxemburgo, la prueba de este hecho será tan imposible como la del hecho precedente. Cuando el hecho alegado es indefinido, sea afirmativo ó negativo, la prueba es imposible. Repeticiones escritas sobre el Código Civil. Prueba de las obligaciones, Cap. 6.º lít. 3.º lib. 3.º

se una prueba que luego se completa con las presunciones. Pero no ocurre lo mismo con la negativa sustancial indefinida. La *no existencia* de ese hecho en diversos momentos no autoriza á presumir su no existencia en los momentos intermedios, cuando el hecho podía en tales momentos realizarse. De *un estado positivo comprobado* en dos momentos sucesivos, es lógico suponer la continuación en los momentos intermedios. El *estado sustancialmente negativo*, por el contrario, no tiene continuidad, como no tiene existencia. Probando que en múltiples y diversos momentos de su vida Ticio ha llevado puesto un amuleto, sería lícito suponer que lo había llevado en los momentos intermedios: mas con haber probado que Ticio, aunque sea en mil momentos de su vida no ha pasado por un camino, no sería lícito suponer que nunca pasó por él.»

En este criterio parece haberse inspirado el Código Civil cuando refiriéndose á la presunción en sus arts. 827 y 829, 814 y 816 (C. C. V.) respectivamente dice: que se presume que el que comenzó á poseer en nombre de otro, continúa poseyendo con igual carácter, y que el poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior tiene á su favor la presunción de haber poseído en el intermedio.

Esto nos induce á hablar, para dar por terminado el presente capítulo, del segundo caso

de excepción que comprende el art. 356 del Código de Procedimientos Civiles, (368 Código de Procedimientos civiles de Veracruz) cuando dice que también está obligado á probar el que niega, cuando al hacerlo, desconoce la presunción legal que tiene á su favor el colitigante. La idea comprendida en este artículo fué completada en el art. 539 del mismo Código (555 Código de Procedimientos Civiles de Veracruz) el cual artículo dice: que el que tiene á su favor una presunción legal, sólo está obligado á probar el hecho en que se funda la presunción.

Expuesto de esta manera completa el pensamiento del Legislador, veamos cuál es su fundamento racional, anticipando alguno de los conceptos que tendremos que emitir cuando hablemos de la prueba por presunciones.

Ricci después de decir que estas son las consecuencias que la ley ó el Juez deducen de un hecho notorio para esclarecer un hecho desconocido, por lo que se dividen en legales y humanos, añade: que el nexo lógico que existe entre el hecho demostrado y el desconocido que del mismo se deduce, es lo que tiene valor de prueba y lo que dispensa de toda otra prueba que á él pudiera referirse; explicando á la vez, por qué esto tiene lugar respecto de las presunciones legales y no de las humanas, se expresa en los términos siguientes: «El motivo

de esta disposición conviene buscarlo en cierta marcadísima diferencia entre ambos géneros de presunciones. La presunción de ley tiene siempre un valor absoluto en todos los casos, sean cuales fueren las circunstancias en que se produce, mientras las otras presunciones no tienen un valor absoluto, debiendo establecerse en cada caso especial. El Código Civil, por ejemplo, estatuye que la restitución voluntaria del título original privado, hecha por el acreedor al deudor, constituye prueba tanto en favor del deudor mismo cuanto en favor de los codeudores solidarios. Ahora bien, dado el hecho de la voluntaria restitución del título, la consecuencia que el Legislador deduce en todos los casos en que semejante restitución voluntaria se verifique, es la de que el deudor está libre. De donde se deriva que aquel que tiene en su favor la restitución voluntaria del título originario del crédito, está dispensado de probar la propia liberación que la ley presume. Esto no acontece respecto de las presunciones humanas, que dependen de las circunstancias y quedan sujetas, en cuanto á su eficacia, á la prudencia del Juez.»

Pero del fundamento mismo en que descansa el precepto legal que venimos estudiando, se deduce que si el que alega en su favor una presunción legal no está obligado á probar que existe la relación necesaria que el Legislador

supone, que es lo que Ricci llama el nexo lógico entre el hecho conocido y el desconocido, sí debe probar el hecho en el cual la presunción se funda. «La deducción del hecho desconocido practicada por la ley, no requiere pruebas, continúa diciendo el mismo autor, no hay necesidad de demostrar que la consecuencia de un hecho, deducida por la ley, se ha verificado realmente; pero el hecho cierto del cual la ley saca la consecuencia, debe ser demostrado en juicio; de otro modo, faltaría la base de la presunción. De aquí la máxima según la cual la presunción no puede fundarse en otra presunción. En el ejemplo á que nos referimos, añade en seguida aludiendo á la disposición del Código Civil que hemos citado, la liberación del deudor es una consecuencia que la ley saca del hecho de la voluntaria restitución del título original del crédito verificada por el acreedor. Dada, por lo tanto, esta restitución voluntaria, el deudor está dispensado de proporcionar la prueba de su liberación, encontrándose ésta deducida por la ley del hecho de la voluntaria restitución del título; pero el hecho de esta restitución voluntaria debe ser probado en juicio, y no puede ser deducido por vía de presunción, supuesto que la ley deduce el hecho desconocido de otro conocido, y no un desconocido de otro de la misma especie.»

Las doctrinas que hasta aquí hemos citado

106 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

y las ideas que acerca de ellas hemos emitido, nos ponen en aptitud de formar un juicio propio acerca de la trascendental cuestión que ha sido objeto de nuestro estudio. ¿A quién incumbe la prueba? podemos preguntar de nuevo; y para contestar esta pregunta, debemos tener presente que aunque la ley positiva haya cuidado de establecer el principio general de que al actor incumbe probar; que no hay obligación de probar los hechos negativos, á no ser que impliquen una afirmación expresa y otras reglas semejantes, la materia es tan difícil que se necesita hacer un esfuerzo extraordinario de atención y dedicar una meditación constante y sostenida acerca de las circunstancias especiales de cada caso, para vencer las dificultades que se presentan en la práctica. (1) Según nuestro modo de sentir, este es uno de aquellos problemas jurídicos en los cuales el buen sentido y la rectitud del juicio, no extrañado por los sofismas de las escuelas, pueden sernos de grande utilidad. Siempre nos ha parecido que en ésta como en todas las cuestio-

(1) Para dar por terminado este punto citaremos á Lessona, quien discute con demasiada amplitud la cuestión que hemos tratado en este capítulo. En obsequio de la brevedad, á la obra de este autor remitimos á nuestros lectores que deseen adquirir mayores noticias acerca de este punto, tan importante del Derecho Probatorio. Cap. 2.º lib. 1.º del Tratado de la Prueba.

nes que con la prueba se relacionan, no se debe atender al resultado de cada hecho ó de cada dato considerado separadamente, sino á la convicción racional que resulta de todos ellos. Para nosotros ha sido, en la generalidad de los casos, de mucho peso, si se ha tratado de quien debería probar un hecho la consideración de quién de los dos litigantes tenía más facilidad de hacerlo. La falta de prueba cuando es fácil producirla y no se conocen motivos razonables que lo impidan, ha sido siempre, según nuestro criterio, un motivo fundado para dudar de la existencia del hecho que se ha alegado. De esta suerte creemos habernos acercado á algunas de las teorías comprendidas en este capítulo y que pueden servir para dar á los preceptos de nuestra ley positiva una inteligencia racional, que vaya de acuerdo con las reglas de una sana crítica. No siendo posible que el Código dé reglas para todos los casos en materia en que tanto tiene que intervenir el criterio individual del abogado que produce la prueba y del Juez que la califica, forzoso será que la jurisprudencia intervenga para evitar interpretaciones que pongan la conciencia del Juez en un conflicto, haciéndole juzgar con el carácter de Magistrado de una manera contraria á como juzgaría en su calidad de hombre.

No debemos olvidar que si en el Derecho civil y en el Derecho penal la voluntad del Le-

108 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

gislador se encuentra claramente formulada en preceptos que el Juez tiene la obligación de obedecer, aunque alguna vez los juzgue contrarios á los principios de la justicia absoluta, en el Derecho probatorio, la ley, por la naturaleza misma de las cosas, ha dejado mayor amplitud al criterio individual del Magistrado, porque las cuestiones que se refieren, no al derecho controvertido sino á la manera de realizarlo, no difieren mucho de las que resolvemos diariamente, con relación á la certidumbre, en la práctica ordinaria de la vida.

CAPITULO V

De las pruebas llamadas privilegiadas, y de las pruebas especiales.

En la antigua jurisprudencia española se daba el nombre de pruebas privilegiadas á las que sin considerarse suficientes para la prueba de los delitos en general, lo eran para la de algunos que, por ser más graves, habían sido objeto de mayor severidad por parte del Legislador. Esta excepción sólo tenía lugar, como acabamos de decir, en materia penal, y tuvo su origen en la legislación romana, en la cual,

considerándose ineficaz la declaración de un siervo contra su señor, era, no obstante, admitida, cuando se trataba del delito de lesa majestad. Tan absurda teoría llegó á adquirir fuerza y á ejercer tal influencia en el ánimo demasiado preocupado de los jurisconsultos, que se admitió como un principio de derecho esta máxima: *in atrocissimis leviores conjecturae suffi-
ciunt et licet judici jura transgredi.* «De esta suerte, dice con razón Filangieri, en los delitos más graves, en aquellos en que se necesita mayor esfuerzo para cometerlos, y en que la credibilidad del testigo deberá disminuir en la misma proporción en que, creciendo la atrocidad del crimen, disminuye la probabilidad del hecho; en estos delitos, admitieron las leyes romanas el testimonio de los siervos contra sus señores, en vez de excluirlo con mayor rigor. Así un hombre á quien se atribuía la comisión de un delito atroz, perdía por sólo este motivo, con respecto á su seguridad, aquellos derechos que la ley concedía al que era acusado de un delito más leve (1).

