



CAPITULO VI.

DE LA PRUEBA. (1)

SECCION I.—Nociones generales.

81. El título del capítulo VI del Código dice: *De las pruebas de las obligaciones y de las del pago*. Este título está tomado del *Tratado de las obligaciones* de Pothier (4.ª parte). Es evidentemente demasiado compendiado. Si se le tomase á la letra, sería preciso decir que las disposiciones del Código sobre las pruebas solo se aplican á las obligaciones convencionales. ¿Cuáles serían entonces los principios que rigieran la prueba de las obligaciones resultando de un cuasi contrato, de un delito ó de un cuasi delito? ¿y cómo se haría la prueba en materia de derechos reales? El Código no contiene otras reglas sobre pruebas que las de nuestro capítulo VI. Esas reglas son, por otra parte, generales por naturaleza, no hay ninguna razón para limitarlas á las obligaciones. Lo que el Código agrega del pago es también inexacto: ¿Es que la novación, la compensación, y los otros modos de extinción de las obligaciones no se prueban según los principios de nuestro capítulo VI? Esto es un vicio de clasificación, pero la clasificación no hace ley y menos aún el error de clasificación. Todos están de acuerdo sobre este

1 Bonnier, *Tratado teórico y práctico de las pruebas* (3.ª edición, 2 vol. in 8º Paris, 1862):

punto. (1) Si se desea una autoridad, citémos las palabras de Bigot-Préameneu, quien dice en la Exposición de los motivos: “Las obligaciones y sus pagos son *hechos* sobre los que puede haber, como sobre *todos los demás*, una prueba literal, ó una prueba testimonial, ó presunciones, ó la confesión de la persona obligada, ó su juramento.”

82. ¿Que se entiende por *prueba*? Una parte alega un hecho de justicia, la otra contesta. Aquella que lo alegó debería *probarlo*; es decir, establecer la verdad del hecho por vía legal; la ley determina los medios para probar un hecho en justicia; es por uno de esos medios legales por el que debería establecer el hecho. La prueba es, pues, la demostración legal de la verdad de un hecho. Alguna vez se entienden por prueba los medios mismos que las partes emplean para demostrar el hecho contestado. En este sentido, se distinguen varias especies de pruebas, tales como la prueba literal, la testimonial, para indicar que se prevalece uno de un escrito ó del testimonio para establecer un hecho. (2)

83. Las pruebas admitidas por la ley, son: la prueba literal, la testimonial, las presunciones, la confesión de la parte, y el juramento (art. 1,316). El Juez no puede admitir otras. Es una antigua y célebre cuestión el saber si el magistrado tiene derecho para decidir una contestación por el conocimiento personal que tuviere de los hechos. La negativa es segura. Toullier lo establece perfectamente. Lo que da peso á una prueba presentada en justicia, es el debate contradictorio al cual se somete; es, pues, de la esencia de una prueba que pueda ser combatida. ¿Qué sería la pretendida prueba consistiendo en el conocimiento personal del

1 Moulton, t. II, pág. 798, núm. 1,513. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 522, núm. 275 bis I.

2 Duranton, t. XIII, pág. 7, núm. 6. Aubry y Rau, t. VI (de la tercera edición) pág. 321, pfo. 749. Colmet de Santerre, t. V, página 523, núm. 276 bis.

juez? Un testimonio del que ninguna de las partes tendría conocimiento y que, por consiguiente, no podrían combatir. En vano se dice que el juez teniendo la certeza que tal hecho existe ó no existe, no puede ni debe someter su convicción al contrato de las partes. El primer deber del juez es observar la ley: ella le indica cuales son las pruebas según las que debe admitir ó desechar la verdad de un hecho. Si el hecho está probado legalmente, debe admitirlo, y si no está demostrado, no debe tenerlo en cuenta. Su conocimiento personal no puede pesar en la balanza, porque él también puede equivocarse; es, pues, conforme con la justicia y la moral que haga abstracción de lo que personalmente sabe, para mejor decir, de lo que cree saber, pues existe siempre una probabilidad de error en nuestras convicciones, las más firmes.

