

El Derecho en el Quijote(*)

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor Principal

Resumen: El autor hace el comentario no sólo de la conducta del Quijote, que importa una actitud jurídica, sino de las frases y de los giros de derecho contenidos en la famosa obra de Cervantes; y termina con el estudio de la prestación imposible sin culpa del deudor y de la prueba, que son materias jurídicas que se encuentran señaladas en el libro y que han sido investigadas con el auxilio de doctrina extranjera.

LA PRUEBA EN EL DERECHO

Otro instituto jurídico, —el de la prueba—, el más trascendente, lo encontramos también en el libro:

“... para sacar una verdad en limpio menester son muchas pruebas y repruebas” (151).

Estas expresiones de un hombre que evidentemente sabe derecho, se deben a que un muchacho (trujumán) del titiritero maese Pedro, narra que van a ejecutar la sentencia (sólo los abogados sabemos en qué consiste la ejecución de un fallo). Y el muchacho agrega que el fallo habría de ejecutarse “aún bien apenas no habiendo sido puesta en ejecución (no habiendo sido probada) la culpa, porque entre moros *no hay traslado a la parte, a prueba y estése (a lo resuelto)*”, como entre nosotros. Todas éstas son providencias judiciales harto conocidas en la brega de nuestra profesión.

En el derecho de los hombres todo es *prueba*, a no ser que exista alguna presunción. Quien prueba vence, o, por lo menos, debería vencer.

(*) La primera parte apareció en esta REVISTA, vol. 37º n° 1, enero-abril 1973 págs. 5-67.

(151) “El Ingenioso hidalgo...”, cap. XXVI de la parte 2a. CERVANTES sabía que en el derecho de los humanos todo queda librado a la prueba de los hechos. La frase completa es: “Niño, niño —dijo en voz alta a esta sazón don Quijote—, seguid vuestra historia línea recta, y no os metáis en las curvas o transversales; que para sacar una verdad en limpio menester son muchas pruebas y repruebas”.

Sabía CERVANTES distinguir prenda de caución. Por no poder prestar ésta es que continuó en la cárcel de Sevilla, forjando el libro excelso. Había caído tan hondo, que nadie quería ser su fiador.

En estos momentos, maese Pedro dirá:

“—Muchacho, no te metas en dibujos, sino que haz lo que ese señor te manda, que sería lo más acertado; sigue tu canto llano, y no te metas en contrapuntos, que se suelen quebrar de sutiles” (152).

Y pese a que en otro lugar don Quijote dice: “. . . que las armas de los togados son las mismas que las de la mujer, que son la lengua . . .” (153).

Sí; es verdad. El ejercicio de nuestra profesión requiere finura, sutileza, para interpretar la norma. Nosotros, somos hombres de matices.

Con la prueba al que administra justicia se le permite conocer la verdad. La prueba no persigue sino la verdad. El derecho se apoya en lo verdadero.

CERVANTES en el pasaje reproducido, nos describe a quienes no necesitan de prueba alguna para determinar de qué lado está la justicia, o sea cuál es la verdad.

Sólo Dios no necesita que se le acredite la verdad, porque El sabe discernir justicia sin prueba. El siempre conoce inmediatamente qué es lo verdadero (154).

Sobre prueba también hay mucho en la libertad que da don Quijote a los galeotes. Antes habrá de decir el guarda de los galeotes “—Aunque llevamos aquí el registro y la fe de las sentencias de cada uno de estos desventurados . . .” (y los abogados entendemos que se trata de la fe que tienen ciertos funcionarios). Es entre esos condenados que nos encontramos con aquel galeote que no pudiendo resistir el tormento y que estaba sentenciado “por canario”, habló de su delito, que era ser

(152) “El ingenioso hidalgo . . .”, cap. XXVIII de la parte 2a.

(153) “El ingenioso hidalgo . . .”, cap. XXXII de la parte 2a. En buena hora, porque primero fué el Verbo.

(154) En la Biblia leemos:

“Porque la palabra de Dios es viva y eficaz, y más cortante que toda espada de dos filos; y penetra hasta partir el alma y el espíritu, las coyunturas y los tuétanos, y discierne los pensamientos y las intenciones del corazón”. Hebreos, 4: 12.

Y con respecto a los hechos humanos que hacen o que se localizan sobre las cosas, la Biblia dice:

“Y no hay cosa creada que no sea manifiesta en Su presencia; antes bien todas las cosas están desnudas y abiertas a los ojos de Aquel a quien tenemos que dar cuenta”. Hebreos, 4: 13.

En San Mateo dícese:

“... y tu Padre que ve en lo secreto te recompensará en público”. San Mateo, 6: 4.

“... El hombre no puede huir ni esconderse de El”. Jeremías, 23: 23 y 24.

Existen pueblos que antes que el testigo declare en el proceso, lo hacen jurar así:

—“Juro por Dios Todopoderoso y que lo sabe todo, que diré la verdad, que no ocultaré nada y no añadiré nada”.

cuatrero; y se lee que iba "siempre pensativo y triste, porque los demás ladrones que allá quedan y aquí van, le maltratan y aniquilan y escarnecen y tienen en poco, porque confesó y no tuvo ánimo de decir nones; porque dicen ellos que tantas letras tiene un no como un sí, y que harta ventura tiene un delincuente que está en su lengua su vida o su muerte, y no en la de los testigos y *probanzas*; y para mi tengo que no van muy fuera de camino" (155).

En esa época la confesión del imputado era suficiente para condenarlo.

Es también a la prueba a la que alude el Quijote, en otro lugar, cuando se le recomienda a Sancho descubrir la verdad al administrar justicia. Le dirá:

"Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre" (156).

En derecho, el descubrimiento de la verdad dentro de la litis, que se hace para otorgarle a uno o a otro de los litigantes la razón, —la victoria, en fin—, tiene un carácter ético. Empero, a la vez, es pragmático. Por lo común, nadie controvierte judicialmente por razones morales por lo menos, en el área civil.

En derecho, la verdad que se busca dentro del proceso, es verdad fáctica, en cuanto esa verdad se apoya en los hechos que aportan los contendientes. Ellos llevan a la certeza, es decir, a la verdad.

Y la verdad "judicial" no viene a ser sino la correspondencia entre lo que una de las partes afirma y los hechos. La verdad que se alcanza, o se debe alcanzar, en el proceso, es así una verdad fáctica. No es una verdad lógica, en cuanto ésta no hace relación a ningún hecho. Por consiguiente, la verdad corresponde a los hechos. La pretensión que la parte invoca en juicio concuerda con los hechos; éstos corroboran la pretensión. Y los hechos son los que existen por medio de la prueba.

Los hechos que dan nacimiento a la verdad fáctica pueden ser o no ser empíricos.

(155) Parte Ia., cap. XXII. Líneas antes el Quijote dirá:

"—Antes he oído yo decir que quien canta sus males espanta". Ahora todos sabemos cómo se libera quien confiesa. Empero, como había cantado bajo tortura, el galeote le respondió:

"—Acá, es al revés, que quien canta una vez llora toda la vida".

(156) Parte 2a, cap. XLII.

La verdad en el proceso es verosímil. Existe dentro de él la verosimilitud.

Averiguada la verdad, del lado de ella estará la justicia. Lo justo sólo se aplicará a lo que resulta ser verdadero. Lo justo nunca se da a base del error. Este da nacimiento a lo falso.

La verdad en el proceso da nacimiento a la evidencia. Esta es ya una creencia. Parece, sin embargo, que dentro del ánimo del juzgador, lo que para él es evidente, lo conduce a la verdad. Por el contrario, el error; la falsedad; la inautenticidad no pueden conducir a lo verdadero y de allí seguir a lo justo.

Lo justo es siempre verdadero; pero no lo contrario, porque existen hipótesis en que la verdad no se busca con el propósito de ser justo quien la encuentra.

El juez es, por lo común, ignorante de los hechos; y para formar su convicción debe probarsele la verdad o falsedad de los hechos. La prueba se dirige a persuadirlo al juez.

La prueba es del hecho en cuanto éste tiene, con arreglo a ley, determinadas consecuencias jurídicas.

Una cuestión es cierta y no debe olvidarse jamás: Un derecho nada vale, si no puede probarse el hecho del que deriva. Y aún probándolo, en veces no declara la justicia su exigibilidad.

La prueba en el actor, está destinada a persuadir al juez que lo que demanda debe dársele.

La prueba en el demandado persigue convencer al que juzga de la verdad de su *exceptio*, en cuanto ésta consiste en oponer una defensa a la acción incoada por el demandante.

En la Partida III, ley 1, tít. 14, se dice que "Prueba es un averiguamiento que se hace en juicio sobre cosa dudosa. Pertenece al demandante quando el demandado negare la demanda, cosa o fecho. Y no probando debe ser absuelto el demandado".

Prueba viene del latin *probe*, que significa honrada y sinceramente. Asimismo, en latin la frase *ad probandum* importa convalidar o dar vigor.

También es necesario saber que el acto de probar significa fortalecer lo que uno afirma; vigorizarlo; darle fuerza; persuadir; convencer; dar crédito a lo que se expresa; acreditar.

La prueba constituye la parte de la procesalística que acusa más intensidad y donde se alcanza el más alto nivel, porque ella se ocupa del estudio de los medios para encontrar la verdad;

la autenticidad que conduce a alcanzar la seguridad jurídica en la distribución de la justicia.

Y no obstante que en el proceso civil, son las partes las que deben aportar las pruebas, todavía podría resultar que fueren insuficientes, porque, en último término, corresponde al juez apreciarlas, ponderarlas, valorarlas; y ese criterio del juzgador para bastantear las pruebas puede no ser exacto, porque es subjetivo y se encuentra subordinado a su falibilidad como humano que es.

La prueba es eminentemente fáctica; consta de hechos. Por eso la prueba es, a la postre, historia. Es también realidad y es vida. ¿Qué se prueba? Hechos. Son los hechos que dan lugar a la aplicación de determinada disposición legal. Las partes se obligan a probar hechos: art. 337 del cód. de proc. civ. Las pruebas deben concretarse a hechos: art. 339 del cód. de proc. civ.

La prueba no es más que el descubrimiento de la verdad.

DOMAT (157) decía de la prueba que era "todo lo que persuade de una verdad al espíritu".

La prueba no sólo debe atribuírsele valor pragmático, sino ético, en cuanto está destinada a hallar la verdad. (158).

James GOLDSCHMIDT (159) expresa que las pruebas son actos de las partes destinados a convencer al juez de la existencia de un hecho que la parte a quien favorece afirma que existe. Son actos de parte. Agrega que las pruebas están destinadas a convencer al juez de la *verdad*. Pero es una verdad histórico-empírica; es decir, una "verosimilitud". En otro lugar, al tratar del fin de la prueba dice que va dirigida a lograr el convencimiento del juez, porque la verdad que persigue la parte es una verdad relativa. En cuanto a los medios de prueba son aquellos que pueden ser apreciados por los sentidos; arrojan esos medios apreciaciones sensoriales. Son cuerpos físicos y exteriorizaciones del pensamiento (instrumentos, certificados, dictámenes, declaraciones de parte y juramento).

Sólo los hechos controvertidos debe tratar de probarse. El juez puede repeler las pruebas que no se concreten al asunto en litigio: art. 339 del cód. de proc. civ. Para ello el juez debe saber qué hechos deberán probarse.

(157) Cit. en la obra de los MAZEAUD, Lecciones de D. Civ., I, Nº 388, p. 673.

(158) "Cuando la verdad es detenida, el derecho perece". Isaias, 59: 15.

(159) Derecho Procesal Civil, traducción de la 2a. ed. alemana, Edit. Labor S. A., Barcelona, 1956, § 44, p. 253 ss.

Eduardo J. COUTURE (160) considera que probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

En algunos casos se prueba el derecho; así, el derecho extranjero (161).

En general, el derecho no se prueba. Se reputa conocido por todos.

También ocurre que la ley nacional es discutida en su vigencia. Es por eso que hay que probar que se encuentra en vigor.

FRANCESCO CARNELUTTI (162) expresa que cuando el hecho no está presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente; y que esos otros objetos son las pruebas. La prueba tiene por finalidad que el juez conozca el hecho o los hechos materia de la litis.

En otros casos, como en ciertos contratos civiles y en derecho mercantil, se prueba la costumbre. El art. 341 del cód. de proc. civiles se refiere a la prueba de la costumbre.

Existen juicios de puro derecho, en los que no hay nada que probar.

La ley no necesita ser probada. Debe conocerla el juzgador. Sin embargo, si el letrado que defiende a la parte no la invoca y el juez la desconoce, se corre el riesgo de perder la litis.

En derecho mercantil si es necesario probar la costumbre; y lo mismo ocurre en el contrato de locación-conducción. El art. 2 del cód. de comercio del Perú prevé que los actos de comercio se rigen por sus disposiciones y, a su falta, por los usos. Estos que forman la costumbre mercantil deben probarse. Sin embargo, con respecto a los contratos comerciales el art. 50 del cód. de comercio no se refiere como fuente supletoria a la costumbre, sino al cód. civ.

La ley peruana no necesita probarse; y se aplica aunque la parte no la invoque, si es que el juez que conoce del proceso sabe de su existencia. Empero, la ley extranjera puede probarse y

(160) Fundamentos del D. Procesal Civil, 3a. ed., Depalma, editor, B. Aires, 1958, Nº 135, p. 215.

(161) La ley extranjera debe probarse. Sobre la prueba de la ley extranjera y su sentido, o sea, su interpretación, legislan los arts. XI, XII y XIII del T. P. del cód. civ. peruano.

(162) Instituciones del Proceso Civil, I, Ed. Jurídicas Europa-América, B. Aires, 1959, Nº 163, p. 257. En otro lugar, dice que los códigos de procedimientos sólo tratan de la dinámica procesal y de los modos particulares como se utilizan las pruebas en el proceso. Pero que el concepto de cada una de las probanzas está en el C.C. de Italia: art. 2696 ss. Véase Nº 163, p. 258.

lo hace la parte a quien favorezca; asimismo, la parte puede probar su sentido, o sea su interpretación, no por lo que se observa en la jurisprudencia del país extranjero del que la ley proviene (salvo que se trate de aquellos países que otorgan valor más o menos decisorio a la jurisprudencia), sino por lo que dicen sus autores en los libros que hubieren escrito. Es siempre sospechosa la opinión de sus juristas vertida en informes y pareceres que les fueron solicitados y pagados por su clientela. El derecho del colitigante de probar la ley extranjera está contenido en el art. X del T. P. del cód. civ. Y los jueces, —no en forma general—, sino en cada caso de que estuvieren conociendo y sin que nadie se lo pida, pueden solicitar al Poder Ejecutivo que por vía diplomática, consiga del Poder Judicial del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido: art. XII del T.P. del cód. civ. Es obvio que la vigencia de la ley y su cabal interpretación debe hacerse por el tribunal de mayor jerarquía del país cuya ley trátase de aplicar en el Perú. Existen evidentemente casos en Derecho Internacional Privado, en los que en el Perú deberá observarse no nuestra legislación, sino la legislación foránea. Son aquellos cuyo conocimiento no se encuentre reservado en forma exclusiva a la justicia peruana y que mencionan los arts. 1158, 1159 y 1160 del cód. de proc. civ.