(1) Ciencia de la legislación, lib. 3.º cap. 9.º

Son muy notables las siguientes palabras del célebre edicto del Gran Duque de Toscana, Pedro Leopoldo, sobre la reforma de la legislación criminal. Se prohíbe absolutamente, dice, en cualquier caso y en cualquier delito, aunque sea atrozísimo, el uso de las pruebas llamadas *privilegiadas*, que siendo siempre irregula-

I IO TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Contra un sistema tan absurdo que, según dice Escriche, hizo gemir en toda Europa á la inocencia y á la humanidad, se elevó la voz de Beccaria, Flangieri y otros publicistas, logrando que desapareciese, como ha desaparecido, de las legislaciones cultas; no faltan, sin embargo, desgraciadamente ejemplos del extravío á que algunas veces suelen llegar los Legisladores, cuando siendo necesario reprimir ciertos delitos, han considerado como pruebas suficientes de ellos, las que no lo serían, tratándose de otras intracciones de la ley penal (1).

Claro es, por lo mismo, que no deberíamos hacer mención aquí de tal sistema en cuanto tuvo por fundamento el odio del legislador á los delitos que trataba de castigar, sino para condenarlo y execrarlo.

Pero aparte de esta razón, hay otra que aunque no sea eficaz para que el Legislador dé por suficientemente probado un hecho que no lo es-

res, y de consiguiente injustas, no pueden permitirse, en ningún caso, puesto que debiéndose buscar la verdad en todos los delitos por unos mismos medios, si estos no son aptos para hallarla en un caso, tampoco podrán serlo en otros.

(1) Puede citarse un caso en que las leyes de la República han admitido las pruebas privilegiadas, y es el de la frac. 2ª, art. 330 del Código Penal del Estado de Guanajuato, que hemos citado en nuestro Tratado del juicio de amparo, pág. 276.

tá según las reglas ordinarias, sí puede serlo para que el jurisconsulto, por medio de un estudio cuidadoso y diligente, señale las deficiencias que en algunos casos puede haber en los medios comunes y corrientes de prueba, y la manera de suplirlas, á fin de que se llegue á descubrir la verdad en hechos oscuros y dudosos por su misma naturaleza.

Nada tiene que hacer aquí el Legislador, pero el jurisconsulto está obligado, sin apartarse de los preceptos de la ley, á ilustrar por medio de sus doctrinas, la mente de los abogados y de los jueces, para indicar á los primeros cómo deben producir en esos casos excepcionales sus pruebas para que sean eficaces, y á los segundos el criterio conforme al cual deben estimarlas.

Hay, en efecto, en el Derecho civil, así como en el penal, hechos que es necesario probar en juicio, y que no pueden ser probados por las reglas ordinarias. Tenemos por ejemplo, los casos de dolo y simulación. En todos los contratos, no puede dudarse que al tiempo de celebrarlos, la mente é intención de las partes ha sido hacer constar, de la manera más clara y explícita, ya de palabra, ya por escrito, la clase de obligación que han querido contraer, y los derechos que recíprocamente se han concedido. Si alguna duda surgiere des-

112 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

pués sobre este particular, podrá ser aclarada por los medios ordinarios de prueba.

No sucede lo mismo en los casos de dolo y simulación. Cuando se considera como dolosa la conducta de uno de los contrayentes hay motivos para suponer que desde el momento en que celebró el contrato, quiso desfigurar la verdad, ocultar los hechos, no siendo por lo mismo, suficientes los elementos de convicción que proceden del contrato mismo. Lo propio acontece cuando se trata de una simulación, en el cual caso es más difícil todavía descubrir la verdad, pues que los dos contratantes se pusieron desde el principio de acuerdo para presentar las cosas de una manera diferente de como realmente pasaron. En tales circunstancias los esfuerzos de uno de ellos para que la verdad se conozca serán ineficaces para desnudarla del ropaje falso con que los mismos contratantes la revistieron, sino se emplean más que los medios comunes de prueba, cuyos elementos esenciales no podrán encontrarse en el documento en que el contrato se hizo constar.

Lo mismo sucede si se trata de ciertos delitos, como el fraude, la estafa y otros semejantes. Entra en ellos como un elemento esencial, la intención dolosa, la cual no cae bajo el dominio de los sentidos, ni deja huellas sensibles como el robo ó el homicidio, y por lo mismo es de creerse que la prueba es por demás

difícil y que se necesita un criterio especial para juzgar de la eficacia de las pruebas que en este caso se presentan.

En este sentido, pues, hemos dicho que las antiguas doctrinas de los jurisconsultos relativas á lo que llamaban *pruebas privilegiadas*, deben ocupar un lugar en un Tratado de la prueba judicial. Nosotros, sin dejar de condenarlas en cuanto se oponen á los principios de la justicia, y reconocen por fundamento el odio á cierta clase de delitos, debemos analizarlas y estudiarlas al admitir que hay ciertos hechos que por su naturaleza misma parece que no pueden comprenderse en las reglas generales, y que exigen ciertos medios especiales y determinados de prueba. Esto es lo que hemos llamado pruebas especiales, de las cuales vamos á hablar en este capítulo.

Comenzaremos, pues, por distinguir, en materia civil, dos diferentes casos en los cuales se advierte alguna especialidad por lo que á la prueba se refiere. El uno es cuando la ley exige para la demostración de que tales ó cuales hechos han existido, una forma de prueba determinada, no bastando las que en la generalidad se consideran suficientes, y el otro, cuando, sin que haya ningun precepto legal á que atenderse, y sin que, por lo mismo, se excluya prueba alguna, la jurisprudencia fundado en las reglas de una sana crítica y sin contradecir

114 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

cir lo preceptuado en la ley positiva, ha sancionado ciertos principios que pueden servir de norma á los jueces para juzgar acertadamente en los casos de esta naturaleza sometidos á su decisión. Hablaremos de uno y otro caso separadamente.

Tratándose de la venta de bienes raíces, se disputaba entre los jurisconsultos españoles si la escritura pública se exigía como forma esencial para la validez del contrato ó simplemente como prueba de su celebración, que podía suplirse con otros datos bastantes para demostrar su existencia. Esta duda procedía del carácter de consensual que tiene el contrato; de los términos en que aparece redactada la ley 6.^a tít. 5.^o Part. 5.^a que dice: *«compra ó vendida se puede facer en dos maneras: la una es con carta é la otra sin ella»*; y del precepto expreso de una célebre ley recopilada según la cual de *cualquiera manera que pareciere que uno se quiere obligar queda obligado»* (1).

Siendo esto así, es claro que en cuanto á la prueba de las obligaciones había la más amplia libertad para rendir pruebas acerca de ellas bien fuere de las que después se han llamado preconstituídas, bien la testimonial y aun la

(1) Ley 1.^a tít. 10.^o lib.^o 11 de la Nov. Repco. Gutiérrez Fernández. Estudios Fundamentales sobre el Derecho civil español. Lib. 4.^o sec. 1.^a p. 4.^a art. 1.^o

de presunciones, llegándose hasta permitir por otra ley de Partida que se destruyese la eficacia de las obligaciones que aparecían consignadas en escritura pública ó en documento privado, si se probaba en el primer caso, con cuatro testigos, y en el segundo con dos, que la parte que se decía que lo había otorgado se encontraba en otro lugar distinto el día de su otorgamiento.

Tán amplia libertad no pudo sostenerse en las legislaciones modernas, en vista de lo falible de la prueba testimonial y de los frecuentes casos de soborno. Los autores del Código Napoleón, siguiendo las doctrinas de Pothier y las tradiciones de la Jurisprudencia francesa, exigieron que las obligaciones en las cuales se versa un interés que pase de cierta suma, se hagan constar necesariamente por escrito, sin lo cual carecerán por completo de eficacia, constituyendo tales preceptos, en materia de pruebas, una especialidad que debemos apuntar en este lugar.

Los autores del Código civil del Estado de Veracruz, de 1869, inspirándose en las teorías de García Goyena, comentador y anotador de un proyecto de Código civil español, establecieron en su art. 1617 el mismo precepto, ampliado y desarrollado en los artículos siguientes, conforme á los cuales no era admisible la prueba de testigos respecto de las obligaciones cuyo

116 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

interés pase de doscientos pesos, ni tampoco para acreditar una cosa diferente ó contraria del contenido de los instrumentos públicos ó privados, ni para justificar lo que se hubiera dicho antes de su otorgamiento, en el tiempo en que se otorgan ó después de él, aunque el interés que se verse no llegue á esa suma.

Tales prohibiciones, que como hemos dicho, constituyen una especialidad en materia de pruebas, ó mejor dicho, una limitación al derecho de probar y que el Legislador trató de hacer más eficaces por medio de las disposiciones contenidas en los arts. 1615 y 1620, no tenían aplicación cuando existía un principio de prueba por escrito, lo que constituye una teoría tomada de la Jurisprudencia francesa que no cuenta con precedentes en la antigua Legislación española.