La jurisprudencia está en este sentido. Los movimientos son raros, porque el principio es tan elemental y de una verdad tan evidente, que no sucede á menudo que el juez se coloque primero que la ley decidiendo una contestación por el conocimiento personal que tiene del negocio. Un Tribunal de primera instancia había rechazado los medios de la defensa, fundándose sobre el conocimiento personal, que los jueces habían adquirido fuera del proceso, de los hechos sobre los que las partes estaban en desacuerdo. Esta decisión fué reformada por una apelación. Los primeros jueces, dice la Corte, oponiendo su propio testimonio á las aserciones del demandante y á las pruebas por él presentadas, desconocieron la primera regla de justicia: *Ne inauditus condennetur*, puesto que la parte así sentenciada, ha estado en la imposibilidad de discutir la opinión del juez y de demostrar su error. Cuando se trata de un punto de derecho, el juez puede suplir las omisiones de la defensa, es su misión aplicar la ley. Pero es preciso, desde luego, que los hechos litigiosos estén comprobados, y no lo pueden ser por el conoci-

miento que el juez tiene como hombre privado, deben serlo por las pruebas legales que las partes invocan ante él. (1)

84. Las consecuencias que resultan de esos principios son igualmente ciertas é incontestables. Si una obligación queda establecida por un acto auténtico, y que la prueba resultando del acto no sea combatida, el juez debe condenar al deudor, aun cuando supiera de ciencia cierta que el acto es falso. La ley así se lo ordena, y su conciencia le manda obedecer la ley. Esto parece injusto. En realidad, la opinión contraria sería inícuca, pues el magistrado sería á la vez acusador, testigo y juez, sin que el condenado hubiere podido ser oído.

El demandante no tiene prueba literal; no es admisible la prueba por testigos, en razón al monto pecuniario del hecho litigioso, no admite el juramento del demandado porque no tiene confianza en su moralidad. ¿Qué hará el juez si ha sido testigo del contrato? ¿Se podrá fundar sobre este conocimiento personal para fallar en favor del demandante? Nó, pues la ley le prohíbe decidir por testimonio, aun si los testigos fuesen admitidos por la parte contraria; con mayor razón no puede escuchar su propio testimonio; puede engañarse, y aquel á quien este testimonio perjudica no tiene ningún medio para remediar el error. En medio de todas las posibilidades de error, inevitables cuando se trata de seres falibles, el legislador debía apegarse exclusivamente á las pruebas legales. (2)

85. Las pruebas legales no siempre son admisibles; tienen sus condiciones fuera de las que no pueden ser invocadas. ¿Cuáles son esas condiciones? La cuestión es tan difícil como importante; la doctrina está en desacuerdo con la juris-

1 Rennes, 29 de Febrero de 1820 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,628). Montpellier, 23 de Noviembre de 1952 (Daloz, 1853, 2, 232). Bastia, 7 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 2, 188).

2 Toullier, t. IV, 2, págs. 50-51, núm. 39. Duranton, t. XIII, página 8, núm. 9.

siempre fundar su decisión sobre un procedimiento hecho ante un Tribunal de represión? Hay un grave motivo de duda, y es que los testimonios en materia criminal se reciben de distinta manera que en materia civil. Ante los tribunales de represión, la instrucción escrita es secreta y tiene lugar en ausencia del reo. Es verdad que hay un debate oral público, pero no queda de éste ninguna troza escrita; la instrucción contiene, pues, declaraciones contra las que el reo no pudo reclamar por otras declaraciones que estén consignadas ó escritas. En las instrucciones civiles, al contrario, todo es contradictorio; los hechos de que se pide la prueba deben ser articulados, la admisión de esos hechos es previamente apreciada y la prueba contraria es de derecho; hay pues, en materia civil, garantías que no existen en materia criminal. Esas graves consideraciones han inclinado á la Corte de Casación para casar una sentencia que tenía por base las declaraciones de testigos recibidos ante un oficial de policía judicial. (1)