Existe una profunda diferencia en la producción de la prueba en el fuero civil y en el fuero penal.

En el área civil la prueba la deben producir las partes. El juez puede actuar limitadamente pruebas de oficio (art. 340 del cód. de proc. civ.), pero en ningún caso, para suplir la omisión de la parte en la prueba que a ésta le respecta (163).

En lo penal, la instrucción dice el art. 72 del cód. de procedimientos penales, tiene por objeto reunir la prueba del delito; y el art. 49 del mismo cód., previene que el juez instructor es el director de la instrucción y le corresponde la iniciativa en la organización y desarrollo de la instrucción; o sea es él quien debe producir la prueba, porque al agente (que es sólo inculgado), se le presume inocente. Es la justicia penal, —por intermedio del juez o del tribunal—, quien debe probar la responsabilidad del imputado o acusado, en su caso.

(163) Sent. 30 de octubre 1929; "El Comercio", 7 novbre. 1939.

En la prueba penal el juez tiene una función activa. En la prueba civil la determinación de su objeto, su extensión y la elección del procedimiento corresponde a los colitigantes. El juez civil no interviene. Sin embargo, ahora se tiende a darle la posibilidad que él mismo pueda producir probanzas que las partes han omitido.

El abogado del inculpado no tiene, por eso, necesidad de producir prueba. De allí que en lo civil, el abogado debe ser hábil en probar; el juez no necesita serlo. En lo penal, por el contrario, la habilidad para probar corresponde al juez.

COUTURE (164) distingue entre prueba penal y prueba civil. Después de afirmar que el probar es un método de averiguación y comprobación, dice que la prueba penal es averiguación; búsqueda; está dirigida a encontrar algo; y la prueba civil es comprobación; demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las afirmaciones formuladas en la secuela del juicio. La prueba penal la busca el juez instructor (entre nosotros). La prueba civil debe producirla la parte a quien conviene y el juez no puede suplir la negligencia de la parte que olvida probar aquello que debería probarlo. El juez civil es ajeno a los hechos sobre los que deberá pronunciarse en su fallo. Y para formar su convicción hay que probarle la verdad o falsedad de determinadas proposiciones.

El juez penal es un investigador de la verdad; el juez civil no. Es por eso que la prueba civil no es una averiguación de la verdad o falsedad de la demanda. El juez civil sólo toma conocimiento de la prueba que le ofrecen quienes litigan. El juez penal es un averiguador de la verdad; es un hechor de la verdad.

El juez en lo civil no conoce más que de las pruebas que le ofrecen los litigantes. Este juez no indaga por sí mismo, como lo hace el juez en lo penal. Sin embargo, en el art. 340 del cód. de proc. civ., se faculta al juez, en cualquier estado del proceso, a ordenar las pruebas que juzgue necesarias, con excepción de la prueba de testigos y la de juramento decisorio.

La prueba se omite si el demandado se allana a la demanda (conviene en la acción incoada). Ese allanamiento obra contra el demandado, aunque no se pronuncie sentencia y, prácticamente, importa el reconocimiento del derecho del actor. Sin embargo, el juez debe pronunciar sentencia no obstante que el demandado conviene en los extremos de la demanda, según el art. 322 del cód. de proc. civ.

Quien está exigiendo que se pruebe determinado hecho en realidad está confesando la existencia de ese hecho, razón por la que no podrá después negarlo en la parte o en el aspecto que le es desventajoso.

(164) Fundamentos de D. Procesal Civil, 3a. ed., R. Depalma, editor, B. Aires, 1958, Nº 135 s., p. 215 s., y p. 217.

La prueba es un medio de instrucción para el juzgador que conoce del juicio.

Cada una de las partes tiene derecho a probar lo que le conviene. Nuestro cód. de proc. civ. en su art. 337 considera que la prueba constituye una obligación y no un derecho de la parte cuando dice "las partes *deben probar* los hechos que aleguen".

La prueba que se basa en documentos sirve no sólo dentro de los juicios. Sirve dentro de la vida de relación para acreditar determinados hechos. Por ejemplo, el recibo comprueba que se pagó una prestación; la partida del Registro del Estado Civil acredita para una persona determinado *status*. Los certificados literales de dominio y los de gravámenes (ahora las fichas) del Registro de la Propiedad Inmueble, prueban el derecho de propiedad y la existencia o inexistencia de cargas o gravámenes y/o medidas precautorias que limitan o restrinjan el dominio sobre el inmueble inscrito.

El allanamiento del demandado detiene la prueba, concluye el juicio. No hay más que dictar sentencia, como la ordena el art 322 del cód. de proc. civ. del Perú; y esa sentencia será en contra del demandado, sin necesidad de prueba.

Hay pruebas preconstituidas y pruebas a asumir. Las primeras pre-existen al proceso o al negocio jurídico que después originará la controversia. Las pre-constituídas existen desde antes de ser opuestas.

Existen pruebas críticas, que son las que el juez pondera acerca de la existencia o inexistencia del hecho que se quiere con ellas acreditar. Así, la prueba de testigos; la prueba pericial; la prueba por instrumentos privados no reconocidos (arts. 490, 504 y 433 del cód. de proc. civ.). Hay otras pruebas que son plenas. Así, la de confesión; la prueba de inspección ocular; la prueba de instrumentos públicos y la de instrumentos privados reconocidos en su contenido y firma o sólo reconocidos en su firma pero que no muestran al simple examen el haber sido alteradas en su contenido (arts. 378, 396, 405 y 430 del cód. de proc. civ.).

Al instrumento público llámasele también acto auténtico. *Prima facie* se le tiene en nuestro derecho procesal, por verdadero. Sólo deja de tenerse por verdadero si existe sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que lo declare nulo o falso, pronunciada necesariamente en juicio ordinario. En otros derechos, como el italiano, el instrumento público no hace prueba

plena contra todos si se formula contra él querrela de falsedad (165).

Obviamente, la prueba de los hechos jurídicos es libre. Sin embargo, un hecho jurídico como la filiación legítima o ilegítima necesita de pruebas específicas. Por ejemplo, en cuanto a la ilegítima se prueba con el reconocimiento, que puede hacerse por escritura pública, o en testamento, o por firma del progenitor puesta en la partida, o por sentencia ejecutoriada declarativa de la paternidad ilegítima: arts. 354, 355, 356, 357 y 366 del cód. civ. peruano. La filiación legítima se prueba no sólo con la partida de nacimiento, sino con la partida de matrimonio de quienes aparecen como padres en la partida de nacimiento, o con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada si el padre lo niega al hijo y la sentencia es favorable al hijo (art. 311 del cód. civ.), o por la legitimación (art. 314 y ss. del cód. civ.). Mientras no exista partida firmada por el padre, o escritura pública de reconocimiento de la paternidad ilegítima, o sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el proceso de filiación ilegítima, la persona no podría probar su calidad de hijo de determinada persona. En cambio, la filiación materna ilegítima se prueba sólo con el hecho del nacimiento —art. 349 del cód. civ. peruano—, o sea la partida de nacimiento en la que aparece el nombre de la madre, aunque dicha partida no se encuentre firmada. Debe cuidarse de identificar a la madre, al inscribir.

En cambio, el matrimonio puede probarse con cualquier otro medio, si se justifica no sólo la falta de partida, sino la falta o pérdida del registro del estado civil (art. 127 del cód. civ.). Vale la posesión constante del estado de casados; las partidas de nacimiento de los hijos con la calidad de legítimos; o si la prueba del matrimonio deriva de un juicio penal: arts. 128 y ss. del cód. civ.

El despacho telegráfico o telefónico (o por otros medios de transmisión), prueba como el instrumento privado, si el original se encuentra suscrito por quien lo ha expedido y la firma ha sido notarialmente legalizada. Es obvio que no es el contenido del despacho recibido el que obliga a quien lo suscribió, sino el original y éste no presenta enmendaduras o tarjas.

Para el código tributario peruano la falta de pago de los tributos al Estado priva a los instrumentos en que se comprueba dicha falta de su eficacia probatoria. En general, no sólo le qui-

(165) Véase F. MESSINEO, Manual de D. Civ. y Com., II § 48, N° 5, p. 510 y s.

ta el servir de medio de prueba, sino que el instrumento presentado con omisión del pago de los impuestos que ha causado, dice textualmente el parágrafo final del art. 80 del cód. tributario, que "no surtirá efectos legales". Por ejemplo, no podría servir como prueba del pago, porque es éste uno de sus efectos legales.

Existen contratos en los que para probar su existencia se necesita prueba documental. Otros contratos reclaman la documentación para que lleguen a constituirse. En este último caso, la documentación es *ad substantiam*. En el primer caso, la documentación se reclama *ad probationem*.

Tenemos hipótesis en que no existiendo instrumento, el contrato puede probarse con la confesión, por ejemplo; o con testigos, cuyas declaraciones no han sido negadas.

Hay entonces una documentación que es forma y una documentación que es prueba, sea que haya sido establecida por la ley o por el convenio de las partes.

En otros negocios jurídicos, por ejemplo, en el matrimonio, si bien la partida prueba el matrimonio, si ella falta puede probarse por otros medios (arts. 127 y ss. del cód. civ.). La partida de los registros civiles es necesaria para la eficacia pero no para su existencia. Es evidente que el hecho del matrimonio existe y puede acreditarse, aunque falte la partida; puede, en fin, reconstituirse dicho hecho.

Si el instrumento se exige como prueba, su pérdida no supone la inexistencia del negocio, ya que puede probarse por otros medios. Pero si el instrumento es exigido o reclamado como forma, perdido dicho instrumento, no hay manera de probarlo.

La falta de forma de un contrato o de un acto solemne (*forma dat esse rei*) no puede sustituirse con la confesión, porque los preceptos que exigen determinada forma en ciertos actos o contratos tienen carácter imperativo y su ausencia produce la nulidad (no la anulabilidad): art. 1123, inc. 3º del cód. civ. peruano.

La forma es instrumental, casi siempre. Existen ciertos negocios jurídicos como la fianza, que no reclaman instrumento público, sino cualquier instrumento como forma, bajo pena de nulidad: art. 1776 cód. civ. peruano.

Cuando la ley exige una forma determinada, dicha forma puede servir de medio de prueba. Es evidente que la forma cumplida dentro de la instrumentación hace posible la prueba. La forma entonces cumple funciones probatorias. Sin embargo, la

forma en ciertas hipótesis legales le da eficacia a determinado negocio jurídico. Ejemplo, la forma en los testamentos. Se trata de forma que al no ser observada produce la nulidad y no la anulabilidad del negocio jurídico. En este caso se trata de forma *ad substantiam*, forma constitutiva (art. 1123, inc. 3º cód. civ.) (*forma dat esse rei.*). Ello no obstante, pese a que la forma la exige la ley *ad essentiam*, esa forma tiene función probatoria y es la única que prueba la existencia del negocio jurídico y de las obligaciones que del mismo emergen. El art. 407 del cód. de proc. civ. previene: "Si la ley exige como solemnidad de algún acto el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto". No existe, pues, otro medio de probar el negocio jurídico si desaparece el instrumento público, v. g., que lo contiene. Por lo general, la forma escrita (documentación) se reclama con finalidad probatoria. En este sentido, como la prueba se destina a establecer la verdad, lo más trascendente viene a ser la prueba.

Los vicios de la voluntad importan hechos jurídicos, cuya prueba puede hacerse libremente, con los medios limitativamente señalados en el cód. de proc. civ., en su art. 347.

Los vicios de la voluntad como error, dolo, violencia, simulación, etc., constituyen hechos jurídicos, lo mismo que la incapacidad por enajenación mental o por déficit de edad; necesitan no prueba tasada o limitada, sino que esa prueba es libre; no necesariamente instrumental. Sin embargo, ciertos casos de simulación (como el de celebrar un contrato aparente, dirigido a engañar a los extraños, y otro contrato confidencial, que es el real), si necesita prueba auténtica (por instrumento). Nuestro cód. de proc. civ., empero, en su art. 411, declara que "los contra-documentos privados que destruyan o enerven el valor de una escritura pública, no producirán efecto contra los sucesores de los otorgantes a título particular". Quizá habría sido mejor agregar "contra los sucesores de los otorgantes a título particular y oneroso".

En la simulación la prueba es contra un instrumento que la contiene. Es por ello que es difícil siempre y muchas veces imposible probar la simulación, a no ser que se cuente con el contra-documento.

La prueba del negocio jurídico debe, en principio, ser instrumental. En algunos contratos la prueba puede derivar de la confesión, pero no del dicho de testigos, por extraordinariamente buena que fuere la calidad de los testigos.

El testamento sólo puede ser probado con instrumento; y únicamente en las formas testamentarias que la ley regula.

Es la reivindicatoria la acción de tutela del derecho de propiedad por excelencia.

Es para inmuebles y muebles, aunque más difícil para éstos, por lo dispuesto en el art. 890 del cód. civ. del Perú.

En ella el actor debe probar su derecho de propiedad. Por ejemplo, para inmuebles el que emane de un título; y si dicho título es derivativo deberá probar el derecho de propiedad de su autor y así sucesivamente, hasta cumplir, según los casos, uno cualquiera de los dos plazos de la prescripción adquisitiva: art. 871 del cód. civ. del Perú. En otro caso, es bueno el título del Registro de la Propiedad inmueble si existe en el mismo enajenación a título oneroso: art. 1052 cód. civ. del Perú.

Prueba que sólo arroja una presunción de propiedad es el pago de la contribución predial: Tampoco tienen valor jurídico absoluto los mapas o planos oficiales.

La acción declarativa de propiedad o los títulos supletorios de dominio no exigen una prueba tan morosa como en la reivindicación.

El demandado estaría protegido por la presunción *legis* de que al poseedor se le tiene por propietario: art. 827 cód. civ. del Perú.

COLIN y CAPITANT (166) hacen saber que es necesario probar los hechos, los actos materiales o jurídicos que le dan origen a determinado derecho; y que un derecho que no se puede probar carece de utilidad; es un derecho que no existe. Agregan que la prueba debería encontrarse en la ley procesal, porque es ante los jueces que los interesados deberán probar sus pretensiones. Pero también es de derecho civil, porque la parte debe probar aún fuera de juicio. Asimismo, los medios de prueba otorgan seguridad a los derechos adquiridos y dominan todo el derecho civil.

Una locución muy antigua reza: *Da mihi factum, dabo tibi jus*, o sea "indícame cuáles son los hechos, yo te diré el derecho".