El que hoy rige en Veracruz contiene en sus arts. del 514 al 518 los mismos preceptos que contenía el Código Civil de 1869; pero dejando un vacío lamentable, que no acertamos á explicarnos. Este Código, en efecto, después de decir que en ciertas circunstancias no debería admitirse la prueba testimonial, á no ser que existiese un principio de pruebas por escrito, definía en su art. 1622 lo que debía entenderse por tales palabras, y en el siguiente, exceptuaba los casos en que el acreedor no hubiese podido proporcionarse una prueba de la obliga-

ción por medio de un instrumento público ó privado (1).

Tales disposiciones no se comprendieron en el Código hoy vigente, y así es que en los casos que en la práctica ocurran, además de la dificultad que ya se hizo sentir antes por no saberse si podía recibirse desde luego la prueba testimonial cuando se presentaba un documento que se decía escrito por el demandado, sin necesidad de reconocimiento suyo, ó si debía reconocerse previamente, habrá las que surgen de la falta de una definición clara de parte de la ley, de lo que debe entenderse por principio de prueba por escrito y de los casos de excepción. Este vacío sólo puede ser llenado por las doctrinas de los jurisconsultos y las prácticas anteriores.

Más de cualquiera manera que sea, como los casos de que tratamos constituyen en el Derecho probatorio del Estado de Veracruz una especialidad fundada en preceptos expresos de la ley que tienen por apoyo razones de pública

(1) A las causas de excepción que señalan estos artículos hay que añadir otra que enumera Bonnier, y es el consentimiento del adversario. Las doctrinas de este autor sirvieron de mucho al autor de este Tratado, cuando regía el Código de 1869 para resolver la cuestión del reconocimiento previo del documento que se presentaba en juicio como principio de prueba por escrito. Véase á este autor en la sec. 1.^a lib. 1.^o par. 2.^a de la obra varias veces citada.

118 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

conveniencia, creemos que ha sido oportuno hacer aquí mención de ellos. En el Código Civil del Distrito no se contienen tales disposiciones; pero la forma escrita que requiere para ciertos contratos constituye también una especialidad en la manera de probarlos (1).

Hay otros en los cuales la ley no requiere formas especiales de prueba, sino que por el contrario, admite aun las que, tratándose de otros hechos no se considerarían suficientes. Puede decirse que en ellos, lejos de restringirse, se amplía la libertad de la prueba por razón de las dificultades que de ordinario se presentan, á causa del empeño con que se procura ocultar la verdad.

Así, por ejemplo, en la antigua legislación española, cuando los contratos usurarios estaban severamente prohibidos, por diversas leyes ordenábase que para probar la usura se admitiera el dicho de dos ó tres testigos, aun cuando depusieran cada uno de un hecho distinto, con tal que fuesen personas de crédito, y que hubiera otros indicios ó presunciones por las cuales se llegara á conocer que era cierto su dicho. Esta prueba, por la diversidad de los testimonios, era insuficiente para declarar en otros casos la nulidad de un contrato, y por lo mismo era comprendida por los jurisconsultos es-

(2) Art, 1322 C. c. D. F. (1174 C. c. V.)

pañoles en el número de las pruebas llamadas privilegiadas (1).

Es indudable que tales preceptos legales no pueden tener ya aplicación entre nosotros, y que sólo como recuerdo histórico puede hacerse mención de ellos. En el día, nuestra legislación no admite que las pruebas que se consideran insuficientes para probar un hecho, se por bastantes para acreditar otro, por más que tengan este sea difícil de probar ó que ponga en alarma á la sociedad, por ser demasiado grave, si se trata de un delito.

Pero si esto es cierto, no lo es menos que la jurisprudencia debe señalar aquellos casos en los cuales el Juez necesita usar de más exquisita diligencia para llegar á descubrir la verdad, despojándola del falso ropaje con que la mala

(1) Como al declararse usurario un contrato no sólo perdía su eficacia sino que el prestamista incurría en varias penas, los comentadores españoles, conociendo seguramente lo insuficiente de la prueba, decían que cuando no había otra más eficaz, debía imponerse al usurero, no la pena ordinaria, sino otra extraordinaria. Puede verse á Covarruvias. Var. cap. 3.^o n.^o 5 y á Acevedo en la ley 4.^o n. 1 y 2.

Había también otro caso de prueba privilegiada y era cuando los mercaderes prestaban una cantidad en mercaderías á alto precio para comprarlas después ellos mismos á precios más bajos. Este contrato, que se llamaba *mohatra*, como usurario estaba prohibida y respecto de él se admitían pruebas privilegiadas. Véase la Real Cédula de 16 de Septiembre de 1784.

fe suele vestirla, haciendo aparecer los hechos en el momento mismo en que se están verificando, de una manera diversa á como son en realidad.

Fácilmente comprenderán nuestros lectores que hablamos de los casos de dolo y de simulación, acerca de los cuales, por la necesidad que hay de emplear determinados medios de convicción para probar la existencia de tales vicios, conviene decir algunas palabras.

La simulación consiste en hacer que aparezca una cosa distinta de como es en realidad: *cum aliud agitur aliud simulatur* se decía en el Derecho romano, y según enseña Bedarride (1) es una especie de fraude, del cual se distingue, sin embargo, en que el dolo y el fraude son hechos exclusivos de aquel á quien aprovechan, mientras que la simulación no puede existir sin el concurso y el consentimiento de las dos partes contratantes.

También difieren en que el dolo y el fraude son necesariamente fraudulentos y que su efecto es anular el contrato afectado de uno de esos vicios, al paso que la simulación no siempre es ilícita y puede algunas veces ejecutarse la convención que se ha celebrado.

Sentados estos principios, fácilmente se com-

(1) *Traité du Dol et de la Fraude en matière civile et commerciale.*—lin. 3^{me}. pág. 335.

prende la necesidad en que se han encontrado los jurisconsultos de señalar algunas reglas que ilustren la conciencia de los jueces, cuando se trata de descubrir la verdad en circunstancias en que los mismos que debieran haberla hecho patente se han empeñado en ocultarla.

De aquí es que al llegar á esta parte de nuestro estudio tenemos que preguntar ¿Existen algunas doctrinas especiales de la jurisprudencia, relativamente á la prueba, en los casos de dolo, fraude ó simulación?

Para contestar á esta pregunta recopilaremos aquí brevemente las doctrinas de algunos de los autores que han hablado con especialidad de esta materia.

Entre otros, Salgado, enseña esta doctrina: que la simulación se deduce de las circunstancias que determinan la simulación, y se prueba, cuando menos, por el concurso de dos conjeturas. *Simulatio contractus convincitur ex causa simulandi, et concursu saltem duarum conjeturarum*. Después añade estas tres reglas que nos parecen fundadas en el buen sentido y que son de mucha utilidad: *Simulationis conjecturae oritur ex actu proximitate et ex inverosimilitudine, et ex pactis insolitis appositis instrumentu* (1).

(1) *Salgado Laberynthus creditorum. Tom. 2.º Decis. 8.ª S. Rotæ Rom. Decisionum centurie duce.*

122 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Entre los jurisconsultos modernos podemos citar á Dalloz cuyas doctrinas son igualmente dignas de ser tenidas en consideración. “El que pretende demostrar que un acto es simulado debe probar la simulación, dice (1), y tal prueba puede hacerla por escritos, por testigos ó por presunciones sacadas de las circunstancias del negocio; y esto aunque se trate de un acto auténtico. La simulación se presume fácilmente, añade, entre parientes ó personas que nos pueden suceder. *Fraus inter próximos facile praesumitur*. Así habrá presunción de simulación contra aquel que aparece como que vende ó hace donación de un fundo y queda en posesión de él. La clandestinidad de un acto que se procura que no llegue á conocimiento de aquellos á quienes perjudica es una presunción de simulación, y lo es igualmente la contrariedad de los actos posteriores respecto de los que les han precedido.”

Bedarride, en su obra clásica sobre el Dolo y el Fraude (2) distingue juiciosamente la si-

A esta autoridad podemos añadir los siguientes, que encontramos citados en una sentencia que tenemos á la vista. Vela de Orellana. Disertación 38, núm. 22, Mascardo de Probat, conclusión 448, núm. 5, y Noguero, alegat. 10, núm. 69.

(1) Repertorio.—Obligaciones núm. 1040 y 1041.

(2) Este autor estudia la prueba del fraude en la venta, en el cambio, en el contrato de sociedad, etc., así

mulación que llama absoluta de la que solo se considera como relativa. La primera se verifica cuando las partes no han tenido intención de contraer un verdadero compromiso; cuando el contrato es puramente ficticio, como cuando se suponen enajenaciones que no han existido, pero que ponen los bienes á cubierto de las persecuciones de la ley ó de los acreedores; y la segunda cuando las partes han celebrado un contrato real bajo la apariencia de otro contrato, como por ejemplo, una donación bajo la forma de una venta, ó una venta bajo la apariencia de una permuta.

De este doble carácter, que indica suficientemente el objeto que los interesados se han propuesto al simular el contrato, deduce el autor los efectos que la simulación debe producir, las acciones que de ella nacen, y las pruebas que la ley y la razón recomiendan como más eficaces para el descubrimiento de la verdad, en los múltiples casos que pueden ocurrir.