Sin embargo, la Corte de Casación no mantuvo esta jurisprudencia rigurosa. El rigor sobrepasa, en efecto, las disposiciones de la ley. ¿Qué importa que las declaraciones de los testigos en materia criminal se hagan sin contradictor? Todo lo que está permitido deducirse de ella, es que la parte interesada puede pedir en la instancia civil, combatir esas declaraciones; no tienen otro valor que el de una declaración comprobada auténticamente, pero no se les puede quitar dicho valor. Cuando se invoca una instrucción, esto implica que la prueba testimonial está admitida; y cuando el juez puede decidir sobre testimonios, puede también admitir presunciones (art. 1,353). ¿De dónde sacará esas presunciones? La ley no le marca límite alguno; luego puede buscarlo en los documentos de un procedimiento criminal. La

1 Casación, 22 messidor, año II (Dalloz, en la palabra *Cuestión judicial*, núm. 19, 1°)

Corte de Casación lo decidió así en materia de fraude y dolo. Cuando el acto es atacado por causa de dolo ó de fraude, el art. 1,353 autoriza á los tribunales para admitir presunciones; se atiende á la apreciación del juez en cuanto á los hechos y circunstancias, de donde deduce las presunciones dichas del hombre. (1) La Corte no habla del dolo ni de fraude, no debe concluirse que no pueda el juez ocurrir á la instrucción criminal, sino para establecer hechos dolosos. El art. 1,353 es general; en los casos en que la ley admite las pruebas testimoniales, autoriza también al juez para fundar sus decisiones sobre simples presunciones entregadas á sus luces y á su prudencia; si hubiere un principio de prueba escrita, el juez podría ocurrir á presunciones para completar la prueba y podría tomar esas presunciones en un proceso criminal.

87. Queda aún alguna incertidumbre acerca de este punto esencial. ¿Los documentos de un proceso criminal constituyen una prueba legal, en el sentido que el juez debe aceptarlos como elementos del debate, salvo el apreciar su valor? Acerca de este punto, la jurisprudencia de la Corte de Casación es muy indecisa. Ella ha sentenciado que los tribunales no están obligados á tomar los elementos de su convicción en los documentos de una instrucción criminal. (2) Ninguna ley, dice una sentencia, prohíbe á los jueces civiles, tomar elementos de convicción en los documentos de un procedimiento criminal, pero también ninguna ley le impone esta obligación. (3) Cuando los jueces del hecho fundan su hecho ante la justicia represiva, la Corte de Casación pronuncia sentencias de denegada; es un poder discrecional, dice, que les pertenece soberanamente.

1 Casación, 2 de Junio de 1840 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 597, 2º). En el mismo sentido (Daloz, 1875, 2, 52).

2 Denegada, 2 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,623, 2º).

3 Denegada, 20 de Mayo de 1840 (Daloz, en la palabra *Prueba*, núm. 4,628, 2º).

¿Quiere esto decir que la prueba es facultativa? Es preciso entenderse. Se lee en una sentencia de denegada: "Si es verdad que en materia civil el juez puede en caso necesario, tomar los elementos de su decisión en un proceso criminal, sin embargo también lo es, que no está obligado á ello por ninguna disposición. Es, pues, una *facultad* que puede ejercitar y no un deber que le está impuesto. Por consiguiente, si una corte piensa *que no necesita ocurrir* á una instrucción criminal dirigida contra una de las partes en instancia ante ella, rehusar consultar aquella instrucción criminal no acredita el recurso de casación. (1) Sin duda, si la Corte juzga *no necesitar* ocurrir á una prueba, no se le puede obligar á ello, puesto que pertenece al juez decidir si se haya suficientemente ilustrado. Pero allí no está la dificultad, se pregunta si la prueba es facultativa, en este sentido que el juez pueda rehusar tomarla como elemento de convicción. No por cierto, en este sentido no hay prueba facultativa; toda prueba es legal caundo puede servir de base á la decisión del juez; luego los documentos de un procedimiento criminal pueden ser consultados y deben serlo si una parte lo solicita, á no ser que el juez no encuentre esta superabundancia de prueba útil. Una sentencia de casación corrige lo que las otras decisiones dejaban indeciso ó habían declarado de un modo demasiado absoluto. Un concordato estaba atacado por causa de fraude y de dolo. Había una queja por bancarrota fraudulenta, sobre la que había intervenido, después de su instrucción, una sentencia de no ha lugar. Suspendida por causa de promoción criminal, la acción volvió á tomar curso y los demandantes persistieron en sostener que el concordato era el resultado de un fraude y de un dolo. Su acción fué desechada por la Corte de Paris, por el motivo de no producir ni ofrecer siquiera para establecer el dolo y el

