TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL

TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Silvestre Moreno Cora

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL DISTRITO FEDERAL

TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES

Silvestre Moreno Cora

Colección "Clásicos del Derecho Mexicano"

Mag. Lic. Saturnino Agüero Aguirre

Director de la Colección

DIRECTORIO

COMISION ESPECIAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETIN JUDICIAL

Mag. Lic. Saturnino Agüero Aguirre
Presidente

Mag. Lic. Joaquín Madrigal Valdez
Salas Civiles

Mag. Lic. José Tristán Sánchez Canales
Salas Penales

Mag. Lic. Jorge Sayeg Helú
Salas Familiares

Lic. Jorge Valentín Vázquez Castellanos
Juzgados Civiles

Lic. Juan Carlos Velázquez Manzanita
Juzgados Penales

Lic. José Luis Zavaleta Robles
Juzgados Familiares

EDITORES

Adriana Canales Pérez
Raciel Garrido Maldonado

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DEL DISTRITO FEDERAL

TRATADO DE LAS

PRUEBAS JUDICIALES

SILVESTRE MORENO CORA

EDICION FACSIMILAR

PRESENTACION

El **Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** dentro de su colección **"Clásicos del Derecho Mexicano"** presenta la obra del jurisconsulto **Silvestre Moreno Cora** titulada: ***Tratado de las Pruebas Judiciales*** , fuente importante para el proceso jurisdiccional del sistema legal mexicano y de consulta obligada para quienes están interesados en el estudio del proceso judicial.

Silvestre Moreno Cora ejerció la abogacía en los tribunales de la República Mexicana. También, ocupó el alto cargo de **Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** Un libro como el de este autor en el que con la madurez y reflexión de los jurisconsultos mexicanos, se estudian los problemas más trascendentales sobre la prueba en los juicios civiles y criminales, revela sin duda un extraordinario mérito.

Este tratadista da un aspecto original al arte probatorio, sus estudios jurídicos parten de una estrecha concepción sobre el fin ético del hombre en sus relaciones con la sociedad y el Estado, sus trabajos acerca de la certidumbre en los juicios criminales, resultan informados en un artificioso mecanismo sobre el cálculo de las probabilidades; su estructura es eminentemente didáctica sin dejar de ser una obra de consulta para el jurista en la praxis.

Este libro comprende treinta y cinco capítulos divididos en tres partes: **De la Prueba en General, de la Prueba en Materia Civil y de la Prueba en Materia Criminal.** Cada uno de los capítulos que se presentan en este tratado constituyen grandes temas de **Derecho Probatorio.** El propósito principal es lograr claridad sobre sus conceptos fundamentales para resolver los grandes problemas que la prueba plantea.

En la primera parte define en sentido estricto a la prueba como la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso.

Para analizar el tema de la prueba distingue rubros como el objeto de la prueba, carga de la prueba, procedimiento probatorio, medios de prueba y los sistemas de valoración de la prueba.

Por otro lado, resalta la importancia de que todo jurisconsulto comprenda en una misma definición la causa y el efecto de la prueba, es decir, los medios probatorios y la certeza que se supone deben producir; para tal efecto cita diferentes definiciones que algunos destacados jurisconsultos han dado sobre la prueba.

Trata de la naturaleza del derecho probatorio y de los hechos que se pueden probar en juicio, hace énfasis en las

llamadas pruebas privilegiadas y las pruebas especiales, finalmente, en esta primera parte, hace una clasificación de las pruebas conforme a las reglas de la lógica como aspecto importante para la claridad y perfecto conocimiento de las cosas.

La Segunda Parte está dedicada a las pruebas preconstituidas que en el concepto de **Moreno Cora** desempeña el papel más importante en las contiendas de carácter civil y que se dan en aquellos actos o documentos que han tenido por objeto hacer cierto un hecho, en la previsión de que llegaría alguna vez a dudarse ya acerca de su existencia o de las circunstancias esenciales que en él ocurrieron. Hace también un estudio amplio de la confesión ficta o presunta y de la confesión extrajudicial, así como de la confesión dividida e individida y su valor probatorio.

En relación a la prueba documental plantea los requisitos de los documentos en general para que ellos merezcan considerarse como elementos probatorios, hace referencia a los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñan cargos públicos en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Estudia la esencia para deducir su eficacia como medio probatorio examinando previamente lo que en derecho se entiende como documento, para no confundirse con cualquier otro escrito en virtud de que no todo escrito constituye una prueba documental.

Considerando la importancia de la prueba testimonial, analiza los múltiples aspectos que implica en el proceso judicial, señala los casos, con un punto crítico, en que esta prueba es admisible, las condiciones que debe reunir para constituir un documento probatorio capaz de llevar el convencimiento al ánimo judicial.

Por otra parte, describe con gran acierto el objeto esencial de la prueba pericial para ilustrar el ánimo de los juzgadores acerca de los hechos que caen bajo el imperio de los sentidos y que han existido hasta el momento en que se les hace constar y que el mismo puede practicarse a petición de una de las partes o por decreto del juez, considerando así a los peritos y al juez como una sola entidad jurídica que es la que juzga y decide las controversias.

En cuanto a las presunciones, **Moreno Cora** establece primero ciertos principios generales que nos servirán para comprender mejor esta materia y, sobre todo, para ver si en lo general los códigos de su época se encontraban en armonía con las reglas de la sana crítica.

Como última parte del **Tratado de las Pruebas Judiciales** el autor hace un estudio de la prueba en materia criminal en el que argumenta que todo proceso criminal según el sistema de enjuiciamiento moderno, comprende tres períodos que son:

1° Primeras diligencias donde el objeto principal de la prueba es la existencia del cuerpo del delito y de una manera secundaria la persona del delincuente.

2° Instrucción: durante ella y dándose por supuesto que se cometió el delito, la prueba tiene por objeto principal la persona del delincuente, si bien puede volverse a discutir la existencia del delito y,

3° El juicio, esto es, la discusión y estimación de la prueba, la cual se considera y tendrá efecto si se promueve dentro de los términos señalados por la ley.

Son estos puntos los que con gran conocimiento expone el autor y que agrupan doce capítulos dedicados especialmente a la división y clasificación de las pruebas tales como:

Pruebas directas e indirectas, reales y personales, testimoniales y periciales, documentales y materiales, confrontación y careos y, por último, pruebas de cargo y de descargo.

Cabe aclarar que en lo que hace al juicio criminal, el proceso probatorio resulta evidentemente constituido por elementos muy distintos de los admitidos como contenido de la prueba en los juicios civiles. En éstos, la comprobación del derecho que, se dice desconocido en la relación jurídica de

persona a persona, está atribuida a las partes que actúan en la litis; y actor y demandado intentan la virtualidad de la acción o su ineficiencia, aportando al juicio elementos formales de probanza que tienden a producir el ánimo del juez, el convencionalismo racional del hecho como fundamento de derecho para decidir la contienda. Mas no acontece lo mismo en el ejercicio del ministerio penal que los juicios criminales representan. Ya en ellos no se trata del restablecimiento del orden jurídico desconocido o meramente negado por actos desintegrados de todo elemento doloso, sino de violentas conciliaciones del derecho social, que es lo que evidentemente el delito significa, violencia que requiere la reacción por medio de la pena contra la acción antijurídica que el hecho constituye.

Las leyes del proceso judicial constituyen en la vida de las instituciones jurídicas la realidad de la virtud social de la justicia y los juicios civiles y criminales son a su vez la definición de lo opuesto, a cuya proclamación no puede arribar el juez sino iluminando su entendimiento por la luz de la evidencia.

La verdad, que es esencialmente subjetiva por ser elaboración y esfuerzo del racionalismo personal, aspira siempre a una relación de absoluta conformidad entre la noción ideal y el objeto que es materia del conocimiento, de tal forma que los principios de la lógica para llegar nuestro

entendimiento a la posesión de la certeza, habrán de ser forzosa y necesariamente aplicados a las pruebas judiciales.

Con esta obra pretendemos poner en manos de juristas y estudiosos del derecho una fuente de conocimiento que por su excelente contenido legal constituye un **Clásico del Derecho Mexicano** y pone de relieve la memoria del autor.

MAG. LIC. SATURNINO AGÜERO AGUIRRE
Presidente del Tribunal Superior
de Justicia del Distrito Federal

Invierno de 1992

ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA

IV

TRATADO

DE

PRUEBAS JUDICIALES

COLECCION DE CODIGOS Y LEYES FEDERALES

TOMOS PUBLICADOS

EDICIONES DE BOLSILLO

Código Civil.
Código de Procedimientos civiles.
Código Penal reformado.
Código de Procedimientos Penales.
Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos.
Leyes Federales, Bancos, Ferrocarriles, etc.
Tarifa de la Ordenanza General de Aduanas.
Diccionario de la Renta Federal del Timbre.
La Constitución Política Mexicana.
Leyes Federales, Tierras, Aguas, Colonización.
El Crédito Público de México.
Código Sanitario Reformado.
Código de Justicia Militar (dos tomos.)
Colección de Aranceles vigentes de la República Mexicana.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA

TOMOS PUBLICADOS

I García.—Código de la Reforma.
II Rodríguez.—Código de Extranjería.
III Mejía.—Diccionario del Código de Comercio.
IV Moreno Cora.—Tratado de Pruebas judiciales.
V García.—Código de Extradición.
VI Lozano.—Código de Procedimientos Civiles Federales.

TRATADO

DE

PRUEBAS JUDICIALES

EN MATERIA CIVIL Y EN MATERIA PENAL

conforme á la legislación vigente

en el

DISTRITO FEDERAL Y EN EL ESTADO DE VERACRUZ

POR

S. MORENO CORA

Ex-Magistrado de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación

PRIMERA EDICION

MEXICO
HERRERO HERMANOS, EDITORES
10 -Callejón de Santa Clara—10
1904

Derechos de propiedad reservada.
Se ha hecho el depósito conforme á la ley.

ABREVIATURAS

C. C. D. F.....Código Civil del Distrito Federal.
C. P. c. D. F.....Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal.
C. P. D. F.... ...Código Penal del Distrito Federal.
C. P. p. D. F.....Código de Procedimientos penales del Distri o Federal.
C. C. V..... .... ódigo Civil del Estado de Veracruz.
C. P. c. V.....Código de Procedimientos civiles del Estado de Veracruz.
C. P. V..... ....Código Penal del Estado de Veracruz.
C. P. p. V.....Código de Procedimientos penales del Estado de Veracruz.

Talleres «J. de Elizalde,» Puerta Falsa de Santo Domingo, 5.

Si el procedimiento es indispensable para la aplicación de la ley, la prueba es, á no dudarlo, el punto capital y atendible del procedimiento.

Prólogo del Traductor del Tratado de la Prueba en materia criminal por C. J. A. Mittermaier.

Il n'y a pas, pour adquêrir la verité dans la matiêre judiciaire, d'autre voie que pour l'atteindre dans toute autre matière; la justice n'y a pas d'autre instrument, et d 'autre organe que l' homme lui même; or, comment l'homme parvient-il à comprendre la verité, si cé n'est par son intelligence, qui perçoit les faits et les idées et par sa conscience qui les examine et les apprécie? La certitude moral qu'il acquiert est, done, la véritable base de la certitude judiciaire. Que celle-ci soit précédée d'un plus mûre examen, qu'elle soit accompagnée de formes qui puissent la préserver de l'erreur, cela doit être, et c'est le devoir du législateur. Mais ces garanties, quelque soit leur effet, ne changent pas le principe: au moment où le juge, aprês avoir vérifié tons les faits en suivant les formes légales, se recueille et discute les motifs de la certitude qui se forme en lui même, cette opération de son esprit, qui est la même que celle qui se

> devéloppe chez tout autre homme qui veut se convanicre de la verité d'un fait echappe a l'action de la loi; ç'est en lui que résident les forces necesaires pour apprecier les faits; ce sont ses propres impressions qu'il doit étudier, c'est sa conscience qui formule le jugement.

Comentario al Tratado de las de pruebas y las Penas de Becaria, por Faustin Hélie.

INTRODUCCION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aunque las consideraciones anteriores parecen propias para inclinar nuestra mente á

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

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

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

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

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

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

De la obra de Ramponi hablaremos en el lugar oportuno.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

México, 19 de Octubre de 1903.

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

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. Ascnrsio 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: *Probationes 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 Lessona, quien como lo hace Menochío explica la diferencia que hay en la significación de las palabras *presunción, indicio, conjetura, signo, sospecha y adminículo*. 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.

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 jurisconsulto, 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 eu 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 cindadanos.

Lógica de las pruebas en materia criminal. Introducción.

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 sér 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

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, entonces dominante, erigen una multitud de reglas y forman todo un sistema,

---

bran á observarlas fielmente: los rescriptos y constitu ciones 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

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 valu ción 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.° 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 Mettermaier, cap. 9.° y 10.° 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 certeza 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.° cap. 9.° 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 orgien 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.

Cuando 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 Filósofo 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 mutuamen te, 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.° Cap. 1.°.

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

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

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

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

En el Código de las Partidas, en los títulos 12.°, 13.°, 14.°, 15.°, 16.°, 17.°, 18.° y 19.° 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.°

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

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

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

En el Estado de Veracruz, el Códigos Civil y el de Procedimientos de 1869 contenían en sus títulos 6.°, cap. 7.°, 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.° del

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

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 custiones 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.° 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 pensáse nos 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, prescidiendo 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 destituído 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.

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

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 apboya, 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 truatur nissi per legale judicium 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 córresponde 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 7° del título 5° del libro 3°, todo lo que creyó conveniente respecto de esta materia, al mismo tiempo que en el Código de Procedimientos Civiles en los títulos 10°, 11° y 12° del libro 1° parte 1ª volvió á hablar de las pruebas, dividiéndolas en plenas y semiplenas, etc., determinando su valor y tratando en los títulos 13° y 14° 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 discutidaen 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. Prevaleció, al fín, 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.° 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 cuali mezzi e per quale forme si dimostra nel processo civile la verita dei fatti che stanno a base d'ogni pretesa giuridica. E cosi bisogna suddistinguere nei 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' ammüssibilitá, al valore, agli effeti, ed e regolata dal codice civile; l' altra riguarda le forme, cioé 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 Repúbica.

CAPITULO III

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

Cuando 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.° El Juez, si conoce la ley extranjera. debe aplicarla; 2.° con el objeto de aplicarla, puede, de oficio, procurarse su conocimiento; 3.° ninguna ley le obliga á conocer la legislación extranjera ni á procnrarse su conocimiento; 4° 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 oficci* 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.°, cuando se trata de hechos inverosímiles; 2.°, 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 presenten.

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, ya sea con motivo de las relaciones civiles entre los hombres, ya se trate 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 prohibe, 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.

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 fundadamente la prueba de la paternidad que se quisiese rendir en los casos en que lo prohibe 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 inspeceión 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 puedeu 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.° del título 4.°, libro 1.°, y capítulo 12 del título único del libro 3.° del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, en conformidad con el capítulo 12 del libro 3°. 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 sn 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 teorias 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 exhorbitante 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 tenere 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 cumplimien-

(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 concurrieran.

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 debera 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.°, Tít. 1.°

rresponde esclusivamente 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 snspensión y dependencia los derechos é intereses de los hombres (1).

(1) Glassford. Los Principios de la Prueba. Introdución. 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 à los 167, 168 y 169 del Código de la misma clase de Veracruz.

ligencia, 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 jurisconsultos españoles, y en ella parecen haberse inspirado nuestras leyes positívas, 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 colitigante. 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 áctor 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 atribuído.

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 uoa estipulación de que nacía directamente la obligación de pagar cierta suma, nvocaba 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

troducción 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 compendiaremos 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, *omus probandi incumbit actori* (1).

Esta doctrina, que es á nuestro juicio más

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

clara que las anteriores, no parece haber sido refutada, sino más bien ampliada por los jurisconsultos 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 jnez no puede admitir demandas ó excepciones infundadas. *Ubicumque negatio*, se dice en la L. 8 Dig. de verb. obligat, *est causa inten-*

tionis, 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 falti 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, crèemos 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 ener 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.

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.

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 imposibidad 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 indifinido, sea afirmativo ó negativo, la prueba es imposible. Repeticiones escritas sobre el Código Civil. Prueba de las obligaciones, Cap. 6.º tít. 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 comprobádo* 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

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 serque 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 extraviado 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-

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 conjeturae sufficiunt 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 crímen, 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 prohibe absolutamente, dice, en cualquier caso y en cualquier delito, aunque sea atrosísimo, el uso de las pruebas llamadas *privilegiadas*, que siendo siempre irregula-

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 infracciones 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 qne 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-

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 e lmomento 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 s mulación, 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 atenerse, y sin que, por lo mismo, se excluya prueba alguna, la jurisprudencia fundada en las reglas de una sana crítica y sin contrade-

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 Decho 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.

Tàn 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

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.

conveniencia, creemos que ha sido oportuno hacer aquí mención de ellos. En el Código Civil del Distrito no se contienen tales disposiones; 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.° n.° 5 y á Acevedo en la ley 4.° 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 nna 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 Frande en matiére civile et commerciale.—lin. 3me. 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 inverosimilitu dine, et ex pactis insolitis appositiis instrumentu* (1).

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

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 facilé 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 Noguerol, 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 comprendíar 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

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») era necesario admitir la prueba circunstancial del fraude, que por lo comun 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.° 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 Sumilación, dice este autor en el cap. 2 ° lib. 4.° 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-

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 querella 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 querella 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 similación. . . . . .

. . . . . .

. . . . . .

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 querella 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.

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 sobredicho 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, dc ordinario se comete tomando los autores de él toda clase de precauciones para no ser descubierto (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 pr vilegiadas, 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.

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 loque 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 Framaríno 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*.

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 heridor, ni si se trata de simples heridas ó de un homicidio frustrado.

Dedúcese de aquí que el juicio civil contiene

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.° Que el delito se ha realizado y las circunstancias que en él han concurrido; 2.° La demostración de que contra un individuo determinado obran datos suficientes para suponer fundadamente que él ha sido el autor del hecho; y 3.° 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

Las diferencias que acabamos de notar se encuentran tal vez más claramente definidas en las palabras siguientes, que hemos copiado de Mettermaier: »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: esfuérzase 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

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.

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 circustancias 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.

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

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 qne 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 verse 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

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 semiplenas, denominaciones que algunos tratadistas han sustituído 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 le vida práctica, varios hechos que aisladamente

(1) La división de las pruebas en plenas y semiplenas, 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 Quæst IV núm. 11 á 15 *De probat.*

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

Benthan, en efecto, divide las pruebas con relación al origen de donde dimanan, 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 presenció 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.

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 homogénos 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.

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 accesoria, 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

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

adoptar la clasificación de Framarino, que nos parecen las más exactas. La razón de esta diferencia, consiste en que es nesesario 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.

SEGUNDA PARTE

De la prueba en materia civil

CAPITULO I

Consideraciones generales.—De las pruebas Preconstituídas.

Hemos dicho al terminar la primera parte de este Tratado, que al descender á estudiar cada uno de los medios probatorios en lo particular, nos apartaríamos algo del orden establecido en los Códigos vigentes, para seguir el que creyéramos conveniente, atendiendo, no á la eficacia de las pruebas que, en nuestro concepto, no deben considerarse aisladamente para graduar la certeza que puedan producir en el ánimo del Juez, sino el mayor ó menor uso que se hace de ellas, y por lo mismo á la utilidad mayor que de ellas puede sacarse, sea en materia civil, sea en materia penal.

Consecuentes con este propósito y teniendo

en cuenta que las controversias que se ventilan con motivo de los asuntos civiles, difieren mucho de las que tienen por objeto el castigo de los delitos, lo cual exige el empleo de diferentes métodos en el estudio de los medios probatorios, según se trate de unas ó de otras, en el presente capítulo trataremos de las pruebas preconstituídas, que en nuestro concepto, desempeñan el papel más importante en las contiendas de carácter civil.

Estas versan de ordinario sobre la adquisición, pérdida ó modificaciones de la propiedad, y como esta no se adquiere en derecho, sino por contrato, por sucesión ó por prescripción, resulta que toda contienda civil tiene que reconocer como causa una diferencia suscitada entre particulares, en motivo de derechos, nacidos de una de estas tres fuentes. En nuestro actual Derecho civil, no existen las cuestiones sobre la libertad de que tanto se habla en el Derecho romano, y las relativas al estado civil de las personas, que son materia del libro primero del Código, se encuentran también comprendidas en lo que vamos á decir, porque en ellas se ejercitan derechos adquiridos de antemano; por lo que podemos afirmar, como regla general, que en toda cuestión civil, debe existir una prueba reconstituída, que es la que desempeña el papel principal, y á la cual debemos dar la preferencia en nuestro estudio.

Además de la razón dicha, hemos tenido esta otra: según lo dispuesto en el art. 931 del Código de Procedimientos Civiles, de conformidad en este punto con lo que ordenaba la legislación antigua, con la demanda debe presentar el actor los documentos que fundan su acción. Tal precepto supone, como nosotros suponemos, que en la mayor parte de los juicios civiles, casi en todos ellos, existen pruebas preconstituídas; y como por otra parte, tales documentos, cuando se presentan con la demanda, constituyen ya una prueba más ó menos perfecta, de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, parece que hay una razón de más, que justifica el método que vamos á seguir, comenzando nuestro estudio por los documentos públicos ó privados, en cuanto se consideran como pruebas preconstituídas, supuesta la eficacia que se les atribuye y el papel que están llamados á desempeñar en las contiendas judiciales de carácter civil.

Dando, pues, principio á nuestro estudio, y repitiendo de nuevo que la exhibición de los documentos en que el actor funde su acción y que debe acompañar á su demanda, constituye ya una forma de prueba, que entra dentro de los límites á que debe ceñirse este Tratado, las primeras cuestiones que se presentan á nuestra consideración son las siguientes: ¿Cuáles son los documentos que fundan la acción,

en el concepto de la ley? ¿Qué efectos producirá su presentación? ¿Cuáles serán las consecuencias que en lo relativo á la prueba, ocasionará la falta de cuplimiento de este precepto legal?

En cuanto á la primera cuestión debemos advertir que los Códigos modernos de Procedimientos, en esta parte, no han hecho ninguna inovación, pues lo mismo se disponía en la antigua legislación española. Una ley recopilada (1) mandaba que el actor pusiese su demanda ante el Consejo ó ante la Audiencia, «y si entiéndese, dice la ley, que lo puede probar por escrituras, las presente luego con la información de caso de Corte; y si no tiene escrituras, haga juramento que cree y entiende que tiene testigos con que puede probar su demanda».

El fundamento de esta disposición que han venido reproduciendo las leyes posteriores, es fácil de alcanzar.

«Los autores de la nueva ley, dicen los señores Mancera y Reus, comentando la de en juiciamiento civil española, no podían desconocer la razón y el motivo por qué los legis-

(1) La ley 1.ª, tít. 3.º, Lib. 11.º de la Nov. Recop. Los casos de Corte, según la antigua legislación española, eran las causas civiles ó criminales que por su gravedad, por llegar á cierta cantidad ó por la calidad de las personas se podían radicar desde su primera instancia en el Tribunal Superior de la Provincia.

ladores antiguos exigieron semejante presentación: no sería efectivamente justo tratar de sorprender al demandado con una petición que sólo estuviere apoyada en la simple afirmación del actor, para reservarse hacer uso de los documentos en un tiempo en que su contrario no podía ya proporcionarse armas suficientes para combatirlos. Si la lucha ha de ser igual, debe el actor desde luego presentar franco el campo, sin prevalerse de ardides de mala fe, y con ello se conseguirá también, que reconociendo el demandado la fuerza probatoria de los documentos que se presentan, desista tal vez de envolverse en un litigio, cuyo resultado funesto para él, debe prever (1).

De esta consideración, así como del texto bastante claro del art. 932 del Código, se deduce rectamente que éste no se refiere á todos los documentos que pueden servir como prueba al demandante, sino sólo de la que funden su acción. Esta puede tener dos fundamentos, el uno remoto y el otro próximo, y debemos creer que la ley se refiere á este último y no al primero, porque aunque los derechos nacidos de un contrato ó testamento supongan muchas veces otros derechos anteriores, sin los

(1) Comentario al art. 225 de la Ley de Enjuiciamiento española, Caravantes, Tratado histórico, crítico y filosófiico de procedimientos judiciales en materia civil. Lib. 2.º, tít. 6.º, sec. 1.ª

cuales los segundos no existirían, aquéllos y no éstos, son el fundamento de la causa jurídica que sirve de apoyo á la demanda. Debe suponerse que el que pide la desocupación de una casa arrendada, es dueño de ella, ó á lo menos, que está encargado de administrarla, sin cuyas circunstancias no puede creerse que la hubiere arrendado, mas no por eso deberá exigirse de él que presente el título de propiedad ó el poder con que administra, si arrendó la casa en nombre propio, sino el contrato de arrendamiento, porque de él se deriva de una manera directa é inmediata la acción de desahucio que dedujo en juicio.

Esta es la inteligencia que han dado los autores á la disposición legal de que venimos hablando. «Nótese, dice el autor, que últimamente hemos citado, que los documentos que deben acompañar á la demanda, no son indistintamente los que pueden tener una relación más ó menos directa ó remota con el pleito, ni cualquiera clase de documentos de que pueden luego valerse para combatir las excepciones que se aleguen, son aquellas en que el *actor* funda sus derechos, es decir, aquellos en que apoya la acción que entabla en la demanda, los que conduzcan al fin que se propone en su pretensión. Así, si interpone, por ejemplo, una acción de dominio, el título de propiedad que le hace dueño de la finca; si demanda el

cumplimiento de una obligación, la escritura en que conste el contrato celebrado; si interpone la petición de herencia, el testamento en que haya sido instituído heredero, y en su caso las partidas sacramentales que denotan su filiación ó entronque».

La segunda cuestión que nos hemos propuesto es fácil de resolver. El documento presentado como fundamento de la demanda es una prueba, y de ordinario una prueba preconstituída y debe producir los efectos de tal; pero como el objeto de la ley al exigir su presentación, no es otro, según hemos visto, sino impedir que el demandado sea víctima de una perfidia por ignorar qué armas van á emplearse en contra suya, bastará la exhibición del documento para que este objeto quede satisfecho sin que sea necesario que se llenen todos los requisitos indispensables, para que el documento presentado constituya una prueba perfecta. Así es que si se trata de un documento privado, no se necesita que el demandado lo reconozca formalmente, lo que podrá verificarse en el término de prueba. Lo mismo debe decirse de los documentos que, aunque sean públicos, sólo producirán sus efectos, mediante la citación de la parte contraria, cuando ésta no se ha verificado; ó cuando se ha omitido la legalización de las firmas, ó falta alguna otra solemnidad, puramente externa. En todos estos casos,

puede, en el término de prueba, perfeccionarse el documento que se presentó con la demanda, pues el objeto de la ley está llenado, y la prueba se perfeccionará después (1).

Esto, no obstante, en nuestro concepto, y según la doctrina que acerca de la prueba, venimos sosteniendo, será de mucho peso y constituiría una presunción muy vehemente á favor del actor, que el demandado nada objete en contra del documento exhibido, porque en este caso, tal parece que deberá tenerse como bastante para probar la acción, aun cuando carezca de algunos de los requisitos exigidos por la ley para tenerlo como perfecto.

Supongamos, por ejemplo, que se trata de un documento privado que el reo en el juicio no objetó, sino que fundó sus excepciones en hechos posteriores á su otorgamiento. Si por ignorancia ó negligencia el actor no cuidó de pedir el reconocimiento de la firma, durante la dilación probatoria ¿podría después en los alegatos desconocerse la eficacia de tal documento como elemento probatorio?

Creemos que no, porque según nuestra opinión, todos los hechos que no son contradichos en juicio, deben tenerse como ciertos, á no ser

(1) Como se comprenderá fácilmente, en el texto se habla de los documentos que fundan la acción, no de los que acreditan la personalidad de los litigantes, los cuales deben presentarse con el escrito de demanda.

que alguna causa extraordinaria y excepcional, explique suficientemente el silencio que acerca de ellos se ha guardado. Por eso tantas veces hemos dicho, y lo repetimos de nuevo, que la convicción en el ánimo del Juez, debe nacer de la comparación que haga entre las pruebas rendidas por un litigante y las que el otro haya rendido ó podido rendir fácilmente, si no lo ha hecho.

La cuestión parece algo más difícil de resolver, cuando por rebeldía del reo, la demanda se dá como contestada en sentido negativo. Hablar de esa materia no entra, sin embargo, en el plan que nos hemos propuesto al escribir este Tratado. Así, solo diremos, que en nuestro concepto, el art. 941 de nuestro Código, según el cual si trascurre el término del emplazamiento sin que comparezca el demandado, se da por contestada la demanda en el sentido negativo, debe ser comentado y explicado de manera que no resulte más favorecido el rebelde, que el que ha cumplido con los preceptos de la ley. Es muy común entre litigantes de mala fe, no contestar la demanda, porque creen de esta manera, tener mayor libertad en sus defensas y es necesario que para evitar este abuso, la ley determine con toda claridad los efectos que la falta de contestación debe producir, limitando esa libertad de que los rebeldes pretenden disfrutar (1).

(1) Acerca de los efectos de la rebeldía en contestar la demanda puede verse el estudio presentado á la Aca-

Finalmente, el precepto de la ley de que venimos hablando, debería tener una sanción, y la ha tenido en efecto. El art. 933 ordena que entablada la demanda, no se admitan al actor otros documentos que los que con ella debió presentar, á no ser que sean de fecha posterior ó de que, si fueran anteriores, proteste que no tenía conocimiento de ellos. Este artículo también necesita alguna explicación.

En primer lugar ocurre desde luego esta observación. Tratándose de documentos, porque de ellos veníase hablando, ¿cómo puede creerse que sean de fecha posterior á ésta, ó que el actor ignorase su existencia? Francamente, no hemos encontrado manera de resolver esta dificultad, á no ser que se dé el artículo anterior una interpretación más amplia, tomándose como fundamento de la demanda, no solo los documentos de donde directa y principalmente se deriva, sino todos los que con la acción deducida en juicio se relacionen, lo que no parece racional, ó lo que es más probable, que se refiera á hechos posteriores que hayan alterado la situación jurídica de los litigantes. Creemos, por lo mismo, que solo á aquéllos quiso referirse el Legislador, y que el artículo

---

demia de Jurisprudencia de México, escrito por el joven Abogado D. Jorge Vera y Estañol, y premiado en el concurso que se celebró el año de 1902.

en cuestión, no tuvo otro objeto, sino salvar el caso muy remoto de que realmente hubiere ignorancia respecto de esos documentos.

La segunda observación que tenemos que hacer con relación á este precepto de la ley, es que la prohibición es absoluta, y constituye un caso de prueba legal, esto es, uno de aquellos casos en que la ley norma el criterio del juez, prescindiendo de su convicción privada. ¿Qué sucedería si el actor intentase presentar un documento eficaz para fundar suficientemente su acción, si lo presentaba en el término probatorio? ¿Qué debería resolver el Juez en la sentencia, en el caso de haberlo admitido? ¿Le atribuiría la fuerza probatoria que en sí tenía, conforme á su criterio racional, ó declararía que la acción no estaba probada por haberse presentado el documento fuera de tiempo?

Cuestiones son estas que no podemos resolver en abstracto, sino que su solución depende de la actitud mostrada por la parte contraria, pues como dijimos en el Capítulo VI de la primera parte, en materia civil, uno de los litigantes puede renunciar su derecho y dar con su aquiescencia valor y eficacia á actos ó documentos que en otro caso no los tendrían.

Además, esas cuestiones no entran en el plan de nuestro estudio, y nos basta señalar, como hemos señalado este caso, como uno de aque-

llos en que tiene su aplicación, la teoría que hemos llamado, teoría legal de la prueba.

En el art. 951, se exigen del demandado, los mismos requisitos que del actor, en cuanto á la exhibición de documentos, y por lo tanto, cuanto hemos dicho de éste, deberá tenerse como dicho de aquél.

Una vez discutida esta cuestión, que puede tenerse como preliminar, tiempo es ya de que entremos á estudiar los documentos, sean públicos ó privados, que de ordinario se acompañan á la demanda, considerándolos como pruebas preconstituídas, sin perjuicio de estudiarlas después bajo su otro aspecto.

Bentham, define la prueba preconstituída diciendo: «que es aquella cuya creación y conservación ha sido ordenada por la ley con antelación á todo derecho ú obligación, de tal modo que la exhibición de tal prueba, sea necesaria para mantener este derecho ú obligación». Consideradas bajo este aspecto las pruebas preconstituídas, comprenden solo los documentos públicos, y no los privados, puesto que la ley, si bien puede haber ordenado en algunos casos la creación de éstos, no se ha encargado de su conservación. En este sentido la definición, nos parece, que es demasiado limitada.

En cambio Bonnier, considerando las pruebas preconstituídas, como la expresión del testimonio del hombre revestido de ciertas for-

mas, comprende bajo tal denominación hasta las declaraciones que hacen los comerciantes en su favor en los libros, á las cuales atribuye solo una fe, relativa y limitada (1).

En esta doctrina encontramos demasiada amplitud, lo que creemos que pueda ser origen de no pocos errores.

Nosotros creemos que el nombre de pruebas preconstituídas, debe darse solamente á aquellos actos ó documentos que han tenido por objeto hacer cierto un hecho, en la previsión de que llegaría alguna vez á dudarse ya acerca de su existencia ó de las circunstancias esenciales que en él ocurrieron, prescindiendo que se haya procedido así, porque la ley lo tenga ordenado, ó porque los interesados lo hayan querido, y ya sea que la misma ley se haya encargado de la conservación de la prueba, ó no. En este concepto, es prueba preconstituída en el aspecto en que la consideramos todo documento sea público ó probado, y aun todo acto que verificado antes del juicio, tenga por objeto precaver el litigio, ó determinar

(1) Benthan llama á las cartas y á los libros de cuentas de los comerciantes, pruebas *semi-preconstituídas*, porque se hayan extentendidas de un modo uniforme y con intención de aplicarlas, si llega el caso, á que sirvan de prueba, si bien les faltan las cualidades esenciales á las pruebas propiamente preconstituídas.

con claridad y precisión los hechos que en él puede ponerse en duda.

Juzgamos, igualmente, que consideradas estas pruebas en este punto de vista, parcial y limitado, no deben ocupar nuestra atención sino es con relación á las partes que en ellas intervienen, y eso en cuanto al hecho que les sirve de materia, y no relativamente á terceras personas, por más que por tratarse de un testimonio, éste pueda emanar de las dos partes interesadas ó de terceras personas extrañas á él, como dice Bonnier.

Vistas bajo este aspecto, serán pruebas preconstituídas toda clase de documentos extendidos con el objeto de hacer constar los derechos y obligaciones procedentes de un convenio; lo serán los actos auténticos que tienen por objeto dar á conocer el estado civil de las personas, los tesatmentos y otras declaraciones judiciales, por cuanto en toda esta clase de documentos se establecen derechos con anterioridad á todo litigio; y aún puede darse tal nombre á la prueba que consistiera en la simple presencia de dos ó más testigos, siempre que tenga por fin hacer constar un hecho, ó un contrato que no se pudo redactar desde luego por escrito.

En este caso, la esencia de la prueba consistiría en el hecho de encontrarse presentes los testigos, en haber oído ó presenciado el hecho

de que se trataba, y las circunstancias de escribirse después sus declaraciones, sería solo su forma. Esto nos parece que puede deducirse de la naturaleza de las pruebas preconstituídas; pero como no todos los jurisconsultos toman esta denominación en el sentido limitado en que nosotros lo tomamos, citaremos algunas de sus doctrinas.

Así es que la primera cuestión que suele discutirse cuando de estas pruebas se trata, es, si es de esencia en la prueba preconstituída que se consigne por exacto. Bonnier opina que no, pues, según dice, puede haber prueba preconstituída sin que conste por escrito, con tal qne se use de signos que expresen con claridad una idea, porque el significado que se da á los caracteres escritos, no es, en último resultado, más que efecto de un convenio, y, nada impide en la naturaleza de las cosas, que adoptemos otros signos para expresar nuestras ideas (1).

(1) Bonnier se refiere á los signos que el art. 1,333 del Código Civil Francés designa con el nombre de *tailles* y que los traductores llaman *tarjas*. Es curiosa esta manera de hacer constar las cantidades que un deudor recibe y por eso la daremos á conocer á nuestros lectores. Se llama taille un trozo de madera dividido en toda su longitud en dos partes. Una conserva el prestamista y otra el deudor. Cuando éste recibe una cantidad se unen las dos partes y se hace en ellas un corte transversal que tiene que coincidir. Estos cortes

Ya hemos dicho que en la significación que nosotros atribuímos á la palabra *preconstituída*, cabe hasta la prueba testimonial, por que para nosotros lo esencial en esta clase de pruebas, es que se hayan fijado de antemano, por disposición de la ley ó por voluntad de las partes, en la previsión de las diferencias que pudieran surgir, para precaverlas, ó si no es posible precaverlas, resolverlas conforme á su mente é intención.

Mas como de ordinario, esto se hace por escrito, no tenemos inconveniente en hablar de la prueba preconstituída, como de una prueba escrita, por ser éste el caso más frecuente y general. (1).

Hechas estas explicaciones véamos cuales son sus caracteres en el sentido que hemos dado á esa palabra, sentido que es á la vez más amplio y más limitado que el que le dan algunos autores; más amplio, porque como he-

---

forman una especie de prueba literal, admitida en el Código Francés.

Entre nosotros suele darse á los deudores un papel en el cual por medio de círculos, semicírculos y líneas perpendiculares se marcan los abonos hasta que se extingue la deuda. El círculo representa un peso, el semicírculo medio peso, etc.

(1) Framarino considera, con razón, como documentos todas las formas permanentes de hacer constar un testimonio personal como las tumbas, las mojoneras, etc. Obra citada, Lib. 2.º, sec. 3.ª, división 2.ª

mos dicho, consideramos como pruebas preconstituídas los documentos de todas clases, siempre que llenen el objeto que hemos indicado, y no sólo los que se hacen para cumplir una obligación impuesta por la ley: y más limitado por que sólo debemos considerar en esta parte de nuestro estudio tales documentos con relación á las partes que lo otorgan, y eso en cuanto se refiere únicamente al fin con que fueron otorgados.

Vistas de esta manera las pruebas constituídas, y teniendo presente la clasificación que de las pruebas hace Framarino, y que nosotros hemos dado á conocer en el Capítulo VII de la primera parte, diremos que en cuanto á su contenido ú objeto, la prueba preconstituída es una prueba directa porque se refiere inmediata y necesariamente á la cosa que se quiere averiguar. Con relación al sujeto de quien emana, es una prueba personal, porque procede de la persona misma cuyos derechos ú obligaciones se trata de definir ó á lo menos se refiere á ella, de una manera tan clara que pocas veces nos induciría á error; y por último, si atendemos á su forma, encontraremos que es una prueba que descansa en el testimonio consignado de ordinario en un escrito, y que por lo mismo debe llamarse prueba documental.

Partiendo de este principio, haremos algunas observaciones, advirtiendo antes, que siem-

pre que el testimonio que constituye la prueba preconstituída, se presenta bajo la forma escrita, debe constar antes que todo, la autenticidad del mismo documento, requisito que explicaremos en otro lugar, cuando hablemos de los documentos, como medios probatorios, considerados en lo general. Aquí suponemos que no hay duda acerca de la autenticidad del documento, y estudiamos la eficacia de la prueba preconstituida, considerándola en cuanto á su contenido solamente.

También debemos advertir, que siendo en lo general de dos clases las pruebas preconstituídas, unas que tienen por objeto inmediato y directa consignar la existencia de un contrato, y sus circunstancias principales, y otras la condición que se atribuye á una persona, ó los derechos y obligaciones que proceden, de su estado civil, hablaremos de unas y de otras separadamente.

De la definición que hemos dado de la prueba preconstituída, cualquiera que sea su fin, se derivan estas dos consecuencias importantes: la primera, que no todo documento constituye este género de prueba, y segunda, que esta es la prueba más perfecta y eficaz, llegando á superar, según nuestro sentir, hasta á la misma confesión.

La apinión de Bonnier, con la que estamos en perfecto acuerdo, en cuanto á que no todo

documento tiene el carácter de prueba preconstituída, es conforme con la que nosotros hemos sostenido, en este capítulo, y se encuentra claramente explicada en las palabras que copiamos en seguida.

Después de decir este autor que la prueba preconstituída, casi siempre consiste en un escrito y que bajo este aspecto se confunda con la prueba literal, añade: «Más entiéndase, sin embargo, que no todo escrito constituye una prueba literal en el sentido legal de esta palabra. Para que tenga esa autoridad, es necesario que tenga ciertos caracteres á falta de los cuales degenera en una simple nota, que puede á lo más constituir una presunción contra su autor; pero que jamás tiene contra él la fuerza de una prueba legal. Entonces hay lo que llama Benthan, una prueba por *escrito casual* en vez de una prueba *preconstituída*. Por eso las carta misivas, suponiendo que se presenten en el juicio con el consentimiento del tercero á quien se han dirijido, constituyen solamente un elemento de convicción, que el Juez tiene el poder discrecional de admitir ó rechazar, según las circunstancias, como se verá, cuando tratemos especialmente de los escritos privados.»

En cuanto á la efieacia que atribuimos á la prueba preconstituida, según la definición que de ello hemos dado, atribuyéndole una efica-

mayor que á la simple confesión, siempre bajo el concepto de que no se dude de la autencidad del documento en que conste, nos permitiremos hacer algunas observaciones, con el tenor que es natural en quien aventura opiniones propias, que no están apoyadas en ninguna autoridad.

«Siendo la escritura una forma permanente y perfecta de las manifestaciones del pensamiento humano, dice Framarino, (1) se comprende con facilidad que haya sido empleado desde el primer momento de un modo natural, para hacer establecer los derechos de cada cual respecto de los ausentes y de los futuros, salvándoles así de la incertidumbre, de los errores y de la infidelidad de la tradición.»

Dedúcese de esta consideración, que cuando las personas interesadas en hacer constar un hecho, lo han consignado por escrito, no sólo han afirmado de una manera indubitable su existencia y las circunstancias esenciales que en él han concurrido, sino que han manifestado su consentimiento y voluntad de que todas las

(1) Merecen citarse las siguientes palabras del Proemio de la Ley 1.ª tít. 18.º Part. 3.ª Escriptura es, se dice allí, testimonio de las cosas pasadas é averiguación del pleyto sobre que es fecha, y de ella nace muy gran pro é que tanto bien viene que en todos los tiempos tiene pro, que face membrar lo olvidado é afirmar que es de nuevo fecha é muestra carreras por do se endereza lo que ha de ser.

personas á cuyo conocimiento, llegue ese hecho, juzguen de él, tal como ellas lo hicieron constar, porque ese fué el objeto que se propusieron, salvando los derechos que de tal hecho nacieron de la incertidumbre, de los errores y de la infidelidad de la tradición oral, como dice el autor últimamente citado.

Siendo esto así, no puede dudarse que la prueba preconstituída, en cuanto se refiere á las personas que la establecieron, equivale á una confesión clara y explícita de parte de ellas no sólo en cuanto al hecho mismo, sino también en cuanto á sus circunstancias esenciales; y una confesión tanto más eficaz, cuanto que fué hecha con el fin de hacer ciertos los derechos y las obligaciones que debió producir el hecho consignado, en el escrito ó documento que la constituye. Compárese esa confesión clara y terminante, que recae no solo sobre el hecho principal, sino sobre todas sus circunstancias, que lo presenta acompañado de todos los hechos accesorios que pueden modificarlo, y que ha sido establecida de una manera permanente, con el objeto de que sirviera para derimir cualquiera diferencia que pudiera surgir entre los interesados: compárese repetimos, con la que se hace por medio de preguntas que se llaman posiciones y después que ha surjido la contienda judicial y durante el término de prueba, y se verá que hemos tenido razón para

considerar como más propia para engendrar el convencimiento en el ánimo del juez, aquélla que ésta. La confesión por medio de posiciones, recae, en efecto, sobre un hecho ó sobre varios hechos, pero presentados de ordinario aislados, separados de las circunstancias que les han acompañado, y por medio de preguntas formuladas, por uno de los interesados conforme á un plan, que tiene por objeto de vencer á su adversario arrancándole, tal vez por sorpresa, una confesión no siempre conforme á la verdad. De aquí resulta que la confesión judicial por medio de posiciones no desempeña un papel tan importante como á primera vista pudiera creerse, en el Derecho probatorio, porque el confesante, ó niega los hechos aunque sean verdaderos, porque teme que en la pregunta que se le formula estén presentados bajo un aspecto que le perjudique, ó si los confiesa, agrega después explicaciones que desvirtúan la fuerza de la confesión que acaba de hacer.

Se ve, pues, cuan grande es la eficacia de la prueba preconstituída, si juzgamos de ella, conforme al criterio puramente racional; pero como según nuestra teoría, el criterio legal debe estar de acuerdo con aquel, resulta que jurídicamente hablando, las pruebas preconstituídas, son las que tienen que ejercer mayor influencia en la sentencia que se pronuncie, porque son las más á propósito para engendrar el con-

vencimiento en el ánimo judicial. El que en un escrito ó por medio de un monumento (porque ya hemos dicho que los monumentos son también pruebas preconstituídas), ha hecho constar la existencia de un hecho, ¿cómo podría negarlo después, sin ponerse en contradicción consigo mismo? Si fué su voluntad no tener más derechos, ni exigir más obligaciones que las que allí se expresaron, ¿cómo podría después atribuirse otros derechos ó pretender el cumplimiento de obligaciones que no tuvo en consideración cuando firmó el documento? Al que obrara de esta manera se le podría decir lo que se dice en los textos sagrados: no puedes quejarte, te juzgo conforme á lo que tú mismo has dicho, *ex ore tuo te judicabe.* Salvo el caso de falsedad, ó simulación, la prueba preconstituída de un contrato, es la más eficaz para juzgar acerca de las obligaciones y derechos que de él han nacido.

En cuanto á las pruebas emanadas de terceras personas, que tienen por objeto conceder ciertos derechos, como los testamentos ó fijar el estado civil de las personas, aunque no merezcan el nombre de directas porque no hayan sido establecidas por aquellos en cuyo favor ó en cuyo perjuicio se invocan, se pueden tener, sin embargo, como preconstituidas, por cuanto son anteriores á toda contienda judicial, mereciendo, una vez que su autenticidad se haya

demostrado, ser contadas igualmente en el número de las más eficaces, para demostrar la verdad de un hecho. Un hijo que ha sido reconocido en una acta del Registro Civil, en una fecha muy anterior á aquella en que ha surgido un juicio sobre su filiación, no podrá racionablemente suponer que tal reconocimiento se hizo faltando á la verdad, con el fin, por ejemplo, de heredarle, cuando aún no se sabía, si llegaría ó no, á tener bienes de fortuna.

La circunstancia, sin embargo, de no emanar tales actos, de la persona misma á quien pueden favorecer ó perjudicar, les coloca siempre en un grado más abajo que los anteriores, sin que por eso dejen de ser considerados como pruebas preconstituídas.

En cuanto á las otras pruebas de la misma clase que no sean escritos, poco tenemos que añadir. Su eficacia será bastante para demostrar la verdad de los hechos que por medio de ellas se quiere probar; nada más que no siendo personales, sino reales, su existencia, como medio de prueba de aquel hecho, puede ser negado por aquel á quien perjudique. Así, si existe una mojonera entre dos herederos y si fué puesta antes de que se promoviese un juicio acerca de sus límites, repetimos que esta será una prueba preconstituida de que aquel es el límite que las separa, á no ser que se pruebe, que fué puesta con otro objeto. La razón de es-

ta diferencia es que la mojonera, no puede explicar por sí sola el fin con que se construyó en aquel lugar, como puede hacerlo un documento escrito, y por eso necesita del auxilio de la prueba testimonial, que puede ser contradicha.

Después de haber explicado el concepto limitado en que, según nuestras opiniones, debería tomarse la denominación de pruebas preconstituídas, de que nos hemos servido, y la eficacia que bajo este concepto les atribuimos considerándolas en el punto de vista del criterio puramente racional, debemos examinarlas en su forma externa, esto es, como documentos que constituyen una prueba perfecta, cuando tienen los requisitos legales, prescindiendo de la naturaleza de los hechos que en ellos constan. Pero como bajo este aspecto general, se encuentran comprendidos entre los medios probatorios que reconocen las leyes positivas, aquí damos por terminado este capítulo, reservando para otro lugar lo demás que hay que decir, acerca de la prueba documental, cuya importancia en los juicios de carácter civil, no puede desconocerse.

CAPITULO II

De la Confesión

Basta enunciar la materia de que debemos hablar en este capítulo, para que se conozca su importancia. La confesión de parte releva de prueba, dice un proloquio vulgar, y éste demuestra cómo aun en el concepto de las personas indoctas, la mejor manera de probar la verdad de un hecho, es la confesión que haga aquel á quien tal hecho perjudica. Este concepto se funda en la creencia muy razonable de que nadie querrá perjudicarse á sí mismo.

Sin embargo, como esta regla general puede no ser siempre verdadera, y como, por otra parte, en las contiendas judiciales la sencillez y la buena fe de un litigante pueden ser sorprendidas por la malicia de su adversario, la ley ha debido determinar con toda precisión los caracteres que debe tener la confesión, para que produzca los efectos jurídicos que debe producir, los cuales son tan eficaces, que hacen innecesario cualquiera otro medio probatorio. Por eso han dicho algunos autores que la confesión no es una prueba, sino la exclusión de toda prueba; y los antiguos decían: *confessio probatio probatissima.*

Vamos, pues, á analizar brevemente cuáles

son sus caracteres para deducir de ellos la eficacia de la confesión que un litigante hace á petición de su adversario, de un hecho que le perjudica, advirtiendo desde luegó, que puede ser de dos maneras, judicial ó extrajudicial, divisible ó indivisible (1). Haremos, á la vez, las observaciones que á una y otra se refieren, procurando demostrar la conformidad de los preceptos legales acerca de esta materia, con lo que aconseja el buen sentido y prescriben las reglas de la crítica.

Comenzaremos nuestro estudio dando la siguiente definición que trae Lessona, y que nos parece la más perfecta. Se llama confesión en Derecho civil, dice este autor, la declaración judicial ó extrajudicial, mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar á la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total ó parcialmente la verdad de una obligación ó de un hecho que se refiere á ella y que es susceptible de producir efectos judicios.

(1) Si examinamos las opiniones de los intérpretes, acerca de la extención del principio, según el cual la confesión es indivisible, dice Lessona, podemos clasificarlos en dos grandes grupos.

Al primero, pertenecen los escritores que proclaman el principio de la indivisibilidad absoluta de la confesión.

A la segunda, los que introducen en él, algunas excepciones. Los escritores del primer grupo, invocan

Siendo la confesión la manera de probar un

las razones en que se funda la indivisibilidad, razones que aseguran que, concurren en toda hipótesis, é invocan, además, la expresión indistinta de la ley. En este sentido ha escrito Laurent, cuyas doctrinas vamos á resumir.

Laurent, pone ante todo, en evidencia el mandato indistinto del Código, insistiendo en que el intérprete, no puede distinguir, cuando y donde la ley no distingue, ni crear excepciones, si la ley no las admite: examina después las razones en las que algunos escritores intentan, lo que á él le parece reprobable.

Toullier dice que los casos en quo la aplicación de la ley produjera una injusticia ó un absurdo, deben tenerse por naturalmente exceptuados por la voluntad presunta del Legislador.

Laurent responde á esto, que la asercion es vaga y arbitraria, y que ninguna excepción puede admitirse sobre una voluntad presunta, porque la presunción la crea el intérprete y no la ley.

Merlin observa que el Código consagra el principio de la indivisibilidad en una disposición harto general, por lo cual la restringe, creando excepciones, no fundadas ni en la naturaleza de las cosas, ni en el espíritu de otras disposiciones del mismo Código.

Laurent censura la poca claridad del criterio de Merlin, y por último, examinando la teoría de los que dicen que las excepciones debe indicarlas el buen sentido y sancionarlas la jurisprudencia, se pregunta con justicia ¿es este el lenguaje del Derecho?

A críticas análogas, se prestan los argumentos de algunos escritores Italianos, que ponen excepciones al principio de la indivisibilidad.

Borsari, por ejemplo, dice que el principio que debe seguirse es este: la ley sienta como regla general la indivisibilidad; luego hay casos de divisibilidad,

hecho, no puede tener por objeto mas que los

Para nosotros, el principio, es otro: la indivisibilidad, no solo es una regla, sino una regla absoluta; y con él solo, se destruye el de Borsari, que presupone casos excepcionales.

Una sentencia de la casación de Turín, pone un caso muy extraño de confesión divisible, diciendo, que quién responde haber recibido el mutuo y consignado la suma algún tiempo después del vencimiento, con encargo de restituirla al instante, emite una confesión divisible, y por consiguiente, *no liberatoria*.

Pero en este caso, la indivisibilidad nada tiene que ver, porque aún aceptada por completo la confesión, dado el art. 1241, cid.-civ. no libraría al confesante.

Nos adherimos completamente á la teoría de Laurent, que es la misma del Código, asegurando, además, que la teoría que prevaleció en el derecho común, no estaba muy lejos de estas enseñanzas.

Demostraremos esta afirmación ya porque los Doctores modernos frecuentemente tachan de inciertas, confusas y arbitrarias las opiniones de los antiguos, ya porque la teoría de la doctrina antigua, ha sido la que ha inspirado al Código.

La doctrina que prevaleció en el derecho común, afirma que la confesión es indivisible, cuando media conexión real y personal, entre la acción y la excepción.

Llamábase conexión real, la que mediaba entre el derecho del actor y la excepción del demandado, consideradas ambas objetivamente; y conexión personal, aquella por la cual el derecho del actor y la excepción del demandado tenían el punto común de existir solo entre las mismas personas.

Es esta teoría, la misma que, como ya dijimos, fija los límites de la indivisibilidad.

Decía muy bien Fulgosio, que la confesión sólo es divisible, cuando se refiere á *negotia diversa*.

hechos cuya existencia es necesario demos-

Y definía: *negotia diversa censeri quæ sunt facta diversis temporibus et diversis causis et ad diversos effectus, et unum non tendit ad qualificationem alterius nec ad alterius perentionem, nec unum habet dependentiam seu accesorietatem ab alio, nec unum inest alteri*, conforme en esta idea, con lo que expresa Laurent, ó mejor, Prescatore y Mattirolo, y lo que habían expresado otros muchos. Podemos recordar en este sentido las palabras de Micalorio, autoridad muy respetada, cuando juzga severamente las opiniones contrarias de la Glosa y otros autores. *Si vero, escribe, illa qualitas vel adictio ortum non habueerit eodem tempore quo facta fuerit obligatio, ut puta tu petis mntuasse centum, fateor mutuum, sed addeo vel fuisse postea factum pactum de non petendum vel mutuum fuisse restitutum, vel empensatum, vel inter nos de datis et receptis computa fuisse posita, et in hoc diversæ, sunt opiniones.*

Glossa tenet confessionem posse dividi et sic in parte aceptari et in parte rejici; nam illud pactum postea appositum, illa pretensa solutio, illa compensatio est quid divessum ab, ipso mutuo, diverso que tempore ortum abuit, unde, nisi probetur, firma remanet confessio mutui, quam glosam aprobare vindentur nulti, quos Boerius citat.

Sed Boerius tenet etiam hoc casu dici posse continere connexa: cum illa qualitas proveniat á prima traditione, seu causa primæ obligatoris sit facta, et unum veniat, ad determinationem alterius.

Unde, si ego fateor mutuum, sed addo quantitatem mutuatam fuisse restituttam, vel fuisse compensatam, vel appositum fuisse pactum de non petendo; debet haec confessio in totum acceptari, vel in totum reiici.

No es posible, pues, acusar á la doctrina antigua, de no haber sentado una teoría precisa.

No se nos oculta, sin embargo, que no faltan entre los doctores antiguos, opiniones distintas.

Así es, por ejemplo, la de Voet, cuya opinión, que es la única que se cita por los modernos, sostiene que son divisibles todos los hechos adicionados, no contemporáneos á la creación de la obligación.

Viniendo ya á la doctrina y á la jurisprudencia modernas, diremos que no faltan autores y sentencias que admitan excepciones á la indivisibilidad.

Debemos recordar, ante todo, la distinción que hacen á propósito de las declaraciones de las partes.

Tales declaraciones, se distinguen de dos modos: Algunos autores, entre los cuales está Gennari, dicen que, cuando la parte no se limita á confesar, sino que después de admitir el hecho alegado contra ella, le hace algunas adiciones, la confesión es cualificada.

Esta confesión cualificada, puede ser de primero ó de segundo grado.

Es de primer grado, si las adiciones consisten en circunstancias que rectifican é reintegran el hecho: su objeto es el hecho nudo que la confesión cualificada tiende á modificar.

Es de segundo grado, si la adición consiste en una excepción, esto es, en una circunstancia que tiende á privar, á modificar ó suspender los efectos de ucidos del hecho; su objeto no es ya el nudo hecho, sino que se dirige á demostrar la inexistencia jurídica del efecto del hecho admitido.

Los escritores franceses é italianos no aceptan esta terminología, pero siguen otra por la cual, la confesión es pura ó simple, cualificada ó informada, conexa ó compleja.

Las definiciones todas de estas especies, son, sobre poco más ó menos, iguales substancialmente en todos los escritores que concuerdan en llamar cualificada la confesión en que el confesante, no se limita á recono

cer exactamente el hecho asegurado por la otra parte, sino que lo modifica, con ciertas restricciones ó adiciones que, sin transformarlo en un hecho jurídico distinto del que fué el objeto de la contestación, cambia, sí, sus consecuencias jurídicas.

Así, por ejemplo, se me ha citado para el pago de cierto número de pesetas, con sus intereses, y yo admito el motivo, pero asegurando que es de suma menor, ó que no llevaba intereses, ó que aún no ha vencido; ó bien haber recibido las pesetas, pero no á título de préstamo, sino de donación, para pago de un crédito mío, etc.

Por el contrario, se llama compleja la confesión en que, además de la confesión del hecho controvertido, se contiene otro hecho que modifica ó destruye las consecuencias legales del primero.

Ejemplo: Se me cita también para el pago de un préstamo: lo admito, pero añadiendo que otro hecho ha destruído la obligación única que nacía del mutuo, por ejemplo el pago, novación, compensación, etc.

Pero otros autores han criticado estas diferencias, y nosotros nos unimos á ellos, si se han hecho para que unas de ellas, sean indivisibles y no las otras; pero advirtiendo, sin embargo, y siempre que las definiciones se correspondan en la realidad.

Hay escritores que admiten que la indivisibilidad no existe de modo igual, para las varias especies de confesiones.

Sostiénense varias opiniones.

Alguna sentencia ha negado la indivisibilidad de la confesión cualificada, confundiendo evidentemente los dos hechos.

En el caso decidido se separó de la confesión la adición cualificante del hecho controvertido, por haber parecido inverosimil; pero en vez de decir esto, se admite como máxima la divisibilidad de la confesión cualificada, cuando solo se debió admitir la facultad en el juez, de apreciar la confesión como cual-

quiera otro medio de prueba, según el criterio que dejamos expuesto.

Pero la opinión dominante, así en las doctrinas como en la jurisprudencia, sostiene la indivisibilidad de la confesión cualificada.

En cuanto á la confesión compleja, prescindiendo de la teoría, de los que, como Voet, dicen que solo hay conexidad indivisible, cuando hay contemporaniedad entre el hecho confesado y el añadido, teoría que ninguno otro sigue, hay otras varias para determinar como debe ser la confesión conexa para que resulte indivisible.

Dejando aparte los criterios teóricos, por demasiado vagos, y ateniéndonos á la práctica, observamos que algunos escritores dicen que solo hay conexión cuando se admita la obligación con la adición de haberla cumplido; otros que todo medio por el que se excluyen las obligaciones es conexo, excepto la compensación; otros, por último, que la conexión y por consiguiente, la indivisibilidad, existen tantas veces como se añade un hecho que restrinja ó modifique la obligación primitiva.

Nosotros aceptamos la última teoría, sosteniendo que las restantes son inexactas.

Cierto es que el pago es el modo ordinario, por el que se extinguen las obligaciones, y también que la compensación es el menos probable; pero la ley no quiere que se haga *á priori*, un cálculo de probabilidades, que sólo le concede al juez, permitiéndole rechazar las adiciones inverosímiles *a posteriori*.

La ley pregunta si el hecho que se admitió fué confesado; si no se confiesa, cualquiera que sea la razón por la que esto ocurra, no puede tenerlo por confesado.

Además, si el demandado niega la deuda, no es posible indagar el por qué; el hecho en que rehusa admitirla, es lo único que se debe tener presente.

Si se distingue entre modos y modos de extinguirse

trar en juicio. De donde deduce Ricci (1), que no teniendo los hechos permanentes que caen bajo la acción de los sentidos, necesidad de verdadera prueba, puesto que se puede conocer su existencia, mediante el acceso al lugar ó con el auxilio de los peritos, la confesión no puede referirse á tales hechos.

En segundo lugar, siendo la confesión la declaración de uno de los litigantes de un hecho jurídico que le perjudica, es claro que las declaraciones relativas á la aplicación de la ley no pueden tener nunca el valor de confesiones. Así lo enseña el autor citado, quien pone los dos ejemplos siguientes que pueden servir de ilustración á esta doctrina, cuyo fundamento jurídico se comprende desde luego.

---

las obligaciones, se inducirá á faltar á la verdad, á quien habiendo, realmente dejado de ser deudor por compensación asegure que no lo es ya por haber pagado.

Por último, tan modo de extringuir la obligación es la compensación, como el pago ¿qué es sino un pago recíproco? Y si se dice como Gennari, que la compensación es modo distinto ¿por qué no lo son entre sí los restantes medios por los cuales extinguen las obligaciones?

Concluímos, pues, con Pescatore, diciendo que la esencia de la respuesta está en la conclusión á que el sujeto de la cuestión responde ó afirmativamente en favor del interrogante ó negativamente contra el que le pregunta.

(1) Obra citada, Tomo 2.°, tít. 6.°, cap. 1.°

Si yo, admitiendo la existencia de una deuda á mi cargo, declaro que no está prescripta, ¿me impedirá esta declaración invocar la prescripción cuando concurran los requisitos legales? Claro está que no, porque al declarar que la prescripción no existe, no hago sino aplicar la ley a mi modo, y todo lo que se refiere á la aplicación de la ley corresponde á las funciones del Juez.

Supongamos, continúa diciendo, que tratándose de la posesión, el confesante, al afirmar los hechos en los cuales se hace consistir la posesión, afirma que ésta no es legal, ¿deberá el Juez conceptuarlo así sólo en virtud de la confesión? El Juez debe, sin duda, admitir el hecho tal como es confesado; pero no está obligado á admitir la calificación jurídica del confesante, siendo, como es, libre para acudir á la ley y resolver conforme á ella.

Finalmente, siendo la confesión un acto jurídico, es claro que debe recaer sobre un hecho que tenga valor jurídico, pues sólo de un hecho de esta naturaleza puede surgir un derecho con relación á una de las partes, y una obligación con relación á la otra. Si no se tratara de hechos jurídicos, la confesión se confundiría con uua simple afirmación, incapaz de engendrar ningún derecho.

De estas consideraciones se deduce el tercero de los caracteres generales de la confe-

sión, y es: que la declaración del hecho que se quiere probar, recaiga sobre un hecho propio del confesante, y además, que ceda ó pueda ceder en su perjuicio. Se requiere que el hecho sea propio del confesante, porque nadie puede asegurar con certeza lo que otro ha ejecutado; y debe ser en su perjuicio, porque la confesión en provecho propio carecería de todo efecto jurídico. En un principio de Derecho Natural, dice Ricci, que nadie puede crear en su favor una prueba, porque teniendo la prueba en el orden práctico de las cosas, el mismo valor que el derecho, en cuanto lo que resulta probado, se considera existente, aunque no exista, y aquello que no se prueba, se conceptúa como si no existiera, aunque exista, á todos les sería dable crearse, según su buen querer, derechos y consiguientes obligaciones á cargo de otro, sin que ni unos ni otras hubieran existido jamás. Los antiguos prácticos decían que uno de los caracteres de la confesión era que fuese hecha *contra se*, esto es, en contra y no á favor del confesante (1).

Como se ve por lo que acabamos de decir, no es de esencia, en el orden puramente ra-

(1) La ley 4.ª, tít. 13., pag. 3.ª, requería para la validez de la confesión, diez circunstancias que los prácticos resumieron en el siguiente dístico latino:

Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit et hostis
Certum, lisque, favor, jus nec natura repugnet.

cional, que la confesión se haga ante el Juez, pudiendo hacerse también extrajudicialmente. La ley positiva reconoce, en efecto, que la confesión hecha fuera de juicio debe tener alguna eficacia probatoria, ¿pero serán los mismos los efectos de una y otra, esto es, de la confesión judicial y de la extrajudicial? Evidentemente que no, y esto por las razones que brevemente diremos.

A primera vista podría creerse que la razón por la cual la ley da tan poco valor á la confesión extrajudicial, consiste en la dificultad de asegurarse de la existencia real de ésta. Cuando un litigante confiesa un hecho ante el Juez, no puede caber duda alguna sobre la realidad de la confesión; pero cuando ésta no se ha hecho en la presencia judicial, habrá que probar su realidad por medio de testigos, documentos, etc. En tal caso no se puede llegar á la verdad, sino examinando previamente si los medios por los cuales se ha tratado de probar la confesión, son ó no suficientes para ello. Hay, pues, motivos para dudar de la autenticidad de una confesión hecha fuera del juicio; pero no es ésta la única razón por la cual la ley mira con tan poca confianza este género de pruebas, porque si así fuera, siempre que la verdad de la afirmación del hecho confesado, quedara bien establecida, lo quedaría el

mismo hecho, tal como si se hubiese confesado judicialmente, y no es así.

Ricci explica la diferencia que existe entre los efectos de la confesión judicial y la extrajudicial con toda claridad, dando dos razones que son concluyentes.

«Cuando la confesión se hace en juicio, se hace siempre á la parte que puede invocarla en su propio provecho, dice este autor, por lo que constituye en todo caso prueba plena en contra del confesante, mientras que la que se hace fuera de juicio, puede no ser hecha á la parte, sino á un tercero. Ahora bien, la confesión hecha á un tercero ¿tendrá el mismo valor que la hecha á la parte que puede invocarla en favor suyo?»

«No, y esto por las dos razones que siguen.»

«La primera es que la confesión aunque sea un hecho unilateral reviste los caracteres de un pacto cuando se hace á la persona que de ella puede aprovecharse, puesto que por su medio se ha querido constituir una prueba, que si llega á obtenerse, no es susceptible de ser destruída sin perjuicio de quien la obtuvo; mientras que cuando, por el contrario, la confesión la hace á un tercero, como no se ha pretendido por medio de ella, constituir una prueba á favor de éste, sino de otra persona que no estaba presente y que era totalmente extraña á las declaraciones emitidas, mal podría ésta invo-

carla, dándole un efecto jurídico que ni el que la hizo ni aquel á quien pudiera aprovechar, tuvieron la intención de atribuirle.»

La otra razón es, que cuando la confesión se hace á la parte que puede invocarla en provecho propio contra el confesante, no se hace para otro fin, sino para la prueba del hecho, por lo que tiene eficacia jurídica, precisamente en vista de su fin; pero que si la confesión se hace á un tercero, podrá ser motivada por otros fines distintos del de la prueba, por lo cual tal confesión no debe tener el mismo valor que la otra. (1)

Fundados en estos principios los Códigos vigentes, á la vez que declaran la plena eficacia probatoria de la confesión judicial conceptúan por regla general, que la que se hace fuera de juicio, no hace prueba plena. El Código reputa como extrajudicial la confesión hecha ante un juez incompetente, pero si los litigantes lo tenían por competente cuando la confesión se hizo, valdrá como judicial.

También se conceptúa como judicial, las he-

(1) Sobran ejemplos de quienes hayan confesado extrajudicialmente una deuda falsa, por ejemplo, para excusarse de pagar otra legítima, y hasta en materia criminal, como veremos á su tiempo, no han faltado acusados que por una necia vanidad ó por otros motivos, se han confesado autores de crímenes que no habían cometido.

chas en un testamento legítimo, menos cuando se trata del reconocimiento de un hijo natural, contradicho por la madre, de la renuncia de gananciales ó de una deuda que no conste más que por el testamento.

Fuera de estos casos, dice el Código, la confesión extrajudicial no hace prueba. En nuestro concepto la ley ha ido demasiado lejos al hacer esta declaración, porque en un sistema de pruebas puramente racional, la confesión hecha fuera de juicio, debería producir cuando menos un indicio, á lo menos mientras el que la hizo no explicara los motivos que á ello le impulsaron. Esta parece ser la opinión de Ricci, quien dice que la confesión extrajudicial no puede suministrar más que un simple indicio, que el Juez apreciará según los casos y las circunstancias, poniéndolo en relación con los demás indicios que pueda haber respecto del hecho declarado. (1)

Pero no es este el único defecto que debemos advertir respecto á la confesión extrajudicial. Refiriéndose á ésta, dice en su art. 415 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz, que si fuere verbal será ineficaz en todos los casos en que no es admisible la prueba por testigos.

---

(1) Arts. 546 y siguientes C. P. c. D. F. y 562 y siguientes C. P. c. V.

La razón de este precepto, que encontramos también en otros Códigos, es clara: el legislador ha temido que en los casos en que la ley prohibe que se reciba prueba testimonial, tal prohibición se viese burlada, pretendiendo probar por medio de testigos la confesión de tal ó cual hecho cuya prueba debiera constar de otra manera. En este caso se podría decir, que la prueba no recae sobre el hecho mismo, sino sobre la confesión que de él se hizo; pero como el resultado práctico vendría á ser el mismo, la ley ha cuidado de precaver que se haga uso de un medio que conduciría á un resultado que ella no ha tenido á bien aceptar. En este caso puede tener aplicación aquel principio de derecho que dice: *cum quid una via prohibetur aliquid id alia non debet admiti.*

Pero si el Código de Veracruz ha tenido razón al establecer este precepto, considerado aisladamente, no puede dudarse que poniéndolo en relación con el art. 566, según el cual la confesión extrajudicial no hace prueba, ha hecho una declaración enteramente inútil; porque si ésta de nada sirve ¿quién intentará probar por medio de testigos la existencia de una confesión ineficaz?

Más consecuente consigo mismo, y más conforme en las tradiciones de la antigua jurisprudencia española, nos parece el Código de Procedimientos de 1869, el cual en su art. 654

califica la confesión extrajudicial de una prueba imperfecta é incompleta, que puede convertirse en plena en los dos casos siguientes:

1.° Cuando se hace á presencia de dos testigos y de la parte contraria, con palabras claras, precisas y terminantes, señalando la causo de la obligación. Esta excepción fué tomada de los antiguos prácticos, quienes ponían este otro caso: cuando se hacía por dos veces, aunque no estuviese presente la otra parte. (1)

2.° Cuando se hacía en testamento, á no ser que apareciera hecha en favor de una persona inhábil para heredar.

La cuestión que promueven algunos autores, acerca de si debe ó no aceptarse como judicial la confesión hecha ante un Juez incompetente, no puede tener lugar entre nosotros, puesto que según el art. 402 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (414 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), sólo es judicial la confesión que se hace ante Juez competente, ya sea al contestar la demanda, ya al absolver posiciones.

Diremos, sin embargo, que la excepción puesta en la fracción 1.ª del art. 550 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal,

(1) Curia Filípica de Hevia Bolaños. Parte 1.ª, par. 17.

(566 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) destruirá en la mayor parte de los casos, la regla general, la cual, por otra parte, no parece contar en su abono con una razón bastante sólida. Ricci, refiriéndose al art. 1356 del Código italiano que considera como judicial la confesión hecha ante un Juez, aunque sea incompetente, dice: «El motivo de semejante disposición está, á nuestro parecer, en el elemento convencional que existe en la confesión». Aquel, en efecto, que hace ante el Juez declaraciones de que puede aprovecharse su contrario, se compromete á mantener y á respetar las declaraciones mismas y á reconocer las consecuencias jurídicas que á favor de la parte contraria pueden derivarse. Ahora bien, porque el Juez, ante el cual se han hecho las declaraciones, reconozca su propia incompetencia en el asunto, esto no quita nada á la solemnidad, con lo cual la declaración se hace, ni priva á la misma del carácter convencional que lleva implícito, por lo que es lógico que se conceptúe como confesión judicial.

Las razones dadas por este autor y que nos parecen convincentes, tienen mayor fuerza cuando se aplican á los otros casos que él analiza.

Se trata de saber si la confesión emitida en un juicio puede ser invocada en otro juicio distinto. En concepto de Ricci, sí, y esto aún

cuando el otro juicio fuese criminal, siempre que la parte á cuyo favor se hizo, hubiere intervenido en él y hubiere tenido lugar en el debate sostenido con el procesado. Según nuestro Código, creemos que no, pues le faltaría el requisito de ser hecha ante el Juez del negocio, que indudablemente es lo que el Código ha dado á entender diciendo que la confesión debe presentarse ante Juez competente (1).

En este caso, no vemos por qué la confesión no pudiera tenerse, á lo menos, como un indicio vehemente, que acompañado de otros, ó por falta de pruebas contrarias, llevaría el convencimiento al ánimo del Juez, conforme á las reglas de un criterio puramente racional.

Después de las cuestiones que brevemente hemos apuntado, aún nos queda por estudiar esta otra que debe entrar en nuestro estudio, destinado al examen de las generalidades relativas á la confesión. ¿Qué declaraciones hechas en juicio deberán reputarse como confesión judicial?

Nuestro Código responde diciendo: que es con-

(1) El Código de Procedimientos civiles de Veracruz de 1869, era más explícito, pues en su artículo 550 decía: «Confesión judicial es la que se hace en juicio ante el juez que lo sea ó deba ser del negocio».

Conforme á nuestros Códigos es dudoso el carácter que deba darse á la confesión hecha ante los árbitros. Según Ricci, debe tenerse como judicial.

fesión judicial la que se hace ante Juez competente, ya al contestar la demanda, ya absolviendo posiciones. Esto necesita alguna explicación, porque no siempre se ha opinado del mismo modo.

En la antigua legislación española parece que no existía precepto alguno legal que atribuyese á los hechos confesados en los escritos y pedimentos la fuerza de una confesión judicial, puesto que, aun cuando se confesaba la demanda, al contestarla, por escrito, aconsejaban los prácticos, que se pidiere la ratificación para que la confesión surtiese el efecto de dar por concluído el juicio. (1) En cambio, en la jurisprudencia francesa, producía los efectos de confesión judicial la que se hacía en presencia del Juez, respondiendo á las preguntas hechas por éste, y también en cualquiera acto del procedimiento, en el curso de la instrucción, teoría que fué adoptada por el Código de Procedimientos civiles de Veracruz de 1869, el cual en su art. 551, dice: la confesión judicial puede hacerse verbalmente contestando á las posiciones, y se reputa serlo la hecha en las manifestaciones verbales, escritos ó alegatos que hagan los litigantes en el juicio que se sigue con ocasión del negocio que se ventila.

(1) Manresa y Reus en el comentario del artículo 251 de la Ley de Enjuiciamiento Española.

El Código del Distrito Federal en su artículo 402, lo mismo que el que hoy rige en Veracruz, en el 414, ha limitado los efectos de la confesión hecha en juicio, sólo á la que se hace al absolver posiciones y al contestar la demanda. Creemos que ha habido razón para ello, porque en nuestro concepto, darle mayor amplitud, no carecería de peligros. Las observaciones de Ricci, sobre este particular son dignas de tomarse en cuenta. «Para que se vea en la declaración una confesión, dice, es necesario que haya sido hecha con intención de asegurar la existencia de un hecho, y no con otro fin. Infiérese de aquí, que no todo lo que la parte afirma en un juicio con el sólo fin de defenderse, puede elevarse á la categoría de confesión. Me reclamáis, por ejemplo, la propiedad de un fundo, y en tal demanda opongo un contrato, del cual resulta que me habéis vendido el fundo reclamado: luego afirmo, mudando el sistema de mi defensa, que en este aparente contrato oneroso, se contiene una donación disimulada, que habéis querido hacerme del fundo en cuestión: ¿podrá en tal caso objetárseme que habiendo declarado la existencia de un contrato oneroso de compra y venta, no puedo ya alegar una donación disimulada, porque aquella declaración tuvo los caracteres de una confesión que hace prueba plena en contra mía? No, porque yo he deducido la com-

pra y la venta como medio de defensa, no para hacer constar la existencia de ese hecho ofreciendo su prueba».

Dice también el Código (art. 437 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 449 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) que cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino al contestar la demanda ó en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación, añadiendo que en este caso la confesión quedará perfecta. Varias consecuencias se deducen de este texto. Es la primera, que para que la confesión sea perfecta se necesita la presencia judicial; la segunda, que no sólo en la contestación de la demanda, sino en todos los actos del juicio se podrá obtener la confesión judicial, si se ratifican; y la tercera, que la confesión sin ese requisito no es perfecta. Nosotros creemos, que para el efecto de la prueba, la confesión hecha al contestar la demanda, aunque no se ratifique, es perfecta, y que lo que el legislador quiso decir en esta última parte del artículo citado, es que la confesión que no se ratifica, no puede servir para pedir la ejecución y surtir los otros efectos que la ley atribuye á la confesión, cuando es completa y perfecta.

No basta saber cuándo debe hacerse la con-

fesión para que produzca todos sus efectos. Se necesita también tener conocimiento de las personas que pueden hacerla, pues habrá unas, como los menores y los incapacitados, á quienes la confesión no deberá perjudicar, por falta de conocimiento, y otras que por estar ausentes, no podrían comparecer personalmente ante el Juez, y deberán confesar por medio de otras personas que les representen.

En uno y en otro caso, ha sido conveniente establecer reglas, para desvanecer las dudas que podrían surgir en una materia de tanta trascendencia.

De ellas vamos á ocuparnos á fin de dar término á este capítulo, reservando para el siguiente lo relativo á la manera de producirse esta prueba, y á la cuestión tan importante de la divisibilidad de la confesión.

El art. 546 del Código de Procedimientos civiles, (562 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal de Veracruz) en su fracción 1.ª dice: La confesión judicial hace plena prueba cuando reune entre otras circunstancias, la de ser hecha persona capaz de obligarse; y como si esto no fuera suficiente todavía en el art. 548, (564 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) repite que se tendrán por probados los hechos cuando las posiciones se absuelvan en sentido afirmativo, siempre que el confesante sea capaz de obligar-

se, que la confesión haya recaído sobre hechos propios de éste, y concernientes al pleito, y que la declaración sea legal.

Vemos, por lo dicho, que la legislación vigente ha permanecido fiel á las tradiciones de la jurisprudencia. Siempre la confesión fué considerada como el reconocimiento de un hecho, del cual nacen derechos en favor de una parte y obligaciones para la otra; y siendo esto así era lógico que no la pudiesen prestar legalmente los que no pueden obligarse, por sí mismos. En este punto la antigua jurisprudencia española está de acuerdo con la francesa. «La confesión, dice Mourlon (1), hace prueba en justicia siempre que emane de una persona capaz de disponer del objeto que se disputa en el proceso. Así la confesión que hace un menor ó un individuo sujeto á interdicción no le puede perjudicar, y lo mismo debe decirse de una mujer casada no autorizada á comparecer en justicia».

Y no podría ser de otra manera, porque si, como advierte Ricci, el derecho teóricamente considerado, es independiente de la prueba, con la cual no puede confundirse, en la práctica no sucede lo mismo. El que reconoce la verdad de un hecho del cual emana para él una obligación, por eso sólo acepta tal obligación. Sería

(1) Comentario al art. 1356 del Código Civil Francés.

ilógico, dice el autor citado, que quien no es capaz de contraer una obligación, pueda por efecto de la confesión que hizo, verse obligado á satisfacer el objeto de la convención. Si así fuese, la incapacidad de obligarse no existiría más que en el orden teórico, mientras en el práctico, bastaría confesar un hecho para obligar al que lo hizo á una prestación á la que no podía ser obligado legalmente.

Admitido este principio general, surjen de él diversas cuestiones, algunas de las cuales han sido resueltas por la legislación positiva, y otras por la jurisprudencia. Vamos á enunciar los principales de ellas, con la brevedad posible.

La primera cuestión que ocurre es relativa á los apoderados dudándose, si éstos podrán ó no obligar á sus poderdantes por la confesión que hagan de algunos de los hechos dudosos.

Las discusiones que con este motivo sostenían los jurisconsultos carecen entre nosotros de motivo, supuesto que el Código expresamente declara que sólo puede absolver posiciones, esto es, confesar los hechos controvertidos, el procurador que tenga poder especial para absolverlas ó poder general con cláusula especial para hacerlo, art. 406 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y (418 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), lo cual no priva al otro litigante de la facultad que le da la ley para exigir que las posicio-

nes sean absueltas por su colitigante personalmente, lo que se verificará también cuando el apoderado ignore los hechos, (art. 417 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 419 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz.)

En virtud de una disposición tan clara no podría haber duda acerca de la ineficacia de la confesión que hiciera un abogado respecto de los hechos de su cliente; pero como esta cuestión se discutió alguna vez, el Código quiso hacer cesar todo motivo de incertidumbre, declarando expresamente que no es permitido articular posiciones al abogado sobre los hechos controvertidos en el juicio que patrocina. Mourlon aconseja que siempre que un abogado en sus discursos, hiciere una declaración perjudicial á su cliente, cuide éste de protestar para que su silencio no se tome como prueba de aquiescencia.

Además de esta cuestión, se han promovido estas otras.

¿Cuáles son los límites de la confesión que pueden hacer los que representan á otros, como los tutores, administradores, etc? La respuesta teóricamente es muy fácil; ni aquellos ni estos, pueden obligarse por causa de su confesión, sino respecto de aquellos actos que pueden válidamente ejecutar sin necesidad de autorización. Sin embargo, no es fácil en la

práctica señalar ese límite, y Ricci, cita una sentencia del Tribunal Superior de Turín en sentido contrario á su opinión, que es la que hemos expuesto. En concepto nuestro, en el caso de haberse excedido el tutor, confesando un hecho á consecuencia del cual se pretendiese obligarle á ejecutar un acto para el que necesitaría la autorización judicial, la confesión dejaría de ser eficaz, como prueba. Si el tutor no puede vender los bienes raíces de su pupilo, sin la licencia del juez, ¿de qué serviría al que le demandase en juicio, que confesará que en efecto había consentido en la venta?

La confesión hecha por el deudor ¿hace prueba contra sus acreedores?

Ricci, que es quien se propone esta cuestión, menciona una sentencia del Tribunal Superior de Nápoles, que la resolvió en sentido afirmativo, porque según se dice en ella, si esa confesión perjudica á los acreedores, éstos pueden promover las acciones que les competan por la enagenación hecha en fraude suyo. El opina en sentido contrario.

Hay que distinguir: cuando los acreedores se dirijen contra terceras personas ejercitando los derechos de su deudor, la confesión de éste debe perjudicarles, porque como obran en nombre y representación del deudor, tienen que aceptar todas las obligaciones por éste contraídas. Por el contrario, cuando los acreedores

proceden al embargo de las casas pertenecientes á su deudor ejercitan un derecho propio, no de aquél, son verdaderos terceros, extraños al vínculo *contractual*, que de la confesión se deriva. Tal es la opinión de Ricci.

Finalmente. ¿la confesión puede ser alegada contra el sucesor á título particular del confesante?

La respuesta afirmativa se impone, puesto que el sucesor á título particular, es como el continuador de la persona á quien sucede.