Nosotros no le seguiremos en su largo y concienzudo estudio, porque no tenemos que hablar de la simulación y del fraude sino en cuanto á su prueba; y bajo este concepto diremos que

cómo la simulación cuando tiene por objeto eludir la prohibición de una ley ó burlar derechos legítimos de terceras personas. Claro está que no es propio de este Tratado comprender en él todas las doctrinas de dicho autor.

Bedarride, como todos los jurisconsultos, enseña esta doctrina: que siendo la simulación la ocultación de la verdad de parte de los mismos que debieran hacerla constar, y por lo mismo tan difícil de probarse, los indicios ó presunciones á falta de pruebas directas que no sería fácil adquirir, desempeñan un gran papel en lo general, en los litigios de esta naturaleza.

Finalmente, Bonnier hablando de la prohibición legal de presentar testigos para contrariar lo que consta en un documento redactado por escrito, trae la siguiente doctrina que puede tener aplicación entre nosotros, ya que en nuestras leyes se contiene igual prohibición. Este principio, dice, (1) de que no puede oírse contra y fuera de lo contenido en las escrituras, debe interpretarse rectamente. No quiere decir que no se pueda invocar la prueba testimonial para combatir las alegaciones consignadas en una escritura. Se trata únicamente en esta prohibición del caso en que los contratantes quisieran hacer revivir simples convenciones ó proposiciones para modificar el convenio, tal como resulta de la escritura que es obra suya. Poco importa entonces que se trate de un convenio modificativo celebrado posteriormente, puesto que no se puede probar por

(1) Tratado de la Prueba. Parte 2.^a Lib. 1.^o Sec. 1.^a p. 140 y 141.

testigos lo que se hubiere alegado haber dicho *antes, al tiempo ó después* de otorgada la escritura. Sería preciso redactar nueva escritura como ha juzgado perfectamente el tribunal de casación. Pero se debe dejar toda la libertad para combatir las enunciaciones falsas que puede contener esta escritura, á los terceros, á los cuales no se podría oponer una redacción que no es obra suya».

Y más adelante: «Si en las enunciaciones falsas hay dolo ó violencia, se admite á las partes mismas á atacar la redacción de la escritura. Tal es la idea que se expresa en un edicto de Diocleciano, en que supone el Emperador que se ha hecho firmar á alguno que no ha vuelto á leer el escrito (*non relegentem, sed fidem habentem*) una escritura de venta creyendo que era de arrendamiento. En el día, igualmente, el art. 1353, aunque solo habla de las presunciones, se interpreta generalmente, según veremos, como autorizando implícitamente la prueba testimonial *por causa de fraude ó dolo*. Por esto se ha admitido á un acreedor á probar que el deudor habría escrito en el título ó documento que se le había encargado redactase, *cien francos* en lugar de *trescientos*, montante efectivo de la deuda (1).

Esto mismo enseña Bedarride por las siguien-

(1) 3.^a Parte, Lib. 1.^o sec. 1.^a

126 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

tes palabras. Después de referir los antecedentes históricos de la prohibición de admitir la prueba testimonial en ciertos casos, añade: «Lo que se ha querido prevenir es la multiplicidad de los procesos acerca de la naturaleza de los convenios y la determinación exacta de la intención de las partes contratantes, lo que se ha buscado es la fijeza de las convenciones, evitando á los Magistrados la perplejidad en que los pondrían explicaciones contradictorias. Evidentemente ninguna de estas consideraciones puede ejercer la misma influencia sobre las acciones fundadas en el dolo. En este caso no se trata de investigar cuál ha sido la intención de las partes; es la ausencia de todo consentimiento legal, la existencia de un cuasi delito lo que se trata de probar, y bajo este doble aspecto la prohibición de la prueba testimonial sería irracional: En efecto, si es bueno prevenir los procesos, es justo conceder una justa reparación á quien ha sido indignamente engañado (1).

El mismo autor, estudiando en otra parte los efectos de las presunciones, como medio de prueba, critica una sentencia del Tribunal de Casación porque al declarar que un escrito no podía ser atacado por la prueba testimonial,

(1) (Tratado del Dolo y del Fraude en materia civil. Cap. 2.^o, sec. 2.^a, pág. 218.)

exceptuó el caso de fraude ó dolo. «Estas últimas expresiones, á no ser que sea atacado el acto por causa de fraude ó de dolo, son una verdadera redundancia, porque no es dudoso que la prueba testimonial se admite para acreditar el fraude ó el dolo, que son simples hechos, respecto de los cuales nunca se ha exigido que se presente una prueba escrita. No hay duda que, como han hecho notar nuestros autores antiguos (Merlin. Repertorio V. Indicios par. 2^o) era necesario admitir la prueba circunstancial del fraude, que por lo común no puede consignarse directamente por escrito, ni aun por testigos» (1).

(1) En el caso de dolo podía tenerse también como una prueba privilegiada el juramento decisorio de que habla el art. 1633 del Código Civil de Veracruz de 1869 y que explica ampliamente D. Blas Gutiérrez, en su Código de la Reforma, tomo 4.º pág. 703. También Caravantes trata con alguna amplitud esta materia.

Para dar por terminado el punto de que hablamos en el texto, nos permitiremos copiar aquí las doctrinas de Lessona acerca de la simulación, y la prueba que requiere, por ser demasiado importante esta materia.

En la Simulación, dice este autor en el cap. 2º lib. 4.º de su obra intitulada Teoría General de la Prueba en Derecho civil, el acto tiene todas las apariencias de un contrato jurídico, pero *in rei veritate*, ó no tiene eficacia alguna ó tiene una eficacia distinta de la aparente. Y depende esto de la intención común oculta que las partes han tenido al celebrarlo, bien haya sido realizar un acto sin valor alguno, ó bien un acto de natu-

128 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Después de lo que hasta aquí hemos dicho poco tenemos que añadir acerca de las pruebas especiales que se consideran como bastantes en cierta clase de delitos. Más adelante tendremos ocasión de hablar detenidamente de esta materia, el tratar de las pruebas por indicios ó presunciones. Por ahora nos limitaremos á decir que cuando se persiguen ciertos delitos, que consisten en la intención, como esta no puede probarse de una manera directa, por ne-

raleza jurídica substancialmente distinto de lo que formalmente aparece.

Ahora bien: el documento público ¿testificará la convención de modo que sin querrela de falsedad no pueda probarse que es simulada?

Ya en el Derecho romano se rechazaba el *crimen falsi* en caso de simulación, manteniéndose esta opinión en el Derecho común. En el Derecho moderno, las doctrinas y la jurisprudencia están de acuerdo en que no se debe oponer querrela de falsedad á un documento cuando se supone que su contenido es simulado. Realmente el notario testifica de las declaraciones hechas por las partes, pero no de su sinceridad; esta no cae bajo la acción de sus sentidos. En su virtud, se puede probar la simulación de una convención que resulta de un documento público, y el peso de la prueba recaerá sobre el que afirma, porque el caso general es la sinceridad y la excepción, la simulación.

.

Cuando el notario testifica que las partes han hecho declaraciones, ignora su estado de ánimo, por lo que no testifica la validez del consentimiento, la cual se refiere á la validez de la convención y no á la fuerza pro-

cesidad tiene que admitirse la prueba circunstancial, lo que constituye también una especialidad en materia de probanzas.

Tal acontece en la calumnia, la estafa y otros delitos semejantes, que seguramente quedarían sin castigo si no se admitiera este género especial de pruebas, que tal vez se tendrían por insuficientes si se tratase de otra clase de delitos.

Citaremos, por último, como una prueba es-

batoria del documento. Por esto es por lo que se pueden probar sin querrela de falsedad, la violencia y el dolo.

Otro autor citado por Lessona, define la falsedad diciendo: que es una relación de contradicción entre una referencia y un relato, los cuales deberían estar conformes y no lo están, pues hay entre ellos disconformidad.

Divide la falsedad en material, cuando la alteración de la verdad se efectúa en lo escrito, é ideológico, cuando el documento no es falso en las condiciones propias suyas; pero son falsas las ideas que en él se quieren afirmar como verdaderas. Esta falsedad no es obra del funcionario público, que escribe sinceramente lo que le dicen las partes.

Otros llaman á esta falsedad *intelectual*, la que sólo resulta de la alteración de un documento no falsificado materialmente, esto es, en las disposiciones constitutivas del documento, y que no puede ser reconocida por ningún signo palpable, físico y material.

Acerca de los diversos sistemas que pueden adoptarse en el caso de acusación por falsedad, sea suspendiendo ó no el juicio civil, considerándose la cuestión de falsedad como incidental ó como principal, puede consultarse al mismo Lessona.

130 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

pecial, reconocida en la antigua legislación española, la que se admitía en el delito de adulterio.

«Como el hecho del adulterio, dice Escriche, es difícil de probar en razón de las precauciones que suelen tomar los que tratan de cometerlo, se reputan bastantes las presunciones vehementes; y una ley de Partida tiene por justificado el adulterio, si receloso alguno de que otro le hace ó intenta hacerle agravio con su mujer, le requiere tres veces por escritura de escribano público ó ante testigos, para que se abstenga de tratarla y aun la corrige á ella para que no hable con él, y después los encuentra juntos conversando en su casa ó en otra, ó en huerta ó casa distante de la villa ó sus arrabales».