1 Denegada, 22 de Junio de 1843 (Daloz, en la palabra *Disposición entre vivos*, núm. 2,469).

fraude, otra prueba más que las que resultaban de la instrucción criminal, y que los jueces no podían tomar sus elementos de convicción en una instrucción criminal. Esta sentencia fué casada como contrariando expresamente el artículo 1,353. (1) Fué, pues, decidido que los jueces deben tomar en consideración las instrucciones criminales cuando las partes las alegan como prueba. Esto pertenece á la esencia de la prueba. El poder discrecional que pertenece á los jueces en materia de prueba testimonial y de presunciones, queda entero, porque les pertenece apreciar el valor de la prueba ofrecida.

88. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está también indecisa. Ha sido juzgado por la Corte de Bruselas que el juez civil no puede tomar una instrucción criminal como fundamento de sus decisiones, porque en las instancias civiles todo debe hacerse contradictoriamente. (2) La Corte de Lieja al contrario, ha juzgado que un incendio había sido resultado de una mala intención, apoyándose en promociones criminales, sin discutir la cuestión. (3) La Corte de Bruselas rectificó su primera jurisprudencia, diciendo que el juez podía tomar presunciones en un proceso criminal; (4) y la Corte de Casación se pronunció por la misma opinión en el negocio Delaet. Tratábase de una instrucción civil fundada en el dolo personal de la parte que había obtenido en la causa. El dolo, pudiendo probarse por la presunción, el juez del hecho puede tomar los elementos de su convicción en un proceso criminal; la ley los abandona á las luces y á la prudencia del magistrado, de donde resulta que es soberano apreciador de las circunstancias, de las que

1 Casación, 2 de Junio de 1840 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 597, 2º).

2 Bruselas, 6 de Marzo de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 68).

3 Lieja, 29 de Abril de 1816, (*Pasicrisia*, 1816, pág. 122).

4 Bruselas, 25 de Marzo de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 203)

hace nacer su convicción. (1) Se vé que la jurisprudencia de las cortes de Bélgica tiende, como la jurisprudencia francesa, á permitir al juez civil de prevalecerse de los procedimientos criminales.

89. El juez no puede admitir las pruebas legales para todo genero de hechos; es preciso que sean procedentes; es decir, que sean de naturaleza tal que influyan en las decisiones del proceso. ¿Para qué probar hechos que no tuvieron influencia en la decisión del proceso? Esto sería hacer gastos frustrados y alargar el procedimiento sin ninguna utilidad. La ley lo dice para las instrucciones (Código de Procedimientos, art. 254); la regla debe ser generalizada, porque resulta de la misión del poder judicial; el juez está llamado á distribuir justicia, luego el procedimiento debe limitarse á las pruebas que lo pueden ilustrar. Tal es el sentido del antiguo adagio: *Frustra probatur quod probatum non relevat.* (2)

90. Hay dos partes en una causa: ¿quién debe probar los hechos de los que pende la decisión? ¿Es el demandante ó el demandado? Se contesta, en lenguaje de escuela, que el peso de la prueba incumbe al que alega el hecho. No es sin razón que se llama fardo la obligación de probar en justicia un hecho contestado; hemos hablado ya en otro lugar, de la prueba de la propiedad y de las dificultades á que da lugar. Es, pues, un cargo difícil el de probar; importa saber lo que pesa. En seguida, y esto es el punto capital, el juez decide contra aquella de las partes que debía hacer la prueba y no la presentó. Reclamo un crédito contra Pedro, á mí toca probar el fundamento de la demanda; si no consigo dar la prueba de lo que pretendo me es debido, el juez decidirá que Pedro nada me debe. Pruebo que Pedro me de-

1 Denegada. 29 de Diciembre de 1870 (*Pasicrisia*, 1871, 1, 65).

2 Bonnier t. I, pág. 59, núm. 61. Aubry y Rau, t. IV, pág. 324, nota 13, pfo. 749. Gaud, 29 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 297).