Nuestro Código, en términos más generales, dice que el cesionario se considera como apoderado del cedente para el efecto de ser obligado á confesar con los hechos (art. 408 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 420 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), mas esto debe entenderse cuando se trate de un litigio seguido con terceras personas.

El autor citado refiere un caso curioso, resuelto por una sentencia del Tribunal Superior de Turín. Se trataba de un pleito surjido en dos individuos que habían adquirido una misma casa de un tercero, y del valor de la confesión hecha por aquél, como vendedor de la casa. El Tribunal negó la eficacia de la confesión, no obstante que se trataba de un sucesor á título singular, fundándose en las siguientes razones, que son concluyentes.

«Juzgando, según esta declaración, dijo el Tribunal, se viene á atribuir al dicho del autor común en daño de uno de los sucesores, los efectos mismos que hubiera tenido la confesión de éstos, infringiéndose así el art. 1396, según el cual, la confesión judicial hace prueba contra aquel que la ha hecho, pero no conterceras personas. Ahora bien, es evidente, que el común autor, después de haber vendido á uno de sus causahabientes el fundo en litigio, no puede ya por un hecho propio, anular esa venta, y no puede menos, por tanto, de ser considerado como un tercero en las relaciones entre los diferentes causahabientes» (1).

La extensión de la materia de que venimos hablando, nos obliga á suspender aquí su estudio para continuarlo en el capítulo siguiente, en el cual hablaremos, según indicamos antes, de la forma cómo debe pedirse y recibirse la confesión, y de su indivisibilidad. Como puntos de menor importancia; pero que no deben echarse en olvido, diremos en él algo acerca de la revocación de la confesión hecha en juicio y del juramento conocido antiguamente con el nombre de supletorio substituído en algunos Códigos modernos, por lo que se ha llamado *aseveración del actor*, pues si el Código vigente no enumera este género de pruebas, si-

(1) Sentencia del 31 de Mayo de 1827.

quiera como recuerdo histórico conviene decir algo acerca de éllas (1).

CAPITULO III

De la Confesión.

(Continúa.)

Al terminar el capítulo anterior, dejamos indicados los puntos que formarían el objeto principal de nuestro estudio en el presente.

Si la confesión es un medio de prueba para el confesante, es lógico que aquel á quien interese, sea puesto en aptitud de procurárselo; y así ha sido en efecto. Refiriéndonos á la promoción de esta prueba, y prescindiendo de los diversos aspectos, en los cuales la hemos considerado, ocurre preguntar: ¿De quién se puede exigir, y en qué forma debe hacerse?

Lo primero es de una importancia capital,

(1) Sobre si la confesión hecha por un *co-reo in causa* ó por un deudor solidario perjudica al otro *co-reo* ó codeudor, véase á Lessona en la Sec. 2.ª, del Lib. 2.º núm. 417.

El mismo autor estudia ampliamente los efectos de la confesión ficta ó presunta y de la confesión extrajudicial. Lib. 2.º, sec. 2.ª, cap. III, y sec. 3.ª, cap. 1.º

pues no sabiéndose de quién puede exigirse la confesión, se incurriría en el error de no pedirla á quien no estuviera obligado á prestarla, ó por el contrario de pretender obtenerla de quien no tenía tal obligación; y en cuanto á lo segundo, tendremos que anticipar aquí lo que habremos de decir al hablar de la prueba testimonial. Siempre que se trate de descubrir una verdad, es conveniente que las medidas que para ello se empleen, sean adecuadas, pues si así no fuere, el resultado práctico será, á no dudarlo, hacer ineficaces é inútiles los medios de prueba que la ley ha puesto á disposición de los litigantes.

El Código vigente concede á cada uno de éstos, la facultad de pedir que su adversario confiese los hechos concernientes al litigio, lo que puede hacer en cualquier estado del juicio, desde la contestación de la demanda hasta la citación para sentenciar definitivamente (artículos 404 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 416 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz).

También se puede pedir en la segunda instancia, y según lo determina expresamente el mismo Código (art. 678 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 687 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), antes de la contestación de la demanda, cuando se trata de los medios preparatorios

del juicio (arts. 311 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 323 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz).

Como es natural suponerlo, la primera persona á quien la ley obliga á prestar la confesión bajo la pena que diremos después, es el otro litigante. El Código permite, sin embargo, que se exija la confesión del abogado y del procurador del adversario en el juicio, pero ha de ser sobre hechos que les sean personales y que tengan relación con el asunto, mas no respecto de hechos del cliente, á no ser que el segundo tenga facultades especiales para ello (1).

Esta disposición es una consecuencia del principio, perfectamente claro y fundado, según el cual, á ningún litigante se le pueden hacer preguntas sino sobre hechos propios. Se comprende la razón de ello, y es que teniendo el litigante de quien se exige la confesión por medio de preguntas, la obligación de contestar á éstas, sería absurdo obligarle á hacer lo que no le era posible.

La circunstancia, sin embargo, de estar identificados, ó cuando menos, confundidos los derechos y obligaciones de algunas personas, ha

(1) Debe tenerse presente que las leyes 12, de tit. 22, Lib. 5.º de la Nov. Recop. y 9.ª y 15 tít. 6.º, Part. 3.ª, imponían al abogado obligación de guardar secreto respecto de lo que les comunicasen sus clientes.

dado lugar á algunas dudas que vamos á resolver brevemente siguiendo las doctrinas de los autores que hemos tenido á la vista al escribir este capítulo.

Bonnier, propone la duda relativa á qué personas pueden ser obligadas á confesar, formulándola en términos generales, de la manera siguiente: «En cuanto á las personas que pueden ser interrogadas, es evidente que sólo lo serán las partes; el interrogatorio dirigido contra un tercero, degeneraría en información y debería someterse á otras formas. Pero, ¿se puede interrogar á una persona que se halle interesada en la causa, sin ser directamente parte en ella?»

«Esta pregunta ha sido resuelta en diversos sentidos, y se refiere principalmente á la mujer casada.»

«Si el asunto concierne en el fondo á la mujer, y el marido obra como simple administrador de ésta, seguramente que se podrá exigir la confesión de la mujer, pues sería una anomalía que no se pudiera pedir que confesase los hechos quien es el verdadero interesado.»

La cuestión es más difícil si se trata de hechos pertenecientes á la sociedad legal. Bonnier, que cita algunas sentencias contradictorias de los Tribunales franceses, parece inclinarse á la afirmativa, esto es, opina que puede exigirse la confesión de la mujer. También

cree que puede exigirse al tutor, en los pleitos de su pupilo, pero sólo en cuanto á aquello en que pueden obligar á este, y á los actos de su administración. En este punto, dice Ricci, siendo el interrogatorio encaminado á provocar una confesión, no puede ser dirigido más que á aquellas personas que puedan obligarse confesando; así no puede deferirse á los administradores sobre convenciones ó hechos respecto de los cuales no les es dado ligar á sus administrados (1).

Añade, sin embargo, que si al representante de una administración pública no se le puede deferir un interrogatorio encaminado á obtener una confesión que tenga el valor del título que falta, bien puede deferírsele sobre hechos que se dirijan á aclarar la posición jurídica de las partes contendientes. Cita en apoyo de su opinión, una sentencia del Tribunal Superior de Roma, en el cual se establece con sólidos fundamentos tal teoría.

Se ha discutido también por los autores acerca de los hechos cuya confesión puede pedirse.

En términos generales debe asentarse que la confesión debe recaer sobre hechos que tengan relación con la cuestión que se ventila y que

(1) Al tutor, dice Ricci, cuando se trata de actos que no son de su administración, no se le puede deferir interrogatorio.

no la tienen aquellos que, aun confesados, serían ineficaces para fundar una sentencia.

Así es que el Código dice que la confesión es procedente en todos los casos, menos tratándose de aquellas obligaciones para cuya validez la ley exige el otorgamiento de un instrumento público. La razón es clara: si se permitiera en estos casos la confesión, fácil sería eludir las leyes que afectan no sólo el interés de los particulares, sino también el orden público. Debe advertirse, sin embargo, que esta disposición sólo es aplicable á los casos en que se exige el documento público para la validez del contrato ú obligación y no como simple prueba de ésta.

En la jurisprudencia francesa y también en la italiana, se ha discutido si podría exigirse del litigante la confesión sobre hechos por los cuales se hiciera acreedor á alguna pena. El motivo de la duda consiste en que se ha pretendido aplicar la máxima que decía: *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, estableciendo una analogía con lo que dispone la ley en cuanto al juramento decisorio; pero como tal juramento no existe entre nosotros, creemos que este caso no puede ocurrir.

Por lo que hace á la pertinencia de las preguntas en lo general, Ricci dice: si se quiere deferir un interrogatorio al contrario, es preciso articular ó especificar los hechos sobre los

cuales debe contestar, y el influjo de los mismos debe ser reconocido por el Juez, porque si los hechos deducidos no se conceptúan pertinentes para el caso, se aplicará aquel principio: *fruta probatur, quod probatum nom relevat.*

Sobre este particular recordamos haber antes expresado algunas ideas en el capítulo III, Part. I, de este Tratado. Por eso, sólo diremos ahora, que siendo igualmente peligroso privar al confesante del derecho de oponerse á la confesión que se le exige indebidamente, no menos que admitir en todo caso sus disculpas, el Código en su art. 426 (438 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) dispone que si el que fuere citado para confesar un hecho se negare á contestar las preguntas que se le hagan, fundándose para ello en la ilegalidad de éstas, el Juez en el acto decidirá lo que procede, y que contra esta declaración sólo habrá el recurso de responsabilidad.

Lo que hasta aquí hemos dicho nos conduce de una manera natural á tratar de la forma en que puede pedirse y obtenerse la confesión. Todo lo que á este punto se refiere tiene grande importancia, pues en ello consiste en gran manera que la confesión sea eficaz, y de aquí depende muchas veces el exito del pleito.

«No se ha visto que un hombre preparado sobre lo que debe contestar, haya perdido nun-

ca su litigio, á causa de su dicho, decía el Presidente Lamoigno, criticando la disposición, en virtud del cual se comunicaba al confesante con anticipación de veinticuatro horas, el interrogatorio; mas al contrario, cuando acude una parte á prestar el interrogatorio sin haber tenido antes comunicación de los hechos, es difícil, cuando se hallan éstos bien expuestos, que no incurra en alguna contradicción, cuando quiere disfrazar la verdad.»

Estas palabras ponen de manifiesto una de las imperfecciones del Código francés de Procedimientos civiles; defecto en que no incurrió la antigua legislación española, y que no se advierte en los Códigos modernos. Para conocer los defectos que á aquél se atribuyen, copiaremos las siguientes palabras con las que un jurisconsulto extranjero critica severamente la parte del Código de Procedimientos, relativa á la manera como se debe pedir y recibir la confesión: «Si alguna vez se propusiese á un legislador el problema sobre el modo de no averiguar la verdad, el Código de Procedimientos francés le suministraría la solución en el título del interrogatorio sobre hechos y artículos. Para evitar al confesante la molestia de la publicidad, el embarazo de un contradictor, para disminuir las consecuencias de las tragiversaciones y la vergüenza de la mentira, para suministrarle los medios de meditar

con calma, de calcular sus contestaciones, exige el Código que se le interrogue en secreto, por un solo Juez, fuera de la presencia de su adversario, y que los hechos sobre los cuales se ha requerido el interrogatorio, se le comuniquen veinticuatro horas antes. ¿Causará admiración que con tan absurdos medios, jamás hayan obtenido nuestros abogados ó nuestros jueces, resultado alguno de semejantes interrogatorios?».

Este defecto ha prevalecido en la jurisprudencia francesa, aunque en parte atenuada por la práctica de los Tribunales, según afirma Bonnier (1).

No ha sido así en los nuestros, pues desde tiempos antiguos el interrogatorio ha sido secreto y se han tomado las precauciones posibles para garantizar tanto los derechos del confesante, como del que pide la confesión. El capítulo 3.° del tít. 5.°, lib. 1.°, del Código de Procedimientos vigente en el Distrito Federal, lo mismo que el capítulo relativo del mismo libro del que rige en Veracruz, siguiendo las tradiciones de la jurisprudencia española, contiene reglas claras y precisas, que pueden reducirse á muy pocas palabras.

La confesión se solicita por medio de un es-

(1) M. Bellot. Informe sobre la ley de Procedimientos Judicilaes de Ginebra, citado por Bonnier. Obra citada. Part. 2.ª, Sec. 2.ª, 1.ª División.

crito que se llama de posiciones, en el cual deben contenerse, redactados con toda claridad, los hechos que se quiere que sean confesados por el otro litigante. No se usa la forma interrogativa, sino la afirmativa, pero los hechos deben estar expuestos en forma de artículos, no debiendo contenerse en cada uno de ellos más que un solo hecho. La ley prohibe las posiciones insidiosas, y el Juez tiene facultad de rechazar los artículos que no estén redactados con la debida claridad. El confesante debe ser citado, cuando menos con veinticuatro horas de anticipación, pero sin que se le comunique el pliego de posiciones, el cual no se abrirá sino hasta el acto de la diligencia. A ésta podrá asistir el que formule las posiciones.

El confesante tiene la obligación de contestar en términos categóricos, afirmando ó negando el hecho en el mismo acto, sin que se le permita dilación, ni término para pedir consejo, estando solo, y sin que le acompañe su abogado. Podrá, sin embargo, después de haber contestado en los términos dichos, hacer las explicaciones que estime convenientes ó que el Juez le pida.

Las respuestas que diere se comunicarán al que pidió la confesión, para que si lo creyere conveniente, pida la aclaración sobre algún punto dudoso.

También podrá pedir que se tenga por con-

feso á su colitigante, si se hubiere negado á contestar categóricamente acerca de lo que ha sido interrogado, porque esta es la consecuencia de la falta de acatamiento á la ley de parte de éste.

Lo mismo sucederá cuando citado por segunda vez y con el apercibimiento debido, no concurra á contestar al interrogatorio, lo cual ha dado lugar á la confesión que los prácticos llaman ficta ó fugida. Tal confesión produce los mismos efectos que la confesión verdadera, pero con esta diferencia: que respecto de los hechos confesados expresamente no se puede rendir prueba testimonial, lo que no sucede respecto de la confesión ficta ó presunta (artículos 435 y 549 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 447 y 565 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz).

La confesión ficta se ha considerado siempre como suficiente para condenar al demandado; pero las disposiciones de las leyes positivas han sido varias en cuanto á tenerla ó no por suficiente para que sirva de título á la demanda ejecutiva (1).

Expuestas con la brevedad posible, y omitiendo permenores que no ha sido necesario mencionar, porque no necesitan explicaciones,

(1) Ya se ha dicho antes que Lessona discute ampliamente los efectos de la confesión ficta.

pero que pueden verse en los lugares respectivos de los Códigos, llegamos ya á la grave y trascendental cuestión de la divisibilidad é indivisibilidad de la confesión judicial en materia civil.

El Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (art. 414), se expresa en estos términos; la confesión judicial sólo produce efectos en lo que perjudica al que la hace, no en lo que le aprovecha, y en el del Estado de Veracruz se agregaron estas palabras: pero no puede dividirse en perjuicio del confesante, ni él puede revocarla á no probarse que ha sido el resultado de su error de hecho.

Antes de esta reforma terminaba el artículo con estas palabras: «salvo lo dispuesto en el art. 367.»

Este artículo dice que el que niega no está obligado á probar, sino en el caso de que su negación envuelva afirmación especial de un hecho (artículo 427 reformado por el decreto de 5 de Julio de 1897).

En nuestro concepto, tal referencia no era oportuna, pues la obligación de probar, considerada en términos generales, que es como este artículo la considera, es cosa muy diversa de la noción de la divisibilidad ó indivisibilidad de la confesión que es de lo que aquí se trata.

Tanto por este motivo, como porque la teo-

ría misma de la divisibilidad, según de ordinario se halla expuesta con nuestros prácticos, adolece de alguna vaguedad, nos detendremos más de lo acostumbrado á discutir este punto tan interesante del Derecho probatorio.

La doctrina sobre esta materia, es fácil de comprender; pero su aplicación es varia, como veremos en seguida. La confesión puede ser simple ó cualificada. Se llama simple, la que hace el litigante confesando lisa y llanamente lo que se le pregunta, y cualificada, la que hace reconociendo la verdad del hecho sobre que recae la pregunta; pero restringiendo la intención de su contrario.

La confesión cualificada se subdivide en dividua é individua: cuando la circunstancia que añade el confesante para restringir la contestación de su contrario, puede separarse del hecho que la modifica y sobre el cual recae la pregunta, se llama confesión dividua ó divisible; en el caso contrario sería indivisible ó individua. Ejemplo de la primera: si un litigante confiesa que si bien su contrario le vendió una casa, fué con el pacto de la ley comisoria, ó que aunque es verdad que recibió de su contrario una cantidad de dinero, fué en pago de una deuda, el que pidió la confesión no puede admitir ésta en una parte y desecharla en la otra, porque la cualidad y condición conexa al negocio, se presume ser parte del mismo, y

aquí no milita presunción de derecho contra el confesante.

Ejemplo del segundo caso: Si uno confiesa que recibió de otro en préstamo una cantidad de dinero, pero que ya la satisfizo, podrá su adversario aceptar la confesión en lo que perjudica al confesante, y no en lo que le favorece, porque siendo la cualidad añadida, un hecho nuevo, no es parte del hecho confesado, es distinto y separable de él, y debe probarlo el que lo alega.

Tal es la teoría general acerca de la divisibilidad de la confesión. Por clara que parezca, ofrece, sin embargo, alguna dificultad en la aplicación que de ella se hace, como vamos á verlo recorriendo rápidamente los ejemplos puestos por algunos autores modernos, quienes en nuestro concepto, han profundizado más la cuestión. La importancia que ésta tiene nos obliga á detenernos en su estudio, citando las doctrinas de algunos autores (1).

Bonnier, después de afirmar que la indivisibilidad de la confesión es sumamente justa, porque cuando me refiero á la declaración de mi adversario, debo tomarla tal cual es, pone como ejemplo de la indivisibilidad el mismo de que nuestros prácticos se sirven para explicar

(1) Ya antes hemos dado á conocer las doctrinas de Lessona sobre esta materia.

cuándo la confesión es divisible. Dúdase más, dice, en cuanto á la indivisibilidad cuando la confesión es compleja, es decir, cuando la declaración que modifica la confesión versa sobre un hecho distinto y posterior, por ejemplo, sobre un pago que mi deudor declarase haber efectuado, al mismo tiempo que reconoció la deuda. En este caso la confesión debería tomarse como individua, porque si no me he procurado otras pruebas, he tenido confianza en la buena fe de mi adversario y á esta buena fe debo referirme para todo lo concerniente á la deuda. *Otra cosa sería si se alegase un hecho enteramente nuevo, para destruir el efecto de la confesión, como la existencia de un crédito á favor del confesante, que se compensaría con la deuda confesada* (1).

Mourlon expone una doctrina enteramente igual y se sirve de los mismos ejemplos (2), el primero de los cuales cuenta en la jurisprudencia francesa con la respetable autoridad de Pothier (3).

Laurent (4), que trata el punto de la divi-

(1) Tratado de las pruebas. Parte 2.ª, Sec. 2.ª, par. 1.º

(2) Comentario al art. 1,316 del Código Francés.

(3) Tratado de las obligaciones. Part. 2.ª, Cap. 3.º, Sec. 1.ª, núm. 833.

(4) Principio del Derecho Civil Francés, tomo 20, pag. 193.

sivilidad de la confesión de la manera precisa y clara que acostumbra, pone exactamente el mismo caso. Si el confesante confiesa la deuda, pero afirma al mismo tiempo que la ha pagado, ¿esta confesión será indivisible? La afirmativa no es dudosa, contesta. Este es precisamente el ejemplo de Pothier, continúa diciendo, y los autores del Código han tomado el principio de Pothier, lo que es decisivo. Hay, sin embargo, una diferencia entre la confesión calificada y la confesión compleja; en la primera no hay más que un hecho modificado por la declaración, mientras que en la segunda hay dos hechos: la existendia de la obligación y la extinción de ella. En la confesión calificada, la división no se concibe, puesto que dividiéndola se altera; mientras que la división de confesión compleja se concibe en rigor, pues en realidad el deudor declara dos cosas: primero, que existía una deuda, segundo, que esta deuda está extinguida.

A pesar de lo dicho, de acuerdo con una sentencia de casación, Laurent opina que no se debe hacer ninguna distinción entre la confesión compleja y la confesión calificada. La confesión es una prueba que la parte interesada proporciona, dice este comendador; es, pues, forzoso tomarla en el sentido en que ha querido darla; ahora bien, dividir la confesión sería dar un sentido contrario á la declaración: el

que la ha hecho no confiese que es deudor, puesto que dice que ya no lo es; debemos atenernos á su declaración, si queremos valernos de ella.

Ricci, trae exactamente la misma doctrina, y dando mayor amplitud á las razones dadas por Laurent, añade: admitiendo que la confesión pudiera dividirse, se caería en el absurdo de conceder á una declaración la eficacia probatoria, negándosela al mismo tiempo. Se le concedería tal eficacia en cuanto la declaración equivaldría á una prueba para una parte, de lo que afirmase, y se le negaría en cuanto no proporcionaría un medio de prueba con relación á la otra, de aquello que el confesante ha afirmado. Es lógico, pues, que la confesión se acepte por entero, ó por entero se rechace, puesto que es una, y su unidad jurídica no puede ser dividida (1).

El autor de quien hemos copiado las anteriores palabras, propone diversos casos, y entre ellos el siguiente, que es el que ofrece la dificultad que tratamos de resolver.

Si el confesante reconociese que la deuda ha existido, pero que la ha satisfecho ¿será divisible esta declaración?

«Somos de opinión que en este caso, la de-

(30) Tratado de la Prueba en Derecho Civil. Tit. 6.º, Cap. 1.º

claración del confesante se refiere á un solo hecho, por lo que es indivisible, contesta. El hecho al cual se refieren las declaraciones del confesante es el de la existencia ó no existencia de la deuda, de modo que quien dice haber satisfecho su deuda, afirma un solo hecho, cual es que su obligación ó deuda, no existe ya.»

Ricci cita en apoyo de su opinión las palabras de una sentencia del Tribunal Supremo de Turín (1), y criticando después una deci-

(1) Las palabras de esta sentencia son tan decisivas que no podemos resistir el deseo de copiarlas en este lugar. Se trataba de un deudor que confesó la deuda pero agregando que la había pagado después.

«La Jurisprudencia de este Supremo Tribunal, dice la sentencia, ha proclamado constantemente el principio de la indivisibilidad de semejantes declaraciones de la confesión de la deuda, porque suponiendo las mismas la preexistencia de la obligación se enlazan con esta como una ordinaria consecuencia, á diferencia de aquellas que sientan un hecho distinto, cuya existencia no supone el hecho principal, como sería un pretendido crédito anterior ó subsiguiente con el cual el demandado quisiese compensar su deuda, por lo que la infracción del art. 1364 resulta insubsistente».

«Que por el contrario se presenta clara la infracción del art. 1312 en el cual se dice que quien pide la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretende estar libre debe á su vez probar el pago ó el hecho que ha producido la extinción. El efecto de la indivisibilidad de una confesión compleja no es que el hecho adicionado, esto es, la excepción aducida por el confesante se deba tener como probada de modo tal que el actor deba excluirlo demostrando lo contrario,

sión dada en sentido contrario por el Tribunal de Apelación de Milán, agrega:

«Estos razonamientos no convencen. Cuando se vende una cosa, para obtener el precio ó se entrega dinero con carácter de restitución, el hecho del pago está íntimamente ligado y dependiente del que constituye la venta ó la entrega; en rigor encuentra en este hecho su razón, siendo como efecto de una causa necesaria; por tanto, no es exacto que un hecho sea independiente del otro y que la confesión pueda dividirse.»

«El hecho del pago, continúa diciendo, al tener su razón de ser, en el hecho precedente de la entrega, tiende á modificar las consecuencias jurídicas que de éste se derivan; así los dos hechos no tienen dos objetos distintos, sino que se refieren á una misma obligación y por su modo de ser se relacionan. Por lo que estando ambos tan íntimamente unidos, la confesión relativa á los mismos, es una en sí y no puede dividirse» (1).

---

pues de otra suerte, el citado tendría el derecho de obtener la obsolutoria, lo cual no sólo sería injusto sino extraño y absurdo. La indivisibilidad en rigor hace que la confesión deba considerarse como no existente y que el actor tenga que acudir á otros medios probatorios de su demanda, debiendo el demandado si la acción se prueba, justificar el pago por él alegado.

(1) Obra citada. Cap. 4.°, Tít. 6.°, Tomo II, pág. 179.

Como se ve por las doctrinas que hemos transcripto, hay conformidad en los jurisconsultos en cuanto á los principios; pero no en en cuanto á su aplicación. La confesión que para unos es indivisible, es divisible para los otros. La diferencia consiste en que estos ven la división, por decirlo así, material, la existencia de dos hechos, que han existido ó podido existir en diferentes tiempos, mientras que aquellos ven la relación que hay entre ambos hechos ideológicamente considerados. Los defensores de la divisibilidad suponen que la confesión recae sobre el hecho de haber recibido el confesante una suma de dinero con obligación de restituirla, al paso que los que niegan la divisibilidad quieren que la confesión de este hecho equivalga á confesarse deudor en el momento en que se hace la confesión.

Los unos tienen en cuenta que el demandante ha sido culpable de no haberse procurado otra prueba, y creen que está obligado á aceptar la confesión de su deudor tal como éste la ha hecho; los otros olvidan esta circunstancia.

Ya hemos citado antes el artículo reformado del Código de Procedimientos civiles del Estado de Veracruz, que declara la confesión indivisible.

Siendo el punto de que tratamos de tanta trascendencia, nos permitiremos citar algunos

otros casos que traen Ricci y Laurent para acabar de esclarecerlo.

Un individuo confiesa haber recibido de otro cierta cantidad de madera, pero agrega que no fué en venta, sino que fué entregada en pago de su trabajo. ¿Será divisible esta confesión?

No, porque en la contestación no se establecen hechos distintos de aquel sobre el cual recae la pregunta, sino que se explica de qué modo ha sucedido el hecho, objeto del interrogatorio mismo, contestan los autores.

Igual cosa debe decirse del caso en que se pretende que el demandado declare que recibió del actor unas mercancías y él lo confiese diciendo que sí, pero que no fué á título de venta, sino en pago de un crédito que tenía contra el actor, porque á diferencia de lo que acontece cuando se alega la compensación, el confesante no establece dos hechos distintos, sino uno solo, cual es el de la entrega del dinero ó de la cosa, y del título ó causa por la cual esta entrega se hizo: su confesión es única, no doble.

Si el confesante admite la existencia del contrato acerca del cual se litiga, pero agrega que ha sido rescindido ¿podrá dividirse esta confesión?

Esta cuestión que se propone Ricci, tiene mucha analogía con la otra que trae Laurent, relativa á la confesión de una obligación, pe-

ro añadiendo el confesante que no fué contraída pura y simplemente sino bajo condición. En ambos casos hay que declarar la indivisibilidad, porque no se trata de dos hechos, sino de modificaciones del mismo hecho.

Este último autor cita otros casos análogos, que omitimos en obsequio de la brevedad, añadiendo solamente dos cosas: primera, que la discusión sobre la división de la confesión, que Laurent llama compleja, está lejos de haber sido agotada, pues según dice el mismo autor, todavía no hay un principio unánimemente aceptado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia; y segunda, que según Ricci, tampoco puede admitirse la divisibilidad de la confesión para el efecto de considerar que existe un principio de prueba por escrito respecto del hecho confesado, con alguna circunstancia que lo modifique. La confesión, que es la prueba suprema, dice este autor, tiene sus reglas inalterables, que no es lícito desconocer: hecha para ciertos fines y en ciertas condiciones, no puede valer para otros. O se la acepta ó se la rechaza.

Puede asentarse como tesis general, que la confesión una vez hecha, no puede retractarse, y esto aunque el adversario del confesante no la haya aceptado, porque no se trata de un contrato sino de una prueba, y la eficacia de una prueba, dice Mourlon, no puede ser des-

truída por el hecho de aquel á quien perjudica.

Nuestros Códigos vigentes reconocen la exactitud de este principio al declarar que una vez firmada la declaración del confesante, no puede variarse ni en la sustancia ni en la redacción (arts. 429 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 441 de Código de Procedimientos civiles de Veracruz).

Debiera, sin embargo, en nuestro concepto, haberse expresado con mayor claridad, pues las palabras copiadas parecen referirse más bien á errores en la redacción y no al acto de retractarse el confesante.

En la reforma hecha al artículo 427 de Veracruz, se dijo expresamente que la confesión no puede revocarse.

La doctrina es unánime en este punto, que solo admite una excepción claramente expresada por el artículo 554 del Código de 1869 y en el 427 del vigente. Este caso de excepción, es cuando el que da su confesión se fundó en un error de hecho, más no sucederá lo mismo si el error fuere de derecho.

Mourlon pone el siguiente ejemplo del error de hecho, y explica con bastante claridad la causa de la diferencia que hemos establecido, en estos términos: «Si os he demandado el pago de una deuda atribuyéndoos el carácter de heredero de vuestro padre, y confesais la deuda, esta confesión caerá y quedará sin efecto

si llegareis á descubrir entre los papeles de vuestro padre un recibo en que conste el pago que éste hizo de la cantidad confesada.»

«Mas el error de derecho no es una causa para que la confesión judicial quede sin efecto. Esta distinción es justa: el error de hecho destruye la confesión, porque *qui errat, non fatetur*; pero el error de derecho no la altera, porque la circunstancia de que yo haya ignorado los efectos jurídicos que debe producir contra mí, el hecho cuya existencia he reconocido, no puede destruir la fuerza de la declaración que he hecho. Mi declaración ha sido imprudente; pero nada prueba que no haya sido conforme á la verdad.»

«Conviene, sin embargo, cuidarse de deducir consecuencias erroneas del principio que no permite la revocación de la confesión por error de derecho.»

Ricci, pone el siguiente ejemplo:

«Supongamos que Ticio es demandado exigiendósele el pago de una deuda que ha prescripto, ó el cumplimiento de una obligación afectada del vicio de nulidad. El demandado que no sabe que le favorecen esas excepciones, se confiesa deudor. ¿Podría por eso impedírsele después que hiciera valer dichas excepciones?»

«De ninguna manera. Debe distinguirse entre el reconocimiento de la existencia material del hecho y sus consecuencias ó efectos jurí-

dicos, dice el autor citado. La confesión toma el hecho considerado, no en su eficacia jurídica, sino en cuanto existe en el orden natural de las cosas; por lo que la determinación de semejante eficacia no puede hacerse depender de la confesión, sino de la ley. En una palabra, la apreciación de un hecho no constituye la confesión de él, en cuanto á esa apreciación, y no puede, por lo mismo, aplicársele al principio de la irrevocabilidad de que hablamos.»

Aquí debería terminar este capítulo; pero como en nuestro antiguo derecho existía otra prueba, que tenía no poca semejanza con la confesión, no será fuera de propósito decir unas cuantas palabras acerca de ella, siquiera sea como un recuerdo histórico, que merece conservarse en las tradiciones de la jurisprudencia.

Nos referimos al juramento supletorio, el cual era de dos clases, según enseñaban los autores, *decisorio litis* y *estimatorio litis*.

Por el primero, uno de los litigantes defería á la declaración jurada que el otro hiciese, sobre los hechos materia del litigio, obligándose á tener como probado lo que éste afirmara, con el objeto de terminar las diferencias que entre ellos existían. Como se comprenderá fácilmente, tal juramento solo podía tener verificativo respecto de negocios que afectaran el interés particular, y nunca respecto de personas

que no podían obligarse por sí mismas, ni en causas que interesaran el orden público.

Este juramento era voluntario, pero había en él de notable, que si aquel á quien invitaba su colitigante á prestarlo, se rehusaba á hacerlo, por este solo hecho se consideraba obligado á pasar por la declaración jurada que hacía su adversario sobre los mismos hechos. A esto se llamaba devolver el juramento (1).

El estimatorio litis, que también era conocido con el nombre de juramento descisorio, *no del pleito sino en el pleito*, tenía lugar en negocios de poca monta, cuando no era posible rendir prueba sobre la estimación ó valor de la cosa demandada, y se diferenciaba del anterior en que sólo se defería al demandante y no al demandado.

El Código Civil de Veracruz de 1869, lo mismo que la ley de enjuiciamiento española, admitía este último género de prueba, bajo el nombre de *aseveración del actor*, considerándolo como una especie de *confesión*. Tres requisitos exigía para que el Juez pudiera decretarlo:

1.° La obligación de pagar la estimación de la cosa debía nacer de falta ó dolo y estar debidamente probada.

2.° La duda del Juez debía recaer únicamente sobre el número y valor real de las

(1) Ley 2.ª, tít. 11, Part. 3.ª

cosas ó sobre el importe de los daños y perjuicios.

3.° El Juez no estaba obligado á pasar por la declaración del actor, sino que podía moderar la estimación que éste hiciera, si la creía exagerada.

En la jurisprudencia francesa aun existen estas dos clases de juramentos y las disposiciones del Código Civil, poco difieren de las de nuestra antigua jurisprudencia. Ya hemos dicho que en los actuales Códigos no se hace mención de estos medios de prueba, que sólo pueden conservarse en los tratados doctrinales como recuerdo histórico.

CAPITULO IV

De la prueba documental en lo general

Antes de estudiar la forma que debe revestir el testimonio humano, cuando por estar consignado por escrito, constituye la prueba que en la jurisprudencia francesa se llama literal y que nosotros llamaremos documental, es conveniente que nos detengamos á explicar el significado de las palabras de que la ley se sirve para designar esta clase de pruebas: la división

que de los documentos se ha hecho; y, por último, á presentar á la consideración de nuestros lectores, algunas observaciones generales acerca de un medio probatorio, que tiene tantas aplicaciones en la práctica. En este capítulo prescindiremos del carácter de prueba preconstituída que muchas veces tiene la prueba documental, porque ya bajo este aspecto la hemos considerado antes.

Hay tres palabras usadas en el tecnisismo jurídico que pudieran tomarse como sinónimas, pero entre las cuales debemos establecer alguna diferencia.

La palabra documento, es, según creemos, la más general, y se entiende por ella, todo escrito en el que se halla consignado algún hecho. Se deriva según los etimologistas, de la frase *docere mentem*, que equivale á declarar, demostrar la intención, la voluntad.

Una ley de partida (1), después de asentar que «escriptura, deque nace averiguamiento de prueba, es toda carta que sea fecha por mano de escrivano, dice que ay otra escriptura que se llama instrumento público que es fecha por mano de escrivano público del Consejo.» Como se ve, esta palabra tiene una significación más limitada y sólo comprende los escritos hechos ante ciertos funcionarios con so-

(1) Ley 1.ª, tít. 18, Part. 3.ª

lemnidades que la ley determina, y parece derivarse según unos, del verbo *instruere*, enseñar, instruir, y según otros, de *struere*, colocar, poner en orden.

En el Derecho romano se llamaba, *instrumentum*, el escrito que tenía por objeto hacer constar la existencia de un derecho y todo lo que pudiera dar luz sobre la existencia de un hecho, de manera que en este sentido se podría dar esta denominación hasta á las deposiciones de los testigos. *Instrumentorum nomina* dec ía la ley 1.ª, tít. 40, lib. 22 del Dig. *ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia quam personæ instrumentorum loco habentur*. La palabra *título*, parece tener una significación más limitada, como veremos después. En la jurisprudencia francesa, esta palabra, ha reemplazado la de instrumento, en el tecnicismo legal, y según Mourlon, viene del verbo *tueri*, que significa proteger, porque, en efecto, el escrito en que se ha hecho constar nuestro derecho, lo proteje, puesto que, por una parte asegura su conservación, y por otra nos proporciona los medios de hacerlo valer en justicia (1).

Los Códigos modernos, si no nos equivocamos, han usado estas diversas palabras en el

(1) En la jurisprudencia francesa se usa también de la palabra acta ó acto no conocida entre nosotros en el sentido que en ella se le dá.

sentido que les hemos dado. Así, por ejemplo, en el capítulo 4.° del tít. V, lib. 1.° del Código de Procedimientos civiles del Distrito, lo mismo que el del Estado de Veracruz, que trata de la prueba, habla de los instrumentos y de los documentos privados, con cuyo epíteto los distingue de los anteriores, que tambén son documentos; y en el capítulo 2.° del tíi. 2.°, libro 2.°, llama títulos, á los documentostque sirven para fundar una acción ejecutiva, cuya denominación se da igualmente á los mismos documentos, en el Código Civil, al hablar del registro público, á los instrumentos públicos, en cuanto sirven para hacer constar las translaciones de dominio de bienes raíces ó los derechos reales impuestos sobre ellos.

Hechas estas explicaciones podemos pasar á estudiar la prueba documental en su esencia, y prescindiendo de que sea ó no preconstituída, para deducir de aquí su eficacia, como medio probatorio.

Es conveniente, pues, examinar previamente lo que en derecho se entiende por documento, para evitar que se confunda con algún otro escrito, porque, como después veremos, no todo escrito constituye una prueba documental.

Framarino, aunque refiriéndose á los documentos como prueba en materia criminal, da

de esta palabra una definición que nos parece aceptable.

Es documento, dice, la declaración consciente, personal, escrita é irreductible oralmente, destinada á dar fe de los hechos declarados.

Explicando después esta definición, añade, que siendo el documento una prueba personal, y no real, no puede darse sino conscientemente. Un escrito hecho por una persona en estado de sonambulismo, no podría tomarse seriamente como un documento.

Pero para tener esta prueba de que hablamos, añade después, no basta que el escrito haya sido redactado con conciencia; es preciso que se presente como testificación destinada á hacer fe de los hechos atestados. Ahora bien, semejante destino no se ofrece en aquellos escritos que se presentan como objeto de la acción criminal, ni en los que se presentan en juicio como material expresión del delito.

El libelo injurioso, el documento falsificado, la carta de amenaza, la denuncia falsa, cuando se producen en juicio como hechos imputables á un hombre, no son documentos sino pruebas materiales, en cuanto en el juicio en el que se producen, representan la material concreción del delito, y no la simple manifestación personal de un hecho dado, destinada á hacer fe. La palabra escrita en tales casos

no es más que un medio de concreción material del delito mismo, como el puñal que hiere y la tea que incendia: nos hallamos siempre frente á la materialidad del cuerpo del delito y no ante un simple documento.

El término de *irreductible oralmente*, que el autor citado emplea, aplicándolo á las declaraciones contenidas en los documentos, merece alguna mayor explicación.

A poco que nos fijemos en nuestros conocimientos jurídicos, dice Framarino, encontraremos que cuando se habla de documentos escritos, como de prueba específica, se presenta de un modo natural al espíritu el concepto de una prueba personal separada de la persona física que la escribe; de una prueba que aunque personal, tiene vida propia, que se valúa y considera independientemente de la persona que la ha escrito; lo que equivale á decir en otros términos, que el escrito se presenta como documento, sólo cuando tiene en sí mismo el carácter de prueba completa (más ó menos perfecta, pero en sí completa), y por ello no debe reproducirse oralmente. Por el contrario, cuando se habla del testimonio como prueba específica, desde luego nos formamos el concepto de un atestado personal, no separable del testigo que lo ha dado, y cuya naturaleza específica, como prueba, está determinada por la presencia real ó posible del testigo en el jui-

cio; ó más claro, *testimonio escrito*, y no documento en el sentido jurídico, es aquel que puede ser oralmente reproducido ante el Juez del debate.

Esta observación nos parece muy juiciosa, lo mismo que la anterior, y aunque á primera vista podrían creerse inútiles, supuesta la claridad de las distinciones que mediante ellas se establecen, legalmente hablando, entre un escrito considerado como cuerpo de un delito, ó como prueba testimonial escrita, y un documento propiamente dicho, no lo son en nuestro concepto, porque conviene siempre para evitar errores, tener ideas claras y bien definidas de las cosas. Así, antes de que rigiesen los Códigos modernos, era común en la práctica de algunos tribunales, que el que promovía un litigio, se proveyera antes, de cartas escritas por las personas que habían de atestiguar algunos hechos, para pedir después, en el término de prueba, el simple reconocimiento de tales cartas, Como se ve, era este un caso, no de prueba documental, sino de simple testimonio escrito, el cual no tenía fe, sino en cuanto era reproducido oralmente ante el Juez, lo que no sucede con los documentos, que como dice Framarino, constituyen por sí mismos una prueba completa, más ó menos perfecta. Por fortuna, en el Estado de Veracruz, que es donde se seguía esa costumbre, desde que se promulgaron

los Códigos de 1869 se abolió tal práctica que siempre consideramos viciosa é ilegal.

Dada la definición de los documentos, pasaremos á hablar de la clasificación de ellos.

Los antiguos prácticos españoles dividían los documentos, considerándolos como elementos probatorios, en tres clases: públicos, auténticos y privados. El primer nombre estaba reservado á los que eran otorgados ante los notarios con las solemnidades exigidas por la ley, y de éstos se decía que hacían fe por sí mismos; se llamaban auténticos los que estaban autorizados con el sello de una persona ó corporación que tenía facultad de extenderlos, y éstos también hacían fe por sí mismos, mas sólo en cuanto se referían á las funciones de la autoridad pública que los expedía y también en contra del que los firmó y extendió; y privados que son los que ni han sido otorgados ante Escribano, ni aparecen autorizados por ningún funcionario ó autoridad.

En los Códigos modernos, si bien se ha conservado la denominación de auténticos á los documentos que antes tenían el mismo nombre (1), parece que se ha borrado la dis-

(1) El art. 441 del C. P. c. D. F. (454, C. P. c. V.) dice: auténtico se llama todo instrumento que está autorizado y firmado por funcionario público que tenga

tinción entre los documentos públicos y los auténticos en cuanto á su eficacia probatoria, como veremos después. Esto, no obstante, como tal denominación subsiste, conviene advertir que tiene una significación distinta en el lenguaje jurídico que en el lenguaje vulgar. En éste se llama auténtico al escrito que es realmente de la persona á quien se atribuye, al cual en caso contrario se le da el nombre de apócrifo, al paso que en derecho, como lo acabamos de ver, se tiene como auténtico un documento, que además de tener el sello respectivo, emana de un funcionario público, ó de un empleado autorizado por la ley para extenderlo. De ordinario se decía, y era la verdad, que los documentos auténticos hacían fe, si tenían la firma y el sello de un empleado ó funcionario, público, pero solo en lo referente al ejercicio de sus funciones. En los demás casos, un certificado escrito aunque revistiese la forma de un documento auténtico y tuviera el sello de la oficina, no era más que un testimonio escrito.

Los Códigos vigentes de Procedimientos civiles lo mismo que el Código de Veracruz de 1869, y la Ley de Enjuiciamiento española han

---

derecho á certificar y que lleve el sello ó timbre de la oficina respectiva.

igualado en cuanto á la eficacia probatoria los documentos públicos á los auténticos, comprendiendo á estos entre los primeros (1).

Caravantes explica los motivos de esta innovación, diciendo que como ápesar de las diferencias que existen entre los documentos públicos y los auténticos, en el Derecho canónico se daba esta última denominación también á las escrituras públicas; como los documentos auténticos se expiden por personas que tienen un carácter oficial, y como, según todos intérpretes, ambas clases de documentos convienen en la estabililidad que tienen y en el crédito ó fé que merecen y que se les debe dar, la Ley de Enjuiciamiento los ha comprendido entre los documentos públicos.

Creemos, sin embargo, que por más que haya muchas analogías entre los documentos públicos y los auténticos, nunca podrá sostenerse que existe entre ellos una identidad perfecta, y nos parece peligroso borrar las diferencias que existen entre estas dos clases de documentos, por leves que sean, porque de ello pueden resultar no pocos errores.

Framarino explica con bastante claridad la diferencia que existe entre los documentos públicos y los auténticos; nada más que él da el

(1) Frac. 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª art. 439, C. P. c. D. F. y las mismas del 451, C. P. c. V.

nombre de documentos públicos auténticos, á los que nosotros llamamos sencillamente públicos, y *públicos no auténticos* á los que nosotros denominamos nada más auténticos, conservando á la denominación de privados, la misma significación que ha tenido siempre en la legislación española.

«Ya hemos asentado, dice, que el documento público se especializa en dos diferentes clases. Todos los documentos públicos no son tales, sino en cuanto hacen fé ante todos y en esto está lo genérico de los documentos públicos. Pero hay documentos públicos, que por las garantías de crédito que presentan, tienen tal eficacia probatoria, que no pueden ser impugnadas libremente, siendo necesario un procedimiento especial, el de falsedad; estos son los documentos públicos auténticos (para nosotros simplemente públicos). Los hay, en cambio, que no hacen más que inspirar la fé pública pudiendo ser impugnados con cualquiera prueba, son los no auténticos (para nosotros auténticos). Para expresar el conncepto diferencial en una fórmula breve, puede decirse que hay documentos que imponen la fé pública, y llámanse auténticos (públicos) y otros que inspiran la fé pública y se llaman no auténticos (auténticos). Un funcionario que impone la fé pública en cualquier documento que de él vemos en forma legal, es el Notario, pudiendo en

tal concepto y en el de la eficacia probatoria, considerarse el notario como el funcionario público por excelencia. Los demás funcionarios no imponen la fé pública, sino respecto de algunos documentos dados que son los únicos auténticos; v. gr., el actuario respecto de la comunicación de las actuaciones judiciales, el relator respecto de los actos del juicio, el alcalde respecto de las calificaciones del registro civil, etc., etc.»

Como se ve, y según lo que dijimos antes, aunque el autor que acabamos de citar use en un sentido diverso de las denominaciones auténticos y no auténticos aplicadas á los documentos públicos, conviene en que hay entre ellos algunas diferencias, las cuales haremos notar oportunamente, cuando tratemos especialmente de unos y de otros.

Conocido ya en qué consiste la prueba documental, pocas palabras necesitaremos emplear para caracterizarla convenientemente y ponderar su eficacia.

Dijimos en uno de los primeros capítulos de este Tratado, que nuestros esfuerzos serían dirigidos principalmente á demostrar la conformidad que en lo general existe entre el sistema racional prohatorio y nuestro sistema legal, ó lo que es lo mismo, entre las reglas que la sana crítica prescribe, y las que establece nuestro Código, para tener por probado un hecho. Fi-

jando nuestra atención en la prueba documental, en este punto de vista, fácilmente se comprenderá su importancia.

El magistrado que tiene que decidir las contiendas judiciales, no ha presenciado ni puede presenciar, por regla general, los hechos de donde proceden los derechos controvertidos. Estos son hechos pasados, muchos de los cuales no dejan huella material de su existencia. Forzoso es que resulten consignados de alguna manera, y no pueden haberlo sido sino en la memoria de los hombres por el testimonio oral ó por la escritura. En este sentido dijimos en la Primera Parte de este Tratado que el criterio histórico desempeña un papel importante en las contiendas judiciales.

A primera vista se descubre la superioridad de este último medio respecto del primero, puesto que consignado un hecho en un documento público ó privado, no puede sufrir alteraciones posteriores, ya por olvido, error ó mala fé de los que pueden dar testimonio de él.

Y si el testimonio que por medio del documento se ha conservado, procede, como es lo común, del mismo que se ha obligado, el documento adquiere una importancia capital, casi decisiva en el pleito, siempre que no se ponga en duda su autenticidad. La ley ha cuidado de establecer los requisitos que deben llenar algunos documentos, que son los que se

llaman públicos, á fin de que por este medio queden mejor asegurados los derechos que en ellos se fundan.

Si á lo dicho agregamos la muy importante consideración de la duración de esta prueba comparada con la testimonial, y con la de la confesión del obligado, tendremos nuevos motivos para ponderar su eficacia. Los testigos que tienen que atestiguar un hecho, pueden, en efecto, ausentarse del lugar de donde residen ó ignorarse su paradero, y de seguro en un período de tiempo, más ó menos largo, están destinados á desaparecer por la muerte, á que todo hombre está sujeto, al paso que el testimonio consignado en un documento, subsiste todo el tiempo que éste pueda materialmente durar, aumentándose tal vez la fé que el documento merece, en razón de su misma antigüedad.

Igual cosa debemos decir de la confesión. El que no cuenta para hacer triunfar su derecho más que con la confesión de su adversario, no sólo está expuesto á que éste niegue la verdad de los hechos ó los presente de una manera diferente de como realmente pasaron, sino que en caso de muerte del obligado carecerá de todo género de prueba, porque no pudiéndose exigir la confesión más que sobre hechos propios, los herederos de aquél, aunque tengan conocimiento de los hechos, no están obliga-

dos á contestar las preguntas que se les hagan.

Podemos, pues, considerar la prueba documental en su esencia, como una prueba directa fundada en el testimonio humano, casi siempre presente, y tanto más eficaz cuanto de ordinario procede del mismo obligado.

Los documentos, además, sean de la clase que fueren, comprenden á la vez varios hechos y pueden servir de prueba aun contra terceras personas. Cuando se trata de probar la existencia de un contrato que se dice celebrado personalmente por un individuo, el documento que se presente, si tiene los requisitos debidos, probará no sólo la existencia del contrato, sino también la presencia del acusado en el lugar en que se celebró. De esta suerte, la influencia de un documento, como medio probatorio, puede extenderse hasta otros hechos no controvertidos en el juicio; y del mismo modo puede llegar hasta produir prueba en favor ó en contra de terceras personas, como veremos á su tiempo.

Siendo esto así, claramente se comprende su importancia y trascendencia, y por qué las leyes positivas los han considerado como uno de los medios más eficaces que pueden servir para probar la existencia de un hecho en juicio.

Mas para atribuirles todo ese crédito, se ne-

cesita tener confianza en la verdad de los hechos consignados en ellos. Para lograrlo la ley ha determinado los requisitos que deben tener los documentos que se presenten en juicio, sean públicos, auténticos ó privados, para que hagan fé; materia de que hablaremos al tratar, en el capítulo siguiente, de cada uno de los documentos en lo particular.

CAPITULO V

De los documentos públicos

Después de haber estudiado en el capítulo anterior, en términos generales, la prueba documental, debemos en éste consagrar de una manera especial nuestra atención á los documentos públicos, que son seguramente los que ocupan el primer lugar entre las pruebas de esta especie, por su importancia y por el uso que de ellos se hace en la práctica.

Para proceder con método en nuestro estudio, parécenos oportuno hablar de cada uno de los documentos públicos que enumera el Código de Procedimientos Civiles en el orden que él establece, para demostrar la eficacia de cada uno de ellos como elemento probatorio, ex-

plicando, á la vez, la manera como deben producirse en juicio (1).

1.° *Escrituras públicas.* — Nuestros Códigos cuentan entre esta clase de documentos, ante todo, las escrituras públicas otorgadas con arreglo á la ley. Se ve, pues, la importancia que éstas tienen, cuando el Legislador ha hecho mención de ellas, en primer lugar. De los otros que enumera después, podría dudarse que tuvieran ese carácter, porque como diji-

(1) El art. 439, C. P. c. D. F. (451, C. P. c. V.) literalmente, dice:

Son instrumentos públicos:

I. Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho.

II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funcionarios.

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos dependientes del Gobierno General ó de los particulares de los Estados. del Distrito ó de la Baja California.

IV. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieren á actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil. En en estos casos podrán el juez y los interesados promover el cotejo cuando proceda con arreglo á derecho y en la forma prescripta por la ley.

V. Las certificaciones de nacimiento, reconocimiento y designación de hijos, emancipación, tutela, matrimonio y defunción dadas con arreglo á las prevenciones del Código Civil por los encargados del Registro.

VI. Las actuaciones judiciales de toda especie.

mos en el capítulo anterior, alguna vez algunos de ellos se han comprendido en un segundo miembro de la clasificación, bajo el nombre de documentos auténticos. Mas respecto de las escrituras nunca se ha puesto en duda su eficacia como medio de probar los hechos en ellas consignados, y era natural que así fuere, puesto que aparecen autorizadas por los funcionarios instituídos expresamente con el objeto de que den fé del otorgamiento de tales documentos. *Periret omnia judiciorum vis*, se lee en un autor antiguo; *nisi essent notarii, qui acta conscriberent; periret ipsa veritas et fides in contractibus et commerciis.*

Aunque no sea absolutamente necesario para nuestro propósito, es oportuno recordar aquí el origen del notariado, siquiera por ser una institución que parece especial de los pueblos de origen latino.

He aquí explicado en pocas palabras cuál fué su origen y el de los instrumentos públicos, según un autor moderno.

Había constituído siempre una importante ocupación de los antiguos prudentes, dice Mayns (1), la redacción de las actas en que se hacían constar las transacciones de la vida civil. Cuando la célebre Constitución de Caracalla hubo extendido el derecho de los Qui-

(1) Curso de Derecho Romano, tomo 1.º, introducción, pág. 224.

rites á vastas provincias en que apenas había jurisconsultos, debieron encontrarse serias dificultades. A falta de otras, se acudió á las personas que en los mercados cuidaban de extender las escrituras para el público. Estos escribientes que empezaron á llamarse desde entonces pragmatici ó tabelliones (de tabula, sinónimo de *documentum, instrumentum*) no tenían ningún carácter oficial; pero á medida que la institución se fué desarrollando, la autoridad pública les sometió á cierta inspección y á una acción disciplinaria, análoga á la que hemos mencionado con respecto á los abogados. Desde entonces, como la costumbre había insensiblemente sancionado las formalidades que garantizaban la sinceridad de los actos en que intervenían los tabeliones, particularmente la asistencia de determinado número de testigos, se llegó á considerar aquellos actos como *instrumenta pública ó publice confecta*, haciendo plena fé las declaraciones que contenían, con tal que, en caso de que mediase cuestión, el tabelión afirmase su realidad bajo juramento. Así es que Justiniano juzgó conveniente determinar de una manera precisa las condiciones necesarias que debía reunir los instrumenta forense (1).

Bonnier refiere que, durante la Edad Media, las

(1) L. 17 C. de fide instr. Es curioso observar que tales requisitos exigidos por Maynz en una nota del

actas privadas eran depositadas en los archivos, ó bien se otorgaban en presencia del Juez ó del obispo, y opina que en esta última institución tuvo su origen el carácter particular que ha revestido el notariado en los tiempos modernos. En la Edad Media, dice, cuando no eran complicadas las transacciones, los mismos notarios que ponían en minutas las actas de los funcionarios seglares ó eclesiásticos, adquirieron la costumbre de extender igualmente las convenciones de las partes, lo cual no era en un principio más que el ejercicio mismo de su oficio, puesto que el dignatario á quien estaban adscritos, recibía ó autorizaba actas de jurisdicción graciosa, que hicieron después, aun fuera de la presencia de este funcionario.

En España tuvieron el mismo origen. Según opinan los autores, antiguamente se celebraban los contratos ante algún sacerdote, monje ó religioso, el cual redactaba la escritura, que firmaban además varios testigos, estampando el sello de sus armas ó blasones los que las usaban. Esta costumbre duró hasta el tiempo del rey Don Alonso el Sabio, quien con acuerdo de los tres estados ó brazos del reino, creó los escribanos públicos, y dispuso que en cada

texto que hemos citado, son substancialmente los mismos que hoy se exigen para la validez de los instrumentos públicos.

pueblo, cabeza de jurisdicción, se estableciera cierto número de ellos, para autorizar las escrituras ó instrumentos con asistencia de dos ó tres testigos, señalándoles ciertos derechos por su trabajo. Es harto conocida la etimología de la palabra escribano, que nos da una ley de partida diciendo *Escrivano tanto quiere decir como ome que es sabidor de escrebir* (1).

Mas sea de ello lo que fuere, lo cierto es que entre nosotros lo mismo que en España y en Francia, existen ciertos funcionarios á los cuales ha confiado la ley la guarda y conservación de los documentos que ante ellos otorgan los particulares, atribuyéndoles toda fe independientemente de la que merezcan los testigos ante quienes pasan, y que sólo pueden perder, si se prueba la falsedad en que dichos funcionarios hayan incurrido. Por eso afirma Framarino, según dijimos en el capítulo anterior, que esta clase de documentos no sólo *inspiran* la fe pública, sino que la *imponen*, y que un funcionario que impone la fe pública en cualquier documento que él extiende legalmente, es el notario; pudiendo, en tal concepto, considerarse el notario como el funcionario público por excelencia.

En el Código de Procedimientos Civiles de Veracruz del año de 1869, se determinaba la

(1) Ley 1.ª, tít. 19, pág. 3.ª

manera como los notarios debían de extender las escrituras de los instrumentos públicos que ante ellos pasaban, las copias que de ellos debían dar y la fe que éstas merecían. En el que actualmente rige se han omitido muchas de estas disposiciones propias de una ley especial acerca del notariado, diciéndose solamente en el artículo 567, que los instrumentos públicos entre los que se enumeran como los principales los testimonios de las escrituras públicas otorgadas conforme á derecho, hacen prueba plena aunque se presenten sin citación del colitigante, salvo siempre el derecho de éste para reargüirlas de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos y archivos. Agrega el mismo artículo que en caso de inconformidad con el protocolo ó archivo, se estará á lo que en éste se exprese. (Esta definición está literalmente tomada de lo que contiene el art. 551 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal.)

A esto se reducen los preceptos de los Códigos vigentes relativamente á la eficacia probatoria de los instrumentos públicos, y aunque estamos conformes en que se haya suprimido lo que por ser propio de una ley secundaria, está sujeto á cambios y variaciones, no por eso nos creemos dispensados de entrar en este lugar en más largas explicaciones, para suplir con la doctrina el silencio de la ley positiva

Así es que, sin detenernos en pormenores, que, como hemos dicho, son propios de una ley del notariado, diremos sencillamente en cuanto á la forma en que deben extenderse los documentos públicos, que coincidiendo la fe que á éstos se atribuye con el carácter de funcionario público que tiene el Notario que los autoriza, es necesario que éste tenga tal carácter (1); se necesita, además, que conozca á los otorgantes ó que comparezcan ante él dos testigos por él conocidos que sirvan para identificar las personas, y que se llaman testigos de conocimiento, y además, otros testigos que se llaman instrumentales, que son aquellos ante los cuales los otorgantes expresan su voluntad. Es de esencia, también, para que el instrumento se considere como público, que se escriba en un libro ó cuaderno llamado protocolo donde queden las firmas auténticas de los otorgantes, de los testigos y del Notario, y del cual se sacan copias que se llaman testimonios, entre las cuales la ley atribuye una fuerza especial á la

(1) Es digno de notarse que una ley de Partida (ley 115, tít. 18, Part. 3.ª) decía que era de tenerse como escritura pública la que fuere fecho por escrivano ó por quien era fama entre los omes de aquel lugar, que lo era et que usaba de tal menester. Escriche, cita con este motivo el caso curioso ocurrido en Roma y resuelto por la célebre ley del Digestro Barbarus Philippus, y dice con este motivo: *error communis facit jus* es una máxima general de los jurisconsultos.

primera, por ser de ordinario la que expide el Notario ante quien se otorgó el instrumento (1). La ley ha cuidado, como se comprenderá fácilmente, de la conservación de los protocolos cuya pérdida ó extravío ocasionarían gravísimos perjuicios á la sociedad.

En algunas leyes del notariado se previene, además, que se lleve otro libro en el que se redacte lo sustancial del contrato que se quiere otorgar; pero esto no es de esencia.

Tales son, en términos generales, los principios en que está basada en lo esencial la

(1) El art. 440, C. P. c. D. F. (453, C. P. c. D. F.) dice: «Por testimonio se entiende la primera copia de una escritura pública, expedida por el notario ante quien se otorgó, y las ulteriores copias dadas por mandato judicial con citación de la persona á quien interesan».

Mucho se discutió entre los antiguos prácticos acerca de lo que debía entenderse por testimonio ó primera copia, y también sobre cual de las dos debía prevalecer, si la matriz ó la primera copia en caso de oposición. El dictamen más general era que la matriz, y en cuanto al testimonio se resolvió que sólo merecería este nombre el que era expedido por primera vez por el escribano que había autorizado el documento; pero que si éste expedía segunda copia, ó la primera era expedida por otro escribano, no merecería el mismo crédito, á no ser que se hubiese extendido por mandato judicial y previa citación del otro contratante. Véase á Escriche que trae todo lo relativo á esta materia y habla también de los testimonios que se daban *por concuerda*.

institución del notariado; principios que han sido desarrollados en las leyes que se han promulgado sobre la materia, las cuales contienen otros muchos pormenores ajenos de este lugar.

Una vez que hemos dicho lo que se entiende por instrumento público, procuremos conocer su eficacia.

Siendo así que en esta clase de documentos intervienen ó pueden intervenir diversas personas y consignarse con ello varios hechos, lo primero que ocurre es preguntar respecto de qué hechos constituye la escritura pública una prueba perfecta y eficaz y con relación á qué personas.

La respuesta á la primera pregunta podría formularse de esta manera, en términos generales: la escritura pública constituye prueba plena respecto del hecho que es el objeto de ella, ó en otros términos, respecto del hecho ó contrato que se ha querido hacer constar en ella como materia ú objeto del mismo instrumento, pero no tendrá la misma eficacia respecto de los que de una manera incidental con él se relacionan (1). Esta doctrina es demasiado

(1) Bonnier cita las siguientes palabras de Dumoulin en las que parece se inspiraron los autores del Código Napoleón: «*Quod ego intelligo et limito esse verum ad limites et substantiam facti, tempore instrumenti gesti et in ejus tenore contenti et affirmati; se-*

general y podría inducirnos á errores de trascendencia; es necesario, por lo mismo, ocurrir á las doctrinas de los jurisconsultos para que se comprenda bien su sentido.

Entre los diversos autores que hemos consultado, Mourlon es el que á nuestro juicio explica con mayor precisión y claridad este punto tan interesante del Derecho probatorio. Transcribiremos, por lo mismo, literalmente su doctrina, que es la siguiente: «Un acto auténtico, dice, refiriéndose á lo que nosotros llamamos instrumento público, puede contener á la vez cláusulas dispositivas y cláusulas enunciativas.»

«Las cláusulas dispositivas son aquellas en que se encuentra relatada la operación que ha sido objeto de la escritura. Las cláusulas enunciativas son aquellas en la cuales se encuentra relatado un hecho que podría quitarse del acto sin alterar la situación de la operación principal.»

«¿El acto auténtico (esto es, el que ha sido objeto de la escritura) hace plena fe en cuanto á las cláusulas simplemente enunciativas? La ley distingue: Las cláusulas enunciativas hacen fe *cuando tienen una relación directa con la disposición*, es decir, con la operación

---

cus quoad facta vel circunstantias, quæ tunc nec fiunt, nec disponuntor, sed tantum recitantur».

principal que se relata en la escritura. Las cláusulas enunciativas, extrañas á la disposición, no pueden servir sino como un principio de prueba por escrito.»

«Las primeras hacen fe porque la parte que tendría interés en contradecirlas, y, por consiguiente, en no permitir que se consignaran en la escritura, ha reconocido por su silencio la verdad de los hechos declarados por la parte contraria» (1).

«Las segundas no hacen plena fe, y sólo sirven como principio de prueba por escrito, porque no teniendo la parte á quien pudieran perjudicar en el momento de la convención, un interés marcado en contradecirlas ó en consentir en que se insertasen en la escritura, pudieron pasar para ella inadvertidas.»

El mismo autor ilustra sus doctrinas con los siguientes ejemplos que nos parecen muy á propósito para la perfecta inteligencia de lo que acabamos de decir.

Sea, por ejemplo, una escritura redactada en estos términos. Primus declara ser deudor de Secundus de una renta de quinientos francos, cuyos réditos han sido pagados hasta esa fecha.

Primus ha declarado que es deudor de qui-

(1) Como veremos después, Laurent opina que estas cláusulas no deben llamarse enunciativas sino dispositivas incidentales.

nientos francos ..... he aquí la cláusula dispositiva.

Cuyos réditos han sido pagados hasta esta fecha..... esta es la cláusula enunciativa. Ella tiene una relación directa con la dispositiva: y merece, por lo mismo, plena fe. Secundus no habría consentido en que se insertase en la escritura si no hubiese reconocido que el hecho enunciado, el pago de los réditos vencidos hasta esa fecha, era conforme á la verdad. Y no podría decir que no puso cuidado, que no le llamó la atención, porque esa cláusula tenía una relación demasiado íntima con el objeto principal de la escritura, afectaba de una manera bastante clara sus intereses para que se pudiese creer que había pasado inadvertida. Así su silencio equivaldría á una confesión tácita.

La escritura probaría, pues, 1.°, la declaración que ha hecho Primus; 2.°, el silencio que ha guardado Secundus. y por consiguiente, la realidad del hecho declarado.

Y esta prueba no sólo existe para las partes; existe para todos los que tengan un interés legítimo en probar que, en efecto, Primus ha pagado los réditos del capital de que se ha declarado deudor.

En otra escritura se dice que Primus ha prestado á Secundus mil francos que Ticio había donado anteriormente á aquél.

Primus ha prestado á Secundus mil francos .... es la cláusula dispositiva.

Los mil francos que Primus ha prestado le fueron donados antes por Ticius..... es la cláusula enunciativa.

Esta cláusula no tiene una relación directa con la dispositiva; le es completamente extraña. Por consiguiente, no hará plena fe contra Primus en cuanto al hecho enunciado. Pero podrá servir de principio de prueba por escrito que aprovechará á los que tengan interés en probar la existencia de la donación. Supongamos, por ejemplo, que Primus sucede á Ticius; sus coherederos podrán decirle: el difunto os dió durante su vida los mil francos que deben traerse á colación en la sucesión. Si él niega el hecho, podrían oponerle su declaración contenida en la escritura. Esta declaración no hace, en verdad, una prueba completa; porque como no tenía una relación directa con la parte dispositiva, es posible que Primus la haya dejado poner por una inadvertencia, ó que haya estado en un error; pero hace cuando menos verosímil la existencia del hecho declarado, que es la donación, lo que autoriza á los coherederos para completar esta semiplena prueba con la prueba testimonial, conforme al artículo 1,347 (1).

(1) No debe olvidarse que la teoría del principio

Los anteriores ejemplos con los cuales Mourlon ha anticipado algunos conceptos de los que nosotros tendremos que emitir, cuando hablemos de la eficacia de las escrituras públicas como elementos probatorios respecto de las personas que en ellas no intervienen, aclaran bastante su doctrina, la cual es conforme á la de todos los autores que hemos podido consultar, y está de acuerdo con lo que disponía el artículo 1,609 del Código Civil de Veracruz de 1869 (1).

---

de prueba por escrito no está aceptada en el Código del Distrito y así en el del Estado de Veracruz.

(1) En apoyo de la opinión de Mourlon que hemos copiado en el texto, pueden citarse las obras siguientes: Pothier, Tratado de las Obligaciones, P. 2.ª, cap. 1.º, tít. 1.º, part. 3.ª; Dalloz. Verbo Obligación tít. 7.º, cap. 1.º, Sec. 2.ª part. 4.ª, N.º 2125; Laurent. Comentario al artículo 1320 del C. Civil Francés; Boiteaux. id. id. id.; Bonnier. Tratado de las pruebas, Lib. 2.º, Sec. 1.ª, N.º 508. Entre los prácticos Españoles, Caravantes, Tratado Histórico Crítico y Filosófico de Procedimientos Civiles, Lib. 2.º, tít. 6.º, Sec. 5.ª, par. 2.º, N.º 809. Escriche. Verbo Instrumento Público.

Merece especial mención, como medio de ampliar las doctrinas expuestas en el texto, el cap. 3.º tít. 3.º del Tratado de las Pruebas en Materia Civil de Ricci, en el cual, de acuerdo con los principios generales consignados en este capítulo, se explica con toda claridad á qué hechos se encuentra limitada la fé debida al notario público, citándose una sentencia del Tribunal de Casación de Turin. Se trataba en ella de la fé debida al testimonio de un notario que había autorizado

Debemos, sin embargo, advertir, que como la fe que merecen las cláusulas dispositivas depende de la que la ley atribuye al notario ante quien se han escrito, por la misma razón merecen igual fe las enunciativas; pero sólo en cuanto al hecho de haberse pronunciado por las partes, mas no en cuanto á la verdad que

---

un instrumento que favorecía su interés privado, para el pago de sus honorarios, y el considerando relativo está concebido en estos términos: «Que la sentencia recurrida, para dar como buena la apreciación del notario, ha dado especial importancia á su cualidad de tal, por entender que ésta le inviste de la pública confianza: que ,sin embargo, ésta reflexión carece de oportunidad para ser aplicada al caso actual, en el que se trata, no de la prueba de un hecho que hubiese sido relatado y atestiguado por el notario como funcionario público y en el ejercicio de su propio ministerio, sino del interés privado y particular del mismo notario, de la afirmación de una circunstancia de la cual había de resultar el aumento de sus derechos á cargo del recurrente, y á éste exigidos por él».

Es también digna de mención una sentencia del tribunal de Casación de Nápoles, citada por el mismo autor, en la cual se niega la fé pública á un certificado expedido por un notario con relación á un documento que existía en el archivo del cabildo eclesiástico de Amalfi, porque, según en ella se dice, sólo habría podido expedirlo si se le hubiera hecho depositario de la decisión capitular.

En los casos en que el notario, sin autorizar documento alguno sólo certifica un hecho, no es más que un testigo, según la opinión de Ricci. Ibidem. pág. 228.

La doctrina de Lessona es igualmente explícita.

ellas contengan. Explicaremos mejor esta diferencia, al hablar de la fe atribuída á las escrituras públicas con relación á las terceras personas que no han intervenido con ellas.

Esta es, en efecto, la segunda cuestión que nos hemos propuesto dilucidar en este capítulo. Veamos, pues, cómo la Jurisprudencia la resuelve.

Antes dijimos que, según Mourlon, la declaración enunciativa que tiene una relación directa con la parte dispositiva de la escritura, hace fe plena aun en favor de terceras personas; pero esta doctrina necesita mayor explicación. Proponiendo la cuestión en términos generales, podría formularse de este modo. ¿La escritura pública constituye una prueba plena entre las partes contratantes y sus causahabientes solamente, ó también respecto de terceras personas que no han intervenido en ella?

Aquí también ocurriremos á Mourlon, quien la resuelve de este modo. «El notario, dice, se reputa como narrador fiel respecto de todo. Así el instrumento ante él otorgado hace fe respecto de todas las personas y contra todas ellas, en cuanto á los hechos que él ha enunciado como verificados por él ó como habiéndose verificado en su presencia.»

Estos hechos producen entre las partes efectos jurídicos. ¿Pero estos efectos podrían oponerse á un tercero? ¿Los terceros podrían in-

vocarlos? Esta es otra cuestión enteramente extraña á la fuerza probatoria del instrumento, y que debe ser resuelta conforme á los principios generales del Código, en cuanto al efecto de las convenciones. Ilustremos esta doctrina con algunos ejemplos, sigue diciendo Mourlon.

"En una escritura pública se hace constar que Primus y Secundus se han presentado en tal día delante del notario, y que han celebrado una transacción por la cual Primus ha reconocido que su casa estaba gravada con una servidumbre en beneficio de otra casa perteneciente á Secundus. Esta transacción y la confesión que en ella se contiene, son verdaderas para todos. ¿Pero la realidad de la confesión prueba la realidad de la servidumbre? Sí, respecto de Primus que ha celebrado la transacción y sus causa habientes. es decir, todos aquellos que posteriormente á dicha transacción adquieran. sea á título de sucesión, sea en virtud de un contrato de venta, de donación ó de cambio, la casa acerca de la cual Primus ha transigido. Mas no respecto de terceras personas, es decir, de aquellas que antes de la transacción habían adquirido sobre la misma casa derechos que resultarían menoscabados por efecto de la servidumbre: la transacción no puede oponérseles, porque Primus no ha podido, al contratar con Secundus, destruir ni mi-

norar los derechos que hubiera concedidó á otras personas."

"En una escritura pública se dice que Primus se ha presentado tal día delante de tal notario, y Primus ha declarado que ha vendido en una suma determinada la casa A, y Secundus ha declarado que aceptaba la venta. Este será un hecho probado para todos, y un tercero podrá invocarlo en su favor. Supongamos ahora que la casa vendida por Primus formaba parte de una sucesión abierta en beneficio suyo; si los acreedores de la sucesión sostienen que Primus ha aceptado pura y simplemente la herencia, al vender esta casa y Primus niega la venta, invocarán contra él la escritura pública, que hará prueba plena. De este modo una escritura pública puede ser invocada como medio de prueba por un tercero contra uno de los contratantes."

"En resumen, termina diciendo el autor cuyas palabras acabamos de transcribir, la escritura pública prueba, *erga omnes*, la existencia de la convención. La diferencia entre las partes y los terceros, es que aquéllas quedan obligadas y éstos no. Un individuo sólo puede obligarse en virtud de la convención que ha celebrado, y como los terceros no han intervenido en ella, no les puede perjudicar (1)."

(1) En este sentido se encuentran disposiciones expresas en el Código de Veracruz de 1869, en el cual

Laurent no admite diferencia entre las enunciaciones directas y las indirectas por lo que hace á las partes de quienes proceden, y niega que las enunciaciones indirectas puedan invocarse como un principio de prueba por escrito respecto de un tercero. Su doctrina es tanto más interesante, cuanto que admitiendo el Código de Veracruz la teoría de los principios de prueba por escrito, puede tener aplicación en la práctica de los tribunales de dicho Estado.

Después de hablar de la eficacia de las enunciaciones directas con relación á las partes contratantes, refiriéndose á las indirectas, dice: «Una enunciación es una declaración emanada de una de las partes. ¿Por qué esta enunciación no haría la misma fe que las otras declaraciones? Cuando es directa, la ley la asimila á las cláusulas dispositivas. En realidad, la enunciación directa es una disposición incidental. En el ejemplo puesto por Pothier (es el mismo que pone Mourlon y nosotros hemos citado), la enunciación hecha en la escritura, diciéndose que los réditos vencidos estaban pagados, enunciación aceptada por el acreedor

se dispone, además, (art. 1596 C. C.) que la escritura pública que fuere defectuosa por incompetencia del escribano, ó cualquiera otro defecto de forma, valga como instrumento privado, si está firmada por las partes.

y firmado por él, es un verdadero reconocimiento del pago de esos réditos, un recibo. Así la escritura contiene dos disposiciones: primera, el reconocimiento de la renta, y después, el reconocimiento del pago. No hay, pues, motivo para distinguir la enunciación directa de la disposición.»

«En cuanto á la enunciación indirecta, continúa diciendo el mismo autor, no forma una disposición. Es una declaración puramente unilateral hecha por una de las partes, extraña á la otra; ésta, al firmar el instrumento, no se apropia una declaración que no emana de ella y cuya exactitud no está en la posibilidad de averiguar. Se sigue de aquí que esta declaración sólo debería hacer fe como toda declaración, hasta que se rearguyese de falso el instrumento en cuanto al hecho material y hasta la prueba en contrario en cuanto á su sinceridad. Por lo que hace á la otra parte, la enunciación indirecta, no debería producir ninguna fe, porque la declaración le es extraña. El Código dice que esta enunciación no puede servir sino como principio de prueba por escrito. Un principio de prueba por escrito supone una declaración emanada de aquél á quien se opone: ahora bien, ¿puede decirse que una enunciación hecha por una de las partes extraña á la otra, emana de ésta? No; su firma significa bien que la declaración ha sido hecha por la

otra parte; pero no por ello resulta menos probado que la declaración emana del que no la ha hecho ni ha tenido la intención de apropiársela» (1).

Las doctrinas expuestas derraman bastante luz sobre la importante materia de que tratamos, para terminar la cual debemos añadir algunas breves palabras acerca de lo que en la antigua jurisprudencia se llamaba redargüir de falsa, civil ó criminalmente, una escritura.

El artículo del Código de Procedimientos civiles citado al principio de este capítulo, dice que los instrumentos públicos hacen prueba plena aunque se presenten sin citación del colitigante, salvo siempre el derecho de éste, para redargüirlos de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos ó archivos.

Se ve, pues, que la parte á quien un instrumento público perjudique, tiene dos derechos: el uno pedir el cotejo con el protocolo, y el otro redargüirlo de falsedad. Lo primero es sencillo y no ofrece dificultad alguna. Respecto de lo segundo, ocurre preguntar: ¿quiénes tendrán ese derecho y en qué consiste?

En cuanto á quienes pueden redargüir de falso un instrumento público, debemos decir que pueden hacerlo, primero, los que en él figuran como partes, y después los terceros,

(1) Laurent. Obra citada.

en cuanto á ellos perjudique la escritura. Esta es una consecuencia lógicamente deducida de lo que hemos dicho anteriormente. Si el hecho sólo de la existencia de la convención por la fecha en que se verificó ó algunas de sus circunstancias enunciativas perjudica á un tercero, éste podrá probar la falsedad del hecho; nada más que tendrá, á nuestro juicio, diversas maneras de hacerlo, según se trate de la existencia del contrato mismo ó de la circunstancia enunciativa. Para lo primero, necesitaría redargüir de falsa la escritura; para lo segundo, será bastante que pruebe por los medios ordinarios la falsedad de la cláusula enunciativa que le perjudique. (1)

En cuanto á la manera como se rearguye de falsa una escritura, los Códigos actuales no la explican, y por esto habrá que ocurrir á la jurisprudencia antigua. Su silencio sobre este particular parece autorizar la creencia de que las reglas antiguas acerca de la falsedad de las escrituras no tienen ya aplicación. Sin embargo, como los actuales Códigos usan de la expresión consagrada por el Derecho antiguo probatorio, de redargüir de falso un instrumento, lo que parecería extraño si no hubiera algu-

(1) Hablamos bajo el concepto de que haya una forma especial para redargüir de falsa una escritura, lo que no parece seguro según la legislación vigente.

nas reglas sobre el particular, no nos creemos dispensados de decir algo acerca de este punto, siquiera sea como doctrina. (1)

(1) He aquí los textos del Código de Procedimientos civiles de Veracruz de 1869:

Art. 709. La falsedad civil puede alegarse:

1.° Por causa eficiente, esto es, por haber otorgado el instrumento persona inhábil.

2.° Por causa material, esto es, por recaer sobre cosa que reprueba el derecho.

3.° Por causa formal, esto es, por no haberse observado en su formación todas las solemnidades y circunstancias que exigen las leyes, como si faltó la fecha, suscripción ú otra cosa substancial, ó si se compulsó el traslado sin citación de la parte contraria.

4.° Por causa final, como cuando ha habido obrepción ó subrepción en la saca del instrumento, por estar raído ó roto en alguna de sus partes esenciales, ó por contener algún otro defecto substancial.

Art. 710. Para remover el vicio ó sospecha de falsedad ó suplantación de un instrument ı que procede de otro, la parte interesada puede pedir que con citación contraria se compruebe ó coteje con el protocolo ú original de donde se sacó.

Art. 711. El funcionario á quien corresponda hacer el cotejo, procederá á él con la mayor escrupulosidad, describiendo las señas, defectos y todo género de circ unstancias que note en el original y en el instrumento exhibido.

Art 712. Los Jueces en estos casos tendrán las mismas facultades y obligaciones que, hablando del cotejo de letras, se expresan en el art. 706, que dice: («Para esta diligencia, el Escribano, Secretario, ó funcionario público que tenga en su poder el documento con el cual deba hacerse el cotejo, está obligado á exhibirlo al

Siendo tan grande la fe que se atribuye á los instrumentos públicos, natural era que la ley se ocupase en determinar la manera como podría destruir su eficacia estableciendo, por decirlo así, un sistema legal de pruebas sobre esta materia tan importante. Así fué, en efecto, y en las leyes de Partida se determinó el número de testigos que se necesitaba para anular una escritura por causa de falsedad, lo que debía resolverse cuando había oposición en el dicho del Escribano y el de los testigos instrumentales, dictándose otras disposiciones de que no hacemos mención, tanto por no estar vigentes, como porque en lo sustancial son las

---

Juez; pero éste no tendrá facultad de extraer de las oficinas ó archivos públicos dichos documentos»).

Art. 713. Si el documento original existiere en poder de algún particular, podrá exigírsele su presentación al juzgado, tanto para el cotejo de letras como para la comprobación.

Art. 714. Siempre que se redarguya de falso un instrumento, antes del término de prueba ó dentro de éste, se recibirá la de la falsedad juntamente con la del negocio principal.

Art. 715. Si la falsedad se alegare en cualquier otro estado del juicio, se calificará sumariamente, recibiéndose el negocio á prueba por un breve término que no excederá de la mitad del concedido para el negocio principal, cuyo curso se suspenderá entretanto.

Art. 716. Si al redargüirse de falso un instrumento, que pueda ser de influencia notoria en el pleito, se entablare por el que lo hace, acción criminal en descu-

mismas que adoptó el Código de 1869 de Veracruz, cuyo texto en los artículos relativos ponemos como nota al pie de estas páginas.

Existían, pues, formas especiales para redargüir de falso un instrumento y la doctrina general de los prácticos se encuentra resumida en las siguientes palabras de Caravantes.

"Puede redargüirse de falso un documento en juicio, criminal ó civilmente. La falsedad criminal de un instrumento es su falta de verdad: la falsedad civil su falta de solemnidad y eficacia. Por consiguiente, es falso criminalmente un instrumento, cuando se ha forjado maliciosamente ó se han hecho en él altera-

brimiento del delito y del autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal.

Art. 717. Si redargüido de falso un documento, la parte que lo presenta manifiesta que ya no quiere hacer uso de él, no se admitirá prueba sobre su falsedad: pero no podrá ya hacer uso de él ni en el juicio de que se trata, ni en otro alguno, aun cuando se quiera probar que es verdadero. Al efecto se hará la debida anotación en el mismo instrumento, procediéndose en su caso á la averiguación del delito.

Art. 718. Aunque un documento público sea nulo ó se invalide por defecto de solemnidad ó de forma, la obligación que contiene se puede probar por los otros medios legales, salvo los casos en que por la ley ó la voluntad de las partes se exige la existencia de un instrumento público para la validez y constitución del contrato, pues entonces, si el instrumento se declara sin valor, no se puede probar de otro modo el contrato.

ciones esenciales con malicia y sin verdad, y es falso civilmente, cuando carece de alguna de las circunstancias prevenidas por la ley para que haga fe. La falsedad criminal envuelve precisamente la falsedad civil, pero no al contrario (1).

Como se ve, á nuestro juicio se ha confundido en esta doctrina la falsedad de una escritura y la nulidad ó insubsistencia de ella, que es lo que en nuestro concepto se ha llamado impropiamente falsedad civil.

En la jurisprudencia francesa, de acuerdo

---

(1) Lessona discute ampliamente la cuestión relativa á si es necesaria la acusación de falsedad para que un instrumento público pierda su eficacia probatoria, y refiriéndose á los casos de simulación, se expresa en en estos términos:

«En la simulación, 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, ya de realizar un acto sin valor alguno, ó bien de realizar un acto de una naturaleza jurídica, sustancialmente distinta de la que formalmente aparece.

Ahora bien, el documento público ¿testificará la convención de tal suerte que sin querella 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, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en

con la española, en cuanto á considerar lo que en ella se llama *inscription en faux*, inscripción de falsedad, y nosotros redargüir de falsa una escritura, se llama á la falsedad civil inscripción de falso incidente, porque de ordinario se hace incidentalmente durante el curso de una instancia civil, dice Laurent. Pero sea de ello lo que fuere, lo interesante es determinar los efectos de una y otra falsedad.

Desde luego encontramos esta diferencia entre una y otra. Según los artículos 66, 67 y 290 del Código de Procedimientos penales del Estado de Veracruz, concordantes del 101 y

---

que no se debe oponer querella de falsedad, contra un documento, cuando se afirma que su contenido es simulado. Realmente el Notario testifica de las declaraciones hechas por las partes; pero no de su sinceridad: ésta no se cae bajo la acción de sus sentidos. En su virtud, se puede probar la simulación de una convención resultante de documento público y el peso de la prneba 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 probatoria del documento. Por esto es por lo que se pueden probar sin querella de falsedad, el error, la violencia y el dolo.