El texto de esta ley no puede ser más explícito. «E si fallare en verdad que fabló con ella después que le fué defendido assí como sobre dicho es, devel dar pena de adulterio, bien así como si fuesse acusado ó convencido dello»; por lo que no puede dudarse del carácter especial de esta prueba, refiriéndose á un delito que, como hemos dicho anteriormente, es difícil de probar, y que desde el Derecho romano se consideró en el número de los que, separándose de las leyes comunes, admitían las pruebas que llamaban privilegiadas (1).

(1) En el Derecho romano, en los casos de adulterio,

Nuestros lectores comprenderán fácilmente que si el caso previsto en la ley de Partida que acabamos de citar, y que establecía una prueba tan especial en este delito, no puede tener lugar en la actualidad como una prueba directa y suficiente de que el delito de adulterio se ha cometido, las demás doctrinas que hemos citado, relativamente á la prueba por indicios y presunciones, no han perdido nada de su importancia, en la vista de la dificultad de probar un delito que, como dice Escriche, de ordinario se comete tomando los autores de él toda clase de precauciones para no ser descubiertos (1).

Esta dificultad es el único fundamento que puede alegarse para que subsistan alguna de las pruebas que en la antigua jurisprudencia se tenían como privilegiadas, y que con más propiedad podemos llamar especiales, en vista de las circunstancias, igualmente excepcionales, que en ellas concurren. Los legisladores modernos

apartándose del Derecho común, se admitían las declaraciones de los siervos contra su señor, y el acusado podía obligar á un tercero á que consintiese en que sus siervos se sometieran al tormento, mediante una indemnización. Véase la monografía acerca del delito del adulterio en Roma por A. Esmein. París, 1878.

(1) En el delito de adulterio se tenían como válidas las declaraciones de los domésticos, lo cual constituía una especie de prueba privilegiada, en atención á la dificultad de probar este delito.

132 **TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES**

no han creído conveniente dictar preceptos que sólo á ellas comprendan, como lo hicieron los legisladores antiguos; pero esto no impide y antes bien hace necesario que la jurisprudencia, ilustrando el criterio de los jueces, sin falsear el texto de la ley, pero sí penetrando su espíritu y aplicándolo conforme á las reglas de una crítica juiciosa y sensata, señale algunos casos de difícil prueba, en los que por la naturaleza misma de las cosas, y prescindiendo de la trascendencia de los hechos y de la mayor ó menor gravedad de los delitos, hay que admitir cierta especialidad en la manera de probarlos.

A satisfacer hasta donde nos ha sido posible esta necesidad se ha dirigido el ligero estudio que de esta materia hemos hecho en el presente capítulo.

CAPITULO VI

De las analogías y de las diferencias que existen entre la prueba en materia civil y la prueba en materia criminal

El estudio que hasta aquí hemos venido haciendo, de los puntos principales que contiene el Derecho probatorio, en lo general, no sería

completo, si no dedicáramos algunos momentos á examinar las analogías y la diferencias que existen entre los procesos civiles y los criminales en lo que con la prueba se relaciona.

Aunque tales analogías y tales diferencias sean claras y fáciles de descubrir, es oportuno anotarlas en este lugar, para facilitar la inteligencia de lo que tengamos que decir, cuando estudiemos, en la segunda y en la tercera parte de este Tratado, la naturaleza y efectos de las pruebas, según que versen sobre asuntos civiles ó sobre asuntos criminales.

Entre los diversos autores que hemos consultado, Mittermaier es quien ha dedicado á esta materia mayor atención en uno de los capítulos de su obra clásica intitulada «Tratado de la Prueba en materia criminal»; y como nada podríamos añadir á lo que él dice nos limitaremos á compendiar sus doctrinas (1).

Existen, seguramente, notables y fundamentales analogías entre los procedimientos que se siguen ante la autoridad judicial, ya sea que

(1) También en la obra de Framarino se encuentra un capítulo que tiene este rubro «Límite probatorio derivado de las reglas civiles de las pruebas.» Según este autor, el principio fundamental de donde se derivan las diferencias que existen entre la materia civil y la penal en lo relativo á las pruebas, es éste: que las pruebas civiles encamínanse á descubrir la *verdad formal*, mientras que las penales buscan la *verdad sustancial*.

134 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

tengan por objeto definir los derechos reales ó personales de los individuos, ó ya el castigo de los delitos, porque como dice el autor citado, en lo civil como en lo criminal, un proceso siempre es un proceso; y tanto en el uno como en el otro caso, el objeto que se trata de conseguir es la manifestación de la verdad.

Necesario es, pues, en ambos que haya dos partes contrarias que sostengan pretensiones opuestas con relación á un fin concreto y determinado; y es igualmente necesario que cada una de ellas demuestre la verdad de sus afirmaciones para que consiga el objeto que desea. De aquí se sigue que las reglas relativas á la necesidad de la prueba, al fin que por medio de ella se busca, y á los medios que se pueden emplear para conseguirlo, son, en lo general, los mismos en materia civil que en materia penal. Aun el principio de que al que afirma incumbe la prueba, entendido de una manera racional y legal, según lo hemos explicado antes, tiene aplicación, tanto en los procesos civiles como en los criminales.

Dedúcese también de la naturaleza común de ambos procedimientos que el Juez civil y el de Instrucción criminal deben igualmente guiarse por ciertas reglas que la razón y la experiencia acreditan como las más propias para descubrir la verdad, y atender igualmente á los

consejos de la prudencia, á fin de evitar todo género de errores é ilusiones.

Pero si es verdad que existen tales analogías, no es menos cierto que también se advierten notables diferencias entre los procesos en que se ventila una cuestión del orden civil y aquellos que se siguen con motivo de la acusación ó denuncia de un hecho delictuoso. El autor que hemos citado, al comenzar este capítulo, las enumera en el orden siguiente:

1. *Diferencia fundamental. La acción del Juez se hace sentir en el proceso en una dirección enteramente opuesta.*—El proceso civil, dice, se establece por medio de una articulación formal de agravios, por la afirmación de ciertos hechos de parte de una persona determinada en contraposición á otra, igualmente determinada; pero en el criminal, y sobre todo en el inquisitivo, por un método que le es enteramente especial, rara vez acontece que los agravios articulados vengan desde el principio dirigidos contra un reo designado. Muchas veces también acontece que la naturaleza del delito no está claramente especificada y que no se conozcan todos sus caracteres, como sucede, por ejemplo, cuando alguno ha sido herido, que no es fácil que se sepa desde luego quién es el herido, ni si se trata de simples heridas ó de un homicidio frustrado.

Dedúcese de aquí que el juicio civil contiene

136 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

un procedimiento mucho menos complicado que el criminal. En aquél, la cuestión se plantea desde luego en los términos en que debe ser resuelta en la sentencia definitiva; en éste hay que dividir el procedimiento necesariamente en dos partes, teniendo que presentarse pruebas en una y en otra. La primera tiene por objeto probar que se ha cometido un delito, sin lo cual no es posible seguir adelante en el procedimiento, y la segunda, demostrar quién ha sido el autor de él. En el juicio civil, las pruebas, ó sean los medios de convicción, por lo que hace á la certidumbre que deben producir en el ánimo del Juez, no tienen ni pueden tener, por decirlo así, más que un solo valor; y en el juicio criminal, al contrario, los mismos medios probatorios pueden producir diferentes efectos, según que se trate simplemente de dar entrada al procedimiento para averiguar si se ha cometido un delito (auto de proceder, comprobación del cuerpo del delito), para considerarlo cometido en una persona determinada (auto de formal prisión) ó de declarar á ésta autor del hecho delictuoso que se le atribuye é imponerle la pena que merezca (sentencia definitiva.)

Claro está que no es forzoso que la ley marque de una manera material, por decirlo así, estas diferentes partes del proceso criminal. Puede muy bien decirse, como enseñaban los antiguos jurisconsultos españoles, que el juicio

criminal tiene dos partes, el sumario y el plenario, y que esta segunda parte, que comienza en la confesión con cargos y equivale á la contestación de la demanda, es el verdadero juicio; y pueden también omitirse estas denominaciones y aun hacerse punto omiso de tales pormenores; pero no por eso dejará de ser cierto que cuando se considera el juicio criminal de una manera puramente teórica y abstracta, hay que suponerlo dividido en tantas partes cuantos son los objetos que en él se persiguen. Estos, como acabamos de decir, son tres, y acerca de cada uno de ellos se necesita la demostración de la realidad de estos diferentes hechos: 1.º Que el delito se ha realizado y las circunstancias que en él han concurrido; 2.º La demostración de que contra un individuo determinado obran datos suficientes para suponer fundadamente que él ha sido el autor del hecho; y 3.º La prueba clara y patente de que en efecto, el individuo contra quien se ha procedido, es culpable del delito que se le atribuye. Es indudable que las pruebas que se refieren á estos diferentes hechos, pueden no ser las mismas, y que la ley puede no exigir, respecto de ellas, igual grado de eficacia (1).