be mil francos. Pedro me opone que está liberado, si no llega á probar el hecho de su deliberación, el juez le condena á pagar. Esto es el sentido del adagio: *Actore non probante, reus absolvitur*. Se entiende por *actor* ó *demandante*, los que alegan un hecho y que deben probarlo; si esta prueba no está ministrada el juez da razón á la parte adversa. Esta es la consecuencia del principio que la ley establece acerca del punto de saber á quién incumbe el fardo de la prueba. (1)

91. El art. 1,315 dice: "Aquel que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, aquel que se pretende liberado, debe justificar el pago ó el hecho que produjo la extinción de la obligación." La ley no decide la cuestión del fardo de la prueba sino para las obligaciones; debe ser generalizada y formulada, de manera que reciba su aplicación á todas las demandas que se conocen en justicia y á todos los medios que le opone el defensor. Aquel que intenta una acción ó que opone un medio de defensa al demandante, debe probar los hechos que sirven de fundamento á su demanda ó á su defensa. Toca, pues, á aquel que alega un hecho, el probarlo, porque el demandado se vuelve demandante en cuanto á la defensa que opone; este es el sentido de los antiguos adagios que están concebidos en los términos más generales que la disposición del artículo 1,315: *Actori incumbit probatio. Reus excipiendo fit actor*.

Este principio se funda en razón. ¿Por qué debo yo probar la obligación cuya ejecución reclamo? Porque la libertad es la condición general de los hombres; el uno no está ligado respecto á otro sino por excepción; cuando por ley, por una convención, por una promesa, un delito ó un cuasidelito, se halla obligado hácia otra persona. Luego pertenece á aquel que pretende que le estoy obligado, probar el he-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 53, núm. 40. Colmet de Santerre, t. V, pág. 523, núm. 276 bis III, y pág. 526, núm. 276 bis VIII.

cho que dió lugar á una obligación á mi cargo. Reivindico la propiedad de un inmueble contra su poseedor: ¿Por qué debo probar que yo soy el propietario? Porque en general, los que poseen tienen también propiedad de la cosa; si quiero batir al poseedor debo probar que la cosa es mía.

Cuando el defensor opone una excepción al demandante, debe probar el fundamento de esta excepción. ¿Por qué? En general, el demandado nada tiene que probar; al demandante toca establecer el derecho que demanda en justicia, si no llega á establecer la prueba, el demandado la obtiene, sin que necesite probar nada para ello. Pero cuando el demandante establece su derecho, el demandado está obligado, si quiere evitar su condena, á probar que está liberado si se trata de una obligación. Si resulta de la prueba presentada por el demandante que el demandado está ligado, este último debe probar que está desligado; es decir, establecer el hecho que extinguió su obligación; mientras tanto, queda obligado, y debe prestar á aquello que se obligó. Si se trata de una acción real, el demandante en reivindicación debe probar que es propietario, el poseedor nada tiene que probar. Si aquel que reivindica no prueba su derecho, el poseedor gana por este solo hecho. Pero si el actor establece su derecho, el poseedor no puede escaparse de la evicción sino probando que el demandante no es ya propietario y que él adquirió la propiedad; el demandado se vuelve actor y, como tal, está sometido á la ley que impone la prueba al demandante. (1)

92. Principios tan elementales no pueden dar lugar á debates en justicia. Pero los hechos de la duda real no tienen nunca la sencillez de la teoría. Hé aquí por qué sucede que los principios los más sencillos levantan dificultades en la

1 Colmet de Santerre. t. V, pág. 524, núm. 276 bis V y VI. Mourlon, t II, pág. 799, núm. 1,515.

aplicación. (1) Una obligación es contraída en 1785. En 1813, una acción es intentada; se prosigue, á través de muchas vicisitudes, hasta 1841. Los demandados oponen al demandante que debe probar el fundamento de su derecho; aparentando convenir que la obligación existió en otro tiempo, pretenden que no está probado que exista todavía, no habiendo producido el título el demandante. La Corte de Bruselas contesta que la existencia de la obligación está probada de la manera más completa, y que la prueba de una obligación hecha en cualquiera época, subsiste contra el deudor por todo el tiempo en que aquel no prueba que la obligación se ha extinguido, sea por prescripción, sea por alguna otra causa legal de extinción. No basta que el acreedor presente su título, no basta que el deudor alegue fuertes presunciones de pago. Por una parte, la obligación puede ser probada sin que el título sea presentado, y por la otra, el juez no puede decidir la contestación por presunciones, sino cuando la prueba testimonial es admisible. Este decidió la cuestión contra los demandados. (2)