El mismo autor, citando á otro jurisconsulto define la falsedad diciendo: «que es una relación de contradicción entre una referencia y un relato, los cuales de-

102 del Código de la misma clase del Distrito Federal, cuando en un juicio se redarguye de falso un instrumento, si la parte que la presenta quiere que se tome en consideración, se suspenderá el juicio hasta que en el procedimiento criminal respectivo se pronuncie sentencia que cause ejecutiva declarando la falsedad ó la verdad del documento, lo que no sucede cuando la escritura se considera falsa civilmente, esto es, porque carece de algunos de los requisitos esenciales, lo que se podrá probar en el mismo juicio civil por los medios ordinarios de prueba.

Si la parte que la presenta no quiere que se

---

bían haber estado conformes, y no lo están, pues hay entre ellos disconformidad».

La divide, después, en material, cuando la alteración de la verdad se efectúa en lo escrito, é idealógigica, cuando el documento no es falso, en las condiciones propias suyas: pero son falsas las ideas que en él se afirman como verdaderas; esta falsedad no es obra del funcionario público, que escribe sinceramente lo que le dicen las partes.

Otros autores, llaman á esta segunda, falsedad intelectual.

Puede verse el tít. 18 de la part. 3.ª

Sobre los diversos sistemas que pueden adoptarse en el caso de acusación de falsedad, bien sea suspendiendo el juicio civil, considerando la acusación de falsedad como un incidente, ó considerando ésta con independencia de aquel, puede verse á Lessona, Cap. 2, lib. 4.º Teoría General de la Prueba de Derecho civil.

tome en consideración, se hará la denuncia al Juez de lo criminal, sin suspender el curso del juicio civil.

La segunda diferencia consiste en los efectos de una y otra falsedades. La primera, esto es, la falsedad criminal, una vez declarada, debe producir el efecto de desatar todo vínculo entre las partes. Esta consecuencia es natural, puesto que si el acto no había existido, no podía haber producido ningún efecto, y como la falsedad puede ser parcial, esto es, consistir en algunas adiciones ó alteraciones hechas á la convención que las partes celebran y cuya existencia no se ha puesto en duda, se deduce también que sólo en aquel punto quedará insubsistente el contrato celebrado ó el acto autorizado falsamente por el Notario (1).

La falsedad civil de la escritura no envuelve necesariamente la nulidad de la convención que en ella se hizo constar.

La doctrina de Laurent sobre este particular, es bastante explícita y nos parece oportuno citarla en este lugar, no sólo porque nos enseña con toda claridad en qué consiste la diferencia que venimos explicando, sino también porque nos hace ver que aun en el siste-

(1) Bonnier, explica con bastante amplitud la diferencia que hay entre la falsedad que él llama material y la intelectual. Véase su obra citada, Lib. 2.º división 1.ª, sec. 3.ª, par. 1.º

ma legal de pruebas de que hemos hablado en otra parte. sistema que hemos dicho que nuestro Código no admite en toda su plenitud, los preceptos de la ley eran de interpretación estricta, esto es, que no permitiendo la legislación francesa (lo mismo que la antigua española) que se probase la falsedad de un instrumento público sin dar cierta clase de pruebas especiales, esto debería entenderse sólo en cuanto al hecho jurídico de que el escribano daba fe, y no á otras circunstancias cuya falsedad se podía demostrar por cualquiera otro de los medios ordinarios de prueba.

La doctrina de Laurent á que nos referimos dice así: «Por la misma razón de que el artículo 319 deroga el derecho común, es necesario mantenerlo dentro de los límites del texto. No concierne sino al acto auténtico (la escritura pública), es decir, al escrito redactado por el Notario y destinado á probar el hecho jurídico que se ha hecho constar en él. El artículo 1,319 es extraño á la convención relatada en la escritura: la convención puede ser válida aunque la escritura sea nula, y la convención puede ser nula aunque la escritura sea válida en cuanto á su forma.»

«Supongamos que la convención sea viciosa y nula en razón del vicio que la mancha. Las partes interesadas pueden ciertamente pedir su nulidad, aunque se haya hecho constar autén-

ticamente: los que la atacan no se refieren á la escritura, piden que se anule la convención; si llega á serlo, la convención caerá por sí misma. ¿Será necesario una inscripción de falsedad para ello?»

«No, porque ellos no pretenden que el acto sea falso ó falsificado; lo que pretenden es que la convención se declare inexistente, porque la cosa que debía ser objeto de ella había perecido cuando se celebró el contrato: al pretender que el Juez declare que la convención es inexistente, no atacan la fuerza probatoria de la escritura, porque la escritura no prueba que la cosa existía en el momento en que se celebró el contrato» (1).

Vemos, pues, que si no en cuanto al número de testigos que se necesita para destruir la verdad de una escritura pública, sí en cuanto á suspender ó no el curso del juicio hay diferencias entre la falsedad criminal y la civil.

Después de haber estudiado la eficacia de las escrituras públicas como elementos de convicción acerca de la verdad de un hecho, y dejado para el capítulo siguiente la interesante materia de la contraescritura, debemos ahora hacer saber á nuestros lectores cómo se producen en juicio las escrituras públicas.

(1) Laurent, tomo 19, pág. 152, par. 148.

Cuando estas constituyesen una prueba preconstituída, esto es, cuando fundan la acción que el actor deduce, según dijimos en el capítulo 1.° de esta 2.ª parte, deberán presentarse con la demanda; en el caso contrario, lo serán durante la dilación probatoria, esto es, durante el término de prueba ó las prórrogas que el Juez conceda. La facultad que á esto otorga la ley para ilustrar su conciencia por medio de pruebas que las partes no hayan presentado, es limitada; pero la tiene para mandar que se traigan á su vista para mejor proveer las escrituras públicas que afecten los derechos controvertidos, si en ella no hubiere impedimento legal (1).

En todo caso, debe presentarse el testimonio de la escritura que primeramente se haya expedido, ó los testimonios posteriores si se han librado legalmente, salvo la facultad del litigante que duda de su exactitud de pedir el cotejo con la escritura puesta en el protocolo, cuyo texto prevalecerá sobre el del testimonio si hubiere diferencia.

Los testimonios de las escrituras deben presentarse debidamente legalizados, y los extendidos en un país extranjero, además de la legalización propia de esta clase de documen-

(56) Art. 129. C. Procedimientos, D. F. y 142. C. de P. V. C.

tos, deberá el interesado exhibir con ellos una traducción al idioma castellano, la cual se tendrá por buena si la parte contraria está conforme con ella, y, en el caso contrario, se traducirá por la persona que nombre el Juez (1).

Todas las pruebas que se presenten en juicio deben admitirse con citación contraria, pero como el Código, al hablar de las escrituras públicas, dice que hacen prueba plena, aunque se presenten sin citación del colitigante, esto merece alguna explicación.

En nuestro concepto, una cosa es que una escritura tenga eficacia probatoria por sí misma, sin necesidad de que la parte á quien puede perjudicar su contenido, sea citada para expedirla, y otra cosa distinta es el trámite dictado por el Juez durante el término probatorio, en el cual manda que se dé noticia á la parte contraria de que se va á agregar tal ó cual documento. Lo primero es una consecuencia de la naturaleza especial de esta clase de documentos; lo segundo, es un simple trámite que no tiene por objeto darle mayor fuerza al documento mismo, sino sólo hacer saber al otro litigante que se va á agregar al juicio para que haga uso del derecho que le concede la ley. Si no se le cita con ese objeto, ¿cuándo y cómo

(1) Arts. 115 de la Consttitución federal y 452, 453, 454, 455, 456, 457 y 468 C. P. s. D. F. y 465, 466, 467 y 468 C. P. s. de V. C.

podría pedir el cotejo ó redargüir de falso el documento presentado contra él? Es cierto que podría hacerlo al formular sus alegatos, ¿pero no será más natural y menos ocasionado á pérdida de tiempo y de dinero que lo haga durante el término de prueba?

Por este motivo, juzgamos que lo dispuesto en los artículos que hemos citado, no dispensa al Juez á quien en el término de prueba se presente una escritura pública, de ordenar que al agregarse al juicio, se haga saber á la parte contraria para los efectos del artículo 567 del Código procesal.

CAPITULO VI

De las contraescrituras; de los documentos auténticos que se enumeran en las fracciones II, III, IV y V del artículo 451 del Código de Procedimientos civiles y de las actuaciones judiciales, consideradas como instrumentos públicos.

1.º—*De las contraescrituras.*—Dijimos en el capítulo anterior que después de haber hablado de las escrituras públicas daríamos á conocer en éste, los demás instrumentos que con ellas

se comparan, haciendo antes algunas breves observaciones acerca de la *contra escritura*, porque éstas, tanto pueden consistir en documentos privados como en documentos públicos. Por esta razón nos ha parecido que este era el lugar oportuno para hablar de ellas, y como por otra parte se relacionan tanto con las escrituras públicas y solemnes, en cuanto pueden destruir la eficacia de éstas, creemos que está naturalmente indicado, para que lo relativo á las escrituras públicas quedara completo, hablar de las contraescrituras á continuación de ellas.

Siendo esto así, dos son las cuestiones que desde luego se ofrecen á nuestra consideración: 1.ª ¿Puede admitirse legalmente la existencia de una contraescritura como prueba de hechos ó convenciones que destruyan ó modifiquen lo que se ha pactado en una escritura pública? 2.ª ¿qué requisitos deberá tener la contraescritura para que haga prueba, caso de que la ley admita su existencia?

Vamos á resolver estas cuestiones teniendo presente que cuando se trata de instrumentos públicos hay que tener en cuenta los derechos de las partes que en ella intervienen, no menos que los de terceras personas extrañas á las mismas convenciones.

El Código de Procedimientos civiles, al hablar de los instrumentos públicos, no contiene ningún texto expreso que autorice el otorga-

miento de las contraescrituras, cuya existencia legal estaba reconocida en el Proyecto de Código civil español (artículo 1214) y en el de Veracruz de 1869, en el artículo relativo concebido en estos términos: *Los documentos privados hechos por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, sólo producen su efecto contra los mismos contrayentes, pero no contra terceros.* Como se ve, en este precepto se supone la existencia de las contraescrituras, extendidas en documento privado, y se les atribuye algún efecto entre los contrayentes.

En la jurisprudencia francesa también se admiten. El art. 1321 del Código de Napoleón, las autoriza expresamente, pues como dice Bonnier, si bien todo género de simulación debe reprobarse de una manera absoluta, puede haber casos en que no sea censurable el uso de tales medios. El que trata de salvar sus bienes, de caer en manos de un enemigo injusto, que armado de la fuerza pública le quiere privar de ellos, como ha sucedido algunas veces en nuestras guerras civiles, seguramente que no merece ser vituperado (1).

(1) Este caso se ha dado entre nosotros con motivo de las leyes de infidencia.

Bonnier, al tratar de la fe que merecen las contra escrituras, cita las siguientes palabras de Plinio: El Joven (lib. V, cap. 1.º) á quien se proponía un arreglo de esta naturaleza. *Respondebam, non convenire*

El Código de Procedimientos civiles de Veracruz, en su artículo 519, dice que no se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente ó contraria al contenido de los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes de ser otorgado ó después de él, etc.

En el del Distrito no se contiene esa prescripción, mas sea como fuere, puede creerse que la existencia de las contraescrituras no está prohibida, siempre que llenen los demás requisitos que deben tener, sea como instrumentos públicos ó como instrumentos privados, puesto que todo lo que no está expresamente prohibido por la ley, debe tenerse como permitido.

Las contraescrituras, pues, tendrán una existencia legal y se regirán por los principios comunes en cuanto á los efectos que produzcan. No debe confundirse el caso de existencia de una contraescritura con el de falsificación, porque en ésta se da por existente lo que no ha existido, faltándose á la verdad, ni con la simulación á cuyo género, sin embargo, pertenecen, porque ésta casi siempre es fraudulenta, y la contraescritura puede no serlo. El objeto de la simulación es de ordina-

---

moribus meis, aliud palam aliud agere secreto. (Lib. 2.º, sec. 1.ª, división 1.ª, punto 2.º par. 2.º)

rio engañar, inducir á error; el de la contraescritura puede ser simplemente el mantener secreto un contrato cuya noticia pudiera perjudicar á los interesados, sin que se lastime interés alguno legítimo de terceras personas. Creemos que sólo bajo este concepto pueden tenerse como autorizadas por las leyes.

A este género de documentos pueden reducirse las protestas que suelen levantarse ante Notario y con el carácter de reservadas, y que un individuo se ve en la necesidad de hacer, cuando por motivos á que no ha podido resistir, se le obliga á prestar un consentimiento que no ha sido sincero en alguno de los actos de la vida civil.

Admitida, pues, la existencia legal de este género de documentos, nada debemos añadir respecto á su eficacia probatoria, porque ésta se graduará según las reglas generales, esto es, que la contraescritura podrá ó no ser eficaz, como medio de prueba, según que la parte contra quien se produzca la acepte ó no, y según los medios que se empleen para demostrar sn autenticidad, siempre que otros preceptos legales no se opongan á ello.

Los jurisconsultos franceses, comentando el artículo del Código Napoleón, en que se reconoció la existencia legal de lo que ellos llaman *contre lettres*, dicen que sólo producen efectos contra los contratantes y no contra ter-

ceras personas, y advierten que se trata de los efectos jurídicos y no de la fuerza probatoria, la cual se regula por los principios generales.

De la misma opinión es Ricci, quien refiriéndose al artículo 1319 del Código Civil Italiano, se expresa en estos términos: «¿Cuál es el efecto de que habla el Legislador en la disposición citada?

«¿Alude á la fuerza probatoria de las contra declaraciones privadas, ó bien á la eficacia jurídica de las mismas?

«Parece, continúa diciendo, que el Legislador ha querido referirse á estas últimas. En efecto, el artículo citado no dice que las contra declaraciones hacen prueba sólo entre las partes y sus sucesores á título universal: dice que no *tienen efecto más que entre éstas.* Por tanto, el efecto á que se alude no puede ser otro que la eficacia jurídica de lo que en las contra declaraciones se contiene» (1).

El mismo autor se ocupa después en contestar la objeción que pudieran hacerse diciendo que supuesto que lo que otros hacen no puede perjudicarnos, sería inútil la declaración de la ley. Es cierto; pero como después veremos, el

(1) Lo mismo dice Laurent por las palabras siguientes: «El artículo 1391 dice que las contraescrituras, no producirán efecto contra terceros. ¿Cuál es el sentido de estas palabras? Ellas no se refieren á la fuerza probatoria del documento.

tercero sí puede invocar en su favor lo que consta en una contraescritura.

En cuanto á lo que le perjudique, no sucede lo mismo. Siendo tal el significado del artículo que examinamos, continúa diciendo Ricci, resulta que respecto del tercero la simulación contenida en el documento público tiene mayor eficacia que la verdad resultante de la contra declaración. ¿Por qué? Porque no es lícito á nadie sorprender la buena fe de otro.

Si tal es la inteligencia de la ley, ocurre preguntar: ¿qué debe entenderse en el caso por terceras personas?

Un comentador del Código civil francés contesta á esta pregunta por medio de las siguientes palabras: (1)

«La contraescritura, dice, no se puede oponer á un tercero. Pero ¿qué se entiende por tercero?»

«En los instrumentos públicos se tienen como terceros, los que han adquirido de una de las partes y *anteriormente* á la convención relatada en el instrumento, sea la cosa misma que ha sido el objeto de la convención, sea un derecho sobre esta cosa, como por ejemplo, una servidumbre, una hipoteca: causahabientes son los que posteriormente á la misma época han adquirido derechos sobre la cosa que ha

(1) Mourlon, Comentario del art. 1321.

sido objeto de la convención á que el instrumento se refiere.»

«En materia de contraescrituras, la palabra tercero tiene un sentido más amplio; comprende aun á los que han contratado con uno ú otro de los contrayentes *posteriormente* á la operación que se ha relatado en el acto ostensible y que ha sido desmentida en la contraescritura. Así á los terceros á quienes ésta no puede oponerse, son precisamente los causahabientes. Pero debe tenerse presente que no se trata aquí más que de los causahabientes particulares, porque la contraescritura produce sus efectos contra las partes y sus herederos ó sucesores universales.»

En vista de tal principio, no estará de más el preguntar si los terceros á quienes no puede perjudicar una contraescritura podrán aprovecharse de ella. La respuesta afirmativa no es dudosa, dicen los comentadores del Código Napoleón (1). Por ejemplo, un acto ostensible dice que la venta de un terreno se hizo en 1,000 francos, y un acto secreto eleva el precio de la venta á 1,500: los terceros, esto es, los representantes, aun á título singular del vendedor, podrían, sin duda alguna, exigir el

(1) Véase á Boiteaux y á Mourlon en los comentarios del art. 1321.

pago de esta última suma, porque tienen los mismos derechos que su autor.

En la jurisprudencia francesa se trata también de las contraescrituras, hechas con el objeto de defraudar los derechos fiscales, caso que también puede ocurrrir entre nosotros. Creemos, sin embargo, que no debemos hablar de él en lo particular, ya porque pertenece al derecho fiscal, y ya también porque tratándose de una verdadera simulación, los casos de esta naturaleza que ocurran deben resolverse conforme á los principios generales del derecho.

2.º—*De los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargos públicos, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.*—Aunque poco, algo tenemos que decir acerca de esta clase de documentos. La primera dificultad que ocurre al leer el texto legal es la falta de una definición técnica de la palabra funcionario. Esta palabra que no cuenta un antiguo abolengo en la lengua castellana, se considera como sinónima de empleado, en el lenguaje vulgar, según el Diccionario de la Academia Española.

En el tecnicismo jurídico no puede tener tal significación, puesto que en el Código penal se establecen notables diferencias entre las faltas y delitos cometidos por los funcionarios y las que pueden cometer los empleados públicos.

Forzoso será por lo mismo detenernos un momento á investigar el significado jurídico de esta palabra.

Nada hemos encontrado entre los prácticos españoles que determine de una manera exacta el carácter distintivo entre los funcionarios y los empleados, y la misma vaguedad nos parece que existe en la jurisprudencia francesa. Los comentadores del Código civil, refiriéndose al art. 1317, comprenden bajo el nombre de *oficiales públicos*, sólo á los *Notarios*, porque son los encargados de instrumentar, requisito que la ley exige para que sus actos tengan el carácter de auténticos (entre nosotros instrumentos públicos). Dalloz dice que, en general, se llama *funcionario público* el individuo que ejerce autoridad pública, es decir, que concurre de una manera cualquiera, y en una esfera más ó menos elevada, á la gestión de la cosa pública; pero añade después que en su aplicación, la palabra funcionario tiene una significación más limitada, que en el lenguaje de la ley tal denominación no se aplica siempre á las mismas personas, y que sólo atendiendo á las circunstancias en cada caso particular, y según el espíritu de la ley, se podrá saber á quién puede atribuirse ese carácter.

Faustin Hélie, comentando el Código penal francés, en el cual se habla de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, da la si-

guiente definición, tomada de una sentencia del Tribunal Supremo, aunque con relación al Derecho penal: «por funcionarios públicos se entiende todo individuo que bajo cualquiera denominación ha sido investido de un mandato relativo á un interés de orden público, y que bajo este título está sometido á la autoridad del Gobierno».

En vista de esta vaguedad, teniendo en cuenta la enunciación que el primero de los autores citados hace de los que, según la jurisprudencia francesa, se tienen como funcionarios públicos, y lo que dispone la legislación penal, refiriéndose á los delitos que pueden cometer los funcionarios y los empleados públicos, creemos que bajo la denominación de funcionarios públicos deben comprenderse. 1.° Los escribanos á quienes la ley da expresamente ese carácter, dividiéndolos en Actuarios y Notarios. 2.° Los individuos que forman los altos poderes de la Federación y del Estado nombrados popularmente. 3° Los que ejercen alguna autoridad aun cuando sea limitada, como los Jefes Políticos, Concejales, etc. 4.° Los empleados de alta categoría, aunque su nombramiento no sea popular ni ejerzan autoridad, como el Secretario de Gobierno y Tesorero General del Estado, y por último, los Jefes de Oficina bajo cuya responsabilidad se encuentran los archivados de las mismas y que son los únicos que están au-

torizados para servirse del sello de la misma en los documentos que extiendan (1).

No creyendo que pueda haber duda acerca de las personas que hemos nombrado primeramente, sólo respecto de los Jefes de Oficina haremos alguna explicación.

Podría, en efecto, ponerse en duda si un Administrador de Rentas es un funcionario público ó un simple empleado. En nuestro concepto, la razón que hay para atribuirle el primero de estos caracteres, es que él es el único que puede servirse del sello de la Oficina. Si lo que imprime el carácter público á un documento que procede de una oficina del Gobierno, es el sello, mediante el cual, el documento se considera auténtico, hay razón para creer que fuera de los otros individuos á quienes hemos enumerado, sólo la persona que puede servirse legalmente de éste, es funcionario público en el sentido del artículo que venimos explicando. El Contador de la Tesorería Ge-

(1) Es de notarse que el art. 875 del Código Penal del Estado de Veracruz sólo considera como funcionarios públicos para el efecto de imponer una pena especial, al Gobernador del Estado, al Secretario de Gobierno, á los Diputados, Magistrados, Jefes Políticos y Jueces de 1.ª instancia. Pueden verse los arts. 909 y 910 del C. P. del D. F.

En cuanto á los Notarios, véase la ley del Notariado del Distrito Federal de 19 de Diciembre de 1901 y la del Estado de Veracruz de 29 de Septiembre de 1902.

neral, por ejemplo, puede tener en el orden administrativo una categoría superior á la de un Recaudador de Rentas; pero como no es él, sino el Tesorero, quien debe usar el sello de la Oficina, como jefe de ella, será, en nuestro concepto, un empleado y no un funcionario público.

La segunda observación que tenemos qne hacer es que el documento se refiera al ejercicio de las funciones de quien le ha expedido. Este requisito es indispensable, pues aun tratándose de los Notarios, sólo merecen fé cuando, dentro de los límites que la ley les señala, ejercen las funciones propias de su oficio. En los demás casos obran como simples particulares.

Pero ¿cuáles son estas funciones? Según el artículo 1.º de la Ley del Estado de Veracruz, tal parece que sólo se reduce á legalizar los actos y diligencias judiciales, (Escribano actuario) ó á autorizar los actos y contratos á que las partes quieren dar el carácter de autenticidad (Notario).

En esta última clase debemos comprender no sólo las escrituras, sino las certificaciones de hechos que á una parte interesa hacer constar, como la entrega de un documento, etc.

Lo creemos así, porque ella ha sido una función legalmente ejercida por los escribanos, según nuestra legislación antigua, y porque

la ley usa de la palabra *acta*, que evidentemente no está usada, como sinónimo de contrato (1).

La última observación que tenemos que hacer es relativa á las certificaciones que suelen librar los profesores de alguna ciencia, como médicos, abogados, etc.: Los Sres. Manresa y Reus, comentando el artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento española, igual al nuestro, opinan que es dudoso si tales documentos están comprendidos en el texto de la ley, decidiéndose por la afirmativa. Nosotros creemos que en lo general, no tienen ese carácter, pero que podrían tenerlo, cuando los profesores de quienes se trata están encargados de expedir esa clase de documentos con relación á algún servicio público. Así, en nuestro concepto, un certificado de un médico, haciendo constar que un individuo padece tal ó cual enfermedad, no es un documento público; pero si es el médico encargado por el Gobierno para reconocer á los individuos consignados al servicio militar, y expide un certificado de enfermedad, como motivo de excepción, deberá tal documento considerarse como un instrumento público, de acuerdo con el artículo del Código de que venimos hablando.

(1) Véase la ley 3.ª, tit. 18, lib. 1.º del Fuero Real y 16, tit. 15, lib. 7.º y 3.º, tit. 23, lib. 10 de la Nov. Recopilación.

La razón para establecer esta diferencia se encuentra en los arts. 693 y 694 del Código Penal del Estado que establece una pena mayor en este último caso.

3.º—*Los documentos auténticos, libros de actas, etc., que se encuentran en los archivos públicos, etc.*—Es requisito indispensable según este artículo, que el acta, estatuto ó registro se encuentre en un archivo público, y en vista de tal precepto nos ocurre preguntar, ¿qué carácter deberá atribuirse á las actas asentadas en los libros que llevan los Consejos de administración de las sociedades anónimas, mutualistas, etc.? Evidentemente no tienen el carácter de documentos públicos, y como no están comprendidas en la contabilidad de las mismas compañías, de cuya eficacia probatoria habla el Código de Comercio, resulta que, caso de una contienda judicial, lo que aparezca asentado como acuerdo de un Consejo administrativo no tendrá más fé que la que merezca el dicho de los que firman el acta, previo el reconocimiento de sus firmas. Como puede llegar el caso de que se aduzca como prueba un libro antiguo y los que firmaron el acta pueden haber dejado de existir, no dejará esto de ofrecer algunas dificultades. Pero la ley, no ha querido, seguramente, dar carácter de documentos públicos á actas y asientos que no estén bajo su custodia en los archivos públicos

(1), por más que estén libres de los errores que se les supongan.

4.º—*Las certificaciones de los los libros parroquiales si se refieren á actos anteriores al establecimiento del registro civil, previo el cotejo correspondiente.* Acerca de este particular, debemos advertir que por decreto del Concilio de Trento se mandó que en cada parroquia, se llevara un libro en el cual los curas párrocos debían asentar los nombres de los bautizados, de sus padres y padrinos, con expresión, del día, mes y año, etc. Estas actas se tenían antes de la separación del Estado y de la Iglesia, como suficientes para hacer constar los actos de la vida civil, pues se decía que el Estado, por la importancia de tales actos, los había confiado á la autoridad eclesiástica, depositando en ella toda su confianza. Sin embargo, no faltaban jurisconsultos españoles y entre ellos algunos canonistas (2) que negasen fé á las partidas extendidas por los párrocos, en atención á que éstos no podrían certificar la verdad de la declaración hecha ante ellos, sino sólo el hecho de haberse dicho que el niño

(1) El art. 33 del Código de Comercio, impone á las sociedades anónimas, la obligación de llevar un libro de actas, para sentar en él sus acuerdos, pero no dice qué fé merece.

(2) Escriche cita á Castillo, Elizondo, Van-Espen y al Cardenal de Luca.

bautizado, por ejemplo, era hijo de tal individuo. En las partidas de bautismo y de defunción no firmaban las personas que con el carácter de testigos afirmaban la verdad de la declaración hecha, como sucede en los actos del registro civil.

5.º—*Las certificaciones de nacimiento, etc., expedidas con arreglo á las prevenciones del Código, por los encargados del registro.*—Toca al Código civil y no al de Procedimientos, determinar la forma en que deben llevarse los libros destinados á hacer constar las actas que se levanten relativas al estado civil de las personas, así como al Código penal señalar las penas que merezcan los individuos á quienes la ley ha encomendado esas funciones, si incurren en el delito de falsedad. Aquí sólo haremos notar que la ley ha dado tanta importancia á dichas actas, que expresamente ha declarado que ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar el estado civil de las personas, salvo en determinados casos (1), y en cuanto á los funcionarios que los autorizan, les ha llamado Jueces del Estado Civil, como para realzar su importancia, á diferencia de lo que acontece con los encargados del Registro público, á quienes no obstante

(1) Art. 46. Código Civil D. F. y 43 C. C. de Veracruz.

la trascendencia de las funciones que desempeñan, les ha llamado Tenedores, ó Encargagados del registro.

Claro está que las actas del registro sólo hacen fé respeto del acto que debe ser consignado en ellas, siendo de advertir que la ley no solamente les rehusa crédito en lo demás, sino que añade que cualquiera otra cosa que á ellos se agregue, se tendrá por no puesta (1).

6.—°*Las actuaciones judiciales de toda especie.*—Nada encontramos en los modernos comentadores de la Ley Enjuiciamiento española, cuyo artículo 280, en su última fracción, es igual al del Código que venimos estudiando, que nos dé á conocer su alcance y la aplicación que deba dársele. Según sus términos, parece que todas las actuaciones judiciales constituyen documentos públicos, aunque sean pertenecientes á un proceso criminal, lo que no parece muy seguro según la doctrina que enseñan los jurisconsultos franceses (2). Debemos, sin embargo, advertir, que el carácter de instrumento público que la ley atribuye á las actuaciones judiciales no las constituye en prueba eficaz de la verdad de lo que en ellas se ha hecho constar, sino tan sólo

(1) Art. 64. Código de Comercio D. F. y 62 C. de C. de V.

(2) Véase á Dalloz verbo Prueba, tomo 36, N.° 69, pág. 888.

de la realidad de ellas, ó en otros términos, serán prueba de la realidad de un hecho, mas no de la sinceridad de lo que en ellas se ha dicho. Así será verdad que un individuo, llevado ante el Juez, declaró tal cosa, pero la verdad de los hechos declarados, será calificada por un Juez con independencia del otro. Si lo que se pretende es que lo que un Juez ha juzgado bastante para condenar ó absolver á un individuo, lo sea igualmente en otro juicio civil ó criminal, procediendo contra el mismo individuo, entonces la cuestión no versa sobre el carácter probatorio de las actuaciones judiciales, sino sobre las excepciones que pueden nacer de la cosa juzgada, materia ajena á este Tratado.

Para concluir esta materia, sólo añadiremos que refiriéndose á los documentos públicos, últimamente enumerados, la ley previene que siempre que un litigante pida copia de todo ó de parte de un documento que obre en los archivos públicos, su adversario podrá pedir que se adicione á su costa, con lo que estime conducente, del mismo documento. Esto nos persuade de que con razón dijimos que no se debe omitir en este caso la citación de la parte contraria, no obstante lo prevenido en los artículos citados.

CAPITULO VII

De los documentos privados.

Algunos comentadores han criticado la manera como están designados estos documentos en el Código Civil Francés Des'actes sous seing privé, se dice en él, y no en todos los documentos de esta clase se encuentra la firma de los interesados, como veremos después. Mourlon opina que el Código debió decir: de los documentos privados, que es el nombre que se ha adoptado en Código posteriores.

Por insignificante que parezca esta observación, ha sido, sin embargo, útil, porque en la clasificación que de los documentos privados vamos á hacer, de acuerdo con lo que establecen las doctrinas de la Jurisprudencia y el Código Civil de Veracruz, de 1869, se comprenden algunos que, aunque no estén firmados, constituyen una prueba más ó menos perfecta. Antes que todo, conviene hacer algunas observaciones generales acerca del verdadero carácter de esta clase de documentos. El art. 442 C. P. c. D. F. (455 C. P. c. V.) después de enumerar los requisitos que deben tener los instrumentos públicos, dice que documento privado es el que carece de tales requisitos. Conforme á es-

ta definición, diremos que documento privado es el que se otorga entre los particulares, sin la concurrencia de ningún funcionario público y ningún género de solemnidades.

Sin perjuicio de señalar después las diferencias que técnicamente existen entre los documentos públicos y los documentos privados, advertiremos desde luego que estudiando unos y otros en el punto de vista puramente racional, no es solamente la autenticidad que tienen aquéllos, y de la cual éstos carecen, lo que los distingue. Esta diferencia es tan notable que se advierte á primera vista. Un documento público es otorgado ante un funcionario instituído por la ley para dar fe de determinados actos, y se encuentra, además, revestido de todas las solemnidades que la ley exige para su validez. No sucede lo mismo con un documento privado. Este, mediante su reconocimiento, podrá adquirir el carácter de autenticidad de que antes carecía, pero ¿inspirará por eso la misma confianza que un documento público?

Creemos que no, porque las circunstancias en que en uno y otro se redactan no son las mismas. Al otorgamiento de un instrumento público preceden de ordinario varias deliberaciones, su redacción misma se sujeta á enmiendas y correcciones previas que tienen por objeto no dar á las convenciones que en él se contienen mayor alcance que el que las partes han

querido darles. Los documentos privados se otorgan de una manera muy diferente. En los documentos privados, bajo cuya denominación, como veremos después, se comprenden aun las cartas misivas, escritas muchas ocasiones en momentos de irreflexión, otras veces con un objeto diverso de aquel para el que después se quieren hacer valer, las cosas pasan de diferente manera, y esto disminuye notablemente la confianza que merecen.

De estas sencillas observaciones se deduce no sólo la inferioridad de los documentos privados respecto de los documentos públicos, inferioridad que la ley reconoce, sino también que un documento privado, una vez admitida su autenticidad, inspirará mayor ó menor confianza, como medio probatorio, según que se acerque, por decirlo así, más ó menos á los instrumentos públicos; esto es, según que hayan tenido por objeto hacer constar un contrato sinalagmático ó unilateral, extinguir una obligación anteriormente existente, ó simplemente referir algún hecho que pueda ser materia de una controversia judicial. En nuestra opinión, y sin tener todavía en cuenta los preceptos de la ley positiva, considerando los documentos privados en el punto de vista puramente racional, podrían representarse por medio de una escala descendente, según que se van apartando más y más

de los caracteres propios de los documentos públicos.

Esto nos conduce á tratar en este capítulo de dichos documentos, conforme á los principios que la ley establece y que la jurisprudencia ha sancionado dividiéndolos en dos clases: primero los que aparecen autorizados con la firma de las personas que en ellos han intervenido, y después los que carecen de esta solemnidad, señalando al mismo tiempo las diferencias que existen entre los documentos públicos y los privados, conforme á los preceptos de la ley civil (1).

Los documentos de la primera clase pueden á su vez subdivirse en tres clases, según que han

(1) Art. 535. C. C. de V. de 1869. Las principales especies de instrumentos privados son:

I. El *quirógrafo*, que significa más particularmente, el papel en que un deudor confiesa la deuda ú obligación que ha contraído. En general se llama así también todo escrito privado, firmado por cualquiera persona.

II. El *apoca*, que es el papel ó resguardo que da el acreedor á su deudor, confesando haber recibido de él la cantidad ó cosa que le debía. Llámase igualmente este instrumento, recibo, carta de pago y finiquito.

III. El *antapoca*, que es el papel que el deudor da á su acreedor, manifestando haberle pagado tanta cantidad por razón de censo, pensión ó rédito periódico ó poseer de él alguna cantidad á interés.

IV. El *síngrafa*, que es el papel o instrumento privado de un convenio firmado por ambas partes contratantes.

tenido por objeto la celebración de un contrato sinalagmático, de un contrato unilateral en el que un individuo se obliga á entregar cierta suma ó cantidad de cosas de las que se pesan ó miden, ó bien hacer constar el pago ó cumplimiento de alguna obligación. Estos documentos pueden contarse entre las pruebas preconstituídas, y bajo este concepto merece mayor crédito que los de la segunda especie (1).

De cada uno hablaremos separadamente, no sin recordar antes que todos ellos necesitan ser previamente reconocidos por la persona que los firmó, sin cuyo requisito carecen de toda fe, puesto que no aparece probada su autenticidad. El art. 1322 C. C. D. F. (1174 C. C. V.) previene que todo contrato á plazo por más de seis meses y cuyo interés exceda de docientos pesos, necesita para ser válido constar precisamente por escrito, ya sea otorgándose el contrato mismo en documento privado, ya otorgándose recibo ú otra constancia escrita, salvo los casos comprendidos en disposiciones especiales.

(1) Mourlon enumera como una tercera clase de estos documnetos, aquellos en los que una persona se obliga á entregar una cosa individualmente determinada, los cuales sólo necesitan la firma del obligado; pero nosotros los hemos comprendido en la segunda división, por no haber diferencia substancial entre ellos y los demás que ésta comprende.

Siendo la firma de los interesados condición indispensable para que documentos de esta clase produzcan fe, ocurren con ocasión de este requisito varias dudas que han sido resueltas, unas por preceptos claros y terminantes de la ley, y otras por las doctrinas de la jurisprudencia.

Así, refiriéndonos al caso en que uno de los interesados ó ambos no sepan escribir, el artículo citado previene que por el que no supiere hacerlo, firme otra persona en su nombre ante dos testigos. El Código de Veracruz exije en este caso la presencia de uno de los Jueces de Paz, que certificará el hecho, al pie del mismo documento. En cuanto á las irregularidades que puede haber en la firma, Laurent suscita y resuelve varias cuestiones que pueden ofrecerse en la práctica. Tales serían, por ejemplo, las siguientes: ¿será válida una firma puesta en blanco? ¿qué se debe juzgar de las enmiendas y entrerrenglonaduras? ¿la firma puesta al margen del documento tendrá el mismo valor que la que debe ponerse al pie de él?

Cuestiones son éstas que no carecen de interés, pues siendo lo más frecuente que esta clase de documentos, por la poca cuantía de las sumas que se versan, se extiendan entre personas ignorantes, es muy común que se cometa en ellos no pocas irregularidades. Por eso

nos ha parecido oportuno indicarlas, dando en pocas palabras su solución.

El Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal, lo mismo que el que hoy rige en Veracruz, contiene pocos artículos relativos á la fuerza probatoria de los documentos privados, á diferencia de lo que pasaba en el Código de Procedimientos de Veracruz, de 1869, que descendía á particulares que es conveniente recordar aquí, por vía de doctrina. Comenzaremos por traer á la memoria la definición que este Código daba de los documentos privados, y que estaba concebida en estos términos: Instrumento privado es el acto ó escrito hecho por las partes contratantes para constancia de la obligación contraída, verifíquese ó no ante testigos. Como se ve, esta definición, aunque más amplia que la del Código vigente, no parecía comprender los documentos en que no se hace mensión de una obligación, ó se confiesa un hecho pero sólo incidentalmente, como sucede en los registros y papeles de familia de que hablaremos después (1).

(1) Los art. 555 y 557 (C. de P. D. F.) (570 y 572 C. de P. V. C.) dicen respectivamente: «Los documentos privados sólo harán prueba plena y contra su autor, cuando fuese reconocida legalmente. Los documentos simples comprobados por testigos, tendrán el valor legal, el valor legal que merecen sus testimonios recibidos conforme á la ley. El de Veracruz, dice: tendrán

Dicho Código exigía, además, que en los documentos privados que tuvieren por objeto hacer constar obligaciones recíprocas (contratos sinalagmáticos) se extenderán tantos originales, cuantas fueren las partes que tuvieren en ellas un interés distinto, expresándose en cada original el número de ejemplares expedido, sin el cual requisito no producirá fe el documento y sólo podrá servir como principio de prueba por escrito (1).

Ricci opina que no es de esencia la simultaneidad de las firmas puestas en estos documentos, porque el que firma después que el otro, por este solo hecho reconoce la verdad de los convenios y se perfecciona el contrato que estaba incompleto.

Por lo que hace á las entrerrenglonaduras y enmiendas, deben salvarse, de manera que no pueda dudarse cuál fué la intención de los contratantes; si uno de los interesados desconociese ó negase que el documento fué alterado con conocimiento y consentimiento suyo, perderá aquél todo su valor.

Finalmente, en cuanto á la firma puesta al

---

valor legal, si están autorizados por el Juez de Paz respectivo.

(1) La cuestión de los duplicados no carece de importancia, supuesto lo que se ordena en el art. 62 de la ley del timbre de 25 de Abril de 1893.

margen, Ricci opina que no debe tener valor, porque no cubre el contenido documento, y la ley usa de la palabra subscribir, que significa escribir al pie.

Este precepto fué tomado del Código civil Francés, según el cual, como enseña Mourlon, tres requisitos eran indispensables para la eficacia probatoria de un documento privado que contuviere un contrato sinalagmático. 1° Que estuviere firmado por las partes. 2.° Que se hicieran tantos ejemplares cuantas fueran las partes que intervinieran con un interés distinto, y 3.° Que en cada original se hiciera mención del número de ejemplares expedidos.

Como los Códigos actuales nada dicen sobre este particular, juzgamos inútil detenernos á discutir las diversas cuestiones que se suscitaban en la jurisprudencia francesa, con motivo de este precepto legal, cuestiones que resuelve el autor últimamente citado.

Sólo diremos que en concepto suyo no son suficientes las razones que se han dado para fundar la nulidad por falta de la mención del número de ejemplares expedido. Quizá por eso los Códigos del Distrito y el que actualmente nos rige, han suprimido estas disposiciones (1).

(1) Pueden verse en Ricci, (tít. 4.° cap. 1.°, p. p. 94) los motivos por los cuales, en el Código italiano,

Respecto de los documentos privados extendidos para hacer constar un contrato unilateral que consista en la entrega de cierta cantidad de cosas fungibles, exigía también el Código de Veracruz de 1869 ciertos requisitos que no son necesarios en los Códigos vigentes. Debía estar todo el documento escrito por el obligado, expresándose la cantidad que en él se versaba en letras y sin abreviaciones, en el cuerpo del documento (el Código le llama vale) sin el cual requisito no se podría admitir otra prueba de la obligación más que la confesión judicial. Esta disposición tuvo también su origen en la jurisprudencia francesa, pues el Código Napoleón requería que en estos casos el documento fuese escrito todo de puño y letra del deudor, y que en caso de que no pudiese hacerlo pusiese como antefirma la fórmula *bueno y aprobado* por la cantidad de tal (con letra). La falta de este requisito implicaba la nulidad del documento, acerca de lo cual se suscitaban varias dudas que no mencionaremos porque tal caso no puede ocurrir entre nosotros.

Los documentos de la tercera clase son los que llamamos vulgarmente recibos, y el Código de 1869 los llamaba *apoca* ó carta de pago.

Estos documentos, cuando tienen por objeto

no se admitió la nulidad por falta de mención de los duplicados.

servir de prueba del último pago de una cantidad que ha debido satisfacerse en partidas parciales, y por consiguiente la extinción completa de una obligación, reciben el nombre de finiquitos. Tal palabra designa con especialidad al recibo que se da al que ha tenido la administración de algunos bienes y tiene por objeto asegurarle contra toda reclamación futura. En la legislación antigua española había disposiciones acerca de esta clase de documentos, según se deduce de las siguientes palabras que copiamos de Escriche:

«El administrador que ha rendido sus cuentas y ha pagado el alcance, tiene derecho para obligar al dueño del negocio á que le dé el correspondiente finiquito, por razón de ellas. El finiquito produce liberación á favor de la persona á quien se da, de suerte que ya no se le podrá pedir cosa alguna por razón de las cuentas sobre que lo ha recibido (leyes 14 y 81, tit. 18, págs. 3.ª y 30, tít. 12, pág. 5.ª) aunque se descubra que hubo negligencia en la administración ó daño en las cosas administradas, por culpa leve ó levísima, mas si se descubriere dolo, fraude ó culpa lata, error ó fraude, no bastaría el finiquito, porque éste no cubre el engaño, ni se extiende á lo oculto ó ignorado (1).

(1) Leyes 14 y 81, tít. 18, pág. 3.ª y 30, tít. 12, pág. 5.ª

Aunque según dijimos al comenzar este capítulo en el número de los documentos privados debemos comprender también los que no aparecen firmados por las personas que los han extendido como éstos se apartan, por decirlo así, algo más de los documentos públicos, puesto que no se han extendido con el objeto de hacer constar en ellos una obligación, nos parece más conforme al procedimiento claro y metódico que nos hemos propuesto seguir, hablar aquí de la fuerza probatoria de los documentos privados que hasta ahora hemos enumerado, reservándonos para el siguiente lo que tenemos que decir respecto de los libros de cuentas, apuntes y registros de familia y correspondencia epistolar y telegráfica, considerados todos estos documentos como elementos probatorios.

Refiriéndonos, pues, á los documentos de que hasta ahora hemos hablado, repetiremos lo que hemos dicho varias veces, á saber: que el documento privado hace plena fe en contra del que lo otorgó, una vez reconocida la firma que lo cubre (1).

La necesidad del reconocimiento es mani-

(1) La ley 14, tít. 18, pág. 3.ª decía: E aun decimos que si alguno face carta por su mano ó la manda facer á otro que sea contra sí mismo é pone en ella su sello, que puedan probar contra él por aquella carta si la demanda fuere por razón de aquél mismo que fizó la carta ó la mandó facer.

fiesta. El documento público, dice Ricci, lleva la firma conocida del funcionario público; así es que con sólo examinarla, se comprende que pertenece á dicho funciouario, y en este supuesto se compreude también que el documento por él autorizado no puede ser otro que un documento público. Mas tratándose de un documenlo privado ¿cómo podríamos adquirir esa certeza? Sólo mediante el reconocimiento, y por eso éste es necesario.

Según dice Mourlon en el antiguo Derecho francés, el documento privado no tenía *a priori* ninguna fuerza probatoria. Se uecesitaba un reconocimiento previo al juicio, y si no era reconocido, era necesario probar previamente su autenticidad. Mas hoy no sucede lo mismo. El que tiene un documento privado extendido á su favor, puede demandar al que aparece en él obligado, y el documento que posee, lo mismo que el documento público, tiene á su favor la presunción de verdad, si su autenticidad no se niega por aquél á quien perjudica. Así se deduce del art. 451 C. P. c. D. F. (464 C. P. c. V.) que literalmente dice: «el documento privado presentado en juicio por vía de prueba, y no objetado por la parte contraria, se tendrá por admitido y surtirá sus efectos como si hubiera sido reconocido.» En cambio, eldocumento privado prueba contra el que lo presenta, aunque

su colitigante no lo reconozca, art. 558 C. P. c. D. F. (573 C. P. c. V.)

Pero de nada serviría la eficacia atribuída á esta clase de documentos, previo su reconocimiento, si la ley no hubiera impuesto al que lo ha otorgado, la obligación de reconocerlo, á petición de su adversario. Los arts. 445 y siguientes C. P. c. D. F. (458 C. P. c. V.) así lo determinan, ordenando la manera como debe hacerse el reconocimiento.

Mas como la persona que subscribe un documento privado puede haber muerto ó desaparecido, y á ninguno se puede imponer la obligación de reconocer la realidad de un hecho en el cual no ha intervenido, conviene recordar aquí la doctrina de Mourlon, que dice: La ley establece una diferencia entre el caso en que el acto se presente al pretendido signatario y aquél en que se pretende hacerlo valer contra sus herederos. En el primero, el demandado debe negar formalmente su firma, asegurando que no es la suya, lo cual le será fácil, porque para eso se le debe poner á la vista. En el segundo el demandado no está obligado á afirmar que la firma no es del difunto á quien representa, lo que no podría hacer con seguridad, porque podría no conocerla, y basta que declare que no la conoce (1).

(1) Sólo puede reconocerse un documento privado, dice el art. 449 C. de P. del D. F. (462 C. de P. V. C.)

En vista de esta diferencia, el autor citado se propone esta objeción: si cuando se niega la firma puesta en un documento privado, el que lo presenta está obligado á probar su autenticidad, ¿de qué le servirá un documento de esta naturaleza?

Esta crítica parece justa, continúa diciendo Mourlon, pero no lo es sino en la apariencia. El documento privado es, en efecto, útil bajo dos aspectos: 1.° aquél contra el cual se presenta está obligado á negar formalmente que la firma es suya, y no es probable que la niegue por temor de la deshonra, y otras consecuencias desagradables. 2.° El tenedor de un documento privado que se halle en la imposibilidad de procurarse una prueba escrita de su sinceridad (esto es, de la verdad del hecho referido en el documento), puede probarla por todos los medios de prueba que la ley admite, al paso que si no lo tiene no puede apelar sino á la confesión del demandado (1).

El documento privado, una vez reconocido, adquiere la misma fuerza probatoria que un documento público, mas esto debe entenderse respecto de haberse extendido, no en cuanto á

por el que lo firma, el que lo mandó extender y el legítimo representante de ellos con poder ó cláusula especial.

(1) Téngase presente lo que se dispone en el art 1332 del C. Civil del Distrito 1174 C. C. V. C.

sus efectos jurídicos; así la operación que en él se hizo constar será cierta para todos; pero sus efectos sólo podrán oponerse al que lo firma, á sus herederos ó causahabientes, sean universales ó á título particular, y no á las terceras personas.

Mourlon explica lo que debe entenderse por unos y otros, en estos términos: Ya sabemos lo que son los herederos ó causahabientes universales; en cuanto á los que lo son particulares debe decirse que lo son los compradores, donatarios, etc.; pero debe tenerse presente que han de haber adquirido esos derechos *posteriormente* á la convención que está relatada en el documento; todos ellos están obligados á respetar la convención contenida en el documento y á sufrir sus efectos.

Los terceros, por el contrario, son los que eran ya causahabientes del signatario, cuando hizo la convención referida en el documento; en otros términos, los que le han sucedido *anteriormente* á la convención que en el documento consta: estos sucesores no están obligados á respetar la convención.

Mourlon ilustra esta doctrina con un ejemplo que no creemos necesario transcribir en este lugar, supuesta la claridad de lo que acabamos de decir; pero como toda esta teoría descansa en el concepto de que la convención contenida en un documento privado sea ante-

rior ó posterior á la transmisión de los derechos del signatario, surje naturalmente esta cuestión: ¿cuándo podrá decirse que los causahabientes del obligado le han sucedido antes y cuándo después de la convención?

Aquí la fecha del documento no es bastante para resolver la duda, porque si la ley la admitiese en perjuicio de los terceros, abriría la puerta á multitud de fraudes, siendo, como es, tan fácil, antedatar un documento privado.

No debiendo, pues, atenernos á la fecha del documento para el efecto de tener ésta como cierta, con relación á terceras personas que en él no han intervenido, la cuestión se puede generalizar en los términos siguientes: ¿Cuándo se hace cierta la fecha de un documento privado?

El Código de Procedimientos civiles vigente nada dice sobre el particular; así es que tenemos que ocurrir para contestar á esta pregunta á los Códigos de Veracruz de 1869, y á las doctrinas de la jurisprudencia.

El artículo 1604 del civil de Veracruz decía literalmente así: La fecha de un instrumento privado no es cierta respecto de un tercero, sino desde el día en que se ha incorporado en un registro público, desde el día de la muerte de uno de los que lo han firmado, desde el día en que ha sido escrito ó inventariado por un escribano ó empleado público, procediendo por

razón de su oficio, ó desde el día en que el tercero, á quien se opone el instrumento, ha reconocido su existencia por escrito (1).

Los motivos en que se funda esta disposición, son fáciles de comprender. Todos los casos comprendidos en él, suponen la imposibilidad, ó á lo menos, la dificultad de antedatar el documento; así es que sólo haremos acerca de ellos ligeras explicaciones.

Con motivo del primer caso de excepción, que es cuando el documento privado se ha inscrito en el registro público, se suscitaban en la jurisprudencia francesa algunas dudas que entre nosotros no pueden existir, á lo menos respecto de los documentos que se refieren á los derechos reales, los cuales no hacen fe contra tercero, sino desde la fecha de su inscripción en el registro público. Conforme al art. 2761 del Código civil de Veracruz, la venta de un inmueble cuyo valor no exceda de ($200.00) doscientos pesos, puede hacerse en documento privado subscrito por el vendedor y dos testigos, y conforme al 3054 del mismo Código, esos documentos están sujetos á inspección. No puede, pues, caber ninguna duda, acerca de cuándo se hace cierta la fecha de un documento de esta especie.

Tampoco parece ser dudoso que la muerte

(1) Comentario al art. 1328 del C. Civil Francés.

de uno de los testigos haga cierta la fecha del documento. Así lo resuelve Laurent, que hace notar que las palabras de la ley son claras *desde el día de la muerte de uno de los que han firmado.* El espíritu de la ley, dice, es evidente: lo que quiere es que haya un hecho que haga cierta la fecha. Ahora bien, la muerte de cualquiera de los signatarios la hace cierta, desde el día en que la muerte aconteció, sea un testigo de los que firman el que muere ó una parte contratante, ó el oficial público (1).

No encontramos bastante claro el tercer caso de excepción: «desde el día en que ha sido escrito ó inventariado por un escribano ó empleado público, por razón de su oficio,» dice el artículo del Código de que venimos hablando. Estos términos son muy vagos. En el Código francés se dice: «desde el día en que su substancia se ha hecho constar en acta autorizada por un oficial público (Notario, etc.),» y con este motivo los comentadores decían que no era bastante que se hiciera una simple mención del documento, porque una cosa es mencionar un acto y otra referir su substancia, esto es, los elementos substanciales del acto, las partes

(1) Rogron, comentando este artículo propone esta cuestión: ¿qué debería decirse si uno de los firmantes hubiese perdido los dos brazos? ¿Se tendrá como fecha cierta la de la pérdida? Rogron, Código civil francés explicado por sus motivos.

que en él han intervenido, la materia sobre que recae y las cláusulas y disposiciones que lo distinguen de cualquiera otro acto.

El último caso de excepción no ofrece dificultad, así es que nada diremos respecto de él, advirtiendo solamente que en Laurent se encontrarán resueltas algunas otras dudas que pueden ocurrir y que nosotros no mencionaremos en obsequio de la brevedad. Según este comentador, el art. 1328 de Código francés, es restrictivo y no debe aplicarse sino á los casos en él especificados (1).

Más difícil de resolver parece la duda que se propone el mismo autor, preguntando si el artículo 1328, francés, igual, como hemos visto, al del Código de 1869, se aplicará á los simples recibos. He aquí en qué términos propone la cuestión: «Os pago, dice, hoy 15 de Marzo, la suma de ($10,000) diez mil pesos, que os

(1) También, Ricci, discute ampliamente todas estas cuestiones en el cap. 3.°, tít. 4.° de su obra tantas veces citada, y son notables las ejecutorias que cita para comprobar sus doctrinas, entre otras, una que pronunció el Tribunal de Casación de Nápoles el 11 de Junio de 1863, declarando que el fisco, como sucesor de una comunidad religiosa extinguida, no debía considerarse como tercero para el efecto de cumplir las obligaciones consignadas en un documento privado extendido antes de la extinción de la comunidad, siempre que se probare con testigos la certidumbre de la fecha.

debo y me dais un recibo que no hago registrar. Después cedéis á un tercero el crédito que os he pagado, ó vuestros acreedores se apoderan de él, ¿podría yo oponer el recibo á uno ó á los otros?»

Ciertamente, si no se consultara más que el artículo 1328, la negativa no sería dudosa, porque la ley no distingue entre los actos que enuncian obligaciones y las que enuncian pagos. Sin embargo, está generalmente admitido y la jurisprudencia decide diariamente que dicho artículo no se aplica á los recibos, es decir, que esta clase de documentos pueden oponerse á un tercero aunque no estén registrados. La razón es porque la inscripción de los recibos sería molesta y dispendiosa.

Entre nosotros habría otras razones más poderosas y son: que los recibos no se incriben á no ser que se refieran á hipotecas, y también que la cesión de un crédito debe hacerse saber al deudor para que surta efectos la cesión, según los principios generales de la jurisprudencia (1).

Finalmente, para concluir este capítulo, com-

(1) En el Código civil de Veracruz de 1869, había un artículo expreso sobre este particular (1882) que le omitió, seguramente, por no creerse necesario en el vigente. También Ricci, resuelve esta cuestión, y cita varias ejecutorias.

pletaremos nuestro estudio transcribiendo las siguientes palabras que copiamos de Mourlon:

«Las diferencias que existen entre los documentos públicos y los privados, considerados jurídicamente, son las siguientes, dice este autor:

Primero. Cuando se pone en duda la autenticidad de un documento público, el que lo invoca no está obligado á probar la sinceridad de él, (esto es, la realidad de la convención en él consignado). Al que lo impugna toca probar su falsedad: lo contrario sucede en el documento privado.

La segunda diferencia consiste en que un documento público hace fe contra terceras personas, en cuanto á la fecha en que se otorgó, y un documento privado sólo desde el día en que la fecha se hizo cierta, según lo hemos explicado anteriormente.»

La razón de estas diferencias es fácil de alcanzar, y queda suficientemente explicada por todo lo que hemos dicho en el presente capítulo.

CAPITULO VIII

De los documentos privados.

(Continúa.)

Dijimos en el capítulo que antecede, que los documentos privados podían dividirse en dos clases: unos que han sido otorgados con el objeto de hacer constar una obligación (contratos sinalagmaticos y unilaterales) ó extinguir una obligación existente (recibos y finiquitos); los cuales son firmados por los otorgantes y se acercan más á los documentos públicos; y otros que no tienen la firma de las personas que los extienden, ó que si la tienen, no han sido escritos con el objeto de que constituyeran una prueba, y que deben enumerarse entre las pruebas que Bentham llama casuales.

Hemos hablado ya de los primeros, considerándolos como prueba preconstituída; ahora nos corresponde tratar de los segundos, dividiéndolos en tres clases, que son: apuntes y libros de cuentas, registros de familia y cartas misivas y correspondencia telegráfica.

Sabido es que el Código de Comercio determina la fé que debe darse á los libros de los comerciantes, y en lo general á los documen-

tos privados otorgados entre los que ejercen el comercio (1). Por este motivo sólo trataremos aquí de este género de pruebas cuando hay que juzgar de su eficacia conforme al derecho común, diciendo, sin embargo, lo que sea necesario para hacer notar las diferencias que existen en este punto de vista, entre los apuntes de los comerciantes y de los que no ejercen el comercio.

Los apuntes puestos en los libros, dice Mour-

(1) El artículo 1295 del Código de Comercio, dice así:

Para graduar la fuerza obligatoria de los libros de los comerciantes, se observarán las reglas siguientes:

I. Los libros de los comerciantes probarán contra ellos, sin admitirles prueba en contrario; pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favofavorables y desechar los que le perjudiquen, sino que habiendo aceptado este medio de prueba, quedará sujeto al resultado que arrojen en su conjunto, tomando en igual consideración todos los asientos relativos á la cuestión litigiosa.

II. Si en los asientos de los libros llevados por dos comerciantes no hubiere conformidad y los del uno se hubieren llevado con todas las formalidades expresadas en este Código, y lo del otro adolecieren de cualquier defecto ó carecieren de los requisitos exigidos por el mismo Código, los asientos de los libros en regla harán fé, contra los de los defectuosos, á no demostrarse lo contrario por medio de otras pruebas admisibles en derecho.

III. Si uno de los comerciantes no presentare sus libros ó manifestare no tenerlos, harán fé contra él los

lon, hacen prueba contra el comerciante á quien pertenecen. En este punto no hay que atender á si están ó no regularmente llevados, ni tampoco á si es ó no comerciante el que los invoca. Tampoco se necesita que la enumeración que contienen esté ó no escrita de mano del propietario, porque estando en su poder los libros, existe la presunción de que todo lo que aparezca escrito en ellos, lo ha sido por su mano, ó con su consentimiento.

---

de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, á no demostrar que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor, y salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos, por otros medios admisibles en juicio.

IV. Si los libros de los comerciantes tuvieren todos los requisitos legales y fueren contradictorios el Juez ó tribunal, juzgará por las demás probanzas, calificándolos según las reglas generales del derecho.

V. Para la justificación de haber puesto un socio la parte que le toque en la compañía, se atenderá á lo dispuesto en el art. 110.

Lessona, discute ampliamente en el tomo 2.º de su obra tantas veces citada, todas las cuestiones relativas á los libros de los comerciantes. Da la razón por la cual éstos se encuentran obligados á exhibirlos, no obstante el principio general que no permite que se obligue á un individuo á presentar pruebas contra sí mismo; explica la diferencia que hay entre la *exhibición* y la *comunicación* de los libros; en cuanto á su eficacia probatoria, establece los siguientes principios fundamentales, que pueden servir de comentario á los artículos anteriormente citados del Código de Comercio.

1.º Si se trata de una sola partida asentada en los

¿Pero harán fé á favor del comerciante? Según el Derecho mercantil, debe atenderse, cuando hay oposición entre los libros de los comerciantes, á la regularidad con que aparezcan llevados; pero en el Derecho común no hay que atender á esta circunstancia. En ningún caso harán fé á favor del comerciante en contra del que no lo es, y menos todavía, cuando no se trata de una operación mercantil. La razón es muy sencilla, dice Mourlon.

---

libros, no se puede aceptar como prueba una parte y rechazar pura y simplemente la otra. Pero se podrá, considerando probado lo que resulte contra el comerciante, de sus libros, combatir con otras pruebas la parte del libro favorable al adversario.

2.° Si se trata de dos partidas distintas y que se refieren á hechos diversos, no hay indivisibilidad aun cuando ambas cuestiones caigan en la misma controversia ó se refieran á hechos anexos; entonces sí hay divisibilidad con la advertencia hecha antes.

3.° La regla de la divisibilidad vale para los litigantes y no para el Juez, quién podrá sacar de la irregularidad de los libros y de las circunstancias de la causa, un convencimiento que le induzca á dividir el contenido mismo de las partidas conexas.

4.° Todo libro de comercio tiene un fin particular y un oficio propio; por eso la fuerza probatoria de cada libro corresponde á tal fin ó á tal oficio.

Por este motivo se ha decidido rectamente, que el copiador de cartas sirve para establecer el hecho y los términos de la correspondencia; pero que no tiene fuerza para probar también la realidad de aquello que se afirma y declara, en las cartas transcritas: tal oficio pertenece al diario.

Si los libros de un comerciante alguna vez hacen fe en su favor, ó en contra de otro comerciante, es porque teniendo éste obligación de llevar su contabilidad arreglada, puede por medio de ella verificar la exactitud de los libros que se le oponen; medio de que carecen las personas que no ejercen el comercio, puesto que no están obligadas á llevar libros y que si los llevan voluntariamente, no pueden aprovecharse de ellos, porque no tienen fuerza probatoria á su favor.

Pudiera suscitarse esta otra cuestión: supuesto que los libros de los comerciantes no pueden hacer fe contra los no comerciantes, ¿podrían tomarse sus apuntes como un principio de prueba por escrito, indispensable para que se reciba la prueba testimonial según la teoría del Código de Procedimientos civiles del Estado de Veracruz (art. 518)? Evidentemente no, porque se llama principio de prueba por escrito, un documento emanado del que se obligó, y en el caso que se supone, el apunte emana del acreedor, no del deudor. Respecto de los asientos de los tenderos y vendedores al menudeo, el Código Civil de Veracruz, de 1869, contenía preceptos expresos, declarando que en ningún caso hacen fe contra un tercero, y contra el comerciante ó vendedor, sólo tendrán valor siempre que el tercero se allane á admitirlos en la parte que le fuere perjudicial.

Entendemos que la palabra tercero está usada aquí impropiamente, y que se quiso designar por ella al deudor ó al supuesto obligado. Lo mismo disponía el Código en lo general, respecto de los registros, asientos y papeles domésticos, los cuales hacen fe contra de quien los escribió, pero sólo en lo que constare escrito en ellos con claridad (1). Nos parecen, sin embargo, fundadas las siguientes observaciones que hacen algunos autores proponiendo dos casos que aunque aparentemente iguales, se resuelven de una manera diferente, según las doctrinas de la Jurisprudencia.

Entre los apuntes privados de un individuo, puede aparecer enunciada una deuda ó enunciado un pago. Cuando en mis apuntes se encuentra una nota escrita en estos términos: «Pablo me ha prestado hoy la suma de 5,000 francos,» esta nota, dicen los autores, no prueba contra mí. Por el contrario, si en mis registros pongo esta nota: «Pablo me ha pagado hoy 500 francos que me debía,» esta noticia serviría á Pablo de prueba del recibo de la cantidad debida, ó en otros términos, probará en contra mía. ¿Cuál es la razón de esta diferencia?

Mourlon la explica diciendo: cuando yo es-

(1) Art. 1605 y siguientes del C. Civil de Veracruz de 1869.

cribo en mi registro que tal individuo que me debía, me ha pagado, pueden apostarse cien contra uno, que el pago se ha efectuado realmente, y este hecho no puede haber sido destruído, porque una deuda extinguida no renace. Por el contrario, cuando hago constar en mi registro que Fulano me ha prestado tal suma, es igualmente probable que el préstamo se haya verificado, esto es, que yo haya sido deudor; pero ¿esta enunciación prueba que yo lo sea todavía? No, evidentemente, porque he podido pagar á mi acreedor, sin exigirle recibo, sea porque no existía ningún documento de la deuda, sea porque me lo entregó y yo descuidé borrar la nota que había yo escrito.

Otro caso que puede ofrecerse en la práctica, es el siguiente: Cuando un acreedor tiene en su poder un documento de crédito, y escribe en el dorso una nota firmada por él, ó á continuación de un duplicado que se halla en poder del deudor, dicha nota hará fe contra el que la ha escrito y firmado.

Tales eran las disposiciones contenidas en el Código Civil de 1869, de acuerdo con las doctrinas de la Jurisprudencia.

En uno y otro caso, se exige no sólo que la nota aparezca escrita ó cuando menos firmada por la persona á quien perjudica. Este requisito y el que el documento haya estado siempre en poder del acreedor, son indispensables en

el primer caso; y en el segundo, se necesita también que la nota haya sido escrita de mano del acreedor, y que el duplicado se encuentre en manos del deudor.

He aquí un ejemplo por medio del cual se demuestra la razón que hay para exigir que en este último caso el duplicado esté en poder del deudor. «Un arrendatario, dice Mourlon, ocurre á su arrendador, diciéndole: esta tarde os pagaré la renta vencida; aquí está el ejemplar de mi contrato, duplicado, apuntad en él el pago que os voy á hacer. El propietario contando con esta promesa, escribe en efecto, en el duplicado, el recibo. El arrendatario vuelve, efectúa el pago, y se lleva su duplicado. La nota puesta en él es la prueba del pago que acaba de efectuar.»

Cambiemos el ejemplo: «No habiendo podido el arrendatario reunir el dinero con que contaba para pagar la renta vencida, el propietario ha conservado en su poder el duplicado en el que anticipadamente había hecho mención del pago que se le había prometido, pero que no llegó á verificarse: en este caso, la mención aunque escrita de mano del propietario, nunca prueba en contra suya.»

Así cuando el duplicado del título tiene escrito el recibo correspondiente y se encuentra en poder del deudor, debe presumirse razonablemente, que el pago se efectuó en realidad,

porque si así no hubiera sido, el acreedor no lo habría entregado al deudor; por el contrario, si el duplicado ha permanecido en poder del primero, debe presumirse que el pago ha sido prometido, pero no existe la prueba de que en efecto se haya realizado.

En cuanto al primer caso de que hemos hablado, esto es, en cuanto á la necesidad de que el documento en el cual consta una obligación aparezca anotado por el acreedor, para que haga prueba contra él, la razón de ello es manifiesta. Si el documento hubiere estado en otras manos, pudo haber sido anotado por otras personas.

Los casos que hemos referido servirán de ejemplo para resolver otros, que no habiendo sido previstos exactamente por la ley, han dado ocasión al estudio de los comentadores. Las doctrinas de la Jurisprudencia nos sirven para aplicar con rectitud los preceptos de la Legislación positiva, y cuando se encuentra de acuerdo con el buen sentido y los preceptos de una crítica serena é imparcial, regla suprema, en nuestro concepto, en materia de pruebas, merecen ser tenidas en consideración por los Jueces al decidir las controversias que ante ellos se promueven.

Para terminar esta materia no creemos que esté de más copiar aquí las siguientes palabras de Ricci, que explican bastante bien lo que se

debe entender por papeles ó registros de familia:

«Los registros y los papeles privados, dice este autor, no hacen fe en favor de quien los ha escrito, porque nadie puede crearse un título ó medio legal de prueba que le sea favorable.

¿Qué se entiende, según eso, por registros y papeles privados ó domésticos? «Los particulares que no ejercen el comercio, no están obligados por la ley á tener libros ó anotaciones de ningún género (1); así es que no se puede atribuir á las expresiones usadas por el legislador una significación legal. Conviene, pues, darles aquel sentido que tienen en el uso corriente, supuesto que en la categoría de papeles privados ó domésticos, están todas aquellas hojas sueltas en que cada cuál escribe ó anota sus apuntaciones sin formar un libro ó registro verdaderos.»

«En estos registros ó papeles domésticos, continúa diciendo, cuando revisten tal carácter, no se exige la firma del que los escribe, como tampoco se exige la del comerciante cuando anota en sus libros un suministro hecho; pero ¿deberán estar escritos de puño y letra del propietario ó bien se reputan papeles domésticos aun cuando sean de letra de mano extra-

(1) Según decreto de 1.º de Diciembre de 1899, los que no son comerciantes no tienen obligación de llevar libros de contabilidad.

ña? Disponiéndose en el artículo que examinamos, que los registros y papeles domésticos no hagan fe en favor de quien los escribe, parece que el Legislador no conceptúa como documentos de este género, más que los que están escritos de puño y letra del propietario: lo cual, si es admisible en tesis general, puede, sin embargo, no serlo cuando lo escrito sea obra de persona á quien el propietario confiara el cargo de llevarle los libros ó las anotaciones de cuanto deseaba que no resultare desmentido. En este caso, en virtud de las relaciones jurídicas entre mandante y mandatario lo escrito por este último, debe considerarse como hecho por cuenta y orden de su principal. Aquellos, pues, á quienes interese, deberán demostrar que la persona que ha hecho la anotación de los libros ó papeles del propietario, tenía de éste semejante encargo, y una vez demostrado esto, no podrá ya desconocerse en el documento el carácter de papel ó escrito doméstico» (1).

Esta es la opinión de Ricci acerca de un caso que puede presentarse fácilmente en la práctica. También discute si los asientos de cantidades que un padre ha ministrado á uno de sus hijos, escritos por un hermano de éste, podrían perjudicar al que los escribió; y esta otra cues-

(1) Ya hemos dicho que según el artículo 1606 del C. civil de Veracruz de 1869, se requería que la nota estuviese escrita de letra del acreedor ó firmada por él.

tión es más difícil que la anterior. Si los apuntes y anotaciones hechos en los libros de una corporación religiosa, extinguida, podrán considerarse como papeles domésticos, en el sentido de la ley, para el efecto de constituir una prueba en favor ó en contra de los sucesores de la misma corporación. La primera fué resuelta en el sentido de tenerse la anotación, como principio de prueba por escrito, en lo que el autor no está conforme, porque dicha anotación no emana de aquél á quien podía perjudicar; respecto de la segunda, cita dos sentencias contradictorias y opina que las anotaciones contenidas en los registros de los monasterios suprimidos, no hacen fe contra terceros.

De las cartas misivas. Los documentos de este género que tanta importancia tienen en las relaciones de la vida social, no carecen de ella cuando se trata de estudiar las relaciones jurídicas de las personas que las han escrito ó á quienes han sido dirigidas. Aunque firmadas por el que las ha redactado, su importancia es muy secundaria, porque exceptuando los casos en que un contrato se haya efectuado, por medio de la correspondencia epistolar, según lo permite el Código de Comercio, de ordinario las cartas misivas no tienen tal objeto y sólo incidentalmente podrán encontrarse en ellas frases ó expresiones que importen la confesión

de hechos ó circunstancias trascendentales en los juicios.

Con más razón todavía que de los documentos privados de que acabamos de hablar, puede decirse que las cartas misivas constituyen, por regla general, una prueba de las que los jurisconsultos llaman casuales.

Refiriéndonos á las cartas misivas y prescindiendo de la correspondencia epistolar seguida entre comerciantes, por ser materia del Derecho Mercantil, deberemos estudiar brevemente para dar fin á este capítulo, las cuestiones siguientes:

1.° Caracteres y efectos generales de las cartas misivas.

2.° Su fuerza probatoria y sus efectos jurídicos entre los individuos que en ellas figuran ó con relación á terceras personas; y

3.° La manera de producirlas en juicio.

Escriche define las cartas misivas, diciendo que se da este nombre al papel que un individuo escribe y dirige á otro, generalmente cerrado, comunicándole sus pensamientos sobre alguna cosa.

Dalloz dice que este nombre es genérico y se da á cartas de circunstancias concernientes á asuntos privados y destinadas á ser enviadas á las personas á quienes van dirigidas, ó que lo han sido ya. Como se ve, aceptando cualquiera de estas dos definiciones, encontraremos

claramente señalada la diferencia que existe entre una carta misiva y una carta de crédito, carta de pago, carta de lasto y otros documentos semejantes, conocidos también con el nombre de cartas. Aun la correspondencia entre comerciantes queda excluída de las cartas misivas, tomando esta palabra en el sentido limitado que debemos darle en este lugar.

A primera vista se comprende que un documento que tiene por objeto comunicar nuestros pensamientos, nuestras opiniones, nuestros deseos, á una persona determinada, debe ser inviolable para todos los demás, y así es en efecto.

Son harto conocidas las leyes que aseguran la inviolabilidad de la correspondencia que circula por medio de las oficinas públicas; y el Código Penal contiene preceptos bien claros y terminantes con objeto de sancionar tal inviolabilidad, imponiendo penas, no sólo á los empleados públicos, sino también á los particulares que la quebrantan (1).

En estas disposiciones no puede estar comprendida la persona á quien la carta se dirige. Pero, ¿podrá ésta por tal motivo, hacer uso de ella como le plazca? Esta cuestión supone resuelta esta otra que se ha discutido por los Ju-

(1) Véanse los artículos 976 y siguientes, C. de P. D. F. y 941 y siguientes del C. de P. de V. C.

risconsultos: ¿á quién corresponde la propiedad de una carta misiva, al que la escribe ó á aquél á quien va dirigida? Dalloz dice: «En general, una carta misiva pertenece á aquél á quien ha sido dirigida, desde el momento en que el que la escribe se ha deshecho de ella» (1).

Este principio, continúa diciendo, cesa de ser aplicable cuando la carta presenta un carácter confidencial, porque debiendo considerarse en este caso como propiedad del que la ha escrito, no viene á ser más que un depósito en manos de la persona que la ha recibido, quien faltaría á la buena fe, haciéndose responsable de daños y perjuicios si hiciere público el contenido de ella.

De la misma manera sufre una excepción el principio general, cuando la carta se ha dirigido á un amigo ó á cualquiera persona determinada, con ánimo de despertar su interés ó de recrearla, como sucedería si formase parte de una obra que su autor se propone publicar.

Dalloz comprende en la segunda de las excepciones que hemos enumerado, las cartas escritas por un mandante á su mandatario, y aun agrega que lo mismo debe decirse, según una sentencia del Tribunal de Burdeos, de las cartas escritas por un principal á un depen-

(1) Tal vez sería más exacto decir: desde que ha llegado á manos de quien fué dirigida, porque antes el que la escribió podría recogerla.

diente viajero, quien fué obligado á devolvérselas.

Escriche se propone también la cuestión de que venimos hablando, y opina en el mismo sentido que Dalloz; pero habla de las cartas con relación á la propiedad literaria, lo que es ajeno á nuestro propósito. Por este motivo y para citar doctrinas de la Jurisprudencia española, preferente en todo caso, por ser la nuestra, á la extranjera, citaremos las siguientes palabras de Caravantes, quien al hablar de la fuerza probatoria de esta clase de documentos, como documentos privados, que una vez reconocidos, constituyen una prueba más ó menos perfecta, que es lo que en esto momentos nos interesa saber (1), dice:

«La correspondencia, cartas misivas ó escritos privados que se dirigen los que se hallan ausentes, para comunicarse sus ideas ó resoluciones sobre algún asunto, son títulos suficientes para probar una obligación, puesto que por

(1) En la Enciclopedia española de Derecho y Administración, se encuentran, en nuestro concepto, tratadas con bastante acierto las cuestiones relativas á la propiedad de las cartas. En el artículo relativo se citan las siguientes palabras, del jurisconsulto Bartolo, en la Ley 4, tít. de donationibus del Digesto *Epistola absenti, idem est, quod sermo praesentibus, et qui mitet alteri litteras, inteligitur praesens praesente loqui.*

su medio pueden celebrarse contratos que las leyes reconocen...» (1).

Mas no basta, para que una persona se considere propietaria de una carta para el efecto de poderla presentar en juicio, el haberla recibido de su autor, sino que es necesario que no contenga restricciones que prohiban su presentación, y que no sea carta confidencial ó secreta, en cuyo caso se supone prohibida su publicidad. Nada importa para este efecto que la carta verse sobre materias científicas ó literarias, ó sobre relaciones de amistad ó negocios particulares, pues si bien esto serviría para fijar la propiedad de su contenido; en cuanto al efecto de poderla presentar como prueba de las ideas ó proposiciones del autor, sólo deberá atenderse á las circunstancias indicadas. Si, pues, la carta fuere secreta ó confidencial, ó contuviere prohibición de darle publicidad, no podrá presentarla en juicio el que la recibió, ni por sí ni por un interesado á quien la entregue contra la voluntad expresa ó tácita de

(1) Valer deven las cartas para provar con ellas los pleytos sobre que fueren fechas, non aviendo en ellas, algunas de las falsedades ó menguas que mostramos fasta aquí, dice la ley 114, tít. 18, P. 3.ª, y más adelante: E aun decimos que si alguno face carta por su mano ó la manda facer á otro, que sea contra si mismo, ó pone en ella su sello, que puedan provar contra él si la demanda fuere por aquel mismo, que fizo la carta ó la mandó facer.

su autor, porque esta presentación ó entrega sería un abuso de confianza que constituiría un hecho ilícito, y si el hecho ilícito de otro no puede dañarnos, tampoco puede darnos una ventaja, según expone Escriche en el artículo *costa*, citando la ley 49 del Dig. de reg. jur. que dice: *alterius circunventio alii non præbet actionem*. Con mayor razón no debe tomar tampoco la justicia en consideración dichas cartas, cuando el tercero las adquirió por medios ilícitos ó contra la voluntad del que las recibió. Podrán, sin embargo, presentarse en juicio las cartas referidas, á pesar de lo expuesto: 1.°, si se hubiese obtenido el consentimiento del autor; 2.°, si el que las recibió se ve obligado á ello por su propia defensa contra su autor, y por eso dice Escriche que una carta injuriosa á la persona á quien se ha escrito, constituye un hecho digno de castigo y puede presentarse como prueba contra su autor; 3.° cuando la presentación se hace por mandato judicial, pues según la ley de enjuiciamiento, pueden los Jueces y tribunales, para mejor proveer, decretar que se traiga á la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.»

Esta doctrina se puede considerar como general de todos los comentadores españoles contemporáneos, y seguramente en ella y en los preceptos de la ley de enjuiciamiento españo-

la, se inspiró el Código de Procedimientos civiles de Veracruz de 1869, cuando dijo en su artículo 545 y siguientes:

«Las cartas misivas que se escriben las partes entre sí ó dirigen á un tercero sobre negocios que sean ó se hagan objeto de un litigio, también pueden aducirse como prueba. El efecto probatorio de las mismas, se regulará por las disposiciones relativas á los documentos privados. Ninguna carta que contenga restricción expresa que prohiba su presentación ó que sea confidencial y secreta, podrá presentarse en juicio civil, ni por quien la recibió ni por un tercero sin la voluntad de su autor. Si alguna llegase á presentarse, los jueces la desestimarán, devolviéndola á su dueño, sin perjuicio de los derechos que éste pueda hacer valer por la violación del secreto.»

Las palabras del anterior Código de Procedimientos de Veracruz, que acabamos de copiar, nos dan á conocer cuál es la fuerza probatoria de las cartas misivas, una vez reconocidas por su autor, técnicamente consideradas, esto es, conforme á los preceptos de la ley positiva. Ya hemos repetido varias veces que como todos los documentos privados, es indispensable que las reconozca el que las subscribe; y si negase que son suyas, podrá probarse la autenticidad de ellas por medio de testigos oculares, que hayan visto cuándo las escribió ó

mandó escribir, ó procederse al cotejo de letras.

Aparte de los efectos jurídicos que la ley les atribuye, comparándolas á los demás documentos privados, hay otras consideraciones relativas á su fuerza probatoria, considerándolas conforme al criterio puramente racional, que nos permitiremos hacer aquí, puesto que, según hemos dicho tantas veces, en nuestro concepto el criterio jurídico, en materia de pruebas, no puede ser diferente del criterio humano; ó mejor dicho, éste debe servir de base al criterio judicial y nunca estar en oposición con él.

Si se tiene presente lo que hemos dicho antes respecto de los documentos privados, no se extrañará que entre éstos coloquemos en último lugar las cartas misivas, puesto que tanto se apartan de los documentos públicos y aun de los privados, que tienen por objeto hacer constar una convención, no sólo en cuanto á su forma, sino también en cuanto á su esencia.

Un documento, sea público ó privado, que tiene por objeto hacer nacer derechos y obligaciones entre dos individuos, sea que se extienda en presencia de testigos ó que solo aparezca autorizado con las firmas de los interesados, debe suponerse redactado en términos claros y precisos, que no den lugar á dudas y ambigüedades; es natural también que se suponga que á su redacción precedieron las re-

flexiones y consideraciones propias del caso, mientras que las cartas misivas, escritas muchas veces en momentos de irreflexión, tal vez bajo la influencia de un disgusto, del entusiasmo ó de otra clase de afectos, pueden contener expresiones imprudentes que no sería equitativo tomar como origen de un vínculo de derecho ó como confesiones de una obligación anterior.

Por este motivo creemos que, al graduar el Juez la fe que merezcan los hechos consignados en una carta misiva, aun después que la firma de ésta haya sido debidamente reconocida, debe ser muy circunspecto, y no tomar tan al pie de la letra, las doctrinas de la jurisprudencia, según las cuales dichas cartas, como documentos privados, producirán plena prueba una vez que se ha reconocido la firma que las cubre.

Lo que hemos dicho respecto de la fuerza probatoria de las cartas con relación á los que las han subscrito, debe decirse con mayor razón respecto de terceras personas. Lo que se dijera en una carta respecto de las obligaciones impuestas á un tercero y confesadas por él, no sería sino un testimonio escrito que llegaría muy debilitado á oídos del Juez.

En cuanto á la manera de producir en juicio las cartas misivas, poco tendremos que decir, puesto que perteneciendo á la clase de los do-

cumentos privados, deben seguirse las reglas establecidas respecto á éstos. Sin embargo, es oportuno advertir que si dichas cartas pertenecieren á un tercero, no podrá obligársele á que las exhiba, pues á los que no litigan no se les puede imponer tal obligación, lo que no impedirá que el interesado deduzca en juicio y por cuerda separada las acciones que crea tener.

En caso de que se exhibiesen, se testimoniaran en autos, quedando los originales en poder de su dueño. Otra cuestión que pudiera ocasionar alguna duda, en cuanto á la manera de producirse esta prueba en juicio, es la siguiente:

Si uno de los litigantes tiene interés en que su adversario presente una carta misiva que le ha sido dirigida por el solicitante, ¿cómo deberá promoverlo y qué efectos produciría la negativa, si el Juez ordenase la exhibición?

En nuestro concepto, la forma de hacer esta promoción, sería la de posiciones, esto es, diciendo poco más ó menos así: «confiese fulano que recibió una carta que yo le escribí en tal fecha, y cuyo contenido era este. En caso de que niegue que tal fué el contenido de la carta, que exhiba el original.»

No encontramos en la ley precepto alguno que obligue á tal exhibición en esta forma; y si tenemos en cuenta lo que hemos dicho respecto de la diferencia que existe en cuanto á

la exhibición de los libros de cuentas entre los comerciantes y los que no lo son, convendremos en que la pretensión que un litigante tuviese de obligar á su adversario á exhibir una carta, carecería de eficacia. El Código de Comercio impone á los comerciantes la obligación de conservar su correspondencia cierto número de años y de llevar un copiador de las cartas que ellos escriben. Como la ley civil no impone tales obligaciones á los que no ejercen el comercio, aquél de quien se quisiere obtener la exhibición de una carta misiva en un juicio civil, confesando que había llegado á sus manos, fácilmente eludiría la acción de la justicia, diciendo que la había extraviado ó que la había destruído (1).