(1) Debemos advertir que como la ley quiere (art. 234 del Código de Procedimientos Penales, y art. 200 del Código Penal) que en el auto de formal prisión se exprese el delito por que se persigue al acusado, y no

138 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Las diferencias que acabamos de notar se encuentran tal vez más claramente definidas en las palabras siguientes, que hemos copiado de Mettermair: »En el proceso civil, dice, las partes son ciertas y conocidas, y el Juez que está presente al practicarse la prueba, se limita á examinar, ayudado de los medios propuestos por cada una, si constan los hechos que sirven de base á la demanda y á las justificaciones de la defensa. Mas en materia criminal es mucho más dilatada la esfera de acción del Juez instructor: esfuérsase á la vez en hacer constar el delito, descubrir su autor y demostrar clara y perfectamente todos los pormenores de que puede depender la justa aplicación de la pena. Todos estos hechos, todos estos accesorios de la causa, que quizás no tendrán sobre la sentencia, sino una influencia tardía y mediata, procura esclarecerlos con resplandeciente luz cada vez que inspecciona los lugares ú objetos ó examina un testigo.»

siempre se le puede calificar desde el principio con la exactitud debida, la jurisprudencia ha venido á establecer que se tenga como bastante la expresión del género del delito, aunque no se designe la especie. La Suprema Corte de Justicia concedió algunos amparos, contra las resoluciones del Tribunal Superior, quien al confirmar el auto de formal prisión, hizo una calificación del delito diversa de la que había hecho el juez de 1.^a Instancia. Después ha cambiado su jurisprudencia. (Caso Manuel Izaguirre.)

2. *Segunda diferencia fundamental, nacida del problema cuya resolución se busca en los asuntos civiles, diverso del que tiene que resolverse en los criminales.*—En lo civil, continúa diciendo el autor citado, el debate versa sobre la existencia ó la extensión de los derechos de propiedad ó personales á que aquél se refiere, susceptibles, por lo tanto, de ser objeto de libre abandono; pero en lo criminal, el interés público es lo que motiva la prosecución, y el desistimiento de las personas privadas no podría detenerla. Las necesidades sociales quieren que se imponga una pena al transgresor de las leyes, porque la impunidad rebaja los vínculos del orden civil y atenta al respeto que á los mismas es debido. Además, los castigos que se trata de imponer, son relativos á derechos que ninguna persona puede renunciar. Así, mientras en lo civil la prueba se mira como completa desde que las partes no están en contradicción acerca del hecho, ó una de ellas en virtud de los procedimientos á que podría dar lugar el desistimiento del adversario, ha hecho pasar la convicción al ánimo del Juez; en lo criminal, la prueba tiene otro objeto mucho más elevado: este es la verdad más patente que es dado al hombre conocer y sólo ella puede servir de base para un castigo que va á herir los derechos más sagrados, cuyo lugar nada reemplaza; castigo cuyo rigor sólo se justifica

140 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

cuando la convicción está basada sobre todas las pruebas posibles en la causa, y cuando el ánimo rehusa suponer ni un solo momento la existencia de hechos contrarios á la acusación: en este caso, serán admisibles, como únicos que satisfacen las condiciones de su objeto, los medios de manifestación de la verdad indicados por la razón y aprobados por la experiencia (1).

De lo dicho se deducen estas cuatro consecuencias:

1.^a El número de las pruebas que se admiten en lo criminal en algunas legislaciones es menor que las que son de admitirse en lo civil. Así en la antigua legislación española estaba admitido en lo civil el juramento que se llamaba decisorio, el cual no podía tener lugar en lo criminal. Todavía en el Código Civil de Veracruz de 1869, en sus artículos 1633 y 1634, se conservó, bajo la denominación de *aseveración del actor*, algo muy parecido á lo que los jurisconsultos españoles llamaban juramento decisorio del pleito, según puede verse en Caravantes y otros autores (2). Cabe entre nosotros la duda de si la declaración judicial que

(1) En atención á lo dicho podemos decir con Lessona, en materia penal es lícito todo medio de prueba no prohibido por la ley, y en las demás materias todo medio señalado por la ley. Obra citada. Lib. 1.^o cap. 1.^o

(2) Tratado histórico, crítico, filosófico, de los proce-

los jueces tienen facultad de exigir de alguna de las partes sobre hechos que estiman de influencia en la cuestión y que no resultan probados, según el art. 142 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz, reformado por el Decreto núm. 18 de 10 de Julio de 1900 y el 129 (C. P. c. D. F.) equivale al antiguo juramento decisorio, con el que parece tener alguna analogía. En todo caso esta facultad no la tienen en los negocios criminales y conviene hacer notar esta diferencia.

2.^a La confesión judicial que en materia civil constituye una prueba completa, no puede ser suficiente para condenar al reo en materia penal. Allí la confesión judicial de parte hace fé, dice Mittermaier, porque en definitiva tiene el litigante el poder de renunciar á su derecho; aquí no sucede lo mismo, y la confesión del acusado, su comparecencia voluntaria, el hecho, en fin, de denunciarse á sí mismo, no podría satisfacer plenamente. Es preciso en todos los casos que del examen de los motivos que le han impelido á este modo de obrar, del de su conducta anterior, dé la relación existente entre los hechos circunstanciados comprendidos en la confesión, del de las demás

simientos judiciales en materia civil. Lib. 2.^o tít. 6.^o sec. 5.^a par. 6.^o

Arts. 387 del Código de Procedimientos Civiles y 169 del Código de Procedimientos Penales,

142 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

pruebas presentadas en los autos, de la verosimilitud de la confesión y de la probabilidad, en fin, del crimen cometido por el acusado, resulte una certeza completa para el Juez; entonces, y solo entonces, es cuando la confesión puede motivar la condena.

3.^a El abandono que el acusado haga de algún derecho que le concede la ley tampoco puede tener ninguna influencia en materia criminal, sobre los procedimientos y la admisión de la prueba. En lo civil, según algunas legislaciones, se permite á los litigantes relevar á un testigo del juramento que tiene obligación de prestar para que su declaración sea eficaz: un testigo sospechoso puede no ser tachable por el solo hecho de que la parte contra quien declaró, nada haya objetado á su veracidad; pero en materia criminal no sucede lo mismo. No se versa sólo el interés del acusado, sino que predominan intereses más altos, como son la justicia, y el principio que dice: *volenti et consentienti non fit injuria*, no puede tener aplicación en este caso. El Juez está obligado á examinar por sí mismo las pruebas y á rechazar como ineficaces las que encuentre defectuosas, aun cuando el acusado no haya hecho objeción á ellas.

4.^a Ciertas prescripciones de la ley en lo civil, que reconocen como causa la renuncia voluntaria de un derecho, no pueden tener apli-

cación en el procedimiento criminal. El autor que nos ha servido de guía en esta parte de nuestro estudio, cuenta entre ellas las que se refieren á los términos perentorios que la ley fija para ciertos actos, porque, según dice, la manifestación de la verdad, objeto final del proceso, no puede ligarse á determinado espacio de tiempo. Por la misma razón no atribuye el autor los mismos efectos á la cosa juzgada en los casos de rebeldía, pues dice: el condenado como rebelde ó el que rehusa responder, no puede ser obligado á contestar dentro de un término dado, so pena de ser tenido como confeso, puesto que es cosa reconocida que la misma confesión explícita no hace prueba plena por sí sola, y que no es bastante á los ojos del Juez sino cuando está revestida de ciertas cualidades, y cuando se halla en perfecta armonía con las circunstancias que constan, por otra parte, justificadas (1).

A las diferencias que acabamos de apuntar debemos añadir esta otra, que se deriva igualmente de los principios asentados antes acerca del diferente objeto que se persigue en los procesos criminales, diverso del que se busca en los juicios civiles. En éstos la facultad del Juez para recibir nuevas pruebas no promovi-

(1) El juicio criminal en rebeldía no puede tener lugar en la actualidad en materia penal, según el Código vigente.

I44 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

das por las partes, que son las que en el derecho teórico-práctico español se conocen con el nombre de *diligencias para mejor proveer*, se halla limitada á ciertos casos especiales, según el artículo 142 del Código de Procedimientos Civiles reformado por el decreto núm. 18 de 5 de Julio de 1895, al paso que esta facultad no parece que se encuentre limitada en los juicios penales. Es cierto que ella no se encuentra expresa en el Código respectivo, como se encontraba en el artículo 1932 del Código de Procedimientos de 1869, y que el orden del enjuiciamiento penal ha sido sustancialmente modificado por el establecimiento del Ministerio Público; pero eso, no obstante, en nuestro concepto, cuando se trata de imponer una pena á quien se supone merecedor de ella por haber cometido un delito, nunca podrán considerarse cerrados los caminos que conducen al descubrimiento de la verdad.

Notadas, pues, las diferencias que hemos señalado en este capítulo, continuaremos nuestro estudio, no sin advertir que muchas de las ideas que hemos emitido, tendrán todo el desenvolvimiento de que sean susceptibles cuando examinemos cada prueba en lo particular, para determinar su eficacia, como medio de convicción, sea en materia civil ó en materia penal.

CAPITULO VII

Clasificación de las pruebas

La materia de que vamos á hablar en este capítulo es demasiado interesante, porque nadie ignora cuánto importa para la claridad y perfecto conocimiento de las cosas, que estas se hallen clasificadas conforme á las reglas de la Lógica. Una clasificación viciosa engendra la confusión y ocasiona muchos errores.