Son hechos que producen consecuencias jurídicas. Por ejemplo, los contratos u otros negocios jurídicos, como son los

(166) Curso Elemental de D. Civ., I, trad., Madrid, 1922, p. 198 y ss. Consideran que la prueba más que procesal es de derecho civil, porque los hombres tienen también que probar fuera del proceso. En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, *Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*, t. III, Nº 2059 y 2063.

testamentos y otras obligaciones provenientes de la voluntad unilateral.

La prueba de la paternidad legítima no puede hacerse por medios directos y es por eso que el cód. civ. ha establecido una presunción en el art. 299 por la que el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de cierto término a contar de su disolución, tiene por padre al marido.

Quien reclama una obligación debe probarla. Y si el deudor pretende estar liberado, éste deberá justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación. Véase art. 1315 del cód. civ. francés.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple. Por ejemplo, X cobra a Z una obligación. Z arguye que la ha pagado, pero por consignación. Además, la obligación puesta a cobro era en moneda extranjera; y el deudor Z consignó una cantidad en moneda nacional, que según el acreedor X, era diminuta, si se tiene en cuenta el cambio que debía regir el día del pago. En este orden de ideas, el juez debe determinar cuál es el día del pago. Así, si es el día en que X exigió el cumplimiento de la obligación; o si es el día en que Z hizo la consignación.

Examinemos ahora el valor de la prueba testimonial:

En la prueba de testigos trátase de la deposición de éstos. El testigo produce testimonio sobre hechos que presenció o que ha oído hablar de ellos. El testigo no puede formular apreciaciones sobre los hechos; y si lo hace el juez no deberá permitirlo, ni menos permitir que consten en el acta que se labre por el escribano (llamado ahora secretario). La experiencia nos dice que testigos se encuentran para todo. El coligante consigue personas complacientes que declaran falsamente. Sin embargo, la calidad moral del testigo da o quita fuerza a su deposición (167). En general, la de testigos es prueba débil.

No hay prueba de testigos que enerve lo que se declara en un documento. Esta doctrina está contenida en el art. 1341 del cód. civ. francés:

"Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de... francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les ac-

(167) El Fuero Real (libro II, tit. VIII, ley I) con respecto a la testimonial decía: "En todo pleyto vala testimonio de dos homes buenos".

tes, encore qu'il agisse d'une somme ou valeur moindre de... francs".

Probar una proposición es demostrar su exactitud dicen BAUDRY-LACANTINERIE et Barde (168) La prueba se hace para persuadir de la verdad. Se trata de demostrar la exactitud de un hecho que sirve de fundamento al derecho que se pretende. La prueba judicial importa la demostración de un hecho. La ley no se prueba; sólo se interpreta, a no ser que se trate de una ley extranjera, en la que también es lícito probar su sentido, o sea interpretarla, además de su existencia.

La prueba judicial emana de ciertos procedimientos consagrados por la ley.

Probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación (169)

PLANIOL-RIPERT y Esmein (170) consideran que probar en lo judicial es someter al juez que conoce de un juicio, elementos de convicción que justifican la veracidad de un hecho que alega una de las partes y que niega la otra parte.

En substancia, la prueba habrá de decidir quién tiene derecho y quién no lo tiene.

Sólo la prueba vivifica el derecho y lo hace útil (171).

El litigante tiene el derecho de probar lo que alegue en su favor (172). Empero, no se encuentra obligado a probarlo. El actor (demandante) deberá probar la existencia del derecho que reclama. El juez civil es neutral. El no hace sino recibir las pruebas. El juez sólo aprecia, pondera las pruebas producidas por las partes; y no otras que pudieren llegar a él independientemente de la actividad desarrollada por los litigantes.

Existen pruebas preconstituídas, que se preparan por adelantado y sólo por precaución (aunque algunas veces su existencia se debe a otras causas). Son pruebas preparadas para los supuestos en que se abra después litigio.

La prueba en el Derecho es mucho más importante que en otras disciplinas, por cuanto de la prueba depende la

(168) *Traité théorique et Pratique de Droit*, XIV, ed. 1908, Nº 2054, p. 415. tome III.

(169) Es lo que dice COUTURE Eduardo J., *Fundamentos de D. Procesal Civ.*, ed. Depalma, B. Aires, 1958, Nº 135, p. 215.

(170) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, VII, Nº 1407, p. 749. Véase también para el concepto de prueba, CARNELUTTI Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, vol. I, B. Aires, 1959, Nº 163 ss., p. 257 ss., para quien la prueba está dirigida al juez, para que conozca el hecho o los hechos del proceso, que no figuran en éste.

(171) PLANIOL-RIPERT y Esmein, *Trat. Práct. de D. Civ. Francés*, VII, Nº 1406, p. 747.

(172) PLANIOL-RIPERT y Esmein, *Trat. Práct. de D. Civ. Francés*, VII, Nº 1411, p. 754. Véase en el cód. civ. de NAPOLEON los arts. 1315 a 1369 inclusive.

decisión judicial que aumenta o disminuye el patrimonio o, en casos más graves, priva de la libertad y/o de la vida.

DEVIS ECHANDÍA Hernando (173) expresa que forman la prueba las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y los medios de prueba son los elementos o instrumentos que utilizan las partes y el juez que suministran esas razones o motivos.

Para MESSINEO (174) prueba es la representación de un hecho, siendo su consecuencia que se demuestre la realidad o la irrealidad de dicho hecho. Y agrega que si un hecho no se prueba es como si no existiese.

También dice el autor italiano que son los hechos jurídicos los que se prueban; y que dentro de la frase "hechos jurídicos" se comprenden no sólo los hechos naturales, sino los hechos humanos, los actos jurídicos y los negocios jurídicos.

Corresponde al juez admitir y apreciar (valorar) las pruebas producidas por las partes.

Quien está obligado a probar ciertos hechos asume una carga. Le corresponde el *onus probandi*.

La prueba no debe provenir de uno mismo; de quien la aduce. No; la prueba debe provenir de terceros. Es decir, nadie puede producir prueba que él constituya y que lo favorezca. Por el contrario, constituye prueba contra él un instrumento que provenga de él.

Quien pide que se admita una prueba sobre determinado hecho, está reconociendo que dicho hecho existe y no podrá después, —aunque la prueba no se admita—, negarlo en la parte que vaya en su contra.

Si la prueba de los hechos es insuficiente y existe duda sobre la existencia de dichos hechos se aplica el principio *actore non probante, reus absolvitur*.

Sobre la obligación de probar, o sea sobre carga de la prueba rige la máxima *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

Sin embargo, si el demandado (reo) deduce una excepción para defenderse de la acción del demandante (actor), debe observarse la regla *reus in excipiendo fit actor*.

LOS MAZEAUD (175) expresan que en el caso de que el derecho de alguien sea negado, debe aportar la prueba del hecho por la que tal derecho ha ingresado en su patrimonio.

(173) Teoría General de la prueba Judicial, I, 2a, ed., B. Aires, 1972, Nº 11, p. 33 s.

(174) Manual, II, § 48, Nº 3, p. 509.

(175) Lecciones de D. Civ., I, Lección XIX, p. 543.

Los jueces en sus fallos indagan y señalan si la prueba de un derecho ha sido o no aportada.

También los MAZEAUD (176) expresan que los derechos dinerarios o los derechos de la personalidad han sido adquiridos por una persona mediante un acto o un hecho jurídico (en realidad, obligaciones activas y pasivas han sido adquiridas por el sujeto mediante negocios jurídicos, llámense éstos contratos, actos sucesorios o derechos de familia; y también por efecto de hechos jurídicos tan sólo). Por consiguiente, corresponde al beneficiario probar la existencia del hecho jurídico o, más aún, del negocio jurídico de que proviene el derecho que otorga la obligación.

En cuanto a la carga de la prueba, es importante decidir cuál de las partes debe cumplir con esa carga. Corresponde probar a quien afirma la realidad de un hecho. En general, al demandante incumbe probar (*Actori incumbit probatio*). Si el demandado se limita a negar el hecho demandado nada tendría que probar. Empero, si el demandado alega la existencia de un hecho destinado a negar la demanda, —v. g., no niega que se le dió prestado dinero pero que lo ha pagado—, necesita entonces el demandado probar el hecho que lo libera (*reus in excipiendo fit actor*). Por tanto, si el demandado dice que ha pagado esta excepción de pago lo convierte, a su vez, en actor de dicha excepción.

El acreedor, por ejemplo, debe probar la existencia del contrato que le otorga esa calidad. El contrato es más que un hecho o acontecimiento; es un negocio jurídico.

Los MAZEAUD (177) en cuanto a la prueba, diferencian dos clases de obligaciones, como lo hacen muchos civilistas. Así, existen unas obligaciones que son llamadas obligaciones de resultado u obligaciones determinadas; y obligaciones de medios, que son obligaciones de prudencia y de diligencia. La prueba tiene sus peculiaridades para ambas clases de obligaciones. Por ejemplo, el expedidor que ha entregado un bulto al porteador para que éste lo entregue a cierto destinatario, probará con facilidad que dicho bulto no fué entregado al destinatario. Pero si la obligación es de medios, o sea la que asumió un cirujano por efectuar una operación a paciente determinado, es difícil probar la negligencia y descuido de dicho cirujano ante un resultado malo de la operación, porque se trataría de obligación de pru-

(176) MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Leciones de D. Civ.*, I, Nº 371, p. 547.

(177) *Leciones de D. Civ.*, I, Nº 377, p. 552. Véase también Nº 343, p. 506 s.

dencia y diligencia. El que se crea acreedor de la obligación deberá probar la imprudencia del autor del daño a fin de acreditar el incumplimiento de la obligación.

Para el que expide el bulto porteadado le basta aseverar que dicho bulto no llegó a su destino. Corre a cargo del porteadador demandado probar que lo entregó ya que exhibe el documento que acredita la recepción. Y si no lo hizo, deberá probar que hubo una "causa ajena" que le impidió cumplir con su obligación y esa prueba es difícil. Sólo puede derivar dicha prueba de un hecho imprevisible e irresistible, como es la fuerza mayor, o la culpa de la víctima que en realidad dividiría la responsabilidad. Esta es una obligación determinada. La otra es una obligación indeterminada o de medios.

Véase AUBRY et RAU (178) y DEMOLOMBE (179). Para el primero, probar es someter al juez elementos de convicción que justifican la verdad de un hecho. No conduce la prueba a una certeza absoluta, pero persigue convencer al juez. DEMOLOMBE se refiere a que las reglas del cód. de NAPOLEÓN relativas a la prueba de las obligaciones, en realidad son susceptibles de aplicarse al acreditamiento de todos los derechos. La prueba es la demostración de la verdad de un hecho que afirma una de las partes y que niega la otra.

Carlo FURNO (180) investiga cuál es la verdad que se quiere encontrar con la prueba. No es, —dice—, la verdad absoluta, sino que es una verdad contingente, histórica. Es la verdad de los humanos. Subjetivamente, esta verdad es certeza; y la certeza es de cada individuo, conforme al conocimiento que tiene cada cual. Por tanto, la verdad dependería de la aptitud del sujeto para conocer. Esta sería la "verosimilitud" de los germanos. Resulta, por tanto, que puede no ser cierto aquello de que uno se encuentra convencido, creyéndolo verdadero. Probar no sería más que convencer al juzgador; que él tenga fe de la verdad; que él tenga "certidumbre" o "convicción" de la realidad del hecho.

Para SILVA MELERO Valentín (181), después de señalar que

(178) Cours de Droit Civil Francaise, éd. 1922, XII, § 749, p. 62 ss.

(179) Traité des contrats, ed. A. Lahure, Imprimeur-éditeur, XXIX. N° 181 y ss., p. 180 ss.

(180) Teoría de la prueba legal, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1954, trad., p. 17 ss.; vid. especialmente n. 17 de la p. 18.

De mis años de estudiante en la Facultad de Derecho de San Marcos, un viejo catedrático nos repetía un pensamiento de la Iberia de los fueros Decía "No sólo hay que tener el derecho, sino saberlo probar; y, sobre todo, que se lo quieran dar".

(181) La prueba procesal, I, Editorial Revista de D. Priv., Madrid, 1963, p. 30 ss.

resulta difícil definir la prueba examina los vocablos que en lo procesal hacen que "prueba" equivalga a "justificar", "manifestar", "demostrar o hacer patente la certeza de un hecho", "corroborar", "confirmar", "verificar", "aclarar", "esclarecer", "averiguar" o "cerciorar"; y que, sin embargo, con estas expresiones no se abarca todo el contenido de la prueba. Agrega que la prueba va dirigida a obtener la certeza y trata de convencer al juez sobre la verdad o falsedad de una afirmación o la existencia o inexistencia de un hecho. Todo precepto de la ley se basa en un hecho. Asimismo, la prueba no se destina a persuadir, sino a formar el convencimiento del juez, ya que va dirigida a formar la convicción de un tercero.

Evidentemente, la prueba está dada para la búsqueda de la verdad. SILVA MELERO, citando a FIORELLI, que ha escrito "*La tortura giudiziaria nel diritto comune*", (1953), II, p. 205, expone textualmente el pensamiento de este autor, en que para la antigüedad el tormento estaba justificado lógicamente, porque se trataba de un medio para descubrir por los jueces, la verdad. Y esa misma justificación también tuvo en el medioevo (182).

En otro lugar, SILVA MELERO se refiere al objeto de la prueba que en abstracto, está formado por realidades susceptibles de ser probadas; y en concreto, realidades que deben ser probadas en determinado proceso. Diversas teorías de la prueba enuncian que se acreditan hechos; o se acreditan hechos y afirmaciones; o sólo afirmaciones.

Para LEHMANN, (183) quien insta la determinación judicial (quien demanda unos efectos jurídicos), debe probar los hechos litigiosos de los que depende la existencia de los hechos jurídicos; pero no la inexistencia de un motivo de extinción del derecho alegado por el demandado. La prueba de ese motivo extintivo corresponde al *reus*. Sólo debe probar los presupuestos procesales de la decisión judicial que está instando. En cuanto a los presupuestos materiales del derecho que se reclama, sólo precisa probar los hechos genéticos normales; y los fundamentos anormales que se oponen al nacimiento del derecho y los motivos de

(182) La prueba procesal, I, n. 20 de la p. 18. Vid. CICERON, Pro L. Murena y Pro P. Silla" (1957), p. 130, que examina lo que el juzgador obtiene con la tortura, en que la desesperación, la debilidad, la pasión y el mismo ánimo del que la ordena, deja sin espacio a la verdad, que sería su justificación. Cit. también por SILVA MELERO, en n. 15 de la p. 11 de su t. I.

(183) Trát. de D. Civil. vol. I, Parte General, Nº III, 2. p. 153.

extinción del derecho deberá probarlos la parte contraria (el demandado).

Cada parte deberá probar la existencia de todos los presupuestos de las normas que le favorecen. El demandante debe probar el nacimiento del derecho. El demandado probará el impedimento u obstaculización del nacimiento del derecho o su extinción (184).