Pero si en atención á estas circunstancias, en el orden estrictamente legal, no podría resultarle ningún perjuicio por la no exhibición de la carta que se le pedía, en el criterio del Juez influiría seguramente mucho esa negativa para juzgar de la buena ó mala fe del litigante

(1) El art. 50 del Código de Comercio, dice: Los tribunales pueden decretar de oficio, ó á instancia de parte legítima, que se presenten en juicio las cartas que tengan relación con el asunto del litigio, así como que se compulsen del copiador las de igual clase que se hayan escrito por los litigantes, fijándose de antemano con precisión las que hayan de copiarse, por las partes que lo soliciten.

que así se condujese. En nuestro concepto, habría que atender á varias circunstancias, por ejemplo, al tiempo que babía transcurrido desde que se recibió la carta; al contenido de esta, etc., etc., porque si no es extraño que una carta de poca importancia se rompa ó se extravíe, sobre todo si han transcurrido algunos años, no es razonable suponer lo mismo cuando ha pasado poco tiempo, ó la carta contiene conceptos de importancia para el que la ha tenido en su poder.

En cuanto á la fuerza probatoria de los telegramas, debemos decir que, en nuestro concepto, deben colocarse en un grado todavía inferior á las cartas misivas; y esto, no sólo porque no son auténticos, esto es, no aparecen escritos por la persona de quien emanan, sino porque el estilo lacónico en que de ordinario se redactan, no permite que se tomen como prueba de los hechos que en ellos se refieren, sino con mucha circunspección. En un tratado especial acerca de la correspondencia privada, postal ó telegráfica, se marcan estas diferencias entre las cartas y los telegramas. 1.° El mérito principal de las cartas, se lee en dicho tratado, consiste en expresar de una manera clara y completa el pensamiento del que las envía. Por razones de economía que no hay necesidad de indicar, el que remite un despacho telegráfico se encierra frecuentemente en

un laconismo absoluto, resultando de aquí, que aquél á quien se dirige tenga dificultades para interpretar el sentido de lo que se le dice. 2.° Una carta está escrita de puño y letra del que la dirige, ó á la menos aparece firmada por él. Quien la recibe no experimenta ninguna duda sobre su procedencia y por lo mismo puede obrar con seguridad, dando la fe debida á la comunicación, puesto que no le es desconocido el autor. El autógrafo que tiene en sus manos podrá ser invocado por él como prueba de la naturaleza de los compromisos que se le han propuesto. El telegrama, por el contrario, no presenta frecuentemente ningún carácter de certidumbre absoluta en cuanto á la persona de quien emana. 3.° Mientras que nada puede alterar el pensamiento de una carta misiva, el despacho telegráfico, por el contrario, puede contener una interpretación errónea de la voluntad del que lo expide, porque nada asegura que el empleado de la oficina de partida, se haya servido de los signos conocidos para la expresión exacta del original depositado en sus manos, ni que el empleado de la oficina de llegada no haya cometido algún error al descifrar esos signos, y en consecuencia en su traducción al lenguaje vulgar. 4.° Por último existe otra diferencia que no carece de importancia, y es que el que dirige una carta misiva, conoce de antemano con certidumbre

el momento en que deberá ser remitida, en tanto que el que se sirve del telégrafo, no estará nunca seguro de que aquél á quien el despacho va dirigido, lo recibirá en un tiempo dado, porque, sea á consecuencia de la interrupción en las comunicaciones, sea por accidentes atmosféricos bien frecuentes, puede retardarse su envío.

Estas diferencias, tan claramente señaladas por el autor cuyos conceptos hemos copiado, demuestran con cuánta razón hemos colocado los telegramas un grado más abajo que las cartas misivas, en punto á la fe que merecen, pues aun cuando algunas de ellas pudieran desaparecer presentando los originales, siempre subsistirán las otras, entre las cuales la principal es el estilo lacónico y hasta incorrecto en que de ordinario se redactan los despachos telegráficos.

Por lo demás, es sabido que nuestra legislación aún no se ha ocupado de este género de comunicaciones. El Código civil del Distrito Federal, al paso que en su art. 1290 y el Código civil de Veracruz en el 1141, declaran que los contratos quedarán perfectos luego que la propuesta sea aceptada, cuando los contratantes no estén presentes, lo cual supone que se pnede aceptar por cartas, nada dice respecto de la correspondencia telegráfica, que sólo se halla admitida con ciertas limitaciones en el

Código de Procedimientos Federales, y con mayor amplitud, aunque tal vez no con toda la que exigiera la rapidez de las operaciones mercantiles, en el Código de Comercio (1).

En cuanto á la comunicación telefónica que hasta ahora no ha merecido que la legislación patria se ocupe de ella de una manera especial, la dificultad que jurídicamente presenta, consiste en saber si los que de ella se sirven pueden considerarse como presentes ó como ausentes para regular las relaciones jurídicas

(1) Debe tenerse presente que no tratamos aquí de la eficacia de los contratos celebrados por la correspondencia epistolar y telegráfica ó telefónica, materia que es extraña á este estudio, sino solamente de la fuerza probatoria de las cartas, telegramas y despachos telefónicos.

Acerca de cómo se perfeccionan los contratos por estos medios, puede verse la monografía de Edgard Hepp, intitulada: «De la correspondencia privada, postal y telegráfica, en sus relaciones con el Derecho civil, comercial, administrativo y penal,» y el discurso pronunciado por el Sr. Lic. D. Luis Gutiérrez Otero, el 16 de Agosto de 1895 en un concurso científico, celebrado en la Capital de la República, sobre el mismo asunto. En este discurso se dan á conocer los diversos sistemas que han seguido las legislaciones modernas, acerca del momento en que debe tenerse por perfeccionado un contrato celebrado entre ausentes. Este discurso se publicó en la Colección que lleva por título: «Primer Concurso Científico Mexicano,» México, 1897, Oficina tipográfica de la Secretaría de Comunicaciones.

que entre ellos pueden nacer; pero como nosotros sólo hablamos de estos medios de comunicación como elementos probatorios en juicio, tal dificultad para nosotros no existe, puesto que si se trata de la parte interesada, la comunicación telefónica podrá considerarse como una confesión extrajudicial y si de un tercero, no será sino un testimonio, sujetos aquélla ó éste á los requisitos que se requieren para su validez, según los principios generales del Derecho.

CAPITULO IX.

De la prueba testimonial.

Tócanos hablar en este capítulo de la prueba por medio de testigos, la cual, si bien en materia civil ha perdido mucha de la importancia que tuvo cuando eran pocos los que sabían escribir, no por eso ha dejado de tener grande influencia en la resolución de las contiendas judiciales. La diversidad de aspectos bajo los cuales puede considerarse la prueba testimonial y las muchas reflexiones que con motivo de ella ocurren, serán motivos que nos obliguen á dedicarle más de un capítulo. Para proceder con orden, en el presente, después de hacer algunas observaciones generales, sólo

hablaremos de los casos en que esta prueba es admisible, reservándonos para el siguiente lo que tengamos que decir acerca de las condiciones que debe llenar para constituir un elemento probatorio, capaz de llevar el convencimiento al ánimo judicial, de la manera de presentarse en juicio etc., etc., y de otros puntos igualmente interesantes.

Decíamos, pues, que este género de pruebas ha perdido mucha de la importancia que antiguamente tenía, y así es en efecto. La prueba testifical, dice Maynz (1), se admitía en Roma en todas las cuestiones, pues se consideraba que producía el más alto grado de certidumbre. Durante la Edad Media, cuando sólo se practicaba el arte de la escritura por algunos clérigos, era natural que se diese grande importancia al dicho de los testigos, tanto por la confianza que inspiraba la fe religiosa empeñada por la santidad del juramento, como por ser el medio más común, casi el único, de que se podía disponer para atestiguar la verdad de un hecho. En la antigua jurisprudencia francesa, según dice Laurent, la prueba testimonial se admitía de una manera ilimitada, y se llegó al extremo de darle la preferencia sobre la prueba escrita, hasta la célebre ordenanza de Moulins, que fué el primer monumento

(1) Curso de Derecho romano. Tomo 1.°, pág. 610.

legislativo que restringió la prueba testimonial, en ciertos casos, estableciendo los principios que han servido de base á las legislaciones modernas.

En la legislación antigua española, ocupaba también la prueba de testigos un lugar preferente, como puede verse en el Fuero Juzgo y en el Código de las Partidas.

Mas con el tiempo se llegó á conocer lo falible de esta prueba, ya por haberse debilitado el sentimiento religioso que imprimía al juramento un carácter sagrado, y ya también porque es muy peligroso fiarse en la memoria siempre falible de los hombres. Refiriéndonos, pues, á los asuntos civiles, podemos decir con Ricci: pasó ya el tiempo en que la prueba testifical era la preferida por el legislador, fundándose en aquel principio: *in ore duorum vel trium stat omne verbum.*

Hoy, la prueba testifical no constituye la regla, sino la excepción. Los testigos no son admitidos á probar las convenciones pactadas entre las partes, salvo en los casos señalados por la ley. Tal es el principio en que se han inspirado los códigos vigentes.

Dos son los motivos de estas restricciones, dice Mourlon: 1.° El de evitar la multiplicidad de los litigios; y 2.° El temor de que sean sobornados los testigos. Ambos motivos son fáciles de comprender y se encuentran amplia-

mente justificados por la experiencia de todos los días. Diremos, sin embargo, que en opinión de algunos autores, el primero de ellos es todavía más poderoso que el segundo, pues prescindiendo de la falta de veracidad de los testigos, no puede dudarse que un documento escrito inspira más confianza porque está menos sujeto á cambios y alteraciones. Las consideraciones que acerca de este particular hace Ricci, son dignas de tomarse en cuenta y de ser reproducidas aquí. Después de decir que no es sólo el temor á la inmoralidad de los testigos lo que ha hecho que el legislador restrinja el uso de la prueba testimonial, añade: «Mejor, pues, se puede asegurar que la prohibición legal se funda en el interés que la sociedad tiene de que los derechos de los particulares sean ciertos y fijos, no dependientes de la frágil memoria de los testigos ó de su ignorancia respecto de la voluntad de los contratantes. En los asuntos civiles ocurre con frecuencia, que los testigos son llamados á deponer mucho tiempo después que los hechos se han verificado; en tal supuesto, ¿quién garantiza que los testigos recuerden todas y cada una de las circunstancias, y que no se haya escapado á su memoria, alguna, acaso interesante, en el proceso? Muchas veces no les es dado á los testigos interpretar exactamente la voluntad de las partes; y, en tal caso, las circunstancias espe-

ciales revisten para ellos una importancia que varía según el diverso concepto que del asunto se han formado. Llamados luego á deponer, es evidente que las circunstancias en que se han fijado y el modo como han entendido las cosas, pueden fácilmente hacer que se atribuya á la parte una voluntad muy distinta. Preocupado el Legislador con tales peligros, cuya consecuencia final es la incertidumbre de los derechos de los ciudadanos (y por lo mismo la multiplicidad de los litigios, podemos decir nosotros), ha prohibido la prueba oral, excepto en aquellos asuntos en que teniendo en cuenta la claridad de los mismos y el tiempo limitado en que se realizan, se ha creído que no hay, respecto de ellos, los inconvenientes que en los otros se ofrecen. Excluyendo de los juicios la prueba oral, el Legislador logra el doble fin de obligar á los ciudadanos á procurarnos una prueba cierta de sus derechos y hacer más expeditos y fáciles los litigios, evitando los retardos y las incertidumbres que la mayor de las veces constituyen el único resultado de la prueba testifical.»

Estas palabras harían inútil todo lo que pudiéramos añadir, y en cuanto á los peligros que trae consigo la prueba de testigos, son harto patentes para que sea necesario que nos detengamos á explicarla (1).

(1) No carece de grácia la siguiente anécdota que

Hechas las anteriores consideraciones que nos dan á conocer, por qué en las legislaciones modernas se ha dado la preferencia á la prueba documental, prohibiendo que se admitan testigos para probar la existencia de las convenciones, cuyo interés excede de cierta cantidad, no estará de más que continuemos estudiando la prueba testimonial, en términos generales, señalando algunos otros de los caracteres que la distinguen y que conviene tener presentes para saber servirse de ella en los casos en que sea procedente.

La prueba de testigos, en primer lugar, tiene que ser siempre promovida por la parte intere-

---

refiere un autor. «Un abogado notable había defendido un negocio en el cual se trataba de saber si las ventanas de una torre arrninada, habían estado abiertas hacía más ó menos de un año y un día, término que fija la ley para adquirir la posesión. De veinticuatro testigos que declararon en el proceso, doce dijeron que habían estado abiertas y doce lo negaron. Se dió crédito á los primeros. Algún tiempo después, encontrándose el abogado en un lugar cercano al edificio que había dado ocasión al litigio, conversaba con un campesino, acerca del asnnto. Habiéndose encontrado, le decía, doce testigos que afirmaron lo que otros doce negaban, necesariamente debe haber habido doce mentirosos. ¡Doce, replicó el campesino! decid mejor veinticuatro.—¡Veinticuatro, repitió el abogado lleno de asombro.—Sí, señor, veinticuatro, puesto que la torre estaba entonces lo mismo que está ahora y que nunca ha tenido ventanas, como vais á verlo.

sada, pues el juez, en ningún caso, podría suplir en este punto la ignorancia ó negligencia de los litigantes.

El art. 129 C. P. c. D. F. (142 C. P. c. V.), faculta á los jueces para decretar algunas diligencias con el carácter de *para mejor proveer*; pero entre ellas no se cuenta el examen de testigos, lo cual no impide que el juez, al examinar á los que las partes presenten les haga las preguntas que estime convenientes, siempre que sean relativas á los hechos contenidos en los interrogatorios, pues para ello le faculta el art. 520 C. P. c. D. F. (536 C. P. c. V.) En segundo lugar, la prueba oral debe recaer sobre hechos determinados y concretos, que la parte que propone semejante medio de instrucción debe formular clara y especificadamente por medio de los interrogatorios, de preguntas y respuestas, á que se refieren los artículos siguientes de los Códigos citados. Los interrogatorios, no deben referirse al juicio ú opinión de los testigos, sino sólo á la existencia de los hechos que se relacionen con el litigio.

Apreciar los hechos mismos, dice Ricci, es de la competencia del juez, no del testigo, quien debe tan sólo narrar cuanto ha caído bajo la acción de sus sentidos; así, no puede el Juez admitir una información testifical que tenga por objeto, antes que los hechos materiales, juicios y apreciaciones de aquellos

que son llamados á deponer. Por esta razón, continúa diciendo el mismo autor, no se debe admitir prueba testifical que tienda á demostrar que una cosa determinada perteuece á uno ó á otro de los litigantes, ni tampoco para probar si es ó no legítima la posesión que uno de ellos tiene.

Mas no por eso debe caerse en el extremo opuesto, pues como dice el mismo Ricci, hay juicios y apreciaciones propias de quien tenga discernimiento, que surgen expontáneamente, sin presuponer en el sujeto conocimientos ó aptitudes especiales.

En este caso toca al juez apreciar el valor de las declaraciones, aceptándolas por completo ó reduciendo su eficacia probatoria á sus verdaderos límites.

El autor cuyas doctrinas nos sirven de guía en esta parte de nuestro estudio, añade después que no es necesario que el hecho sobre cuya existencia se interroga á los testigos sea reciente, ni tampoco que todos los testigos lo hayan presenciado, y cita para comprobación de su primera afirmación, una sentencia del Trinal de Casación de Roma, en la cual tratándose de una prueba oral que el juez desechó porque le pareció peligroso admitirla, por tratarse de hechos muy antiguos, se leen estas palabras: «resulta aquí bien manifiesto que el peligro y la inutilidad de la prueba se hace depender del

largo tiempo transcurrido, deduciéndose de esto, por una especie de adivinacion, su influencia. Partiendo, sin embargo, de este concepto, el Tribunal ha venido á desconocer y á violar los principios y los criterios bajo los cuales debe ser regulada la prueba testifical, la cual no puede ser rechazada sino cuando no sea admisible según la ley, ó bien cuando los hechos que se someten á la prueba no sean por sí mismos concluyentes para establecer lo que está en la intención del que la presenta. Nunca, en verdad, puede ser tal prueba rechazada, en virtud de un inoportuno juicio anticipado sobre la mayor ó menor seguridad del éxito, y á causa de la antigüedad de los hechos que se intentan probar.»

En cuanto al testimonio de oídas, que invoca alguno de loa litigantes, no puede existir impedimento alguno legal para admitirlo, correspondiendo al Juez graduar su eficacia, según la naturaleza de los hechos que se tratan de probar, y al tiempo que ha transcurrido desde que se verificaron; sobre todo, habrá que compararsiempre las pruebas rendidas por uno de los litigantes con las que el otro ha presentado, pues en nuestro concepto, de esta comparación, más que de las observaciones de reglas empíricas, debe nacer la convicción en el ánimo del Juez.

Finalmente, una última circunstancia hay

que advertir cuando se trata de la prueba testimonial, en términos generales, y es que, según la jurisprudencia estableeida por la sala de Casación del Tribunal Superior del Distrito Federal, tal recurso es improcedente, cuando se intenta fundarlo en la apreciación que de la prueba testimonial hizo el Tribunal sentenciador. Esta es una consecuencia necesaria de la facultad que, como veremos después, concede la ley á los jueces para estimar las declaraciones dé los testigos conforme á las reglas de un criterio racional, aunque con ciertas limitaciones.

Siendo, pues, la prueba de que hablamos tan falible, y habiéndose considerado conveniente por el legislador, que los ciudadanos se provean oportunamente de las pruebas de sus convenciones, para evitar litigios, ó cuando menos, para hacerlos menos dispendiosos y difíciles de resolver, lógico era que el criterio judicial gozase de cierta holgura en la estimación de esta prueba, limitada, como vamos á verlo, á cierto número de casos. Aunque el Código de Procedimientos civiles del Distrito no contiene como el de Veracruz una prohibición de admitir testigos en los casos en que la ley ordena que la convención se haga constar por escrito, tal prohibición parece deducirse lógicamente de tal principio.

Por este motivo señalaremos aquí los casos

en que no es procedente la prueba testimonial, y son los siguientes:

1.º Cuando la obligación cuyo cumplimiento se exige en la demanda, ha debido consignarse en documento público, lo cual debe verificarse, según el art. 1,322 del Código civil del Distrito Federal y el 1,174 del Código civil de Veracruz, en los contratos siguientes: contrato á plazo por más de seis meses y cuyo interés pase de doscientos pesos; el contrato de prenda (1) el de auticresis (2), el de hipoteca (3), las capitulaciones matrimoniales,(4), la constitución de dote, (5) el de sociedad (6), el de mandato siempre que el interés pase de cien pesos (7), el de ejecución de obras á destajo (8), el de aprendizaje (9), el depósito, siempre que pase de cien pesos el valor de la cosa depositada, menos el depósito miserable (10), las donaciones que recaigan sobre objetos cuyo valor pase de cien pesos,

(1) 1787 C. C. D. F. 1635 C. C. V.
(2) 1811 C. C. D. F. 1659 C. C. V.
(3) 1856 C. C. D. F. 1704 C. C. V.
(4) 1981 C. C. D. F. 1832 C. C. V.
(5) 2122 C. C. D. F. 1970 C. C. V.
(6) 2225 C. C. D. F. 2075 C. C. V.
(7) 2352 C. C. D. F. 2202 y 2023 C. C. D. F.
(8) 2471 C. C. D. F. 2322 C. C. V.
(9) 2532 C. C. D. F. 2383 C. C. V.
(10) 2548 C. C. D. F. 2548 C. C. V.

si estos objetos fueren muebles (1) y en todo caso si fueren raíces; el contrato de seguros (2), la venta de bienes inmuebles y la promesa de la misma (3), el contrato de avío (4), el de permuta (5), el de arrendamiento, cuando la renta pasa de doscientos pesos anuales (6), la constitución de censos (7).

2.° Cuando se intenta probar por medio de testigos una cosa diferente de lo contenido en un documento ó contraria á él, sea cual fuere la cantidad que se verse.

3.° Tampoco se admitirá dicha prueba para probar lo que se hubiere dicho antes ó después del otorgamiento de un documento de esta clase, ó al tiempo de otorgarlo.

4.° El estado civil de las personas, no se puede probar por medio de testigos, excepto el caso en que no existan los libros respectivos, y en los que expresamente se exceptúan en las fracciones 2.ª y 3.ª del art. 43 del Código civil de Veracruz y 46 del Código del Distrito Federal.

(1) 2607 y 2068 C. C. 2457 C. C. V.
(2) 2707 y 200 C. C. D. F. 2548 C. C. V.
(3) 2819 C. C. D. F. 2660 y 2761 C. C. V.
(4) 2920 C. C. D. F. 2777 C. C. V.
(5) 2935 C. C. D. F. 2795 C. C. V.
(6) 2947 C. C. D. F. 2807 C C. V.
(7) 3084 C. C. D. F. 2949 C. C. V.

Respecto de las cantidades fijadas en uno y otro Código, hay alguna diferencia.

5.° Tampoco podía rendirse prueba de testigos, por el confesante, sobre los hechos probados por confesión judicial (art. 510 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 526 del Código de Precedimientos civiles de Veracruz.

Para evitar que las disposiciones contenidas en los artículos citados fueran burlados, reduciéndose maliciosamente la suma demandada, el Código de Veracruz dispone en los artículos siguientes, que la prueba testimonial no se admita, aunque la demanda primitiva se reduzca á menor suma, ni cuando se diga que la suma demandada es resto do otra mayor procedente de una obligación que debió consignarse por escrito.

Tales son los preceptos claros y terminantes de las leyes positivas, y por ellos se ve con cuánta razón hemos dicho al comenzar este capítulo, que la prueba testimonial ha perdido, en los juicios civiles, la importancia que antes tenía, puesto que el legislador, en la mayor parte de los casos, exige la prueba documental, que tendrá en ellos el carácter de prueba preconstituída.

El Código de Veracruz, sin embargo, en un sólo caso, y la jurisprudencia en otro, han establecido algunas excepciones del principio general Mourlon. enumera los cuatro casos de excepción siguientes:

1.° Cuando existe un principio de prueba por escrito. En otro lugar de este Tratado, hemos expuesto las doctrinas relativas á este primer caso de excepción, que se encuentra apoyado en el texto expreso del art. 518 del Código civil de Veracruz (1). Este caso de excepción, se encuentra bien explicado en Ricci, é ilustrado con diversas ejecutorias de los Tribunales italianos (2).

2.° Cuando el demandante se ha encontrado en la imposibilidad física ó moral, de procurarse una prueba escrita. La ley, dice el autor á quien venimos siguiendo en esta parte de nuestro estudio, no exige lo imposible, y no prohibe que se admita la prueba testimonial, sino respecto de aquellos que *han podido* proporcionarse la escrita.

En este caso se encuentran, según el mismo autor, los que exijen el cumplimiento de obligaciones nacidas de un delito ó cuasi delito.

Se aplica también á los que nacen de un cuasi contrato, aunque esto no siempre es exacto. En el cuasi contrato, conocido con el nombre de gestión oficiosa de negocios agenos, por ejemplo, si es cierto que el dueño del negocio puede probar con testigos la existencia del cua-

(1) A los casos de excepción que se han señalado hay que añadir este otro que trae Laurent; la declaración dada en un proceso criminal.

(2) (Tomo 2.°, cap. 4.°)

si contrato, porque no podría hacerlo por medio do un documento escrito, no puede decirse lo mismo respecto del gerente. Supongamos que Pablo sostiene que subrogándose en mi lugar, y haciendo las veces de gestor mío, ha pagado á mi acreedor y me demanda lo que pagó. ¿Se le podrá admitir prueba testimonial sobre este hecho? Evidentemente no, porque nada le era más fácil que proveerse del recibo del acreedor. En cuanto al cuasi contrato llamado *paga de lo indebido*, es igualmente evidente, que el que repite lo que asegura que pagó, sin deberlo, debe tener en su poder el recibo del pago que hizo.

En esta excepción se comprende el depósito llamado necesario ó miserable, que es el que se verifica en momentos de algún peligro, como en un incendio, tentativa de robo, etc., y también aquellas obligaciones contraídas á consecuencia de un accidente imprevisto á causa del cual se comprende fácilmente que no ha sido posible á los interesados proveerse de un documento escrito. Mourlon pone este ejemplo: Yo puedo probar por medio de testigos, dice, un préstamo de una suma mayor que la que la ley fija para que el préstamo se redacte por escrito, si pretendo habéroslo hecho en el momento en que partíais con precipitación para escapar de un peligro inminente.

3.° Cuando el acreedor ha perdido á conse-

cuencia de un caso, fortuito ó imprevisto, ó de fuerza mayor, el documento que le servía de prueba de la obligación. El fundamento de esta excepción es fácil de comprender; pero debemos advertir que según las doctrinas de los jurisconsultos, no basta que asegure que lo ha perdido, sino que es necesario que la pérdida proceda de una causa que no le sea imputable. De otra manera dice Pothier, las precauciones de la ley, resultarían ilusorias, porque no sería más difícil encontrar testigos que declararan que habían viste el documento en manos del acreedor, que otros, que dijeran que habían presenciado la celebración del contrato (1).

4.° Mourlon, señala como el último caso de excepción, aquel en el que el derecho reclamado procede de una operación mercantil.

La razón de ello es que los contratos celebrados por los comerciantes, no se rigen por las reglas del derecho común, si no es cuando el Código del Comercio no contiene ninguna disposición especial acerca de ellos; y como entre nosotros sucede lo mismo, nos ha parecido que debíamos comprender esa entre las otras excepciones que hemos señalado.

---

(1) Acerca de los casos en que se prohibe la prueba testimonial en la jurisprudencia francesa y sus excepciones, puede verse á Pothier, quien ilustra la materia con ejemplos muy adecuados.

A los cuatro casos de excepción que acabamos de mencionar, Bonnier (1) agrega este otro; cuando el adversario consiente en que se reciba la prueba testimonial, aun cuando la ley la prohiba.

Con este motivo se propone, como una duda, si la disposición legal á que nos referinos es una de esas reglas de orden público que no pueden derogarse por voluntad de las partes, y resuelve, que no, esto es, que el consentimiento del adversario puede autorizar la recepción de esta prueba, citando en su apoyo algunas sentencias de los Tribunales franceses.

Naturalmente, esto debe entenderse de los casos en que no se necesita el documento escrito para la validez del contrato, como sucede en la enagenación de bienes raíces, en la hipoteca, etc.

Laurent (2) trata también con bastante amplitud si las cuestiones que surgen con motivo de los vicios del consentimiento, esto es, si la fuerza, el dolo, el error, etc., que hayan intervenido en los contratos que deben constar por escrito, podrán probarse por testigos; pero la discusión de todas estas cuestiones parece estar fuera de los límites que nos hemos impuesto al escribir este Tratado.

(1) Obra citada, part. 2.ª, lib. 1.º, par. 40.

(2) Comentarios al art. 1348, Código civil francés en sus Principios de Derecho Civil.

CAPITULO X.

De la prueba testimonial.

(Continúa.)

Al continuar el estudio que hemos venido haciendo de la prueba testimonial, tenemos que recordar lo que dijimos en la primera parte de este Tratado. Las reglas que las leyes positivas establecen para graduar la eficacia de los diversos medios probatorios de que los litigantes pueden servirse para hacer triunfar sus respectivas pretensiones, deben reconocer como fundamento filosófico los preceptos de la Lógica, mediante los cuales nuestra inteligencia descubre con más facilidad la verdad, y evita los errores á que nos vemos frecuentemente expuestos por la precipitación de nuestros juicios.

Una vez establecida esta teoría, después de haber expuesto en el capítulo anterior los casos en los cuales la ley excluye la prueba testimonial y los fundamentos de esta exclusión, así como las excepciones de la regla general que la Jurisprudencia admite, tócanos hablar en este de la eficacia probatoria de dicha prueba y de la manera de producirla en juicio. Co-

menzaremos por decir algunas palabras acerca del primer punto.

Sin necesidad de discutir aquí los fundamentos filosóficos de la fe que atribuímos al testimonio de nuestros semejantes, y que, como es sabido, algunos hacen consistir en el *instinto de veracidad*, que suponen natural en el hombre, siempre que la pasión ó el interés no le impulsen á mentir, y al cual instinto corresponde el de *credibilidad*, que nos inclina á creer que los demás están dispuestos á decir la verdad, y la dicen en efecto, bastaría para nuestro propósito recordar que si no diésemos credito al testimonio humano, las operaciones todas de la vida civil serían imposibles, ó cuando menos muy embarazosas.

El hombre que sólo aceptase como verdadero lo que cayera bajo el dominio de sus sentidos, no podría dar un solo paso sin encontrar tropiezos insuperables.

Pero si el testimenio de los demás hombres es una de las fuentes de donde puede nacer la certeza, no por eso deja de ser uno de los medios más falibles y peligrosos, según dijimos en el capítulo anterior. Veamos cómo se evitarán, en cuanto sea posible, los errores á que una confianza ciega é irreflexiva nos podría conducir.

El error y la mentira son los dos vicios que nulifican el testimonio humano. Un testigo

asegura la realidad de un hecho; pero, ¿vió bien el hecho? ¿lo examinó bien? ¿no le habrán engañado su imaginación, sus sentidos ó sus pasiones? ó bien sin estar él engañado, ¿no tendrá interés en engañarse?

Tales son las preguntas que ocurren naturalmente al hablar del testimonio y que constituyen otras tantas cuestiones que sólo puede resolver la crítica más severa. Para la recta aplicación de las reglas que la crítica prescribe, conviene distinguir dos casos: 1.°, el de un *testigo único*; y 2.°, el de la pluralidad de testigos.

Como se comprenderá á primera vista, los dos vicios que hemos señalado y que destruyen toda la certeza del testimonio, pueden encontrarse más fácilmente cuando se trata del dicho de un solo individuo que cuando se trata de varios. Un solo testigo está más expuesto á engañarse, aunque obre de buena fe, y hay también motivos para temer que quiera engañarnos, puesto que su dicho carece, por decirlo así, de comprobación, por ser único. Lo contrario acontece, cuando son varios los testigos, y la confianza que sus dichos inspiran es mayor en proporción que va creciendo su número, si todos están contestes, porque va disminuyendo el peligro de que se hayan engañado y la falsedad voluntaria de parte de ellos va siendo más difícil.

Hay un caso, sin embargo, en el cual el dicho de los testigos, por numerosos que éstos sean, estará sujeto á los mismos peligros é inspirará la misma desconfianza que si se tratara de uno solo, y es cuando todos pueden ser igualmente ignorantes ó estar dominados por la misma pasión ó el mismo interés. La ignorancia puede ser general, esto es, consistir en la falta de ilustración y buen criterio, ó bien especial con relación á los hechos acerca de los cuales tienen que declarar, esto es, cuando carecen de aquellos conocimientos que, aunque no sean especiales, requieren una cultura intelectual superior á la que tienen los testigos.

En uno ú otro caso, el número poco añadirá al valor del testimonio. Si muchos testigos que afirman una cosa son tan incapaces unos como otros de observar con exactitud y discernimiento, los hechos acerca de los cuales declaran; si la imaginación les pinta á todos el mismo hecho con igual color; si una perversión general, un interés común, un espíritu de cuerpo les extravía de la misma manera, claro es que su testimonio, aunque ellos sean nnmerosos, valdrá poco más que si fuera el de uno solo. De aquí resulta que si el dicho de un solo testigo se considera insuficiente para probar un hecho, el dicho de muchos, cuando están en oposición unos con otros, no debiera esti-

marse por el número, sino por el peso de los testimonios, lo que quiere decir que los testigos más ilustrados, ó que han tenido mayores motivos para instruirse de los hechos, ó que aparecen menos sospechosos de pasión ó de interés, tienen más derecho á ser creídos aun cuando sean menos numerosos.

Aumenta también la probabilidad del testimonio á medida que en las declaraciones se advierten más grados de conformidad en medio de las mayores diferencias de origen, clases, pasiones ó intereses entre los testigos, y de aquí nace la necesidad de interrogar á cada uno de ellos cómo y por qué tuvo noticia del hecho acerca del cual declara.

Finalmente, si respecto de un mismo hecho que ha podido ser conocido y presenciado por muchas personas, se llega á la unanimidad en el testimonio, sin ninguno en contrario, se puede asegurar que el hecho atestiguado es verdadero.

Es necesario atender igualmente á la naturaleza del hecho que se trata de atestiguar. El sentido común y la experiencia diaria, nos hacen conocer esta necesidad.

Cuando una persona que apenas conocemos nos refiere un hecho ordinario de la vida, admitimos sin dificultad su testimonio; por el contrario cuando refiere un hecho extraordinario, que al parecer se opone á las leyes comunes

de la naturaleza, ó al modo común de obrar de los hombres, por más autorizado y respetable que sea el testigo, tememos, cuando menos, que haya sido víctima de un error involuntario y vacilamos en prestar asenso á su testimonio.

Por consiguiente, está fuera de duda que en la práctica ordinaria de la vida exigimos condiciones más severas en los testigos, á medida que los hechos son más difíciles de creer por su rareza, su dificultad é inverosimilitud; y si el testimonio se refiriera á hechos que tuviésemos como imposibles, es seguro que les rehusaríamos todo crédito. No siendo posible que la ley civil fije reglas precisas en una materia tan difícil de someter á un criterio determinado y en el cual desempeña un papel tan importante el criterio individual, las leyes positivas han debido aceptar, y de hecho han aceptado, en lo relativo á la prueba testimonial, un sistema de pruebas que no es el sistema legal; pero que tampoco es puramente racional, porque si deja cierta amplitud al Juez para que gradúe la fuerza probatoria del testimonio, no según el número, sino según el peso de los testigos, no le permite en ningún caso dar por probado un hecho por el dicho de uno solo (1).

(1) Art. 564 C. P. c. D. F. 579 C. P. c. V.

Esto sólo puede ocurrir cuando ambos litigantes, siendo mayores de edad, consientan en pasar por lo que él diga, exigiendo, además, la ley en todos los casos, que los testigos expresen si tienen algún interés en el pleito etc., y que den razón de los motivos por los cuales se hicieron sabedores del hecho acerca del cual declaran, ó este llegó á su conocimiento (1).

Las disposiciones contenidas en los artículos 562 y 563 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (577 y 578 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), conservando las tradiciones jurídicas acerca de esta materia y dándoles mayor fuerza todavía, reconocen como fundamento filosófico las observaciones que anteceden, y habiendo expuesto, siquiera haya sido brevemente los fundamentos racionales en que se apoyan, creemos inútil transcribirlas aquí, refiriéndonos á la nota puesta al pie de esta página, en la cual copiaremos íntegro el texto de dichos artículos (2).

---

(1) Puede decirse que en lo relativo al testimonio oral, la legislación positiva ha adoptado el sistema mixto de que habla Mettermaier y que nosotros mencionamos en el Capitulo 1.º, Parte 1.ª de este Tratado.

(2) Art. 562. El valor de la prueba testimonial queda al arbitrio del Juez, quien nunca puede considerar probados los hechos sobre los cuales ha versado,

Debemos, sin embargo, añadir, para dar por

---

cuando no haya por lo menos dos testigos en quienes concurran las siguientes condiciones:

1.° Que sean mayores de toda excepción.

2.° Que sean uniformes, esto es, que convengan no sólo en la substancia sino en los accidentes del acto que refieren, ó aun cuando no convengan en éstos, si no modifican la esencia del hecho.

3.° Que declaren de ciencia cierta, esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciado el acto ó visto el hecho material sobre que deponen.

4.° Que den fundada razón de su dicho.

Art. 563. Para valorar las declaraciones de los testigos, el Juez tendrá en consideración las circunstancias siguientes:

1.° Qùe el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en el art. 504.

2.° Que por su edad, su capacidad y su instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto.

3.° Que por su probidad, por la independencia de su posición y por sus antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

4.° Que el hecho de que se trata sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias á otras personas.

5.° Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre las circunstancias esenciales.

6.° Que el testigo no haya sido obligado por fuerza ó miedo, ni impulsado por engaño, error ó soborno. El apremio judicial no debe estimarse como fuerza ó intimidación.

7.° Que se cumpla escrupnlosamente con lo dispuesto en el art. 527 (se refiere á las preguntas que deben hacerse á los testigos y que se llaman generales.)

terminado el punto de que hablamos, que des-

El art. 577 del Código de Veracruz está redactado lo mismo exactamente que el 562 que acabamos de copiar; pero el 578 es más amplio que el 563 del C. del Distrito, por lo que será conveniente copiarlo á continuación. Dice así:

Art. 578. Los jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, según las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta los siguientes puntos generales sugeridos por ella:

1.º Para que el dicho de un testigo se pueda estimar en todo su valor, es preciso que no concurran en él ninguna de las prohibiciones legales que invaliden ó desvirtúen lo que declara; es decir, es preciso que el testigo tenga la capacidad, probidad é imparcialidad necesarias; conocimiento del hecho de que se trata, adquirido por sí mismo por haberlo presenciado, y que haya sido examinado en forma, precedido la protesta de decir verdad, explicando claramente la razón de su dicho, sin que haya mediado fuerza, miedo, soborno ó error.

No se reputa fuerza el apremio de la autoridad para obligarle á declarar.

2.º Un solo testigo en las condiciones espresadas, nunca hará prueba plena en juicio, si su dicho no está corroborado por otros medios de prueba; pero si la hacen otros testigos singulares, con singularidad acumulativa, sobre un hecho por su naturaleza sucesivo, continuo ó genérico.

5.º Dos testigos contestes sobre un hecho y sus principales pormenores, hacen prueba de él, menos cuando se trate de actos en que las leyes exigen mayor número.

En igualdad de testigos por ambas partes, el Juez se decidirá por aquellos en quienes concurran más motivos de confianza; y si aun en esto hay igualdad para

pués de declarar que todo el que no tenga impedimento legal está obligado á declarar como testigo (1), la ley ha cuidado también de determinar, con la exactitud posible, quiénes están impedidos, ó mejor dicho, qué testimonios serán inadmisibles, ya sea por razón de una incapacidad general de los testigos, como sucede con los menores de catorce años, los dementes y los idiotas; ya por falta de probidad como los falsificadores, los tahures de profesión; y ya, por último, por razón del interés que pueda tener el testigo ó su afecto ó amistad

creer en su veracidad, la prueba testimonial se considerará destruída y no habiendo otra plena, se absolverá al demandado.

4.° Entre testigos que afirman un hecho y otros que lo niegan, debe atenderse á los primeros en igualdad de circunstancias.

5.° Para apreciar la veracidad de los testigos, aun cuando tengan los requisitos de la fracción 1.ª, deben los jueces tener presente si los hechos sobre sobre que versan sus declaraciones han podido caer bajo el dominio de los sentidos; si se apoyan en la observación personal de quien los refiere; si la declaración es verosímil; si es hecha con franqueza y sin dudas ni reticencias en las palabras ó sobre las circunstancias de los hechos; si el recuerdo de lo que se refiere está preciso y no hay vacilación para traer á la memoria lo que ha pasado, etc.; pues cuando no sucede así, las declaraciones de dos testigos según la fundada calificación del Juez, tampoco harán prueba plena si no se hallan corroboradas por otras pruebas ó presunciones.

(1) Art. 503 C. P. c. D. F. (519 C. P. c. V.)

para con alguno de los interesados, como sucede con los parientes y paniaguados (1).

Los antiguos jurisconsultos españoles, comprendieron los requisitos á que debe atenderse para dar mayor ó menor crédito á las declaraciones de los testigos en los siguientes versos latinos, muy útiles para ayudar á la memoria:

Conditio, sexus, aetas discretio, fama,
et fortuna, fides; in testibus ita requires.

Diremos, por último, que requiriéndose la unanimidad en el testimonio para que merezca crédito, no por eso debe entenderse que las declaraciones de los testigos no puedan discrepar ni en un ápice, pues por el contrario, tal uniformidad las haría sospechosas.

La unanimidad que se requiere, es en lo substancial del hecho, aun cuando discrepen en algunas circunstancias accidentales. Esto quiere decir, que si los testigos de una parte están de conformidad en el hecho que declaran, se entiende en lo substancial; y la de las otras difieren, también en lo substancial, aquellos merecerán la fe, que deberá negarse á éstos.

Es también oportuno recordar aquí, la doctrina antigua de la jurisprudencia, relativa á la diversidad que puede haber en las declaraciones de los testigos. Aunque esta materia

(1) Art. 504 C. P. c. D. F. (520 C. P. c. V.)

será explicada con mayor amplitud cuando hablemos del testimonio en materia criminal, es conveniente dar á conocer en este lugar lo que se ha dicho acerca de la diversidad en las declaraciones de los testigos, copiando las siguientes palabras de Caravantes:

«La singularidad en los testimonios, dice este autor, puede ser de tres maneras: diversificativa, adminiculativa, ó acumulativa, y obstativa ó adversativa.

Existirá la primera, cuando los testigos declaran sobre diversos hechos, que aunque no son contrarios ni repugnantes entre sí, no se ayudan el uno al otro por ser indiferentes, v. g., si un testigo dice que Pedro prestó á Juan 200 reales, en tal día y en tal parte, y otro que le prestó mil, en otra parte. Claro está que una y otra declaración pueden ser verdaderas ó falsas, y que cada una de ellas tendrá la fe que separadamente merezca, sin que la una añada nada á la fuerza probatoria de la otra.

Acumalativa, cuando los hechos acerca de los cuales declaran los testigos, son diversos; pero se ayudan mutuamente, para probar aquello que se controvierte, v.g., si uno dice que oyó á Juan prometerle á Pedro que le entregaría cien pesos á una hora determinada, y otro vió á éste con los cien pesos en la mano á la misma hora. Estas declaraciones no se destruyen, antes bien se corroboran; y cuando el he-

cho es sucesivo, continuo ó genérico, pueden constituir un prueba completa, porque todos se dirigen al mismo fin. Por el contrario, si se trata de un hecho especificado y que consiste en un solo acto, cada una de las declaraciones tendrá el crédito que merezca, considerada independientemente.

Por último, se llama obstativa, la diversidad que consiste en la oposición en las declaraciones de dos testigos, de tal manera, que envuelva contradicción, como si uno dijera que la cantidad prestada se entregó al deudor en tal paraje y á tal hora, mientras el que otro dijera que la misma cantidad fué entregada en otra hora y en otro lugar diverso. Claro está que tales declaraciones ningún crédito merecen (1).»

En el Tratado de Pruebas de Benthan, se encuentran observaciones muy sensatas acerca de los vicios que invalidan la prueba testimonial y los medios que pueden emplearse para evitarlos; pero nosotros no creemos necesario transcribir aquí las teorías de este ingenioso escritor, tanto por no hacer demasiado difusa nuestra enseñanza, como porque las observaciones de que hablamos, serán más oportunas cuando tratemos de los testigos en materia criminal.

(1) Caravantes; obra citada.

Refiriéndonos ahora á la manera de producirse esta prueba en los juicios civiles, diremos que esta cuestión no carece de importancia. Lejos de eso, la tiene y muy grande, pues fácilmente se comprende que de la manera como los testigos sean interrogados; del tiempo que se les dé para contestar, de la presencia ó ausencia de las partes, etc., dependerá en muchos casos que se produzcan con verdad. Si en esta materia la ley no tomara las precauciones que el bnen sentido y la experiencia aconsejan, sucedería frecuentemente que los jueces se verían inducidos á error por las declaraciones falsas, vagas ó incompletas de los testigos, prescindiendo de la buena ó mala fe con que estos dieran su testimonio.

Benthan, en la obra citada, enumera hasta cinco formas, en que puede presentarse el interrogatorio, discutiendo á la vez las ventajas del que llama oral, y que consiste en la prontitud de las respuestas, en la separación de ellas y en la presencia del Juez. Esta última circunstancia puede concurrir también en las demás formas de interrogatorio (1).

(1) He aquí las cinco formas de interrogatorios que Benthan enumera:

1.º Interrogatorio oral en presencia del juez y de las partes, en audiencia pública, como se verifica en los jurados.

2.º Interrogatorio oral hecho por el juez privadamente, ausentes las partes.

Nosotros, refiriéndonos á las maneras como entre nosotros se ha producido la prueba testimonial, en materia civil, sólo señalaremos tres formas, advirtiendo que en las tres, los interrogatorios son escritos, y las respuestas verbales, dadas en el acto del examen, previa la protesta de decir verdad.

Según la antigua legislación española (leyes 7.ª, tít. 4.º y 26, tít. 16, Part. 3.ª), presentado el interrogatorio y citada la parte contraria, el Juez procedía al examen de los testigos, recibiéndoles su declaración separadamente y en presencia del escribano ó secretario, que estaba obligado á guardar el más riguroso secreto. La parte contraria solo tenía el derecho de presenciar el acto en que se les recibía juramento, y tanto los interrogatorios como las respuestas que á ellos daban los testigos, eran reservados con el mayor cuidado en lo que se llamaba cajón de secretos del juzgado, hasta que se hacía la publicación de pruebas (1).

3.º Interrogatorio oral ante el juez, ausentes las partes, pero públicamente.

4.º Interrogatorio oral por delegado elegido por las partes.

5.º Interrogatorio secreto á manera de carta.

Estas formas pueden combinarse, formándose, por ejemplo, un sistema que consista en respuestas verbales á preguntas escritas.

(1) Es curioso observar que esta práctica se debió

Esta práctica prevaleció hasta la promulgación de los códigos modernos, uo obstante los inconvenientes de que adolecía y que los autores de Derecho teórico práctico, no dejaron de señalar, y de la práctica contraria seguida por los tribunales eclesiásticos.

Caravantes, después de referir alguna otra innovación introducida por la ley de enjuiciamiento civil español, dice las siguientes palabras, que nos dan á conocer con toda claridad lo que antes se practicaba y lo que se practica en la actualidad:

«La otra innovación introducida por el artículo 307, dice, se refiere á la copia que manda dar del interrogatorio á la parte contraria á la que lo formó. Según la práctica anterior, solo se notificaba al contrario el auto de presentación y admisión del interrogatorio, citándole para la prueba; pero se reservaban cuidadosamente los interrogatorios, para que aquél no pudiera verlos. De esta práctica, contraria á lo prescripto por el derecho canónico sobre darse translado recíproco á las partes, de los interrogatorios de preguntas, y á todas luces

---

á un error en el significado de las palabras, según enseña Escriche. Las palabras *testes intrare judicii secretum*, de que se servía el Código, (Tít. de Testibus) no significaban que los testigos se examinasen secretamente, sino en el gabinete del juez, que es lo que significaba la palabra *secretum*.

inconveniente, se dolía ya Febrero diciendo: del interrogatorio de cada parte parece conveniente y deberá darse translado á las otras partes, para que en su vista formen otro de preguntas, á fin de que los testigos expongan mejor los hechos y la razón de sus dichos, y para hacerlos variar y apurar si vienen ó no sobornados; doctrina que reprodujeron en las reformas de esta obra, los Sres. Gutiérrez, Tapia, Goyena, Montalván y otros. También abogaba por la comunicación á las partes de los interrogatorios de preguntas, el Sr. Hevía Bolaños en su Curia Filípica, y hasta el Legislador habría ya sancionado esta doctrina en la ley de enjuiciamento mercantil.»

«No es, pues, de admirar, que la ley de enjuiciamiento civil la haya adoptado también en su anhelo por introducir en nuestros procedimientos judiciales lo más conveniente y adaptable á nuestra actual organización judicial, el sistema de publicidad de las pruebas.»

Las palabras que acabamos de copiar nos han dado á conocer el sistema actual de producirse la prueba testimonial, que consiste en que una parte presente su interrogatorio escrito, del cual se da traslado á la parte contraria para que formule un contra-interrogatorio, también escrito, procediendo en seguida el Juez á examinar á los testigos, separadamente, uno

después de otro; pero en presencia de ambos litigantes, si quieren asistir á la diligencia.

Esto es, en efecto, lo que determinan los Códigos vigentes, pero no siempre ha sido así. En tiempo en que regía en Veracruz el Código de 1869, se recibía la prueba testimonial de la manera que vamos á explicar. Esta forma es la segunda de las que hemos enumerado antes.

Consistía esta, en que cada uno de los litigantes presentara sus interrogatorios, los cuales tenían el carácter de reservados, y permanecían en el secreto del juzgado hasta el momento del examen. Al procederse á este, se daba lectura á uno y otro interrogatorio por el Juez, en voz baja, y procedía á hacer a los testigos las preguntas conducentes: primero las del interrogatorio del actor y después las del interrogatorio del reo. Los testigos se examinaban cuando eran varios alternativamente, y separados unos de otros, esto es, uno del actor y otro del reo, sin que un testigo pudiera oír lo qne otro había declarado. Este sistema, además de otros inconvenientes, tenía el de ser muy embarazoso, pues un litigante no podía presentar su ínterrogatorio, sin saber si su adversario pretendía hacer lo mismo; y en la práctica sucedía, que maliciosamente cada uno de los dos contendientes se reservaba para última hora la presentación de la prueba testimonial, con la esperanza de que su adversario,

que estaba obligado á presentar la suya al mismo tiempo, no tuviera lugar de prepararla.

La tercera forma, consiste en la presentación de los interrogatorios escritos, de los cuales se da traslado á la otra parte, para que á su vez formule los contra-interrogatorios y en el examen de los testigos, conforme á los interrogatorios y contra-interrogatorios presentados, sin la asistencia de los interesados.

La forma adoptada por los Códigos modernos, parece ser la que menos inconvenientes presenta, y la que garantiza mejor el derecho de los dos litigantes.

La comunicación que se da á otro litigante del interrogatorio presentado por su adversario y el secreto que debe guardarse acerca de las repreguntas (1) (art. 528), son los medios que la ley ha encontrado como más á propósito para descubrir si los testigos se han producido con verdad; pero como las repreguntas versan muchas veces sobre hechos no comprendidos en el interrogatorio de la otra parte, esto destruye, en concepto de algunos, la igualdad que debe haber entre ambos litigantes.

Para que se comprenda mejor la fuerza de esta observación, copiaremos aquí las siguientes palabras, tomadas de una Memoria escrita por un joven abogado, bastante versado en los

(1) 512 C. P. c. D. F. (528 C. P. c. V.

asuntos judiciales del orden civil, y cuyo trabajo mereció ser premiado en un concurso convocado por el Colegio de Abogados de México, en el año de 1901.

«Generalmente, se lee en este juicioso estudio, la parte que presenta ó que pide que se cite á un testigo, confía en la imparcialidad de éste y aun algunas veces en sus relaciones de amistad con el testigo. Para que el Juez pueda hacerse cargo de la veracidad de éste y de la exactitud de las declaraciones, la ley concede á la parte contraria el derecho de repreguntar, lo que pone el testigo en el caso de explicar todas las circunstancias relativas á los hechos comprendidos en las declaraciones, evidenciando de esta manera si realmente conoce tales hechos.»

«Pero acontece á menudo, que á falta de otros elementos, el litigante se ve obligado á recurrir al testimonio de una persona que le es hostil; en tales casos, el contrario, so pretexto de repreguntar al testigo, le interroga sobre hechos diferentes de los que fueron objeto del primer interrogatorio, obteniendo la ventaja de que respecto de los nuevos hechos, será imposible que el primer litigante haga declarar al testigo circunstanciadamente.»

«Supuesto que los litigantes tienen el derecho de hacer comparecer á un tercero para que declare, si uno de ellos lo solicita y el otro

no, toca al primero fijar los puntos sobre que la prueba debe versar, para que su contrario formule todas las preguntas relativas á los mismos hechos, que juzgue necesarios. Es posible que éste último considere conveniente ampliar la prueba á otro hecho; entonces podrá solicitarlo en un término perentorio, precisando las nuevas cuestiones, para que el primero que solicitó la prueba, pueda á su vez repreguntar.»

«En otras palabras, el derecho de repreguntar es el medio que la ley pone á disposición de un litigante, para evidenciar si el testigo se produce con verdad, ó si declara falsamente; y no parece lógico, que al amparo de ese medio, que es una garantía de defensa, el que repregunta tenga el derecho de establecer nuevos hechos, sin que el litigante contrario disponga de medios para demostrar que en la deposición de los nuevos hechos, el testigo no ha declarado la verdad.»

«Las repreguntas deberán contraerse á los hechos comprendidos en las preguntas, y si se quiere obtener la deposición de hechos nuevos, debe ser también bajo la garantía del derecho del contrario, á repreguntar sobre los nuevos hechos.»

La justicia de esta observación nos ha obligado á copiar las anteriores palabras, en las que se pone de manifiesto la desigualdad que hoy se advierte entre los dos litigantes, de los

cuales uno formula el interrogatorio de preguntas y el otro el de repreguntas, y la manera de restablecer la igualdad que entre ellos debe haber. Creemos que, corregido el defecto que hemos indicado, la forma que el actual Código de Procedimientos civiles establece, para la producción de la prueba de testigos, alcanzará un grado más de perfección, disminuyendo los peligros de soborno y sugestión á que tal prueba es tan ocasionada.

Pero la comunicación recíproca de los interrogatorios no sería por sí sola suficiente, si la ley no hubiere tomado algunas otras precauciones que tienden á evitar que los testigos se pongan de acuerdo sobre los puntos acerca de los cuales han sido repreguntados. Dispone, en efecto, el art. 519 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (535 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) que las declaraciones de los testigos se reciban en un mismo día, salvo el caso de que los testigos estén enfermos, sean ancianos de más sesenta años, ó que deban declarar en otro lugar distinto de aquél en que se sigue el juicio, ordenando también que aquellos permanezcan en un lugar determinado hasta que termine la diligencia.

Creemos que esto, tiene por objeto evitar que uno instruya á los otros de lo que se le ha preguntado y de las respuestas que dió.

Vemos, pues, que el Legislador ha cuidado

de determinar con la mayor exactitud posible y hasta en sus más pequeños pormenores, la manera como se debe recibir la prueba testimonial en los juicios civiles; no obstante lo cual, la malicia de los litigantes, burlando la previsión de la ley, y la experiencia de los Jueces, en muchas ocasiones logra obtener con auxilio de preguntas sugestivas cuyo alcance los testigos no comprenden, si no es que se emplean medios igualmente reprobados, declaraciones que no son conformes á la verdad. Los Jueces deben de ser muy escrupulosos en la observancia de los preceptos de la ley relativos á la recepción de esta prueba, y usar con prudencia y discernimiento de la facultad que les concede el art. 520 del Código de Procedimientos civiles (536 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), de hacer al testigo otras preguntas sobre los hechos contenidos en el interrogatorio.

Omitimos, por no ser necesario hacer aquí mención de ellas; las demás disposiciones puramente reglamentarias que este comprende en el capítulo 7.°, tit. 5.°, libro 10.°, que trata de la prueba testimonial. La simple lectura de estas disposiciones basta para comprenderlas.

No debemos, sin embargo, dejar de mencionar, siquiera sea de una manera general, por ser materia igualmente sencilla, en este lugar, la

facultad que la ley concede á cada uno de los litigantes, de tachar á los testigos presentados por su adversario en la contienda judicial, ni de los medios que la ley pone á su disposición para probar las tachas. Este será el último punto de que hablemos en el presente capítulo.

Dijimos antes que una de las condiciones, que debe tener el testigo, es el conocimiento de los hechos y la imparcialidad; ó en otros términos, que la ley rechaza el testimonio de determinadas personas, psr suponer en ellas falta de conocimiento ó parcialidad en favor ó en contra de uno de los litigantes.

Claramente se comprende que de nada serviría que la ley estableciese esa exclusión, si no pusiese al alcance de los contendientes la manera de hacerla efectiva.

Si hubiéramos de fiarnos sólo en el dicho de la persona á quien un testimonio perjudica, no habría testigos que pudieran tenerse como suficientemente instruídos de los hechos, é imparciales, porque á todos se pondrían defectos; si por el contrario, á todos los testigos los hubiéramos de considerar adornados de las cualidades que la ley requiere, nos expondríamos á admitir testimonios incompletos y parciales.

Ha sido, pues, necesario, no admitir como buenas las tachas puestas á los testigos, sino cuando ellos las confiesan ó las prueba el litigante á quien el dicho del testigo perjudica.

Tales diligencias constituyen lo que en la antigua jurisprudencia se llamaba juicio de tacha, que no es otra cosa sino el procedimiento que la ley ha establecido, para que en un espacio de tiempo relativamente corto y con las formalidades debidas, se prueben las tachas puestas á los testigos. El procedimiento es muy sencillo, y según los preceptos de la ley positiva, el juicio de tachas sólo puede abrirse dentro del término que se concedió, para que se recibieran las pruebas, ó dentro de los tres días siguientes, al decreto en que estas se mandaron publicar. No es lícito ponerse otras tachas, sino las que la ley expresamente enumera: y, el número de testigos para probar las tachas no puede pasar de diez; los testigos que para probarlas se presenten, no serán tachables.

El Código contiene, además, otras disposiciones que, por ser demasiado sencillas, no necesitan explicación.

CAPITULO XI

Del reconocimiento y de la inspección del Juez y de la prueba pericial.

Estos dos géneros de prueba, que el Código vigente considera como diferentes, no constituyen, en nuestro concepto, más que uno solo. Los peritos, en efecto, no son otra cosa sino auxiliares del Juez á quien ayudan por medio de sus conocimientos especiales, según la materia de que se trata. Así los consideraba el Código de Procedimientos de Veracruz de 1869.

Háse puesto en duda, según dijimos en el capítulo VII de la Primera Parte de este Tratado, si la inspección ocular y el juicio pericial pueden considerarse como verdaderas pruebas, pues se ha dicho que el reconocimiento que por sí mismo practica el Juez, no viene á ser otra cosa sino la manera de consignar un hecho que cae bajo el dominio de sus sentidos. En cuanto á los peritos, si por medio de sus conocimientos técnicos ayudan al Juez á apreciar un hecho, su dictamen viene á ser una misma cosa que el juicio del magistrado y no se dirige á infundir en el ánimo de éste la convicción de la existencia de un hecho pasa-

do, que es lo que esencialmente constituye la prueba. Por este motivo opinan algunos autores, que el juicio de peritos no debe comprenderse entre los medios de prueba, propiamente dichos.

Tal concepto parece confirmarse con el silencio que acerca de ambos medios guardan algunos de los Códigos civiles al tratar de la prueba de las obligaciones (1).

Pero sea de ello lo que fuere, y teniendo en cuenta que no todos los comentadores participan de la misma opinión, nosotros señalaremos como antecedente legislativo de la inspección ocular, la ley 13, tít. 14, Par. 3.ª, cuyas palabras son estas: «contiendas é pleytos acaecen entre los omes, que son de tal natura, que non se pueden departir por prueva de testigo ó de carta ó de sospecha, á menos que el Judgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda ó el pleyto. E esto sería quando fuera movido pleyto antel sobre términos de algun logar ó en razón de alguna torre ó casa que le pidieren al juez que la ficiera derribar, porque quería caer, ca en cualquiera

(1) Ni el Código Civil francés, ni el proyecto del Código Civil español del Señor García Goyena, ni el Código Civil de Veracruz de 1869, todos los cuales tratan de la prueba de las obligaciones, enumeran entre las diferentes maneras de probar estas, el reconocimiento judicial ni el juicio de peritos.

destas razones non deve el Judgador dar el pleyto por provado. á menos de ver él primeramente qual es el fecho por que ha de dar su juyzio, é en que manera la podrá mejor é más derechamente departir» (1).

Las palabras de esta ley ponen de manifiesto los casos en que hay que ocurrir á este género de prueba, y la necesidad de ella para que el Juez pueda resolver con el acierto debido la cuestión sometida á su decisión, cuando ésta consiste en un hecho que cae bajo el dominio de los sentidos y para cuya estimación no se necesitan conocimientos especiales, pues, como enseña Caravantes, no debe confundirse el reconocimiento que practica el Juez con el practicado por los peritos. El Juez juzga *de visu*, y los peritos dan su dictamen sobre una cuestión de arte ó de ciencia, en que no tiene parte el Magistrado, reservándose sólo apreciar su resultado. Mas no por eso debemos creer que este reconocimiento, por el carácter de subjetivo que se le atribuye, esté exento de solemnidades. Las observaciones que sobre este particular hace el mismo autor, merecen transcribirse aquí para evitar el error en que pudiéramos incurrir. «No basta, dice, que el

(1) Otrosí, dice la Ley 8.ª del mismo Tít. y Part.; hay otra natura prueva, así como, por vista del judgador, veyendo la cosa sobre la que es la contienda.

Juez conozca la exactitud de los hechos ó el estado de las cosas, fuera de sus funciones ó como particular, sino que es necesario que este conocimiento sea el resultado de las diligencias ó procedimientos practicados conforme á la ley, con el carácter de Juez. Es, en efecto, un principio en los juicios, que no basta que la sentencia sea justa, sino que es necesario que se ofrezca á la sociedad con los caracteres que demuestren esta justicia. *Non sufficit ut judex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat.* Puede muy bien sospecharse del Juez como hombre, por la ley que aplica como Magistrado. Si quiere ser testigo, que se quite la toga, que preste el juramento, que se someta á las preguntas de los magistrados y de las partes, que podrán discutir sus declaraciones; pero que no condene por una persuación secreta que no pueden combatir los litigantes y cuyas razones ignora también el público.»

A las razones dichas, hay que agregar otra: la sentencia del Juez podrá ir á un superior por vía de apelación ú otro recurso, y aun puede darse el caso de que el Juez que practique la inspección ocular no llegue á pronunciar la sentencia, porque se separe antes del conocimiento del negocio. ¿De qué serviría entonces el reconocimiento practicado? ¿Qué huellas quedarían de él? Es cierto que para las demás personas que no hayan intervenido personal-

mente en la diligencia, no tendría el resultado de ésta toda la fuerza que para el Juez que la practicó; pero no por eso dejarán de tener importancia los hechos certificados por el Juez, de acuerdo con la realidad de las cosas, en la diligencia de inspección.

En atención á lo dicho el Código vigente cuerdamente ha dispuesto (arts. 499 y siguientes del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal y 510 del Código de Procedimientos de Veracruz), que el reconocimiento judicial se practique siempre con citación de las partes, quienes podrán asistir á ella y hacer por sí mismas, ó por medio de sus abogados, las observaciones que estimen oportunas, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente, que obrará como uno de los elementos probatorios del juicio.

Esta prueba, como que tiene por objeto esencial ilustrar el ánimo del Juez acerca de hechos que caen bajo el imperio de los sentidos y que han existido hasta el momento en que se les hace constar, puede practicarse á petición de una de las partes, ó por decreto del Juez, sin solicitud de ninguna de ellas, si lo estima conveniente. En el primer caso debe promoverse dentro del término legal; en el segundo podrá decretarse con el carácter de *para mejor proveer*, en cualquiera tiempo, antes de que se pronuncie sentencia definitiva.

Hemos dicho al comenzar este capítulo, que en nuestro concepto, la inspección ocular practicada por el Juez y el juicio pericial pudieran confundirse, porque no hay entre aquella y éste una diferencia esencial, y así es en efecto.

Los peritos, como allí dijimos, no son sino los auxiliares del Juez cuando á éste faltan los conocimientos técnicos que fueran necesarios para resolver con acierto la cuestión controvertida.

Así, pues, los peritos y el Juez, aunque personalmente diversos, constituyen, por decirlo así, una sola entidad jurídica, que es la que juzga y decide la controversia: en un caso práctico en que el Juez hubiere condenado á una persona fundándose para ello en el dictamen pericial, sería difícil declarar quién era el autor de la condenación.

Ideológicamente juzgando, y prescindiendo de las fórmulas, podría decirse que no había sido el Juez, porque sus conocimientos hubieran sido insuficientes, y por la ley estaba obligado á oír el parecer de los hombres de ciencia; tanpoco éstos, porque, además de carecer de la autoridad pública, su auxilio sólo había proporcionado uno de los elementos de la resolución judicial, el punto puramente científico, mientras el Juez debió estimar todos los demás elementos para llegar á formular su sentencia. El perito puede decir que existen

tales hechos, mas al Juez toca saber quién los ejecutó, cuándo y de qué manera.

Habiendo, pues, tan estrecha relación entre estos dos géneros de prueba, y en vista también del carácter anómalo que tienen los peritos, la ley positiva ha debido prever todas las emergencias que podrían surgir, y tomar todas las precauciones posibles para garantizar de la manera más eficaz los derechos de los litigantes.

A tres puntos, en nuestro concepto, han dirigídose sus esfuerzos: debiendo tener los peritos una influencia tan grande en la sentencia que se pronuncie, cuando para la estimación de los hechos controvertidos se necesitan conocimientos técnicos, ha sido necesario asegurarse previamente de que los peritos tienen tales conocimientos; pudiendo éstos inducir maliciosamente al Juez en un error, dejándose dominar por sus afectos personales, forzoso ha sido igualmente asegurarse de su imparcialidad; y debiendo, por último, confundirse, por decirlo así, con el mismo Juez, supuesto que el juicio de éste se apoya en los conocimientos de aquéllos, ha sido no menos indispensable que la ley pusiese en concierto estos dos elementos que necesariamente deben figurar en la sentencia y que, cuando menos, declarase cuál de los dos debe prevalecer, si por ventura llegan á ponerse en contradicción. A estas diver-

sas necesidades ha atendido la ley positiva por medio de los preceptos contenidos el el Código de Procedimientos vigente, que vamos á traer á la memoria en este lugar.

Una vez establecido como precepto legal en el art. 468 del Código de Procedimientos civiles del Distritc Federal (478 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), que el dictamen pericial tendrá lugar en los negocios relativos á alguna ciencia ó arte (1), ha cuidado el Código, de asegurarse de que los peritos tienen los conocimientos necesarios, exigiendo que tengan título que les autoricen á ejercer la profesión que les corresponde según la materia acerca de la cual van á dictaminar, y sólo en el caso de que no los haya en el lugar con tal requisito, permite que se nombren personas entendidas en la materia, aunque carezcan de títulos.

Con el fin de asegurarse de su imparcialidad, permite que cada parte nombre el suyo, debiendo ponerse de acuerdo desde que hacen este nombramiento para elegir un tercero, en el caso de discordia; y previendo la ley que pudiera suceder que discrepasen en la designación del tercero, da facultad al Juez para nombrarlo.

(1) ¿No habría sido mejor que la ley hubiera dicho: el dictamen pericial será necesario en tales casos? Las palabras *tendrá lugar* son muy vagas.

El tercero nombrado por el Juez, podrá ser recusado por las partes, si hubiere algunas de las causas especificadas en el art. 490 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (501 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz). Este ordena también que la diligencia se practique en presencia de los interesados y del Juez, quien podrá hacer las observaciones que estime convenientes, sin perjuicio de que los peritos disfruten del tiempo necesario para estudiar la cuestión y extender su dictamen, según las circunstancias del caso. El Código ha resuelto, de una manera clara y terminante, la cuestión que antes se solía promover, preguntando si el tercero en discordia estaba obligado á aceptar el dictamen de uno de los dos peritos discordes. Respetando la opinión que éste haya podido formarse del negocio, decide que no, en su art. 488 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (499 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz).

Las demás disposiciones contenidas en este capítulo del Código, pueden considerarse como puramente reglamentarias, y por lo mismo, no creemos necesario hacer mención de ellas, sobre todo, cuando la tercera de las que antes hemos indicado debe ocupar nuestra atención. ¿Qué ha hecho, en efecto, la ley, previendo que se lleguen á encontrar en conflicto las opinio-

nes del Juez y la de los peritos? ó en otros términos, ¿estará el Juez obligado á seguir el dictamen pericial aunque lo considere erróneo?

Para contestar á esta pregunta, forzoso será citar las opiniones que hasta ahora se han tenido como más seguras en la jurisprudencia, y ver en seguida si en la legislación vigente se encuentra algún texto claro y preciso, que nos permita juzgar si aquellas han sido aceptadas ó no por el Legislador.

En cuanto á lo primero, un jurisconsulto mexicano, censurando el art. 226 del Código de Procedimientos de Veracruz, de 1869, que imponía al Juez la obligación de seguir el dictamen de los peritos, bajo la responsabilidad de éstos, cuando se trataba de un hecho que no podía comprobarse, sino mediante la aplicación de conocimientos especiales, científicos y facultativos, se expresaba en estos términos:

«Todos los juristas, sin discrepar uno solo, al menos los de más nota, enseñan que el Juez en ningún caso está obligado á seguir el dictamen de peritos, trátese de un punto que exija para su apreciación de conocimientos facultativos, ó de un caso que pueda valorizarse con solo el buen criterio común. Si el Juez, bajo su responsabilidad, puede separarse en su fallo de dictamen del asesor letrado en los puntos de derecho que se le han consultado, ¿por qué la autoridad judicial no podrá hacer

lo mismo en los casos sujetos á la opinión de facultativos, aceptando la misma responsabilidad? Sin duda por esto la regla de derecho dijo:

«*Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*, con lo que quedan definitivamente fijados los límites de la autoridad de los peritos y del Juez, pues aquellos no tienen otro carácter, como antes hemos visto, que el de asesores ó consejeros, y el Juez el de la investidura del derecho para apreciar tales consejos, para aprrciar las noticias útiles que contienen y juzgar según las luces de su conciencia.»

«Dalloz, continúa diciendo el autor del párrafo que antecede, califica de monstruosa la regla contraria, de que el juicio de los peritos debe ligar al Juez, cuya regla adoptó la antigua jurisprudencia francesa, y hoy el art. 323 del Código de Procedimientos de la misma nación y el 236 del de Holanda, sancionan expresamente que los jueces no están obligados á seguir el parecer de los peritos cuando se opone á ello su convicción. Esto mismo se deduce de la ley 118, tít. 18, Pa. 3.ª, citada en la observación del anterior artículo sobre cotejo, que no estima acabada prueba el cotejo de letras, á pesar del uniforme juicio de los peritos, que pueden equivocarse, deduciendo de esto, que por identidad de razón, siempre que el hecho sometido al juicio pericial requiera

conocimientos de ciencia, arte ó profesión, que por hallarse poco adelantada, ó que por haber motivo para creer que los peritos carecen de suficientes conocimientos en ella para formar un juicio exacto, se teman errores ó equivocaciones, el Juez, graduando la fuerza legal de esta prueba, puede separarse de los dictámenes, aún conformes. «Puede citarse en comprobación un caso, ocurrido en Francia, referido por Escriche en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, artículo «Monedero falso,» en el cual caso el dictamen unánime de unos peritos sobre la calidad de unas monedas reputadas falsas y reconocidas después de la sentencia como legítimas, expuso á los acusados á sufrir una terrible pena inmerecida» (1).

Hemos copiado las anteriores palabras por ser de un jurisconsulto mexicano y por tratarse de un Código que si hoy no rige, estuvo vigente muchos años en el Estado de Veracruz; pero no nos parece que tales observaciones puedan aceptarse, sino con algunas reservas. Es cierto, como veremos después, que la opinión de los jurisconsultos españoles en favor de la independencia del criterio del Juez, para aceptar ó no el juicio de los peritos, era lo más general y estaba casi unánimemente reci-

(1) D. Blas José Gutiérrez. Código de la Reforma. Tomo. 2.º, pág. 498.

bida; pero no por eso deberán tenerse los peritos como simples consejeros en aquellos casos en que la existencia del hecho no se pueda probar, sino mediante la aplicación y ejercicio de conocimientos especiales científicos ó facultativos, que es el caso de la ley.

En segundo lugar, hay que distinguir entre los juicios criminales y los civiles. En aquellos creemos que el Juez debe apurar la averiguación por cuantos medios estén á su alcance, para evitar errores como el que refiere Escriche; y con ese motivo podrá no conformarse con el dictamen de unos peritos y nombrar otros nuevos para ilustrar mejor su criterio. Pero no se puede decir lo mismo de los juicios civiles, en los cuales la parte favorecida por el dictamen pericial, tendría razón para quejarse de tal procedimiento.

Además, si el dictamen de los peritos es uniforme, como que cada parte nombra su perito, ni los mismos litigantes á quienes perjudicare, podrían rechazarlo; y si por no haber conformidad, se había nombrado un tercero, habría que distinguir si el dictamen de éste era de acuerdo con uno de los peritos nombrados antes, ó era diverso del de ambos.

En el primer caso, el Juez no podría rechazar el dictamen pericial siempre que se encontrase en el caso de la ley, esto es, cuando los conocimientos técnicos fueran indispensables;

en el segundo, opinamos que podría nombrar nuevo perito, en vista de la diversidad de pareceres, pues su conciencia no habría sido suficientemente ilustrada.

Debemos añadir que si bien las razones dadas por el autor de las doctrinas que hemos copiado, no nos convencen, porque no se pueden equiparar los peritos á los simples consejeros; ni es cierto, en el estado actual de nuestra legislación, que los jueces legos tengan libertad para aceptar ó no el dictamen de los asesores; no por eso negamos que tal doctrina no haya tenido aplicación tratándose de los juicios civiles, aunque con algunas atenuaciones, como vamos á verlo.

Caravantes, en su comentario á la ley de enjuiciamiento civil, dice: «es regla admitida en general, que el Juez no se halla obligado á seguir el dictamen de los peritos, esto es, que no constituye éste prueba completa.»

Funda su opinión en consideraciones análogas á las que hemos expuesto anteriormente, y termina diciendo: «mas cuando el punto exigiese conocimientos que se consideraran dar resultados exactos y los peritos llamados á dar su dictamen fuesen personas acreditadas en aquellos, y estuviesen todos unánimes, debe atender el Juez á su parecer, pues así lo aconsejan las reglas de la sana crítica.»

«Si hubiere discordia, dichas reglas aconse-

jan al Juez inclinarse al dictamen del mayor número, y siendo el número igual al de los más inteligentes, ancianos ó prácticos en la materia; y en igualdad de circunstancias á los que favorecen al demandado; y aun opinan, no sin fundamento, los autores, que si la ventaja en el número fuere de uno solo, y los que componen la mayoría no tuvieren fama de inteligentes ó prácticos, y sí los que forman la minoría, deberá inclinarse el Juez al dictamen de ésta.»

Adviértase que tratamos aquí de la apreciación del Juez, aplicada solamente al dictamen pericial, pues éste perderá más ó menos de su fuerza, según que fuere más ó menos desvirtuado por las demás pruebas, puesto que es regla general que el juicio de peritos deja entera la defensa.

Los Sres. Manresa y Reus, refiriéndose á la ley española de enjuiciamiento civil, dicen lo siguiente: «Ni nuestra antigua legislación, ni la presente ley, determinan el valor que debe darse al juicio de peritos, y de aquí la cuestión suscitada entre los Jurisconsultos acerca de si el Juez deberá seguir forzosamente el dictamen de éstos, ó si podrá darle el valor que crea le corresponde, según las reglas de la crítica racional, cuestión de grande importancia y que es necesario resolver según los buenos principios á falta de disposición legal terminante.»

«Si los peritos tuvieran realmente el carác-

ter de *jueces de hecho*, la cuestión se resolvía fácilmente: *el Juez de derecho* no tendría otra misión que aplicarlo al hecho declarado por los peritos; y por lo tanto, habría de seguir siempre su dictamen para la apreciación de los hechos. Pero como la ley no les concede aquel carácter, por más que sus funciones tengan alguna semejanza con el mismo, para el efecto de que se trata, no pueden ser considerados sino como testigos especiales, cuyo dicho merece indudablemente más crédito que el de los testigos ordinarios, por estar fundado en su ciencia, pericia ó conocimientos especiales sobre la materia. De aquí se infiere que merecerá más ó menos crédito el juicio de los peritos, según sea mayor ó menor su inteligencia y conformidad, y que el hecho se preste por su naturaleza á la apreciación exacta de los conocimientos facultativos» (1).

«De estos racionales principios, que cuentan con el apoyo del sentido común y de la experiencia, deduciremos las reglas que en nuestro concepto deben seguir los jueces para apreciar este medio de prueba. Si el juicio de peritos versase sobre hechos que no pueden sujetarse á una demostración exacta y precisa, sino que han de deducirse por presunciones, conjeturas

(1) Obra citada. Caravantes. Lib. 2.º, tít. 6.º, sec. 5.ª, pár. 70.

ó probabilidades, como entonces su dictamen no pasa de ser una opinión más ó menos aproximada á la verdad, el Juez le dará el valor que juzgue procedente, según las reglas de la sana crítica, siguiendo lo que diremos en el comentario del artículo respectivo, referente á las declaraciones de los testigos y teniendo para ello muy en cuenta las razones científicas que expusieren. Si, además, estos hechos fueren de tal naturaleza que el Juez pudiera apreciarlos por sí mismo, en ninguno de estos casos estará obligado á seguir el dictamen de los peritos, aunque estén contestes y libres de toda excepción, como terminantemente lo ordena el artículo 290, respecto del cotejo de letras.»

«Cuando los hechos sean de tal naturaleza que puedan someterse á la apreciación exacta de los inteligentes en la ciencia ó arte á que pertenezcan, y los peritos estuvieren contestes en su dictamen científico y razonado, como debe serlo, entonces el Juez habrá de seguirlo, teniendo por probados plenamente aquellos hechos para la aplicación del derecho. Así se deduce de la ley 8.ª, tít. 14, Par. 3.ª Pero si los peritos discordaren, como esto da á entender, ó que el hecho no está sujeto á demostración exacta, ó que alguno de ellos no ha sabido apreciarlo, el Juez podrá dar á sus declaraciones, como en el caso antes dicho, el valor que estime procedente, según las reglas de la

crítica racional, y con sujeción al art. 317, si bien dando la preferencia al dictamen de la mayoría, si la hubiere, cuando de las demás pruebas no encuentre motivos racionales y fundados para proceder de otra manera» (1).

En estas doctrinas parecen haberse inspirado los autores del Código de Procedimientos de 1869, cuyos artículos relativos copiamos como nota al pie de esta página (2).

---

(1) Obra citada. Manresa y Reus, íd. Comentarios al art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento española.

(2) Los artículos relativos del Código de Procedimientos del Estado de Veracruz, de 1869, dicen así:

Art. 225. Los Jueces sólo acudirán al juicio de peritos en los casos previstos por esta ley y en aquellos en que necesiten inevitablemente el auxilio de conocimientos facultativos para la demostración de un hecho perteneciente á la causa, ó para la apreciación ó calificación del mismo hecho ó estimación de alguna cosa.

Art. 226. Cuando la existencia del hecho no se pueda comprobar sino mediante la aplicación y ejercicio de conocimientos especiales científicos y facultativos, el hecho se tendrá como demostrado con la naturaleza y calidad que le dé el dictamen pericial, bajo la exclusiva responsabilidad de los peritos; pero el Juez, con toda independencia y libertad, debe hacer las apreciaciones y aplicaciones legales á que las constancias de los autos dieren lugar.

Art. 227. Cuando para comprobar la existencia de un hecho, no sean esenciales los conocimientos de que habla el artículo anterior, sino que se trate de cosas cuya apreciación puede estar al alcance de toda persona medianamente ilustrada, ó cuando por falta de

En ellos se encuentra claramente establecida la diferencia que notan los autores citados, cuando se trata de un punto exclusivamente científico, y de otro que no lo sea en realidad.

Aun en cuanto al primero, dice el Código, respetando la independencia del criterio judicial, que no obstante que debe tenerse el hecho como demostrado en la naturaleza ó calidad que le dé el dictamen pericial, bajo la exclusiva responsabilidad de los peritos, el Juez deberá hacer con toda independeucia y libertad, las apreciaciones y aplicaciones legales á que las constancias de los autos diesen lugar (1).

El Código vigente no contiene disposiciones tan explícitas, y deja al arbitrio del Juez la apreciación del juicio pericial, con lo cual puede decirse que han sido sancionadas las doc-

---

peritos se hayan nombrado personas más ó menos entendidas, el dictamen de los peritos sólo servirá al Juez como un medio para formar su juicio, sin que tenga obligación de sujetarse á él en su sentencia.

(1) Dalloz dice: Los Jueces gozan de un poder discrecional en esta materia: la Jurisprudencia lo ha reconocido así muchas veces. Se ha resuelto que dependía de ellos, ordenar un nuevo reconocimiento pericial si el practicado antes no les parecía suficiente, y por el contrario, se ha juzgado también que pueden rehusar un nuevo reconocimiento que se les ha pedido cuando con el primero juzgaban suficientemente ilustrado su criterio.

trinas que hemos citado, pues no creemos que haya un Juez tan mal aconsejado por su amor propio, que prefiera su propio criterio al de los hombres de ciencia en un asunto exclusivamente científico, así como tampoco encontrará inconveniente en hacer aplicación de sus conocimientos especiales, como hombre, cuando se trate de hechos que, cayendo bajo el dominio de los sentidos, han podido ser apreciados por él y para los que bastan los conocimientos ordinarios en toda persona ilustrada. El artículo relativo de nuestro Código, dice: «Los avalúos harán prueba plena. La fe de los demás juicios periciales, incluso el cotejo de letras, será calificada por el Juez, según las circunstancias.»

En algunos Códigos se ha considerado como un género de prueba especial, aunque imperfecta, el cotejo de letras, y así lo hizo también e de Procedimientos del Estado de Veracruz, de 1869.

No vemos razón para ello, pues cuando se duda de la autenticidad de una firma ó de un escrito, bien porque la niegue el que se supone que es su autor, ó porque haya muerto ó desaparecido, en realidad se trata de un simple caso de peritos, que debe resolverse como los demás casos de su especie.

Diremos que ha habido dos razones para que la ley hiciese mención de él, de una manera

especial, y son: primero, la conveniencia de señalar para el cotejo que por necesidad tiene que hacerse, un escrito de cuya autenticidad no pueda dudarse; y segundo, la falibilidad de esta prueba.

El Código de 1869, considerando el cotejo de letras como una prueba semiplena, determinó los documentos con los cuales deberá cotejarse el escrito de cuya autenticidad se dude; y respecto de la fe que debe atribuirse al dictamen pericial, estableció estas reglas (artículo 653): «El Juez hará por sí mismo la comprobación, después de oir á los peritos revisores, y no tendrá que sujetarse á su dictamen. En ningún caso el cotejo de letras, sea cual fuere el resultado, podrá considerarse como prueba plena por sí solo.»

Creemos que lo mismo deberá decirse ahora, supuesta la apreciación que, atendiendo á las circunstancias, debe hacer el Juez, del dictamen pericial, según los artículos del Código vigente que citamos poco antes.

CAPITULO XII

De la fama pública y de las presunciones

Poco tenemos que decir acerca de la fama pública, género de prueba que el Código veracruzano de 1869, enumera entre las semiplenas, y que el vigente de Procedimientos civiles en su art. 387, lo mismo que el del Distrito en el 375, cuenta entre los medios que se pueden emplear en juicio para demostrar la existencia de un hecho, atribuyéndole la misma eficacia que á las demás pruebas, cuando reune los requisitos que el mismo Código establece y que después mencionaremos.

La palabra *fama*, según los etimologistas, se deriva del verbo latino *fur faris*, cuyo gerundio es *fando*, y significa hablar. En el lenguaje común se confunde con la nombradía, reputación ó buen concepto de que disfruta una persona; pero considerada como elemento probatorio en un juicio, se toma como el medio de probar la opinión común ó creencia que tienen todos los vecinos de un pueblo ó la mayor parte de ellos, acerca de un hecho, afirmando haberlo visto ú oído referir á personas verídicas y fidedignas, que lo presenciaron.

Cuando esta opinión ó crencia está reduci-

da á un corto número de personas, no sería fama sino rumor, el cual se diferencía de la fama, según nuestros antiguos prácticos, en las cuatro circunstancias siguientes que señala Escriche.

1.ª En que no hay fama sino cuando toda la población, ó la mayor parte de ella, afirma alguna cosa, según dijimos antes.

2.ª En que la fama propiamente dicha trae su origen de personas ciertas y determinadas, mientras que el rumor es vago en su origen y no se sabe de dónde procede.

3.ª En que el rumor, aun en las relaciones comunes de la vida, casi no merece crédito y la fama sí.