Debemos, pues, esforzarnos en hacer que la que lleguemos á adoptar, después de estudiar las que han establecido diversos autores, sea lo más perfecta posible; pero antes creemos conveniente dar á conocer á nuestros lectores las doctrinas de Ricci acerca del reconocimiento ó la inspección judicial y del dictamen de peritos, porque no siendo, según este autor, medios de prueba, y creyendo nosotros que debemos comprenderlos entre los que deben aceptarse como tales, se hace indispensable ante todo esclarecer este punto.

«Los hechos que sirven de materia á la actividad humana, dice Ricci, pueden ser ó permanentes ó transitorios. Los primeros los aprendemos directamente con el auxilio de

146 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

nuestros sentidos, no siendo, por tanto, necesario, respecto de ellos, el empleo de medios que, dirigiéndose á la razón y á los sentidos, produzcan en nosotros el convencimiento de su existencia. Basta ver y observar estos hechos para estar seguros de que existen. Mediante el reconocimiento judicial, el Juez se entera *de visu* del estado de las cosas acerca de las cuales hay controversia; y el Código procesal civil fija las reglas que deben observarse en el procedimiento de semejante inspección. Pero el reconocimiento no es un medio de prueba, en el sentido estricto de la frase, sino un modo de consignar un hecho que cae bajo la acción de nuestros sentidos.»

«Tampoco el dictamen pericial, continúa diciendo, debe comprenderse entre los verdaderos medios de prueba. El Juez no puede tener conocimiento de todas las ciencias y de todas las artes que constituyen el patrimonio intelectual de la humanidad; y así es lógico que el defecto en él de tales ó cuales conocimientos especiales se supla, merced á la ayuda del perito, ó sea del hombre de aquella ciencia ó arte, cuyo conocimiento se requiere para apreciar debidamente un hecho dado, sus causas y sus efectos. El auxilio, sin embargo, del científico y del técnico, si ayuda al Juez á apreciar un hecho permanente, no se dirige á infundir en su ánimo el convencimiento de un

hecho que fué; y he aquí por qué el dictamen pericial no se comprende entre los medios de prueba propiamente dichos.»

Tal es la doctrina de Ricci, la cual, como advertirán nuestros lectores, se aparta de las ideas generalmente admitidas sobre la materia, y rompe las tradiciones clásicas que por tanto tiempo han prevalecido en el Derecho probatorio. Además, aun considerando la cuestión en un punto de vista puramente abstracto, no nos parece que tal doctrina esté libre de objeciones, pues si bien es cierto que en muchos casos por medio de la inspección judicial el Juez, ya sea por sí sólo ó con el auxilio de peritos, puede percibir por sí mismo los hechos acerca de los cuales versee la controversia, no lo es menos que son igualmente numerosos aquellos en los cuales el hecho percibido por el Juez no es el objeto directo é inmediato de la controversia judicial, sino un hecho que puede servir para probar indirectamente la existencia de otro hecho por medio del raciocinio. En estos casos no se trata de una simple aprensión. Así, por ejemplo, sería un hecho permanente, en derecho civil, la existencia de una corriente de agua que, desviada de su curso natural, por obra del hombre, estuviera causando daños en una propiedad ajena; sería un hecho transitorio el daño causado por las mismas aguas después que hubiesen dejado de

148 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

correr; y nadie podría dudar que tanto en uno como en otro caso puede tener lugar la inspección ocular del Juez ó el dictamen pericial. Lo mismo ocurre en los procesos criminales: el Juez puede ver por sus propios ojos el cadáver de un hombre que ha sido asesinado, y aun por medio de los peritos en las ciencias médicas, llegará hasta cerciorarse de que las lesiones causadas fueron la causa necesaria de la muerte; pero cuando inspecciona los lugares en donde se dice que se cometió un robo no mira el acto de la comisión de un delito, sino las huellas que éste ha dejado. En tal caso, como se ve, no se trata de un hecho permanente sino de un hecho transitorio.

Por este motivo y por estar considerados por la ley positiva la inspección judicial y el juicio de peritos como otras tantas pruebas admisibles, tanto en los juicios civiles como en los criminales, apartándonos del parecer del autor antes citado, los comprenderemos en la clasificación que vamos á hacer de los medios que la ley permite emplear á los litigantes para producir la certidumbre en el ánimo del Juez.

No es esta tarea tan fácil de realizar como á primera vista pudiera creerse, si se toma en cuenta la diversidad de las clasificaciones que han hecho los diversos autores de Derecho teórico-práctico. Sabido es que nuestros antiguos

jurisconsultos sin tomar como base para la clasificación de las pruebas más que el grado de certidumbre que pudieran producir en el ánimo del Juez, las dividían en plenas y semiple^gnas, denominaciones que algunos tratadistas han sustituido con las de perfectas é imperfectas (1). Esta clasificación fué duramente criticada por algunos jurisconsultos, quienes decían que siendo el objeto y fin de la prueba producir la certidumbre, no era aceptable, ideológicamente hablando, que se tuviera una media certidumbre ó un cuarto de certidumbre. Si se trata del convencimiento, decían, ó estoy convencido ó no lo estoy; no es posible admitir un convencimiento á medias, porque en ese caso no hay convencimiento.

Por más fuerte que parezca esta objeción, ha sido satisfactoriamente contestada. El error de los que así raciocinan, depende de considerar cada prueba aisladamente, y no advertir que el convencimiento tiene que resultar del conjunto de todas ellas, de donde resulta que en el Derecho probatorio, lo mismo que en la vida práctica, varios hechos que aisladamente

(1) La división de las pruebas en plenas y semiple^gnas, se debe á Mascardo. *Probatio plena*, dice este autor, *est illa quæ tantam fidem facit quantam ad finiendum controversiam sufficiat; semi plena est illa per quam rei gestæ fides aliqua fit indici, non tamen tanta ut jure eam debeat sequi in sententia dicendo.* 1.º Quæsi IV núm. 11 á 15 *De probat.*

150 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

considerados no son bastantes para engendrar el convencimiento, sí pueden serlo cuando se les considera en su conjunto y como conspirando todos al mismo fin (1).

Como esta es precisamente la teoría que nosotros sostenemos, por creerla verdadera, á nuestro juicio no habría razón para desechar la división de las pruebas en plenas y semiplenas; ó lo que es lo mismo, en perfectas é imperfectas, que cuenta en su abono con la sanción de los siglos, si no fuera porque no considerándose en ella las pruebas, sino bajo uno de sus aspectos, encontramos más aceptables las clasificaciones de que vamos á hablar.

El espíritu eminentemente analítico de Benthan le indujo á hacer de las pruebas judiciales hasta ocho divisiones, respecto á cada una de las cuales se encuentran en su *Tratado de las Pruebas*, observaciones muy juiciosas que han servido á otros escritores para ilustrar una materia que es digna de tanta atención. Pero la clasificación misma no ha sido, en lo general, seguida, ya por ser demasiado difusa, y ya principalmente, por que no habiéndose adoptado para hacerla un solo principio, peca contra las reglas de la Lógica.

(1) Mettermayer contesta las objeciones que se han hecho á la clasificación de las pruebas en plenas y semiplenas, perfectas é imperfectas. Véase su obra tantas veces citada. Cap. 16 de la Parte 1.^a

Benthan, en efecto, divide las pruebas con relación al origen de donde dimanen, en personales y reales. Las primeras, según dice, son las que suministra un sér humano y á ellas pertenece el testimonio, y las segundas son las que se deducen del estado de las cosas.

Dice también, que las pruebas pueden ser directas cuando recaen sobre el hecho mismo que les sirve de objeto, é indirectas cuando recaen sobre otro hecho diverso, pero que se enlaza con aquél, de tal suerte que por el uno se puede venir en conocimiento del otro.

Con relación al estado de la voluntad del testigo que depone, divide el testimonio en voluntario, cuando se presta por sólo el requerimiento del Juez, é involuntario cuando se manifiesta á despecho de la voluntad, como es la turbación, la emoción que el reo siente á pesar de sus esfuerzos, en presencia de su víctima y que un Magistrado perspicaz y experimentado debe apreciar debidamente.

También puede ser producida la prueba, según Benthan, con motivo de la causa pendiente ó con anterioridad á ella, y de aquí la cuarta división de las pruebas en pruebas *por deposición* ó por *documento*; y como el documento puede haber sido escrito casualmente y sin previsión del caso para que pudiera servir, ó intencionalmente para hacer constar el hecho consignado en él, de aquí una nueva división

en pruebas *casuales* y pruebas *preconstituídas*. Da también el nombre de pruebas *independientes* de cualquiera otra causa á las que con ninguna otra se relacionan, y el de pruebas *prestadas* á las que han pasado ya por el examen judicial, sea en el mismo país ó en otro diferente.

Por último, las pruebas *originales* y las *no originales* y las *perfectas é imperfectas* constituyen respectivamente el séptimo y el octavo miembro de la división. Se llama original un testimonio cuando el que depone ante el Juez es el mismo que presencié el hecho que refiere, y en el caso contrario, esto es, cuando es testigo de oídas se considera como *no original*; reservándose las denominaciones de perfectas é imperfectas para las pruebas, según que engendran un convencimiento más ó menos eficaz, lo cual depende de la falta más ó menos completa de los requisitos que debe tener el testimonio.