V. g., demanda de mutuo negada por el reo, en que el actor debería probar que entregó al demandado cierta suma de dinero, conviniendo que se la devolviera en cierto término.

En el BGB (C.C. alemán) los §§ 282, 363, 345, 358, etc., previenen quién habrá de probar. En otros casos establece una presunción y exonera de la prueba a quien dicha presunción favorece. Así, § 484.

JOAO MENDES DE ALMEIDA jr. (185) expresa que las pruebas son los medios por los cuales la inteligencia busca afirmar su adhesión al objeto. Probar el derecho es reconocer que determinado hecho tiene tal ley que le es aplicable. Cita a PEREIRA DE SOUSA, para quien la prueba es el alma del proceso; y a BENTHAM, para el que el proceso no es más que el arte de administrar las pruebas. También menciona a MASCARDUS, quien manifiesta que es en la prueba en donde radica toda la fuerza del juicio. Quien no puede probar es como quien nada tiene. Lo que no puede ser probado es como el no ser. Ambos son la misma cosa. Incuestionablemente, si no se prueban los hechos a los que sería aplicable el derecho invocado cómo podría aplicarse ese derecho?

No son raros los casos que se parecen al que menciona PAULUS en el DIGESTO, XXVI, 30, tit. *de testamentaria tutela*: "... *si id non apparet, non ius deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor*".

PAULO hace notar que no falta el derecho sino la prueba y, por consiguiente, si esto no aparece nadie es tutor.

JOAO BONUMA (186) distingue la prueba en general de la prueba procesal. La primera está formada por los medios o ins-

(184) ROSEMBERG, Lehrb. d. Zivilprozessr., 5, 515, citado por Heinrich LEHMANN, en Trat. de D. Civ., I, P. gral., Nº III, 2, p. 154.

(185) Direito Judiciario Brasileiro, 4a. ed., Rio de Janeiro, 1954, p. 154 ss. MASCARDUS dice en el prólogo de De probationibus: "In probationibus tota iudicii vis sita est. is enim qui probare non potest nihil habet, et ubi probatio deficit, perinde est ac si illud quod non probatur non esset, et probari non posse ven non esse idem sunt".

(186) Direito Processual Civil, 2º volume, ed. Saraiva & Cia., Sao Paulo, 1946. Nº 225 p. 273 ss. Véase también del mismo BONUMA, "De las pruebas en general", en Rev. de D. Procesal, B. Aires, 1946, I, p. 328.

trumentos que vienen a producir en el espíritu del investigador la convicción de que una cosa, un hecho o una circunstancia existen realmente o corresponden a la verdad. En tanto que la prueba procesal está integrada por los medios o instrumentos que sirven para crear en el espíritu del destinatario, que es el juez, la certeza de la existencia del objeto, del hecho, de la relación jurídica o de la circunstancia, en los términos y en la medida en que la ley exige una tal certeza. V. g., la prueba de una deuda cambiaria se hace exhibiendo la letra de cambio donde consta la obligación asumida y la firma del deudor, independientemente de la verdad intrínseca del negocio (o sea de la causa que le dió origen).

Para el juez que sentencia sobre la obligatoriedad o no del pago de la deuda cambiaria, no tiene por qué indagar si la letra representa el pago de un préstamo, o de un precio aplazado en la compra-venta, o de una donación mobiliaria. Para el juzgador le basta comprobar que todos los requisitos del título-valor han sido cumplidos. No es en este caso, su misión la de averiguar la verdad íntima y esencial de las relaciones jurídicas, sino la certeza de la existencia de esas relaciones jurídicas, de conformidad con la ley. Por tanto, la acción causal sólo podría ventilarse en juicio no ejecutivo, sino de conocimiento. BONUMA afirma, por eso, que la prueba judicial no significa que con ella se demuestra la verdad, sino que la prueba procesal se limita a alcanzar la certeza jurídica. En veces, sin embargo, la ley permite al juez juzgar según su íntima y libre convicción. Así, cuando el precepto le dice que procederá conforme a su libre arbitrio.

La prueba no es conocimiento, sino reconocimiento. Es histórica; acaeció; fue.

Debe determinarse en toda litis qué se prueba; qué cosas deben ser probadas. Sólo se prueban los hechos controvertidos. Si no se impugnan los hechos, se tienen por admitidos y están, por tanto, fuera del contradictorio. No hay necesidad de probar los hechos aceptados tácitamente por el contrario. Por eso es que siempre debe negarse el valor de la prueba de testigos actuada por la contraria; no negándosele, el testigo prueba.

RODRÍGUEZ DE REZENDE filho Gabriel José (187) expresa que para hacer justicia debe aplicarse la ley al hecho. La verdad del hecho y el conocimiento de la ley resultan primordiales para la administración de la justicia. Por tanto, cabe a las partes pro-

(187) Curso de Direito Processual Civil, volume II, 2a. ed., Sao Paulo, 1950, Nº 619 ss., p. 211 ss.

bar los hechos y pedir la aplicación de la ley. La sentencia es la conclusión de las dos premisas: exposición de los hechos (probados) y aplicación a esos hechos de la ley adecuada. Son los hechos los que se prueban. La ley se interpreta al aplicarla, pero no se prueba. Los jueces no pueden dejar de aplicar la ley, alegando que no la conocen. Y si no hay ley siempre el juez decide, con vista a los principios generales del derecho: art. XXIII del T.P. del cód. civ del Perú. En el lenguaje del común de las gentes prueba significa experiencia, ensayo, confrontación. En derecho la prueba considerada objetivamente es todo lo que pueda convencer de la certeza de un hecho. RODRÍGUEZ DE REZENDE cita el concepto que Clovis BEVILAQUA tenía sobre la prueba: es el conjunto de medios empleados para demostrar legalmente la existencia de un acto jurídico. Nosotros, diremos de un hecho jurídico. También menciona a BONNIER, quien dice de la prueba que es el conjunto de medios por los que la inteligencia humana llega a descubrir la verdad de un hecho controvertido.

Probar es dar al juez la certeza del hecho controvertido. Se convence al juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes. La prueba es la suma de los medios productores de la certeza.

Por eso, los antiguos decían "Probar es vencer".

En un juicio todo depende de la prueba. Quien mejores pruebas ofrece, vence.

Si la parte no consigue probar los hechos relevantes que fundamentan su pretensión, perderá el proceso.

Veamos estos antiguos brocados: *qui probare non potest, nihil habet; probare non posse et non esse, idem sunt.*

El juez no decide sólo por sus impresiones personales, o alegaciones improbadas.

El juez al sentenciar debe convencerse de la verdad de los hechos. La prueba admite prueba en contrario, porque al confrontar las pruebas el juez encontrará la verdad.

QUIEN TIENE LA OBLIGACION DE PROBAR

Examinemos ahora la carga de la prueba:

Para F. SANTORO PASSARELLI (188) la prueba importa una

(188) Doctrinas generales del Derecho Civil, traducción y concordancias de derecho español por A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, § 62, p. 36.

carga para el que está interesado en hacer valer los efectos de un hecho que se necesita probar.

Las partes pueden invertir la obligación de probar cuando esté de por medio un interés particular y el derecho que se controvierte sea de libre disposición. Por ejemplo, se puede convenir que un contrato deba probarse por escrito, o que conste en instrumento público, aún cuando la ley no lo exija.

Cuando la parte está favorecida con alguna presunción, no es necesario que pruebe. Puede hacerlo; pero ello resulta innecesario. Sin embargo, es mejor que realice la prueba, porque la presunción por lo general es *iuris tantum*, o sea que permite a la otra parte probar lo contrario de lo que se considera presuntivamente que existe. La presunción dispensa de la prueba.

Por ejemplo, quien está cobrando una obligación se encuentra constreñido a probar su existencia.

La diferencia probatoria entre el instrumento público que consta en testimonio y el que sólo consta en copia simple, está en que aún cuando se hubiere impugnado su contenido el testimonio prueba *prima facie* que es conforme el testimonio de la escritura pública con la misma escritura pública que se ha extendido en el registro notarial, porque el notario le da fe. Por el contrario, si se impugna la copia simple alegando que ella es distinta de la escritura pública que corre en el protocolo, procede el cotejo de la copia con su matriz. Este no presta mérito ejecutivo.

Habiéndose perdido el protocolo no basta una copia simple. Pero si sería suficiente el testimonio. El cotejo del testimonio con el registro notarial, se hace en vía ordinaria.

Por carga de la prueba debe entenderse la conducta que la ley procesal impone a uno o a los dos litigantes en cuanto a la prueba, a fin de que acrediten la verdad de los hechos invocados.

Por ejemplo, en cuanto a las obligaciones deberá el actor acreditar la existencia de la obligación (prueba documentaria). Empero, si no se exige por la ley forma específica, podría probarse la obligación con la diligencia de confesión, pero no con la de testigos. Si el actor no prueba la existencia de la obligación puesta a cobro, el demandado habría de triunfar si se queda simplemente quieto, porque la ley no le impone la carga de la prueba.

MICHELI Gian Antonio (189) afirma que la lógica del dere-

(189) La carga de la prueba, trad., ed Jurídicas Europa-América, B. Aires, 1961, N^o 1 p. 4, 12.

cho impone a quien alega un hecho la obligación de probar, ya que la alegación no es de por sí prueba. La carga importa estudiar los medios ofrecidos al juez para evitar un pronunciamiento de duda.

Quien ataca y no prueba sucumbe por los defectos de sus propias armas. Y ello sin que el colitigante tenga que hacer cosa alguna para defenderse (190).

El art. 1315 del *Cód. civ.* de NAPOLEÓN contiene la regla: "*Actori incumbit onus probandi; excipiendo reus fit actor*": "*Celui qui réclame l'execution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*".

Por ejemplo, la prueba del derecho de propiedad sobre un predio, se acredita sea por medio de instrumentos públicos, que tengan una antigüedad de 30 o de 10 años (lapso de posesión de la *usucapio* extraordinaria u ordinaria: art. 871 *cód. civ.*); sea por el certificado literal de dominio del Registro de la Propiedad Inmueble, o ahora mediante una ficha, en la que figura como dueño quien pretende acreditar su dominio sobre dicho predio. Esta no es una prueba absoluta e irrefragable. Importa una presunción relativa de que se es propietario, a no ser que hubiere existido transferencia a título oneroso por un propietario registral y no se encontraren en los asientos causas de anulabilidad del derecho de transferente: art. 1052 del *cód. civ.* En caso de tercero registral la presunción es *iure et de iure*. Basta la posesión porque ésta hace presumir la propiedad del poseedor, en toda clase de bienes: art. 827 del *cód. civ. peruano*.

Dícese "*actore non probante, reus absolvitur*", principio que está señalado en el art. 338 del *cód. de proc. civ.*: "Si el demandante no prueba su acción, será absuelto el demandado" (191).

También en cuanto a la carga de la prueba, es decir, a quién le corresponde probar: "*onus probandi incumbit ei qui dicit*". Y lo normal es que la carga habrá de recaer sobre el actor y no sobre quien es demandado, ya que éste se encuentra como el poseedor beneficiado con la regla "*possideo quia possideo*", instalada en el art. 827 del *cód. civ.* (al poseedor se le presume dueño, pero con presunción *iuris tantum*). En general, el art. 337 del *cód. de proc. civ.* previene que las partes deberán probar los he-

(190) PLANIOL-RIPERT y Esmein, Tratado, VII, Nº 1417, p. 760.

(191) Sobre la obligación del actor de probar, el *cód. de enjuiciamientos civiles* contenía las siguientes disposiciones:

Art. 656.— "En toda cuestión sobre hechos, están obligados los litigantes a acre-

chos que aleguen, a no ser que se encuentren beneficiados con alguna presunción. Para el demandado existe "*reus in excipiendo fit actor*", que se aplica a éste cuando hace valer algún hecho que si consigue probar que existe o existió habrá de enervar la pretensión contenida en la demanda. Propiamente, trátase de un hecho en el que se apoya la excepción (no en el sentido de excepción de rito o excepción procesal), sino excepción que en concepto del reo (demandado) lo libera de responsabilidad o del cumplimiento de una obligación reclamada.

Puede darse el caso de que el demandado pretenda probar en forma contraria a la prueba que debe producir el demandante, pero que éste no actúa. En este caso, si el demandado no puede probar lo contrario a lo afirmado por el actor, quien gana el proceso es éste porque se le considera que ha probado lo que se le reclama (192).

Si el demandado sólo niega, no tiene por qué presentar prueba alguna de su negación; ésta no debe ser probada. *Negantis naturali ratione nulla est probatis*. Debe probar sólo quien afirma; no quien niega.

Ya los romanos tenían esa doctrina sobre la negación pura y absoluta: Véase DIGESTO, Libro XXII, tít. III, 2: "*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*" Paulus, lib. LXIX, ad Edictum.

Pero si alguno niega que está bien hecha una emancipación, debe él mismo suministrar la prueba: DIGESTO, lib. XXII, tít. III, 5, § 1.

Revítese también para el Derecho Romano, CÓDIGO lib. IV, tít. XIX, *De probationibus*.

En la Partida III, ley 1, tít. 14 dicese:

.....
ditar su respectiva pretensión, dentro del término de prueba, por alguno de los medios designados en este código".

Art. 657.— "Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo".

Art. 660.— "Cualquiera de las partes está obligada a probar los hechos que alegue; excepto si son de aquellos que se presumen conforme a la ley".

"Cada litigante tiene facultad de dar pruebas contra los hechos propuestos por su adversario".

Art. 669.— "Si el actor no prueba su pretensión en las causas civiles, será absuelto definitivamente el demandado".

Y con respecto al demandado decía el cód. de enjuiciamientos:

Art. 658.— "El demandado no está obligado a producir prueba, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa".

Art. 659.— "El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada".

(192) MESSINEO, II, § 48, Nº 3, p. 509.

“La parte no es obligada a probar lo que niega. Pues es imposible hacerlo según natura”.

De que la negación pura y simple del demandado lo releva de toda prueba, lo decía el Fuero Real (libro II, tít. VI, ley 1):

“Todo home que demandare a herederos de muerto, o a otro de fecho ageno porque deba responder, el demandado no sea tenuto de responder de si, o de no, si no quisiere; mas habondale, que diga no lo sé...”.

Quien sólo niega los hechos, no necesita probar. Tiene provisoriamente una situación adquirida (193).

El demandado nada necesita probar. La ley no le exige la prueba de la posición en que se encuentra. Nadie, de lo contrario, estaría seguro.

Para los glosadores si la parte invocaba un hecho negativo, no estaba obligada a probarlo. V. g., la inexistencia de la causa de la obligación; o que no existían herederos más próximos del causante. Y así lo decían, porque en su concepto no podía probarse una negación. COLIN y CAPITANT (194) expresan que tal afirmación ahora ha sido desestimada; porque la prueba de lo negativo no es imposible.