Un acreedor hipotecario elige domicilio en casa de un escribano. Este, según parece, no fué avisado de este hecho. El inmueble es rematado, una orden se abre y se cita por notificación al acreedor en el domicilio elegido. No fué dado curso á la cita de esta acción del acreedor contra el escribano. Una primera cuestión se presenta. ¿Había mandato dado por el acreedor y aceptado por el escribano? La Corte de Casación decidió que el oficial ministerial al que son transmitidas piezas para un negocio que entra en su ministerio, está obligado á contradecir el mandato que esta transmisión le confiere, si no quiere aceptarlo; su silencio junto á la excepción de los expedientes, constituye una pre-

¹ Una sentencia reciente de la Corte de Casación, casó un juicio del Tribunal de Marsella por violación del art. 1315. Casación, 19 de Enero de 1874 [Dalloz, 1874, 1, 141].

² Gaud, 12 de Junio de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 143).

sunción de aceptación que no puede destruir más que por la prueba de su falta de consentimiento. Una vez establecida la oferta de mandato, se debía aplicar el art. 1,315, y decidir que al escribano toca probar los hechos conjuntivos de su no aceptación, si quiere escapar á las consecuencias de la aceptación del mandato. (1)

93. La aplicación de estos principios al derecho real, levanta grandes dificultades; las hemos examinado al tratar de la reivindicación y de las servidumbres. Nos limitaremos, para completar la exposición de los principios que rigen esta materia, á relatar una sentencia de la Corte de Casación, pronunciada en materia de acciones posesorias.

Una acción posesoria es intentada en 1847; tenía por causa una perturbación llevada á la pretendida posesión del demandante por trabajos del demandado. El juicio declara la acción posesoria mal fundada, el demandante no habiendo justificado ningún hecho de posesión en el año de la perturbación. En 1851, el demandado primitivo forma á su vez una acción posesoria, á razón de una perturbación resultando de construcciones hechas por el demandante primitivo. Tocaba al demandante probar su posesión en el año de la perturbación; pretendió que no tenía que probarla, puesto que el primer juicio habiendo desechado la posesión de su contrario, establecía que él era poseedor. Suponiendo, contestó la Corte de Casación, que aquel juicio reconozca implícitamente la posesión del demandante actual, en todo caso, solo hubiera estatuido sobre el estado de los casos preexistentes y no sobre el porvenir; el pretendido poseedor del año de 1847, no siendonecesariamente poseedor en 1851, debería aprobar su posesión en el año de la perturbación. Pero el primer juicio no reconocía la posesión del defensor, le limitaba á declarar que no había lugar á la demanda del actor por el solo motivo que no justificaba ningún hecho de

1 Denegada, 18 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 299).

posesión en el año de la perturbación; no había para qué reconocer ni mantener una posesión contraria en favor del demandado, el cual no alegaba entonces ser poseedor y no formaba, á este respecto, ninguna demanda reconvenzional. De esto se seguía que la sentencia fundada sobre la falta de prueba del actor no implicaba la prueba de una posesión cualquiera en favor del demandado; el demandado á la acción posesoria, como todo demandado, nada tenía que probar. Aunque no hubiere ejercitado ningún acto posesorio antes del hecho calificado de perturbación por su adversario, le bastaba oponer al demandado la falta de justificación de la posesión; luego la sentencia desechando la demanda no formaba ninguna prueba de la posesión del demandado. Las partes quedaban en los términos del art. 1,315. En la segunda instancia, tocaba al actor probar su posesión anual. (1)