4.ª En que la fama va creciendo con el tiempo, *vires adquirit eundo*, que decía el poeta; al paso que el rumor, por el contrario, se va desvaneciendo con el transcurso de los años.

Por más que estas diferencias sean claras y estén bien determinadas en las palabras que acabamos de copiar, se ve desde luego cuán difícil es, cuando se llega á la aplicación práctica de tales doctrinas, distinguir la fama pública de los rumores infundados, que no son muchas veces, más que el eco de una sola voz, que repetida hasta lo infinito por una mutlitud inconsciente, llega á presentar con ciertas apariencias de verdad, hechos notoriamente falsos á la vista del buen sentido.

Por este motivo, este género de prueba no podrá ser admitido en materia criminal como una prueba verdadera, y sólo se considera como presunción, según la fracción III del artículo 219 del Código de Procedimientos penales del Distrito Federal.

Mas no sucede lo mismo en el Derecho civil, en el cual, aunque con algunas restricciones, encontramos admitida la fama pública como medio de prueba en el Derecho romano y en el Código de las Partidas.

Los Códigos modernos también la admiten según hemos dicho antes; y el vigente requiere para aceptarla como prueba, que reuna las condiciones siguientes:

1.° Que se refiera á una época anterior al principio del pleito en que se pretende hacer valer para demostrar un hecho.

La razón es clara; de otra suerte sería fácil que las mismas personas interesadas en el litigio, hubieran hecho nacer una creencia que, generalmente aceptada, pudiera no ser conforme á la verdad.

2.° Que haya tenido su origen en personas tenidas como honradas, fidedignas é imparciales. Según esto, el testigo que declare según la fama pública, deberá decir por conducto de qué personas supo el hecho acerca del cual declara, y también el concepto que estas personas hayan merecido.

3.° Que sea constante, general y uniforme en la población donde se supone que aconteció el suceso que se trata de averiguar. Si hubiere variedad substancial en el modo de referirlo, habrá motivo para dudar de la verdad del hecho.

4.° Que no tenga por fundamento las preocupaciones religiosas ó populares ni el espíritu de partido, sino que se pueda considerar como una tradición racional, ó descanse en algunos hechos, que aunque sea indirectamente, la comprueben (1).

Por lo dicho, se viene en conocimiento, no sólo de la falibilidad de esa prueba, sino también de los pocos casos en que se ofrecerá ocurrir á ella. Los autores dicen que tendrá lugar en hechos muy antiguos, cuando razonablemente se pueda suponer que los documentos se han perdido ó han sido destruídos con el transcurso del tiempo; y también cuando se trate de probar la ausencia ó fallecimiento de una persona que ha desaparecido de un lugar sin que se tenga noticia cierta de su paradero.

De estos dos casos, el primero puede todavía ocurrir en las cuestiones de límites entre dos propiedades rústicas, y con más frecuencia en las de jurisdicción entre dos secciones del territorio, que tengan una existencia indepen-

(1) Art. 533. C. P. c. D. F. y 549 C. P. c. V.

diente la una de la otra, como dos Municipios, dos Cantones ó Distritos y aun dos Estados de la Federación. En este caso se ocurre á la prueba de la fama pública, de tiempo inmemorial; pero este medio de prueba es muy peligroso, porque los que atestiguan acerca de ella, son los mismos interesados en la contienda, como vecinos del pueblo ó municipio que la sostiene. Hay que decidir estas cuestiones por medio de documentos ó por la posesión actual, sirviéndose de la fama pública sólo como adminículo para robustecer otras pruebas; y eso no siempre, por el motivo que hemos dicho.

En cuanto al segundo caso, esto es, en cuanto á la fama pública como medio de probar la prolongada ausencia de un individuo de un lugar, sin saberse su paradero, ó su fallecimiento, que era el caso de la ley de Partida, poca aplicación puede tener actualmente, supuestos los medios de publicidad de que hoy podemos disponer y que antes eran tan difíciles de emplear. En los títulos del Código civil, relativos á la declaración de ausencia y á la presunción de muerte del ausente, se encuentran determinados los trámites que en tales casos deben seguirse.

La ley requiere que la fama pública se pruebe cuando menos por tres testigos, que sean no sólo mayores de toda excepción, sino que por su edad, por su inteligencia y por la inde-

pendencia de su posición social, merezcan verdaderamente el nombre de fidedignos, quienes deben decir, además, á qué personas oyeron referir el suceso, y las causas probables en que descanse la creencia general.

Al tratar en este capítulo de las presunciones, que es el último entre los medios de prueba que enumera el Código vigente, conviene establecer primero ciertos principios generales, que nos servirán para comprender mejor esta materia; y sobre todo, para ver si en lo general los preceptos del Código están en armonía con las reglas de la sana crítica. Ya al hablar de la prueba testimonial, vimos cómo la ley positiva abandona en gran parte la estimación de esta prueba al criterio del Juez, ilustrado por los consejos del buen sentido, puesto que resuelve que se atienda más á la calidad que al número de los testigos, etc. Podemos afirmar lo mismo de las presunciones, en vista del art. 558 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz, que literalmente dice: las presunciones judiciales no están sujetas á otras reglas que las del criterio humano. Este concepto se encuentra más ampliamente aplicado en el art. 582 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz (567 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal), que faculta á los Jueces para juzgar del valor de las presunciones humanas según la natura-

leza de los hechos, y el enlace más ó menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca.

Es harto sabida la definición que de las presunciones dan los prácticos y la división que de ellas hacen: definición y divisiones que el Código vigente ha aceptado substancialmente, cuando en su art. 536 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (552 del Codigo de Procedimientos civiles de Veracruz), dice: «presunción es la consecuencia que la ley ó el Juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal, la segunda humana. (1).

A su tiempo veremos la diferencia que hay entre ellas en cuanto á su eficacia probatoria. Por ahora, hablando de las presunciones en términos generales, la primera observación que tenemos que hacer es, que en sentir de algunos

(1) *Præsumptio, dicta a dictione præ, id est, ante, et sumptio, hoc est, ante sumptio, quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero. Menochius*, Lib. 1.º, *Quæstio* 7.ª, N.º 4.

El mismo autor explica en estos términos la significación de las denominaciones, presunciones *juris tantum* y *juris et de jure*, con que nuestros prácticos distinguían las presunciones legales: *Præsumptio juris dicitur quia a lege introducta est, et de jure quia super tali præsuntione lex introduxit firmum jus et habet eam pro veritate.*

autores, ni unas ni otras, esto es, ni las presunciones legales ni las humanas, pueden en rigor considerarse como pruebas, motivo por el cual no se encuentran enumerados con ese carácter en algunas leyes modernas. La de enjuiciamiento civil de España no las cuenta entre los medios de prueba de que se puede hacer uso en los juicios; y los Sres. Manresa y Reus, explicando la razón que para ello tuvo el Legislador, se expresan en los términos siguientes, los cuales nos permitimos copiar en este lugar, porque nos sirven para explicar desde ahora las dos clases de presunciones legales de que hablaremos más adelante.

En cuanto á la presunción ó conjetura que el Juez deduce de un hecho conocido acerca de otro desconocido ó incierto, se lee en el comentario escrito por los jurisconsultos citados, es necesario distinguir si es de la *ley* ó del *hombre*. Presunción legal ó de derecho, es la que se halla determinada expresamente por la ley y la dividen los autores en presunción simplemente de *derecho (juris tamtun)*, ó de *derecho* y por *derecho (juris et de jure)*, para el efecto de establecer que esta produce en todos casos prueba plena, y que aquella se tiene por cierta mientras no se pruebe lo contrario. Colocan entre las últimas la presunción de que salió á luz primero el varón que la hembra. cuando los dos nacieron de un parto; que mue-

re primero la mujer que el marido, y estos dos antes del hijo mayor de 14 años, cuando perecen juntos en un incendio, naufragio ó en otra calamidad semejante; y la de que son legítimos los hijos habidos en una mujer casada, aunque ella afirme que no son de su marido; pero como en todos casos puede admitirse prueba en contrario, según se deduce de las leyes citadas, queda sin objeto aquella división.»

«De todos modos, resulta de las anteriores indicaciones, que la presunción de derecho no es un medio de prueba, según ya hemos dicho; sino la declaración que hace la ley del derecho de las partes para el caso en que no sea posible justificar los hechos en que había de fundarse ese derecho. Tampoco lo es la presunción de hombre; lo serán los medios empleados para justificar los accidentes ó circustancias que induzcan al Juez á formar su juicio ó presunción sobre los hechos desconocidos ó inciertos de cuya averiguación se trata; presunción que será más ó menos vehemente ó probable, según sea mayor ó menor la relación y conexidad del hecho incierto con el justificado del cual se deduce. Véase, pues, con cuánta razón la nueva ley, separándose de la doctrina que sientan la mayor parte de los autores, y de lo que dice la ley VIII, tít. 14, Part. 3.ª, no ha colocado la presunción entre los medios de prueba, porque en realidad no lo es, por

más que el fallo pueda y deba fundarse en ella en algunos casos, sobre todo siendo de derecho. Podrá juzgarse por presunción; pero no articularla como medio de prueba, y esto mismo lo confirma el ejemplo de Salomón, *dividatur ifans*, que tiene la ley de Partida antes citada»(1).

La segunda observación que tenemos que hacer es relativa al valor legal de las presunciones. Aunque refiriéndose á la materia penal, no nos parecen desacertadas las siguientes observaciones que encontramos en un artículo inserto en un periódico de Jurisprudencia. «Esta prueba, se dice en él, ha sido vista con desprecio por los Legisladores y los Jurisconsultos, al mismo tiempo que sólo aprecian la de testigos, sin advertir que como dice muy bien el sabio canciller D'Aguesseau, toda prueba es de presunciones, á excepción de aquello que consta al Juez por sus propios ojos. ¿Por qué se da fe á lo que dicen los testigos mayores de toda excepción? Porque se presume que unas personas de honor, de conciencia y de sentido común, no se han de haber engañado; además, si ningún interés los liga con las partes, es también muy presumible que no mientan. Véase cómo la célebre prueba de los testigos fidedignos estriba puramen-

(1) Obra citada.

te en presunciones. Lo mismo puede decirse de la confesión y de las escrituras públicas (1).

Sin necesidad de dar á las palabras que acabamos de copiar mayor autoridad que la que puedan merecer, según el juicio que acerca de su verdad se formen nuestros lectores, sí podemos afirmar que la prueba de que venimos hablando, no es, aun en materia civil, de tan poca importancia como á primera vista pudiera creerse. Casos hay en los cuales casi no se puede juzgar si no es por medio de presunciones más ó menos fundadas, como son los de simulación, de que hablamos en el capítulo V de la primera parte de este Tratado. Lo mismo puede decirse del dolo y del fraude que interviene en algunos contratos: «*Dolum ex indicis precipue probari convenit*, decía una ley romana.

Esto nos demuestra la dificultad en que se ha encontrado el Legislador para establecer reglas fijas y precisas en una materia que por su naturaleza parece escapar á toda previsión. Por ese motivo ha dicho, que los Jueces deben apreciar las presunciones que no sean legales, según la naturaleza de los hechos y el enlace ó relación necesaria que haya entre ellos; lo que equivale á aceptar, cuando se trata de

(1) Variedades de Jurisprudencia. Tomo 2.º, pág. 110, art. presunciones.

apreciar este género de pruebas, el criterio humano de preferencia al criterio legal; y como esto mismo observamos, aunque con ciertas limitaciones, respecto de la prueba testimonial, y los preceptos de la ley en cuanto á la eficacia probatoria de los documentos, tanto públicos como privados, son en lo general bastante razonables, debemos deducir que nuestro Derecho probatorio en la parte civil que es la que tratamos ahora, abandonando el sistema formulario que en algún tiempo prevaleció, se ha inspirado en los consejos del buen sentido.

Hechas las anteriores observaciones, que deben tomarse como preliminares al estudio que veamos á emprender, pasaremos á hablar de las presunciones, conforme á las prescripciones del Código vigente; pero antes nos será permitido detenernos un momento á prevenir una objeción.

Hemos copiado la definición que el Código da de las presunciones, diciendo que son las consecuencias que la ley ó el Magistrado saca de un hecho conocido para deducir la constancia de otro desconocido; y transcribiendo una doctrina de Manresa y Reus, hemos hecho mención de las palabras del ilustre Canciller D' Aguesseau, que decía, que todas las pruebas vienen á ser presunciones, puesto que en todas ellas, por tratarse de hechos que el Juez no ha presenciado, hay que partir de un hecho

conocido para llegar á afirmar la existencia de otro que no se conocía.

Dados estos antecedentes y si no mediara otra explicación, habría que convenir en que tendrían que confundirse en una sola denominación todas las pruebas, lo cual no es aceptable porque existen entre ellas diferencias esencia les que no permitirían tal confusión; ó en que la definición es mala porque comprende otros objetos además del objeto definitivo.

El deseo que tenemos de dar á nuestra enseñanza, á falta de otros cualidades, la claridad debida á fin de que sea provechosa á los que aprenden, nos obliga á detenernos en este punto para hacer la explicación siguiente que sirve de contestación á la objeción propuesta.

La diferencia que existe entre la presunción y las demás pruebas en el punto de vista en que las venimos considerando, consiste, según enseñan los expositores, en la naturaleza del hecho conocido del cual se puede llegar á la demostración del hecho desconocido. En la prueba testimonial, en la confesión, en la prueba por documentos, etc., hay en efecto un hecho conocido y por él se procura la verdad del hecho cuya existencia se qniere probar. En el lenguaje vulgar podemos decir que debemos presumir que dos ó tres testigos contestes dicen la verdad; que el que confiesa un hecho que le perjudica la dice igualmente, etc.; pero

en todos estos casos, el hecho conocido es por sí mismo una prueba, al paso que en las presunciones no sucede lo mismo; el hecho conocido no prueba por sí mismo nada, y sólo sirve de base para formar el razonamiento que engendra en el ánimo del Juez una convicción más ó menos firme, según sea más ó menos estrecha, la relación que existe entre ambos hechos. Un ejemplo nos hará comprender mejor esta distinción.

Cuando para probar el préstamo que hice á un individuo exhibo un documento subscripto por él, ó presento testigos que declaren la verdad del hecho, no puede dudarse que los hechos conocidos son ya por sí mismos la prueba del desconocido cuya existencia se trata de probar. Podrá dudarse si el documento es ó no auténtico; si los testigos han dicho ó no verdad; pero salvada esta duda, la existencia del préstamo quedará plenamente comprobada, porque los hechos desconocidos son, por sí solos, la prueba de él. Por el contrario, si Pedro y Juan mueren al mismo tiempo á consecuencia de un acontecimiento desgraciado y se ignora quién de ellos falleció primero, tratándose del que deba sucederles, hay, sin duda, un hecho conocido, que es la edad que cada uno de ellos tiene. De este hecho se parte para afirmar que el más anciano debe haber muerto antes que el más joven. Como se ve, la edad,

que es el hecho conocido, dista mucho de ser por sí sólo prueba del fallecimiento anterior de uno de los dos individuos de cuya sucesión se trata.

Así, pues, la diferencia que existe entre las presunciones y las demás pruebas, consiste en que el hecho conocido en estas es por sí mismo prueba, mientras que en aquellas no lo es (1).

(1) Este nos parece que será el lugar oportuno de dar á conocer la teoría de Ramponi, en su preciosa monografía sobre las presunciones. En el capítulo 1.º explica con toda claridad la diferencia que hay entre la prueba y la presunción, por medio de las siguientes palabras:

«La verdad de un hecho, no se puede demostrar de otra manera, sino procediendo de lo conocido á lo desconocido, por medio de la lógica inducción. La prueba, pues, procede de un hecho conocido á otro desconocido.

Nada más que esta relación, puede ser inmediata ó mediata, y así el hecho conocido, puede relacionarse directamente con el desconocido ó indirectamente, esto es, por medio de una inducción ulterior. Supongamos que Ticio, queriendo probar que había pagado á Cayo un capital y sus respectivos intereses, presenta un recibo que le dió su acreedor, por el capital, sin referirse á los intereses.

Ahora bien, el recibo es un hecho conocido que se relaciona directamente con un hecho desconocido, el pago del capital, é indirectamente á otro hecho desconocido, el pago de los intereses. Indirectamente, esto es, por vía de ulterior inducción, en cuanto pensamos que los intereses, se pagan antes que el capital, y sue-

Dijimos antes, copiando las doctrinas de algunos de nuestros más acreditados prácticos, que las presunciones legales, consideradas en nuestro Código como pruebas, aunque en rigor no lo sean, pueden ser de dos clases: unas que no admiten prueba en contrario y otras que sí la admiten.

Tal doctrina parece autorizada por los artículos 537 y 540 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal, 553 y 556 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz, el primero de los cuales dice que hay presunción legal en dos casos: 1.° Cuando la ley la

---

le el acreedor computar á aquellos antes que á éste, lo que recibe.

El acreedor sabe bien que el capital no pagado á su vencimiento, produce intereses, al paso que los intereses vencidos no producen nuevos intereses, sino después de demanda judicial ó de convención posterior, y solamente cuando se trata de intereses debidos por una anualidad completa (artículo 1232), y sabe también que la deuda por intereses, se prescribe en cinco años, mientras que la del capital, no se prescribe sino en veinte años.

Así es que si ha dado recibo del capital, debe creerse que los intereses le han sido pagados. Tenemos, pues, en este ejemplo, dos clases de pruebas, porque tenemos dos especies de relaciones de lo conocido á lo desconocido; una relación inmediata entre el recibo y el pago del capital, y una relación mediata entre el mismo recibo y el pago de los intereses. De los dos hechos de que se trata, la prueba, como dijimos antes, toca al uno directa y al otro indirectamente. En el pri-

establece; y 2.°, cuando la consecuencia nace mediata y directamente de la ley; y el segundo que no se admite prueba contra la presunción legal, cuando la ley lo prohibe de una manera expresa, y cuando el efecto de la presunción es anular un acto ó negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar. Estos dos artículos necesitan ser explicados con alguna amplitud.

Comenzaremos por decir que, siendo la regla general que una presunción no engendra un convencimiento completo, es claro que los motivos de credibilidad que la presunción mi-

---

mer caso, el trabajo que la mente tiene que hacer para llegar á la conclusión, es fácil, sencillísimo; la operación intelectual, es rápida, instantánea, casi inadvertida.

El acreedor declara en el recibo, haber recibido el pago del capital; luego este pago ha sido cierto. En el otro caso, la operación intelectual es laboriosa, compleja.

El recibo dice que fué pagado el capital; pero nada dice de los réditos. Hay, sin embargo, buenas razones para creer que si estos no hubiesen sido pagados, el acreedor no habría dado recibo por el capital, ó á lo menos, habría hecho reserva de ellos.

Así, el pago de estos debe haberse verificado. La conclusión es idéntica; el punto de partida, el mismo hecho, igual en substancia el procedimiento lógico; pero en el primer caso, la inducción es espontánea, *hoc ex hoc*, en el segundo, es resultado de un juicio laborioso.»

nistra al ánimo del Juez pueden ser destruídos por otros motivos contrarios de lo cual se deduce que la prescripción legal que prohibe que se rinda prueba contra las presunciones de derecho es de estricta interpretación; ó de otra manera, que las presunciones conocidas en la Jurisprudencia con el nombre de presunciones *juris et de jure*, son escasas en número, y que sólo pueden tenerse como tales las que expresamente determine la ley.

Como el Código sólo las describe sin definir las, y no era fácil que las enumerase todas, citaremos algunas, tomándolas del Derecho civil.

A este número pertenece la presunción de que ciertos actos de liberalidad en favor de personas íntimamente unidas á las personas incapaces de aceptarlos, por razón de su cualidad, se reputan como hechos á estas y con el objeto de burlar las prohibiciones de la ley. Laurent explica los motivos de tal presunción de esta manera: «La ley establece la incapacidad de recibir á título gratuito; ahora bien, donde hay una incapacidad, debe esperarse que las partes interesadas traten de eludirla, dando al incapaz, por medio de personas interpuestas y para tener la seguridad de que los bienes donados lleguen á manos del incapaz, se elija á los parientes más próximos de éste: en consecuencia, la ley declara igualmente nulos los

actos de liberalidad ejercidos en favor del incapaz bajo el nombre de personas que supone interpuestas, como son el padre y la madre, los hijos y los descendientes y el cónyuge del incapaz». Explicando después los efectos de esta presunción, que no admite prueba en contrario, á pesar de la injusticia que en algún caso pudiera ocasionar, pone este ejemplo: «Hago una donación á la esposa de un médico: la ley la reputa hecha al incapaz y la declara nula, porque la reputa hecha en fraude de sus disposiciones. Acontece, sin embargo, que la mujer no habita con el marido; que hay entre ellos tal enemistad, que no es razonable suponer que la mujer sea una persona interpuesta para hacer llegar la liberalidad al marido, mientras que antiguas y estrechas relaciones de amistad justifican la donación hecha á la mujer. ¿Por qué no se permite probar que la donación reputada fraudulenta no lo es, cuando las circunstancias todas del caso protestan contra toda suposición de fraude? Es que la prueba en contrario, además de que siempre es incierta, como todas las pruebas judiciales, pudiera llegar á ser una oeasión de fraude. Es posible que prohibida la prueba en contrario, la ley cometa una injusticia en algnnos casos, que siempre serán raros; pero el Legislador ha temido que la admisión de ella acarrease un inconveniente más grave: el de burlar las previsiones

de la ley, y el respeto á ésta es el primero de todos los intereses (1)».

Se señala también como otra de las presunciones legales que no admiten prueba en contrario, lo que se llama efecto de la cosa jnzgada. *Res judicata pro veritate habetur*, dice un proloquio vulgar (2). Toda sentencia contra

(1) Laurent, obra citada. Es sabido que la Ley civil prohibe que se hagan legados ó se dejen de herederos á los médicos que asisten al difunto en su última enfermedad. Art. 3295 C. civil D. F. (3159 C. C. V.)

(2) Nos parece muy ingeniosa y por eso la reproducimos aquí, la clasificación que hace Ramponi de las presunciones legales. Estas se pueden dividir en cuatro categorías, según que tienen por objeto:

1.° Impedir la formación de una relación jurídica, por ejemplo, las que anulan ciertos actos por presumirlos fraudulentos.

2.° Reconocer la existencia de tales relaciones ó de un hecho del cual se siguen determinados efectos jurídicos, como las presunciones de medianería, etc.

3.° Reconocer la modalidad de relaciones jurídicas ya existentes, v. gr., la presunción sobre solidaridad de las obligaciones en ciertos casos.

4.° Reconocer la disolución de una relación jurídidica, y son aquellas en las qne la destrucción de un vínculo jurídico resulta de determinadas circunstancias, como la que resulta del hecho de devolver el acreedor á su deudor, sin ningún género de reserva, el documento privado en que consta la deuda.

Fuera de este cuadro, que comprende todas las presunciones legales, sólo se encuentra la presunción que la ley establece en favor de la verdad de la cosa juz-

la cual no procede ningún recurso, se debe tener como una verdad: tiene en su favor la presunción de ser justa y nunca podría admitirse prueba en sentido contrario. Podrá muy bien discutirse si la sentencia produce los efectos de la cosa juzgada en tal ó cual caso, según que hubiere ó no identidad de personas, de causa, etc.; pero la justicia de la sentencia nunca podrá ser materia de nueva discusión, por medio de las pruebas que se intentase rendir para demostrar su falta de justicia (1).

Después de las presunciones de que acabamos de hablar, contra las cuales no se admite prueba, vienen otras muchas en las que sí se puede probar lo contrario de lo que por ellas parece demostrado La ley reputa padre de un niño que ha nacido durante el matrimonio, al marido legítimo; pero le reserva el derecho de desconocerlo en casos determinado: Supone

---

gada, la cual, según el autor, tiene un carácter propio que la distingue de las demás presunciones.

De todas ellas trata Ramponi, con mucha extensión, discutiendo su eficacia probatoria.

(1) El texto de la ley romana relativo á la cosa juzgada, es tan claro como expresivo, y no creemos que hasta hoy haya sido mejorado.

Quum quæritur haec exceptio (rei judicatæ) noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit, qualitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum quæ nisi omnia concurrant, alia res est. ll. 12-13;-17. De excep. rei jud.

también que los bienes adquiridos durante el matrimonio que se ha constituído conforme al régimen de comunidad pertenecen á la sociedad legal, salvo que se pruebe lo contrario. Cuando el acreedor entrega á su deudor el título de la deuda, es de creerse que le ha hecho remisión de esta ó que le ha sido pagada, salvo que lo contrario se pruebe. Ciertas señales que quedan en las paredes que limitan dos propiedades son una prueba de medianería, siempre que de otra manera no se pruebe que pertenecen las paredes exclusivamente á uno de los dos fundos.

Como se ve, son muy numerosos los casos en que la ley establece presunciones que pueden ser destruídas por la prueba contraria. Nosotros no intentamos enumerarlas todas; así es que en lugar de descender al análisis de casos especiales que sólo pueden servir de ejemplo, pero que no pueden constituir una norma segura de aplicación práctica, transcribiremos aquí las dos reglas siguientes que desde el punto de vista de que hablamos da el Código.

Este dice en el art. 540 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (556 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz): No se admite prueba contra la presunción legal.

1.° Cuando la ley lo prohibe expresamente.

2.° Cuando el efecto de la presunción es anu-

lar un acto ó negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar.

El caso comprendido en la primera fracción de este artículo, y en la parte primera de la fracción segunda son claros y á ellos se refieren los ejemplos que hemos puesto anteriormente.

El comprendido eu la fracción segunda no tiene en nuestro concepto la misma claridad. ¿Cuáles son las presunciones que tienen por objeto negar una acción?

Puede considerarse como tal, la presunción que existe en favor de quien ha obtenido una sentencia que le coneede algún derecho y que ha causado ejecutoria, puesto que la Jurisprudencia francesa, de donde se ha tomado ese artículo, cuenta entre las presunciones la de la cosa juzgada. Pero nosotros quisiéramos encontrar otros casos que justificaran la generalidad de la regla, y no los hemos encontrado.

Laurent eritica, en nuestro eoncepto con razón, el precepto análogo del Código civil francés (art. 9,312), y tanto este comentador como Mourlon, Pothier y otros, ponen como ejemplo la cosa juzgada y la prescripción. En nuestro concepto, ni una ni otra se pueden considerar como presunciones, sino como excepciones perentorias, que destruyen la acción deducida en juicio.

Para concluir lo relativo á las presunciones

legales, diremos con el Código, (art. 539 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal 555 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), que el que tiene á su favor una presunción legal, sólo está obligado á probar el hecho en que se funda la presunción, pero no la presunción misma. Laurent explica con bastante claridad este precepto por medio de esta doctrina. Cuando la ley dice que la presunción legal dispensa de toda prueba á aquél en cuyo provecho existe, no quiere decir que éste no tenga que citar el texto del Código que establece la presunción.

El texto es una disposición abstracta; el que lo invoca debe probar que está en el caso previsto por la ley, es decir, que la presunción existe en su favor. El art. 1860, dice, que la entrega del título original privado, hecha por el deudor á su deudor, constituye una prueba de la liberación. La presunción ¿en qué consiste? Ella implica la existencia de varios elementos. Es necesario, en primer lugar, que haya habido entrega del título y que esta entrega haya sido voluntaria; en segundo lugar, la entrega debe haber sido hecha por el acreedor; y por último, debe haber sido hecha al deudor. La reunión de estos cuatro elementos es lo que constituye la presunción; luego el deudor que la invoca debe probar los elementos sin los cuales la primera no existiría.

No en todos los casos es tan difícil la prueba del hecho en que la presunción se funda, pero el que hemos puesto por ejemplo demuestra que no debe darse al artículo citado una interpretación tal, que suponga al que invoca la presunción, libre de toda obligación en cuanto se relaciona con la prueba que tiene que dar.

Refiriéndonos ahora á las presunciones humanas, que son, como hemos dicho, las que el Magistrado saca de un hecho conocido para deducir ta existencia ó la verdad de otro desconocido, diremos sencillamente, que no es posible enumerarlas todas, ni siquiera dar una definición que á todas las comprenda, y menos todavía trazar reglas de apreciación de que el Juez no pueda separarse.

Algunos autores las dividen en vehementes ó violentas, probables ó medianas y leves; pero aparte de que estas distinciones se refieren más bien al derecho penal que al civil (1), nosotros creemos que desde el momento en que la ley abandona la apreciación de las presunciones al juicio privado del Juez, aunque con sujeción á ciertas reglas generales, no es posible

(1) Menochio decía: *Præsunptio, judicium, conjeturæ, suspicio et adminiculum multum inter se differunt.* Y en otra parte: *conjetura et indicium sunt duo synonyma.*

sostener tales distinciones, porque la presunción que sería vehemente para un Magistrado puede aparecer leve para otro.

Lo que interesa en esta materia es saber qué reglas de apreciaciones da la ley, y si estas están ó no de acuerdo con los consejos de una crítica juiciosa é ilustrada.

El art. 543 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (559 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), dice que la presunción debe ser grave, esto es, digna de ser aceptada por personas de buen criterio; que debe ser precisa, esto es, que el hecho probado en que se funde sea parte ó antecedente ó consecuencia de lo que se quiere probar. También ordena el siguiente, que las presunciones, cuando sean varias, sean concordantes; esto es, que lejos de destruirse unas á otras se den fuerza recíprocamente; y por último, que cuando fueren tambien varios los indicios tiendan todos á probar el mismo hecho. La explicación de estos artículos cuya conformidad con el buen sentido y los preceptos de la Lógica se advierte desde luego, harían demasiado extenso nuestro estudio, el cual debemos concluir, recordando que según el art. 567 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (587 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), los jueces están autorizados para apreciar en justicia el valor de las presunciones hu-

manas, según la naturaleza de los hechos, y el enlace que haya entre ellos. Pudiéramos añadir, que según la teoría que sostenemos y que hemos procurado desarrollar en este Tratado, el valor de las presunciones no puede estimarse aisladamente; es necesario comparar las impresiones que estas causen en el ánimo, con las que hayan producido las pruebas de la parte contraria, y de la comparación de unas y otras nacerá la convicción que debe tener el Juez para pronunciar una sentencia en la cual el criterio judicial vaya de acuerdo con el criterio humano. Creemos que este sería el mayor grado de perfección á que pudiera llegar el Derecho probatorio, y á procurarlo deben dirigirse, en nuestro concepto, los esfuerzos del Legislador y del Jurisconsulto; del primero por medio de los preceptos claros, fundados en el conocimiento de las leyes de la crítica; y del segundo, por la interpretación que de ellos haga en los casos que ocurran en la práctica.

Diremos tambien, para concluir, que el art. 562 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (558 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), contiene una limitación que puede dar lugar á no pocas dificultades, y es que las presunciones humanas sólo deben ser aceptadas como prueba testimonial. Recuérdese lo que sobre la admisibilidad de

esta prueba, y sobre lo que la ley llama principio de prueba por escrito, hemos dicho en el capítulo V de la primera parte; y se comprenderá con cuanta razón Laurent dedica algunas páginas de su excelente comentario del art. 1,353 del Código civil francés, á la discusión de las diversas dudas y dificultades á que la aplicación de este precepto puede dar lugar. Nosotros las omitimos porque los límites de nuestro estudio no nos permiten discutir todas estas cuestiones; pero sí creemos oportuno remitir á nuestros lectores la obra citada, donde encontrarán satisfechas las dudas que sobre el particular puedan tener. El art. 542 del Código de Procedimientos del Distrito Federal, nos parece más claro.) Dice así: las presunciones humanas no servirán para probar aquellos actos que, conforme á la ley, deben constar en una forma especial.

Juzgamos también conveniente traer aquí á la memoria lo que dijimos en el capítulo V de la primera parte al hablar de las pruebas privilegiadas ó especiales. Los casos de simulación, dolo ó fraude, casi nunca pueden probarse por prueba sdirectas; las presunciones desempeñan en ellos un papel muy importante y el estudio de este género de pruebas aplicado á tales casos, constituye una materia especial que saldría de los límites señalados á este

Tratado. También en este particular debemos referirnos á las obras especiales. (1)

Con este capítulo creemos que debemos dar punto á nuestro estudio en la relativo á los elementos de prueba que pueden emplearse en las contiendas civiles.

---

(1) No obstante que la ley dice que el dolo no se presume, hay no pocos casos, en que sucede lo contrario. Bedarride dice: hay circunstancias en que se presume el dolo, y algunas veces esta presunción llega á excluír la prueba del contrario, y entonces basta probar el hecho en que consiste la presunción: esto depende, unas veces, de la cualidad de las personas, como cuando se trata de actos de liberalidad hechos á personas incapaces; otras, de la naturaleza del acto como la negación de toda acción para cobrar deudas contraídas en el juego por suponerlas dolosas; y otras, en fin, de sus caracteres y de las circunstancias en que se han verificado. Este caso es el más frecuente. Tratado del Dolo y del fraude.—De la Prueba del dolo, tomo 1.º, pag. 75; De la Prueba del fraude, tomo 2.º, pág. 282.

Puede verse también á Laurent, «Principios de Derecho Civil».—Comentario al art. 1117 del C. Napoleón.

CAPITULO XIII

De la prueba en el procedimiento convencional y del juicio civil por jurados.

El estudio que acabamos de hacer de los medios de prueba que pueden emplearse en los juicios civiles, no sería completo si no añadiéramos algunas breves palabras acerca de la prueba en el enjuiciamiento voluntario, materia que se relaciona con la institución del jurado, para decidir las contiendas del orden civil.

Aunque esta última institución no parece que haya contado con el favor de la opinión pública, ha figurado en la legislación del Estado de Veracruz como uno de tantos medios que la ley ha puesto á disposición de los litigantes para que lleguen á decidir sus diferencias por medio de los trámites que quieran libremente establecer. El Código de Procedimientos de Veracruz de 1869, contenía un título especial del juicio civil, por jurados, el cual corrió la misma suerte que el juicio de la misma especie, para los asuntos penales, pues dicho Código fué derogado en la parte relativa á uno y otro juicios por decreto de 24 de Abril de 1870.

Vamos, pues, á recordar en este capítulo las

disposiciones que relativamente á la prueba contiene el título 3.° cap. 6.° del lib. 2.° del Código de Procedimientos vigentes, que ha sido adoptado en todas sus partes por el Código de la misma clase del Estado de Veracruz, trayendo á la memoria sus antecedentes históricos, sin echar en olvido lo que relativamente al juicio por jurados, en materia civil, disponía el Código de Procedimientos de Veracruz de 1869.

El enjuiciamiento voluntario, el juicio arbitral y el juicio por jurados en materia civil, son tres formas, de enjuiciamientos que tienen entre sí muchos puntos de analogía, puesto que las tres tienden á hacer prevalecer la voluntad de los interesados en cuanto á la manera como convienen en que sus contiendas se decidan, sacándolas del cartabón á que el Legislador ha querido sujetar todos los procedimientos, por medio de reglas generales que deben aplicarse en todos los juicios de la misma naturaleza. Nosotros sólo debemos hablar aquí de esas tres formas de proceder, en lo que se relaciona con el Derecho probatorio.

No será, sin embargo, ocioso, advertir desde luego que el enjuiciamiento voluntario, apenas cuenta con algunos antecedentes al paso que el juicio arbitral es muy antiguo y la institución del jurado aplicadas sus funciones á la discusión de las contiendas civiles es enteramente nueva y casi desconocida entre nosotros,

pues no tenemos noticia de que en ningún otro Estado de la República se haya intentado establecerlo, ni en el de Veracruz llegó nunca á funcionar.

Según un estudio muy apreciable, debido á un abogado compatriota nuestro, en la Jurisprudencia romana se encuentra como en germen la idea del enjuiciamiento convencional. Así lo demuestran las discusiones habidas entre los expositores, las cuales versaban especialmente acerca de estas dos partes principales: la jurisdicción y los recursos. Se disputaba entre ellos si por voluntad de las partes podía atribuirse jurisdicción á un Juez que no la tenía, y tambien si por efecto del consentimiento de los litigantes podía suprimirse el recurso de apelación.

La discordancia de opiniones procedía de la manera contradictoria como era interpretada la célebre Ley del Pacto. Dábase este nombre á la ley 3. tít. 14 lib. 8° del Código, que facultaba á los acreedores cuando había mediado pacto expreso, á tomar posesión de los bienes del deudor. El texto no era bastante explícito; pero algunos comentadores y entre ellos Gregorio López, célebre glosador de las Partidas, en la glosa 4 á la ley 14 tít. 14 Part. 5, la entendían en el sentido de que si al hacerse el convenio se pactó la vía de apremio, para el

evento de oposición del deudor, debía seguir el procedimiento pactado.

Non tamen talis missio, dice el glosador, *licet fiat de mandato judiciis dictum judiciales sed conventionales, et sic videmus, nulla præmisa partis citatione, instrumenta guarentigia executione mandari juxta legis Regia.* (1)

Una vez admitido el principio de que era lícito á los litigantes, por pactos anteriores al litigio, alterar á su voluntad el procedimiento, era natural que los comentadores de la legislación española, tan fecundos en imaginar los casos que en la práctica pudieran ocurrir, se ocuparan tanto de la cuestión relativa á las pruebas. ¿Podrían alterarse en este particular los preceptos de la ley? ¿Se podría autorizar la presentación de otras pruebas diversas de las que el Derecho tenía establecidas ó dar á unas preferencia sobre las otras, aun cuando en concepto de la ley todas fuesen iguales?

Tales eran las cuestiones que había que resolver, y segun parece lo fueron en un sentido favorable á la libertad de los litigantes. En el interesante opúsculo que antes hemos citado y que tiene por título «Enjuiciamiento Civil,» «En-

(1) Este creemos que fué el origen de las cláusulas llamadas *guarentigias*, que tanto figuraban en las escrituras antiguas y que los Jurisconsultos franceses llamban *clausulas de voie parée*, equivalentes á estas latinas: *executionem paratam.*

sayo sobre la substanciación Civil,» se leen las siguientes palabras que nos permitimos copiar literalmente.

«Avendaño, fundándose en la autoridad de Alejandro y de Mateo, enseña que el pacto por el cual se obligan los contratantes, para el evento de un litigio, á no emplear más que determinadas pruebas durante el plazo que para ello se prefije, es lícito; y en tal caso no son admisibles las de otro género, ni aun las pactadas, si se producen fuera de tiempo. Así es que, aunque conforme á derecho, dos testigos mayores de toda excepción, presentados en término, forman prueba plena, si se pacta que haya esta de hacerse por medio de cinco y durante un plazo diverso del legal, el Juez tendrá que arreglar su procedimiento á lo convenido por las partes.»

«Parece que Acevedo es de la misma opinión, pues si bien es cierto que en alguna parte dice, que en la recepción de pruebas se cuide siempre de observar el orden judicial, estas palabras se refieren al caso en que uno de los litigantes pida que se examinen nuevos testigos, después de hecha la publicación de pruebas; caso en que no se trata de suprimir trámites por convenio de las partes, sino de conceder á una lo que puede perjudicar á la otra.»

Las doctrinas de Parladorio en cuanto á la libertad de los litigantes para establecer de an-

temano un procedimiento convencional, y modificar por convenio expreso el Derecho probatorio, son igualmente explícitas. El autor á quien seguimos las copias literalmente y son las siguientes: «Se exige á tal punto el orden judicial en la substanciación ordinaria, que se ha disputado entre los escritores si podrán los litigantes dispensarse de observarlo, según es de verse en el capítulo 4° de o,ficio delegati donde enseñan la glosa y los glosógrafos que no están facultadas las partes para renunciar esta solemnidad; y del mismo parecer es Maranta en el *speculum aureum, parte cuartate*; pero yo no tengo esto por cierto, tratándose de negocios civiles; porque de serlo, no podrían las partes renunciar la apelación, lo cual pugna con la ley 5, párrafo 6° C. de *temperibus appelationes*. Y tan no es cierto, que basta para demostrarlo, prescindiendo de las razones jurídicas, lo dispuesto por el derecho real en las leyes 10, título 17, lib. 4° y art. 18, tít. 16, lib. 6° de la Recopilación.»

Las juiciosas observaciones hechas en el interesante opúsculo de donde hemos copiado los párrafos que anteceden, dieron el resultado apetecido, pues entendemos que merced á ellas, el procedimiento convencional fué aceptado por los autores del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal, cuyos artículos relativos, según dijimos antes, han sido copiados en

el que rige actualmente en el Estado de Veracruz (1).

La libertad de los particulares para modificar los procedimientos judiciales segun les convenga, ha sido pues reconocida en casi todos los Estados de la República, pues en la mayor parte de ellos se han tomado como modelo los Códigos del Distrito Federal. (2).

Cuatro son los artículos que contiene el cap. 6°, tít. 2° del Código de Procedimientos civiles relativamente á la prueba, en el enjuíciamiento voluntario. Por el primero se reconoce el derecho que los litigantes tienen para convenir en el procedimiento que debe observarse en los litigios que entre ellos puedan ocurrir, para designar las pruebas que sean de admitirse y para señalar el Juez que de ellos debe conocer, art. 1344 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (1349 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz); por el siguien-

(1) Este interesante opúsculo termina con un proyecto de ley para reglamentar el enjuiciamiento voluntario; proyecto que en lo substancial ha sido adoptado en los códigos que nos rigen.

(2) En Francia, según dice Dalloz, la libertad de los particulares para alterar el procedimiento dió lugar á luminosas y largas discusiones con motivo de la ley de 2 de Julio de 1841, eu la que se aceptó; pero solo limitada al caso de pactarse una base distinta de la legal, para la venta de bienes raíces en almoneda pública.

te se exige que el convenio se haga constar en escritura pública, la cual, entre otros requisitos, debe contener los medios de prueba que renuncien los interesados, cuando convengan en excluir alguna de las que la ley permite fr. 7.ª del art. 1346 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (1351 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) y por el tercero se declara que en el procedimiento convencional, siempre deberá haber demanda y contestación, pruebas, cuando se disputen hechos, y citación para sentoncia. Como se ve por esta disposición, la prueba no puede renunciarse de una manera absoluta, cuando la naturaleza del negocio lo requiera, porque en este caso no puede haber sentencia; pero las partes pueden señalar, según se dice en la parte final del mismo artículo, las acciones, excepciones y medios de prueba que deben admitirse, art. 1353 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (1358 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz.

Finalmente, en el artículo siguiente se prohibe á los litigantes señalar como pruebas admisibles aquellas que no lo sean conforme á las leyes.

Tales son los preceptos de nuestra ley positiva acerca de esta materia, que por su novedad é importancia ha debido llamar nuestra atención. Según hemos visto, los Jurisconsultos

antiguos admitían en principio la libertad del litigante en la elección del procedimiento; pero tal libertad ni había sido formalmente reconocida por la ley, en toda su plenitud, ni menos fué convenientemente reglamentada.

Creemos que los preceptos del Código que hemos transcripto son tan claros, que no necesitan explicación. Sus fundamentos racionales están al alcance de todas las inteligencias; y por lo mismo, dando por terminada esta materia, pasamos á hablar de la prueba en los juicios arbitrales, no sin advertir antes que en aquellos asuntos que tocan al derecho público, como son los relativos al estado civil de las personas, y en lo general aquellos en que debe intervenir el Ministerio Público, no puede tener lugar el procedimiento convencional. Tampoco lo permite la ley en lo relativo al derecho de percibir alimentos, seguramente por temor del daño que pudiera resultar al que tenga derecho á reclamarlos.

Sabido es que la ley reconoce dos clases de árbitros, los que tienen este nombre y que antiguamente se llamaban *arbitros juris*, y los arbitradores. Tratándose de someter las contiendas judiciales á la decisión de unos ú otros, los litigantes disfrutan, en lo que se relaciona con el Derecho probatorio de una libertad, mucho más limitada que la que tienen cuando quieren someterse al procedimiento convencional. Aun-

que tratándose de los primeros, esto es, de los árbitros, la ley concede á los interesados la libertad de pactar en el compromiso la forma á que se debe de sujetar la substanciación, frac. 11 del art. 1244 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (1249 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz), nunca se ha creído que esta facultad pueda llegar hasta el extremo de consentir en la renuncia de alguna de las pruebas que la ley permite, y menos de aceptar las que la ley rechazaría; y respecto de los segundos, esto es, de los arbitradores, si bien en cuanto á su fallo no estan obligados á sujetarse estrictamente á los preceptos de la ley, pudiendo fundar sus decisiones en los principios de la equidad, dudamos mucho que tal precepto legal se tenga como suficiente para que den valor á las pruebas que carecen de él segun la ley, ó dejen de darlo á las que lo tengan. En nuestro concepto, los arbitradores podrán moderar el rigor de la ley en cuanto al fondo de las resoluciones que dicten; podrán también prescindir de ciertas formalidades legales, en la recepción de las pruebas; pero no podrán, por ejemplo, tener como probado un hecho por el dicho de un solo testigo, ni rechazar la prueba fundada en un documento público, que no tenga vicio alguno que destruya su valor.

La libertad concedida á los interesados para

añadir algunas otras cláusulas al compromiso, y poder, por lo mismo, modificar el Derecho civil en lo relativo á esas pruebas, tiene en su apoyo las palabras de una ley de Partida (1), en la cual, después de formularse las condiciones esenciales de toda escritura de compromiso, se añade; «pero si las partes quieren poner su pleyto (extender su contrato) en otra manera el Escribano lo debe poner en la guisa que las partes se avinieran.» Debemos, sin embargo, confesar que en ninguno de los autores que hemos podido consultar, se ha dado á esas palabras mayor amplitud que la que parecen tener, y que en el art. 1244 del Código de Procedimientos civiles del Distrito Federal (1249 del Código de Procedimientos civiles de Veracruz) que enumera los requisitos que debe contener la escritura de compromiso no parece que se autorice á los litigantes para pactar otra cosa si no es para lo que la ley expresamente determina. (2)

A primera vista pudiera considerarse el convenio de las partes de sujetar sus decisiones al juicio de jurados, como una especie de arbitraje, puesto que aquel convenio, lo mismo que la sumisión al juicio arbitral, tendría por objeto excluir á las autoridades judiciales or-

(1) Ley 106, tít. 18, part. 3.ª

(2) Véase la Enciclopedia Española de Derecho y Administración.

dinarias del conocimiento de un asunto de su competencia, por la expresa voluntad de las partes. Pero en nuestro concepto no es así, porque á pesar de la analogía que entre ellos puede haber, se notan trascendentales diferencias entre uno y otro procedimiento que señalaremos brevamente.

La primera y principal consiste en que en el juicio arbitral, los interesados eligen libremente á las personas que deben desempeñar el oficio de jueces, sea como árbitros ó como arbitradores, al paso que en la sumisión voluntaria al juicio por jurados, los Jueces serán nombrados por la suerte y no elegidos por los litigantes. Esta diferencia es substancial, y no permitirá nunca que un caso se confunda con el otro.

En segundo lugar, en el juicio arbitral, los Jueces elegidos por voluntad de las partes substancían el juicio; esto es, ordenan el procedimiento; hacen, por decirlo así, las veces de Jueces de instrucción, al paso que en el juicio por jurados, el procedimiento debe estar concluído cuando se somete al juicio de los jurados, si bien debe preceder á la substanciación el debate correspondiente para calificar el valor de las pruebas, esto es, la autenticidad de los documentos que se hayan presentado, el dicho de los testigos, etc. El gran número de individuos que deben pronunciar el veredicto, no

permitiría que desempeñaran el oficio de Jueces de instrucción.

Finalmente, y esta es la diferencia más esencial: los jurados, como es harto sabido, no tienen que consultar más que á su íntima convicción; la ley no les pide cuenta de los elementos de esta convicción, ni de la manera como se ha formado; por lo que no tienen necesidad de fundar sus decisiones. En la institución del jurado en materia criminal, la cuestión de hecho se separa de la cuestión de derecho. En la primera se hace un llamamiento, por decirlo así, al simple buen sentido y á la conciencia de los ciudadanos que forman el jurado.

En el juicio arbitral, por más amplitud que se dé á las facultades concedidas á los árbitros, y aun cuando se trate de los arbitradores que pueden fallar conforme á los principios de la equidad, no sucede lo mismo. Los árbitros y también los arbitradores juzgan no sólo de las cuestiones de hecho, sino también de las de derecho; tienen que dar cuenta de los motivos de sus decisiones, las cuales deben expresar los fundamentos en que se apoyan.

Siendo, pues, tantas y tan trascendentales las diferencias que existen entre el juicio arbitral y el juicio civil por jurado, no debe llamarnos la atención que el primero haya sido conocido y practicado de tanto tiempo atrás, al paso que

el segundo fué una verdadera novedad introducida en el Estado de Veracruz por el Código de 1869, que no contó sino muy pocos años de existencia considerada como una institución legal, y que después en ningún otro cuerpo de leyes, de que nosotros tengamos noticia, se ha intentado establecer.

Siendo esto así, en vano hemos buscado en los diversos autores que nos ha sido dado consultar, los antecedentes que pudieron servir á nuestros Legisladores para plantear entre nosotros la institución del jurado en materia civil (1). Sólo en la legislación francesa, refiriéndose á los casos de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, en la ley de 6 de Mayo de 1841, encontramos algo qne se asemeje á las disposiciones del Código de Veracruz. Según esta ley, un jurado semejante al que funcionaba en las causas criminales, era llamado á resolver sebre el monto de las indemnizaciones debidas al propietario. Este es el único caso que ha llegado á nuestras noticias, en el que los jurados hayan sido llamados á

(1) Cuando la asamblea constituyente emprendió la reforma de la legislación criminal, se propuso la institución del jurado, y se pidió que, como en Inglaterra, se extendiera hasta juzgar de los asuntos civiles; pero esta última opinión tuvo pocos defensores.—Dalloz.—Repertorio.—Verbo Instrucción criminal, página 1236.

decidir una contienda de carácter puramente civil.

Si á lo dicho se agrega que la organización dada á los jurados en lo criminal por el Código de 1869, era sumamente defectuosa, se comprenderá mejor por qué el título que trata del juicio por jurados estuvo tan poco tiempo en vigor.

Sólo como un recuerdo histórico hemos creído que debíamos hablar de esta materia en este Tratado.

TERCERA PARTE

De la prueba en materia criminal

CAPITULO I

Consideraciones generales

Las diferencias que existen entre las pruebas en materia civil y en materia criminal, ya se trate de la manera como deben producirse, ya de la estimación que de ellas se haga, según lo expusimos en el capítulo 6.° de la primera Parte de este Tratado, bastarían para justificar la división que hemos hecho, y nos dispensarían de entrar en explicaciones nuevas, si consideraciones de otro género no nos obligasen á insistir en una materia que deseamos que quede bien esclarecida (1). Al hablar de

(1) A las obras citadas en la Introducción, debemos añadir esta otra, que hemos conocido después y que

la prueba en términos generales, tratamos de estos tres puntos que, ahora volvemos á tocar, refiriéndonos de una manera especial á los medios probatorios que pueden emplearse en los procesos que tienen por objeto el castigo de los delitos:

1.° Las diversas teorías acerca de la prueba.

2.° Las diferencias que existen en el Derecho probatorio, según se trate de materia civil ó de materia penal.

3.° La clasificación de las pruebas, ó mejor dicho, el orden en que conviene hablar de ellas para seguir en nuestro estudio un método apropiado al carácter de esta obra, en el punto de vista en el cual las consideramos.

En cuanto al primer punto, á lo que allí dijimos, debemos añadir, que los inconvenientes é imperfecciones del sistema de pruebas, que hemos llamado legal, en ningún procedimiento se han dado á conocer mejor, que en la materia de que vamos á hablar. El enjuiciamiento por jurados, que no es otra cosa, sino el llamamiento al buen sentido para la calificación de las pruebas, se halla hoy casi universalmente admitido; y si bien en la actualidad se han puesto en duda sus excelencias por

---

nos ha sido de mucha utilidad para escribir esta última parte: «De la certidumbre en los Juicios Criminales,» por Pedro Ellero, traducida del italiano.

las modernas escuelas italianas del Derecho penal, no ha sido ciertamente para hacer revivir el sistema legal, que parece estar completamente desacreditado (1).

Por desgracia, el sistema de prueba pura-

(1) El Código de Procedimientos penales del Distrito, en su art. 314, contiene la instrucción que el Juez debe dar á los jurados, la cual es substancialmente la que contiene el art. 342 del Código de Instrucción Criminal francés. En dicha instrucción se determina con toda claridad el criterio puramente racional en que deben inspirarse los jurados; y por su importancia, conviene copiarla literalmente en este lugar. Dice así: «La ley no toma cuenta á los jurados de los medios por los cuales hayan formado su convicción, y no les fija ninguna regla de la cual dependa la prueba plena y suficiente; sólo les manda interrogarse á sí mismos y examinar con la sinceridad de su conciencia, la impresión que sobre ellos hayan causado las pruebas rendidas en favor ó en contra del acusado. Solamente les hace esta pregunta, que resume todos sus deberes: ¿Tenéis la íntima convicción de que el acusado es culpable del hecho que se le imputan Los jurados faltan á su principal deber si toman en cuenta la suerte que, en virtup de su decisión, debe caber al acusado por lo que disponen las leyes penales.» El texto francés es más explícito todavía, pues á las palabras citadas, añade: la ley no dice á los jurados, tendréis como verdadero el hecho que resulte atestiguado por tal número de testigos. No juzgaréis como suficientemente establecida una prueba que no consta en tales ó cuales documentos, de tantos testigos ó de tales indicios; la ley no les hace más que esta pregunta: ¿Tenéis una convicción íntima?

mente racional, no carece á su vez de graves defectos; y además, para ponerlo en práctica por medio del enjuiciamiento por jurados, hay que atender no sólo á sus ventajas teóricamente considerado, sino también á los precedentes históricos, al carácter de los habitantes, á los hábitos sociales y á otras muchas circunstancias. En el Estado de Veracruz y en casi todos los Estados de la República, el juicio por jurados ha sido abolido, y hoy sólo se sigue en la capital de la República.

Forzoso es, por la tanto, que expongamos aquí el sistema que ha prevalecido entre nosotros, y que nos demos cuenta de sus ventajas y de sus inconvenientes. Comenzaremos por decir que, en nuestro concepto, considerado el sistema legal de pruebas en el punto de vista puramente científico, ha sido enérgicamente condenado por algnnos autores, como lo demuestran las siguientes palabras, que copiamos de Framarino. «La certeza legal es un error lógico que se resuelve en un error jurídico, dice este escritor, por la condena que obliga á dictar contra quien se reputa inocente, y por la impunidad que supone en favor de quien se conceptúa culpable. Y este error jurídico, á su vez, se convierte en error político, por la perturbación que provoca en la conciencia social al contemplar la fatal condena del inocente y la absolución fatal reo. Basta que

en la conciencia social repercuta el eco de una sola condena reconocidamente injusta, y á pesar de eso impuesta al inocente, para que se desvanezca toda fé en la justicia humana y no quede en el corazón más que el espíritu de protesta». (1)

En otra parte expusimos las ventajas que á su vez se atribuyen al sistema legal de pruebas. Estas consisten principalmente, en que parece que cierra la puerta á la arbitrariedad, á que se expondría la justicia si el Juez estuviere autorizado para hacer á un lado toda regla, inspirándose sólo en su conciencia y sin tener que dar cuenta á nadie de los elementos que forman su convicción. Tan grave inconveniente sólo puede evitarse acudiendo á un concurso de varias personas, que no se puede esperar que se pongan de acuerdo para obrar

(1) En la actualidad, hasta los fundamentos del Código Penal, que considera el delito según su especie, y no al delincuente independientemente del delito que se le atribuye, han sido puestos á discusión. Véase á Saleilles: «De la individualización de la pena.»

En cuanto á las opiniones de los modernos criminalistas italianos respecto de la institución del jurado, puede verse la obra intitulada: «La Nueva Ciencia Penal», por Félix Arámburu y Zuloaga, Catedrático de la Universidad de Oviedo. «Conferencia V.» y «Los Principios de la Penalidad en los sistemas más modernos», por Jorge Vidal, profesor de la Facultad de Derecho de Tolosa.

contra el dictamen de su conciencia, abusando de la plena libertad en que los deja la ley; esto es, en el enjuiciamiento por medio de jurados. Pero como esta institución requiere otras circunstancias que no se han encontrado entre nosotros, el Legislador del Estado de Veracruz se ha decidido, según hemos dicho antes, por el sistema antiguo que concentra en un solo magistrado, la facultad de graduar la responsabilidad del acusado, según las pruebas recibidas, é imponerle la pena que merezca.

Tal sistema, pudiera considerarse como totalmente legal, en vista de las disposiciones contenidas en el Capítulo 11.°, libro 2° del Código de Procedimientos Penales, si las atenuaciones que se contienen en algunos de sus artículos no nos obligasen á considerarle más bien como un sistema mixto, particularmente en el sentido absolutorio y no en el condenatorio, siguiendo en este punto las doctrinas de Framarino: (1) El Juez, en efecto, tiene que es-

(1) Según este autor, cuando la ley determina las condiciones probatorias á que el Juez tiene que conformarse, sea para absolver, sea para condenar, el sistema es completamente legal. Si la ley dice al Juez: «tienes plena facultad de dudar de la criminalidad y de creer más ó menos en la inocencia del acusado; puedes, por lo mismo, absolverle; pero no es legítima tu certeza de la responsabilidad, y por tanto, no puedes condenar más que en determinadas condiciones,» se tendrá una certeza legal *condenatoria*. En el caso

timar según su conciencia las circunstancias que hagan inverosímil la confesión del reo (fr. 5ª del artículo 170); la fuerza probatoria del juicio pericial incluso el cotejo de letras y el dictamen de peritos científicos, será calificado por él, según las circunstancias (artículo 176); si hay dos testigos que no sean inhábiles constituyen prueba plena, según el artículo 177; mas el Juez, para apreciar sus declaraciones, deberá atender á ciertas circunstancias que sólo podrá estimar por su criterio personal, como son, la capacidad, instrucción y posición social de los testigos; debiendo, en caso de ser estos varios y estar sus dichos en oposición, decidirse por los que le merezcan mayor confianza, obrando en el caso del artículo 181 como lo dicte su conciencia; nunca podrá condenar con fundamento de la declaración de un solo testigo, por caracterizado que éste sea (artículo 182), quedando la prueba de presunciones sujeta tambien al criterio privado del Juez, aunque la ley haya establecido algunas bases generales para estimarlas (artículo 180),

---

contrario, cuando la ley dice al Juez: «no pongo límites á tu convicción en cuanto á la condena; pero no podrías, dudando de la criminalidad, creer más ó menos en la inocencia, y por tanto no absolverás más que en determinadas condiciones;» en este caso se tendrá una certeza legal absolutoria. El autor condena todo sistema de certeza legal, sea total ó parcial.

de acuerdo con los consejos de una crítica juiciosa é ilustrada. Todas estas disposiciones ponen de manifiesto el sistema probatorio que el Código vigente ha adoptado, en materia criminal, y manifiestan, al mismo tiempo, que en el estado actual de la legislación, el sistema que Framarino llama completamente legal, sería del todo inadmisible. Donde el enjuiciamiento por jurados no ha podido establecerse, por necesidad tiene que prevalecer un sistema de pruebas, conforme al cual, el criterio del Legislador se sobreponga al criterio del Juez; pero tambien tendrá dicho sistema que sufrir atenuaciones, que lo acerquen cuanto más sea posible, por decirlo así, al que se funda en el criterio puramente racional.

Y no podría ser de otra manera. Las diferencias que existen entre las pruebas que se refieren á la materia civil, y las que tienen por objeto los hechos que se trata de investigar en lo criminal, son tan profundas, que no permitirán que se establezca entre ellas una confusión que daría origen á temibles injusticias. En el capítulo 6.°, Parte primera de este Tratado, apuntamos las principales diferencias que entre ambas materias existen, atendiendo al objeto al cual se dirige la acción del Juez, y á la naturaleza del problema que se propone resolver. Aquí añadiremos algunas observaciones á lo que allí dijimos, para demostrar la comple-

jidad de los hechos que constituyen la materia de las pruebas criminales, con el fín de justificar el orden que nos proponemos seguir en el estudio que vamos á emprender.

Todo proceso criminal, según el sistema de enjuiciamiento moderno, comprende dos periodos, que son: el de la instrucción y el del juicio propiamente dicho. Antiguamente, cuando se hablaba del primero, se decía que el juicio estaba en sumario, y después, que se elevaba al plenario. En rigor, y atendiendo á las pruebas, que son el objeto de nuestro estudio, puede decirse que hay otro período muy esencial y diferente de los otros, y es el que da principio con las primeras diligencias y termina con el auto de formal prisión. Estas diligencias tienen por objeto la demostración de la existencia de lo que en el tecnicismo de la ciencia se ha llamado cuerpo del delito.

Tenemos, pues, que con relación á la prueba, hay que considerar estos tres periodos en el proceso criminal:

1°.—*Lo que se llama primeras diligencias.* En ellas el objeto principal de la prueba es la existencia del cuerpo del delito, y de una manera secundaria la persona del delincuente.

2°.—*La instrucción;* durante ella y dándose por supuesto que se cometió un delito, la prueba tiene por objeto principal, la persona del

delincuente, si bien puede volverse á discutir la existencia del delito.

3°.—*El juicio*, esto es, la discusión y estimación de la prueba, la cual se considera ya como una cosa secundaria, y sólo tendrá efecto si se promueve dentro del término corto que señala el artículo 226 del Código de Procedimientos penales de Veracruz, reformado en la parte que no se relaciona con la prueba, por decreto de 10 de Julio de 1900.

Como se ve, en cada uno de estos tres períodos, la prueba tiene que recaer sobre dos puntos, que teóricamente pueden considerarse independientes el uno del otro, y que muchas veces lo están en realidad: que son el hecho delictuoso y la persona delincuente, lo que no sucede en los negocios civiles. En estos el que demanda el cumplimiento de una obligación ó simplemente solicita la declaración de un derecho, señala la persona de quien la exige, ó aquella á quien la declaración puede perjudicar; y la discusión recae sobre los derechos controvertidos y no sobre las personas á quienes esos derechos se atribuyen, ó de quienes se exige el cumplimiento de tales obligaciones. Solo excepcionalmente se puede señalar el caso de que se excluya una acción por medio de la exepción, *tua non interest*; esto es, confesando implícitamente la obligación, pero negando al actor el derecho de exigir su cumplimiento; y

aun en este caso, lo mismo que cuando el demandado pide que se declare que no es parte en el juicio, la cuestión siempre viene á rolar sobre los derechos y no sobre las personas. Estas no figuran sino en tanto que se consideran como sujeto de ciertos derechos; y el Juez, para decidir la controversia, no tiene más que atender á las pruebas del derecho, las cuales, en la mayor parte de los casos, consisten en documentos, testigos, etc, etc.; pero concretándose siempre al punto que es objeto de la controversia.

No sucede lo mismo en los procesos criminales: hay que probar ante todo que se ha cometido un delito; así lo exige la ley y así debe ser; pero ¡cuánta complejidad no ofrece el doble objeto que se persigue en un proceso! Unas veces, la persona del delincuente, se presenta como del todo independiente del delito: se ha encontrado el cadaver de un hombre; este hecho está plenamente probado, y basta para abrir un proceso; pero, ¿quién fué el autor del homicidio? Nadie lo sabe, y por lo mismo, los medios de averiguaciones que para investigarlo se empleen, tienen que ser diversos de los que sirvieron al Juez para cerciorarse de la existencia del delito.

Llega no obstante á descubrirse un individuo de quien se sospecha que es el autor del homicidio. Este lo afirma, pero alega que obró

en legítima defensa. Aquí ya no son bastantes las pruebas de lo que se llama el cuerpo del delito, porque nadie duda que un hombre fué muerto, sino se necesita saber por qué motivo y en qué circunstancias fué privado de la vida. Mientras esto no se aclare, no se podrá decir que se ha adelantado nada, y para nada habrá servido el conocimiento que se tenía de la existencia del cadáver. Las heridas que en él se encuentren, las huellas que en su cuerpo haya dejado la lucha que se supone que sostuvo con el presunto delincuente, podrán servir de indicios para juzgar de la verdad ó falsedad de la excepción que alega el inculpado; pero tales indicios no se refieren á su persona, sino al hecho mismo en que consiste el delito.

De esta suerte, las pruebas relativas al acto delictuoso se confunden, se compenetran, por decirlo así, con las que tienen por objeto la persona de su autor, ocasionando esto tal complejidad, que sería muy difícil señalar con precisión las que atañen á uno ó á otro de los dos objetos que se persiguen en los procesos criminales.

De estas consideraciones deducimos, que el sistema formulario de la prueba es muy difícil de observar en la materia penal; y si á esto se agrega que la justicia exige que se pruebe, no solo que se ejecutó un hecho que la ley castiga, como delito, sino tambien que se midan

y pesen, por decirlo así, hasta sus pequeñas circunstancias, para que no se imponga al reo una pena mayor que la que en estricta justicia merezca, y tambien que en un solo proceso intervienen frecuentemente varios reos, ejecutores todos, pero en diversos grados, de un solo hecho y merecedores por lo mismo de diversas penas; se verá con cuanta razón podemos decir que el sistema de prueba estrictamente legal, sería inaceptable en los procesos criminales, y que el criterio humano tiene que desempeñar el papel principal en la decisión de los juicios de esta clase.

Y no debemos alarmarnos por ello, puesto que según se ha advertido alguna vez, el árbitrio judicial de que podían usar los jueces según la antigua Jurisprudencia, y que sería el que en el caso usarían para estimar el resultado de la prueba, según la impresión que hubiere causado en su ánimo el conjunto de las que se hayan presentado, no es lo mismo que la arbitrariedad judicial.

Aún los más decididos defensores del sistema racional de pruebas, como Framarino, señalan los requisitos que debe tener la certeza adquirida por el Juez, siguiendo el testimonio íntimo de su conciencia. Tal certeza, dice este autor, debe ser natural en el Juez, es decir, que debe haber nacido de la acción genuina de las pruebas, y no artificial, ó sea producida

por razones extrañas á su intrínseca y propia naturaleza. El convencimiento del Juez, además de ser *natural*, debe ser *razonado*; esto es, que las razones que lo han determinado deben ser tales, que se consideren capaces de engendrar igual convencimiento en otros hombres razonables y libres de preocupaciones. Este último requisito, dará á la certeza del Juez el carácter que el autor citado llama SOCIAL, que es el tercero de los requisitos que debe tener, y que consiste en que los motivos de credibilidad aceptados por aquél, sean tales, que cuenten con la sanción de toda la sociedad, interesada no tanto en que se repriman los delitos como en que no se castigue á los inocentes.

Para conseguir que la certeza humana, que es la base del sistema de pruebas puramente racionales, llene los requisitos indicados, Framarino señala como medio la redacción de la sentencia, con la expresión de sus motivos, y la publicidad de las piezas principales del proceso. «La motivación, dice, obliga por una parte al juez, á dar una base razonada de su propio convencimiento; y por otro hace posible la fiscalización social de tal convencimiento, la cual se obtiene por medio de la publicidad de os debates. (1)

(1) Framarino pone aquí la siguiente nota, que se refiere al juicio por jurados: «La motivación de las de-

De las consideraciones que hasta aquí hemos expuesto, se deduce que de ningún provecho sería el estudio que vamos á emprender, si hubiéramos de limitarnos á repetir, siquiera fuese con las modificaciones que la naturaleza de las dos clases de procesos exige, lo que hemos dicho respecto de cada uno de los medios probatorios que la ley admite.—Estos, según el artículo 169 del Código de Procedimientos penales, son los mismos que se admiten en materia civil y poco adelantaríamos con decir de nuevo en qué consiste cada una de ellas y cuáles son sus caracteres propios. En materia penal, la prueba, como hemos dicho, tan pronto recae sobre la existencia del hecho delictuoso, como sobre la persona del delincuente ó de los delincuentes, si fueren varios, y no pocas veces sobre ambas cosas á la vez. Unas ocasiones tiene por objeto el hecho considerado en abstracto, y más frecuentemente hay que atender á multitud de circunstancias que lo modifican: de don-

cisiones judiciales, principio inconcuso para la sentencia del Juez permanente, no se aplica á las del jurado. El hecho de estar el jurado [compuesto por conciudadanos del procesado, llamados, relativamente en gran número, para juzgarle en público, y el amplio derecho de recusación concedido en contra del mismo, al procesado, lleva á pensar que el *carácter social* del convencimiento debe estar suficientemente garantido, no siendo así necesaria la motivación del veredicto.» Obra citadá, tom. 1.°, pág. 65.

de resulta la necesidad de considerar las pruebas, no de una manera parcial, separadamente unas de otras, sino en su conjunto, según las impresiones que causen en el ánimo del Juez para engendrar el convencimiento.

Esta consideración nos ha determinado á tomar como guía en el estudio que vamos ha hacer de la prueba en materia criminal, las doctrinas de Framarino, quien considerando los medios probatorios en un punto de vista científico que se había escapado á sus predecesores, atendiendo á la naturaleza de las pruebas las divide, en cuanto al objeto, en directos é indirectos; en cuanto al sujeto, en personales y reales; y en cuanto á la forma, en testificales, documentales y materiales; añadiendo, como una clasificación accesoria, según sus fines especiales, algunas palabras acerca de las pruebas de descargo y las pruebas de inculpación.

Tal es también, el método que nos proponemos seguir, en el estudio que vamos á emprender.

CAPITULO II

División objetiva de las pruebas—Pruebas directas

En el Capítulo 7.º de la parte 1.ª de este Tratado, dimos á conocer la clasificación que de las pruebas hace Framarino en su obra intitulada «Lógica de las Pruebas», en materia criminal; clasificación que, según expresamos al terminar el capítulo anterior, es lo que nos hemos resuelto adoptar para que sirva de base al estudio que vamos á emprender. Después de haber expuesto en la segunda parte los textos legales y las doctrinas de la Jurisprudencia referentes á cada uno de los medios probatorios que la ley admite en materia civil, que son, según hemos visto, los mismos que se reconocen como eficaces en materia penal, explicando en qué consistan cada uno de ellos; la manera como deben hacerse valer en juicio y la eficacia que se les atribuye, nuestro trabajo estaría reducido ahora á repetir con leves modificaciones, lo que allí dijimos, si no adoptásemos otro plan, según el cual, evitando repeticiones inútiles, y dando por supuesto el conocimiento anterior de cada una de las pruebas, pasemos

á considerarlas en un punto de vista más elevado y por lo mismo, más general y filosófico. La materia criminal se presta admirablemente para ello, porque como se ha advertido antes, por más que el sistema probatorio que en el Estado de Veracruz rige, sea el legal, todavía en su aplicación tiene que desempeñar un papel demasiado importante el criterio humano, ó sea la convicción individual del Juez. Vamos, por lo tanto, á emprender este interesante estudio, comenzando por examinar la primera división que de las pruebas hace el autor citado atendiendo al objeto de ellas, ó mejor dicho á su contenido.

Consideradas en este punto de vista las pruebas, se dividen en directas é indirectas.

Cuando la prueba se refiere á la cosa misma que se quiere averiguar, esto es, cuando se refiere al delito mismo, puesto que de materia criminal se trata, la prueba es directa: cuando se refiere á una cosa distinta del delito, de la cual, en virtud del raciocinio puede el Juez deducir la existencia del hecho que se conceptúa delictuoso, la prueba es indirecta. El autor cuyas doctrinas venimos compendiando, pone los siguientes ejemplos que dan la claridad necesaria á su doctrina. Un testigo, por ejemplo, se presenta á declarar y afirma haber visto á Ticio matar á Cayo; el homicidio, que es lo que resulta propia y directamente atestiguado, es

objeto inmediato de la declaración; la prueba, por consiguiente, es personal directa. Por el contrario, el testigo dice que vió á Ticio huir poco después de haberse cometido el homicidio. La fuga de Ticio, que es el objeto inmediato de la declaración, es una cosa distinta del delito y sólo sirve para sacar de ella una inducción: he aquí una prueba personal indirecta.

Véamos ahora cómo esta diferencia conviene también á las pruebas reales. Se presenta en un juicio una letra de cambio que se dice falsificada; la letra no tiene por objeto el delito, sino que en ella consiste el delito mismo, y por lo tanto, será una prueba real directa. El temblor que se apodera del acusado á la vista de los vestidos del muerto, es una prueba que consiste en una cosa distinta del delito; y por lo mismo, será una prueba real, pero indirecta. Hay, pues, pruebas directas é indirectas, tanto entre las personales como entre las reales.

Al establecer esta doctrina, conviene evitar el error que pudiera resultar de creer que las pruebas directas son pruebas de todo el delito. Esto no es cierto, porque muy rara será la prueba que contenga el delito en todos sus elementos: aun las pruebas directas no contienen más que una fracción mínima de él. El ejemplo siguiente nos lo hará conocer con toda cla-

ridad. Supongamos que un testigo haya visto desarrollarse toda la acción criminal. Ticio vió matar á Cayo. ¿Será por ventura ésta una prueba de todo el delito? pregunta Framarino. ¿No se necesita ninguna otra prueba? Aun cuando otra cosa no fuese, sería preciso determinar la intención de delinquir de parte del agente. Y el cadáver mismo, ¿no necesitaría ser examinado por peritos? Cayo pudo haber muerto, no en virtud de la herida sino de una aneurisma, ó bien no por la sola herida, sino por el concurso de una concausa cualquiera, todo lo cual, el testigo que ha declarado, ni lo sabe ni lo puede saber. El testimonio de Ticio, aunque satisfactorio, no es completo: no es prueba de todo el delito.

Queda, pues, establecido, que para que una prueba sea considerada como directa, no es preciso que contenga todo el delito; y por el contrario, que sería muy raro encontrar pruebas de esta clase. De aquí se deduce que, para que el Juez reconstituya por medio de las pruebas los hechos que pasaron y cuya existencia trata de averiguar, necesita agrupar todas las pruebas directas sin las cuales no se podría concebir la existencia del delito. Fórmase éste, por decirlo así, de diversos elementos que podríamos llamar fraccionarios, de cuya unión debe resultar demostrada con toda claridad la existencia real del hecho que se trata de ave-

riguar. Fácilmente se comprende cuánto importa tener presente esta doctrina, para la aprobación de lo que se ha llamado cuerpo del delito. Podría creerse que la confesión, el testimonio y los documentos son pruebas directas, y que solo las presunciones ó indicios son pruebas indirectas. Esto no es exacto. La confesión, el testimonio y la prueba documental, no son más que *formas* que la prueba reviste, pero no atañen á la esencia de ella; la confesión misma puede ser directa cuando recae sobre el hecho que constituye el delito, é indirecta si sólo se refiere á un hecho, del cual el delito puede deducirse. Igual cosa debe decirse del testimonio, oral ó escrito, pues, en realidad, la prueba por medio de documentos no es más que una forma de la prueba testimonial.

Las pruebas directas, lo mismo que las indirectas, necesitan ser apreciadas por la razón, porque sin eso, no podrían engendrar el convencimiento; pero son apreciadas de una manera diferente. Véamos, primero, en lo que convienen las pruebas de una y otra clase, para hacer notar después cuál es la diferencia que hay entre ellas en cuanto á la manera como puede nuestra inteligencia apreciarlas.

En las pruebas personales, ya sean directas ó indirectas, hay que apreciar ante todo la credibilidad del testigo, sea que éste afirme que vió á Ticio matar á Cayo, ó que diga que vió

á éste huir poco después de que se cometió el delito; en uno ó en otro caso, hay que contar ante todo con su veracidad, adquirir la certeza, ó cuando menos, la probabilidad de que no se ha engañado ni ha querido engañarnos. Lo mismo debemos decir de la prueba real. Así, en el caso de que siguiéndose un proceso por calumnia se haya presentado el escrito original que se supone calumnioso, como cuando tratándose de un homicidio, el Juez tenga en su poder el puñal ensangrentado que se encontró en la casa del presunto reo, es indispensable ante todo tener la certeza de que ese escrito es realmente el que escribió el culpable, y de que el puñal que existe en poder de la justicia, es el mismo que se afirma que fué encontrado en la casa del supuesto homicida. Esto equivale á decir, que la prueba personal sea directa ó indirecta descansa en la confianza que el testimonio merece; y que la prueba real, tanto directa como indirecta, no puede existir sin la identidad de la cosa que sirve de prueba.

Esto nos hace comprender por qué motivo el Código de Procedimientos penales vigente en el Distrito Federal, en el Capítulo 2.°, libro 2.°, lo mismo que el que rige en Veracruz, han determinado con tanta minuciosidad las diligencias que deben servir de base al procedimiento. La descripción pormenorizada que debe hacerse de la materia del delito, de las se-

ñales y vestigios que hayan quedado, así como del instrumento con que aparezca que se cometió, y todas las circunstancias del lugar, situación, etc., no son más que pruebas reales que á su tiempo servirán para formar la convicción del Juez. Lo son, todavía, en mayor grado, los objetos que con el delito se relacionen, y asegurar su autenticidad es el objeto del inventario que de ellas debe formarse y de su conservación en cajas y vasijas cerradas y selladas, según fueren susbtancias sólidas ó líquidas. Excusado es insistir en un punto tan sencillo y que se encuentra bastante bien explicado en el capítulo del Código que hemos citado, bastando referirnos á él, y recomendar su estricta observación, pues muchas veces un delito llega á quedar impune, ó por el contrario, no puede demostrarse la inculpabilidad de un acusado, por no haberse recogido oportunamente esas pruebas, que como reales, y muchas veces directas, son tan eficaces para el descubrimiento de la verdad.

Mettermaier da á estas diligencias el nombre de comprobación judicial; y en su Tratado de las pruebas en materia criminal, establece ciertas reglas que en lo general han servido de base á las legislaciones positivas para determinar las diligencias que en la instrucción deben practicarse. Termina el artículo relativo con las

siguientes palabras que demuestra la importancia de tal comprobación: (1)

«La inspección judicial se dirige ordinariamente á demostrar el cuerpo del delito ó al menos una parte de él, y rara vez á la averiguación del autor del crimen; sin embargo, por medio de ella puede el Juez llegar á su descubrimiento inmediato ó mediato; inmediato, cuando prevenido á tiempo, llega al sitio y prende al agente en flagrante delito; mediato, cuando pone en claro tales pormenores materiales que hacen recaer las sospechas sobre un ciudadano. Puede, en fin, conducir al descubrimiento de hechos que pongan en claro la cuestión de intención, ó que tiendan á probar que el acusado se encontraba en el caso de legítima defensa.»

Una vez comprendido lo que hay de común entre las pruebas directas é indirectas, ya sean personales ó reales, en lo que se refiere al modo de proceder de nuestro espíritu para apreciarlas, fácil nos será venir en conocimiento de la diferencia que entre ellas existe, consideradas en el mismo punto de vista. Para ello nos serviremos también de los ejemplos que trae Framarino, porque por medio de ellos nos haremos comprender mejor de nuestros lectores.

(1) Obra citada, pág. 160.

Véamos primero un caso de prueba personal directa. Cuando un testigo afirma qne ha visto que Ticio disparó su escopeta sobre Cayo, y le causó la muerte, una vez que el Juez se ha convencido de la veracidad del testigo y de que éste observó bien el hecho acerca de cuya existencia declara, tiene que admitir la verdad del hecho declarado de una manera espontánea, directa y natural, sin esfuerzo alguno del raciocinio. Admitida la veracidad del testimonio, hay que admitir como consecuencia imprescindible la verdad del hecho atestiguado.

No sucede lo mismo en la prueba personal indirecta. Cuando un testigo declara que vió al acusado huir tal día y á tal hora, en este caso, después de haber dado por segura la veracidad del testigo y de haber adquirido la certeza de que pudo ver bien el hecho que declara, se necesita una segunda apreciación. Es necesario establecer la relación que puede existir entre la fuga y el homicidio cometido; hay que atender á las circunstancias personales del acusado, á las del lugar y tiempo, para venir á deducir la relación más ó menos íntima que puede haber entre la fuga y el delito cometido. Cada una de ellas servirá para robustecer ó para destruir el convencimiento que á primera vista pudo formarse. Si la fuga se efectuó en un lugar cercano y poco tiempo después de que el individuo que se supone víctima, fué

privado de la vida, el indicio tendrá mayor fuerza que cuando la fuga fué á la misma hora, pero en un lugar distante; ó cuando por el contrario habiendo sido en el mismo lugar, fué muchas horas después. De sólo la combinación de estos dos elementos pueden surgir diversas apreciaciones, en las cuales habrá mayores ó menores probabilidades de acierto, según que los raciocinios en que descansen sean más ó menos fundados; según que los datos en que se apoyen, tengan una relación más próxima ó más lejana, con el hecho principal que se trata de averiguar.

Otro tanto podemos decir de la prueba real. Cuando la materialidad del delito se prueba directamente, como cuando se trata de un escrito infamante ó calumnioso, que se ha presentado al Juez, una vez que se ha demostrado su autenticidad, ninguna otra cosa es necesaria. Mas si suponemos una prueba real indirecta, las dificultades de la apreciación exceden en proporción de todas las numerosas hipótesis que pueden ofrecerse para explicar el hecho de que se trata. Pongamos un ejemplo, y sea éste el mismo que pone Framarino.

Un hombre ha sido encontrado muerto, á causa de una herida hecha con cuchillo, en un terreno cubierto de barro. En la casa del acusado se han encontrado los zapatos del mismo, manchados de fango, igual al que hay en el te-

rreno donde el cadáver se encontró: los zapatos son llevados al Juez como prueba real indirecta, después que el acusado los reconoció como suyos. Pues bien, aquí la cosa que prueba no puede relacionarse con la que se trata de averiguar, sino mediante un largo trabajo de raciocinio. Es preciso comenzar rechazando todas las hipótesis que puedan explicar la existencia del fango en los zapatos, por otras causas que no se relacionen con el delito cometido; es preciso, por ejemplo, rechazar la hipótesis de que el acusado haya podido pasar por aquel terreno antes de que se cometiera el delito, ó bien, que haya pasado después, ó que haya pasado por otro terreno de la misma clase, etc., etc. Sólo después de haber desechado por razonamientos fundados y con datos bien establecidos, las diferentes hipótesis que pudieran explicar la existencia del fango en los zapatos, por otra causa extraña á la causa del delito, podría encontrarse el lazo de unión de aquella prueba con el delito mismo, la cual siempre sería indirecta. Se ve, pues, que la eficacia de la prueba indirecta no puede afirmarse sino mediante un trabajo intelectual, más ó menos largo y minucioso, y mientras más largo, más expuesto al error.

De las consideraciones anteriores se deduce la superioridad de la prueba directa sobre la indirecta, puesto que la primera, por la mayor

facilidad con que puede ser apreciada, es menos ocasionada á errores que la segunda. Y entre las pruebas reales y las personales, ambas directas, deberíamos tener como preferentes á éstas, porque su apreciación es menos ardua, debiendo decirse lo mismo de las indirectas. Creemos que estas observaciones serán más provechosas para formar el criterio de los jueces y de los abogados, que la enumeración cansada de lo que tanto se ha dicho acerca de la fe que merece cada una de las pruebas consideradas separadamente (1).

Continuaremos, por lo tanto, nuestro estudio, con el mismo empeño con que lo hemos emprendido, haciendo esta observación importante: no hay, en lo general prueba directa, que no se presente unida con otras pruebas indirectas.

---

(1) A este propósito. nos parece oportuno citar las siguientes palabras de Ellero: «Cuanto más se profundiza esta materia, dice este autor, más claro resulta que el Juez no es *la tabla rasa* de Locke, que debe recibir las impresiones que preparan la sentencia, definiendo según ellas. Si las pruebas le hacen falta para conocer el hecho criminoso, no es menos cierto que para apreciar estas pruebas y para certificar ciertos hechos no probables, y especialmente el elemento moral del crimen, y además, para raciocinar sobre todo esto, el Juez necesita acudir á su patrimonio de experiencia y de ideas.» «De la certidumbre en los juicios criminales,» pág. 49.