INSTRUMENTOS PRIVADOS

El instrumento privado prueba si no ha sido objetado, aunque no se hubiere pedido su reconocimiento por el otorgante.

(193) BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, III, Nº2062, p. 423 de su *Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*, XIV, trol-sième éd.

(194) *Curso Elemental de D. Civ.*, I, trad., Madrid, 1922, n. 1 de la p. 200. En el mismo sentido, la procesalística contemporánea.

Por ejemplo, en la nueva ley del juicio ejecutivo (Decreto-Ley Nº 20236, de 4 de diciembre de 1973), el art. 4º previene que si el requerido de pago alega la falsedad de su firma y no lo prueba en juicio, sufrirá una multa del doble del importe del documento en favor del acreedor. Obviamente esta previsión legal es conforme con la regla contenida en el art. 337 del cód. de proc. civ., que pone a cargo de cada parte probar los hechos que aleguen. Sin embargo, observamos que si el obligado cambiario niega la firma sólo en la diligencia de protesto, ya no hay ejecución. Sólo cabe reclamar el pago en la vía ordinaria o sumaria, según la cuantía. De otro lado el demandado puede alegar la falsedad de la firma en la oposición pero ello no impide la procedencia de tal ejecución. De allí la importancia que tiene que el notario o el secretario del notario que diligencia el protesto, se entienda con el deudor y no como ahora se hace, en que el oficial público no concurre al protesto. Debe tenerse en cuenta que el precitado art. 4 exige que el protesto sea firmado (suscrito) por el deudor requerido; de lo contrario, la simple alegación, —no la prueba—, de la falsedad de la firma, no hace improcedente la ejecución.

Parece ser que en adelante habrá de cuidarse que la firma de los obligados sea notarialmente legalizada, ya que reconocida la firma declara el art. 6º de la nueva ley (y lo mismo declaraba el art. 593 del cód. de proc. civ.) queda expedita la ejecución. La legalización de la firma si bien no acredita la autenticidad del contenido, prueba la verdad de la firma, o sea que tiene los mismos efectos que el reconocimiento.

Existe opinión en el sentido de que el instrumento privado no reconocido nada vale. Sin embargo, el juez puede apreciar su mérito si no se ha objetado por la parte a quien su contenido perjudica. Véase, sin embargo, art. 433 del cód. de proc. civ. del Perú; por el que los documentos no reconocidos tendrán sólo el valor que les asigne el prudente arbitrio del juez.

La fecha del instrumento privado en las relaciones entre las partes debe reputarse cierta, salvo prueba en contrario, ya que la fecha forma parte del contexto de la declaración de voluntad. Por ejemplo, con respecto a los libros de contabilidad entre comerciantes.

La certeza de la fecha del instrumento privado en cuanto a los terceros, se puede tener en estos documentos por su registro público; por la muerte o la sobrevenida incapacidad física; su inserción en un instrumento público; ejecución del negocio jurídico en él contenido. El art. 2704 del cód. civ. de Italia declara: "Fecha del documento privado respecto de los terceros.— La fecha del documento privado cuya firma no ha sido autenticada no es cierta y computable respecto a los terceros, sino desde el día en que el documento ha sido registrado o desde el día de la muerte o de la sobrevenida imposibilidad física de aquel que lo ha firmado o de uno de aquellos que lo han firmado, o desde el día en que el contenido del documento se reproduce en actos públicos o, finalmente, desde el día en que se verifica otro hecho que establezca de un modo igualmente cierto la anterioridad de la formación del documento".

"La fecha del documento privado que contiene declaraciones unilaterales no destinadas a persona determinada, puede ser establecida por cualquier medio de prueba".

"Para la determinación de la fecha en los recibos, el juez teniendo en cuenta las circunstancias, puede admitir cualquier medio de prueba".

El reconocimiento del instrumento privado en diligencia preparatoria, no interrumpe la prescripción, ni revive la acción extinguida. Esta doctrina de la jurisprudencia ha sido recogida por la ley de títulos-valores del Perú N° 16587, en sus arts. 59, 197 y 205. El reconocimiento interruptivo es distinto: art. 1163, inc. 2° cód. civ. del Perú.

Para MESSINEO (195) tanto el instrumento público como el instrumento privado constituyen prueba plena (cita en su

apoyo los arts. 2700 y 2702 del cód. italiano) y que sólo difieren en la intensidad de la prueba. Que el instrumento público prueba plenamente (repite) mientras no se formule contra él querrela de falsedad. Y el instrumento privado sólo hace plena prueba no de los hechos ocurridos en presencia del funcionario que lo autoriza (notario, por ejemplo), sino tan sólo de las declaraciones que contiene.

Los arts. citados por MESSINEO son los que siguen:

Art. 2700 del cód. civ de Italia: "Acto público.— El acto público es el documento redactado con las formalidades exigidas, por un notario o por otro funcionario público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar en donde el acto se forma".

Debemos conservar este concepto: acto es instrumento.

Art. 2702 del mismo cód.: "Eficacia del documento privado.— El documento privado hace plena prueba, mientras no se formule querrela de falsedad, en cuanto a la procedencia de las declaraciones de quien lo ha firmado si aquel contra quien el documento se produce reconoce su firma, o bien si ésta es legalmente considerada como reconocida".

El art. 1341 del cód. civ. francés declara que no se puede probar contra un escrito sino por medio de otro escrito:

Dicho precepto dice:

"Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs".

"Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce".

Si el instrumento privado es negado por aquel a quien se opone, sea en su contenido, sea en su firma, o si el heredero no reconoce la escritura o la firma del causante, ello es suficiente para quitar fuerza probatoria a ese documento; por lo menos, provisionalmente. Ello significa que hay que acudir a la prueba de cotejo, que no es plena, o sea que puede o no ser seguida por el juzgador. No ocurre esto con el instrumento público.

El instrumento privado correrá la suerte de lo que se decida en una sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada (pronunciada en juicio ordinario).

El documento privado para que preste mérito ejecutivo, deberá reconocerse en diligencia preparatoria. Reconocida la firma, aunque no se reconozca el contenido, queda preparada la ejecución: art. 593 cód. de proc. civ. Pero el reconocimiento que se haga en juicio ordinario, no convierte en ejecutiva la acción ejercitada en juicio ordinario: art. 594 cód. proc. civ. (195 bis).

Se tiene por verdadero el contenido de un documento privado reconocido: art. 430 cód. de proc. civ. Hace plena fe, como el instrumento público, salvo en cuanto a la fecha.

Si el reconocimiento es practicado por los herederos, dicho reconocimiento sólo perjudica al heredero que lo hace: art. 422, § 2 cód. de proc. civ.

Racional y también legalmente debe presumirse que el contenido del instrumento privado es verdadero, si la firma es cierta y si el instrumento no ha sido alterado (por ejemplo, si no presenta adiciones o modificaciones). Véase Exposición de Motivos del cód. de proc. civ., en APARICIO y G. S. G., cód. de proc. civ., t. I, ed. 1938, p. 217.

El cotejo es prueba pericial y ésta sólo la aprecia el juez según las reglas de la crítica: art. 504 cód. de proc. civ. No existe cotejo en diligencia preparatoria, por lo que negada la firma por quien aparece suscribiendo el instrumento privado, sólo cabe darle autenticidad, o sea probar que la firma es auténtica, en juicio ordinario, con resultado dudoso, porque la pericial no es prueba plena (196).

A quien se pide el reconocimiento del documento privado, debe ó reconocerlo o impugnarlo. No puede permanecer en silencio o dar respuestas evasivas. De lo contrario, el juez, aún de oficio, declarará reconocido el documento: art. 428 de cód. de proc. civ.

La fecha es cuestionable en el documento privado reconocido, salvo entre las partes; pero no para los terceros, quienes pueden impugnarla.

La fecha es auténtica en el instrumento público. Empero, puede resultar falsa si ello se prueba en un dilatado juicio ordinario.

(195 bis) Ahora, son los arts. 6º y 7º del D.L. Nº 20236, de 4 de diciembre de 1973, sobre juicio ejecutivo.

(196) En el Código de Enjuiciamientos en materia civil, el art. 963 declaraba: El parecer uniforme de los peritos acerca de la conformidad de la letra y firma de la escritura privada, con la letra y firma de otros documentos no contradichos, y suscritos por la misma persona, sólo tiene el valor de prueba semiplena".

Por ejemplo, con la fecha se quiere acreditar que el instrumento se otorgó antes que el que lo firma deviniera incapaz.

Los instrumentos privados pueden también ser presentados en copia certificada extendida por notario o por escribano si es que se encuentran dentro del expediente de un juicio. La copia certificada no les otorga autenticidad, a no ser que hubieren sido judicialmente reconocidos por los otorgantes y se transcriba en la copia certificada la diligencia de reconocimiento. En verdad, conservan el mismo valor probatorio que tienen los originales.

Con el reconocimiento judicial el instrumento privado tiene el mismo valor probatorio pleno que tiene el instrumento público. El reconocimiento es una confesión que hace el firmante del documento.

No debe olvidarse que en nuestra procesalística, la legalización de la firma sólo acredita la verdad de la firma, es decir, que esa firma es de la persona que la ha estampado. Pero la legalización no otorga verosimilitud al contenido. Debe, sin embargo, tenerse también por verdadero el contenido que ha suscrito aquel cuya firma ha sido legalizada, si no muestra enmendaduras ni adiciones o supresiones.

El instrumento con firma legalizada continúa siendo instrumento privado; y sólo sería instrumento auténtico con el reconocimiento. Sólo la firma es auténtica, más no el contenido.

La falta de pago de los impuestos puede privar a los instrumentos de mérito probatorio. Así lo establece el Código Tributario en sus arts. 80, inc. 1º y 162, en cuanto prohíbe a los jueces admitir documentos que no hayan pagado impuestos. Para el art. 1341 del cód. civ. francés la prueba contra el contenido de los documentos y más allá de los mismos se puede hacer. Por ejemplo, se puede probar que el contenido del documento es inexacto, o que un contrato posterior ha modificado el contrato primitivo que consta en instrumento. Esa prueba necesita también de instrumento (197).

El instrumento privado reconocido tiene la misma fuerza probatoria que el instrumento público.

No es auténtico el instrumento privado en tanto no sea reconocido por aquel que lo ha suscrito, o dado por reconocido (art.

(197) Véase BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, IV, Nº 2059 ss. p. 1 ss. sobre instrumentos privados. También se ocupa en este volumen de los actos auténticos. Es el *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, XV. Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey, Paris, 1908.

426 del cód. de proc. civ.). Se tiene por verdadero el contenido del documento privado reconocido dice el art. 430 del cód. de proc. civ. del Perú.

El reconocimiento no sólo afecta al que lo hace y a sus sucesores, sino también a los extraños, quienes pueden controvertir sobre su eficacia probatoria pero no sobre su autenticidad.

INSTRUMENTOS PUBLICOS

Los instrumentos prueban, en general, más enérgicamente que los medios orales, por lo que prevalecen frente a éstos últimos.

Con respecto a la prueba por instrumento público, MESSINEO (198) considera que hace prueba plena frente a todos "mientras no se formule querrela de falsedad", siempre que se encuentre redactado con las formalidades reclamadas por la ley y sea competente también *rationi loci* (por razón de lugar). Cita el art. 2700 del cód. civ. de Italia, pero es evidente que la simple querrela de falsedad no enerva en nuestro derecho su valor probatorio sino que lo conserva en tanto no se declare, por sentencia ejecutoriada pronunciada en juicio ordinario, sobre su nulidad o falsedad. Agrega que el acto público (instrumento público) es llamado también acto auténtico, pero advierte que el acto público no es tan enérgico como el acto auténtico, cosa que no se puede sostener entre nosotros.

Convendría analizar en qué consiste en Italia la querrela de falsedad; y cuáles son sus consecuencias.

Para el art. 2701 del cód. civ. de Italia vale como escritura privada el acto nulo por incompetencia o incapacidad del funcionario público (por ejemplo, no redactado observando las formalidades prescritas), pero que ha sido suscrito por las partes.

Dice el art. 2701 de Italia: "Conversión del acto público.— El documento formado por funcionario público incompetente o incapaz, o bien sin la observancia de las formalidades prescritas, si ha sido firmado por las partes tiene la misma eficacia probatoria de los documentos privados".

Esta solución puede ser seguida por nosotros, ya que el instrumento público puede presentar sólo causas de anulabilidad.

El instrumento privado puede destruir la verdad de un instrumento público, siempre que éste último no sea exigido por

la ley con el carácter de constitutivo, es decir, que sea otorgado *ad essentialiam*. Y sólo valdría entre las partes y con respecto a los terceros a quienes la cosa o el derecho que se discute la hubieren percibido a título gratuito. Lo dice el cód. de proc. civ. del Perú en su art. 411: "Los contradocumentos privados que destruyan o enerven el valor de una escritura pública, no producen efecto contra los sucesores de los otorgantes a título particular".

Sobre la querrela de falsedad, que basta que sea promovida para que quite eficacia probatoria al instrumento público, en el derecho itálico, véase el art. 215 del cód. de proc. civ. de ese país.

La prueba que la parte produce con instrumentos prevalece sobre la prueba oral (199).

En el instrumento público otorgado por notario éste da fe no sólo de una serie de hechos como la entrega del precio en la compra-venta, sino de la capacidad de las partes, de la libertad y del conocimiento con que proceden: art. 38 de la ley de notariado de 15 de diciembre de 1911. Esta misma exigencia la repite la ley de notariado en los testamentos: art. 68.

El instrumento público es auténtico. El instrumento privado es también auténtico si ha sido reconocido judicialmente, sea en juicio, sea en diligencia preparatoria.

No hay que probar la autenticidad de un instrumento público. Se presume su autenticidad. Empero, puede demandarse su nulidad o falsedad y ello no priva al instrumento público de probar lo que él contiene como declaración formulada por una o por varias personas: art. 405 del cód. de proc. civ. del Perú.

Las copias de los instrumentos públicos extendidas por quienes están autorizadas para otorgarlas (v. g., los testimonios de las escrituras públicas que extienden, a pedido, los notarios), hacen fe como los originales mismos.

Si el testimonio de la escritura pública, por ejemplo, difiere del original extendido en el registro, la fuerza probatoria corresponderá al original mismo.

El testimonio de la escritura pública prueba más plenamente que la copia simple de la escritura pública.

La boleta sólo acredita la autenticidad de una parte de la escritura pública.

El código de enjuiciamientos en materia civil, promulgado el 29 de diciembre de 1851, tenía un título que denominaba

(199) F. MESSINEO, Manual de D. Civ. y Comercial, II, § 48, Nº 5.

“De los instrumentos auténticos”, en lugar de “instrumentos públicos”, como los denomina la ley procesal peruana. Es evidente que era más cabal y neta la denominación del viejo código de enjuiciamientos.

Sobre su valor el art. 732 del código abrogado decía:

“Los documentos auténticos producen fe pública; hacen plena prueba; y son exigibles sin previa verificación”.