Benthan añade que en realidad sólo hay dos clases bien distintas de pruebas, unas directas y otras indirectas; y acerca de todas las que hemos enumerado, hace, según dijimos antes, observaciones muy juiciosas, dignas de la mayor atención. Pero, como se ha visto, considerando las pruebas en diferentes puntos de vista, ya con relación á su origen ya á su causa, ya al estado de voluntad del deponente, etc., el principio que sirve de base á su clasificación,

varía constantemente, lo cual tiene que ocasionar la confusión de las ideas.

Y es que, siendo tan diversos los aspectos en los cuales pueden considerarse las pruebas, no es posible hacer de ellas una sola clasificación, sino que deben agruparse todas de un modo diferente según el diverso punto de vista desde el cual se las estudia; lo que equivale á decir, que en lugar de una clasificación, deben hacerse varias según el principio que se elija, teniéndose un mismo medio probatorio como comprendido en uno ó en varios de los grupos que forman los objetos clasificados (1).

Esto es lo que ha hecho Framarino aprovechando en mucha parte las doctrinas de Benthan que acabamos de citar; pero estableciendo una clasificación mucho más perfecta, con la que se evita todo motivo de confusión.

Después de decir este autor que la prueba considerada con relación al efecto que produce en el ánimo, esto es, con relación á la certeza ó la probabilidad no debe formar uno de los miembros de la clasificación, porque la cer-

(1) Es sabido que, según las reglas de la Lógica, para que una clasificación sea perfecta debe satisfacer principalmente estas condiciones: 1.^a la clasificación debe estar basada en un solo principio ó en principios análogos; 2.^o el carácter que se elija, como principio de la clasificación, debe ser constante y no transitorio ó accidental; 3.^o una vez elegido debe conservarse invariable en todo el sistema.

154 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

teza debe ser el resultado de la prueba y no la prueba misma, se explica de esta manera. «Para proceder á clasificar las pruebas, dentro de los límites que quedan indicados, atenderemos á tres criterios esenciales y homogéneos en sí mismos. En nuestro concepto, sólo hay tres aspectos propiamente esenciales de la prueba; puede la prueba considerarse ó en cuanto á su contenido ú *objeto*, ó en cuanto al *sujeto* de quien emana, ó en cuanto á la *forma* con que se presenta».

Con relación al objeto ó al contenido, la prueba puede referirse tanto á la cosa que se quiere averiguar como á una cosa distinta, á la cual aquella se infiere. En el primer caso la prueba es directa; en el segundo, indirecta.

Sin esfuerzo se comprende la superioridad de las pruebas de la primera clase respecto de las de la segunda. Cuando la prueba recae sobre el hecho mismo que es objeto de la investigación, casi puede decirse que adquiere los caracteres de la certidumbre, siempre que algún vicio no la invalide; al paso que cuando la prueba recae sobre un hecho que tiene una relación más ó menos remota con el hecho de cuya realidad se duda, es incuestionable que no podrá tener la misma eficacia, y que la que tenga dependerá de que esa relación sea más ó menos estrecha.

Considerando la prueba en cuanto al sujeto de quien emana, se divide en personal y real.

Fácilmente se comprende cuál es la primera, y en cuanto á la segunda, consiste en presentar ante el Juez la cosa misma cuya existencia ó circunstancias se trata de probar. La prueba personal viene á ser el testimonio, y la real se confunde con la inspección ocular.

Finalmente, si se atiende á la forma en que la prueba se produce, podemos dividirla en oral, cuando la existencia del hecho que se trata de probar se afirma ó niega de palabra, ante el Juez, y documental, que es aquella en la cual la existencia de tal hecho se encuentra consignada en algún escrito ó documento. Esta segunda clase de prueba, cuando el documento ha sido escrito antes de que surgiera la contienda judicial que ha hecho necesaria la prueba, tiene, por regla general, mayor peso que el testimonio oral. Esta es la prueba que Benthan llamó preconstituída, y que, como veremos después, desempeña un papel tan importante en los asuntos civiles.

Framarino agrega á estos dos miembros de la división, un tercero que comprende lo que él llama prueba material, que es, según dice, la atestación de las cosas en sus formas directamente percibidas; pero, á nuestro juicio, esta clase de prueba es la misma que en el segundo sistema de la clasificación llamó prueba real, por lo que no creemos tener que añadir nada acerca de ella.

156 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

A estos tres grupos en que Framarino ha comprendido todas las pruebas que pueden rendirse en juicio, añade otro más, que considera como accesorio, porque el principio que le sirve de base no se funda en la naturaleza de la prueba misma, sino en la intención del que las produce. Bajo este concepto la prueba puede ser de cargo ó de descargo, corroborante ó infirmante, bajo cuyas denominaciones, que parecen más propias de la materia penal, podemos también comprender las que se emplean en materia civil, porque también en ella puede decirse que son de cargo para el reo ó demandado las que el actor rinde, y de descargo, las contrarias, y tanto aquéllas como éstas, tienen unas veces por objeto engendrar la convicción en el ánimo del Juez y otras sólo aumentar ó disminuir los motivos de credibilidad. Esta división aunque accesoría, según el criterio del autor cuyas doctrinas venimos extractando, es también de bastante trascendencia.

Por lo que hasta aquí hemos dicho se viene en conocimiento que una misma prueba puede encontrarse comprendida en varios de los grupos que forman el sistema de clasificación que hemos presentado á la consideración de nuestros lectores; y así tenía que suceder, puesto que en los tres ó cuatro grupos que hemos señalado se trata de las mismas pruebas consideradas bajo diferentes aspectos. Siendo esto

así, pudiera decirse que las clasificaciones que hemos hecho son inútiles, puesto que no nos servirán para caracterizar cada uno de los medios de prueba, colocándolo en un solo grupo de la clasificación, sino que figurara en diversos grupos en cada una de las diversas clasificaciones; pero tal objeción no sería fundada, porque la clasificación que hemos hecho no tiene por objeto separar los diversos medios de prueba de una manera tan radical, que cada uno de ellos tenga caracteres propios que excluyan los de los demás, sino anticipar observaciones generales que nos faciliten el estudio que vamos á emprender.

Bonnier divide las pruebas en tres categorías según que reconocen como fundamento la experiencia personal, el testimonio ó las presunciones.

La primera categoría comprende la inspección ocular ó reconocimiento judicial, y el juicio de peritos, que en muchos casos le sirve de complemento.

La segunda, tiene por base el testimonio, el cual puede proceder ó del mismo interesado, que es la confesión, ó de terceras personas, que son los testigos, y en uno ó en otro caso, puede ser oral ó escrito. Este último puede ser preconstituído, cuando el documento tiene por objeto fijar los derechos y obligaciones de los interesados, ó hacer constar un hecho, antes de

158 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

que tenga principio la contienda judicial, y escrito en los casos contrarios. En cuanto á su forma, el testimonio escrito puede consistir en documentos públicos, en documentos privados, en documentos auténticos ó en libros de cuentas.

La tercera comprende solamente las presunciones, que Bonnier divide en simples y legales.

Nos parece muy ingeniosa, y bajo este concepto, digna de citarse en este lugar la doctrina de Ramponi, según la cual todas las pruebas judiciales se reducen al testimonio y descansan en la presunción, si bien ésta, en su significación técnica, tiene una significación más limitada.

Todo el sistema probatorio, dice Ramponi, descansa en esta presunción: lo que el hombre dice es verdad: el *testimonio* y el *juicio pericial*, declaraciones de personas extrañas á la causa; la *confesión* y el *juramento*, declaraciones de las partes interesadas; *asentimiento judicial*, de donde se origina un testimonio que el Juez, procediendo á la inspección, se da á sí mismo ó al cuerpo á que pertenece; *las pruebas preconstituídas*; los *actos públicos*, declaraciones de las partes y de terceros (notario y testigos); escrituras privadas, sólo de una parte ó de entrambas; *registros comerciales* y *papeles domésticos*, declaraciones de una sola de las partes. Combatir estas pruebas equivale á

combatir la probabilidad que es su base común. Si se demuestra la falsedad ó el error del testigo, del perito, del documento, se hace caer la presunción que el dicho del hombre sea conforme al conocimiento interno, ó que el conocimiento interno sea conforme á la realidad de las cosas. ¿Pero cómo se demuestra la falsedad ó el error del testigo, del perito, del documento? Con pruebas de la misma naturaleza que aquellas que se combaten, con otros testigos, con otros peritos, con otros documentos. Luego podemos decir que la discusión de las pruebas se resuelve en un conflicto de presunciones:

Son, sin duda, muy dignas de respeto las opiniones de los autores que hemos citado en este capítulo, y que era conveniente mencionar en una obra como esta, destinada no sólo á dar á conocer los preceptos de las leyes positivas, en lo relativo á la prueba, sino también el fundamento filosófico de ellas.

Nos será, sin embargo, permitido decir, que en la 2.^a y 3.^a parte de este Tratado, no nos sujetaremos á una misma clasificación, sino que al tratar de la prueba en materia civil, hablaremos de las pruebas, tal como de ordinario se las ha considerado, sin preocuparnos de su carácter puramente científico, en el orden que más se acerque al que siguen los códigos vigentes, reservando para la tercera parte

160 TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

adoptar la clasificación de Framarino, que nos parecen las más exactas. La razón de esta diferencia, consiste en que es necesario conocer primero cada uno de los medios probatorios, que la ley admite, en la forma en que ésta los considera, para estudiarlos después de una manera general, comparando la eficacia que en lo general pueden tener.