Esto depende de que, según dijimos antes, la prueba no por ser directa, *contiene* todo el delito, de donde resulta que una misma prueba puede ser directa respecto de un hecho é indirecta respecto de otro. Copiamos los ejemplos mismos que tiene el autor cuyas doctrinas hemos compendiado en este capítulo. Un testigo, por ejemplo, declara haber presenciado el origen de una reyerta entre Ticio y otros individuos, por una parte, y Sempronio y otros por la otra; añade que en tal momento vió á Ticio sacar un puñal, habiendo huído antes, por lo que no sabe más. Sempronio está herido. El testigo sólo presenta la prueba directa de una fracción de aquel elemento criminoso que consiste en la acción: ha visto á Ticio empuñar su arma: pero no lo ha visto herir. La prueba directa de lo primero, sirve como indirecta para lo segundo: la prueba directa de una fracción de la acción criminal es indirecta del resto del elemento criminoso. Otro ejemplo: Ticio ha desaparecido; Cayo ha visto á Sempronio herido en una riña con un cuchillo; nada más ha visto, pues huyó del lugar donde aconteció el suceso. Esta prueba directa de la acción criminal, que es uno de los elementos del delito, puede servir de prueba indirecta de otro elemento, que será el homicidio que á Sempronio se le imputa. Todavía podríamos analizar este otro caso: Ticio aparece muerto y hecho

pedazos; el examen pericial anatómico del cadáver, comprobación directa del delito, puede indicar indirectamente la persona del delincuente, por la grande y especial pericia manual que revela en la comisión del delito.

Así, podemos afirmar que generalmente hablando, no hay prueba directa sin mezcla de indirecta; y que por el contrario, esta puede bien presentarse separadamente de aquella.

Lo dicho bastaría para que quedase bien establecida la diferencia que existe entre las pruebas directas é indirectas, personales ó reales, y la eficacia que á unas y otras debe atribuirse en la apreciación racional que el Juez tiene necesidad de hacer para dar por probado un hecho criminal, y el fundamento que hemos tenido cuando al comenzar esta Tercera parte dijimos, que en materia criminal, no es posible por la complejidad de la materia, separar el criterio jurídico del criterio humano (1). La importancia y trascendencia de la tesis que ve-

(1) Framarino discute ampliamente los fundamentos filosóficos de las pruebas indirectas; y señala como tales los indicios á los que sirve de base, en concepto suyo, el principio de identidad cuando se trata de presunciones; y el de causalidad, si se trata de indicios. Discute también si la presunción es una prueba indirecta y si es una misma cosa que el indicio. Nosotros no hemos juzgado necesario entrar en este género de disquisiciones.

nimos sosteniendo, nos obliga, sin embargo, continuar nuestro examen de las pruebas directas é indirectas, mirándolas ahora especialmente con relación al hecho en que se hace consistir el delito.

Para que este exista, no es suficiente al hecho material considerado como delictuoso, sino que se necesitan otros elementos. Tres son los que constituyen la esencia del delito, en el punto de vista de la prueba.

1.° Un hecho material que sea el objeto sobre el cual debe recaer la prueba.

2.° Sujeto que lo haya ejecutado, bien sea personalmente ó bien por medio de otro individuo sobre cuya voluntad haya influido. A esto llama Framarino, sujetividad exterior ó externa.

3.° Intención de delinquir, esto es, voluntad de ejecutar el acto criminal, ó sea subjetividad interior, como la llama el mismo autor.

Fácil es comprender, que faltando uno solo de estos elementos no hay delito y no hay necesidad de insistir en una cosa tan clara. De aquí se deduce que, la prueba acerca de cada uno de ellos, es igualmente necesaria. No se puede decir que la prueba respecto del uno, tenga menos importancia que la prueba respecto de alguno de los otros. Acerca de cada uno de estos diversos elementos diremos breves pa-

labras, siempre con relación á la prueba, que es el objeto de nuestro estudio.

1.° *Hecho criminal.* No hay delito sin acto externo que viole el derecho. Todo delito tiene, pues, dice Framarino, un doble objeto: objeto material, que es la cosa ó persona sobre quien recae la acción; y el objeto ideal, ó sea el derecho violado. De donde resulta un doble elemento en la acción del delito, el elemento material, que es el acto ejecutado sobre la persona ó sobre la cosa; y el elemento ideal, que es la resultante de la acción sobre el derecho.

El hecho material, que no es otra cosa sino el efecto físico de la acción criminal, se prueba por medio de pruebas reales, como son la presencia del cadáver, etc.; y es á veces distinto de la acción, de la cual no es más que el resultado intrínseco, como sucederá con el cadáver de un individuo muerto por el deseo de robarle; y otras es una misma cosa con la acción humana, como acontece en los delitos de hechos transitorios, que no dejan detrás de sí, efectos físicos permanentes. La amenaza ó la injuria verbal, son delitos de esta naturaleza.

En cuanto al otro elemento en que puede consistir el delito, que es la violación de un derecho, conviene advertir que los derechos naturales, esto es, los que son inherentes á la naturaleza humana, lo mismo que los que tienen los hombres en su calidad de miembros

de la sociedad civil, pero igualmente naturales, como el de conservar su integridad personal, no necesitan ser probados. Fundadamente se supone que existen en todo individuo.

Pero hay otros derechos que se llaman adquiridos, porque su goce actual resulta de las relaciones establecidas entre persona y persona ó entre una persona y una cosa; y cuando de ellos se trata, es necesario que se pruebe la relación particular generadora del derecho, pues que sin eso no se puede decir que ha habido un derecho violado; ó en otros términos, que se ha cometido un delito. Un ejemplo aclarará esta doctrina: Se imputa á un individuo un hurto: no basta la determinación de la cosa para tener como determinado el delito; se necesita, además, la prueba de la relación particular que existe entre otro individuo diverso del supuesto culpable, y la cosa, esto es, se necesita la prueba de que esta es agena. Se imputa á una mujer el adulterio: no basta la prueba del comercio carnal habido entre ella y un hombre, es necesario demostrar su relación particular con otro hombre; es decir, que se necesita probar la existencia de matrimonio. Sin el derecho de otro sobre la cosa determinada no habrá hurto; sin el del marido, no habrá adulterio; sin la averiguación demostrativa de la existencia de tales derechos, no podría llegar á afirmarse la de los delitos respectivos.

Por este motivo vemos recomendado en la fracción 4.ª del artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, que se justifique como medio de comprobación del cuerpo del delito, en los casos de robo, la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa robada. En los casos de adulterio, debe probarse el matrimonio; en los actos de incontinencia que pueden tener ó no el carácter de delito, según la edad de la persona con quien se han ejecutado, debe probarse esta circunstancia, etc.

Todas estas pruebas parecen que debieran preceder á todas lás otras; pero algunas veces no se hace así, porque de las primeras diligencias, de la inspección de los lugares y otras circunstancias, resultan motivos para creer la existencia del derecho que se supone violado; pero nunca podría llegarse á pronunciar sentencia, sin haberse cerciorado el Juez de que existen como elementos esenciales del delito.

Acción delictuosa.—Si no hemos comprendido mal las doctrinas de Framarino, lo que hemos llamado hecho criminal, se diferencía de la acción delictuosa, en que lo que caracteriza al primero, es la violación del derecho; y la que constituye la segunda, es la serie de actos encaminados todos á efectuar esa violación. El hecho criminal es, por decirlo así, indivisible; y según hemos visto, su esencia consiste, no en la existencia material de tales ó cuales

hechos, que pueden existir sin que haya delito, sino en el derecho violado.

Se puede quitar la vida á un hombre, ejerciendo el derecho de legítima defensa; y en tal caso, habrá un hombre muerto, habrá un homicidio, pero no habrá delito que castigar.

La acción delictuosa supone necesariamente la existencia del delito, ó lo que es lo mismo, la violación del derecho, y comprende la serie de actos encaminados á efectuar esa violación, hasta llegar á realizarla. De aquí procede una distinción entre los actos preparatorios, que corresponde al Derecho penal, el cual establece los diferentes grados de culpabilidad, entre el conato, la tentativa y el delito consumado.

A nosotros, que sólo tratamos de la prueba, no nos compete decir otra cosa, sino que las pruebas que se deben recoger por el Juez para formar su convicción respecto de los actos preparatorios, más ó menos próximos del delito, tendrán que ser siempre indirectas, nunca directas; porque será forzoso por medio del raciocinio, establecer la relación que haya entre ellas y el delito cometido.

Téngase entendido que hablamos de los actos anteriores á la consumación del delito, y no de las pruebas reales, que en muchos casos, no serán pruebas indirectas, sino el fragmento, por decirlo así, de la prueba de la acción

criminal. Pongamos un ejemplo. Un puñal que se ha encontrado en la casa de Ticio, acusado del delito de lesiones, no es más que una prueba indirecta, un simple indicio. Pero ese mismo puñal será considerado como una parte de la prueba directa, si se ha visto en el momento de la acción en las manos del agente ó en el pecho del herido. Lo mismo debe decirse de todos los medios ó instrumentos de ejecución, que no pueden constituir una prueba directa, si no está demostrada su incorporación, por decirlo así, á la acción criminal. La existencia de una escala, ó de una gansúa, ó de un puñal, en poder del acusado, sólo serán pruebas indirectas que obran contra él; pero si la escala ha servido para salvar un muro, ó la gansúa para abrir una puerta, ó el puñal para agredir, ya son verdaderos fragmentos de la acción criminal y pueden ser objeto de pruebas directas; mas para ello es necesario que se pruebe que estos medios han sido en la acción del delincuente enderezados al fin criminal; es preciso que se presenten unidos al hecho del delito, como cuando la gansúa se ha encontrado en la cerradura abierta, la palanca junto á la puerta desquiciada ó la escalera apoyada en el muro que se saltó.

Teniendo presentes estas consideraciones el artículo 862 del Código de Procedimientos del año de 1869, disponía que se mostraran al pre-

sunto reo las armas ó instrumentos con que se cometió el delito, preguntándole si las reconocia como suyos y el uso que hubiere hecho de ellos; diligencia que es muy importante para establecer, como dice el autor cuyas doctrinas venimos exponiendo, la relación que existe entre la cosa y la acción criminal.

Intención de delinquir.—La prueba de este elemento del delito es la más difícil de todas, como que se refiere á un hecho interno, independiente del delito mismo. La intención puede nacer en la conciencia en un momento anterior en mucho á la acción y separado de ella. En este caso será una prueba indirecta, muy remota, del delito; pero cuando persiste y continúa hasta que la acción se realiza, la intención constituye el elemento principal del hecho criminal.

A esta intención se refieren ó deben referirse las pruebas, no sirviendo las de la intención remota, sino para suponer la intención actual, puesto que la intención, como estado de conciencia, puede cambiar de un momento á otro. Esta observación es muy importante en los casos en que se atribuye premeditación al delincuente. Un individuo, por ejemplo, que ha recibido de otro un agravio, siente vehementes deseos de vengarse; pero si llega hasta la resolución de hacerlo, tiene la intención de delinquir: pasados algunos momentos se calma y vuelve á su

estado normal. Desgraciadamente, algunos días después; se encuentra con su enemigo, la vista de él excita de nuevo sus pasiones, se enciende en ira y le mata. ¿Habrá premeditación en este caso? Creemos que no; porque si bien la intención pasada de delinquir, podría servir para probar de una manera indirecta la intención actual y el acusado no podría disculparse del homicidio cometido, juzgándose irresponsable de él, la circunstancia agravante de premeditación no estaría probada, porque la intención es variable, y como acto interno, sólo Dios puede conocerlo. La justicia humana sólo juzga por los actos externos y el hecho de no haber perseguido el acusado á su enemigo, la primera vez que tuvo la intención de matarlo, prueba que aquella intención desapareció y que no se puede relacionar con el homicidio cometido después.

Framarino, considerando que para que el ánimo se dirija á su objeto, es necesario que primero se elija este objeto y después el medio que puede conducirlo á él; así como también, que es forzoso que el espíritu se determine á alcanzar ese objeto y á recorrer el camino que á él conduce, señala como elementos morales del delito la participación de la inteligencia y de la voluntad Sin el concurso de ambas facultades, no puede haber intención, ó á lo menos, esta no será imputable al agente. Respecto

de la primera, esto es, respecto de la inteligencia, es necesario que se conozca la plenitud de ella, ó su mayor ó menor imperfección, ya sea de una manera absoluta ó con relación al delito, y de aquí la necesidad de excluir todas las causas que pueden demostrar lo incompleto de la inteligencia ó la falta total de ella, como la edad, el sonambulismo, la locura, etc., y hasta el error involuntario.

En cuanto á la voluntad, debemos ante todo, suponerla libre, porque sin libertad, no hay responsabilidad En cuanto al dolo ó voluntad de delinquir, he aquí cómo debemos raciocinar: el hombre, como ser racional, no obra sin dirigir sus acciones á un fin. Ahora bien, cuando el medio empleado no responde sino á un fin criminal, el agente no puede haberlo empleado sino para alcanzar ese fin; y así, por una deducción lógica, por el medio empleado, se viene en conocimiento del fin propuesto. Si un individuo ha puesto una mecha encendida junto á un pajar, buyendo en seguida, no podrá dudarse que tuvo la intención de que se verificase un incendio. En este caso la intención queda probada por medios indirectos, aun cuando el hecho criminal no haya llegado á realizarse, como sucedería, si advertido algún vecino de la presencia de la mecha, hubiere acudido á apagarla antes que el fuego hubiera invadido el pajar. Así se resuelve la cuestión de la in-

tención dolosa ó sea el concurso de la inteligencia y de la voluntad para cometer el detito.

Las anteriores consideraciones no contienen sino una parte pequeña de las doctrinas de Framarino, relativas á las pruebas directas; pero no entrando en nuestro plan dar á este Tratado una extensión mayor que la que desde el principio nos hemos señalado, pondremos aquí punto á este estudio, remitiendo á nuestros lectores, que deseen más amplias explicaciones, á la obra que citamos al comenzar este capítulo.

CAPITULO III.

De las Pruebas indirectas

«Si el hombre no pudiera conocer más que por propia percepción directa, pobre y escaso sería el campo de sus conocimientos; pobre en el mundo de las ideas, y pobre en el mundo de los hechos. Una inmensa multitud de estos se verifica fuera del alcance de nuestra observación directa, siendo realmente muy pocos los que podemos conocer por visión directa de nuestros propios ojos.»

Con estas palabras da principio Framarino,

al estudio de las pruebas indirectas, y ellas demuestran la importancia que tales pruebas tienen en la averiguación de los delitos y la necesidad en que nos encontramos de estudiar con toda la atención posible cuanto á ellas se refiere.

«Hay entre las cosas, dice el mismo escritor, hilos secretos é invisibles á los ojos del cuerpo; pero visibles á los de la mente, hilos providenciales por los cuales el espíritu va de lo que conoce directamente á aquello que directamente no puede percibir»; y Mettermaier, refiriéndose á la prueba de indicios, que lo mismo que Benthan, llama circun-tancial, nos hace conocer su importancia por medio de las siguientes palabras:

«Estas circunstancias (los indicios), son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la Providencia al rededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbra el entendimiento del Juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar á la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, ó los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí ó desviarlos; los clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito; un botín caído en el mismo si-

tio, suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido, atestigua su participación en el acto de la violencia.—Todas estas circunstancias sirven de punto de partida al Juez; el proceso ordinario de los acontecimientos humanos le proporciona analogías y por vía de inducción, concluye de los hechos conocidos á otros necesariamente constitutivos de la acción criminal.»

Estas palabras nos persuaden, á la vez, de la necesidad de reconocer las presunciones ó indicios, como uno de los medios de prueba más eficaces en materia penal, y el fundamento filosófico que sirve de apoyo á las prescripciones de la legislación positiva que los enumera como tales, y determina los requisitos que deben tener para conceptuarlos suficientes, á fin de probar la culpabilidad ó la inocencia del acusado.

Por este motivo no nos detendremos en un punto que parece bastante claro, observando solamente que, según se puede deducir del texto de los artículos 183 en su fracción 2.ª y 3.ª del Código de Procedimientos penales de Veracruz, las palabras presunción é indicios se toman en este sentido: la presunción es el resultado del indicio, esto es, el juicio que se forma la mente fundada en la inducción á la cual sirven de base, hechos independientes del delito; pero que se relacionan con él de una ma-

nera más ó menos inmediata. Ya hemos dicho en otra parte cuál es la etimología de la palabra presunción; la palabra indicio viene de *index* que significa *señal*, porque es como una señal por la que se puede llegar á describir alguna cosa. Si tal es la inteligencia del artículo que hemos citado, podremos decir que el indicio es la causa y la presunción es el efecto.

Siendo, pues, tan necesaria esta prueba, no es de extrañar que en la legislación romana se le diere grande importancia. Estudiando los autores clásicos, dice Mettermaier y los pormenores de que hacen mérito, se les ve aplicar á la investigación de esta prueba y á las conclusiones que de ella pueden deducirse, los modos de proceder más conformes á los hábitos cuotidianos de la vida; y una multitud de textos demuestran evidentemente, qué importancia daban los jurisconsultos á los llamados *argumenta, indicia y signa.*

El derecho romano no contenía, según Maynz, (1) sobre los diversos medios de prueba, las reglas ciertas y precisas que encontramos en las legislaciones modernas; dejaba al Juez del hecho gran latitud y no se oponía á la admisión de simples indicios, con tal que en la especie pa-

(1) Maynz. «Curso de Derecho Romano.» Tít. 5.º del lib. 1.º, pár. 68.

reciesen suficientes para dar la certidumbre requerida. Cicerón decía: *Apud bonum judicem argumenta plus quam testes valent.* (De Rep. I. 38).

Durante la edad media, los prácticos dieron bastante amplitud á los indicios, y estudiaron su fuerza probatoria, clasificándolos según su relación, más ó menos íntima, con el hecho que se quiere averiguar, y el convencimiento que como consecuencia de esa relación debe producir en el ánimo del Juez, llamando á unos graves ó vehementes, á otros próximos ó remotos, violentos ó equívocos, claros ó indubitables, obscuros ó dudosos, etc.; pero á primera vista se comprende la inutilidad de tales clasificaciones, pues como dice Escriche, los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan, porque los indicios varían en razón de las circunstancias, y estas variaciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas. Es inútil tratar de dividir y sujetar á cálculo lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago.

Por este motivo, reservando para el final de este capítulo hablar de la fuerza probatoria de los indicios, diremos ahora algo acerca de ellos siguiendo la clasificación que hace Framarino. Critica este autor las clasificaciones anteriores, entre las cuales, además de las que acabamos de citar, había la de indicios antecedentes, con

comitantes y consiguientes, y encontrando que las relaciones de causa y efecto son las que más vivamente hieren nuestra imaginación, cuando tratamos de relacionar un hecho con otro, propone como única división de los indicios, la de indicios causales, ó que se supone que han obrado como causa del hecho criminal, y efectuales que son los hechos que se suponen derivados de aquel, como efecto suyo. En este orden enumeraremos las fuentes principales de donde los indicios pueden deducirse; y como unos indicios se destruyen por otros contrarios, expondremos á la vez los hechos que Benthan llama infirmantes y otros autores denominan contra-indicios.

El primer indicio particular que señala Framarino, como causal del delito, es la capacidad intelectual y física para delinquir. Hay delitos para los cuales no se necesita una capacidad particular en el agente, y son los más numerosos; pero hay otros que no pueden cometerse sino por quien tenga conocimientos especiales; para hacer un dibujo injurioso, se necesita ser dibujante; para escribir un escrito calumnioso, se necesita saber escribir, etc.

Pues bien, de estos antecedentes puede deducirse un indicio causal de la culpabilidad del acusado; pero como la fuerza de éste disminuirá en proporción que sea mayor el número de los individuos que tengan las mismas aptitudes,

resulta que en realidad, para que este indicio sea eficaz, se necesita tener la certidumbre de que ningún otro individuo, fuera del acusado, es capaz de cometer el delito.

No sucede lo mismo en cuanto á la *oportunidad* de cometerlo, que es también una forma de la aptitud para ello. La prueba del contra-indicio en este caso, sería más fácil; pero es conveniente precaverse del sofisma á que somos de ordinario tan inclinados y que consiste en deducir de la *potencia*, *el acto*. Tal modo falso de raciocinar equivale á decir: Ticio ha podido cometer el delito cuyo autor se quiere averiguar; luego lo ha cometido. Al punto se descubre en qué consiste la falsedad, y Framarino cita un caso práctico que nos debe poner en guardia contra semejante error (1).

(1) El caso fué el siguiente: Jacobo Le Brun era servidor fiel de la Sra. de Mazel. La noche del 27 de Noviembre de 1689, fué encontrada ésta sobre su lecho, atravesada por cincuenta puñaladas. Se vió que los ahorros de la víctima habían sido robados. El cordón de la campanilla de su habitación se encontró sujeto, de manera que no se podía llamar con él. Las otras habitaciones estaban todas cerradas con llave. Como solo Le Brun estaba en la casa, era el único que sabía dónde tenía la señora sus ahorros; sólo él podía haber enredado el cordón de la campanilla; y á mayor abundamiento, en su poder se encontró una llave que daba entrada á las habitaciones de su ama. De aquí se dedujo que sólo él podía haber cometido el delito. Fué

Tambien puede considerarse como un indicio causal la capacidad moral de delinquir por la disposición de ánimo de la persona que se supone culpable. Tal capacidad consiste en la inclinación que se supone en el agente, y esto puede provenir de dos fuentes: de las acciones de la persona hasta el momento en que cometió el delito, ó de las condiciones de su organización física.

En cuanto á las primeras, pueden consistir en delitos anteriores, en acciones simplemente reprobables, ó bien en manifestaciones verbales reveladoras de la intención de delinquir. Fácilmente se comprende que entre estos diversos medios, el que mejor revela la índole malévola del inculpado es el que consiste en delitos anteriores; sobre todo si son de la misma clase. y más todavía si son numerosos. Con este objeto, se ha dispuesto por las leyes relati-

---

sometido al tormento y condenado á muerte. Mientras se substanciaba la apelación, murió después de haber sufrido mucho en su prisión.

En el mes de Abril siguiente, se descubrió que el asesino había sido un tal Juan Garlat, que había servido antes de lacayo á la señora. Este individuo confesó su delito, diciendo cómo lo había cometido. Se introdujo de día á la casa, se ocultó bajo el lecho de la señora, y de allí salió para asesinar á ésta, tomando la precaución, como era natural, de impedir que su víctima pudiera llamar por medio del cordón de la campanilla. Salió después de la casa sin ser visto.

vas, en la parte que se refiere al régimen interior de las prisiones, que se lleve una noticia exacta de la entrada y salida de los presos, de las sentencias que contra ellos se pronuncien, etc., y que se agreguen á la causa tales noticias. Como es de suponerse, la prueba de que el inculpado ha delinquido antes, debe consistir en la sentencia que le condenó.

En cuanto á las condiciones físicas de la persona, como indicio de su culpabilidad, no es posible, en el estado actual de la ciencia, dar ninguna regla ni medianamente segura. Así es que, en este punto, dice Framarino, hay que atenerse á conceptos tan generales, que casi carecen de eficacia. En el joven, por ejemplo, se suponen tendencias eróticas con más probabilidad que en el viejo; en la mujer mayor propensión á valerse del engaño que de la violencia, al contrario de lo que sucede en el hombre, sobre todo, si por su aspecto revela un carácter enérgico y resuelto, y no débil ni pusilámine.

En contra de este indicio y como opuesto á él, tenemos el que resulta de la aversión que el hombre tiene á delinquir, sea por un principio de honradez natural que se conserva mientras no se llega á cierto grado de corrupción, bien por temor al castigo y á las consecuencias funestas para el que ejecuta un acto penado por la ley. Se ha criticado con razón,

por algún escritor, la manera como se enuncia generalmente este indicio, diciendo que se presume que todo hombre es bueno mientras lo contrario no se pruebe. No es así como debe decirse, sino de este modo: un hombre se reputa inocente del delito que se le imputa, mientras no se pruebe que él lo cometió; mas de cualquiera manera que sea, es lo cierto que la presunción en favor de la inocencia, debe disminuir en gran manera la fuerza del indicio contrario, sacado de la capacidad de delinquir ó de las cualidades físicas del inculpado.

Se ve por lo mismo, con toda claridad que tal indicio tiene que ser muy debil, y que sólo en un caso muy raro puede llegar á adquirir una importancia excepcional.

No sucede lo mismo con los indicios que se consideran causales del delito y que consisten en la capacidad moral para delinquir, por un impulso particular hacia el acto delictuoso. Este es el tercero de los indicios que enumera Framarino, y acerca de él hace observaciones muy importantes que deben tener grande aplicación en la práctica.

Partiendo del principio de que no hay efecto sin causa, es lógico deducir que en todo delito ha de haber un motivo y que el conocimiento de este motivo nos puede facilitar el descubrimiento del hecho que se trate de averiguar. La causa inmediata del delito reside siempre en el

móvil interno; pero el externo sirve para determinar, no solo la naturaleza del primero, sino tambien su medida y, por tanto, su fuerza probatoria. Si se dice por ejemplo, que un hombre ha dado muerte á otro por haber recibido de él una injuria, el móvil de la acción será la ira; pero la intensidad de esta, la dificultad de dominarla, podrá medirse por el tamaño de la ofensa recibida.

Los motivos para delinquir se encuentran en las pasiones del ánimo que dominan la voluntad, impulsándola á ejecutar actos que la ley castiga. Los impulsos que obran sobre el ánimo son de dos especies: unos que podemos llamar móviles impetuosos y otros móviles reflexivos.

Los primeros nacen del mal presente ó que acaba de pasar, y son los ímpetus de la necesidad, de la ira ó del miedo.

Los segundos proceden del mal lejano y son el odio y el temor de un mal remoto.

La diferencia que existe entre unos y otros, según el autor cuyas doctrinas venimos exponiendo, consiste en que la relación de causalidad entre el móvil impetuoso y el delito, es más eficaz; y por eso la existencia de un móvil de este género, constituye un indicio más vehemente que el que resultaría de uno de la segunda clase.

Por el contrario, para que un móvil reflexi-

vo tenga una cierla fuerza de indicio, es necesario que haya proporcionalidad entre él y el delito, porque el alma humana, bajo la acción de un móvil reflexivo, no pierde su calma razonadora; y por una causa, pequeña y desproporcionada no puede, hablando en términos generales, determinar el delito. Así no hay dificultad en admitir, y es por el contrario muy creíble, que un hombre en el momento en que ha recibido una ofensa, aunque pequeña, haya contestado disparando un balazo á su ofensor; pero por el contrario, nos resistimos á creer que la misma ofensa haya causado en el ánimo del ofendido un odio tal, que le haya impulsado á vengarla con la muerte, mucho tiempo después que la recibió.

Esta es, dice Framarino, la utilidad práctica que resulta de esta división, en el punto de vista del Derecho probatorio. Hay otra clasificación que se funda en la consideración de la persona sobre cuyo ánimo obran los impulsos que conducen al crimen.

Si fijamos nuestra atención en los motivos que inducen á los hombres á delinquir, encontraremos que hay unos que consisten en una relación particular entre el supuesto delincuente, por una parte, y el sujeto pasivo por la otra. Tal sería la enemistad que se probara que existía entre ambos: estos se llaman personales. Hay otros que se supone que obran sobre to-

dos los hombres, hecha abstracción del sujeto agente y del paciente del delito, como son la codicia, la concupiscencia, el odio nacido del espíritu de secta ó de partido, sobre todos los que participan de las mismas creencias ó tienen las mismas opiniones políticas.

Hay, por último, una tercera clase de móviles que participan de la naturaleza de los otros dos; ó en otros términos, en los que la pasión es común pero el grado de intensidad de ella, es propio del individuo. Así, la codicia es común á todos los hombres; pero en un individuo determinado puede alcanzar un grado tal de intensidad que llegue á formar parte de su carácter personal: estos móviles pueden denominarse mixtos.

Hecha esta división de los móviles con relación á la persona sobre cuyo ánimo se supone que han obrado, veamos cuál será su eficacia probatoria. Framarino la explica en los términos siguientes: —«Dado un delito y dada la existencia de un motivo para cometerlo, nace naturalmente la cuestión de si este motivo tendrá siempre la misma fuerza probatoria. Ahora bien, la respuesta se encuentra en las nociones precedentes. Los motivos comunes no pueden tener ningún valor, porque lo que es común á un gran número de hombres, no puede servir para indicar á ninguno en lo particular. Los comunes personales ó mixtos, tie-

nen el valor de indicios débiles, porque aun cuando consisten en una particular intensidad de la pasión, hay que temer que esa misma intensidad se haya producido en otro individuo. Los indicios fundados en motivos personales, son sin duda los más eficaces, porque consisten en una relación concreta y exclusivamente individual de una persona determinada.

De aquí se deduce que, cuando un delito se explica por un móvil común, no hay necesidad de afirmar la existencia del móvil por una prueba especial. Si Ticio ha robado, no se necesita probar que obró en su ánimo el deseo de obtener un lucro: la acción que se le atribuye lo demuestra por si sola.

Tampoco lo necesitan los indicios que nacen de los móviles que hemos llamado mixtos ó sean comunes-personales. El quitar la vida á un hombre para robarle, exige una codicia no común por su intensidad; pero no por eso habrá necesidad de probar de una manera especial la existencia de ese móvil, cuando se ha demostrado la materialidad del homicidio y del robo que á Ticio se atribuye.

Los móviles puramente personales sí requieren ser debidamente probados. He aquí un ejemplo que pone Framarino: La muerte de Ticio se imputa á Cayo. ¿Por qué le habrá quitado éste la vida á aquél? Pudo ser por codicia, para robarle; por ira, producida por una in-

juria reciente, ó por odio causado por un agravio antiguo. De todos modos, se trata de motivos personales, que es necesario probar, porque no se encuentran en todos los hombres; y si llegare á resultar demostrada la falta de todo motivo, tal falta obraría como un contraindicio en favor del acusado. La presunción de inocencia en el caso de no poderse demostrar la existencia del móvil que ocasionó el delito, es tan fuerte, que bastaría, en concepto de Framarino, para absolver al presunto delincuente. Si no se admite un motivo criminoso en el acusado respecto del delito que se persigue, dice este autor, su acción no puede considerarse como humana, porque el hombre tiene siempre un fin en sus acciones, y al no poderse reputar como acción humana, toda responsabilidad desaparece, con lo cual no cabe dictar legítimamente una condena.

Entre los indicios fundados en móviles personales, creemos que debe contarse como uno de los más importantes, el que consiste en averiguar á quién ha aprovechado ó podido aprovechar la consumación de un delito. Si se llega á probar que una mujer casada ha mantenido relaciones amorosas con un hombre, y el marido resulta asesinado, sin que aparezca que fué robado, ó que tenía algún enemigo, habrá motivos muy fuertes para creer que la mujer ó su cómplice fueron los autores del homicidio.

La primera fuente de indicios efectuales, esto es, de los que pueden servir para probar la existencia del delito como efectos producidos por él, son las huellas materiales del delito. Compréndese desde luego cuán abundante será esta fuente, si se reflexiona que la materialidad del delito consiste en modificaciones de las cosas ó de las personas, y que esto es precisamente lo que constituye su ilegitimidad. Todo delito es una perturbación en el modo de ser de las personas ó de las cosas, conculcando el derecho ageno, y siendo esto así, no puede dudarse que toda acción delictuosa tiene que dejar huellas, más ó menos visibles, de su existencia. Estas huellas ó estas modificaciones pueden consistir en un cambio en cuanto al modo de ser ó en cuanto al lugar, lo que equivale á decir que el delito puede haber ocasionado una alteración ó una traslación de la persona ó de la cosa.

Cuando la alteración y la traslación se verifican en el sujeto pasivo del delito, las pruebas son directas. Lo son por alteración en la persona ó en la cosa, el cadáver, la lesión, la casa quemada y otras análogas. Lo son por traslación, la persona secuestrada en prisión arbitraria por un particular, la cosa robada encontrada en casa del ladrón, etc.

Pero la traslación y la alteración pueden recaer sobre una cosa distinta del delito, y en-

tonces son pruebas indirectas ó indicios. Inumerables son las pruebas de esta clase que pudiéramos poner por vía de ejemplo.

Un individuo ha sido muerto en el campo: cerca del cadáver se encuentra la huella de un pie que corresponde exactamente al pie del procesado.

Se ha verificado un robo en una casa abandonada. Sobre una mesa cubierta de polvo se advierte la huella de una mano abierta, que parece haberse apoyado allí: tal huella es igual á la de la mano del supuesto delincuente.

En casa de un individuo á quien se persigue por el delito de lesiones con arma blanca, se encuentra un cuchillo manchado de sangre.— La huella del pie, la de la mano, el arma ensangrentada, son otros tantos indicios efectuales que se supone que reconocen como causa el delito cometido y consisten en una alteración de la cosa.

El autor á quien seguimos, considera como un indicio de la misma clase el *cambio de estado económico*, en los delitos que implican lucro, cambio que se revela en gastos excesivos ó en el pago de deudas antiguas, después del delito, y el cual cambio se hace depender del delito como de la causa de que ha procedido. Sabido es cuánto importa en los delitos contra la propiedad, averiguar si el reo, ha gastado después de que el delito se cometió, cantidades

que excedan de sus recursos ó se han visto en su poder sumas de dinero, cuya adquisición legítima no se puede explicar, sino suponiéndolo autor del robo cometido.

A su tiempo hablaremos de este género de pruebas, cuando forman una serie de indicios enlazados unos con otros. Por ahora sólo diremos que, en tesis general, nunca pueden constituir una prueba completa. Lo que les da fuerza, es la falta de pruebas contrarias. Por graves que sean los indicios acumulados contra un hombre, siempre será posible un descargo que los aniquile, dice Framarino (1).

---

(1) Benthan enumera, como hechos infirmativos de las pruebas indirectas reales, los siguientes: 1.°, *accidente*, y cita como ejemplo el célebre robo de la urraca, referido en las Causas Célebres de Gayot de Pittaval; 2.°, *falsificación de la prueba real en justificación de sí mismo;* un mayordomo roba la plata labrada que había en una cómoda de cuyas llaves era depositario, y para hacer recaer las sospechas en otra persona, rompe las cerraduras y deja un cuchillo roto en el armario; 3.°, *falsificación de la prueba real, por precaución. por parte de una persona inocente;* 4.°, *la misma falsificación por parte de otra persona, con intención calumniosa;* y 5.°, *falsificación de la misma clase, por chanza ó juguete.* Estos últimos casos no necesitan ejemplos.

En cuanto á los indicios que nacen de la posesión de la cosa, pueden ser destruidos por los siguientes hechos:

1.°, Ignorancia; 2.°, introducción clandestina; 3.°, in-

Si las huellas físicas de un delito pueden servir de indicios para probar su existencia, lo mismo puede decirse de las huellas morales. Vamos á examinar estas brevemente.

De la conciencia del delito cometido, nace en todos los delincuentes el temor de la pena; en muchos de ellos el remordimiento, y en los más perversos la complacencia de haber logra-

---

troducción forzada; 4.°, no identidad de la cosa; y 5.°, servicio de justicia, como cuando la cosa robada se encuentra en poder de un agente de policía que la recogió para entregarla á la justicia (Tratado de la prueba, lib. 5.°, cap. 3.°). Un curioso ejemplo de la necesidad de identificar los objetos que figuran como elementos del delito, refiere Glassford en los términos siguientes: Una doncellita á quien le habían robado sus vestidos, guardados en una arca cerrada, logró recobrar solo uno de ellos, que se encontró en poder del presunto ladrón. La joven lo reconoció como suyo; y, en efecto, coincidía con las señas de color, tamaño y demás particularidades que la joven había dicho antes que lo recobrase. Probado así, al parecer, de una manera evidente el robo, el acusado estaba á punto de ser condenado, cuando á uno de los jurados se le ocurriópedir que la joven se pusiera el traje. Aunque tal pretensión se consideró caprichosa, se accedió á ella, y con sorpresa de todos los concurrentes se vió que el traje que la doncella había jurado que era suyo y que correspondía en su descripción al que decía haber usado poco antes, no se ajustaba á su persona. La joven lo examinó de nuevo con mayor atención y reconoció su error. El traje pertenecía á otra persona, como se justificó después.

do el fin que se proponían al cometer el delito.

El temor de la pena impone al delincuente el deseo de ocultar la verdad, ya sea por si mismo ó por parte de los testigos, ó por parte de las cosas que la pueden revelar. La mentira, pues, ya conste por las contradicciones en que incurra el acusado, ya por lo increíble de sus afirmaciones ó por cualquiera otro motivo, puede tomarse como un indicio de culpabilidad; pero para ello es necesario que esté bien averiguada.

Benthan estudia los hechos infirmativos de este indicio, y Framarino se explica en los siguientes términos hablando del mismo asunto. «No siempre el acusado miente por ser delincuente; á veces su mentira es hija del temor de que la verdad pura y simple de su inocencia, no pueda triunfar, y miente para destruir las apariencias que cree que le perjudican. Otras veces lo que aparece como una mentira es una equivocación, y otras, en fin, los peligros y los padecimientos que siempre causa un juicio criminal, perturban totalmente el ánimo del procesado inocente, hasta el punto de que contra su voluntad se contradice y no se expresa con la exactitud debida.»

En cuanto al silencio, que es también una especie de mentira, es un indicio muy débil, porque no es fácil descubrir los motivos que

obligan al acusado á callar. Framarino refiere dos casos que merecen citarse en este lugar. Francisco Majene fué acusado de asesinato y se negó á justificarse limitándose á decir: soy inocente. El Tribunal de Gers lo condenó, y condenó á un hombre de noble corazón, porque Majene era inocente, y había callado por evitar que condenasen á su padre que era el verdadero culpable. Antonio Forcarini, noble veneciano, reuniase todas las noches con su amada en una casa próxima al palacio de la embajada de España. Sorprendido una noche que iba disfrazado por aquellos lugares, fué acusado de andar en secretas maquinaciones con un embajador extranjero, delito castigado con la pena de muerte en la República de Venecia. Podía justificarse revelando el nombre de la dama que lo recibía en su casa; pero esto la habría deshonrado y prefirió callar, sufriendo la pena de muerte á que lo condenó el Consejo de los Diez.

Los indicios que resultan del deseo de hacer mentir á los testigos ó de adulterar las cosas que servirían de prueba del delito, pueden reconocer las mismas causas; nada más, que como suponen mayor reflexión, en nuestro concepto se les puede atribuir alguna mayor fuerza, aunque no dejarán de ser siempre débiles é insuficientes por sí solas para fundar una condena.

En cuanto á la emoción y otras señales ex-

teriores que se toman muchas veces como indicaciones del remordimiento, se les puede atribuír el mismo origen que el temor. Benthan también señala los hechos infirmativos que pueden anular esos indicios, y refiriéndose á la fuga que puede ser ocasionada por el temor de las vejaciones que acompañan á una causa criminal, cita las siguientes palabras, que atribuye á un célebre jurisconsulto:

«Yo me escaparía si se me acusase de que había robado las campanas de la catedral de París». Es cierto que estas vejaciones no son tan temibles en la actualidad como lo fueron en otros tiempos; mas no debe perderse de vista que el temor de verse injustamente condenado puede existir en el ánimo del supuesto culpable, y que tal temor estará en razóu inversa de lo que hemos llamado *sanción social* de las sentencias de los jueces.

Finalmente, la complacencia por el delito cometido, es un indicio del cual muy pocas deducciones pueden sacarse; y esto por dos razones: la primera, porque puede uno estar contento de un delito, sin ser autor de él; y la segunda, porque en el verdadero delincuente, la satisfacción de haber logrado su propósito criminal, no puede ser tan plena y tan violenta que prorrumpa en dichos ó exclamaciones que la revelen; tanto más, cuanto que tal satisfac-

ción se encuentra contrariada por los peligros del juicio y el temor de la condena.

Hemos recorrido, aunque rápidamente, las fuentes de donde dimanan los indicios que en el lenguaje de nuestro Código se confunden con las presunciones humanas, considerándolos separadamente. En el capítulo siguiente nos proponemos estudiar su fuerza probatoria cuando concurren varios á la vez, para demostrar la existencia de un hecho. Antes debemos estudiar, siquiera sea ligeramente, esta importante cuestión: ¿existen realmente en materia criminal presunciones legales que no admitan prueba en contrario, ó lo que es lo mismo, se admiten en derecho penal las presunciones que en la antigua Jurisprudencia eran llamadas *juris et de jure*?

Si consultamos los Códigos de Procedimientos penales vigentes, advertiremos que sólo hablan de las presunciones judiciales, llamadas de hombre; y aunque de este silencio se puede deducir rectamente que en materia penal no existen presunciones legales, de las que no admiten pruebas en contrario, esto no nos excusa de entrar en algunas breves consideraciones, para dejar bien establecido un punto tan importante.

En el capítulo 1° de la 1ª Parte de este Tratado, dijimos que á su tiempo daríamos á conocer á nuestros lectores lo que eran los or-

dalios y juicios de Dios, y esta es la ocasión de cumplir nuestra promesa, puesto que tales pruebas correspondientes al sistema de prueba legal, no eran otra cosa sino presunciones, á las cuales se les daba en aquellos tiempos todo el valor de la evidencia y contra las cuales no era lícito rendir prueba alguna.

El primer sistema de enjuiciamiento en lo relativo á las pruebas, fué el de los conjuradores. Estos no eran testigos, ni habían visto el hecho, ni conocían el proceso, y solamente venían á declarar que el individuo á quien apoyaban merecía ser creído y que le suponían incapaz de haber cometido el delito de que era acusado. Pronto se vió la insuficiencia de tal medio de exculpación, y entonces se ordenó que si el acusado no encontraba el número de *conjuradores* requerido, se sometiesc á la prueba del fuego, á la de agua hirviendo, ó entrase con su acusador en combate singular. A este extraño procedimiento se llamaba ordalia ó juicio de Dios, porque se suponía que la Justicia Divina no había de permitir que sucumbiese el inocente y triunfase el culpable; como se ve no eran más que presunciones *juris et de jure*, que consistían en cosas que siendo distintas de la culpabilidad ó de la inocencia, servían para probar una ú otra de una manera indiscutible (1).

(1) La palabra ordalia se deriva, según los etimo-

Claro está que no hablamos aquí de ese género de pruebas; pero la historia de las pruebas legales nos puede servir para demostrar que el sistema legal de las pruebas ha venido perdiendo más terreno cada día. En la actualidad, dice un jurisconsulto mexicano (1), las naciones modernas no reconocen ya como prueba legal sino la que sería capaz de producir la convicción, aun sin necesidad de que esta fuese impuesta por la ley; y su reglamentación se limita á ordenar las precauciones bastantes para que la conciencia judicial no pueda ser sorprendida.

Por este motivo vemos, que en materia civil, el número de las presunciones *juris et de jure* es tan reducido y que, según á su tiempo lo hicimos notar, el artículo del Código que las admite es de estricta interpretación.

Recordando las presunciones de esta clase de que hablamos en el capítulo XII de la Segunda Parte, puesto que el Código de Procedimientos penales, no enumera otros, sería fácil de-

logistas, del alemán *ordal* ó *urtheil* que significa juicio, y fué el nombre que dieron las primeras razas á las pruebas judiciales.

Todavía en Inglaterra, país clásico del derecho tradicional, según refiere César Cantú, en 17 de Noviembre de 1817, se dió un caso en que se quiso apelar al juicio de Dios. Hist. Universal, tomo 8.°, pág. 457.

(1) El Lic. D. José Linares, en la disertación leída en el Colegio de Abogados el 4 de Mayo de 1876.

mostrar, como lo hace Framarino, que ninguno de ellos puede tener lugar en materia penal. Elegiremos sólo uno, por vía de ejemplo, y será el mismo de que este autor se sirve.

Supongamos que Sempronio, hijo de Casia, considerado civilmente como hijo de Ticio, porque *pater est is quen justæ nuptiæ demostrant*, no sea realmente hijo de Ticio, sino hijo adulterino de Casia. Supongamos, que acusado Ticio de haber dado muerte á su supuesto hijo, aunque no se encuentre en ninguno de los casos en que la ley civil permite impugnar la legitimidad, tenga pruebas para producir en el ánimo del Juez la certeza moral de que Sempronio es hijo adulterino de Casia, y que el odio entre él y este supuesto hijo, había sido originado por la notoriedad de la filiación adulterina. ¿Se debería en este caso, imponer silencio al acusado, y aceptando como indiscutible la paternidad ficticia de las leyes civiles, castigarle con los rigores propios del Código Penal? La conciencia social no podría nunca admitir la imposición de una pena en virtud de una ficción jurídica. Cuando tal se hiciere consideraría como víctima al acusado y como delincuente al Legislador.

Lo dicho basta para explicar el silencio del Código de Procedimientos penales en el punto de que tratamos, y la verdad de la tesis que hemos establecido. No debemos olvidar que, co-

mo dice Framarino, el juicio civil tiene un fin distinto del que es propio del juicio penal, y que el primero se contenta algunas veces con alcanzar la verdad formal; el segundo busca la verdad real, la realidad de las cosas, y sin ella no puede haber conseguido su objeto. Lejos de eso, si en el juicio penal se admiten pruebas insuficientes, ó se da fuerza á las simples ficciones, en lugar de ser la salvaguardia de todos los derechos, se convierte en un peligro para los ciudadanos y una amenaza de perturbación del orden social.

CAPITULO IV

De las pruebas indirectas

(Conclusión.)

En el capítulo anterior expusimos á la consideración de nuestros lectores las reflexiones que nos parecieron oportunas, en virtud de la clasificación que de los indicios se hace en la obra intitulada "Lógica de las Pruebas en materia criminal;" y allí dimos á conocer, aunque de una manera general, la fuerza probatoria de los indicios y los hechos infirmativos de los mismos; pero considerándolos aisladamente.

También dijimos que, si bien alguno de los autores que hemos consultado establece una diferencia en el significado legal de las palabras *presunción* é *indicio*, nosotros creemos que nuestro Código las considera como sinónimas; ó si no, toma el segundo como la causa y la primera como el efecto, esto es, que supone que los indicios son los elementos que dan vida, por decirlo así, á la presunción.

Si no nos hemos equivocado al formar este concepto, procediendo de una manera metódica, tócanos hablar en este capítulo de la eficacia probatoria de las presunciones, ó lo que es lo mismo, de los indicios cuando no se les considera separadamente, sino concurriendo varios de ellos, para formar la convicción personal del Juez. Así lo haremos, diciendo antes algo acerca de la conveniencia ó inconveniencia de aceptar la prueba legal de presunciones, y dando á conocer las que se han admitido en algunas legislaciones con el carácter de simples presunciones legales, esto es, de aquellas que admiten prueba en contrario.

Mettermaier, estudiando la fuerza probatoria de los indicios según las fuentes del derecho común en Alemania, llega á esta conclusión: que en Roma la prueba artificial fué considerada siempre como suficiente. En el procedimiento canónico, según el mismo autor, la admisibilidad; de la prueba por indicios, no resulta pro-

bada por los textos que se citan; y en cuanto á los Jurisconsultos de la edad media cuyos escritos ejercieron una influencia tan notable en las formas judiciales de su época, no estaban de acuerdo en los principios, sosteniendo el mayor número, que los indicios no pueden producir prueba plena; y otros, en número muy corto, que los llamados *inditia indubitata* podían servir de base á una condena. En realidad, durante el tiempo que estuvo en uso el bárbaro procedimiento del tormento, la cuestión relativa á la fuerza probatoria de los indicios para el efecto de condenar al reo, era inútil, puesto que á nadie se condenaba sino por su propia confesión aunque fuese arrancada por la fuerza del tormento (1).

Mas sea de ello lo que fuere, es lo cierto que

(1) Lo dicho en el texto nos sugiere esta importante reflexión: Es posible, aun partiendo de un principio justo y humanitario, llegar á una conclusión absurda é inicua. Creyendo los Jurisconsultos de la Edad Media, que para condenar á un hombre era necesario que hubiere confesado por sí mismo su crimen, lo sometían al tormento, sin advertir que una confesión arrancada por la violencia, carecía por completo de valor. Ya hemos visto también cómo en los juicios de Dios, se partía de un principio cierto, aunque mal aplicado; la justicia divina que no podía dejar perecer al inocente ni triunfar al culpable. Tan falibles así son los juicios de los hombres, aun aplicando principios de incuestionable verdad.

en los Códigos modernos se ha llegado á admitir la prueba por indicios ó presunciones, pero rodeándola de precauciones tales, que han disminuido el grandísimo peligro de que por simples indicios sea sacrificado un inocente (1).

Antes de enumerarlas, citaremos varias de las presunciones que encontramos aceptadas en algunas leyes, si bien advirtiendo que respecto de todas ellas se admite prueba en contrario. Esta circunstancia las asemeja mucho á las presunciones humanas, y por eso no hablamos de ellas en el capítulo anterior; pero como siempre hay entre unas y otras alguna diferencia, enumeraremos algunas presunciones legales, por vía de ejemplo, en este lugar.

En algunas legislaciones estaba establecido que, el que hubiere amenazado á otro de causarle algún mal, debería ser considerado como autor del mismo mal, si este llegaba á acontecer, á no ser que se probase que el mal había venido de otro origen.

De la misma suerte la fuga, que según los Jurisconsultos españoles, no era sino un indicio muy leve de culpabilidad, como enseña Escriche; en algunos países se tenía como una

(1) Mettermaier cita las legislaciones de los Estados Alemanes, que han admitido la prueba de indicios y las condiciones á que la han sujetado.

presunción legal que podía, sin embargo, contrariarse, por medio de otras pruebas.

La ley inglesa prevenía, que cuando una mujer era convencida de haber tenido un hijo ilegítimo, y este niño nacía sin que la madre hubiese comunicado á nadie su embarazo, se la considerase como culpable del delito de infanticidio. Esta ley dió materia al célebre novelista Walter Scott, para escribir una de sus más preciosas novelas, intitula:da "La prisión de Edimburgo" (1).

La ley 16 tít. 21 del libro 12 de la Novísima Recopilación, se expresa en estos términos: "Todo hombre que hubiere muerto ó herido en alguna casa, y no se supiere quién lo mató, el morador de la casa, será tenido de responder de la muerte, salvo el derecho para defenderse, si pudiese." Como se ve, esta ley establecía una presunción legal terrible, pues no siempre era fácil destruirla por otras pruebas (2).

Finalmente, el Código vigente, en su artículo 167, nos suministra otro ejemplo de una pre-

(1) Esta misma presunción parece que fué admitida en el derecho francés, según refiere Bonnier. En el mismo autor se encuentran enumeradas las presunciones legales, admitidas entre nosotros por el Derecho Penal (Parte 3.ª, lib. 2.º, pág. 854).

(2) El célebre criminalista español, D. Marcos Gutiérrez, critica, en nuestro concepto con razón, la presunción que establece esta ley. (Práctica Criminal Forense. Parte 1.ª, cap. 8.º, párrafo 34.

sunción de la misma clase, cuando dice que probada la existencia de un delito y que el acusado lo perpetró, se presume que procedió con dolo, á no ser que se averigüe lo contrario, ó que la ley exija la intención dolosa para que haya delito. Esta es también una presunción legal, que tiene mucha importancia por sus aplicaciones prácticas, y de la cual nos proponemos tratar detenidamente, cuando hablemos de la divisibilidad de la confesión.

Conocidas ya, por los ejemplos precedentes y por lo que dijimos en el capítulo anterior, la naturaleza de las presunciones, ya sean estrictamente legales, legales simplemente, ó humanas, y la eficacia de los indicios considerados con independencia unos de otros, se comprenderá mejor lo que tenemos que decir para explicar el artículo 183 del Código vigente, que determina el valor legal de las presunciones, que es el objeto á que está dedicado el presente Capítulo.

Dice el Código que la presunción de hombre hace prueba plena, cuando demostrado en forma y plenamente un hecho, sea una consecuencia necesaria é infalible de él, la existencia del hecho desconocido que se trata de probar. Confesamos ingenuamente que no hemos podido encontrar un ejemplo de este género de presunciones, si bien recordamos haber leído en algunos autores que se ha tomado como tal el

embarazo de una mujer para demostrar que ha perdido su virginidad; pero en este caso nos parece que el resultado necesario é infalible de un hecho, como dice el Código, se puede confundir con el hecho mismo que se trata de averiguar.

Si no estamos en un error, en este caso, no hay presunción sino certeza. Mas sea de ello lo que fuere, la regla es buena, y la dificultad consiste en poderse asegurar que un hecho es efecto necesario é infalible de otro, y que solo por éste haya podido ser producido, pues si el mismo efecto pudiera proceder con igual certezay necesidad de otros hechos diferentes, la presunción no sería concluyente.

En cuanto á las demás presunciones humanas, el Código deja su apreciación á la conciencia del Juez, que deberá proceder conforme á las reglas de una sana crítica, para lo cual el mismo código establece las tres reglas de que hablaremos despues, ilustrándolas con algunos ejemplos.

Tales reglas están fundadas en las doctrinas de los más acreditados criminalistas, y tienen por fundamento los consejos de la razón y el buen sentido. Claro está que nunca un indicio se podrá tener como prueba suficiente de la consumación de un delito, y cuando concurren varios, un criminalista español, cuya Práctica

criminal forense fué tenida, en un tiempo, en grande estima (1), trae la siguiente doctrina, que copiamos íntegra, porque sirve para explicar mejor los preceptos del Código que venimos comentando.—"Los indicios pueden depender, unos de otros, y probarse sólo entre sí mismos, de modo que todos ellos no prueban más que un indicio, y de consiguiente que no haya prueba completa mas que de uno. Para que la haya, es necesario que los indicios no estén unidos entre sí, ó que no dependan unos de otros, como también que todos concurran á demostrar con evidencia el hecho principal que se trata de averiguar; y que cada indicio se apoye en las deposiciones de dos testigos idénticos, puesto que los hechos accesorios de donde se originan los argumentos para el hecho principal, deben acreditarse con testigos y no con otros indicios." "En esta doctrina, continúa diciendo el mismo autor, se comprende cuanto acerca de la prueba de indicios han dicho los intérpretes en innumerables volúmenes, y á fin de que todos puedan entenderla, pondremos un ejemplo. Supongamos que han muerto á un hombre y que se ha encontrado en su pecho el cuchillo con que se le quitó la vida. Acúsase á N. de este homicidio, y se apoya la acusación en estos indicios. Dos testigos

(1) D. José Marcos Gutiérrez, en la obra citada.

idóneos declaran, que estando poco distantes del sitio donde se encontró el cadáver, vieron huir al acusado, despavorido, al mismo tiempo que se cometió el delito: otros dos testigos idóneos aseguran haberlo visto manchado de sangre, y otros dos afirman que le vieron comprar el cuchillo hallado en el pecho del cadáver, lo cual no niega el vendedor. He aquí una prueba perfecta de indicios contra el acusado. Hay tres indicios y todos tres son diversos entre sí: ninguno de ellos depende del otro y todos tres concurren á hacernos creer que el acusado es efectivamente reo, estando apoyado cada uno de ellos en la fe de dos testigos idóneos. Pero, supongamos que en vez de los referidos indicios haya estos: dos testigos que depusieron haber visto huir al acusado; otros dos que aseguran haberlo visto volver á su casa apresuradamente, y otros dos que declarasen haberle visto alquilar una mula para escapar del país. Esto no podría llamarse una prueba de indicios, porque las tres no forman más que uno, cual es la fuga del individuo á quien se imputa el delito."

Si no nos equivocamos, la anterior doctrina y el ejemplo que hemos trascrito, son la más apropiada explicación de las reglas que establece el Código vigente, las cuales, por la importancia que tienen, nos permitimos copiar

íntegras en este lugar, haciendo acerca de cada una de ellas algunas ligeras explicaciones.

1.ª "Un hecho demostrado legalmente para que produzca un indicio y funde una presunción, debe ser tal que pueda materialmente considerarse como parte del hecho principal que se quiere probar ó como antecedente ó consecuencia de él." En nuestro concepto, al decir que el hecho probado sea parte del hecho que se trata de probar, no se refiere la ley al principio inmediato de la acción que pudiera considerarse como conato ó delito frustrado, sino que se relacione con él, en la hipótesis que se establece, aún cuando por sí mismo carezca de significación. En el ejemplo puesto, la compra del cuchillo nada significaría por sí misma; pero en la hipótesis de ser el cuchillo comprado el mismo que se encontró en el pecho del cadáver, no puede dudarse que el hecho de comprarle se debe tener como parte del homicidio ó antecedente necesario suyo.

2.ª "La presunción tendrá más valor si concurren otro hecho ú otros hechos probados independientemente que puedan considerarse del mismo modo que el primero, y que produzcan cada uno de ellos indicios diferentes, pero tendiendo todos á probar la existencia del hecho principal; de suerte que éste, lógicamente venga apareciendo como el solo antecedente

ó consecuencia natural de los que producen los indicios.

Como se ve, quiere esta regla que cada indicio aparezca probado por sí solo suficientemente y con independencia de los otros. La razón es clara, siendo el indicio la base para partir de un hecho conocido á otro desconocido, sería absurdo raciocinar de lo desconocido á otro hecho igualmente desconocido; ó en otros términos, pretender llegar á la certidumbre por medio de lo dudoso.

Por muy claro que lo diga el Código, es forzoso llamar la atención de nuestros lectores acerca de la independencia que debe haber entre los indicios entre sí; esto es, que cada hecho sea independiente de los otros, porque este es el punto en que suelen cometerse más frecuentes errores, y esto depende de que un mismo hecho puede ser considerado bajo diferentes aspectos, lo que ocasiona el error de creer que se tienen á la vista hechos diversos. Mettermaier dice á este propósito: "la ley ha decidido que sólo se consideren como verdaderos indicios los que se apoyan en circunstancias distintas é independientes; de manera que un mismo hecho no debe tenerse en cuenta más que una sola vez; y aunque presente diversos aspectos, ó pueda tener una aplicación ó significación múltiple, no constituye nunca más que *solo indicio.* A ha sido muerto de un pis-

toletazo, pero antes del homicidio, B. tenía una pistola, y en el momento mismo del homicidio la conservaba en su poder. He aquí una misma circunstancia considerada bajo dos aspectos diferentes; pero no por eso deja de ser una y no da origen sino á un solo indicio."

Es, pues, necesario, fijar mucho la atención en este requisito justamente exigido por la ley para no ser víctima de la ilusión que suele causar en nuestra mente la diversidad de circunstancias que pueden concurrir en un solo hecho, haciendo que las tomemos como otros tantos hechos diferentes. Hemos visto alguna vez en la práctica condenar á un individuo como cómplice de un homicidio, fundándose la condena hasta en veintidós hechos calificados como indicios, cuando en realidad no probaban más que un solo hecho que estaba confesado por el presunto delincuente: su amistad con el autor principal del crimen. Esto pasaba no obstante que la negativa del reo de no haber tenido cómplices, debió haber obrado eficazmente de una manera favorable al condenado injustamente, en el ánimo de sus jueces (1).

3.ª La última regla es fácil de comprender. Quiere el Código que los hechos que producen los indicios tengan entre sí tal enlace con re-

(1) En este caso, la Suprema Corte de la Nación concedió amparo al individuo injustamente condenado

lación al hecho principal, que probada la existencia de todos no puedan explicarse como nacidos de causas ó circunstancias diferentes, sino sólo del hecho principal cuya prueba se pretende. Esta regla no es más que la ampliación de lo que se dijo antes. Si los hechos que constituyen otros tantos indicios pudieran explicarse como nacidos de otra causa que no fuere el hecho principal, dejarían de ser indicios; y si cada uno se considerase por separado, dejarían de formar la red, por decirlo así, que es lo que les da eficacia y consistencia.

Tales son las reglas que establece el Código vigente, para que la prueba de indicios sea admisible en los juicios criminales, y para su recta aplicación puede servir de mucho que se tengan presentes las tres condiciones que siguen, que hemos tomado de Mettermaier.

1.ª Su número. Es claro que mientras más numerosos sean los indicios, tendrán mayor eficacia para probar el hecho cuya existencia se trata de averiguar; pero no debe olvidarse lo que dijimos antes, esto es, que se debe cuidar de que no lleguen á tomarse como diversos indicios, los hechos que no constituyen más que uno solo, visto bajo diferentes aspectos.

2.ª Su unánime concurso, por lo que no debe entenderse la coincidencia en cuanto al tiempo, sino la relación indudable de cada uno de ellos, con el hecho principal. Los indicios deben ser,

si se nos permite la expresión, como los radios de un círculo, que partiendo de diversos puntos de la circunferencia, vienen á converger á un punto común, que es el centro.

3.ª Las relaciones con los indicios infirmativos. Cuando se juzga por conjeturas, es necesario tener presente que, una conjetura ó indicio adverso para el acusado, se destruye por otra que le sea favorable. El campo de las suposiciones es ilimitado y si se cree tener motivos para creer que un suceso pasó de tal manera, no faltarán otros para suponer que pasó de una manera diferente. Por esta razón, es indispensable que quede bien demostrado el enlace que existe entre los indicios que son de cargo del supuesto reo, porque sería muy raro que el mismo enlace pudiera existir entre los que pueden servirle de descargo.

El Código vigente, en su artículo 182, fracción III, cuenta la fama pública, no como un género particular de prueba, sino como una simple presunción. Si se tiene presente lo que dijimos acerca de ella en el capítulo XII. Parte 2.ª de este Tratado, se vendrá fácilmente en conocimiento de lo débil de esta presunción. En el Derecho canónico se leía esta sentencia, que explica perfectamente bien el origen de lo que después se ha apellidado fama pública, *dictum unius facile sequitur multitudo.* Esta es la verdad, y Escriche describe, en nuestro concepto con no-

table exactitud lo que acontece de ordinario, cuando se expresa en estos términos: "Tiene á veces un hombre el capricho de decir una cosa contra otro, sin más fundamento que el de una noticia inexacta ó el de una secreta antipatía, cuya causa le es quizás desconocida á él mismo: los oyentes se complacen en reproducir su dicho en otras partes; las especies se multiplican y van tomando cuerpo; nace la persuación y se comunica como un contagio; adóptala insensiblemente el vulgo crédulo, que tan fácil es de sorprender, y he aquí formada la fama púlica que tal vez condena al inocente. ¿Qué viene á ser, pues, la fama pública? Un eco que repite los sonidos y los multiplica al infinito; el eco de la voz de un hombre, que tal vez habló de chanza, que tal vez quiso desacreditar á un sujeto virtuoso que se oponía á sus perversos designios, ó que tal vez se propuso burlarse del público" (1).

La prueba indirecta ó de indicios, á pesar de los peligros que ofrece y que sólo pueden evitarse por medio de la observancia estricta de las reglas que hemos dado, contando siempre

(1) Acerca de la importancia que pueda tener la voz pública, puede leerse el cap. 6.° de la obra de Domingo Giurati, intitulada «Errores Judiciales.» En él cita un caso ocurrido en Treviso (Italia) en 1886, en el que fué condenado á muerte un inocente, acusado por la fama pública, de haber cometido un homicidio.

con el juicio sereno é imparcial del Juez, cuya sagacidad no debe llevarle hasta dejarse dominar por los fantasmas de su imaginación, tiene notables ventajas, aun en relación con las pruebas directas. Benthan enumera estas ventajas, haciéndolas consistir en tres circunstancias, que en nuestro concepto, pueden reducirse substancialmente á una sola, porque todas reconocen el mismo fundamento. Las enumeraremos sin embargo, tal como Benthan las enumera.

Las pruebas circustanciales é indirectas, dice, son útiles de tres maneras.

1.ª Cuanto mayor es la variedad de hechos que se abrazan, más expuesta esta la falsedad á ser descubierta, porque como cada alegación falsa está sujeta á ser desmentida por su incompatibilidad con hechos notoriamente verdaderos, mientras mayor sea el número de estos hechos falsos, mayor será también la probabilidad de descubrirlos.

2.ª Este conjunto de hechos diferentes habrá sido presentado por diferentes testigos, y cuantos más testigos haya que declaren, tanto más difícil será que se concierten entre sí. Si se trata de probar falsamente una coartada, en proporción que sea mayor el número de los testigos que declaren haber visto al reo en otro lugar cuando se cometió el delito, será más

fácil convencer á cada uno de ellos de falsedad.

3.ª Cuando el buen éxito de una mentira no depende sino de un testimonio directo, el autor del delito puede esperar que no llegue á descubrirse; pero cuando para el buen éxito del plan se necesita fabricar, asegurar y destruir otras tantas pruebas circunstanciales, se requiere uua habilidad poco común para lograr el resultado. Casos se han dado en que el mismo reo se ha entregado, por decirlo así, á la justicia, ministrando la prueba de su delito, con el mismo instrumento que le sirvió para cometerlo. La fecha de un papel sellado, anterior á la fecha en que se supone otorgado un documento que se intenta hacer valer como auténtico, no advertida por el que se sirvió de él, es un ejemplo de este caso, que ha ocurrido alguna vez (1).

Con lo que hemos dicho hasta aquí, creemos conveniente dar punto á este Capítulo, copiando las siguientes palabras de Mettermair que en nuestro concepto, contienen instrucciones muy útiles para los jueces, á fin de que desde los primeros pasos del juicio fijen su atención en los indicios que pueden aprovecharse después para el descubrimiento de la verdad.

(1) Benthan cita un hecho real de esta clase, que según afirma dió materia para que se escribiera una novela inglesa.

«En materia criminal, dice este autor, el Juez instructor debe hacerse las siguientes preguntas:—¿Hay entre las circunstancias especiales que acompañan al delito algunas que designen á un individuo como relacionado de algún modo con el hecho principal?»

¿Puede fijarse la inculpación en un individuo determinado con mayor razón que en cualquiera otro?»

Para responder á estas preguntas importa:

«1.° Determinar qué objetos no se encontraban en el sitio del delito antes de su comisión, y se han hallado en él después que este tuvo lugar, porque el poseedor de tales objetos ha estado probablemente presente en el momento de realizarse el hecho.»

«2.° Examinar las huella que se dirijan hacia el lugar del delito ó se aparten de él: muchas veces sirven para dar señales particulares de tal ó cual individuo, y hacen recaer al punto sobre él las sospechas; otras veces conducen á otro paraje, á donde parece haberse ido el culpable.»

«3.° Investigar si con anterioridad al crimen, ha existido entre tal individuo y la víctima, una relación tal que pueda ponerle en el caso de tener que declarar circunstancias importantes.»

«4.° Si los objetos que en el momento de cometerse el delito se encontraban en lugar de-

terminado, están después en posesión de un individuo y quién es éste.»

«5.° Si las señales y huellas que demuestren haberse hallado presente un hombre en el lugar del crimen, se encuentra que son de una persona determinada.»

«6.° Por último, si en los actos de esta misma persona pueden verse los preparativos del delito ó la manera de haberse procurado los medios de cometerlo.»

«Por lo que hace á la segunda cuestión, el Juez habrá de preguntarse:

«1.° ¿Cuáles son las personas cuya vida perversa ó desarreglada pueda hacer creer que son capaces de haber cometido el crimen?»

«2.° ¿Cuáles son los que desde luego han podido ser los únicos que tomaron parte en él, en razón del conocimiento especial que tenían de las circunstancias, que era absolutamente preciso no ignorar para poder ejecutarlo?»

«3.° ¿Cuáles los que tienen especiales motivos para cometerlo?»

«4.° ¿Quiénes los que por su conducta anterior al hecho, han dado prueba de que no eran extraños á la idea del crimen?»

«5.° ¿Quiénes los que, antes de que se realizase, se manifestaron deseosos ó curiosos de saber tales y cuales pormenores, que importaba muchísimo conociese cualquiera que hubiese resuelto ejecutarlo?»

«6.° ¿Cuáles los que, después de consumado el crimen, han procurado con un interés sospechoso eludir las pesquisas de la justicia ó hacer imposible el descubrimiento del delito?»

«7.° ¿Cuáles aquellas cuya conducta les inspira el temor de ver entablado contra de ellas un procedimiento criminal?»

«8.° Cuáles las que después del hecho, se encuentran en una situación que por sí sola puede explicar su participación en el delito?»

«9.° ¿Cuáles, por último, aquellas cuyo semblante revela inquietud y remordimiento?»

«En todos estos casos, termina diciendo Mettermaier, el hecho que atrae sobre una persona la atención del Juez, sirve de base, de punto de partida al indicio; pero para que de él resulte un estado de sospecha real, es preciso descubrir toda una serie de circunstancias accesorias, cuyas coincidencias vienen á fijar las convicciones del Magistrado; y esto es lo que la ley misma ha reconocido por la definición que da de los indicios.»

CAPITULO V

División subjetiva de la prueba. Pruebas reales y pruebas personales. Originalidad de las pruebas.

Cuando acontece en el mundo un suceso cualquiera, una vez que se ha verificado, desaparece; pero no sin dejar huellas que revelen su existencia. Estas huellas pueden ser reales ó morales. Las primeras son, por su naturaleza, inconscientes; esto es, son las cosas que hablan, por decirlo así, sin tener conciencia de lo que dicen; y las segundas son las impresiones producidas en el espíritu humano y que se conservan en él por medio del recuerdo, del remordimiento, etc. Lo que caracteriza á unas y otras y sirve para distinguirlas, es la conciencia que en las segundas tiene la persona en quien han quedado esas impresiones, de que las ha recibido y las conserva, lo que no es posible en las primeras. El sujeto de aquellas es la persona cuyo espíritu recibe la impresión, y la revela conscientemente, resultando un testimonio de persona, ó en otros términos, una prueba personal. De aquí resulta que la persona misma en cuanto presenta modificaciones

percorporales, *es cosa*. Así, la herida que presenta la persona física, no es más que una prueba real.

También conviene advertir que, aunque al hablar de las huellas morales nos hemos referido á los recuerdos, como hechos pasados, porque suponemos que el acontecimiento se verificó antes, habrá también una prueba personal, siempre que se revele conscientemente un hecho interno, aunque sea actual, como las actuales convicciones, la actual voluntad, porque en el momento en que se revela se presenta como ya pasado. Por el contrario, las palabras pronunciadas por el supuesto reo, se pueden considerar como una prueba real, cuando se pronuncian inconscientemente, arrancadas tal vez por el remordimiento, como las que pronuncia Lady Macbeth en el célebre drama de Shackspeare. Lo mismo deberá decirse de una confesión hecha por el acusado en un momento de sonambulismo.

No es menos importante el advertir que no se debe confundir la manifestación verbal ó escrita de las impresiones del individuo, si por sí misma constituye un delito, como sucede cuando se pronuncian amenazas, injurias ó calumnias, con las pruebas personales. El documento falsificado, el libelo injurioso, la carta amenazadora, cuando se someten al Juez, son pruebas reales, en cuanto representa el delito

mismo, y no la revelación de un hecho destinado á hacer fe.

Las dos condiciones esenciales de la naturaleza del testimonio personal, son la conciencia del testimonio, de un lado, dice Framarino, y de otro el destino del mismo para hacer fe de la verdad de los hechos que en él se afirman.

Mas no por eso se crea que para que la prueba sea personal se necesita la presencia material de la persona del testigo. Hay formas del testimonio personal que están separadas materialmente de la persona; pero moralmente unidas á ella. Tal sucede con los escritos, detrás de los cuales el Juez ve siempre la persona moral del testigo, influyendo esta prueba en su ánimo en concepto de la declaración consciente personal.

También conviene tener presente que cuando se trata de las pruebas reales, es indispensable probar la relación que existe entre la cosa y el hecho que se intenta averiguar, ó sea el delito. El arma tiene ó debe tener una relación con la herida en cuanto la forma y dimensiones de ésta, demostrarán si fué ejecutada con aquella arma; la palanca deberá corresponder con la puerta forzada, y la presencia de un veneno sólo tendrá eficacia acusadora, cuando la alteración física del organismo del que se supone envenenado, esté en armonía con la naturaleza de la substancia tóxica en-

contrada en poder del acusado. Para todo esto se necesita, como fácilmente se comprende, que la cosa que constituye la prueba real, sea convenientemente identificada. Si no se tiene la certeza de que ésta es la misma que se vió en manos del supuesto reo ó que se recogió en el lugar donde se cometió el delito, la prueba claudicará por su base.

Esta observación nos conduce á hablar de las pruebas personales y reales en el otro aspecto bajo el cual pueden ser estudiadas, considerando como presente ante el Juez el sujeto de la prueba, ó como lejos de su presencia. Vistas de esta suerte las pruebas, tanto personales como reales, se dividen en originales y no originales; división muy importante como vamos á verlo, poniendo antes algunos ejemplos.

Ticio, como persona consciente, refiere en juicio la escena del delito, según se la ha contado Cayo, que lo presenció. Considerado el testimonio de Ticio, como procedente de una persona, tendremos que tenerlo como personal; pero si atendemos á su substancia, esto es, al contenido de la declaración, veremos que la verdadera prueba del delito no es la declaración de Ticio, que refiere lo que Cayo le ha contado, sino lo dicho por éste.

De aquí nace que la prueba, en este caso, aunque sea personal, no es original, sino que

más bien puede decirse que es la prueba de la prueba del delito.

Tratándose de las cosas físicas, sólo hay una manera de que sean originales, y es su presencia ante el Juez; pero como también hemos considerado como pruebas reales la manifestación de las impresiones del ánimo, es necesario explicar en qué consiste su originalidad. Framarino las llama pruebas reales psíquicas y hace acerca de ellas las siguientes observaciones:

Ante todo, la palabra hablada, como prueba original, sólo puede considerarse en cuanto se pronuncia ante el Juez. Tomando así la palabra inconsciente, y considerando de la misma manera el escrito inconsciente y cualquiera otra manifestación igualmente inconsciente del ánimo, se tiene la más perfecta originalidad. Así, el palidecer del reo, sus temblores, sus palabras proferidas sin darse cuenta de ellas, producidas en juicio, son otras tantas pruebas reales psíquicas, de cuya originalidad no podrá dudarse.

El escrito es una forma de manifestación que físicamente puede separarse del sujeto y presentarse, por lo mismo, ante el Juez, sin que comparezca el que la escribió; mas no por eso deberemos creer que ha perdido su carácter de prueba personal, porque el autor de un escrito está siempre moralmente unido á lo que

escribió; detrás del documento se ve siempre á su autor, y como dice Framarino, en el espíritu del que ha escrito, en su presencia ideológica, está la originalidad del documento que el Juez examina.

Resulta de lo dicho, que las pruebas personales son precisamente en las que conviene distinguir con más empeño la originalidad de ellas. La persona que testifica puede afirmar sus percepciones acerca del hecho que se trata de averiguar, ó bien las que otro ha recibido y á él le ha comunicado. En el primer caso la prueba es original, y en el segundo no lo es.

De la misma manera, cuando se trata de un escrito, que no es más que una forma del testimonio oral, el que lo escribe puede referir lo que percibió por sí mismo ó lo que otro le refirió que antes había percibido. Aquí se ve también en cuál de los dos casos habrá una prueba personal original y en cuál dejará de haberla. Estas dos formas de la prueba personal pueden sufrir multitud de modificaciones; pero todas ellas no serán sino variantes de una misma forma. Las modificaciones pueden consistir, ó bien en los grados intermedios por los cuales tenga que pasar el testimonio oral ó escrito, ó en la combinación de estas dos diversas formas. Por ejemplo, el testigo A refiere lo que le oyó decir al testigo B, que á su vez, no presenció el suceso, sino que lo oyó contar

á otro, y así se puede llegar hasta lo indefinido.

Puede también suceder, que el testigo Á haya consignado por escrito, lo que también por escrito consignó el testigo B, el cual copió un escrito dejado por el testigo C, que ya murió, etc.; ó, por último, puede suceder que un testigo declare, no lo que otro le refirió, sino lo que vió escrito por otro testigo, y así sucesivamente.

Poca penetración se necesita para comprender cómo la prueba personal va perdiendo gradualmente su fuerza á proporción que aumenta el número de conductos por donde va pasando.

Benthan, que enumera hasta cinco combinaciones que pueden hacerse de la prueba oral y escrita, en el punto de vista de su originalidad, llama á las pruebas que no son originales, *supuestas*, porque, en efecto, descansan en una simple suposición. «En cada deposición inoriginal, dice, hay dos puntos diferentes: uno que es cierto, otro que *está afirmado* y que sólo se da por *supuesto:* lo que es cierto, es que A declara tal cosa ante el Juez: lo que está afirmado, es la cosa misma que declara A. Lo que éste afirma puede ser verdadero ó falso. Ticio dice en presencia del Juez: «Yo he oído á Sempronio referir tal cosa»; pero Sempronio puede no haberla dicho, ó no haberla dicho exactamente como ha sido referida. Así, el epiteto

de *supuesta*, es propio «para estar prevenido contra el efecto de una mera aserción. En todos estos casos, el testimonio supuesto original, se reputa haber sido dado extrajudicialmente; y de aquí el riesgo de fraudes, omisiones y faltas de puntualidad.»

Esta última observación es muy importante y Framarino le da mayor amplitud expresándose en estos términos: «No es inútil advertir que la inferioridad de las pruebas no originales respecto de las originales, no se deriva sólo de las mayores probabilidades ordinarias de engaño, inherentes á la multiplicidad de personas testificantes, pruebas todas que se reduceu á una sola cuando se trata del testigo original: derívase también de otra causa. La prueba no original en juicio, supoue la original fuera de juicio. Ahora bien, de un lado, el que hace una declaración fuera de juicio, la suele hacer frecuentemente á la ligera, sin pensar ni medir sus palabras. Por otro lado, el que hace esta declaración, no se encuentra frente á las graves penas del falso testimonio, que se ciernen sobre quien depone con las solemnidades del debate judicial. De todo lo cual resulta una mayor facilidad para mentir de parte del testigo original. En cuanto al testigo de oídas, tiene también en muchos casos la esperanza de la impunidad, si miente. Cuando sabe que el testigo original no puede ser interrogado, ó que

el testimonio escrito no ha de ser leído, puede mentir sin miedo, siendo precisamente este el caso en que la crítica criminal permite dirigirse de lleno á la prueba no original. Así, pues, en el testimonio no original personal, además del aumento de las probabilidades de engaño, derivadas de la multiplicidad de las personas testificantes, hay también un aumento, por decirlo así, *intensivo*, en razón de la mayor facilidad para mentir, tanto del testigo original como del transmisor.»

En resumen, á medida que aumentan los grados de la falta de originalidad, aumentan también las probabilidades del engaño. Podemos decir con el mismo autor: que en el testimonio no original de primer grado, á la probabilidad de engañarse y de querer engañar del primer testigo, hay que añadir la misma posibilidad del segundo testigo; á ésta en el de segundo grado es preciso sumar la del tercero, y á la del tercero la del cuarto, y así sucesivamente.

La prueba no original, según esto, es siempre inferior á la no original, y á medida que aumentan los grados de la falta de originalidad y la mayor posibilidad del engaño, aumenta también la inferioridad de tal prueba, hasta perder casi por entero su valor.

Con respecto á la diminución del valor de las pruebas no originales, á medida que au-

mentan los grados, es muy adecuado el símil de la visión á través de varios cristales superpuestos; según aumentan éstos, la claridad con que los objetos se perciben va siendo menor, hasta perderse por completo la visión del objeto contemplado (1).

Las observaciones que anteceden nos demuestran con cuánta razón exigen las leyes positivas, que el testigo dé la razón de su dicho, y también, cuán fundadamente la Ley de Partida (ley 28, lib. 16, pág. 3.ª) claramente exigía tal requisito y desechaba con igual claridad el testimonio de oídas. «Preguntado seyendo el testigo, decir ha por qué razon ó como sabe lo que dize en su testimonio, si dixere que lo sabe, por qué estava delante cuando fué fecho aquel pleyto ó aquella cosa, ó que la vido facer, es valedero su testimonio. Mas si dixere que lo oyera decir á otro, non cumple lo que atestigua,» y Bonnier cita uno de los adagios de Loysel, que no es otra cosa en su sentir, sino la expresión de la razón y del buen sentido, el cual dice: «Más crédito debe darse á un solo ojo que á dos oídos.»

(1) En la célebre causa de Calas, dice Benthan, entre el testigo supuesto inmediato y el testigo deponente, no había menos de cinco intermedios y ni siquiera nombraban el sujeto que, según sus declaraciones, decían, que era á quien se le habían oído las amenazas del padre.

El Código vigente en Veracruz exige que los testigos den siempre razón de su dicho, lo cual deberá hacerse constar en la diligencia (artículo 119); les da crédito, siempre que no tengan tacha, cuando declaran que han oído pronunciar las palabras ó visto el hecho material acerca del cual declaran (art. 177, frac. 2.ª); y por último, sólo atribuye fuerza de presunción al dicho de un testigo, que lo sea de oídas (artículo 182 frac. 1.ª).

Resumiendo lo dicho en este capítulo y los anteriores, podemos afirmar que la prueba real es superior á la personal; la original á la no original, y la original oral á la original escrita. La razón natural indica que cuando es posible obtener una prueba superior, no debemos darnos por satisfechos con la que es inferior. La producción de éstas sólo en dos casos puede justificarse:

1.° En caso de imposibilidad de obtener una prueba superior.

2.° En caso de que pueda servir como medio de comparación con una prueba superior producida ya en juicio Por ejemplo: hay en un juicio una prueba real, surge la duda de que haya sido maliciosamente alterada por un tercero, y se llama á declarar al testigo acerca del estado de la cosa en el momento anterior á la supuesta alteración.

En este caso se tiene un testimonio oral,

personal, original, y puede ser oportuno comparar esta declaración que el testigo original dé en juicio, á la declaración que ha dado otro oralmente fuera de juicio; en tal caso, el testigo no original del hecho, se llama para que refiera las palabras oídas al testigo original presentado en el juicio.

Apenas creemos necesario advertir, al cerrar este Capítulo, que para que la prueba sea original no es necesario que la cosa se presente al Juez, sino que el Juez pueda ir hacia ella. El Juez puede inspeccionar los lugares, medir las distancias, describir los objetos que no es posible transportar; en todos estos casos la prueba es real, y lo único que hay que advertir, es que tal diligencia debe hacerse constar en el juicio, autorizada por el secretario. A este fin se dirige la descripción del objeto materia del delito y de las huellas que haya este dejado. A esto se refiere el art. 48 del Código de Procedimientos penales.

Téngase también presente, que para evitar el inconveniente de que las armas, llaves falsas, ganzúas y otros instrumentos del delito, fuesen unidos á la causa cuando va á revisión, etc., se deben diseñar en los autos, certificándose por el Juez la exactitud del diseño.

Donde está admitido el juicio por jurados, tales instrumentos deben ponerse originales á la vista de los procesados. ¡Tal es la eficacia

que la ley justamente atribuye á las pruebas originales!

CAPITULO VI

División formal de las pruebas—Prueba testimonial

La última parte de la «Lógica de las Pruebas en materia criminal,» tiene por objeto el estudio de estas bajo el aspecto de su forma. ¿En qué forma puede la persona presentar su testimonio en juicio? ¿Bajo qué forma pueden testificar las cosas? Tales son las preguntas que el autor se hace, y á las cuales se propone dar cumplida constestación, estudiando todas las cuestiones que con ellas se relacionan. Siendo tan vasta la materia, nosotros estudiaremos en este capítulo los caracteres propios de la prueba testimonial, lo que la distingue de la prueba documental y de la prueba material, que son las tres divisiones que se hacen de la prueba, en cuanto á su forma. También estableceremos las diversas divisiones que pneden hacerse del testimonio, á fin de que estas divisiones nos sirvan de base para nuestros estudios posteriores.