Y el art. 174 rezaba:

“La simple deducción de nulidad o falsedad contra un documento auténtico, no invalida su mérito probatorio, hasta que no se decida sobre aquellos vicios en el juicio respectivo. Pero si la nulidad o falsedad se encuentran de manifiesto en el documento, queda éste invalidado”.

En lo que respecta a los instrumentos privados, habían estos preceptos:

Art. 852.— “El reconocimiento de un documento simple no hace prueba plena:

“1º Si alguno de los interesados niega la verdad del acto que contiene, o desconoce su firma;

“2º Si en el acto de reconocerlo o antes, deduce en forma la nulidad de la escritura;

“3º Si en el caso del art. 839, los testigos sólo reconocen la suscripción pero niegan e ignoran la verdad del acto, o declaran de un modo vario”.

Art. 853.— “En cualquiera de los casos del artículo anterior, queda a salvo el derecho del interesado para que pruebe la realidad del contenido del documento, por otros medios legales”.

En derecho italiano, el instrumento público tiene menos valor que entre nosotros. El art. 2700 del cód. civ. de Italia dispone:

“Eficacia del acto público.— El acto público hace plena prueba, mientras no se formule querrela de falsedad, en cuanto a que el documento procede del funcionario público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de los otros hechos que el funcionario público hace constar como ocurridos a su presencia o realizados por él”.

Basta, como se ve, que la parte a quien daña formule querrela de falsedad, aunque después no consiga probarla.

Y con respecto a las copias o testimonios que nosotros llamamos (porque las copias simples tienen menos fuerza que los testimonios), el art. 2714 del mismo cód. civ. italiano previene:

“Copias de actos públicos.— Las copias de actos públicos expedidas en las formas prescritas por los depositarios públicos autorizados, hacen fe lo mismo que el original”.

“La misma fe hacen las copias de copias de actos públicos originales, expedidas por depositarios públicos de ellas, autorizados para expedirlas”.

Como expresa François GORPHE (200), la prueba documental es una prueba de otras pruebas.

En el instrumento público lo esencial es su carácter auténtico; por lo menos, en principio. Producen fe respecto de la realidad del acto verificado ante el notario que lo extendió o autorizó, dice el art. 401 del cód. de proc. civ. del Perú. GORPHE (201) dice que son los instrumentos públicos los más probatorios y los llama instrumentos auténticos. Su autoridad comprende la escritura y el contenido. Además, se presume que hayan sido extendidos por el funcionario público que los ha suscrito, si se presenta, v. g., los testimonios de las escrituras públicas con las apariencias de regularidad.

Sin embargo, GORPHE (202) hace notar algo que no ocurre entre nosotros. Textualmente dice que los instrumentos públicos “hacen fe hasta tanto que se impugnen por falsedad; y sólo cabe impugnarlos por un procedimiento muy difícil, reglamentado por el código de procedimiento civil”. Para nosotros, si la nulidad o falsedad no está de manifiesto, el instrumento público producirá sus efectos mientras no se decida judicialmente sobre aquellos vicios. Y esa decisión judicial deberá pronunciarse en un proceso de conocimiento (juicio ordinario) y tener el carácter de la *res iudicata* (art. 405 del cód. de proc. civ. peruano).

Empero, si la nulidad o falsedad del instrumento público resulta manifiesta por el tenor del mismo instrumento, carece de fuerza probatoria porque ha perdido su autenticidad. Es decir, deben haber sido extendidos de conformidad con ciertos principios sustanciales. Aún en este caso, GORPHE (203) considera que si bien el instrumento público no habría de valer como auténtico, podría tener valor como escritura privada según el art. 1318 del cód. civ. francés. Ello no obstante, si la forma

(200) De la apreciación de las pruebas, Bosch y Cia., editores, Buenos Aires, 1950. 2a. parte, cap. II, p. 175.

(201) De la apreciación de las pruebas, 2a. parte, cap. II, p. 176.

(202) De la apreciación de las pruebas, 2a. parte, cap. II, p. 176.

(203) De la apreciación de las pruebas, 2a. parte, cap. II, p. 176.

de la escritura pública, v. g., ha sido declarada nula en la donación inmobiliaria, que es exigida no *ad probationem tantum*, sino *ad solemnitatem* (art. 1474 § 3º cód. civ.). la nulidad del documento produciría la inexistencia o nulidad del contrato. Por eso, tampoco vale lo declarado por el art. 1131 de nuestro cód. civ. para los instrumentos en que la forma es exigida *ad substantiam*.

Hay otra cuestión importante que exponer cuando la ley exige como formalidad la escritura pública. Por ejemplo, en la donación (art. 1474, § 3º, cód. civ.), en la anticresis (art. 1005 cód. civ.), en la hipoteca (art. 1012 cód. civ.). La prueba de la existencia de estos contratos se encuentra procesalmente limitada, ya que es sólo con el testimonio de la escritura pública que puede acreditarse que realmente se celebraron y que esa celebración fué legítima (art. 407 cód. de proc. civ.).

El art. 406 del cód. de proc. civ. del Perú previene que cuando un instrumento público es tachado de falso o nulo, se sustanciará la tacha como incidente y se resolverá con lo principal. Es evidente que el término previsto para el incidente resulta angustioso por lo corto; y, además, en el caso regulado se trata de que en proceso instaurado el testimonio de la escritura pública que ha sido ofrecido como prueba es tachado por el contrario, de nulo o falso. Juicio ordinario, en cambio, se requiere cuando se trata de impugnar la validez de una escritura pública por ser nula o falsa. Obviamente, la nulidad no se podría declarar en incidente, si la nulidad o falsedad se refiere no a defectos formales, sino a la del negocio jurídico (contrato). Esta es la doctrina de la sent. del Supremo Tribunal de 20 de agosto de 1932 (204).

En buena cuenta, el art. 406 del cód. de proc. civ. sólo se refiere a defectos de los documentos, pero no a la nulidad o falsedad, ya que éstas se sustancian en la vía ordinaria.

Al instrumento privado no se le concede la misma presunción de autenticidad. Es claro que si se encuentra reconocido es auténtico. Quien ha suscrito un instrumento privado puede negar su firma y ello obliga al cotejo con arreglo a los arts. 434 y ss. del cód. de proc. civ. Y aquí debe observarse que la pericia no importa prueba plena o sea que el juzgador puede o no seguirla, con lo que ya la fuerza probatoria del instrumento privado sufre una mengua o, por lo menos, confronta un serio peligro. Es claro que reconocido expresa o fictamente,

(204) En "R. de los T.", 1932 274.

el instrumento privado goza de fuerza probatoria (arts. 416 y 426 del cód. de proc. civ.).

Donde se nota la desventaja del instrumento privado sobre el instrumento público es cuando fallece el otorgante. La autenticidad de la firma y del contenido de la escritura pública no puede ser cuestionada sino en juicio ordinario. En cambio, el instrumento privado deberá ser reconocido por los herederos de quien lo firmó, si es que así lo quieren; y todavía el art. 422 del cód. de proc. civ., agrega en su 2º párrafo, que este reconocimiento sólo perjudica al heredero que lo hace.

En el área mercantil existen una serie de instrumentos privados que mediante ciertas diligencias (protesto, reconocimiento), franquean la vía ejecutiva para su cobro, aunque su autenticidad no se obtendría con el protesto o con la negativa del obligado en la diligencia de reconocimiento.

Pues bien; no obstante encontrarse la letra protestada, no habrá de prestar mérito ejecutivo si el obligado no probó sino sólo alegó en la diligencia de protesto que la firma que se supone ha puesto en la letra de cambio es falsa. Y lo mismo ocurrirá con el reconocimiento en diligencia preparatoria (arts. 593 y 596 del cód. de proc. civ.). Lo que decimos es aplicable a cualquier instrumento privado que contenga obligación exequible y que sólo requiera del reconocimiento para que pueda servir de recaudo en una ejecución. V. ahora nueva ley del juicio ejecutivo.

La negativa del obligado a reconocer su firma puesta en el documento privado, obliga al acreedor a un largo proceso ordinario para tratar de demostrar la autenticidad de la signatura; y en él, también tratará de probar por otros medios la existencia de la obligación, a no ser que sea un tercero endosatario. Y ello porque si se lee el art. 209 del cód. de proc. civ., no existe en diligencia preparatoria el cotejo de firmas. Por el contrario, si el instrumento fuere público la firma puesta por uno de los intervinientes aunque fuere negada, no impide la ejecución.

Otro defecto del instrumento privado es el de que no prueba la fecha en que aparece otorgado. En cambio, la data de la escritura pública, v. g., es prima facie indubitable. La fecha en el privado no hace fe para terceros, porque es sumamente fácil antedatarlo.

Una de las diferencias más importantes entre el instrumento público y el instrumento privado, está en su fuerza probatoria. La escritura pública prueba, v. g., la autenticidad de la firma puesta por el obligado; y esa prueba es plena en tanto no

se decida, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada pronunciada en juicio ordinario, sobre la nulidad o falsedad de dicha escritura pública. Lo declara el art. 405 del cód. de proc. civ. En cambio, para que el instrumento privado surta efectos probatorios plenos requiere del reconocimiento, sea en diligencia preparatoria (art. 156, inc. 1º del cód. de proc. civ.), sea dentro de la secuela del juicio ordinario o sumario (arts. 413 a 433 del cód. de proc. civ.). Pues bien; el obligado puede negar la firma puesta en el instrumento privado y para acreditar su autenticidad procede la diligencia de cotejo (art. 434 del cód. de proc. civ.). Esa probanza es pericial y la prueba de peritos está ocasionada a dudas no sólo porque puede sobornarse a los peritos por las partes, sino porque su autenticidad es cuestionable no obstante que los peritos realicen la pericia conforme a los más rigurosos procedimientos técnicos. La prueba de peritos no es ni tiene la fuerza de la confesión, o de la inspección ocular, sino que como la prueba de testigos (tan falible y débil) será apreciada por el juez conforme a las reglas de la crítica. Lo dicen los arts. 490 y 504 del cód. de proc. civ. Empero, lo que consta en un instrumento público tiene fuerza probatoria plena e insuspecta, en tanto no se declare que el instrumento es apócrifo y esa declaración judicial no se hace en un procedimiento breve sino demasiado dilatado por lo lento (proceso ordinario de cognición).

Sólo se tiene por verdadero el contenido del documento privado reconocido (art. 430 del cód. de proc. civ.). Y los documentos no reconocidos, como la prueba de testigos, tienen el valor que les asigne el prudente arbitrio del juez (art. 433 del cód. de proc. civ.). De otro lado, la muerte del que ha suscrito la escritura pública es indiferente para el valor probatorio de ésta. En cambio, la muerte del que suscribió un instrumento privado hace procedente el reconocimiento por sus herederos; y ese reconocimiento sólo perjudica al heredero que lo hace (art. 422 del cód. de proc. civ.). En este caso, procede el cotejo (art. 434, inc. 1º del cód. de proc. civ.); y ese cotejo lo hacen peritos tan falibles que su dictamen aún en el caso de ser favorable al interesado, puede no ser seguido por el juez.

Es claro que la legalización notarial de la firma en un instrumento privado acredita su autenticidad; empero, el suscriptor puede negar el contenido, lo que no podría en una escritura pública sino después de que judicialmente se hubiere declarado la

nulidad de esta. Sólo la nulidad judicialmente declarada priva de eficacia a la escritura pública.

LAS PRESUNCIONES

La presunción legal importa un traslado de la carga de la prueba. Quien goza de la presunción está eximido de probar.

Para PLANIOL-RIPERT y Esmein (205) las presunciones legales son en realidad presunciones de hecho sistematizadas por la ley, que dispensan a la parte que las invoca de probar el hecho alegado. Agregan que quien alega una presunción legal sólo se encuentra obligado a probar la existencia de los hechos que le sirven de fundamento a la presunción. Por ejemplo, al poseedor se le presume propietario (art. 827 del cód. de proc. civ.), pero el poseedor debe probar que lo es mediante una prueba plena o auténtica como es la de inspección ocular. Al hijo que nace dentro del matrimonio se presume que tiene por padre al marido (art. 229 del cód. civ. del Perú), pero incumbe al hijo probar con prueba instrumental pública ese hecho de su nacimiento de mujer casada y ello se prueba con su partida de nacimiento de los Registros del Estado Civil y con la partida de matrimonio de su madre.

Respecto a presunciones legales *iure et de iure*, o sea que no admiten prueba en contrario, está la *res iudicata pro veritate habetur*, es decir, la cosa juzgada representa la verdad. PLANIOL-RIPERT y Esmein (206) admiten que la cosa juzgada no es de orden público y que las partes pueden renunciar a la cosa juzgada por contrato. No explican los autores franceses los efectos de la renuncia, pero debe entenderse que la renuncia es a lo que se decide en el fallo ejecutoriado y no con respecto a una renuncia previa.

En derecho francés las presunciones irrefragables (*iure et de iure*) pueden no funcionar si existe en contra de ellas confesión o juramento decisorio, a no ser que se trate de la presunción de cosa juzgada (207).

La presunción de condominio con indivisión forzosa contenida en el art. 910 del cód. civ. del Perú, podría ser absoluta, ya que sólo puede ser destruida con pericia de mensura o instrumental, o en todo caso con la prescripción.

(205) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, VII, N° 1548, p. 892.

(206) *Trat. Práctico de D. Civ. Francés*, VII, N° 1552, p. 896.

(207) PLANIOL-RIPERT y Esmein, *Tratado*, VII, N° 1550, p. 895.

El juez hace siempre uso de todos los medios de prueba cuando partiendo de un hecho conocido llega a un hecho desconocido (208). Así, los instrumentos y aún los testigos pueden proporcionar el hecho conocido a fin de llegar al "*fait inconnu*".

En el cód. civ. de NAPOLEÓN, el art. 1349 declara:

"*Les présomptions sont des conséquences, que la loi au le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu*".

Tratándose de presunciones que liberan de la carga de la prueba, si la presunción es absoluta (*iure et de iure*) no cabe contra ella prueba de ningún género. V. g., no cabe prueba que enerve la presunción absoluta del art. 300 del cód. civ., por el cual el hijo se presume legítimo aunque la madre declare contra su legitimidad o sea condenada como adúltera.

En COUTURE E. J. (209) encontramos esta idea: La presunción es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Ni las presunciones legales ni las judiciales son medios de prueba.

La presunción supone el conjunto de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Además, en la presunción deberá probarse el hecho en que la presunción se funda. Ejemplo: Según el art. 229 del cód. civ. del Perú al hijo nacido dentro del matrimonio se presume que tiene por padre al marido. Aquí, hay que probar necesariamente la existencia del matrimonio a fin de poder atribuirle la paternidad al marido.

MESSINEO (210) denomina a las presunciones "pruebas conjeturales" y son las que el juzgador saca al remontarse de un hecho conocido a un hecho ignorado, o son también consecuencias de la ley.