94. ¿El principio establecido por el art. 1,315, tiene excepción? Existe una primera que estableció la jurisprudencia. El demandado nada tiene que probar, puede quedar en inacción negando simplemente el derecho que el demandante reclama contra él. En lugar de conservar esta posición quedando en la defensiva, puede oponer una excepción y ofrecer su prueba. ¿Los papeles se hayan intervertidos por éste? ¿Será la prueba á su cargo? ¿Y si no consigue probar, perderá el negocio? Promover una excepción cuando el demandante no ha establecido el fundamento de su demanda, es renunciar á un derecho que la ley da al demandado; la cuestión es, pues, saber si esta renuncia es válida. La ventaja de la defensiva es un beneficio legado á la defensa; el demandado puede renunciarlo, pues este beneficio nada tiene que ver con el orden público y las buenas costumbres. Desde luego, nada impide que el demandado se vuelva actor si lo quiere; si sucumbe, será por imprudencia suya. El juez está

1 Denegada, Sala de lo Civil, 21 de Marzo de 1854, sobre el informe de Laborde (Dalloz, 1854, 1, 278).

obligado á estatuir sobre las conclusiones que les son sometidas, no puede de oficio, devolver al demandado el papel que éste abdicó.

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. El comprador pide la nulidad de una venta por motivo que la cosa vendida no tiene la calidad prometida por el vendedor. Le toca dar la prueba. Pero si el vendedor opone inmediatamente una excepción y pide probar que la cosa tenía la calidad que le había atribuido en la convención, el comprador no tiene ya nada que probar; el vendedor ha tomado para sí el fardo de la prueba y debe sufrir las consecuencias de su hecho. En el caso, se sostenía que el vendedor había renunciado el beneficio del art. 1,315; la Corte de Casación admite válida la renuncia que acabamos de deducir. Pero de hecho, el vendedor no había renunciado á la ventaja de la defensiva, de suerte que quedaba bajo el imperio del art. 1,315. (1) Así sucederá ordinariamente: pocos demandados cometerán la locura de renunciar un derecho que les asegura el gane, suponiendo que el demandante no pueda establecer el fundamento de su demanda.

95. Si se debe cecer un antiguo adagio, habría una segunda excepción á la regla del art. 1,315. La negativa no se prueba; luego aquel que alega un hecho negativo no está obligado á probarlo. Los glosadores habían imaginado este pretendido principio por una mala interpretación de los textos romanos; su error es reconocido por todos los autores; se puede en general probar un hecho negativo probando el hecho positivo contrario. Yo pruebo que no sois belga probando que sois francés, ó que habeis perdido vuestra calidad de belga. Es verdad que hay proposiciones negativas que no se pueden probar, tal sería la proposición que yo no soy vuestro deudor; se necesitaría probar que no soy vuestro deudor por ningún título lo que es poco menos que imposible. Pero

1 Denegada, 27 de Mayo de 1862 [Dalloz, 1862, 1, 433].

la imposibilidad no proviene de que se trata de un hecho negativo, proviene de que el hecho es indefinido, lo mismo sucedería con un hecho afirmativo indefinido. Poco importa que la prueba sea más ó menos difícil, aun imposible, esto no dispensa á aquel á quien la prueba incumbe el probar el hecho. En efecto, la ley no porta ninguna excepción á la regla del art. 1,315 en lo que concierne á los hechos negativos. Aun hay más, el Código exige la prueba de los hechos negativos aun cuando no pueden ser establecidos por medio de la justificación de un hecho contrario. Aquel que pide la declaración de ausencia, debe probar que de la persona que se presume ausente, no se tiene noticia desde cuatro años. Aquel que promueve en repetición de lo indebido, debe probar que no es deudor; volveremos sobre esta última cuestión que es siempre controvertida. Á pesar de la evidencia de los principios que acabamos de exponer y que los autores los acatan, el antiguo adagio está siempre citado cuando la necesidad de la causa lo exige. Toullier, después de haber muy bien establecido la falsedad del adagio, prorrumpe: "Arrojémos, pues, de la escuela, y para siempre, la sutil é inútil doctrina de los glosadores; apartémos del Tribunal la falsa y trivial máxima, que no se prueba una negativa." Las máximas tradicionales tienen una potencia increíble; es preciso combatir las en cada oportunidad, hasta que se establezca una tradición contraria. (1)