El testimonio personal, según hemos visto antes, consiste en la manifestación consciente por parte de una persona ya sea de sus propias impresiones ó ya de los hechos internos de su conciencia. Pues bien, el pensamiento humano puede manifestarse bajo dos formas: ó por la palabra hablada, forma pasajera de manifestación, que nace y muere con el sonido de la voz humana, ó bajo una forma permanente cualquiera; y particularmente, por escrito. De aquí la primera división en prueba testimonial y prueba documental. Pero conviene precisar bien estos conceptos. Ya hemos visto, en otra parte, que la prueba personal puede ser también escrita, porque detrás de un papel, en el que se ha expresado alguna cosa por medio de la escritura, el Juez tiene que ver á la persona que lo escribió, la cual está moralmente unida á su obra, si bien físicamente se encuentra separada de ella. Pues de la misma manera, podemos añadir ahora, que no todo escrito es un documento. Para que lo sea, se necesita que sea irreductible oralmente. Framarino enumera tres clases de irreductibilidad:

1.° Lógica, en el caso en que un criterio lógico se oponga á la reductibilidad, como sucede, según dice, en las escrituras no auténticas, que suelen llamarse antilitigiosas, esto es, las que se han redactado, previendo posibles controversias entre las partes.

2.° Material ó física, por muerte ó desaparición del que escribió el testimonio.

3.° Legal, por disposición de la ley, que prohibe que se pueda oponer una cosa contraria á lo que consta en un instrumento público á no ser en el caso de falsedad.

Dedúcese de aquí que, la declaración de un testigo, será prueba testifical y no documental, cuando se presente bajo la forma oral, ó que, aunque sea escrita, se pueda reproducir oralmente ante el Juez de la causa.

En cuanto á la manera como las cosas pueden testificar, no hay más que una forma, que es, la presentación de la cosa misma. Esta prueba, que hemos llamado original, con relación al sujeto que la constituye, es la que llamaremos material, en el punto de vista de la forma en que se presenta. Se comprende por lo dicho, que la palabra injuriosa, la amenaza, el libelo calumnioso, el documento falsificado, etc., se consideren como pruebas materiales y no documentales del delito, porque constituyen el delito mismo, y no son testimonios personales del hecho delictuoso.

Hechas las anteriores explicaciones, entremos de lleno en el estudio de la prueba testimonial, siguiendo siempre al autor que nos ha servido de guía en este trabajo.

La presunción de que los hombres en general perciben y narran la verdad, dice éste; pre-

sunción que sirve de base á toda la vida social, es también la base de la credibilidad genérica de toda prueba personal y del testimonio en lo particular. Pero como estos motivos de credibilidad están en relación con la aptitud del testigo para conocer los hechos acerca de los cuales declara y de su imparcialidad en referirlos, conviene distinguir las varias clases de testigos que pueden afirmar la existencia de un hecho.

El mismo autor los divide en tres clases: testigos elegidos *ante factum*, esto es, antes del hecho; testigos presentes *in facto*, y testigos elegidos *post factum*.

Los primeros son los que se eligen para que testifiquen acerca de un contrato ú otro acto semejante. Si no nos equivocamos, son los que en el lenguaje de las Partidos se apellidaban *llamados* y *rogados*, requisito que era indispensable que tuvieran los testigos que intervenían en los testamentos. También tienen ese carácter, los llamados testigos instrumentales.

Como se ve, esta clase de testimonio se refiere al derecho civil, pues en el penal, si bien puede haber testigos de hechos anteriores á la comisióu del delito, en realidad el hecho de que dan testimonio es presente y aun puede llegar á constituir un conato ó una tentativa del delito cometido.

Los testigos *in facto*, son los que por ca-

sualidad han presenciado el hecho y están en disposición de referirlo.

Los testigos *post factum*, son aquellos que sirven para testificar ciertas condiciones particulares del hecho no percibidas por el común de los hombres. Estos vienen á ser peritos, y el buen método exige que se hable de ellos separadamente.

El testimonio comprendido en las dos primeras divisiones, puede denominarse común, y á su vez se divide en tres clases:

Testimonio de un tercero.

Testimonio del ofendido.

Testimonio del acusado.

Cada uno de ellos merece una atención especial, la cual le consagraremos en este y en los siguientes capítulos, según lo requiera la extensión de la materia.

Por ahora, para concluir estas observaciones generales, advertiremos que, si bien al tratarse de los testigos se acostumbra decir testigos de vista ó de oídas, en realidad los testigos pueden dar su testimonio acerca de toda clase de sensaciones, y merecer la misma fe respecto de ellas, siempre que no haya otros motivos para temer que se hayan engañado. Framarino, cita por vía de ejemplo, los tres casos siguientes que no dejan de ser curiosos:

Muere un hombre que se cree que fué envenenado; y un testigo declara, que habiendo en-

contrado cerca del cadáver una copa con solución, la probó; pero tuvo que escupirla inmediatamente porque tenía un sabor desagradable. He aquí un testigo que da razón de una sensación del gusto.

Un individuo declara que en una lucha nocturna en que trataron de asaltarle, tuvo ocasión de asir á uno de los asaltantes de los cabellos, y éstos le parecieron gruesos y fuertes; también le tocó el rostro y advirtió que tenía una barba fuerte y bien poblada. Este testigo declara según la impresión que recibió por medio del tacto.

Finalmente, una señora se ha encontrado muerta cerca de su tocador. Tenía una herida mortal y en la mano un pomo de esencia que acababa de destapar. Un testigo declara que, habiendo tenido ocasión de estar cerca del presunto culpable, poco después de la consumación del delito, le llamó la atención el olor que éste esparcía, en todo igual al de la esencia encontrada en el frasco que tenía en la mano la señora que se supone muerta por aquél individuo. El testimonio de este testigo reconoce como causa el sentido del olfato.

El curso natural de nuestras ideas, nos conduce naturalmente á hablar después de lo que hemos dicho, de la fe concreta de la prueba testifical, comenzando por el testimonio de un tercero.

Compréndese desde luego la dificultad de

fijar de una manera exacta el valor de un testimonio. Entiéndase bien que hablamos de testigos exentos de toda tacha, enteramente imparciales y bien instruidos del hecho acerca del cual declaran. Entre dos que tengan estos requisitos, ¿cuál merecerá mayor crédito? de otra manera, ¿cómo se podrá hacer constar el crédito que uno merece, superior al del otro? La cosa es no sólo difícil, sino imposible, y sólo á título de noticia curiosa, haremos mención aquí de la escala ideada por Benthan para medir el valor del testimonio.

Supuesto que en los casos ordinarios y cuando no hay motivo de sospecha, dice el célebre Jurisconsulto inglés, la persuación del Juez se proporciona á la del testigo y se conforma á ella, representémonos materialmente la imagen de una escala en que se escriban los grados de persuación positiva (los que afirman la existencia del hecho) y en el otro lado de la negativa.

Cuando se presente un testigo que afirme ó niegue el hecho, se le obligará á que exprese el grado de su persuación señalando en la escala hasta donde puede llegar. Se sumarán después unos y otros, se verá en cuál de los dos lados de la escala la suma es mayor, y así se tendrá estimada con exactitud matemática la persuación de los testigos, la cual servirá para formar la del Juez.

Tal sistema es inadmisible, porque el testigo debe declarar lo que para él es cierto y no probable; y en segundo lugar no es verdad que la persuación del Juez no sea más que la suma de las persuaciones de los testigos.

Hay, pues, necesidad de dejar el asenso á las declaraciones de los testigos, al buen criterio del Juez, según lo hacen los artículos 179 y siguientes del Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

Pero no por eso debemos creer, que la ley ó la Jurisprudencia hayan omitido el dictar reglas muy importantes acerca de los requisitos que deben tener los testigos para que merezcan ser creídos, excluyendo á los que por algún motivo son sospechosos de falta de conocimientos ó de falta de imparcialidad.

Debemos exponer aquí esas reglas; pero para proceder con orden, examinaremos el testimonio y los motivos que hay para admitirlo ó excluirlo en su triple aspecto del sujeto, la forma y el contenido.

El estudio del testimonio, con relación al sujeto, nos obliga á hablar aquí de los testigos idóneos y de los que no lo lo son. Procedieudo por eliminacióu, diremos que los primeros son los que no se encuentran comprendidos en ninguno de los casos de exclusión; y como estos pueden proceder de tres causas, falta de capacidad, parcialidad y secreto profesional, dire-

mos acerca de cada una de ellas lo que sea necesario, para que quede bien comprendida, una materia que no nos parece que ofrezca serias dificultades.

Por falta de capacidad están excluidos de declarar en las causas criminales:

1.° Los infantes, esto es, los que no han cumplido catorce años. La ley nada dice de los locos, mentecatos, etc.; es de creerse que su testimonio estará excluido, porque siendo la declaración de un testigo un hecho consciente, es claro que no puede ejecutarse por quien no tiene la conciencia de lo que hace. Sin embargo, cuando no hubiere otros testigos, se podrá admitir su testimonio, sin perjuicio de estimarlo como se crea prudente.

2.° Los que hayan sido condenados por delito que no sea político, á ciertas penas que señala el artículo 118 del Código de Procedimientos Penales de Veracruz.

Hay delitos que por su naturaleza exigen un rebajamiento del alma no conciliable con el sentido moral; y así, el haber sido condenado por uno de esos delitos, inspira sospecha contra la veracidad del testigo. Por ejemplo, la condena por corrupción de un funcionario público que, por tal modo rebaja la dignidad de su empleo; la condena por ejecución de un mandato criminal, delito que revela la frialdad en el cálculo, y lo torpe del contrato, y en

lo general, la condena por hurto y por falsedad en todas sus variadas formas; todas las condenas, en suma, por delitos que implican bajeza torpe del alma inconciliable con el sentido moral.

Por la misma razón, es también sospechoso el testigo que trafica, envileciéndose, con su cuerpo, como son las mujeres entregadas á la prostitución, y los culpables de los delitos que con éste se relacionan. Esta doctrina es de Framarino.

Según una ley de Partida (ley 8.ª, tít. 16.°, pág. 3.ª), serán excluidos de ser testigos, por falta de probidad, el hombre de mala fama, el de costumbres depravadas, el monedero falso, el falsificador de documentos públicos ó privados y otros muchos que no hay necesidad de enumerar. Esta disposición fué censurada por los autores, porque excluía á muchas personas cuyo testimonio pudiera ser necesario, y esto por causas que no parecía que tuvieran relación con su presunta falta de veracidad. Lo lógico sería excluir á los condenados por un delito que realmente demuestre la pérdida del sentido moral, según dice la doctrina poco ha citada; pero como esto sería tal vez difícil de determinar; y por otra parte, esta exclusión no es absoluta, puesto que el código vigente admite tales testigos cuando las circunstancias de la causa lo exigen, se ha adoptado un crite-

rio más seguro, y es la calidad y duración de la pena. No pueden, pues, testificar en causas criminales, según el citado artículo, los que hayan sido condenados por delito que no sea político, á prisión de quince años, á la suspensión de algún derecho civil ó de familia; á la suspensión, destitución ó inhabilitación para algún cargo, empleo ú honor; ó en general para toda clase de empleos, cargos ú honores, y con sujeción á la vigilancia de la autoridad política.

Esta exclusión, según hemos dicho, no es absoluta, puesto que si las partes no se opusieran y el Juez lo creyere necesario para el esclarecimiento de los hechos, puede exigir declaración á las personas arriba mencionadas, haciendo constar esta circunstancia. La ley considera, además, como poco inclinadas á decir la verdad, á ciertas clases de personas unidas al reo por vínculos de tal naturaleza, que se identifican, por decirlo así, con él. Estos testigos pudieran tenerse como sospechosos; pero en nuestro concepto, no es esta la verdadera causa de su exclusión.

El fundamento en que esta descansa es de otro orden. Prescindiendo de la mayor ó menor veracidad presunta del testigo, se considera que la ley no debe obligar á nadie á cometer un acto inmoral, y lo sería el que un hijo, por ejemplo, declararse contra su padre, ó bien un

abogado revelase los secretos que su cliente le había confiado. Así es que esta exclusión puede nacer de dos causas, de parentesco ó de los deberes profesionales.

Por la primera de estas causas no pueden ser obligados á declarar los parientes del inculpado, por consanguinidad ó afinidad en línea recta ascendente ó descendente sin limitación de grados, y en la colateral hasta el segundo, inclusive. (Arts. 153 C. P. p. D. F.) La ley considera como comprendidos en esta causa de exclusión, al tutor, curador ó pupuilo del mismo inculpado. Todas estas personas, pueden, sin embargo, declarar, si quieren, siempre que el Juez les advierta que no tienen tal obligación. La ley, en este punto, ha respetado los vínculos naturales, según aquél principio que dice: *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.*

Están excluidos de dar su testimonio, por razón de sus deberes profesionales, aquellas personas á quienes la ley prohibe revelar los secretos que se les han confiado, tales son los confesores, médicos, cirujanos, comadrones, parteras, boticarios, abogados y apoderados; bien entiendo que esta exclusión sólo se refiere á aquellos hechos que se les han comunicado en calidad de secretos. Aunque el Código no lo dice, etendemos que deben tenerse también como exentos de la obligación de declarar, los

notarios públicos, á quienes el artículo que hemos citado no enumera, y los telegrafistas; unos y otros en lo relativo al desempeño de sus respectivas profesiones, (art. 117 del Código de Procedimientos penales y 736 del Código penal de Veracruz, 154 C. P. p. y 268 C. P. D. F.)

Tampoco pueden ser examinados, como testigos, contra su voluntad, los que hayan intervenido ó estén interviniendo en la causa como defensores, agentes del Ministerio Público, Secretarios, Jueces, Asesores ó Magistrados.

Al lado da estas exclusiones que se encuentran en las leyes positivas y que son fáciles de comprender y apreciar, los autores citan algunas otras que se fundan en cualidades personales del testigo. Estas no destruyen por completo la fuerza del testimonio; pero sí lo pueden debilitar notablemente. Hay cualidades personales, dice Framarino, que i nplican la facultad de equivocarse, y una de ellas es la debilidad permanente ó transitoria de la inteligencia (1).

Es necesario, pues, asegurarse de que el tes-

(1) Dos cosas, dice Glassford, son necesarias para dar crédito al testimonio de un testigo en razón de su inteligencia y conocimiento, á saber: un grado ordinario de capacidad mental que le habilite para entender la materia de la prueba, y suficiente oportunidad de haber adquirido el informe que de ella va á dar.

tigo, por su edad y demás circunstancias, según la naturaleza de los hechos, sobre los cuales está llamado á testificar, tiene la capacidad intelectual suficiente para referir con exactitud sus impresiones; y no lo es menos, que sus sentidos estén sanos.

Así, la miopía hará sospechoso el testimonio de un testigo de vista. Y como la debilidad intelectual puede ser también transitoria, conviene, igualmente, tener en consideración esta circunstancia. Un estado de sobreexcitación ó abatimiento, así como una momentánea perturbación física, pueden destruir ó disminuir el normal funcionamiento de los sentidos y de la inteligencia, no permitiendo percibir serena y exactamente los hechos particulares respecto de los cuales el testigo está llamado á deponer.

Al lado de estos motivos generales de sospepecha, fundados en la posibilidad del engaño, hay otros que podemos considerar como particulares. El autor á quien hemos venido siguiendo en el curso de este estudio, los hace nacer de tres causas, el *amor de sí mismo, el amor á los demás, y el odio contra los demás.*

Prescindiendo de esta división puramente teórica, podremos señalar como sospechoso por la primera causa, en primer lugar, al acusado, tanto en lo que declara en beneficio propio, como al declarar contra sus socios ó cómplices; por la misma razón es sospechoso, dentro de cier-

tos límites, *ofendido*, y en lo general todas aquellas que deponen en propio descargo, como los denunciantes ó tienen algún interés, como los que son partícipes en las multas.

Por la segunda causa son sospechosos los dependientes y personas allegadas, ya sea al acusado ó ya al acusador por vínculos de amistad, parentesco ó dependencia, y por una razón contraria lo son los enemigos de uno ó de otro.

Aun puede considerarse como un caso de odio, contra sí mismo, que haría sospechoso el testimonio del acusado en lo que pudiera perjudicarle, el de un individuo dominado por la manía del suicidio, acusado de un delito que mereciera pena capital.

Mas debe advertirse que todos estos motivos de sospecha, ya absolutos, ya relativos, no nos llevarán á excluir por completo, el testimonio, sino sólo á precavernos contra los peligros de una fácil credibilidad. Nos parece muy oportuno copiar aquí las siguientes reglas, que en forma de aforismos trae Framarino, y dicen así:

1.° *La debilidad de la inteligencia ó del sentido* no debe inclinarnos necesariamente en pro del error del testigo.

2.° *El no poseer fuerza suficiente que oponer como obstáculo á la mentira; por no ser bastante vigoroso el sentido moral, motivo absoluto de sospecha por incapacidad moral*, no debe

hacernos advertir nunca que no debe esperarse del testigo la verdad.

3.° *El tener una pasión que combatir*, en un caso concreto, motivo relativo de sospecha, por incapacidad moral, no implica desde luego, que tal obstáculo quede siempre vencido, y por tanto, que siempre se mienta.

En resumen, diremos con el mismo autor, que para valuar subjetivamente un testimonio, no basta desde el punto de vista de la posibilidad del engaño del testigo, fijarse en los motivos de sospecha: es preciso también, tener en cuenta las particulares condiciones de sus sentidos y la fuerza de su inteligencia y memoria, así como sus conocimientos especiales en la materia del testimonio. Por lo demás, al poner los conocimientos del testigo en relación con la materia de su declaración, el Juez puede obtener cierta luz de otro género; el testigo que se presentase á declarar sobre materias que se suponen extrañas ó superiores á sus conocimientos, debe ser interrogado para que diga cómo posee los conocimientos que su declaración implica, y de este modo, obligado á razonar, podrá llegarse á descubrir si ha habido alguna sugestión ejercida sobre él, ya enseñándole de memoria una declaración, ya preparándole para el momento, con las indicaciones de conocimientos propios del caso.

A estas enseñanzas de la ciencia, corres-

ponden los preceptos de la legislación positiva, el art. 179 del Código de Procedimientos penales de Veracruz concordante del 216 C. P. p. D., exige que el Juez, para apreciar el valor del testimonio oral, tenga presentes estas circunstancias, aun cuando se trate de un testimonio hábil.

1.° Que el testigo por su edad, capacidad é instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto.

2.° Que por su probidad, por la independencia de su posición, y por sus antecedentes personales, tenga completa imparcialidad.

3.° Que el hecho de que se trate sea susceptible de ser conocido por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo, y no por indicaciones ni referencias de otras personas.

4.° Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la substancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales.

5.° Que el testigo no haya sido obligado por fuerza de miedo, ni impulsado por engaño, error ó soborno.

La variación del testigo en la relación de los hechos y circunstancias, y su vacilación é incertidumbre, hacen incierto y despreciable su testimonio, dice el mismo autor.

Se ve, por lo que antecede, cuán amplio

campo tiene para ejercitarse en esta materia, la sagacidad y penetración del Juez; y se comprende igualmente la influencia que en la legislación han tenido que ejercer los consejos del buen sentido y de la sana crítica sobre las fórmulas del sistema probatorio legal. Téngase presente que á demostrar la conformidad entre la lógica judicial y los preceptos de la ley, donde tal conformidad existe, y á procurarla donde no la hay, tienden las doctrinas contenidas en este libro.

Tenemos todavía que examinar el testimonio bajo sus otros aspectos; pero siendo demasiado amplia la materia, suspendemos aquí nuestro estudio, para continuarlo en el Capítulo siguiente.

CAPITULO VII

División formal de la prueba--Prueba testimonial

En el Capítulo que antecede, estudiamos el valor legal del testimonio con relación al sujeto: en el presente debemos estudiarlo con relación á su forma y á su contenido.

Es indudable que la forma con que se presenta el testimonio puede aumentar ó dismi-

nuir los motivos de credibilidad que obran en nuestro espíritu. La manera como el testigo se expresa, pone de manifiesto su ánimo é intención; y la forma que la ley establece para recibir su testimonio influirá del mismo modo, en su veracidad; y por lo mismo, en la fe mayor ó menor que se deba dar á sus declaraciones. De una y otra cosa hablaremos en seguida, añadiendo después las observaciones que sean procedentes respecto al contenido de las declaraciones.

Tres circunstancias que lo hagan sospechoso pueden notarse en la deposición de un testigo, en cuanto á la manera de presentar su testimonio. Estas tres circunstancias son, según Framarino: *la animosidad, la afectación y la identidad preparada.*

La falta de serenidad del testigo, disminuirá la fuerza probatoria de su declaración, porque pondrá de manifiesto, á pesar suyo, la pasión que le domina y que propenderá á engañarle á sí propio ó á hacer que engañe á los demás. Lo mismo deberá decirse cuando el testimonio se produzca con afectación, supuesto que esta revela estudio, preparación y esfuerzo, que hacen sospechar una mentira. El lenguaje de la verdad, siempre es natural, sencillo y espontáneo.

En cuanto á la identidad preparada, he aquí las palabras del autor citado, las cuales copiamos con tanto mayor empeño, cuanto que se

refieren á un caso no poco común en la práctica: «cuando en el texto de varios testimonios se advierte *eumdem præmeditatum sermonem*; esta identidad no natural, de forma, hace suponer identidad de inspiración, ó sea, concierto previo para coincidir en las declaraciones; lo cual no puede menos de constituir una causa de descrédito, que en ciertos casos llegará hasta destruír el valor probatorio del testimonio, pues bien se comprende que los conciertos previos se necesitan para poner de acuerdo testimonios amañados, mientras los testigos veraces pueden esperar que la verdad de sus dichos coincida de un modo expontáneo.»

Ya hemos dicho en el Capítulo anterior, lo que prescribe el Código vigente de Veracruz, relativamente á la manera como los testigos suelen expresarse en sus declaraciones, á sus vacilaciones é incertidumbres; no creemos necesario repetir lo que allí dijimos.

En cuanto á las formas que podemos llamar exteriores, establecidas por la ley para dar valor y fuerza al testimonio, la primera y la más importante es la comparecencia del testigo ante el Juez. Así lo exige, no sólo la solemnidad y trascendencia del acto que se va á ejecutar, sino tambien la necesidad, ó cuando menos la conveniencia, de que el Juez conozca al testigo, y por su manera de presentarse ante él, ó de expresarse, pueda juzgar mejor de la verdad

ó falsedad de su declaración. El Código vigente impone en general á todos los ciudadanos la obligación de ocurrir á declarar en los negocios criminales; y sólo permite que se les reciba declaración en su casa; en primer lugar, por causa de imposibilidad, á los enfermos, ó impedidos; y por consideración á las funciones públicas que desempeñan, al Gobernador, Magistrados, Diputados á la Legislatura del Estado y Secretario de Gobierno. Como debe suponerse, la declaración deberá recibirse por el Juez en presencia de su secretario.

Respecto de los testigos ausentes, podrán ser examinados por medio de exhorto dirigido al Juez de Paz de su residencia, si estuvieren impedidos y se encontraren dentro de la jurisdicción territorial del Juez, ó por el Juez de 1ª Instancia respectivo, si residieren en otro Cantón del Estado, ó en otro Estado de la República.

El segundo requisito es la publicidad. Los defensores del sistema de enjuiciamiento por medio de jurados, han hecho grande hincapié en esta circunstancia, que no se logra, á lo menos de una manera completa, en el procedimiento antiguo.

Se ha dicho con verdad, que sólo por medio de las declaraciones públicas en los debates entre los testigos y el acusado, se obtendrá lo que se ha llamado la sanción social, que debe

obrar tanto en los Jueces como en los testigos. Para sostener públicamente una mentira en presencia del acusado, del Ministerio Público, de los individuos que forman el jurado, y de un concurso más ó menos numeroso de individuos que concurren á esos actos, se necesita seguramente mayor audacia, que para mentir delante del Juez en el interior de su gabinete.

Pero como esta cuestión es extraña á nuestro intento, dado que nos llevaría á discutir los motivos que pueda haber para dar la preferencia al juicio por jurados respecto del enjuiciamiento común, y á investigar las causas por las que el primero no ha podido implantarse en el Estado de Veracruz, nos limitaremos á decir que en los artículos 130 y 131 del Código, se dispone que cada testigo sea examinado separadamente por el Juez y en presencia del secretario, y que á esta diligencia no deben asistir sino estas personas, salvo el caso de que el testigo sea ciego, sordo-mudo ó que ignore el castellano, en el cual caso le acompañará otro testigo que firme por él la declaración, ó se necesitará la presencia de dos intérpretes, respectivamente.

De estos preceptos del Código de Procedimientos penales, dedujeron algunos abogados que el juicio criminal, á lo menos durante la instrucción, conservaba el carácter de reservado que

tenía antiguamente; al paso que otros, fundándose en algunos artículos del mismo Código, sostenían lo contrario.

Esta diversidad de pareceres dió motivo á una razonada discusión, sostenida por los defensores de las dos opiniones contrarias, la cual terminó con la reforma del artículo 226 de dicho Código, hecha por iniciativa del Tribunal Superior del Estado. Es conveniente conocer los fundamentos en que este elevado Cuerpo se fundó al dirigirse á la Cámara Legislativa (1); y por este motivo copiamos de ese importante documento los párrafos siguientes: «Recientemente, dice el Presidente del Tribunal, se ha suscitado entre los abogados de nuestro foro una discusión relativa á la publicidad ó secreto de la instrucción criminal, y el conflicto de opiniones se ha hecho sentir aun en el seno del H. Tribunal, cuyas dos Salas de 2ª Instancia, han dictado resoluciones opuestas emanadas del diverso criterio que sobre la cuestión debatida, tienen formado los miembros que las constituyen.»

«No es este el lugar oportuno para volver sobre argumentos ya ampliamente expuestos

(1) Esta discusión se sostuvo en los periódicos intitulados *El Orden* y *El Foro Veracruzano*, de Veracruz, por los meses de Julio y Agosto de 1899. La iniciativa del Tribunal se publicó en el número 14 de *El Orden*, correspondiente al 19 de Julio de 1900.

aun por la prensa; pero sí es del caso hacer notar, que la interpretación de los preceptos fundamentales de nuestro enjuiciamiento criminal, hecha con entera sujeción á las enseñanzas de la ciencia del derecho, no conduce á otra consecuencia, que la de haberse adoptado en él, como sistema, la reserva relativa del sumario. Si esto es indiscutible para cualquier espíritu que entre con serenidad al estudio de dicha cuestión; si por otra parte, el éxito de los procedimientos encaminados á la averiguación de los delitos y castigo de los delincuentes, interesa hondamente á la sociedad, á la cual no debe sujetarse á lucha desigual contra los esfuerzos incondicionales de los reos y sus defensores, que para eludir los efectos de su responsabilidad, llegan, á veces, á no reparar en la eleccion de los medios, se impone la necesidad de prescribir por medio de un precepto expreso de la ley, la adopción del sistema antes expresado, ya que el principal argumento aducido por los sostenedores de la tesis de la publicidad de instrucción, se basa en la inexistencia de ese precepto.»

A consecuencia de tal iniciativa, el artículo 226 del Código de Procedimientos penales, quedó adicionado con estas palabras: *Desde este momento será público el proceso.*

Debemos advertir, que la discusión se promovió con ocasión de haberse escrito por al-

guno, que los defensores no debían imponerse del proceso, sino hasta que terminara la instrucción.

La última de las circunstancias exteriores, que pueden contribuir á aumentar ó disminuir el crédito que merece el testimonio, es lo que se ha llamado la sanción de él, esto es, la consideración del daño que puede resultar al testigo, de faltar á la verdad. Benthan enumera hasta cuatro sanciones diferentes, que pueden contribuír á que el testigo se exprese con verdad, y son la *sanción natural*, que consiste en la pena que ocasiona el esfuerzo y el trabajo que cuesta la mentira, pues la verdad viene por sí misma á ponerse en los labios del testigo y se necesita una especie de violencia para echarla fuera y substituir en su lugar una falsedad; la *sanción moral* ó del honor, que como su nombre lo indica, consiste en la deshonra que recae sobre el que á sabiendas miente ante la justicia; *la sanción religiosa*, que depende de la creencia en los castigos que en esta ó en la otra vida, tiene que sufrir el que miente con perjuicio de otro; y por último, la *sanción legal*, que no es otra cosa sino el temor que inspiran las penas con que la ley positiva amenaza á los que son condenados por el delito de falsedad.

De estas sensaciones podemos decir que casi no queda sino la última: la primera es muy

débil, si bien todavía puede existir; la segunda casi no tiene importancia, desde el momento en que el proceso es secreto y es difícil que en la sociedad se sepa en qué términos declaró un testigo; la tercera fué abolida desde que se suprimió el juramento como formalidad indispensable para el valor del testimonio. Sólo queda, pues, la sanción legal y á fin de que esta sea efectiva, dispone el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales, que antes de que declaren los testigos se les den á conocer las penas que el Código impone á los que declaran con falsedad.

El juramento que se prestaba antiguamente, ha sido substituido con la protesta de decir verdad, solemnidad indispensable para el valor legal del testimonio; y sobre este pariicular, en calidad de recuerdo histórico, se nos permitirá decir aquí cuatro palabras.

Antiguamente hasta los reos juraban producirse con verdad acerca de los hechos que iban á declarar; y como esto podía ser, y de ordinario era en perjuicio suyo, resultaba el conflicto entre el interés y el respeto á la religión, pues hasta el Derecho natural nos obliga á evitarnos todo daño. Contra tal abuso se levantó la voz de los publicistas en los principios del siglo pasado, y mediante sus enseñanzas y con apoyo de sus doctrinas, se previno en la Constitución española de 1812, que estuvo

vigente en México, aunque por pocos años, (artículo 291), que la declaración del procesado fuera sin juramento, que á nadie debería tomarse en materias criminales sobre hechos propios.

Sólo quedó subsistente la obligación de prestar el juramento, de parte de los testigos, y aunque también fué combatida por algunos publicistas, subsistió entre nosotros, hasta la ley que declaró la independencia entre la Iglesia y el Estado.

En la obra de Caravantes pueden verse las razones que se hacían valer en favor ó en contra, del precepto legal que exigía el juramento para la validez del testimonio. Nosotros creemos que en la República fué abolido no tanto por las razones que lo combatían, bien refutados, en nuestro concepto por Caravantes, sino porque tal abolición era una consecuencia que se deducía lógicamente de la independencia entre la Iglesia y el Estado, proclamada por la Ley de 6 de Diciembre de 1860 (1).

(1) Caravantes. Tratado filosófico, histórico y crítico de Procedimientos judiciales. Lib. 2.°, tít. 6.°, lec. V, pág. 90. Es conveniente añadir que la fórmula del juramento se hallaba de acuerdo con las creencias y las prácticas de los respectivos cultos. Si los secuaces de alguna secta tenían prohibición de jurar, bastaba que protestasen decir la verdad, en la inteligencia de que la violación de esa promesa, les haría merecedores de las mismas penas señaladas á los perjuros.

No subsiste, pues, en la actualidad, como eficaz, según hemos dicho, más que la sanción legal, que consiste en conminar al testigo con que sufrirá las penas de la ley si falta á la verdad.

Pertenece también á la forma en que se deben recibir los testimonios, y por lo mismo es una circunstancia que, aunque de una manera indirecta, pueda conducir al descubrimiento

---

(Curia Filípica Mexicana, sec. 33, Parte 1.ª, párrafo 747). Son curiosas y á título de recuerdo histórico, deben leerse las Leyes 1.ª, 20 y 21 del tít. 11, de la Parte 3.ª que traen la fórmula del juramento que debían prestar los católicos, los judíos y los moros. No los copiamos por ser muy largas. El art. 9.º de la ley de 6 de Diciembre de 1860, que abolió el juramento, dice así: «Se declaran válidos y consistentes todos los derechos, obligaciones y penas legales, sin necesidad de considerar el juramento á veces conexo con los actos del orden civil. Cesa, por consiguiente, la obligación legal de jurar la observancia de la Constitución, el buen desempeño de los cargos públicos y de diversas profesiones, antes de entrar al ejercicio de ellos. Del mismo modo cesa la obligación de jurar ciertas y determinadas manifestaciones ante los agentes del fisco, y las confesiones, testimonios, dictámenes de peritos y cualesquiera otras determinaciones y aseveraciones que se hagan dentro ó fuera de los tribunales. En todos estos casos y en cualquier otro en que las leyes mandaban hacer juramento, será éste reemplazado en adelante, por la promesa explícita de decir verdad en lo que se declara, ó de cumplir bien y fielmente las obligaciones que se contraen.»

de la verdad, la manera como los testigos han de ser interrogados. En los juicios por jurado, el Ministerio Público y el defensor del reo, pueden hacer á los testigos las preguntas que juzguen oportunas, y el cuestionario que el Juez somete á la decisión de los jurados, es materia de discusión; en el procedimiento adoptado entre nosotros, no sucede lo mismo. Es cierto que el representante de la sociedad y el defensor del reo, por vía de prueba, pueden pedir la ampliación de las declaraciones de los testigos; pero se comprende bien cuán poco eficaz tiene que ser este recurso comparado con la discusión verbal. Por lo demás, es indudable que la manera como los testigos son interrogados, puede influir mucho en sus declaraciones, bien por la mayor ó menor claridad de las preguntas que se les hagan, bien por la manera como se les dirige la palabra, intimidándoles algunas veces é inspirándoles confianza en otras.

Nuestro Código no comprende sobre este particular ninguna instrucción, y el de 1869 contenía algunas, relativamente á la declaración preparatoria del reo, de las cuales haremos mención en su lugar oportuno.

Por ahora sólo diremos, que la ley quiere que los testigos ratifiquen en el acto lo que han declarado, para lo cual debe leérseles íntegro, con toda precisión y claridad. Con fre-

cuencia se ve en la práctica que los testigos incurren en contradicciones; y cuando se les advierten, dicen que no habían entendido bien su anterior declaración (artículos 135, 136 y 139 del Código de Procedimientos penales).

Esta costumbre de la ratificación, viene de las leyes de Partida. La ley 26 del lib. 16, Part. 3.ª, decía refiriéndose al testigo: «E cuando acabare de dezir, deve entonces el Juzgador començar á fablar é dezirle: Agora escucha tu á mí, ca quiero que oyas, si te entiendo bien é debe entonces recontar lo que el testigo dixere, etc.»

La valuación del testimonio, con relación á su contenido, nos llevaría demasiado lejos, y casi puede decirse, que no corresponde hablar de ella en este Tratado. Refiérese, en efecto, esta circunstancia, á lo que de increíble, incomprensible ó inverosímil, puede contener el testimonio; y como se ve, este campo es demasiado vasto y correspondería recorrerlo más bien á la Lógica que á un tratado teórico sobre las pruebas.

Nosotros recordamos haber leído en los antiguos prácticos, aunque refiriéndose á la confesión del reo, que no debería ser creído, cuando confesaba un hecho contrario á la naturaleza, como si uno declaraba que tenía un hijo cuatro años de edad menor que él; y entendemos que el mismo criterio deberá prevalecer

respecto del contenido de las declaraciones de los testigos. Si la ley ha sido en este punto deficiente, porque sin duda no creyó de su competencia declarar qué reglas deben regir para juzgar si un hecho es ó no imposible, no sucede lo mismo con los expositores.

Bentham consagra todo el libro 8.° de su Tratado de las pruebas á hablar de lo improbable y de lo imposible. Con tal motivo establece estos principios: 1.° Que lo imposible es indefinible; 2.°, que no hay hechos reconocidos absolutamente como increíbles. Desciende después á estudiar algunos hechos que se desvían del curso ordinario de las cosas y pone ejemplos adecuados.

Esto, no obstante, no estará por demás decir algo sobre el particular, porque la probabilidad é improbabilidad de los hechos, lo mismo que su verosimilitud ó inverosimilitud, no se presentan siempre con la misma claridad. Una y otra vienen á confundirse en cuanto que hacen creíble ó increíble el testimonio. Así es que, para expresarnos con más exactitud, hablaremos de las declaraciones verosímiles ó inverosímiles, esto es, creíbles ó increíbles.

La inverosimilitud, como la incredibilidad, pueden referirse tanto á los hechos que el testigo afirma como á la manera como asegura que los percibió. Si el testigo afirmare haber visto que una niña de poca edad había agredido á

un joven vigoroso, lo había hecho caer al suelo y lo había pisoteado, su relato merecería poco crédito por lo inverosímil de los hechos referidos. De la misma manera si el testigo repitiese pormenorizadamente las palabras que habían pronunciado los contendientes en una lucha que se verificó entre ellos y que el testigo asegura haber presenciado á una distancia de doscientos metros, poca fe merecería su dicho, porque no es posible que palabras pronunciadas á esa distancia se puedan percibir con claridad.

Como el testimonio tiene por objeto reproducir, por decirlo así, los hechos sobre los cuales recae, y todo hecho tiene que ser por su naturaleza concreto y determinado para que constituya un delito, resulta que el testimonio tendrá mayor valor, mientras mejor determine los hechos que afirma, disminuyendo su fuerza á medida que los presente menos determinados. Ejemplo de un testimonio que no determina el hecho: cien testigos afirman que Ticio mató á un hombre. ¿Pero quién era ese hombre? ¿Dónde se verificó el homicidio? ¿Por qué causa se cree que lo mató? Mientras no se conteste á esas preguntas, el testimonio será indeterminado; y por numerosos que sean los testigos, su dicho no podrá servir de fundamento á una condena.

Los Jurisconsultos antiguos comprendían en

las siguientes palabras, fáciles de retener en la memoria, las preguntas á que es necesario que contesten los testigos, para quitar á sus dichos el carácter de indeterminados é indefinidos. Claro está que no es necesario que respondan á todas; pero sí, que el testimonio será más completo á proporción que sea mayor el número de preguntas que sean contestadas. ¿Qui? ¿quid? ¿ubi? ¿quibus? ¿auxiliis? ¿cur? ¿quo modo? ¿quando?

Si la ideterminación vicia el testimonio, con mayor razón deberán viciarlo la incertidumbre y las contradicciones.

Las contradicciones pueden existir entre las declaraciones del mismo testigo, ó de un testigo con otro.

En cuanto á la primera, luego se ve que hay que negar fe á testigos que se contradicen á sí mismos, y á estas contradicciones se refiere el artículo 179 del Código de Procedimientos penales que hemos citado antes.

Por lo que hace á las contradicciones de un testigo con otro, nos bastará recordar aquí lo que dijimos en la Segunda Parte de este Tratado, al hablar de la prueba testimonial en materia civil, acerca de la diversidad que puede haber en las declaraciones de los testigos. Como recordarán nuestros lectores, la diversidad puede ser acumulativa diversificativa y obstativa, esto es, puede consistir en referir el hecho

con diferentes circunstancias que no cambien su esencia, y que por el contrario, más bien sirvan unas para confirmar las otras; puede haber en realidad diversidad, pero no contradicción; ó puede por último existir esta. Claro es que de esta última se trata, cuando se dice que hay diversidad obstativa, la cual nulifica el testimonio, porque no siendo posible que el hecho, en cuanto á lo substancial, se haya verificado de dos maneras diferentes, habrá que atenerse á lo que resulta de otras pruebas. Creemos inútil insistir en un punto tan claro y del cual ya hemos hablado.

El testimonio que está libre de los vicios que hemos enumerado, es el testimonio perfecto, al cual llaman algunos autores, testimonio clásico. Nada más tendríamos que decir acerca de él, si no fuese porque encontramos en Framarino algunas observaciones que no serán inoportunas en este lugar.

El testimonio clásico, según este autor, puede proceder de un tercero, que no tiene carácter ninguno oficial, ó de una persona que ejerce cierta clase de funciones, que tienen por objeto prevenir los delitos, ó bien auxiliar á las autoridades encargadas de castigarlos. Del primero ya se ha dicho lo bastante. Sólo hablaremos en este lugar del segundo.

Framarino hace acerca de este particular, las siguientes reflexiones que copiamos aquí,

compendiándolas. La superioridad del testimonio que podemos llamar oficial, sobre el testimonio común, estriba en las razones siguientes: 1.ª El funcionario público, no por serlo, está llamado á testificar acerca de todos los hechos que pueden caer bajo el testimonio de sus sentidos, sino sólo acerca de aquellos que se relacionan con las funciones que desempeña; y siendo esto así, debe presumirse que el Estado no le ha dado el encargo especial de testificar acerca de ellos, sino porque le ha considerado con la capacidad intelectual y demás condiciones necesarias para percibir con exactitud aquellos hechos que está llamado á consignar. Esto por lo que se refiere á la primera condición del testigo, que es que no se haya engañado. 2.ª En cuanto á la segunda, esto es, no querer engañar ó sea su capacidad moral, obra á su favor la misma presunción. En el testigo oficial, además de la razón general de que todo hombre es inclinado á decir la verdad siempre que la pasión ó el interés no perturben su conciencia, hay que añadir el deber que le imponen sus funciones oficiales y la mayor responsabilidad que nace del oficio que desempeña.

Se ve, pues, que en términos generales, y donde no haya motivos de carácter especial que hagan dudar del acierto en la elección de ciertos funcionarios y agentes de la autoridad,

el testimonio de éstos debe considerarse como de mayor peso que el testimonio común. Así, á lo menos, lo aconsejan la razón y el buen sentido.

Después de lo que hasta aquí hemos dicho, parece que no es necesario repetir aquí disposiciones del Código de Procedimientos penales, que son fáciles de comprender y que pueden verse en el texto original, como son las contenidos en el artículo 136, que manda que las declaraciones se redacten con toda claridad, usando, si es posible, las mismas palabras empleadas por el testigo; del 137 y 138, que advierten respectivamente que se manifiesten al testigo los objetos que existen en poder del juzgado y se relacionen con el delito, para que los reconozca, ó que se le conduzca á los lugares donde hubiere vestigios permanentes del delito, con el fin de que haga las explicaciones convenientes; la de los artículos 143 y siguientes, que hablan de los intérpretes, por cuya mediación deben declarar los testigos que no saben el idioma español y otros semejantes.

Hemos dicho que la prueba testimonial, por perfecta que se le suponga, no carece de peligros, y así es en efecto. Por desgracia, es la que desempeña de ordinario el principal papel en las causas criminales, así como la prueba documental lo desempeña en los negocios civiles. Esta circunstancia nos ha obligado á ser tal vez

difusos al hablar de ella en este y el anterior Capítulo; pero hemos querido no omitir nada de lo que nos ha parecido substancial y que hemos encontrado en las doctrinas de los autores que han consagrado sus desvelos á ilustrar la importante materia de las pruebas judiciales.

No estará demás antes de poner punto á las observaciones contenidas en estos capítulos, relativas al testimonio del tercero, y antes de hablar del testimonio del ofendido y de la confesión del procesado, copiar las siguientes palabras del jurisconsulto español D. Joaquín Escriche, que se refieren á la falibilidad de la prueba testimonial. «La razón exige para condenar, dos testigos á lo menos, dice este autor, porque entre un testigo que afirma y un acusado que niega hay empate, y es necesario un tercero que decida la discordia. Pero ¿bastarán en todos los casos para hacer prueba plena dos testigos contestes é invariables en sus declaraciones? La experiencia nos enseña cuán fácil es encontrar hombres que no teman atestiguar falsamente, con aire de reposo y seguridad, hechos que ignoran; y aun prescindiendo del soborno y de la mala fé ¿no hemos visto y vemos cada día, no sólo dos sino muchos hombres preocupados, engañarse y creer que han visto lo que no vieron, especialmente cuando los espíritus están agitados y cuando el fanatismo político ó religioso les fascina? ¡Cuántos

tristes ejemplos pudiéramos citar de casos sucedidos en nuestros días! Pero contentémonos con repetir la antigua y pública aventura de La Pivardière. Madama de Chauvelin, casada con este individuo en segundas nupcias, fué acusada de haberle hecho quitar la vida alevosamente en su casa. Dos criados fueron testigos del asesinato; su propia hija oyó los gritos y las últimas palabras de su padre: una de las criadas, hallándose enferma en peligro de muerte, juró en el acto de recibir los sacramentos que su dueña había visto matar á su amo; otros muchos testsgos vieron la ropa ensangrentada y no faltaron quienes oyeran el fusilazo con que se había dado principio al homicidio. La muerte, en fin, resultó bien averiguada; y sin embargo, no había habido fusilazo, ni sangre derramada, ni persona muerta. El resto de la historia es todavía más extraordinario. Vuelve La Pivardière á su casa, preséntase al Tribunal que iba á tomar venganza de su muerte; los Jueces le sostienen en su cara que ha sido asesinado, que es un impostor por decir que todavía vive, que debe ser castigado por mentir así á la justicia; que las pruebas del proceso son más dignas de crédito que él, y duró todavía diez y ocho meses esta causa criminal antes que el pobre hidalgo pudiera obtener sentencia que le declarase vivo!»

CAPITULO VIII

División formal de la prueba.--Prueba testimonial.--Testimonio del ofendido--Prueba pericial.

El ofendido, no por serlo, deja de ser un testigo importante, cuyo testimonio hay necesidad de valuar con estricta imparcialidad, á fin de no darle mayor eficacia que la que debe tener, ni desecharle sin razón. Lejos de ser de poca importancia el testimonio del que ha sido víctima de un delito, es á veces de tanto peso, que hay casos en que la justicia no cuenta con otro auxilio para el descubrimiento de la verdad. Vamos, pues, á hacer algunas observaciones acerca del testimonio de la parte agraviada, y añadiremos después algo acerca de los peritos, que pueden considerarse, bajo cierto aspecto, como testigos de un carácter especial. De esta suerte podremos después consagrar toda nuestra atención al testimonio del acusado, ó sea, á la confesión del reo, materia abundante en reflexiones de grande interés para los Jurisconsultos.

El ofendido es un testigo, y como tal, su testimonio está sujeto á las mismas condiciones

que el de todos los demás individuos que con ese carácter declaran en la causa. Debemos, por lo mismo, preguntarnos: ¿el ofendido en las declaraciones que ha dado no se habrá engañado? ¿no habrá pretendido engañarnos?

Es conveniente desde luego advertir, que la contemplación de la agresión al derecho propio perturba grandemente la conciencia del hombre, haciéndole perder la serenidad del juicio. Todo delito, dice Framarino, engendra en el ánimo del ofendido una turbación que, dificultando la exacta percepción de las cosas, hace posible el error. Esto se verifica, ya se trate de los delitos que consisten en la violencia ejercida en las personas, como las heridas, lesiones, etc., ó en las cosas, como los robos, si bien en estos parece que la perturbación debe ser menor. En los robos hay, además, motivos para desconfiar de la declaración del ofendido, en cuanto al valor de las cosas robadas; y esto, aun obrando de buena fe, porque una de las debilidades del corazón humano, consiste en dar un alto precio al bien que se ha perdido.

Hay tambien motivos para dudar del valor del testimonio del ofendido, en cuanto á la designación del delincuente, porque el deseo, que es natural, en quien ha sido víctima de un delito, de llegar á descubrir al reo, le hace muchas veces aceptar como ciertas todas las pro-

babilidades y tener como hechos indudables los que no son sino sospechas más ó menos fundadas.

Para evitar en lo posible los errores en que pudiera incurrirse por la falsa designación del delincuente, el Código de Procedimientos penales previene, que se practique la diligencia de que trata el capítulo 8.° del tít. único, libro, 2.°, y que denomina confrontación.

Esta diligencia, convenientemente reglamentada, es la que antiguamente se conocía con el nombre de *rueda de presos*, y consiste substancialmente en colocar al presunto reo, entre otros individuos semejantes á él en la estatura, en el vestido, etc., y hacer que el ofendido le reconozca entre todos ellos.

Las precauciones que la ley toma para precaver el error, son cuerdas y prudentes; pero á pesar de ellas, siempre habrá el peligro de que se haga una designación falsa, y estas pruebas sólo pueden servir unidas á otras que descubran la realidad de las cosas. No es tan difícil, como á primera vista puede creerse, equivocarse cuando se juzga por la semejanza de una persona y del vestido. Framarino cita tres casos de individuos que parecían convictos y que fueron denunciados por haberles reconocido las personas ofendidas, y que eran sin embargo inocentes. Entre ellos figura el del infortunado Lesurques, cuya causa conoci-

da con el nombre de causa del Correo de Lyon se encuentra en la colección de causas célebres publicada en México por la casa de Boig en el año de 1853. Este desgraciado individuo que era inocente, fué víctima de su fatal semejanza con el verdadero culpable (1).

Mas el temor de errar no es el único motivo que debe hacernos sospechosa la declaración del ofendido. Hay también que tomar en consideración, para valuar su eficacia, la posible voluntad de engañar: la mentira, en este caso, puede proceder del bien que proporciona al que la dice, dándole algún provecho ó evitándole algún daño, ó bien del perjuicio que

(1) La viuda y los hijos de Lesurques, pidieron la revisión del proceso; y el Juez de Paz Doubenton, que estaba convencido de la inocencia del acusado, y que había sido uno de los instrumentos involuntarios de tan deplorable error, consagró noblemente una parte de su fortuna y el resto de su vida á devolver á la familia Lesurques su honor y la consideración que había perdido. «El error que dió lugar á la condenación de Lesurques, decía este honrado Magistrado, al pedir la revisión del proceso, no procedió ni de los jurados ni de los jueces. Los jurados, convencidos por las declaraciones de los testigos, habían jurídicamente manifestado su convicción; los jueces, con arreglo á las declaraciones de los jurados, fallaron conforme á la ley. El error no procedió sino de una equivocación de los testigos mismos; no procedió sino de la fatalidad de la semejanza de Lesurques con uno de los culpables, que no habían sido aprehendidos todavía.»

resulte á quien es objeto de odio para él. Examinemos estos dos casos. El primero, aunque no sea frecuente, no deja de presentarse algunas veces en la práctica. Se trata de un depositario infiel que ha dispuesto indebidamente de la cosa que se le dió en depósito y quiere hacer creer que le ha sido robada. ¿No es cierto que en tales circunstancias, tendrá interés en mentir á la justicia? Lo mismo podemos decir de la sospecha que debe causar el derecho que el ofendido pudiera tener á la reparación pecuniaria. Es indudable que en este caso, si el agraviado espera, como consecuencia del juicio criminal, adquirir el derecho de exigir cierta suma de dinero, su declaración no estará libre de sospecha; y para graduar prudentemente la fe que merezca, hay que tener en cuenta la importancia de la pretendida acción y la persona de quien se exige, pues si aquella fuere pequeña, ó la persona insolvente, y por lo mismo incapaz de reparar el daño que se le atribuye, el terreno de la sospecha sería notablemente reducido.

Framarino, que ha hecho tan juiciosas observaciones sobre toda esta materia, resume así las divorsas formas de engaño en que puede incurrir el ofendido, con la esperanza de evitar un daño ó de obtener una reparación pecuniaria.

Puede, en primer lugar, inventar un delito

que no se ha cometido. Como el que, justificando de una manera más ó menos perfecta, la existencia de la cosa depositada, afirma que le ha sido robada para librarse de la obligación de entregarla á su verdadero dueño.

Puede también inventar, no el delito, sino el delincuente. Por ejemplo, en una querella de estupro. La estuprada, que sabe que no puede obtener nada del verdadero estuprador, que es un pobre, se decide á veces á especular con su propia deshonra y acusa á un rico, con la esperanza de obtener la dote correspondiente. Por último, no será raro que el ofendido, tratándose de un lelito realmente cometido y del verdadero delincuente, falte á la verdad en cuanto al modo como aquel se cometió y á las consecuencias del mismo delito, para exagerar la suma de reparaciones. Este caso, por desgracia, es demasiado frecuente.

Hemos dicho que es posible tambien la mentira en boca del ofendido, no por el beneficio que de ella pueda sacar, sino por el deseo de perjudicar al acusado. Acerca de este particular, es conveniente tener en cuenta esta juiciosa observación de Framarino: la animosidad para el ofensor no puede considerarse como motivo de sospecha contra el ofendido, en cuanto á la designación del delincuente. El ofendido, como tal, no puede tener animosidad sino contra el verdadero ofensor; así, no hay razón

para decirle: no creemos en tu palabra indicadora del delincuente, porque como ofendido, sientes odio contra él, porque esto no es verdad. Su odio existirá, no contra el individuo que tiene delante, sino en tanto que le supone culpable. Si resulta que no lo es, ningún motivo puede tener para odiarle, y en este caso si lo ha designado falsamente, habrá sido contra su voluntad, por un error, no por el deseo de perjudicarle. La aversión, pues, de parte del ofendido contra el inculpado, debe derivarse de causas extrañas al delito, y entonces el motivo de sospecha será el mismo que puede haber respecto de cualquiera otro testigo.

Pero si la sospecha nacida de la animosidad del ofendido, no es fundada en cuanto á la designación del delincuente, sí puede ser legítima en cuanto á la naturaleza del delito, de su medida y de sus consecuencias. Quien ha sido por ejemplo amenazado de recibir un bastonazo por un simple ademán, podrá, por odio contra su ofensor, afirmar que fué golpeado; el que ha sido injuriado de palabra, podrá afirmar que fué maltratado de obra; y hasta el que en realidad haya sido herido, podrá exagerar la gravedad de la herida, para exigir una mayor indemnización pecuniaria ó aumentar la pena del ofensor. Para evitarlo, en los casos de herida, como es sabido, se da lo que se llama la esencia ó calificación de ellas, que queda

corroborada después por el estado de sanidad. (Artículo 97 y siguientes del Código de Procedimientos penales y 499 y 500 del Penal.)

Dijimos en el Capítulo VI de esta Tercera Parte, que los testigos podían serlo de tres maneras: *ante factum*; presentes *in facto* ó bien elegidos *post factum*, añadiendo que éstos últimos eran los peritos de quienes convenía hablar separadamente en el lugar oportuno. Creemos que aquí corresponde hacerlo, puesto que vamos á terminar el estudio que hemos venido haciendo del testimonio de los terceros y del ofendido, antes de pasar á hablar del testimonio del acusado.

Los peritos son nombrados *post factum*, para que declaren acerca de algunas circunstancias, que no existirían si el delito no hubiera sido cometido; como por ejemplo, la naturaleza y gravedad de las heridas, la clase á que pertenecen, las armas de que se sirvió el ofensor, la presencia de las substancias tóxicas en las entrañas del que se supone que murió envenenado; la ruptura ó forzamiento de una puerta ó de una caja, los instrumentos que para ello fué necesario emplear, etc., etc.

Para este objeto son llamados los peritos; pero, ¿cuál es el verdadero carácter de éstos? Esta es la primera cuestión que naturalmente se presenta cuando de la prueba pericial se trata.

Algunas ideas acerca de ella anticipamos en el capítulo II de la Parte 2.ª de este Tratado; pero conviene estudiar más á fondo la cuestión en este lugar.

Diremos, pues, con Framarino, que acerca de la verdadera naturaleza de la prueba pericial, no hay un completo acuerdo en la Ciencia. Unos han dicho que el dictamen pericial no es una prueba, sino el reconocimiento de un hecho, que por sí mismo constituye la prueba; en el caso de un envenenamiento, por ejemplo, la prueba no está en el reconocimiento de los peritos, sino en el veneno mismo. Otros afirman que los peritos son simples consultores del Juez; y algunos, finalmente, han confundido el juicio de peritos con la inspección judicial, añadiendo, que en el perito hay una doble naturaleza, que es al mismo tiempo testigo y Juez.

Todas estas opiniones son más ó menos discutibles en el terreno puramente teórico; pero la que parece más segura es la de Framarino, quien afirma que los peritos son testigos, pero testigos de una categoría especial de hechos. Los testigos, como es sabido, no atestiguan sino las cosas perceptibles para el común de los hombres; los peritos atestiguan acerca de cosas que, para ser percibidas, necesitan una capacidad especial. Por este motivo, se les puede llamar testigos de hechos científicos y

técnicos, de sus relaciones y de sus consecuencias. Se dice de hechos y no de verdades *científicas*, porque no se trata de conceptos ideales, sino de hechos concretos y determinados que caen bajo el dominio de la ciencia; se dice también *técnicos*, pues que para apercibirlos son necesarias las reglas de un arte ú oficio determinado y un conocimiento práctico de ellas, por medio del hábito adquirido en el ejercicio de la misma ciencia ó arte; y se añade, por último, de *sus relaciones* y de *sus consecuencias*, porque estas son las que de ordinario constituyen la parte más importante de la prueba pericial. Cuando los peritos afirman la existencia de las lesiones en un cadáver, no se reduce á eso solo su afirmación. Hay que preguntarles, ¿esa lesión es la que ha producido la muerte? De esta manera les pedimos la aplicación del hecho científico al hecho técnico, ó lo que es lo mismo, la relación percibida por ellos entre ambos hechos y sus consecuencias.

Conocido el verdadero carácter de los peritos y los hechos acerca de los cuales son llamados á declarar, es natural que nos preguntemos quién debe nombrarlos, en qué número y cuándo.

La primera pregunta está contestada en el Código de Procedimientos penales, en estos términos: Durante la instrucción, el Juez debe nombrar los peritos; pero esto no impedirá que

el Ministerio Público, el procesado ó su defensor y la parte civil, si la hubiere, nombren los peritos que merezcan su confianza. Entendemos que esto será durante el juicio, esto es, concluída la instrucción y cuando comienzan los trámites marcados en el artículo 226. (Art. 96.)

Tambien dispone el Código (art. 97), que los médicos de los Hospitales se tengan como peritos en los casos comunes, sin perjuicio de que el Juez nombre otros, si lo creyere conveniente, para que asociados á los primeros den su dictámen. Cuando la persona enferma ó lesionada, se cure fuera del hospital, el reconocimiento y la autopsía se practicarán por los peritos que el Juez designe (artículo 99).

Siendo de tanta trascendencia el dictamen pericial, la ley no ha querido que se tenga por bastante el de uno solo y exige cuando menos dos. Un solo perito puede equivocarse ó engañar con facilidad.

Eu caso de disentimiento entre los dos peritos nombrados, ya lo hayan sido por las partes ó por el Juez, dispone el Código que sean citados á una junta en la cual discutirán los puntos de discrepancia, asentándose por diligencia el resultado. (Artículo 101).

El Código ha sido igualmente cuidadoso en determinar las personas que no pueden ser pe-

ritos, ya sea por sospechas de parcialidad ó por motivos de indignidad.

Entre las primeras se encuentra el curador, tutor ó pupilo de alguna de las partes. los parientes de éstas dentro de ciertos grados y entre las segundas, los que hayan sido condenados por el delito de falsedad ó en lo general por cualquiera delito que no sea político, á alguna de las penas enumeradas en las fracciones 8ª y 17ª del artículo 92 del Código Penal (artículo 104).

Las precauciones que el Código ha tomado para precaver todo error, disponiendo que el Juez, el Ministerio Público y las partes interesadas, asistan al reconocimiento pericial si quieren; que los peritos tengan título oficial; que cuando los peritos no formen mayoría en favor de una opinión, se nombren otros nuevos en número impar; que cuando se trate de analizar una materia, sólo se analice parte de ella, dejando el resto reservado para que se practique nuevo analisis, si fuere necesario, y otras disposiciones semejantes, demuestran con toda claridad cuánta es la importancia que el juicio pericial tiene en las causas criminales. Seguramente es mucho mayor que el que se le atribuye en los negocios civiles (artículo 109 y siguientes del Código de Procedimientos penales).

No creemos necesario entrar en otros por-

menores puramente reglamentarios; pero sí juzgamos conveniente advertir, que no siendo raro que en algunos Cantones de los Estados, no se encuentre más que un solo facultativo, en el artículo 103 se previene que en este caso y tambien cuando ni un facultativo hubiere, el reconocimiento de las heridas y de los cadáveres se practique por personas entendidas, enviándose por el Juez de Letras exhorto al lugar donde haya médicos, para que éstos, en vista de tales diligencias, emitan su opinión. Esta práctica, si no recordamos mal, fué introducida por el artículo 64 de la ley número 54 del Estado, de 25 de Noviembre de 1848, y modificada en algunos accidentes por decretos posteriores, ha prevalecido en la Jurisprudencia criminal en otros Estados de la República. Es digno de mencionarso aquí, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha concedido el amparo de la Justicia Federal, á los reos que lo han pedido, por no haberse practicado la autopsía de los cadáveres en los casos de homicidio ó haberse practicado por un solo perito (1).

La práctica que hemos dado á conocer, es seguramente deficiente porque el dictamen

(1) Puede verse el cap. 6.°, tít. único del lib. 6.° del Código de Procedimentos penales, que trata de la curación de los heridos, en el cual se encuentran también algunas disposiciones relativas á los peritos.

de los médicos descansa en los datos imperfectos é incompletos que suelen dar los curanderos; pero la necesidad la justifica, pues de otra suerte, la mayor parte, si no todos los delitos de violencia contra las personas, quedarían impunes. Es de esperarse que, más adelante, las poblaciones que figuran como cabeceras de Cantón ó de Distrito, cuenten con profesores de medicina y cirugía, que desempeñen el cargo de peritos en los casos de heridas y homicidios, que por desgracia son tan frecuentes.

Explicado lo anterior, aún nos queda por investigar qué fe debe darse al dictamen de los peritos. El Código de Procedimientos penales dice: la fuerza probatoria de todo juicio pericial, incluso el cotejo de letras y el dictamen de peritos científicos, será calificada por el Juez ó Tribunal según las circunstancias.

Esta solución parece estar de acuerdo con los principios de la Ciencia y lo que el buen sentido aconseja. Las pruebas, sin excepción, dice un Jurisconsulto, se imponen á la conciencia del Juez, pero sólo en cuanto producen en ella un íntimo convencimiento de la verdad de las cosas testificadas. Mientras quede en el ánimo del Juez una sola duda, tiene siempre derecho á no creer en las pruebas. Si después que el magistrado ha valuado cuidadosamente el testimonio pericial, no se siente aún con-

vencido, sería absurdo pretender de él una sentencia en armonía con las declaraciones de los peritos y contra su propia conciencia. Podrá el Juez, mientras lo crea necesario y la ley se lo permita, recurrir á otros peritos para llegar al convencimiento; pero si á pesar de todo sus dudas, no se desvanecen, no le queda otro recurso que decidir en favor del acusado.»

Esto, no obstante, sería muy difícil que tratándose de materias puramente científicas, el Juez no llegase á formar su convicción por el dictamen de los peritos. Deben tenerse presentes las siguientes diferencias que hay entre ellos y los testigos, considerados en el punto de vista del testimonio.

Estos testifican de hechos que está al alcance del común de los hombres; aquellos de hechos que exigen una aptitud especial para su percepción. De aquí una superioridad manifiesta en favor del testigo pericial, en el punto de su capacidad intelectual.

El testigo común puede mentir con más facilidad, porque no está obligado á razonar; y para disculpar su error ó falsedad, bastaría que dijera: me equivoqué en la percepción de los hechos declarados. El perito, por el contrario, está obligado á razonar sus afirmaciones. Sus errores pueden ponerse de manifiesto, por el dictamen de otros peritos, y en la opinión que diere pone en peligro hasta su reputación pro-

fesional. No debe olvidarse tampoco que casi siempre el dictamen de peritos va unido y se relaciona íntimamente con la inspección judicial, lo que hace más difícil el engaño.

En cuanto á la forma en que deben los peritos dar su dictamen, debe ser por medio de declaración verbal, según el artículo 107 del Código; y por lo mismo, antes la daban bajo la religión del juramento, y hoy bajo la protesta de decir verdad, que ha substituido á esta solemnidad. La falsedad que cometan caerá bajo la sanción legal de que hemos hablado al tratar de los testigos comunes. Los informes facultativos de los profesores de alguna ciencia, deberán extenderse por escrito, sin perjuicio de que el Juez ó las partes les pidan las explicaciones y ampliaciones que estimen necesarias (art. 105.) También deberán darles por escrito ó de palabra todos los datos que les pidieren, cuidando de no hacerlo de un modo sugestivo, para no preocupar su ánimo en determinado sentido.

Naturalmente, cuando fuere necesario practicar ensayes ó análisis ó reconocimientos científicos, se concederá á los peritos el tiempo necesario para que su dictamen tenga todas las probabilidades de ser acertado y en todo conforme á la verdad.

CAPITULO IX

División formal de la prueba—Prueba testimonial—Testimonio del acusado

De ordinario, los autores que tratan de las declaraciones del acusado, les han atribuido un carácter especial, confundiéndolas con la confesión, y han dedicado todos sus esfuerzos á estudiar la eficacia y el valor de esta, como un elemento que debe obrar en el ánimo judicial para producir en él el convencimiento. Benthan y Bonnier, en sus respectivos Tratados, consideran la confesión del reo en materia criminal, como una forma del testimonio oral; pero atribuyéndole siempre un carácter tan notoriamente diverso del que tienen las declaraciones de los testigos, que en realidad, las afirmaciones del inculpado vienen á quedar en la misma consideración que antes tenían, confundiéndose con la confesión.

Framarino, por el contrario, señala con toda claridad cuál es su verdadera naturaleza, y sosteniendo que no hay más diferencia entre lo que dice un testigo y lo que afirma el acusado en el punto de vista de su eficacia como testimonio oral, sino que el primero pueda ser

obligado á declarar y el segundo no, procede al estudio de la materia, estableciendo como preliminares las observaciones siguientes:

La declaración del acusado, puede considerarse, dice:

1.° Como testimonio de éste sobre un hecho propio.

2.° Como testimonio del acusado sobre un hecho ageno.

Y todavía analizado el primero de estos testimonios, se puede considerar bajo tres aspectos enteramente diversos:

1.° Como disculpa.

2.° Como confesión.

3.° Como confesión disculpante ó calificada.

De la confesión, bajo cada uno de estos diversos aspectos, conviene hablar separadamente. Siendo la confesión un testimonio, debemos suponerlo sujeto á las mismas condiciones que los demás testimonios, esto es, en cuanto á que el testigo no se haya engañado, ni pretendido engañar, y esto atendiendo al sujeto, á la forma y al contenido del testimonio.

Por lo que hace al primer punto, esto es, en cuanto al sujeto, debemos tener presente que los motivos de sospecha que vician el testimonio por causa de incapacidad intelectual ó física, tienen también aplicación cuando se trata del inculpado. Si éste se encontraba privado de conocimiento cuando se cometió el delito ó

carecía de alguno de los sentidos corporales, es claro que habrá que poner en duda sus afirmaciones.

En cuanto á la incapacidad, que podemos llamar moral y que consiste en no querer decir la verdad, porque esta repugna á un deber, como sucede con los parientes ó los profesores que por el secreto profesional no están obligados á declarar, hay que advertir que respecto del acusado no obran los mismos motivos.

Si la ley no le obliga á dar una declaración, debe presumirse que cuando lo hace espontáneamente, será para decir la verdad.

Además de estas observaciones, conviene tener en consideración las que nacen de la situación en que debe suponerse qne se encontraba el acusado al cometer el delito y también al dar su declaración. En el primer caso, es natural suponer en él cierto grado de excitación, que hace muy fácil el error. Por muy sereno que supongamos al reo en el momento del crimen, dice Framarino, está dominado de cierta sobrexcitación, y luego de cierto abatimiento que le hacen difícil la exacta percepción de los detalles de las cosas que le rodean; y sobre todo, cuando se trata de delitos de ímpetu, ó de delitos que, aunque no provengan del ímpetu, consisten en violencia contra las personas que lo suponen. Esta observación es muy importante, porque el acusado puede haberse enga-

ñado respecto de algunos pormenores que impedirán el descubrimiento de la verdad, y le harán aparecer, tal vez, como mentiroso, sin serlo.

Pero si es posible y aun probable que el acusado incurra en algunos errores involuntarios por la causa dicha, no sucede lo mismo respecto de la sospecha que la declaración del acusado puede inspirar cuando trate de disculparse. Su interés, en este caso, es muy directo para que deje de ser sospechoso. Cabe, sin embargo, la posibilidad de una falsa declaración en perjuicio propio, acusándose de un delito no cometido, para salvar al verdadero delincuente, que ha prometido una adecuada recompensa. También puede haber una declaración falsa en daño del que la hace, por salvar á una persona allegada, como un padre ó un hijo, ó por odio á otro, atribuyéndole parte en el delito cometido; ó por contar con su apoyo, haciendo causa común con una persona que se supone que saldrá bien librada del proceso por causa de su influencia, posición social ó de otras circunstancias.

Por odio á sí mismo pudiera dañarse un reo confesando un delito no cometido, si se tratara de pena capital y el reo estuviere dominado por la manía del suicidio; pero este caso será muy raro.

En cuanto á la forma del testimonio dado

por el presunto reo, tienen que aplicarse con mayor razón las observaciones que bajo este aspecto se han hecho en lo general en cuanto al testimonio de un tercero.

La *animosidad* con que el reo declare el hecho de otro, disminuirá el crédito de su palabra, haciendo suponer en él pasiones que le impulsan á mentir; la afectación en sus discursos será también motivo de sospecha, porque la verdad siempre es clara, sencilla y espontánea, al paso que la mentira se vale del artificio y de la afectación; y en cuanto á la *identidad del discurso* respecto de lo declarado por otros, hace bajar el valor del testimonio, porque la identidad, no en la esencia de los hechos, sino en las palabras empleadas para referirlos, da motivo para sospechar un concierto entre los que han declarado.

En cuanto al contenido de las declaraciones, tenemos que acudir á lo que respecto de las cosas imposibles é inverosímiles dijimos al hablar del testimonio en lo general.

Hechas las anteriores explicaciones, y teniendo presente como lo dice el Código y lo enseñan unánimente los autores, que la simple afirmación del reo no es bastante para que se tenga por probado el delito en daño suyo, cuando no existen otras pruebas, debemos discutir de lleno la grave cuestión de la divisibilidad de la confesión en materia penal, ó sea, de la de-

claración del reo respecto de los hechos propios. Pero queremos, antes de hacerlo, insistir en este último punto que tiene tanto interés.

Nuestro Código de Procedimientos penales, para que la confesión constituya una prueba plena en materia penal, exige, entre otras cosas, que esté plenamente comprobada la existencia del delito, y que no concurra ninguna circunstancia que la haga inverosimil, á juicio del Juez ó del Tribunal. En vista de esta disposición, debemos preguntar: ¿Por qué razón la confesión que se considera eficaz en materia civil para condenar al que la hace, no producirá el mismo efecto en materia criminal; ó mejor dicho, qué motivos pueden existir para suponer que un hombre se quiera condenar á sí mismo? En esta consideración es donde debe buscarse la solución de la duda que se trata de resolver. Es claro que por los intereses mucho más altos que se versan en materia penal, la ley tiene que ser mucho más exigente en materia de pruebas; pero esto no explica suficientemente, por qué motivo debemos dudar de lo que afirma un reo en perjuicio de su honra, de su libertad, y tal vez tambiéu de su vida. La respuesta á la pregunta que acabamos de hacernos, se encuentra en las siguientes palabras del célebre jurisconsulto francés J. Ortolán, eu sus Elementos de Derecho Penal.

«La confesión, dice este distinguido escritor (1), aunque en la mayor parte de los casos puede obrar fuertemente sobre la convicción, no debe tenerse siempre como la expresión de la verdad. Puede haber confesiones de desesperación, de jactancia, de superchería, de abnegacion ó de interés, que serán otras tantas confesiones falsas. Hemos visto á un acusado condenado á reclusión por un delito que confesó y que fué condenado por error. Este individuo era homónimo del verdadero culpable, y habiendo podido deshacer el error y probar su inocencia, no lo hizo, porque siendo culpable de un crimen más grande, que merecía una pena mayor, su interés le aconsejaba callar. Hemos visto también otro caso, en el cual después de la condena de un acusado á reclusión por el delito de heridas graves, hechas con arma de fuego, surgió un habitante del mismo lugar que se declaró culpable. Se absolvió al primero y se siguió el proceso contra el segundo, habiéndose llegado á adquirir la prueba de que la confesión de aquél no era más que un medio concertado para hacerse responsable de un delito que no había cometido, dándose el caso raro de que fuese absuelto por el jurado, no obstante su insistencia en sostener la ver-

(1) Derecho Penal. Tomo 2.°, lib. 3.°, p. 1.ª, tít. 2.°, núm. 2,298.

dad de su confesión. Se presenta, en fin, el lúgubre recuerdo de la llamada Gardín, que para escapar á los rigores del calabozo y de los malos tratamientos que allí sufría, adoptó el medio desesperado de confesarse culpable del parricidio de que se la acusaba. En vano retracta su confesión ante el jurado; se la condena por un crimen, cuyos verdaderos autores son descubiertos más tarde y condenados. Aunque esta confesión se hizo en la instrucción y fué retractada ante el jurado, el hecho referido contiene una lección terrible, que nos hará desconfiar siempre de la confesión del reo, aunque por tesis general, debemos suponer que éste no querrá dañarse á sí mismo declarándose autor de un delito que no haya cometido.»

Explicado ya por qué motivo la confesión del reo, por sí sola no puede constituir una prueba completa y perfecta de que él sea el autor del delito que se le atribuye, detengámonos breves momentos á analizar el testimonio del acusado, en lo que á él se refiere, acerca de los hechos que se le imputan.

Tal testimonio, según enseña Framarino, puede tener uno de estos tres diversos aspectos, ó favorable al reo, ó desfavorable al mismo, ó favorable en una parte y desfavorable en otra.

Al primer testimonio, le llamaremos disculpa.

Al segundo, confesión.

Y al tercero confesión calificada.

1.° *Disculpa.*—Si preguntásemos á cualquiera persona, por destituida de conocimientos jurídicos que la supongamos, qué fe merecen los hechos narrados por el reo, bien sea negando haber cometido el delito ó refiriendo circunstancias que atenúen su falta, sin duda alguna nos contestará asegurando que no debe darse crédito á tales disculpas, porque es una tendencia natural en el hombre negar los hechos que pueden perjudicarle; ó cuando menos, desfigurarlos de tal suerte, que nada se deduzca de ellos en daño propio.

Sin embargo, por cierto que esto sea, conviene tener presente, que el reo, no por serlo, debe considerarse del todo desprovisto de sentido moral, y que no hay razón para dar mayor crédito á un testigo que le acusa, que al reo que se disculpa, cuando no existen otros elementos de convicción para el Juez.

Por este motivo si bien por regla general debe dudarse de la verdad de los hechos exculpantes narrados por el reo, debe hacerse una excepción, y es cuando no hay más pruebas contra él que el dicho del acusado ó de un testigo. En este caso, los testimonios se equilibran y se necesita un tercer elemento que venga á resolver la cuestión (1).

(1) La cuestión tan importante del valor del testimonio único, ha sido tratado por Framarino, con la

En todo delito hay dos elementos, el uno material, y el otro moral. Como el reo para disculparse, podrá negar la existencia de uno ú otro elemento, comencemos por el primero.

La disculpa, ó mejor dicho la negación más radical, es la que consiste sencillamente en negar el hecho, sin dar otra explicación, como cuando el reo dice: no he cometido el delito

---

claridad que acostumbra. Distingue tres casos: 1.º testimonio único en cuanto á la existencia del delito; 2.º, testimonio único en cuanto á la persona del delincuente; 3.º, testimonio único en cuanto á alguna circunstancia, cuando conste probada la existencia del delito y es conocida la persona del delincuente. En los dos primeros casos, debe desecharse absolutamente el testimonio de un solo testigo, y en el último no. Véase el cap 7.º, sec. 1.ª, parte 5.ª: Lógica de la prueba en materia criminal.

Ellero refuta la doctrina del testimonio único por las palabras siguientes:

«Montesquieu pretendía dar una razón lógica, diciendo: Si no hay más que un testimonio, el aserto de una sola persona (el testigo) que afirma, y el de la otra que niega (el procesado), se eliden, y por tal modo desaparece toda prueba. Pero esta razón especiosa (rechazada por los mismos partidarios de la dualidad), no convence; pues si el procesado tiene un poderoso interés en mentir, y en cambio no lo tiene el testigo, podrá creerse á éste y no deberá creerse á aquél; en cambio, si el acusado fuese un hábil testigo, no sólo resultarían destruidos los asertos de los dos, sino hasta los asertos de mil y mil testigos que depusieran contra él.» «De la certidumbre en los juicios criminales,» pág. 186.

que se me imputa. Esta disculpa es sumamente débil.

Otra forma, la más común de la disculpa de los reos, consiste en oponer á la afirmación del acusado una afirmación contraria que, siendo verdadera, pone de manifiesto la imposibilidad de la primera.

Esto es lo que se conoce en el derecho español con el nombre de coartada, y en el francés con el de *alibi*. Compreénderase bajo esta denominación, en su significación más amplia, la imposibilidad de haber cometido el delito, no sólo por incompatibilidad de lugar y de tiempo, como cuando el delito se cometió á las ocho en un lugar determinado, y el reo prueba que á esa misma hora y en el mismo día, se encontraba en otro lugar diverso, sino también toda imposibilidad física, como si el acusado de haber dado una puñalada, demostrase que carece de brazos ó los tiene sin movimiento. En el mismo caso deben comprenderse todas las imposibilidades físicas, como si habiéndose introducido los ladrones á una casa por un agujero hecho en la pared, el acusado demostrase que era imposible, dada su estatura, que hubiese penetrado por aquel sitio. Acerca de este particular, sólo podremos decir que, cuando la afirmación del acusado se refiere á una imposibilidad que pudiéramos llamar general, no necesita prueba; pero sí la necesita en el contrario.

Por ejemplo, ninguna prueba se necesitaría para demostrarse que el reo no ha tenido fuerza suficiente para abrir de un puñetazo una puerta de hierro, porque esta una imposibilidad que podemos llamar general. Por el contrario, si el acusado alega que cuando se cometió el delito en un lugar, él estaba en otro lugar diverso, necesita probarlo, porque esta es una imposibilidad que sólo á él se refiere, es decir, que le es peculiar.

Cuando el reo niega la existencia del elemento moral en el delito, podemos encontrarnos en presencia de una justificación completa ó de una disminución de la culpabilidad.

En el primer caso, la respuesta del reo puede resumirse con la siguiente fórmula, usada por los jurisconsultos: *feci sed jure feci.* Tal sería el caso de legítima defensa; ó más claro, cuando el que es acusado de robo, afirma que la cosa que se dice robada, es suya; ó bien, cuando se persigue el delito de daño causado en propiedad agena, y el inculpado sostiene que la tala que hizo en los montes, por ejemplo, fué hecha porque estos le pertenecían por estar dentro de sus linderos (1).

En el segundo, la disculpa del reo en cuanto

(1) Este caso es bastante frecuente y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer de él, por vía de amparo, siempre excluyó la acción penal mientras no estuviere resuelta la acción civil.

á la modalidad del delito, puede tenerse como una confesión cualificada; y de ella hablaremos en el lugar correspondiente.

Como resultado de las observaciones anteriores, sólo podremos decir, en términos generales, que no siempre se debe negar crédito á las disculpas del reo; que éste tiene derecho á ser creído cuando á su afirmación no se opone otra prueba, sino la afirmación del acusado ó de un solo testigo; y por último, que en los demás casos deberán tomarse en cuenta todas las circunstancias, sin que sea posible establecer una regla general.

A este propósito, dice juiciosamente Framarino: «El testimonio del acusado de disculpa directa ó indirecta, tiene siempre derecho á la más detenida atención y al respeto del magistrado, quien deberá escuchar sus disculpas, con ánimo sereno y sin ningún género de preocupaciones; examinarlas con la atención más escrupulosa sin dejarse llevar por interrogatorios precipitados, ligeros, sutiles ó insidiosos; ni permitir que se trasluzca su propio pensamiento, con sonrisas desdeñosas é irónicas, movimientos de cabeza en señal de duda, etc., cosas todas que perturban el ánimo del acusado, haciéndole ver en la persona que le pregunta, no al Juez imparcial, sino al enemigo que quiere perderle (1).

(1) Sobre la conducta que debe observar el Juez al

2.° *Confesión.*—Damos este nombre á la afirmación del acusado, en la cual se declara culpable del delito que se le imputa, sin alegar disculpa alguna, ni añadir la afirmación de algún otro hecho que modifique la afirmación que acaba de hacer. De esta suerte, la confesión se diferencía de la disculpa, de que hablamos antes, y de la confesión cualificada de que hablaremos en seguida.

Aunque por estar limitadas nuestras observaciones sólo al caso de que el reo afirme un hecho que le perjudique, sin alegar disculpa alguna, podría creerse que no habría motivo para dudar de la veracidad del testigo, puesto que nadie obra conscientemente en su propio daño; no es así, pues hay algunas consideraciones que deben tenerse presentes en esta importante y trascendental cuestión.

Y es tan cierto que la cuestión no es tan sencilla, que al tratar de ella nos encontramos con dos opiniones opuestas, é igualmente inadmisibles, por lo que tienen de exclusivo. Unos han dicho que la confesión, constituyen-

---

exigir al reo la confesión, son notables las palabras del célebre Magistrado Servant, citadas por D. Marcos Gutiérrez en su «Práctica Criminal Forense,» Parte 1.ª, cap. 7.° Acerca del uso de los interrogatorios sugestivos en la antigua jurisprudencia francesa, véase á Faustin Helié, en su comentario á Becaria, párrafo 10.°

do una prueba especial, tiene una eficacia tal, que no hay necesidad de otra prueba. Según ellos, la máxima *confessus pro judicato habetur*, que tiene aplicación en materia civil, debe aplicarse igualmente en materia penal.

Otros, por el contrario, juzgando que ningún hombre quiere dañarse á sí mismo, juzgan que la confesión es un hecho tan extraordinario y que es tan contrario á la manera común de obrar de los hombres, que cuando se verifica, supone que hay algún motivo oculto ó desconocido, que ha obligado al reo á confesarse autor del delito que se le atribuye, lo cual nos obligará á no aceptar su confesión, sino con mucha desconfianza. Se cuentan no pocos casos de confesiones falsas, de las que nosotros también hemos citado algunas al comenzar este Capítulo.

Se ve desde luego cuánta exageración hay en una y otra opinión. Los casos que en la última que hemos dado á conocer se citan, son excepcionales ó extraordinarios, y ellos solos nos autorizan á no aceptar la confesión como prueba bastante de un delito cuando no hubiere otro dato; pero no á desecharla por completo en todos los casos. Debemos, por lo tanto, decir con Framarino, que si no hay razón para exagerar el valor de la confesión con la máxima *confessus pro judicata habetur*, tampoco la hay para negarle todo valor probatorio, La confesión, como cualquiera otro testimonio,

se presume verídica en abstracto y se valúa en concreto según las particulares condiciones subjetivas formales y objetivas, en las cuales se produce.

Los casos de confesiones falsas hechas por despecho, por abnegación ó por evitarse un mal mayor de que nos proporcionan ejemplos los anales de la justicia penal, nos pueden servir de norma para valuar el valor de una confesión subjetivamente, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del sujeto que la hace. Si encontrándose procesado un rico por un delito leve, por ejemplo, se presentase un pobre acusándose de él, habría motivo para creer que tal confesión había sido sugerida por promesas pecuuiarias (1).

(1) El autor de este Tratado no pue le dejar de referir aquí dos casos de confesiones falsas ó cuando menos dudosas, de que ha tenido conocimiento. Uno de ellos le fué referido por persona verídica, y el otro vino á su noticia por haber sido defensor, no del reo principal, sino de un supuesto cómplice.

Cuando regía la ley de plagiario-, que condenaba á muerte á los reos de este delito, se siguió causa contra un individuo en uno de los cantones del Estado de Veracruz. El reo apareció confeso y convicto del delito que se le atribuía; pero por causa de alguna circunstancia favorable no fué condenado á muerte, sino á presidio, por un tiempo largo. Cuando la sentencia causó ejecutoria, se presentó á la justicia otro individuo, que era el padre del acusado, confesando ser el autor del delito cometido. Para explicar su conducta,

La confesión, en cuanto á la forma, está sujeta á las mismas reglas que los demás testimonios, esto es, las palabras del reo, como reflejo de las secretas disposiciones de su ánimo; así como su aspecto, su semblante, al expresarse, serán otros tantos indicios que un Juez discreto y sagaz podrá apreciar debidamente para dar mayor ó menor crédito á las afirma ciones del reo, cuando se confiese autor del delito que ha dado motivo á la formación del proceso.