El art. 2727 del cód. civ. de Italia previene:

"Noción.— Las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez saca de un hecho conocido para remontarse a un hecho desconocido.

La presunción legal puede ser *iuris et de iure*, de la que MESSINEO (211) expresa que es la presunción por la que la ley declara nulos ciertos actos, o no admite acción en juicio; y cita

(208) GARSONNET E., *Traité Theorique et Pratique de Procédure*, Paris, éd. 1885, t. II, p. 302.

(209) "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, 53, p. 192.

(210) Manual, II, § 48, Nº 20, p. 525.

(211) Manual, II, § 48, Nº 20, p. 525 y s.

en apoyo de lo que dice el art. 2728, § 2º del cód. civ. italiano, que reza:

“Prueba contra las presunciones legales.— Las presunciones legales dispensan de cualquier prueba a aquellos a favor de los cuales se hallan establecidas”.

“Contra las presunciones sobre el fundamento de las cuales la ley declara nulos ciertos actos o no admite la acción en juicio, no puede darse prueba contraria, salvo que ésta se encuentre consentida por la misma ley”.

Agrega MESSINEO que dicha presunción dispensa de toda prueba por parte de aquel a cuyo favor está establecida; y que, además, esa presunción no puede ser destruída por prueba contraria.

Dice MESSINEO (212) que la presunción *iuris et de iure* reposa en una ficción legal.

Hay otra presunción legal que es la *iuris tantum*; que es simple, o relativa. Dispensa de la prueba a quien favorece, pero sólo en los supuestos relacionados por la ley. Permite la prueba contraria. Nada obsta que quien tiene a su favor la presunción, pruebe por otros medios. Por ejemplo, en la *reivindicatio* al poseedor se le presume *iuris tantum* dueño, según el art. 827 del cód. civ. peruano. Nada obsta para que este poseedor pruebe que es propietario. Además, para que la presunción lo favorezca está constreñido a probar que posee actualmente. Y si invoca la *usucapio* deberá también probar que poseyó anteriormente en una fecha tal que desde ella hasta la posesión que tiene ahora, se ha cumplido con exceso el plazo prescriptivo.

MESSINEO (213) expresa que en ciertos casos probar lo contrario de lo que se cree aplicando la presunción *iuris tantum* sólo puede hacerse por medio de títulos o de signos exteriores. Así ocurre, —dice—, con las presunciones relativas contenidas en los arts. 881, 897, 898 y 1095, § 2º del cód. civ. de Italia, cuyo conocimiento es innecesario.

HEDEMANN Justus Wilhelm (214) examina en forma completa las presunciones en derecho alemán, en un libro dedicado íntegramente a ellas. Es útil conocer el § 292 del Z.P.O. (ordenanza o cód. de procedimiento civil germano):

“Si la ley establece una presunción sobre la existencia de un

(212) Manual, II, § 48, Nº 20, p. 525. Véase también Manual, I, § 6, Nº 8.

(213) Manual, II, § 48, Nº 20, p. 526.

(214) Las presunciones en el Derecho. trad., Rev. de D. Privado, Madrid, 1931, § 23, p. 120 ss.

hecho, se admitirá la prueba de lo contrario en tanto que la ley no disponga otra cosa. Esta prueba puede hacerse también mediante juramento deferido con arreglo a los §§ 445 ss." Adviértase que debe demostrarse que existe el hecho generador de la presunción. Esta importa sospecha; que se presuma; que se suponga.

En cuanto a la existencia de presunciones de hombre (presunciones hominis o presunciones simples), son las que no están establecidas por la ley y para su aplicación se confía en la prudencia del juzgador. Debe tratarse de hechos graves, precisos y concordantes. Contra estas presunciones puede producirse y valer la prueba de testigos.

Para GOLDSCHMIDT (215) la *praesumptio iuris* es regla jurídica del derecho judicial material que obliga a deducir de un hecho otro hecho o un derecho, en tanto que no se demuestre lo contrario. Dice que toda presunción legal es una prueba de indicios.

Las presunciones legales descansan en un simple cálculo de probabilidades (216).

No hay presunción legal sin un texto expreso y son de interpretación estricta. No pueden extenderse, por más analogía que exista.

Henri, León y Jean MAZEAUD (217) hacen notar con respecto a la presunción legal que dispensa de la prueba, pero que esta observación no es exacta sino cuando aquel a quien la presunción favorece prueba los hechos en los que la ley funda la presunción. Nuestro cód. de proc. civ., en su art. 337, declara precisamente que no necesita probar aquel a quien favorece la presunción. Sin embargo, quien se beneficia de la presunción deberá probar el hecho en que la presunción se apoya.

Presunción *iure et de iure* es la del art. 300 del cód. civ., por el que el hijo se presume legítimo aunque la cónyuge declare contra su legitimidad o sea condenada como adúltera. Atendida esta presunción, el hijo debe inscribirse en el Registro del Estado Civil con la calidad de legítimo, aunque la madre declare que no tiene por padre a su marido, porque éste se encuentra ausente desde hace muchos años.

Es evidente que el presunto padre tendría éxito en el juicio en que niega la paternidad, si la madre es condenada como

(215) Derecho Procesal Civil, Edit. Labor S. A., Barcelona, 1956, § 44, p. 259.

(216) PLANIOL-RIPERT y Esmein, Tratado, VII, Nº 1548, p. 892.

(217) Lecciones de D. Civ., I, Nº 378, p. 553.

adúltera, o, simplemente, él obtiene el divorcio por adulterio cometido por la madre en la época de la concepción del presunto hijo.

Sobre presunciones *iuris et de iure* Miguel Antonio de LA LAMA (218) cita los arts. 1014, 1032 y 1042 del cód. civ. abrogado. Y agrega que cuando la ley declara que "la falta de firma de la mujer en la escritura de enajenación de sus dotales o parafernales, es prueba de que no prestó su consentimiento; y no se admitirá en contrario ninguna otra", es presunción absoluta.

Se niega a aceptar DE LA LAMA lo manifestado por algunos doctrinadores para quienes si el dispositivo de la ley que establece la presunción no dice que es admisible la prueba en contrario, se le tendrá por presunción *iuris et de iure*.

El nuevo cód. civ. de Italia (1942) define lo que es presunción:

"2727. Noción.— Las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez saca de un hecho conocido para remontarse a un hecho desconocido".

En cuanto a que la parte favorecida con la presunción no tiene necesidad de probar, el 2728 de dicho cód. previene:

"Prueba contra las presunciones legales. —Las presunciones legales dispensan de cualquier prueba a aquellos a favor de los cuales se hallan establecidas.

"Contra las presunciones legales sobre el fundamento de las cuales la ley declara nulos ciertos actos o no admite acción en juicio, no puede darse prueba contraria, salvo que ésta se encuentre consentida por la misma ley".

En el segundo apartado del precepto establece qué presunciones tienen una fuerza probatoria indestructible.

Acerca de las presunciones que no emanan de la ley el cód. civ. de Italia contiene el:

"2729.— Presunciones simples.— Las presunciones no establecidas por la ley se dejan a la prudencia del juez, el cual no debe admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes.

"Las presunciones no se pueden admitir en los casos en que la ley excluye la prueba por medio de testigos".

El cód. de NAPOLEÓN, en su art. 1282, previene que cuando

(218) En su libro Código de Enjuiciamientos en materia civil, apéndice 59 en una de sus ediciones; y apéndice 46 en otra edición.

un acreedor entrega voluntariamente a su deudor el título en que consta su crédito, se presume que ha querido liberarlo.

Nosotros tenemos una regla semejante dentro del título de la condonación. El art. 1301 de nuestro cód. civ. declara:

“Habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado”.

Basta que el deudor alegue el pago; no es necesario que lo pruebe, porque la prueba consiste en el recibo o en otro instrumento privado. Y ese instrumento es tan importante para la prueba de la extinción de la obligación mediante la *solutio* que el art. 1234 del cód. civ. del Perú, autoriza al deudor a no pagar en tanto no se le entregue el recibo de dicho pago. El precepto de nuestro cód. es más completo que el del cód. francés, el que sólo dice: “*La remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération*”.

PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA

Con respecto a la locución “principio de prueba escrita”, que utiliza el cód. civ. del Perú, en sus arts. 366, inc. 5º, 312 y 1732, dicese que es un escrito proveniente del colitigante o del mandatario de éste que haga verosímil el hecho alegado. Al respecto, dice el art. 2724 del cód. civ. de Italia lo que sigue:

“Excepciones a la prohibición de la prueba testifical.— La prueba de testigos se admite en todos los casos:

“1) Cuando existe un principio de prueba por escrito: éste está constituido por cualquier escrito, proveniente de la persona contra la cual se dirige la demanda o por su representante, que haga aparecer verosímil el hecho alegado;

.....
Principio de prueba por escrito se llama al escrito que proviene de la parte contraria (colitigante), o de quien la representa, que hace verosímil el hecho alegado. El principio de prueba escrita debe provenir no de la persona misma que ha pedido la prueba de testigos.

En el inc. 5º del art. 366 del cód. civ. se previene que la paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada, en el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita.

Cuando la ley exige un principio de prueba, hay que reconocer que ese principio constituye una prueba insuficiente, que hace la pretensión reclamada verosímil, pero que no es de tal naturaleza que convenza al juez para que dé el triunfo en la controversia a aquel que presenta dicho principio de prueba.

Con respecto al principio de prueba por escrito el art. 1347 del cód. civ. francés declara:

“Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu’il existe un commencement de preuve par écrit”.

“On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu’il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué”.

Define el principio de prueba por escrito el acto escrito que proviene del demandado, o de su representante, y que haga verosímil el hecho alegado.

Trátase de instrumento que no acredita de plano la existencia del negocio jurídico, porque entonces no constituirá principio de prueba por escrito, sino prueba pura. Además, debe provenir el documento de aquel a quien se ha demandado, o de su causante, o de aquel que lo representa y que, finalmente, haga resultar verosímil el hecho que se alega. Por ejemplo, una carta en la que se solicita un préstamo, o en la que se agradece cierto pago.

Este principio de prueba no es prueba plena, irrefragable. Por tanto, el juzgador puede o no aceptarlo como probanza.

Para PLANIOL-RIPERT y Esmein (219), tratándose del “comienzo de prueba por escrito”, se necesita a) un escrito que haga verosímil el hecho alegado y que dicho escrito proviene de la persona a quien se le opone esta probanza. Basta que sea un escrito; no es necesario que sea un instrumento. Por tanto, vale una carta como comienzo de prueba aunque no tuviere fecha si el hecho que se alega resulta verosímil sin necesidad de fecha. Pero si el comienzo de prueba trata de probar algo que emana de ciertos documentos es necesario que el comienzo de prueba escrita sea de fecha posterior al acto o negocio impugnado. Son comienzo de prueba, v. g., las enunciaciones del cuaderno de inventarios; los papeles domésticos que no hacen fe contra quien los llevaba; una anotación al margen de un escrito aunque no guarde relación alguna con el contenido del documento. También es comienzo de prueba el instrumen-

(219) Tratado Práctico de D. Civil Francés, VII, Nº 1531 ss., p. 374 ss.

to firmado por sólo una de las partes pero sólo para el que lo firmó, a no ser que las firmas que faltan fueren de los otros codeudores solidarios. Asimismo, si los documentos que presentan ambas partes difieren, por ejemplo, porque en uno existe cierta cláusula que no figura en el otro, puede servir como comienzo de prueba.

Otros elementos son: b) Escrito emanado de aquel a quien se opone. El escrito de un tercero no puede considerársele como comienzo de prueba. Tampoco lo serían las respuestas dadas en interrogatorios a extraños. El escrito debe ser escrito de puño y letra y/o firmado por aquel a quien se opone. Un recibo firmado por el contrario es comienzo de prueba. c) Un escrito que haga verosímil el hecho alegado. Por tanto, no se trata de escrito que pruebe el hecho alegado, sino tan sólo que lo haga verosímil.

La prueba de testigos es complementaria al comienzo de prueba por escrito; éstos dan un suplemento de prueba al comienzo de prueba que ya ha sido ofrecida por la parte. Así, el peligro de la prueba de testigos queda suprimido casi totalmente, porque la convicción del juez ya está formada a medias y esa convicción se apoya en un documento que no puede mentir. Ambas probanzas se integran: la declaración de los testigos completa el escrito y, recíprocamente, el escrito otorga fuerza a la declaración testimonial.

LA FECHA CIERTA

Muy importante para la atribución de los derechos es la fecha auténtica en los instrumentos. *Prior tempore potior in iure* es apotegma de aplicación frecuente, aún cuando existen excepciones (por ejemplo, en las obligaciones la preferencia de unas sobre otras no depende de su fecha, sino de su naturaleza).

Fecha cierta exige el art. 1001 del cód. civ. del Perú, el cual permite la prenda tácita entre los mismos deudor y acreedor, siempre que la nueva deuda garantizada conste en escrito de fecha cierta. Obviamente, dicha fecha debe ser auténtica para los terceros acreedores, cuyos créditos pueden ser anteriores o posteriores a la nueva prenda. Indirectamente, el art. 1270 del cód. civ. peruano, que legisla en su inc. 2º la subrogación convencional por parte del deudor, reclama fecha cierta ya que dispone que el dinero con que subroga al prestamista se le haya da-

do en préstamo pero por escritura pública (porque ésta tiene *prima facie* fecha cierta).

La fecha de la muerte de dos personas debe también ser establecida, a fin de determinarse quién hereda a la otra. Si no se pudiera establecer la fecha y la hora, no se da la transmisión sucesoria: art. 7º del cód. civ.

La fecha cierta es necesaria como medio de impedir los fraudes que de otro modo se cometerían fácilmente por el deudor, en perjuicio de sus acreedores o de una parte de ellos.

Con la anotación preventiva de embargo, por ej., el crédito constante en instrumento privado, adquiere fecha cierta, pero sólo desde la anotación registral, que es la fecha del asiento de presentación. También con el reconocimiento judicial sea dentro del juicio, sea en diligencia preparatoria, pero sólo desde el día del reconocimiento; o si se da cuenta del instrumento privado en un cuaderno de inventarios, pero también sólo desde la fecha de la diligencia de inventarios.

La fecha que ostenta un instrumento privado no puede reputarse "fecha cierta" (fecha indubitable). Por el contrario, el instrumento público tiene fecha cierta, hasta que no se pruebe y se decida judicialmente (en la vía ordinaria) que no la tiene.

Y en cuanto a la fecha cierta, para las partes y para sus herederos a título universal, la fecha expresada en el instrumento privado es para ellos verdadera, si ha sido judicialmente reconocido (puede también darse el caso de que hubiera sido extra-judicialmente reconocido, con legalización de la firma de quien practicó el reconocimiento).

En cambio, para los terceros o sucesores a título singular del que reconoce, carece de fecha cierta.

Vale la pena reproducir el art. 1035 del cód. civ. de la Argentina, sobre este problema de la fecha cierta. Dice tal precepto:

"Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será:

"1º La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública para cualquier fin si allí quedase archivado;

"2º La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaron;

"3º La de su transcripción en cualquier registro público;

“4º La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del que lo escribió, o del que firmó como testigo”.

No parece que nosotros, atendida la fama que tiene nuestra administración pública, le concedamos fecha cierta a un documento privado archivado en ella, porque es fácil que el empleado público lo archive con fecha antedatada.

Hay también que esclarecer que la legalización notarial no le da fecha cierta al instrumento privado, ya que el notario puede también legalizar con fecha antedatada, lo cual no puede hacer con las escrituras públicas, en razón de las seguridades que contiene para su otorgamiento, la ley de notariado. Una de ellas es el orden cronológico en que deben ser extendidas.

Constituye fecha cierta la que ostenta el original del despacho telegráfico, si la oficina que lo expidió lo conserva (220).

No pretendo que la grandeza de la obra se deba sólo a que el Quijote es un *homo iuridicus*. Obviamente, existen otros aportes que la hacen excelsa. Así:

Una de las causas de la fama del Quijote se encuentra en que este personaje con su honra; con sus frustraciones; con su pobreza por siempre; con su tristeza, no cambia; no está harto de lo que es; conserva su ejemplaridad moral.

El Quijote era pobre, —aún dentro de su hogar—. Su comida era la de la gente humilde y, sin embargo, costaba más de la mitad de sus ingresos:

“Una olla de algo más de vaca que carnero, salpicón las más noches, duelos y quebrantos los sábados, lantejas los viernes, algún palomino de añadidura los domingos, consumían las tres partes de su hacienda” (221).

“... porque quien es pobre no tiene cosa buena. Esta pobreza... ya en hambre, ya en frío, ya en desnudez, ya en todo junto” (222).

“El pobre honrado si es que puede ser honrado el pobre tiene prenda en tener mujer hermosa, que cuando se la quitan le

(220) En el cód. civ. de NAPOLEON su art. 1328 declara:

“Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour ou ils sont enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour ou leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire”.

(221) Parte 1a., cap. I.

(222) Parte 1a., cap. XXXVII.

quitan la honra y se la matan". Empero, no obstante su pobreza siempre fué honrado (223).

También dice que quien carece de bienes, es decir, que es pobre, no puede ser "hombre de bien" (224).

En su conducta está el ser sobrio en el comer.

"Hemos de matar en los gigantes, ... a la gula y al sueño, en el poco comer que comemos y en el mucho velar que velamos ..." (225).

Don Quijote no podía pegar sus ojos, porque más le desvelaban sus imaginaciones "que la hambre" (226).

Miseria existe en esta frase del señor don Quijote:

"—Come, Sancho amigo ...; sustenta la vida que más que a mi te importa, y déjame morir a mi a manos de mis pensamientos y a fuerza de mis desgracias. Yo, Sancho, nací para vivir muriendo, y tú para morir comiendo ..." (227).

La bondad del Quijote; otro de sus atributos.

Veamos cómo era de bueno:

El mismo dice: "... mis intenciones siempre las enderezo a buenos fines, que son los de hacer bien a todos y mal a ninguno" (228).

(223) Parte 2a., cap., XXII.

(224) Parte 1a., cap. VII.

(225) Parte 2a., cap. VIII. Esta frase integra un párrafo realmente maravilloso, prácticamente no susceptible de traducción a otro idioma, con la misma armoniosa redacción, por lo que su perfección no podría ser íntegramente captada por extranjeros.

(226) Parte 2a., cap. LX.

Es notable también cómo concibe al caballero andante:

"... y volviendo a lo de arriba, ha de guardar la fe a Dios y a su dama; ha de ser casto en los pensamientos, honesto en las palabras, liberal en las obras, valiente en los hechos, sufrido en los trabajos, caritativo con los menesterosos, y, finalmente, mantenedor de la verdad, aunque le cueste la vida el defenderla...". (Parte 2a., cap. XVIII).

"Esta pobreza... ya en hambre, ya en frío, ya en desnudez, ya en todo junto". (Parte 1ª cap. XXXVII).

(227) Parte 2a., cap. LIX.

Sancho no es el hombre basto y elemental que al simple examen parece ser. Veamos qué dice:

"... donde hay escasez no puede vivir la liberalidad". Parte 1a. cap. XLVII.

"... Dos linajes solos hay en el mundo, como decía una agueta mía, que son el tener y el no tener; ... y el día de hoy... antes se toma el pulso al haber que al saber: un asno cubierto de oro parece mejor que un caballo enalbardado". Parte 2a., cap. XX.

Cuando sale de la ínsula dirá: "... desnudo nací, desnudo me hallo, ni pierdo ni gano; quiero decir que sin blanca entré en este gobierno, y sin ella salgo". Parte 2a., cap. LIII.

Y cuando regresa el Quijote para morir, habrá de exclamar:

"... viene vencedor de sí mismo".

Coincidiendo con la frase bíblica "Mientras existe vida hay muchas penas", dice: "... el que larga vida vive, mucho mal ha de pasar". Parte 2a., cap. XXXII.

Sin embargo, alguna vez Sancho dirá: "... yo le juro a fe de pobre hombre...". (Parte 1a., cap. XV); y ello le hace daño.

(228) Parte 2a., cap. XXXII.

Para Sancho, el Quijote "... no sabe hacer mal a nadie, sino bien a todos, no tiene malicia alguna: ... y por esta sencillez le quiero como a las telas de mi corazón, y no me amaño a dejarle por más disparates que haga". (229). En otro lugar, expresa "... él es tan bueno como el buen pan" (230).

Para UNAMUNO, el Quijote es hijo de bondad; no sólo hijo de bienes, como son todos los hidalgos. Bienes en sentido jurídico (231). Con solar conocido. Obviamente, por ser hidalgo es hijo de algo.

Existe en el Quijote siempre, —a toda hora—, una profunda tristeza. ¿Por no haber podido realizar el derecho?

En el cap. XXXI de la parte 2a. léese que sus desgracias tuvieron principio pero no tendrán fin.

Melancolías y desabrimientos, afirma el médico que lo asiste, que le están acabando la vida (se va yendo poco a poco) (232).

Veamos otras muestras de esa inmensa pesadumbre:

El canto que escuchan el cura y el barbero:

"¿Quién mejorará mi suerte?

"La muerte" (233).

"Busco en la muerte la vida" (234).

"Yo nací para ejemplo de desdichados y para ser blanco y terreno donde tomen la mira y asesten las flechas de la mala fortuna..." (235).

"Don Quijote... (tenía) la más triste y melancólica figura que pudiera formar la misma tristeza" (236).

(229) Parte 2a., cap. XIII.

(230) Parte 2a., cap. XLVII.

(231) Miguel de UNAMUNO, "Vida de don Quijote y Sancho", cap. 1, la parte. Para él es el Quijote hombre de bien, en cuanto bien es virtud; no bienes que comprenden las cosas. El mismo dirá: "... soy hidalgo de solar conocido, de posesión y propiedad...". en "El ingenioso hidalgo...", cap. XXI, la parte. No sólo tenía status posesorio en las res sino derecho de propiedad. Nótese que distingue posesión de dominio; distinción que el vulgo desconoce.

Empero, es evidente que el Quijote es hombre de bondad y de esa misma bondad que anima al personaje de Eca de Queiroz en "La ilustre casa de los Ramirez", B. Aires. 1946, ed. España-Calpe Argentina S.A. Reproducimos el parágrafo: "... Mire: a veces hay un hombre muy serio, muy puro, muy austero, un Catón que siempre cumplió con su deber, y, sin embargo, nadie lo quiere. ¿Por qué? Porque nunca dió, nunca perdonó, nunca acarició, nunca sirvió; y al lado, otro liviano, descuidado, que tiene defectos, que olvida hasta el deber; pero que es amable, generoso, servicial y dulce, y todos lo quieren. Y no sé si hasta Dios. El me perdona, lo prefiere también".

(232) Parte 2a., cap. LXXIV.

(233) Parte 1a., cap. XXVII.

(234) Parte 1a., cap. XXXIII.

(235) Parte 2a., cap. X.

(236) Parte 2a., cap. LX.

Cuando el desánimo le invade el alma, dirá "Pero, en llegando al fin, que es cuan-

Ciertamente, estas expresiones son de más jerarquía que la fábula de los tribunales, que la sabía CERVANTES, por haberla experimentado en carne propia.

Otra muestra de pena es el dicho del caballero del Bosque:
 "... lléguese a mí y hará de cuenta que se llega a la misma tristeza..." (237).

A lo cual el Quijote responde:

"... y aunque en mi alma tienen su propio asiento las tristezas, las desgracias y las desventuras, no por ello se ha ahuyentado de ella la compasión que tengo de las ajenas desdichas" (238).

La Trifaldi dirá: "¡... en hora menguada nuestros padres nos engendraron!" (239).

Existe en Quijote la esperanza de que su suerte cambie. Así, a Rocinante le dice:

"—Aún espero en Dios y en su bendita Madre, flor y espejo de los caballos, que presto nos hemos de ver los dos cual deseamos: tu con tu señor a cuestras: y yo encima de ti, ejercitando el oficio para que Dios me echó al mundo" (240).

Siempre conservó el ánimo de que las cosas habrían de cambiar para él. Así, decía:

"... porque no es posible que el mal ni el bien sean durables, y de aquí se sigue que habiendo durado mucho el mal, el bien está ya cerca" (241).

Empero, jamás cambió el suceder malo.

A Sancho le dirá:

"... Juntos salimos, juntos fuimos y juntos peregrinamos; una misma fortuna y una misma suerte ha corrido por los dos; si a ti te mantearon una vez, a mí me han molido ciento, y esto es lo que llevo de ventaja" (242).

do se acaba la vida, a todos les quita la muerte las ropas que los diferenciaban, y quedan iguales en la sepultura" (Parte 2a., cap. XII).

El, como Cardenio, gustó más "ser de la desventura, pudiendo haber sido de la buena dicha" (Parte 1a., cap. XXVIII); y que "para remediar desdichas del cielo poco suelen valer los bienes de fortuna" (Parte 1a., cap. XXIV).

(237) Parte 2a., cap. XII.

(238) Parte 2a., cap. XII.

(239) Parte 2a., cap. XXXIX. Esto es bíblico: en JEREMIAS, 20: 18, encontramos: "Para qué salí del vientre? ¿Para ver trabajo y dolor y que mis días se gastasen en afrenta.?"

Para DE MAEZTU ("Don Quijote, don Juan y la Celestina", cap. I) es un libro saturado de una honda tristeza.

(240) Parte 1a., cap. XLIX.

(241) Parte 1a., cap. XXVII.

(242) Parte 2a., cap. II.

En otro momento exclamará:

“—¡Santo Dios! ¿Qué es lo que dices Sancho amigo? Mira, no me engañes, ni quieras con falsas alegrías alegrar mis verdaderas tristezas” (243).

Resulta congruente que el hombre a quien la vida le ha sido fácil y suave; que ha triunfado y ha tenido suerte, agradezca a Dios por haberlo siempre encaminado por la senda derecha. No es, por el contrario, explicable que aquel a quien los hechos lo tuvieron siempre a mal traer; que nunca conoció la abundancia; que siempre anduvo muy sin dineros; que como al personaje de Eça en “La ilustre casa de los Ramírez” (244), los hechos que para los demás eran baladís, para él siempre terminaron en quebranto y desventura, todavía tuviera ánimos antes de morir, para agradecer a su Hacedor todo lo bueno que le dió (245).

También contribuye al valor inconmensurable del Quijote, que el genio de CERVANTES hubiese incorporado en él no sólo vocablos sino hechos de la Biblia (245 bis).

Para concluir, en el Quijote el derecho es la más diáfana, la más pura expresión de la justicia. El derecho en su sentido ínsito, es aspiración moral. Para el señor don Quijote, la moral

(243) Parte 2a., cap. X.

Al comenzar el libro Cervantes lo hace alegre al Quijote. Salió por la puerta falsa de un corral “con grandísimo contento y alborozo”. Parte 1a., cap. II. El ama dirá “... quiere salir otra vez ... por ese mundo lo que él llama venturas, que yo no puedo entender como les da este nombre”. Parte 2a., cap. VII. Su peregrinar lo cree venturoso.

En GARCIA LORCA también nos encontramos con la tristeza. Para el cantaor Juan Breva anota “Era la misma pena cantando detrás de una sonrisa”.

Ante tanta adversidad dirá: “—Bien podrán los encantadores quitarme la ventura, pero el esfuerzo y el ánimo será imposible” Parte 2a., cap. XVII).

(244) Cap. X, p. 199 de la ed. de Espasa-Calpe Argentina S.A., B. Aires, 1946, edit. Peuser. Allí se lee:

“... no había cesado de padecer humillaciones que nacían siempre de cosas tan sencillas, tan seguras para cualquier hombre como el vuelo para cualquier ave; sólo para él constantemente terminadas en dolor, vergüenza o pérdida... Realmente, el destino se cebaba en él con desmedido rencor”. Y agrega:

“—¿Y por qué ... en vida tan corta tanta decepción? ¿ por qué?”.

(245) Parte 2a., cap. LXXIV.

Lo de la mujer del César lo dice el Quijote en forma más significativa: “porque la buena mujer no alcanza la buena fama solamente con ser buena, sino con parecerlo; que mucho más dañan a las honras de las mujeres las desenvolturas y libertades públicas que las maldades secretas” (Parte 2a., cap. XXII).

(245 bis) José ORTEGA y GASSET, en “Meditaciones del Quijote”, 8a. ed., Madrid, 1970, p. 36, comprueba: “... Don Quijote (es) la parodia triste de un Cristo más divino y sereno; es él un Cristo gótico, macerado en angustias modernas...”. La ejemplaridad moral del Quijote, la copió CERVANTES de Jesús.

obliga a respetar el derecho; éste se encuentra impregnado de principios éticos. Como expresa Georges RIPERT (246), la moral circula en el interior del derecho positivo, como la sangre en el cuerpo. Ahora se comprueba que el derecho está obedeciendo a fenómenos económicos, o sociológicos. La moral ha sido dejada de lado. Y la causa principal de la crisis del derecho es que éste se está apartando cada vez más, de la moral. Y este apartamiento tendremos que pagarlo, tarde o temprano (246 bis).

(246) "La regle morale dans les obligations civiles", N° 14 ss.

(246 bis) Hasta los filósofos se percatan de este decaimiento del derecho. ORTEGA y GASSET, en "Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee", ed. 1960, p. 338, invoca a los poderosos de la tierra (y todos sabemos quiénes son) su irresponsabilidad por destruir el derecho. "No se sabe de que jamás la humanidad, salvo instantes fugacísimos de absoluto caos y nunca a la vez, en todo el mundo, haya podido vivir sin Derecho", observa este filósofo.