Por último, en cuanto á la valuación concreta de la confesión por razón de su contenido, Framarino da algunas reglas, que extractaremos en seguida.

---

dijo: «mientras se siguió la causa y mi hijo no quedó irrevocablemente condenado, tuve la esperanza de que se salvara, puesto que era inocente, y por eso guardé silencio; mas hoy que veo que no ha sido así y que sé que va á sufrir injustamente una condena, me presento á decir la verdad.»

Se estableció, según parece, una lucha de abnegación entre ambos, digna de ser consignada en una novela; pero el autor de estas líneas no supo el resultado.

El otro caso fué el siguiente: En uno de los cantones del Estado, se cometió un homicidio con circunstancias horribles, que excitaron la opinión pública en contra de los presuntos delincuentes.

Practicadas muchas diligencias y cuando se creía tener datos para condenar á los inculpados, por fuertes presuncionns, se tuvo noticia de que en un pueblo perteneciente al mismo Cantón, había sido aprehendido un individuo por sospechoso, y que éste en sus pri-

1.º Lo increíble de las cosas referidas, quita toda fe á la confesión y la inverosimilitud la disminuye. Para que la confesión tenga eficacia, es preciso que además de ser creíble genéricamente, sea verosímil. El Código de Procedimientos penales de Veracruz, de acuerdo con esta doctrina, exige en la fracción 5.ª del artículo 170, para que la confesión constituya una prueba plena, que no vaya acompañada de otras pruebas ó presunciones, que á juicio del Juez ó Tribunal, la hagan inverosímil.

2.º La confesión no puede tener eficacia como prueba, sino en cuanto es afirmativa y ca-

---

meras declaraciones, se había confesado autor de aquel homicidio.

Se dió parte luego al Juez de 1.ª Instancia, se consignó por escrito la declaración; pero cuando este segundo reo era enviado á la cabecera del Cantón, se presentan varios hombres armados que lo arrebataron á sus custodios y aquel individuo desapareció. Se creyó generalmente que todo aquello no había sido más que una comedia ideada por los amigos de los verdaderos culpables, para engañar á la justicia con una falsa confesión.

Ellero discute con bastante extensión los motivos que pueden invalidar la confesión del reo, y pone ejemplos muy adecuados para dar á conocer los casos de *confesión voluntariamente falsa por vanidad, por merced y por interés;* así como los de confesiones *involuntariamente* falsas, por *ignorancia*, por *locura;* las de confesiones *parciales* por *omisión* de circunscias de *agravación* ó de *atenuación*.

tegórica. Cuanto más dubitativa sea la confesión, tanto menos valdrá.

3.° La confesión no debe ser contradictoria consigo misma. Si lo es, pierde más ó menos fe, según la naturaleza del hecho en que haya contradicción.

4.° La confesión tendrá más valor, cuanto más detallada ó determinada sea. La confesión de un hecho indeterminado, merece muy poco crédito.

5.° La confesión tiene mayor eficacia probatoria respecto de los hechos afirmados de propia ciencia, que respecto de los hechos afirmados de *oídas*.

Las reglas precedentes se refieren al valor de la confesión considerada á sí misma; pero la confesión puede adquirir ó perder valor considerándola con relación á otro testimonio, sea del mismo acusado ó de otro testigo.

3.° *Confesión calificada.*—Al llegar á este tercer punto de los que nos hemos propuesto hablar en el presente Capítulo, nos encontramos en presencia de una de las cuestiones más graves y que con mayor frecuencia se presentan en la práctica de los Tribunales, relativamente á la prueba en materia criminal. Procuraremos, al hablar de ella, exponer las doctrinas de los autores, para que nos sirvan de término de comparación respecto de los conceptos del Código de Procedimientos penales.

Comenzaremos por fijar bien la cuestión y para ello nos serviremos de las palabras de Framarino, quien después de explicar lo que debe entenderse por confesión calificada, agrega: «supuesto que el testimonio calificado resulta de dos partes, de una en que se afirma uno de los elementos de la imputación, y otra en que se niega otro de los elementos de la misma, se comprende la importancia del problema de la divisibilidad: la tiene muy grande, en efecto, saber si para completar la prueba se puede legítimamente aceptar una parte de la confesión calificada, rechazando la otra, y sobre todo, si puede utilizarse la parte de cargo, rechazando la de descargo.»

Y después añade: «la importancia del problema no resulta en el caso en que el delito se encuentra totalmente averiguado, subjetiva ú objetivamente con otras pruebas; en tal caso, es cuestión académica ver si cabe añadir nuevas pruebas, á pruebas ya completas. El problema es vital, sólo cuando, sin aquella parte de la confesión que se duda si debiera aceptarse como legítimamente probatoria, no hay prueba bastante de la delincuencia; entonces es cuando realmente importa saber si en realidad se puede legítimamente utilizar una parte de la confesión y rechazar la otra.»

Planteada así la cuestión, veamos qué han

opinado acerca de ella los comentadores del Derecho probatorio penal.

Entre los criminalistas españoles no encontramos una opinión definida; Escriche dice: «Pero aunque tal sea la fuerza de la confesión, no por eso se condena desde luego al que la ha hecho, sino que se pasa al plenario; y se le admite prueba en él, ya para contradecirla ó impugnarla directamente, ya para oponerle y justificar causales ó circunstancias que disminuyan ó quiten absolutamente la criminalidad del hecho confesado, como por ejemplo, la circunstancia de haberlo cometido en defensa propia ó á impulsos de una violenta provocación.» El criminalista D. Marcos Gutiérrez, parece inclinarse á la indivisibilidad de la confesión, pues dice así: «como en virtud de las razones expuestas al principio de este Capítulo, debe darse á la confesión que hagan contra sí los procesados, el menor valor y crédito que sea posible, deberemos decir: que si alguno confiesa haber cometido algún homicidio, pero que fué en defensa, no deberá el Juez dar sólo ascenso á lo primero, aunque no se pruebe lo segundo, ni de consiguiente imponer ninguna pena.»

Bonnier sigue la opinión contraria, pues dice: «en lo relativo á la indivisibilidad de la confesión, el motivo principal en que se funda en materia civil no existe aquí.»

«No se puede decir que sea preciso referirse

enteramente á la buena fe de aquel contra quien no se tienen otras pruebas, puesto que es claro que no ha dependido del Ministerio Público consignar la infracción por una acta en forma debida. En su consecuencia, no hay obligación alguna de aceptar en su totalidad la confesión que llaman los intérpretes confesión calificada, es decir, en la cual el acusado modifica su declaración por medio de la adición de circunstancias que pueden hacer desaparecer, ó por lo menos, atenuar su culpabilidad.» Sin embargo, lo que puede haber de absoluto en esta opinión, parece modificado por las siguientes palabras que el autor agrega á las anteriores: «Por sentencia denegatoria de 23 de Junio de 1837, se reconoce en su consecuencia, en el Juez, un poder discrecional para apreciar la verosimilitud de las circunstancias añadidas á la confesión» (1).

(1) El autor citado pone esta nota: Este principio se admite igualmente en la doctrina inglesa. The jury may believe thay point which charges the prisoner, and reject that which is in his favor, if the they see sufficient gounds for so doing.»

Bonnier. Obra citada, Parte 2.ª, lib. 1.º, lecc. 2.ª, 2.ª Divtsión. Para comprender mejor el pensamiento de este autor, conviene copiar aquí el párrafo que sigue á los que en el texto se han transcripto. Dice así: «En todos los casos, para que el Ministerio Público obtenga la confesión del hecho principal, es preciso que este hecho se desprenda bien de los accesorios sobre que versa la controversia. Así, el que reconoce ha-

Framarino establece esta fórmula: «la confesión no puede legítimamente dividirse sino cuando una de sus partes está contradicha por las pruebas, y la otra está confirmada por las pruebas: es decir, cuando una parte está reprobada y la otra comprobada. Cuando se demuestra la falsedad de una parte de la confesión, sería lógico negarla en todo, dice este autor, según aquel principio *mendax in uno, mendax in toto.* De aquí resulta que, para rechazar una parte de la confesión como falsa, aceptando la otra como verdadera, es preciso que la primera sea combatida por las pruebas y la segunda sostenida por ellas (1).

ber cometido un asesinato, añadiendo que no lo cometió sino en un caso de necesidad, puede ser condenado como homicida, si no justifica este caso de necesidad. De otra suerte sería, si la restricción se refiriese á las circunstancias constitutivas del delito, ó á las circunstancias agravantes. Así, no se podría condenar por violación, por confesión propia, á quien sólo confesara actos preparatorios, tales como actos deshonestos; ni por homicidio, al que confesara solamente haber causado heridas, etc. La confesión, así cualificada, no es más que una confesión paricial, que está obligada á completar la acusación, haciendo la prueba de las circunstancias que no estén comprendidas en ellas; porque si puede ser permitido dividirla, es siempre imposible añadir más á ella.»

(1) Véase la parte final del cap. 17, Parte 1.ª de su Tratado de la Prueba en materia penal, y el cap. 6.º, Parte 4.ª

Mettermaier no admite que la teoría de la indivisibilidad de la confesión en Derecho civil se aplique al Derecho penal. En su concepto, hay grande error en considerar las excusas del reo añadidas á la confesión, como las excepciones del proceso civil. En términos generales, puede decirse que no admite la divisibilidad de la confesión.

Finalmente, Faustino Helié, después de referir las diversas opiniones de los jurisconsultos franceses, resume la discusión en estos términos (1):

«Se comprende esta diversidad de doctrinas bajo una legislación en la que constituyendo la confesión una prueba legal, era necesario arreglar escrupulosamente sus efectos. Hoy han desaparecido todas las dificultades. La confesión en materia criminal es evidentemente divisible: elemento de la convicción íntima del Juez, pertenece á éste apreciarla en todas sus partes y aceptándola por completo como desecharla en su totalidad ó parcialmente. Ninguna regla puede encadenar la prueba moral; ella se saca de todos los elementos del proceso, de todas las declaraciones del debate, de las negaciones, como de las confesiones del inculpado; toma de cada prueba, de cada indicio, la parte que

(1) Tratado de Instrucción Criminal, tomo 4.º, página 591.

le parece verdadera, y separa lo que le parece inverosímil; divide, admite, rechaza, y por medio de este trabajo materia de la inteligencia, se forma la íntima convicción, única base de todos los juicios criminales.

Ellero parece ser de la misma opinión é ilustra su doctrina con ejemplos adecuados (1).

Tales son las doctrinas de los autores que hemos podido consultar, las cuales, como se ha visto, en atención á la discrepancia que hay entre ellas, no pueden servirnos de guía segura para resolver la cuestión. En nuestro concepto, la doctrina que establecimos al tratar de la confesión en materia civil, distinguiendo la confesión en el punto de vista de su complejidad, ó de su divisibilidad, puede también tener aplicación en materia penal. Cuando un reo se confieza autor de un delito que realmente se ha verificado, pero cuyo autor se ignora de una manera completa sin que haya alguna otra prueba contra él, sería en nuestro concepto inicuo no aceptar su confesión en la parte que le favorece y tenerla como bastante para condenarle, en la parte que le perjudica. Esto es en tesis general. Ahora, descendiendo á particularidades, debemos notar que no se deben confundir las circunstancias añadidas á

(1) «De la certidumbre en los juicios criminales,» párrafo 27.

la confesión, que modifiquen de tal manera el hecho que se supone delictuoso, hasta el punto de quitarle el carácter de tal, de aquellas que sólo añaden algo, con el objeto de atenuar la falta cometida. Tampoco deben considerarse, en nuestro concepto, como confesiones divisibles, aquellas que son tan frecuentes y que consisten en que el reo se confiese autor del delito; pero añadiendo que obró sin intención de cometerlo. En este caso, lo mismo que en los anteriores, no hay dos hechos, que es lo que constituye la indivisibilidad de la confesión; hay sencillamente una disculpa dada por el reo, y que él deberá probar para librarse de la pena. Explicaremos mejor nuestro pensamiento poniendo algunos ejemplos, tomando para ello dos casos, el uno de los delitos contra las personas, y el otro de los delitos contra la propiedad. Este último nos servirá de ejemplo para demostrar que cuando se alega la falta de intención de delinquir, no hay propiamente una confesión indivisible.

En el caso más frecuente, que es el de la legítima defensa, suponemos que un individuo ha muerto á otro en un lugar solitario, sin testigos ni dato alguno que ayude á la justicia á descubrir quién fué el agresor. En este caso, se ignora hasta quién fué el autor del delito y un individuo dice: yo cometí este homicidio porque fuí agredido y tuve necesidad imperiosa de

defenderme. Analizando este caso, se ve que la confesión no es divisible sino compleja, porque el reo no agrega ningún hecho al que se trata de averiguar, lo que hace es cambiar su naturaleza. De un hecho ilícito y punible hace otro perfectamente lícito y permitido hasta por la moral más severa. En lugar de cometer un delito, ha hecho uso de un derecho. ¿Podrá decirse, en virtud de esta reflexión, que se confesó autor del delito? Evidentemente no; luego sería soberanamente injusto condenarle en virtud de una confesión que no existe más que de nombre, cuando no hay alguna prueba en contra suya. Nótese bien que aquí no alega una disculpa, la falta de intención de matar á un hombre; tuvo la intención de matarlo y lo mató; pero la tuvo usando de un derecho legítimo. Veamos ahora un delito cometido contra la propiedad. En los casos frecuentes de destrucción de propiedad agena, existe probado el hecho: un campo ha sido talado; pero se ignora el delincuente: un individuo se presenta y dice: yo fuí el autor del daño; pero lo hice en uso de un derecho, porque ese terreno entra dentro de mis linderos que llegan hasta tal punto. ¿Podría decirse que este individuo había confesado el delito de que se le acusaba? Creemos que no; no agrega á su confesión ninguna circunstancia que modifique el hecho que se supone delictuoso, sino que cambia por com-

pleto su naturaleza: de un delito hace un hecho perfectamente lícito. Creemos, por lo mismo, que no se le podría condenar en virtud de tal confesión, si no hubiere otras pruebas que obrasen en contra suya.

Algo hemos dicho ya acerca de la intención. Para hacer más comprensible nuestro pensamiento, pondremos otro ejemplo: Un individuo da muerte á otro, también sin testigos é ignorándose quién haya podido ser el autor del homicidio; se presenta un individuo y dice: yo lo maté, pero fué por casualidad. Creemos que se encontraría en el mismo caso que los anteriores, porque también cambió la naturaleza del hecho; pero si dijera: lo maté porque recibí de él una grave ofensa, lo encontré yaciendo con mi mujer; como estos son hechos que no cambian la naturaleza del delito, sino que solamente lo modifican, librando de pena al que los ejecuta ó disminuyendo la que merezca, juzgamos que se le podría condenar en virtud de la primera parte de la confesión, si no resulta bien probada la segunda.

De la misma suerte, si el que es acusado de robo, teniendo la cosa robada en sn poder dijera que no tuvo la intención de apropiársela, sino sólo de esconderla, por chanza ó por juguete, tendría que probarlo, pues la intención no forma parte de su confesión, sino el hecho, y no podría decirse que la confesión fuese di-

visible y menos que pudiera dividirse en su provecho.

Explicado lo anterior de la mejor manera que nos ha sido posible, ya es tiempo de que vengamos al estudio de los preceptos contenidos en nuestro Código de Procedimientos penales, relativamente á la confesión.

Dice éste, que la confesión judicial hará prueba plena, cuando concurran las circunstancias siguientes (art. 170):

1.° Que esté plenamente comprobada la existencia del delito.

2.° Que sea hecha por persona mayor de catorce años, en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia.

3.° Que sea de hecho propio.

4.° Que sea hecha ante el Juez ó Tribunal de la causa, ó ante el funcionario de policía judicial que haya practicado las primeras diligencias.

5.° Que no venga acompañada de otras pruebas ó presunciones que, á juicio del Juez ó Tribunal, la hagan nverosímil.

De todas estas circunstancias sólo dos merecen nuestra atención, la primera y la última. Las demás son fáciles de comprender.

Dice la primera fracción del artículo que estamos analizando, que es necesario que esté plenamente comprobada la existencia del delito. Se comprende esta necesidad, y el caso que

citamos al comenzar este Capítulo, nos lo demuestra bastante bien; pero en nuestro concepto, no es eso suficiente. En toda averiguación criminal hay dos puntos que esclarecer: 1.°, si se ha cometido un delito; 2.°, quién lo ha cometido. Puede estar plenamente probado lo primero, sin que haya ni el más ligero indicio para descubrir lo segundo. En este caso, si un individuo se presentase diciendo: yo soy el autor de ese delito, sin que haya ninguna prueba, ¿se le condenaría en virtud de su confesión? Creemos que no; y por eso decimos que deberá interpretarse esta fracción en el sentido de que la prueba no sólo sea de la existencia del delito, sino también que en algo indique la persona del delincuente. Es cierto que en la fracción última se dice, que la confesión no esté acompañada de pruebas ó presunciones que la hagan inverosímil; pero debe notarse que aquí se trata de un hecho negativo *que no haya circunstancias que hagan inverosímil la confesión*, cuando debiera ser lo contrario, *que haya pruebas ó presunciones que la hagan verosímil.* Por ejemplo: Se encuentra el cadáver de un hombre que ha sido muerto á puñaladas. El delito está plenamente probado; pero se ignora por completo quién es el delincuente. Se presenta un individuo que dice: yo maté á este hombre porque era mi enemigo. Nada hay de inverosímil en esta confesión; y sin embargo, pudiera

ser falsa y reconocer como causa alguno de los motivos que, según Ortolán, pueden hacer que un individuo se acuse á sí mismo faltando á la verdad. Conforme al texto del Código, este hombre podría ser condenado. Por el contrario, según la inteligencia que le damos, no lo sería, porque si no habría alguna prueba que hiciera inverosímil su confesión, tampoco la había para suponerla conforme á la verdad. En nuestra teoría, sólo probando que existía tal enemistad, y que ésta era capital, podría condenarse al confesante. Explicado ya lo anterior, aún nos queda, con relación al artículo que estudiamos, una cuestión que, por su importancia debía ocupar el primer lugar, y es esta: el Código civil, al tratar de la confesión, dice: que no puede dividirse en daño del que la hace, no conteniendo el art. 170 del Código de Procedimientos penales una declaración semejante; ¿prueba esto que la intención del Legislador fué que la confesión en materia penal, no pudiese dividirse? Creemos que no, porque esto estaría en contradicción con las doctrinas de la Ciencia y contra las reglas del buen sentido, que predominan en materia de pruebas judiciales. Pero se dice: la circunstancia añadida á la confesión, debe probarse por el reo, no porque en tesis general la confesión pueda dividirse, sino porque según el art. 9.° del Código penal que dice que siempre que á un acu-

sado se le pruebe que violó una ley penal, se presumirá que obró con dolo, á no ser que se averigüe lo contrario. En nuestro concepto, al raciocinar de esta suerte, se incurre en una petición de principio. En el caso de la legítima defensa, el inculpado puede decir: ese artículo no me comprende, si precisamente afirmo lo contrario, esto es, que no he violado ninguna ley, sino que hice uso de mi derecho. Suponer que violé la ley, para aplicarme ese artículo, es dar por resuelto lo mismo que se discute. Creemos que la idea del *dolo*, atribuida á los delitos, nada tiene que ver con la confesión, y se refiere sólo á la intención presunta del inculpado. La ley quiso decir: el que delinque debe suponerse que delinque con conocimiento de causa, deliberadamente, no por fuerza, coacción ó violencia, y esto no se necesita probarlo, sino que tal presunción es inherente al hecho delictuoso; si el reo dijere otra cosa, á él tocaría probarlo. Pero cuando dice: el hecho ejecutado por mí no es un delito, entendemos que no entra para nada en la discusión el elemento del dolo. Podrá ser ó no ser cierto lo que el reo afirma; pero la cuestión dolosa está excluida de la discusión (1).

(1) Mettermaier, que en lo general no admite la divisibilidad de la confesión, parece haber previsto el caso que entre nosotros se presenta, á causa de la intención dolosa, atribuida á todo delincuente. Lo explí-

Explicado lo que teníamos que decir respecto del testimonio del inculpado, contra sí mismo, pasaremos á hablar en el Capítulo siguiente del mismo testimonio, con relación á hechos ajenos.

---

cito de su doctrina nos obliga á transcribirla íntegra en este lugar. Dice así:

«Confesando los hechos materiales, el acusado puede hacer restricciones sobre la cuestión de la intención criminal: la confesión no puede por sí sola motivar la condena: la voluntad de cometer el crimen, es también uno de los elementos esenciales de la culpabilidad. Aquí se presenta una cuestión ya tratada. En algunos países, el Legislador, dejándose llevar de la errónea doctrina, profesada por gran número de autores, ha erigido el dolo en presunción legal: en otros se ha abstenido estrictamente de hacerlo. En el primer caso, convenimos en que basta que estén confesados los hechos materiales, para que el acusado vea oponérsele esta presunción funesta del dolo; y á pesar de sus más formales denegaciones, el Juez tendrá derecho de pronunciar la condena, sin pararse en las restricciones de la confesión. Felizmente, al consagrar el Legislador una teoría tan falsa, un saludable instinto le ha apartado de llevar demasiado lejos las consecuencias; y si había siempre, según los hechos de la causa, verosimilitud de ausencia de intención criminal, debía admitirla el Magistrado. De esto resulta, que cuando el inculpado niega el dolo, el Juez debe examinar escrupulosamente todas las circunstancias que parezcan confirmar sus denegaciones; y como en último resultado la duda le aprovecha siempre, el Magistrado jamás considerará el dolo como adquirido en los debates, mientras que las explicaciones del inculpado permitan no mirar como improbable la realidad de la falta (culpa) ó del accidente (caso) por él alegado.

CAPITULO X

"División formal de la prueba
Prueba testimonial
Testimonio del acusado acerca del hecho ajeno
De la confrontación y de los carèos

Al hablar en el presente capítulo del valor del testimonio del inculpado, respecto de hechos agenos, debemos comenzar por advertir que no habiendo motivo para excluir este testimonio de las reglas generales, todo lo que hemos dicho en cuanto á los motivos subjetivos, objetivos y formales que nos pueden hacer sospechoso un testimonio, debe tenerse como repetido, respecto del reo.

Considerada la cuestión de una manera general, no hay razón para desechar el dicho del inculpado cuando se trata de su cómplice. Algunos criminalistas han dicho que, cuando el el reo ha confesado su delito, no se le debe dar crédito en cuanto á los que denuncia como cómplices suyos, por dos razones: la primera, porque es de temer que inculpe á otro con la misma facilidad y prontitud con que se inculpó á sí mismo; y la segunda porque sería de temerse que inculpara falsamente á un individuo po-

deroso, con la esperanza de salvarse ásí mismo (1). Luego se ve lo fútil de semejantes razones, pues en cuanto á la primera, se podría rechazar el argumento, diciendo: que puesto que el reo fácilmente dijo la verdad acerca del hecho propio, lógicamente debiera deducirse que con igual facilidad diría la verdad sobre el ageno; y en cuanto á la segunda, á primera vista se comprende que el reo nada aventajaría con acusar á un poderoso, si éste era inocente; y lejos de eso, puede decirse que al calumniar á un pderoso pretendiendo hacerle aparecer como cómplice suyo, el acusado traería al debate, no á un aliado, sino á un enemigo, tanto más temible, cuanto mayor fuere su poder.

Otra razón, igualmente general, que se da para negar el crédito al dicho del acusado, en el caso de que tratamos, y es cierta incompatibilidad entre la veracidad y el delito, soste-

(1) Son notables las palabras de la ley 21, del tít. 16, Parte 3.ª, relativamente á la fe que merece la declaración de los cómplices. La ley dice así: «Otrosí dezimos que si alguno hubiere fecho algun yerro de so uno é despues desso acusen algunos dellos por razon de aquel yerro que ficiera, nou podria ninguno de los otros sus compañeros que se oviese y acusado en facer aquel yerro, ser testigo contra él.» No obstante las palabras harto explícitas de la ley, Gregorio López opinaba que podía admitirse el testimonio del cómplice. cuando hubiere otros contra el inculpado.

niéndose que este revela un rebajamiento moral, que inclina á la mentira. Tampoco esta razón es buena, porque no todos los delitos revelan un bajo nivel moral. En los delitos de ímpetu, por ejemplo, el hombre por lo general, obra más bien por una exaltación momentánea, que no por bajeza moral.

Haciendo á un lado estas consideraciones, que por su generalidad no nos harían adelantar nada en el análisis que venimos haciendo, debemos distinguir con Framarino los siguientes casos:

1.° Cuando el reo no está confeso, y revela algo respecto de sus cómplices.

2.° Cuando está confeso.

En el primer caso, si el reo llega á ser convencido de que ha faltado á la verdad, negando su delito, habrá motivo para dudar de su testimonio, respecto de un tercero; pues, si bien es cierto que para negar su falta, obraba en su ánimo su interés propio, lo es igualmente que ese mismo interés pudiera hacerle inculpar á un inocente; ó que cuando menos, hay motivos racionales para dudar que se produzca con verdad.

En el segundo caso, esto es, cuando el reo está confeso, hay que establecer estas dos hipótesis: la una cuando disculpa á su cómplice; y la otra, cuando le inculpa, ya sea de una manera general ó especial.

De cada una de estas hipótesis conviene hablar separadamente. Cuando el reo ha hecho una confesión completa de su delito, su dicho respecto del cómplice tiene un valor igual, cuando menos, al de cualquiera otro testimonio, porque á quien lo ha confesado todo, en nada puede dañarle ó favorecerle la responsabilidad que éste pueda tener; pero lo contrario sucederá, cuando la confesión no sea completa. En este caso, si la disculpa alegada por el reo al confesar su delito favorece igualmente á su cómplice, habrá que dudar de su verdad, porque disculpando á éste se disculpa á sí mismo, Si el hecho referido por el reo en nada le favorece, ni le perjudica á él, habrá que considerarle como cualquiera otro testimonio.

Veamos ahora lo que debemos pensar de los casos de inculpación del cómplice.

Poco esfuerzo intelectual necesitamos hacer para venir en conocimiento, de que desde el momento en que el acusado cree que atribuyendo á otro una participación en el delito, disminuye su responsabilidad, su testimonio contra el cómplice se puede presumir dictado, no por la verdad, sino por el interés de salvarse. Esta sospecha sube de punto en dos casos: primero, cuando el cómplice no ha sido antes citado, y por primera vez el reo le hace aparecer como participante del delito; en este caso puede la cita atribuirse á otros motivos igualmente sos-

pechosos, que deben aumentar la desconfianza, y es de temerse que el reo atribuya una participación en la comisión del delito á una persona ausente, con el objeto de extraviar la averiguación, hacer más dilatado el proceso, y en la creencia de que á nadie perjudica, por creer difícil la aprehensión del supuesto cómplice. Y segundo, cuando encontrándose el reo acusado de un delito como autor único, atribuye en descargo suyo la parte principal á un supuesto cómplice. En este caso debe tenerse en consideración si el delito de que se trata, es de los que ordinariamente exigen el concurso de varias personas, pues si así fuere, no habría motivo para aumentar la sospecha, y tanto en este caso como en el anterior, debe atenderse á la verosimilitud, lo mismo que si se tratase de cualquiera otro testimonio.

Aún podemos suponer otra hipótesis que Framarino propone en los términos siguientes, dándole una juiciosa resolución: ¿Qué resolver en el caso, dice este autor, de que el acusado después de sentenciado, inculpe á un partícipe? Hay que distinguir, si con relación al condenado, aceptada la acusación, pudiera determinar una revocación de la sentencia, la sospecha sería inevitable contra su veracidad; en cambio, si nada útil pudiera resultar para él, será preciso distinguir, en vista del influjo que tales revelaciones pudieran tener en el destino del

cómplice. Si éste se encuentra sentenciado definitivamente, de modo que no pudiera recaer *sub judice*, el dicho del acusado no tendrá efecto y no hay para qué valuarlo, si por el contrario, se tratase de un cómplice que pueda recaer *sub judice*, ó de un individuo que no ha sido llamado al juicio, y que por la índole de la inculpación pueda serlo, entonces no se puede menos de investigar con los criterios comunes del testimonio el posible impulso hacia la mentira, que pudo llevar al condenado á semejantes revelaciones, teniendo siempre en cuenta que la espontaneidad de estas y su índole extraordinaria, aumentara los motivos de sospecha.

Puede aún presentarse un último caso que difiere poco de los anteriores, acerca del cual debemos decir algunas breves palabras, y es, cuando el inculpado se disculpa por completo; esto es, cuando niega de una manera absoluta, haber cometido el delito que se le atribuye, bien negando que su coacusado haya tenido parte en él, ó bien haciéndole aparecer como único responsable.

El valor del testimonio, en el primer caso, se gradúa por el interés que el inculpado pueda tener en faltar á la verdad. Así, si un acusado que sabe que le han visto en compañía de Cayo, afírmase que él y Cayo estaban en un punto distinto cuando se cometió el delito, la

coartada alegada en favor de uno, favorecería al otro; y estando unido el interés de ambos, la afirmación del inculpado en favor del tercero, á quien no llamaremos cómplice, porque el acusado niega haber sido delincuente, se encuentra en el mismo caso que la que hiciera en favor de sí mismo.

Por el contrario, la afirmación del acusado aumenta en crédito á proporción que su interés se separa del de la persona que comparte con él los cargos de la acusación. Así, por ejemplo, si Ticio, acusado de lesiones en riña, afirma haber estado en la riña, pero sin haber herido, y al propio tiempo afirma que Cayo, su coacusado, tampoco estuvo presente en la riña, esta disculpa tiene toda su fuerza probatoria, la cual puede disminuir por causas comunes de descrédito, pero sin que haya motivo alguno especial que rebaje su fe.

Después de haber hablado en los capítulos anteriores y en este del testimonio, tanto con relación á las terceras personas que figuran en los procesos criminales, en calidad de testigos, como del testimonio del inculpado, para dar por concluida esta materia, debemos decir algo de la confrontación y de los careos, géneros de prueba, el primero, admitido por el Código de Procedimientos penales, que es una manera de determinar el testimonio; y diligencia la segunda, que tiende á dar mayor fuerza á las de-

claraciones de los testigos, ó del reo, ó á demostrar la falsedad de ellos.

Poco hay que decir de ambas cosas, en el punto de vista filosófico, y las disposiciones del Código contenidas en los capítulos 8.° y 9.° del lib. 2.° del Código, son más bien reglas de aplicación puramente práctica que ha debido establecer para evitar la arbitrariedad y el abuso que jueces ignorantes ó mal intencionados pudieran cometer.

Dice, pues, el Código, refiriéndose á la diligencia que antes se llamaba *rueda de presos* y hoy *confrontación*, que todo el que declare ante la justicia debe hacerlo de un modo claro y distinto que no dé lugar á duda respecto de la persona á quien designe, diciendo su nombre y apellido; pero que cuando no pueda dar esas señales, manifieste si podría reconocerle cuando se le presente.

En este caso tendra lugar la diligencia de que venimos hablando, la cual consiste en presentar al testigo, al acusado, ó inculpador al individuo á quien debe reconocer acompañado de otras personas vestidas de la misma manera y que por sus maneras y modales pueda confundirse con aquel. Se insistirá de nuevo con el declarante para que diga si reconocería á la persona á quien se ha referido en sus declaraciones anteriores, si se le presentara; y si dijere que sí, se le llevará frente á las personas

que formen la fila; se le permitirá que reconozca á cada una de ellas detenidamente, ordenándole que toque con la mano á la persona que crea que es la misma que ha ofrecido rereconocer, manifestando las semejanzas ó diferencias que advierta entre su estado actual y el que tenía en la época á que se ha referido en su declaración.

Luego se comprende lo falible de esta prueba, considerada aisladamente. En general se practica, cuando los que han sido víctimas de un delito, aseguran no conocer á los delincuentes ó agresores por sus nombres y apellidos; pero sí haberse fijado en su semblante, estatura, trajes, etc.; y ya hemos dicho cuán sujetos están al engaño de ordinario los que son agredidos, de una manera repentina, por la emoción que debe causar en su ánimo lo inesperado del ataque, el peligro á que se han visto expuestos, y las precauciones que es natural suponer que tomen los agresores para no ser reconocidos. Por este motivo, repetimos de nuevo, esta prueba, considerada aisladamente, es muy falible y ninguno se atrevería á condenar á un inculpado, por haber sido reconocido por los acusadores ó por el que fué sujeto pasivo del delito cometido.

Pero cuando existen otras pruebas, cuando son varios los ofendidos, como sucede con fre-

cuencia en los delitos de robo, en que una familia entera es agredida, y todos ó la mayor parte de aquellos reconocen al inculpado, cuando se encuentra confundido con otros individuos, tal reconocimiento, insuficiente por sí solo, tiene mucha fuerza como confirmación de las otras pruebas que obran contra el inculpado siendo necesario suponer un concurso de casualidades, difícil de admitir para negar asenso á un hecho que aparezca comprobado por una demostración material. Como es de suponerse, debe procurarse que cuando son varios los ofendidos que practican el reconocimiento, los unos no tengan noticia de la persona designada por los otros. Quiere también el Código, para mayor garantía del inculpado, que estos elijan el punto en que quieran colocarse entre los demás, y que puedan pedir que se excluya de la reunión á cualquiera persona que les parezca sospechosa. También podrá el juez, á petición del Ministerio Público ó de alguna de las partes interesadas, esto es, del ofendido ó del inculpado, tomar otras precauciones encaminadas al mismo fin que las que el Código ha prescrito, esto es, á lograr la certidumbre de que la designación de la persona, hecha por el testigo ó el ofendido, es realmente conforme á lo indicado en la declaración, y que al señalarle en la rueda de presos, no han sido víctimas de un error (artículos 148

y siguientes del Código de Procedimientos penales).

En cuanto á los careos poco tenemos que decir, porque su objeto se comprende sin necesidad de ninguna explicación; y el Código, en sus artículos relativos se limita á ordenar que estos se practiquen durante la instrucción, siempre que los testigos entre sí ó el inculpado y el ofendido ó estos últimos solamente, se encuentren en contradicción en cuanto á hechos substanciales. Ordena también, que las diligencias se practiquen sólo con los que van á ser careados sin la concurrencia de otras personas, y que cada careo se haga constar en diligencia separada, bajo pena de nulidad de lo que en otra forma se hiciere.

Como debe suponerse, el careo consiste en leer á los que se van á carear, sus respectivas declaraciones; hacerles notar las contradicciones que hay en ellas y procurar que den una explicación satisfactoria ó se pongan de acuerdo respecto de la circunstancia referida de distinta manera, que es lo que debe haber dado motivo al careo. Esta diligencia es de mucha importancia cuando se practica como sería de desear, en presencia del Juez mismo que va á pronunciar la sentencia, porque teniendo presentes á los dos que se van á carear, fácil le será descubrir por su firmeza en sostener su dicho, su serenidad al declarar; ó por el con-

trario por sus vacilaciones, reticencias y la turbación de su semblante, quién de los dos dice la verdad.

Pero, por desgracia, en nuestra forma actual de procedimientos en materia penal, pasa mucho tiempo entre la época en que se practican los careos, y aquel en que se pronuncia la sentencia; y no pocas veces acontece que el Juez que dicta el fallo es otro diverso del que practicó la diligencia. En el primer caso, esto es cuando sólo ha trascurrido el tiempo sin que haya habido cambio en la persona del Juez, las impresiones se borran, se pierde la memoria de ciertos incidentes al parecer insignificantes, pero de mucha trascendencia, que tienen lugar al practicarse el careo; en el segundo, el Juez ó el Tribunal senteuciador, ni idea tienen de la impresión que causaron en uno de los careantes las reconvenciones hechas por el otro; y en ambas cosas, el Juez, en lugar de la discusión animada, llena de movimiento y de vida, que tanta ayuda pudiera prestarle para descubrir la verdad, no tiene á la vista más que la fría narración de que se leyeron á los careantes sus respectivas declaraciones y que habiéndoles hecho notar las contradicciones que en ellas se advierten (lo cual se pone sólo como una fórmula), cada uno sostuvo su dicho, y no adelantándose nada se dió por terminada la diligencia.

Por este motivo, el careo de los testigos ó de estos con el reo y del reo con el ofendido, que pudieran derramar tanta luz en el proceso, casi siempre resultan inútiles. No sucede lo mismo en el juicio por jurados, en el cual los testigos pueden ser interrogados nuevamente por el Ministerio Público y por el Defensor; el reo tiene también que dar las explicaciones que se le pidan, lo mismo que el acusador, y todo esto, en presencia de los jueces de hecho, que observan el semblante de los delincuentes, sus vacilaciones ó su firmeza, el temor ó la serenidad que muestran, y otros signos exteriores que, si no son por sí mismos señales infalibles de culpabilidad ó de inocencia, pueden ayudar mucho al descubrimiento de la verdad. Los jurados, antes que se borren de su memoria tales impresiones dan su voto conforme al dictamen de su conciencia, sin sujeción á ninguna fórmula legal, según hemos dicho en otra parte.

Teniendo por objeto los careos hacer cesar la contrariedad existente entre dos testimonios, es indudable que uno de ellos tiene que cambiar para ponerse de acuerdo con el otro, si la diligencia del careo ha de dar el resultado que se busca. Esto nos obliga á tratar, siquiera sea brevemente, del crédito que puedan merecer las declaraciones de los testigos y la del acusado ó del inculpado cuando varían res-

pecto de lo que primeramente dijeron, y generalizando la cuestión, por lo que hace al último, de lo que se ha llamado retractación de lo que tenía confesado.

En cuanto á los testigos, el buen sentido aconseja que no se admita, sin reserva, el testimonio de una persona que ha faltado anteriormente á la verdad. Los cambios en las declaraciones hacen sospechoso al testigo, pero no nulifican por completo su testimonio.

Debemos, sin embargo excluir el caso de que se trate no de simples cambios en las declaraciones sino de una contradicción manifiesta y patente, reconocida por el mismo testigo. Este ha declarado, por ejemplo, primero, que conoció perfectamente al inculpado y ha sostenido que él fué autor del crimen; y después dice que no le conoció y que se equivocó en su declaración anterior. ¿Qué juzgar en este caso?¿cuál de las dos declaraciones deberá aceptarse como la expresión de la verdad?

En nuestro concepto, la que estuviese de acuerdo con otras pruebas del proceso, y si no hubiere absolutamente ninguna, no debería darse crédito á ninguna de las dos, porque el que ha mentido una vez, está sujeto á la sospecha fundada de que mentirá frecuentemente.

Estas consideraciones que tanto rebajan el valor del testimonio en lo general, tienen más severa aplicación tratándose del acusador. Si

éste varía substancialmente en sus declaraciones, hay motivos para dudar de su buena fe ó cuando menos la hay para temer que impresionado en el momento en que se cometió el delito, hava incurrido en un error que ha venido á desvanecerse después á consecuencia de los careos sostenidos con el reo ó con los testigos. Si esto salva su buena fe, demuestra también la falibilidad de su primera declaración, y hace verosimil la segunda.

Finalmente, por lo que hace á los cambios que puede haber en el testimonio del inculpado, hemos querido hablar de ellos en este lugar generalizando la cuestión, para decir cuatro palabras acerca de la retractacion que el reo suele hacer de lo que ya tiene confesado.

Mittermaier, que dedica á la discusión de este punto, un capítulo entero de su Tratado de la prueba, en materia criminal, establece una distinción entre el caso en que la retractación recaiga sobre una confesión completa y que contenga todas las condiciones de credibilidad suficientes, para fundar una condena, y aquel en que, notándose algunos vacíos en la confesión, esta no pueda considerarse como completa y perfecta.

Refiriéndose al primero, dice: si la retractación versa sobre una confesión enteramente regular, ha lugar á aplicar el principio, según el cual una declaración tardía y parcial del

acusado, dada únicamente en interés de este último, no puede destruir una prueba completa, primeramente presentada. Importa, sin embargo, considerar con escrupulosa atención las razones en que la retractación se apoya. Sólo la gravedad y la verosimilitud de estos motivos, puede darle peso é importancia. Por lo tanto, el primer objeto de la retractación es hacer ver que la confesión actualmente revocada no merece crédito, por efecto de un vicio ó de un vacío cualquiera en el cumplimiento de las condiciones requeridas; que era un error considerarla como perfecta, y que lejos de eso, existen en la causa circunstancias materiales que si antes se hubieran reconocido, impedirían que se las considerase como probatorias.

El autor citado enumera cuáles pueden ser esos motivos, y después agrega: cualquiera que sea, por lo demás, el motivo en que se apoye la retractación, es necesario, por una parte, demostrar su verdad, y por otra examinar cuidadosamente qué influencia puede ejercer ese motivo en la fe actualmente adquirida por la confesión. En cuanto á la primera de estas condiciones, parece desde luego que sería necesaria la demostración completa de un fundado motivo, para poder anular la prueba de culpabilidad plenamente producida por la confesión. Ténganse presente, no obstante, que la

prueba es el resultado de la convicción del Juez en el momento en que se desvanecen todos los motivos contrarios; que la verosimilitud de uno solo de estos basta para impedir que se adquiera la certeza, y lo mismo debe decirse en materia de revocación de la confesión, que aun cuando sólo fuera verosímil el motivo de esta revocación, es bastante para quitar á la confesión todo su valor.

Admitida la certeza ó la verosimilitud del motivo, resta examinar la influencia que haya podido ejercer en la confesión. Sobre este particular no pueden establecerse reglas generales; pero el buen sentido y el criterio sereno y desapasionado del juez puede suplirlas. Casos puede haber en que esa iufluencia se manifieste claramente. Así, por ejemplo, si el reo hace cuando menos verosímil que á consecuencia de su prisión fué acometido de una gran tristeza y de un desaliento profundo, que hasta intentó suicidarse, su primera confesión no merecerá crédito. Si alega que ha sufrido amenazas, coacción ó padecimientos reales, el Juez antes de formar un juicio, estudiará el carácter del acusado: un hombre robusto, experimentado, fuerte de espíritu, no se dejará intimidar por amenazas ni le obligarán á que se declare culpable si es inocente, pero no sucederá lo mismo á un hombre tímido y débil. Cuando se habla de confesiones arrancadas por

los padecimientos sufridos en la prisión, se viene sin querer á la memoria el caso de la llamada *Gardin* referido por Ortolan y que nosotros mencionamos en el capítulo anterior (1).

Refiriéndose Mettermaier al segundo caso, esto es, cuando la primera confesión no ha sido completa, ó cuando las circustancias accesorias en ella referidas no están en consonancia perfecta con los demás datos del proceso, aquella confesión, que ya era defectuosa, pierde toda su eficacia por la retractación posterior, si ésta ha sido revestida de todas las formalidades legales.

Finalmente ,si la retractación recae sólo so-

(1) En nuestro concepto es muy digna de atenderse la doctrina de Mettermaier, que acabamos de copiar. Cuando el inculpado al retractar su primera confesión, alega que se le arrancó por medio de la violencia, no se le debe exigir la prueba completa de un hecho que nunca podrá probar, bastando la verosimilitud. En un caso práctico que tuvo ocasión de conocer el autor de este libro, los reos afirmaron que se les había sometido al tormento para arrancarles la confesión que les perjudicaba. Les era imposible probar este hecho, ejecutado por las mismas autoridades que conocían del proceso. Pero la espontaneidad de las primeras confesiones, hechas desde que se les recibió su declaración preparatoria, ampliadas hasta la denuncia de otros delitos cuyos autores no se conocían, hacían perfectamente verosimil la violencia de que se quejaban. Esta fué, á lo menos, la impresión que causó en el ánimo del que esto escribe, la lectura del proceso.

bre algunas circunstancias confesadas antes, hay que atender á si éstas son esenciales ó no, esto es, si pueden influir en la clasificación del delito y por lo mismo en la agravación ó atenuación de la pena, ó si, por el contrario, recaen sobre ciertos accidentes que no pueden tener influencia en la suerte del inculpado. En la primera hipótesis, la cuestión se resuelve por los mismos principios que hemos establecido al hablar de la retractación total de la confesión. En la segunda, habrá que considerar atentamente las circunstancias del caso, y si bien se habla en el supuesto de que tales circunstancias sean de poca trascendencia, la conformidad de ellas con otros datos del proceso y las explicaciones que dé el inculpado de los motivos por qué las confesó y las retracta después, servirán de mucho á un juez sagaz y discreto para juzgar del crácter moral del procesado y de la mayor ó menor lealtad con que haya procedido en la confesión de otros hechos.

CAPITULO XI

De la división formal de la prueba--Prueba documental--Prueba material--Cuerpo del delito.

Conocemos ya la diferencia que existe entre un documento y un escrito presentado como cuerpo del delito, ó bien, entre una declaración escrita y el mismo documento. No todo escrito es documento, y según la doctrina que hemos establecido en otra parte, sólo merece este nombre *la declaración consciente, escrita é irreductible oralmente, destinada á dar fe de los hechos declarados.*

La clasificación de los documentos nos es tambien conocida; así es, que no tenemos necesidad de repetir aquí, lo que hemos dicho en otra parte, á saber, que los documentos se dividen en *públicos, auténticos* y *privados.* Trátase ahora solamente de saber qué fe merecen tales documentos cuando se presentan como prueba en un juicio criminal.

No puede haber delito sino en tanto que existe la violación de un derecho; de donde se deduce que si el derecho que se supone violado es un derecho civil y se ha puesto en duda

su existencia, habrá que probarlo por los mismos medios que el derecho civil tiene establecidos, y no podrá impugnarse el documento que lo compruebe, sino acusándolo de falsedad. Por ejemplo, si en un proceso por bigamia se quisiera impugnar la verdad del documento auténtico en que apareciere probada la existencia del primer matrimonio, sería preciso acusarlo de falsedad, y lo mismo sería necesario, si tratándose de un robo, se quisiera impugnar la verdad del documento auténtico, en que constaba la propiedad ajena de la cosa.

De aquí se infiere esta regla general, que da Framarino: Cuando se trata de la averiguación de relaciones meramente civiles, los documentos auténticos tendrán en lo penal la misma fuerza que en lo civil. Perderán esta fuerza, siendo impugnables con cualquiera prueba contraria, cuando se trate de la averiguación de la intención ó del hecho material del delito. En materia penal no debe heber obstáculos al descubrimiento de la verdad, así como tampoco debe haber trabas que se opongan al libre convencimiento judicial.

En las anteriores lineas se encuentra resuelta la cuestión relativa á la fe que merecen los documentos públicos, cuando se presentan en una causa criminal; pero hay otra cuestión más grave y más difícil de resolver, y es la relativa á los efectos que en lo civil debe producir un

documento que se ha declarado falso, por ejemplo, en un procedimiento criminal. Sabemos que en un negocio civil, cuando se objeta la falsedad de un documento, se suspenden los trámites del juicio, basta que el Juez competente, que es el de lo criminal, pronuncie sentencia que declare la falsedad ó no falsedad del documento. En virtud de esta disposición, ocurre preguntar: si en un proceso criminal se discute el valor de un documento del cual penden los derechos civiles que se suponen ofendidos por la comisión del delito, ¿qué Juez y en qué forma deberá procederse, supuesto que los efectos de la declaración del Juez pueden extenderse hasta hacer ineficaces las acciones civiles que pudieran nacer de tal documento?

La cuestión propuesta en estos términos, no pertenece, en nuestro concepto, á la materia de pruebas y debe ser resuelta conforme á los principios que gobiernan la cosa juzgada. Nosotros no hacemos más que apuntarla aquí, remitiendo á nuestros lectores á los autores que han tratado con especialidad esa materia (1).

(1) Puede verse el Repertorio de Dalloz Chose, judgee n.º 546. Il a té jugé, se lee en este párrafo, que l'arret qui condamne un individu comme coulpable de fabrication de faux testament emporté le rejet au civil, du testament, sans qui il serait besoin de donner suite á l'inscription de faux incident civil qui auraint pur être formé avant le proces criminel.

Diremos, sin embargo, que en tesis general un documento que ha sido declarado falso en un proceso criminal, no podría hacerse valer en lo civil.

Volviendo ahora á la cuestión de que en estos momentos debemos ocuparnos, que es el valor y la eficacia de la prueba documental en los procesos criminales, diremos, que como todo documento contiene un testimonio, es claro que por lo que hace á los motivos subjetivos y objetivos que pueden inspirar sospecha, debe tenerse presente lo que se ha dicho al hablar del testimonio en lo general, porque tales motivos son genéricos y no específicos, es decir, que se refieren á todos los testimonios y no son propios y exclusivos del testimonio oral. Así, si el que aparece como autor del documento es pariente ó amigo del acusado, si el documento emana del mismo reo, habrá motivos que disminuyan su eficacia probatoria.

Mas si tal cosa debe decirse de los motivos subjetivos y objetivos de sospecha, no puede afirmarse lo mismo de los motivos formales. Los criterios formales del testimonio, dice Framarino, no son genéricos ni aplicables á toda declaración personal: son específicos del testimonio como tal, y no pueden valer para el documento. Para estimar el valor de este, es preciso tener en cuenta otros criterios que se fun-

dan en la consideración de su forma especial, que es la forma escrita.

Así, pues, para dar fe á un documento en materia criminal, se necesita que sea original y no una copia. El autor á quien nos referimos dice, que si surge una controversia acerca de la copia, debe exhibirse el original, porque cuando se trata de imponer una pena, el Juez no debe darse por contento con una prueba inferior, cuando puede obtener otra superior y más perfecta.

En segundo lugar, importa para la eficacia probatoria del documento, la integridad de este. Un escrito íntegro, tendrá siempre una fuerza mayor que uno mutilado, porque este puede dar lugar á erróneas inteligencias, que á su vez servirían de fundamento á sentencias injustas.

En tercer lugar, todo documento, para conservar su natural eficacia probatoria, debe presentarse sin ninguna apariencia de defecto ó vicio. Las enmiendas, raspaduras y correcciones, lo harán, cuando menos, sospechoso.

La última circunstancia que debe tenerse presente para estimar el valor de un documento en materia penal, es la semejanza ó desemejanza de la letra con que está escrito, comparada con la del autor á quien se atribuye.

Las circunstancias anteriores se refieren á los documentos en lo general. Claro está que

los que son públicos deben tener además las formas que según la ley necesitan para merecer ese carácter. Lo mismo debe decirse de los auténticos, los cuales deberán estar provistas de los sellos, y de las legalizaciones, etc., que fueren de exigirse según la ley.

En cuanto á los documentos privados, es harto sabido, que todo su valor, como elementos probatorios, depende del reconocimiento que haga de ellos su autor. Este reconocimiento debe ser explícito y judicial, pues hecho de otro modo, no daría garantías suficientes para el acusado, y aún así, sólo dentro de ciertos límites tendrá un valor decisivo, para demostrar la verdad de lo escrito.

La opinión de Framarino es sobre este particular muy importante, porque establece una distinción que no está de acuerdo con las teorías del Derecho civil. Según él, el reconocimiento de la firma puesta al pie de un escrito no implica el reconocimiento del contenido. Aun siendo la firma verdadera, dice, ha podido ser arrancada por fuerza ó robada, confundiendo el escrito de que se trata con otro que el autor hubiere firmado de prisa y sin fijarse; aun siendo verdadera la firma, ha podido ser recojida para otro uso, puesta en blanco, aplicándola luego dolosamente al escrito de autos, ó bien pudo la firma estamparse por casualidad en un papel, recogido luego y aprove-

charse para el delito. En materia penal, además del reconocimiento de la firma, es necesario el reconocimiento de la autografía de todo el escrito, el cual no tiene toda su fuerza probatoria si no es completo; es necesario reconocer no sólo que el escrito es de propia letra, sino también recordar haberlo redactado. Reconocer como letra propia la de un escrito que no se recuerda, no es otra cosa en substancia si no afirmar la *semejanza* de la letra; es un argumento de probabilidad, no de certeza.

Además de la prueba formal de que hasta aquí hemos hablado, existe la prueba que podemos llamar material, porque consiste en la presencia de las cosas que demuestran la existencia del delito.

La primera observación que acerca de ella tenemos que hacer, es que esta prueba siempre es original, esto es, que la cosa que sirve para comprobar el delito, debe presentarse materialmente al Juez. Si sólo se hace referencia de ella por los testigos, ó por el acusado, entonces sería prueba testimonial y no prueba material.

La segunda observación consiste en recordar, que no es preciso que se trate de cosas inanimadas é inertes, para que la prueba sea material. Las palabras, la expresión del semblante y otras demostraciones exteriores, pueden ser de hecho pruebas materiales, en cuanto

son inconscientes. Las cosas no tienen conciencia de sí, y esto es lo que distingue la prueba material de la prueba personal: en esta hay conciencia y en aquella no. Hasta la palabra humana puede ser una prueba de esta especie, cuando es inconsciente, como cuando se pronuncia en el momento de un delirio ó por efecto del sonambulismo. Téngase presente que, si bien esta no es una prueba suficiente, sí ha servido en muchos casos, unida á otros datos, para descubrir á un delincuente.

Por no tener las cosas conciencia de sí, la prueba material pierde muchas veces gran parte de su valor probatorio. Las cosas son testigos mudos, pero imparciales, exentos de toda presunción de engaño, y serían de una eficacia indiscutible si se tuviera la certeza de su identidad. Esto es lo que les falta y lo que el Juez se debe empeñar en que sea comprobado. Por ejemplo, el cadáver es una prueba indiscutible de que un hombre ha sido muerto; y la presencia de un puñal cerca de él, prueba que alguno fué causa de la muerte; pero el puñal puede haber sido puesto allí intencionalmente para hacer recaer las sospechas sobre una persona inocente y alejarlas del verdadero culpable. La fractura de una caja demuestra á primera vista que se cometió allí un robo, si los objetos en ella contenidos han desaparecido; pero tambien hay casos, y no pocos, en que se

supone un robo que no ha existido, para tomarse lo ageno ó para no restituir un depósito, ó por otros motivos semejantes.

De lo dicho se infiere que si las pruebas materiales del delito son eficaces para descubrir la verdad, como tesis general, cuando se trata de su valuación concreta, debe el Juez proceder con toda circunspención para no ser víctima de un engaño.

Al hablar de la prueba material, se viene de una manera involuntaria á la mente cuanto se ha dicho acerca de lo que se ha llamado cuerpo del delito, de lo cual conviene que digamos algo en este lugar. Es cierto que en el orden del procedimiento, la comprobación del cuerpo del delito es lo primero que debe procurar el Juez instructor, y que bajo este concepto debíamos nosotros haber hablado de esta materia antes que de ninguna otra; pero tambien es cierto que este Tratado, no es un Tratado de Procedimientos, sino de prueba, y que si los que tiene por objeto hacer constar la existencia del hecho delictuoso por medio de las señales que de él quedan. que es lo que por una figura retórica, se ha llamado cuerpo del delito, entran en la categoría de las pruebas materiales, no hay motivos para atribuirles un carácter diferente.

Vamos pues, á tratar en este lugar de tan delicada materia, con la amplitud que merece.

Cuerpo del delito, es todo aquello que representa la material manifestación y la aparición física del delito. Pero no todo lo que sirve para manifestar el delito, puede merecer tal nombre, sino tan solo aquellas manifestaciones físicas que están ligadas íntimamente á la consumación del hecho delictuoso. El cuerpo del delito se refiere á los medios materiales inmediatos y á los efectos materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un modo accidental, ya por razones inherentes á la esencia del hecho mismo.

Ilustraremos esta doctrina con dos ejemplos tomados de Framarino: Ticio, queriendo caer inadvertido sobre su enemigo, se coloca en un ángulo del camino y para no ser visto, rompe el cristal del farol que hay en aquel lugar y apaga la luz; el enemigo pasa y Ticio le hiere. El cristal roto, sujeto á la directa percepción del Juez será una prueba material; pero no será el cuerpo del delito, porque no hay entre él y el delito cometido, una realción de causalidad inmediata.

Otro ejemplo: Ticio, después de haber cometido un delito, advirtiendo que se le persigue, huye despavorido, y en la fuga deja caer el sombrero. ¿Será este sombrero, caído y recogido, un cuerpo de delito? Evidentemente no,

porque no es un efecto inmediato del delito cometido.

El autor citado distingue tres especies de efectos materiales é inmediatos al delito, que constituyen cuerpos del delito.

1 ° Los efectos permanentes del hecho mismo sin los cuales el delito no existiría, ó cuando menos no existiría con el carácter de gravedad que se le atribuye.

A esta clase pertenece la moneda falsa y el billete de banco falsificado, en los casos de falsificación; el escrito injurioso en la injuria, el cadáver en los homicidios, las heridas en las lesiones físicas, y en suma, todo efecto material, sin el cual el delito no existiría.

2.° Las huellas encontradas, que no constituyen un elemento del crimen, pero que son su consecuencia inmediata, aunque sea de una manera ocasional, por ejemplo, las huellas dejadas en las cosas cercanas al lugar donde aquel se cometió, como los muebles rotos, las señales del escalamiento en el robo, etc., los vestidos del reo encontrados en el mismo lugar ó los objetos pertenecientes á la víctima encontrados en poder del inculpado.

3.° Los hechos materiales permanentes que constituyen por decirlo así, la prosecución del hecho criminoso.

Esta prosecución no consiste en la repetición de varios actos cada uno de los cuales es

una violación perfecta de la ley, que es lo que correspondería á la idea que nos formamos del delito cometido, si no en el hecho de mantener vivos los efectos del delito que ya se consumó, aunque sea de un modo negativo. Tal es lo que acontece manteniendo detenida á la persona á quien se ha secuestrado, ó conservando el ladrón en su poder la cosa robada.

Habiendo considerado las especies del cuerpo del delito de que hemos hablado, como efecto del mismo delito, conviene estudiar el cuerpo del delito como medio.

Bajo este aspecto, el elemento material del delito, puede ser de dos especies: elemento activo y elemento pasivo. El primero será el que ha servido de instrumento al delincuente para cometer el delito, v. g., el puñal que ha servido para matar ó herir, la cuerda que ha servido para ahorcar á un individuo, y la escala ó la llave falsa que ha servido para efectuar el robo.

Como elemento pasivo, se considera cuerpo del delito el objeto mismo en cuanto ha sufrido modificaciones encanimadas á la comisión del delito, como la fractura de las puertas y de los muebles en el caso de robo, y en general las huellas en las personas, producidas por la violencia empleada para llegar á la consumación del delito.

Una vez explicado lo que debe entenderse

por cuerpo del delito, y las diferentes maneras como este puede ser considerado, se comprende bien la diversidad de opiniones que suele haber respecto de esta materia. Algunos criminalistas han dicho que no es fácil definir lo que debe entenderse por cuerpo del delito; otros, han afirmado que se confunde con el delito mismo, y algunos han llegado á enseñar que en ciertos delitos, como la calumnia y otros, en los cuales entra como elemento esencial la intención dolosa, no es posible señalar lo que debe tomarse como cuerpo del delito, puesto que la intención es un acto interno que escapa á la percepción.

Esto ha dependido de la diversa acepción con que la palabra que se trata de definir ha sido tomada. Por eso ha sido necesario, antes de todo, analizar su sentido, y demostrar que hay direrentes especies de cuerpos del deliso, según el hecho criminal de que se trata.

Una vez que hemos llegado á este punto vengamos á las consecuencias prácticas que de lo dicho se derivan, esto es, veamos cómo debe probarse la existencia del cuerpo del delito, base indispensable de todo procedimiento criminal.

Cuando el hecho material y permanente en que se concreta el delito es algo material sin lo cual el delito no existiría, ó al menos no existiría con la gravedad que se le atribuye,

como sucede con el cadáver en el homicidio ó la moneda falsa en el delito de falsa amonedación, es indispensable la prueba material del cuerpo del delito. De nada servirá que veinte testigos afirmen que vieron á un hombre que cayó muerto, herido por otro, si no se ha tenido á la vista el cadáver; así como tampoco servirá que igual número de testigos aseguren que un individuo ha falsificado una letra, mientras no se presente la letra que se dice falsificada.

Esta regla solamente admite una excepción, y es cuando están suficientemente probados la desaparición del cuerpo del delito y los motivos de esa desaparición. Pero para admitir esta prueba se necesita que el Juez proceda con mucha circunspección para no exponerse á ser víctima de un error lamentable, de lo cual no faltan desgraciadamente ejemplos en los anales judiciales.

Hay casos en los cuales, no obstante los efectos permanentes del delito que constituyen el cuerpo de él, estos no se pueden presentar en juicio, ya por razón de una imposibilidad física ó por motivos de moralidad. Tal sucederá por ejemplo, con una casa incendiada, ó con el cuerpo de una joven violada. En estos casos la comprobación judicial ó el dictamen de los peritos suplen la falta de comprobación directa. El Juez podrá ver la casa quemada, pero

los jueces superiores no podrán tenerla á la vista, porque en el proceso sólo puede hacerse la descripción de ella.

En suma, en los casos de que hemos hablado es indisdensable la prueba material. Pero cuaneo se ha probado suficientemente la ocultación ó desaparición del cuerpo del delito por parte del delincuente, ó de otra persona, su aniquilamiento ó desaparición por motivos inherentes á su propia naturaleza, insistir en pedir la prueba material, sería un absurdo y habrá que atender á los testimonios ordinarios, como sucede respecto de los demás hechos.

Lo que hemos dicho respecto del elemento activo del cuerpo del delito, debe entenderse también respecto del elemento pasivo.

Cuando se hace cargo á un reo de la fractura de una puerta, por ejemplo para ejecutar un robo, es necesario que aparezca comprobada por una prueba material y no simplemente por testigos la existencia de dicha fractura, á no ser que esta hubiere desaparecido por algunos motivos, que deberán justificarse en el proceso.

En cuanto á los delitos en los cuales más que el hecho material se requiere la intención dolosa, hay que decir con Bonnier: es evidente que en estos casos la investigación previa de un cuerpo del delito sería una empresa quimérica. No hay duda que es necesario que se

haya cometido un delito; pero la existencia de este puede justificarse de una manera indirecta puesto que la responsabilidad del reo puede probarse en la misma forma (1).

CAPITULO XII

Prueba compuesta. Pruebas de cargo. Pruebas de descargo. Relación entre unas y otras. Conclusión.

Con lo dicho al terminar el Capítulo anterior, deberíamos dar por concluido el presente Tratado, puesto que en esta su tercera y última parte, nos han servido de guía las doctrinas de Framarino, de las cuales hemos tomado lo más notable, acomodándolas á la índole de nuestro estudio y á los preceptos de nuestra legislación; pero aun tenemos que añadir algunas palabras para que nada quede por decir en una materia tan importante, y que tanto afecta á los derechos naturales de los individuos y al bienestar de la sociedad, como es la prueba en materia penal. En el presente Capítulo, que será el último de la obra, diremos algo de lo

(1) Tratado de las Pruebas Judiciales, Parte 1.ª, sec. 1.ª, pág. 17.

que Mittermaier llama prueba compuesta, así como de las pruebas de cargo y descargo y de la relación que debe haber entre ellas.

La cuestión de la prueba compuesta tiene que formularse en términos generales, de esta manera: ¿puede admitirse que varias pruebas incompletas é imperfectas, concluyan una, completa y perfecta, suficiente para fundar una condena?

La respuesta á esta pregunta, depende del sistema probatorio que se elija. En el sistema extrictamente legal, puede la ley admitir ciertos elementos de prueba que considera incompletos, como el dicho de un solo testigo, la confesión extrajudicial, etc., y determinar que la reunión de varios de ellos constituyan la prueba necesaria de la comisión del delito. Creemos que este es el sistema que prevalecía en la jurisprudencia española, pues vemos que Gutiérrez y otros criminalistas enseñan tal doctrina que no parece extraña á nuestro Código actual. Este atribuye el carácter de presunción, es decir, de pruebas incompletas, á los testigos que no convienen en la substancia del hecho, á los de oídas. á los singulares y á la fama pública (art. 182).

En el sisiema puramente racional, no puede haber reglas precisas que determinen el crédito que merezca toda clase de pruebas, ya se consideren juntas ó separadas, porque la cer-

teza para el Juez debe nacer, no sólo de las pruebas que se han presentado, sino también de las que se han omitido, es decir, que procediendo conforme al criterio humano, y tal como procedemos todos los hombres para conceder ó negar nuestro asenso á un hecho en las circunstancias ordinarias de la vida, el asentimiento de nuestra mente será siempre un acto intelectual difícil de analizar.

Pero sea de un modo ó de otro, esto es, ya se trate del sistema legal de prueba ó del sistema racional, siempre será conveniente trazar algunas reglas que sirvan de guía al Juez para ayudarle en la difícil tarea de descubrir la verdad.

Los elementos, pues, de la prueba compuesta, podemos decir con Mettermaier, que son: 1.°, el concurso mutuo de medios imperfectos de *prueba directa*; 2.°, su concurrencia con indicios propiamente dichos. Y debe entenderse que no se trata de fragmentos de prueba reunidos para formar un total, porque el Juez no puede formar su convicción de esa manera. La circunstancia más pequeña, en apariencia, fija muchas veces sus opiniones sobre el valor de una prueba y su decisión se apoya en una multitud de motivos que se combinan y completan unos con otros.

De estas consideraciones deduce el autor citado las tres reglas siguientes:

Para que la prueba compuesta produzca la certeza, se necesita:

1.° Que el cuerpo del delito se halle plenamente demostrado, pues como tantas veces hemos dicho, sin esto el procedimiento criminal carecería de base.

2.° Que el medio de prueba imperfecto que se haya de tomar en cuenta, sea por sí solo capaz de fundar una verosimilitud poderosa; regla importante que debe observarse especialmente en materia de confesión extrajudicial, porque esta no puede tener trascendencia, sino en cuanto ha sido realmente declarada y el hecho de su declaración está plenamente demostrado.

3.° Que el origen de donde se derive cada uno de los medios de prueba sea diferente; si sucediere lo contrario, ya no habría para el Juez esta razón poderosa para creer en la eficacia de la prueba compuesta, á saber, que se llegue siempre al mismo resultado; pero por diversos camimos. Si un testigo, único, declarase, por ejemplo, sobre el hecho principal del delito, y al mismo tiempo lo hiciera respecto de la confesión extrajudicial, habría mucho motivo para dudar y no se podría llamar á ésta una prueba compuesta.

Aunque las expresiones pruebas de cargo y de descargo, pudieran inducirnos á error, porque parecen suponer una verdadera contienda

entre dos partes, tal como se verifica en los asuntos civiles, como tales expresiones están consagradas por el uso, no tememos servirnos de ellas, explicando antes la significación que á tales palabras atribuimos.

Advertiremos, pues, que el objeto de la instrucción es, ante todo y sobre todo, el descubrimiento de la verdad, de tal suerte, que en cuanto á su fin ó á su objeto, no debe haber diferencia en admitir y hasta en proporcionar las pruebas, por parte del Juez, ya sea que favorezcan ó perjudiquen al inculpado. La instrucciónu, dice Mettermaier, forma una sola prueba del proceso, sin que pueda separarse la pueba del cargo de la del descargo. En todos los medios de prueba qne el Juez emplea, cuando, por ejemplo, interroga á los testigos, debe consignar con igual cuidado todas aquellas particularidades de sus deposiciones que parezcan dirigirse á la exculpación, y si un testigo iniciare un hecho de gravedad, si dijera. v. gr., que el acusado estaba sujeto á los ataques de una enfermedad mental, convendría examinar hasta su último grado la verdad de este aserto.

Supuesto lo anterior, se comprende en qué sentido debemos de tomar las expresiones de que venimos hablando, las cuales, si se hubiesen de tomar en su acepción propia, significarían, de parte del Juez, la necesidad de aceptar tan sólo las que la acusación y la defensa res-

pectivamente pudieran ofrecerle, sin que él diese un paso más por su propia iniciativa, como no puede hacerlo en materia civil.

Entendemos, pues, por pruebas de descargo, no sólo las que se han recibido á petición del reo, sino todos los hechos que á éste puedan favorecer, aunque no se hayan practicado á petición suya; y por el contrario, llamaremos pruebas de cargo, las que tiendan á demostrar la existencia del hecho criminoso y á probar que el inculpado ha sido el antor de él.

Se comprende desde luego cuánta es la importancia de estas últimas, puesto que se necesita que la prueba sea plena y completa para que la pena pueda decretarse; y sólo reune tales cualidades, cuando todos los hechos que motivan la aplicación de aquella. llegan á ser jurídicamente ciertos.

Los principales objetos de las pruebas de cargo, según Mettermaier, deben ser:

1.° La averiguación de los hechos de donde resulta la materialidad de los hechos criminosos, la muerte por ejemplo, en el caso de homicidio, de los hechos característicos del crimen, como la administración del veneno, y de los actos que se suponen unidos al delito especial que se trata de castigar, como el escalamiento en el caso de roho, etc.

2.° La demostración de la participación que en tales hechos ha tenido el acusado.

3.° La investigación de su estado mental y de su voluntad, en el momento de delinquir, á fin de apreciar si ha habido dolo ó simplemente negligencia.

4.° La manifestación de la premeditación, en los casos en que es elemento esencial del delito.

5.° La averiguación de la intención, cuando tiene relación con el delito, como en el caso de dolo.

6.° La demostración de la perfecta coincidencia entre la intención y los hechos que se le atribuyen como su consecuencia; tal sería cuando el inculpado confesase que sólo había querido herir, y sin embargo, las heridas habían ocasionada la muerte.

En cuanto á las pruebas del descargo, pueden ser directas ó indirectas. Las primeras son las que sirven para destruir por completo los hechos en que se funda la inculpación, como si un testigo afirma que el acusado permaneció tranquilo durante la riña, cuando otro asegura que tomó parte en ella. Las segundas, son las que tienen por objeto, los hechos que tienden á desvanecer las consecuencias deducidas legalmente de la prueba de cargo, haciendo por lo mismo, imposible la aplicación de la pena, ó disminuyendo su gravedad.

La prueba directa de descargo, puede tener por objeto demostrar que son calumniosos los hechos

que sirven de fundamento á la acusación ó nulificar las pruebas mismas, como cuando van encaminadas á probar la completa inverosimilitud de los hechos de inculpación. Si el presunto reo probase que los testigos habían sido sobornados, tendríamos un ejemplo del primer caso; si siendo acusado de violación, probase que era impotente, tendríamos un ejemplo del segundo.

También puede comprenderse en este segundo caso, la prueba de que los testigos no han sido examinados con los requisitos legales.

Entre las pruebas que tienen por objeto la imposibilidad del hecho, la más notable es la que se ha llamado negación del lugar *(negatio loci)*, que consiste en probar el reo que cuando se cometió el delito se encontraba en otro lugar. Esta prueba se llama en el Derecho Español, prueba de la *coartada*; y en la jurisprudencia extranjera se conoce con el nombre de excepción de *alibi*, (en otro lugar); y requiere, en cuanto á su examen, mucha atención y mucha discreción en el Juez, porque como es tan conocida, los reos la tienen suficientemente estudiada y suele suceder que cuando caen en manos de la justicia ya tienen preparados todos los medios de probar la coartada, con lo que esperan salvarse.

La prueba de descargo indirecta, tiende, como hemos dicho, á destruir las consecuencias

de los hechos en que se hacen consistir las de cargo, como por ejemplo, cuando el acusado prueba la existencia de un hecho anterior al delito y que demuestra falta de voluntad en cometerlo: tal sería la amistad íntima con el que se supone muerto ó herido; la falta de motivos impulsivos, que pudieran explicar la comisión del mismo delito, ó bien, una orden emanada de sus superiores y que tenía la obligación de obedecer.

Una vez que hemos explicado lo que entendemos por pruebas de cargo y de descargo, parece natural que digamos algo acerca de las relaciones que deben existir entre unas y otras

En el sistema probatorio que nosotros consideramos como el más perfecto, porque en él no se separa la conciencia del Juez, de la del hombre, la certeza no puede resultar sino de la comparación, de unas y otras; pero no de una simple comparación, por decirlo así, material, que consistiría en poner las pruebas de cargo fren te á las de descargo sencillamente, sino en advertir las deficiencias que en estas y en aquellas pudiera haber y darse cuenta y razón de ellas. A nuestro juicio, siempre que se trate de un hecho fácil de probar y que no resulte porbado, hay motivos para dudar de su veadrd. En la Lógica judicial, como en la Lógica general, tienen también mucha fuerza los argumentos negativos.

Para que la certeza nazca en el ánimo del Juez, es necesario que no quede duda alguna en él. La sentencia, dice Mettermaier, debe ser el resultado del examen concienzudo de todas las razones en pro y en contra, alegadas en el curso del procedimiento; y todas las dudas deben ser excluídas, descartados todos los motivos de verosimilitud negativa, antes que la certeza, base esencial de la condena, pueda formarse en la conciencia del Magistrado.

Para ilustrar esta importante materia, compendiaremos aquí las siguientes observaciones de Mettermaier, que pueden tomarse como otras tantas reglas de Crítica judicial.

1.° La prueba de que se ha cometido un delito y de que el inculpado ha sido su autor, hecha abstracción de la prueba del descargo, puede ser completa; pero como esta última viene á oponerse directamente á la primera, aun cuando no estuviese fundada más que en la verosimilitud, esto sería bastante para impedir la condena, porque no hay tal certeza en la causa que excluye la probabilidad de lo contrario.

2.° A la prueba perfecta de acusación, pueden oponerse otros medios que la contradigan indirectamente: la certeza entonces no existe, y del conflicto de declaraciones contrarias nace la duda. Si la prueba de descargo se ha dirigido contra un medio de prueba determinado, contra un testigo, por ejemplo, conviene exa-

minar, si descartado ese medio, la certeza queda aún.

3.° Admitida la prueba de cargo, si la de descargo no se encamina más que á los detalles del hecho, que pueden conciliarse con el fondo de la acusación, la afirmación primera no pierde nada de su fuerza.

Tales son las reglas que encontramos en los autores que nos han servido de guía, para escribir estos últimos capítulos. Ellas justifican una vez más, la teoría que hemos venido sosteniendo y que consiste en no aceptar para la conciencia del Juez un criterio diverso del que sirve á la conciencia del hombre, para formar concepto de la verdad ó falsedad de los hechos acerca de los cuales tenemos necesidad de juzgar en la práctica diaria de la vida. Si tal teoría puede y debe tener aplicación en materia civil, con mucha más razón debe tenerla en materia criminal. Allí donde se discuten de ordinario intereses puramente pecuniarios; donde la parte que carece de pruebas puede ser, cuando menos, culpable de imprevisión, porque no cuidó de proveerse de ellas oportunamente, se comprende que la ley iniervenga en muchos casos, diciéndole al Juez: no admitirás como ciertos sino los hechos qne aparezcan consignados por escrito, ó en documentos públicos, etc., constituyendo estas reglas un sistema legal, ó cuando menos, un sistema mixto de prue-

bas, pero cuando se trata de la libertad, de la honra y tal vez de la vida de los individuos; cuando los hechos son por su misma naturaleza difíciles de probar, refiriéndose unas veces al hecho criminoso y otras al autor; cuando hay además del elemento material que cae bajo el imperio de los sentidos el elemento moral, la intención que escapa hasta las miradas más penetrantes, no es posible, en nuestro concepto, dudar de la superioridad del sistema que hemos llamado racional, sobre el sistema legal, que en realidad nunca ha podido prevalecer de una manera absoluta, porque hasta en las legislaciones más severas, siempre ha debido quedar algo sujeto al criterio moral del Magistrado.

Ya hemos dicho en otra parte, que donde está admitido el juicio por jurados, el sistema racional de pruebas reina en toda su plenitud, porque los jurados, al contestar al cuestionario que se les formula, preguntándoles si el inculpado es ó no reo de tal delito, y si en él mediaron tales ó cuales circunstancias, no tienen que consultar ningún texto de ley, ni dar cuenta más que á Dios, y á su conciencia del voto que van á emitir.

Pero donde el juicio por jurados no existe, los Jueces tienen que inspirarse en las reglas de una crítica serena é imparcial, teniendo presentes los preceptos de la ley; pero aplicán-

dolos é interpretándolos en el sentido que más se acerque á las sugestiones del buen sentido, á las reglas inexorables de la Lógica y á los preceptos imperiosos de una razón sensata é ilustrada.

FIN

ERRATAS NOTABLES

Pág.	Línea.	Dice.	Debe decir.
14	16	el	al
24	4	lógica	Lógica
„	19	generosidad	generalidad
31	4	Si bien	si bien
35	25	de	en
40	12 de nota	opinión	oposición
44	8 de nota	allli	falli
50	7	antimonias	antinomias
„	9	rige	rigen
79	14	contenido	contenidos
82	20	El principio	declara que el principio
102	21	presunción	posesión
105	29	un	uno
116	6	otorgan	otorgaron
119	8	se por	se den por
131	10	en la vista	en vista
141	25	dé	de
160	2	que nos parecen las más exactas	que nos parece la más exacta
164	16	entiéndese	entendiese
„	23	Mancera	Manresa
172	14	su otro aspecto	sus otros aspectos
173	21	probado	privado
175	12	exacto	escrito
177	8	lo	los
184	25	herederos	heredades
186	5	este	esto
187	22	judicios	jurídicos
208	24	hecha persona	hecha por persona

ERRATAS NOTABLES

Pág.	Línea.	Dice.	Debe decir.
—	—	—	—
213	15	con los hechos	los hechos
„	24	en	entre
214	7	con	contra
225	10	fugida	fingida
226	14	su	un
227	17	contestación	intención
270	2 de nota	así	si
284	7	ejecutiva	ejecutoria
288	14	ella	ello
291	25	en ella	en ellos
300	29	archivados	archivos
215	20	mensión	mención
319	6	al	el
332	2 de nota	obligatorio	probatoria
362	22	mayor de las veces	mayor parte de las veces
399	13	ponerse	poner
444	19	deudor á su	acreedor á su
455	4	copias	copia
455	13	cuartate	cuarta
478	15	como que	como en que
507	5	describir	descubrir
508	9	debe	deben
538	22	las	los
549	6	contra de	contra
551	1	percorporales	corporales
558	24	no original	original
561	11	pueda	puede
573	26	entiendo	entendido
576	1	límites, ofendido	límites. el ofendido
578	24	fuerza de miedo	fuerza ó miedo
589	9	pueda	puede
607	8	peritos de quienes	peritos, de quienes

ÍNDICE

Primera Parte

De la prueba en general

	Págs.
Introducción	7
Cap. I. De la noción de la prueba y de las diversas teorías acerca de ella	21
Cap. II. De las operaciones que el entendimiento tiene que practicar en la apreciación de la prueba, y de la naturaleza del Derecho probatorio.	43
Cap. III. De los hechos que se pueden probar en juicio y de la ley que rige la prueba	60
Cap. IV. Del litigante á quien incumbe la prueba y de la prueba de los hechos negativos	87
Cap. V. De las pruebas llamadas privilegiadas y de las pruebas especiales	108
Cap. VI. De las analogías y de las diferencias que hay entre la prueba en materia civil, y la prueba en materia criminal	135
Cap. VII. Clasificación de las pruebas	142

Segunda parte

De la prueba en materia civil

Págs.

Cap. I. Consideraciones generales de las pruebas preconstituídas..... 161
Cap. II. De la confesión..... 186
Cap. III. de la confesión (continúa)..... 215
Cap. IV. De la prueba documental, en lo general 241
Cap. V. De los documentos públicos..... 256
Cap. VI. De las contraescrituras, de los documentos auténticos y de las actuaciones judiciales consideradas como instrumentos públicos ... 290
Cap. VII. De los documentos privados..... 309
Cap. VIII. De los documentos privados (continúa) 331
Cap. IX. De la prueba testimonial..... 358
Cap. X. De la prueba testimonial (continúa)..... 375
Cap. XI. Del reconocimiento y de la inspección del Juez y de la prueba pericial..... 600
Cap. XII. De la fama pública y de las presunciones..... 421
Cap. XIII. De la prueba en el procedimiento convencional y del juicio civil por jurados..... 450

Tercera Parte

De la prueba en materia criminal

Cap. I. Consideraciones generales..... 454
Cap. II. División objetiva de las pruebas. Pruebas directas..... 781

Págs.

Cap. III. De las Pruebas indirectas..... 504
Cap. IV. De las pruebas indirectas (continúa)... 530
Cap. V. División subjetiva de la prueba. Pruebas reales y pruebas personales. Originalidad de las pruebas..... 350
Cap. VI. División formal de las pruebas. Prueba testimonial..... 562
Cap. VII. División formal de la prueba· Prueba testimonial..... 579
Cap. VIII. División formal de la prueba. Prueba testimonial. Testimonio del ofendido. Prueba pericial..... 600
Cap. IX. División formal de la prueba. Prueba testimonial. Testimonio del acusado..... 616
Cap. X. División formal de la prueba. Prueba testimonial. Testimonio del acusado acerca del hecho ajeno. De la confrontación y de los careos..... 649
Cap. XI. De la división formal de la prueba. Prueba documental. Prueba material. Cuerpo del delito .... , ... 668
Cap. XII. Prueba compuesta. Pruebas de cargo. Pruebas de descargo. Relación entre unas y otras. Conclusión..... 683

OBRAS PUBLICADAS POR ESTA CASA

Código Civil del Distrito Federal y Territorios, promulgado en Marzo de 1884. Copia íntegra de la edición oficial. Un tomo en 8.°, de 522 páginas, tamaño 15 $^1/_2$ por 9 $^1/_2$ cm., encuadernado en tela ble con puntas redondas ..... $ 1 00

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, reformado y adicionado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto de 1° de Junio de 1880. Magnífica edición, escrupulosamente corregida, un tomo en 8°, mide 15 $^1/_2$ por 9 $^1/_2$ cm., encuadernado en tela inglesa flexible 1 00

Código de Procedimientos Penales (El), concordando con el Código Penal. Contiene, además, una serie de formularios de los juicios penales, inclusive los de la competencia de los jurados, por el Lic. Ricardo Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Un tomo en 8°, de bolsillo, con 244 páginas, encuadernado en tela y planchas 1 00

EL TRATADO DE PRUEBAS JUDICIALES
de Silvestre Moreno Cora,
se terminó de imprimir en
Lito Impresiones Macabsa, S.A. de C.V.
en Diciembre de 1992,
siendo su tiraje de 500 ejemplares.
La supervisión Editorial estuvo
a cargo de Adriana Canales Pérez

"CLASICOS DEL DERECHO MEXICANO"

I.- JACINTO PALLARES
"El Poder Judicial"

II.- MANUAL DE LA PEÑA Y PEÑA
"Lecciones de Práctica Forense Mexicana"
4 Volúmenes

III.- MANUEL MATEOS ALARCON
"Estudios sobre las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal"

IV.- ANTONIO DE J. LOZANO
"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas"
2 Volúmenes

V.- JACINTO PALLARES
"Curso de Derecho Mexicano"

VI.- SILVESTRE MORENO CORA
"Tratado del Juicio de Amparo"

VII.- MANUEL MATEOS ALARCON
"Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal"
6 Volúmenes

VIII.- FLORENTINO MERCADO
"Libro de los Códigos o Prenociones Sintéticas de Codificación Romana, Canónica, Española y Mexicana"

IX.- RAMON RODRIGUEZ
"Derecho Constitucional"

X.- FELIX PALAVICINI
"Historia de la Constitución de 1917"

XI.- FRANCISCO ZARCO
"Historia del Congreso Extraordinario Constituyente, 1856-1857"

XII.- FERNANDO ROMERO GARCIA
"Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1917"

XIII.- MIGUEL S. MACEDO
"Apuntes para la Historia del Derecho Penal"

Publicación Especial
Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial