

dos. Nuestras leyes modernas no han dictado ninguna pena especial por semejante negativa, y este es uno de los casos en que hay que sentir la falta de toda jurisdicción disciplinal en el cuerpo de facultativos de medicina. Sin embargo, el tribunal de casación, con fecha 6 de Agosto de 1836, se ha creído autorizado para aplicar á un ayudante de médico, que se negó á hacer la inspección de un cadáver, el art. 475, núm. 2º del Código penal, que impone una multa de seis á diez francos á los que, pudiendo, "rehusen ó descuiden hacer los trabajos, ó prestar los servicios ó auxilios á que hayan sido requeridos, en los casos de accidentes, tumultos, naufragios, inundaciones, incendios y otras calamidades, así como en los de salteamientos, pillaje, flagrantes delitos, asonada ó ejecuciones judiciales." Pero debe notarse que esta tasación es muy débil, y que, además, suponiendo urgencia el art. 475 del Código penal, no es susceptible de recibir su aplicación sino en la instrucción preparatoria ó sumario, cuando es de temer que hayan desaparecido, al verificarse la audiencia, los rastros de un crimen reciente; cuando se trata de una obra enteramente intelectual, de una especie de consulta, no hay ya peligro en la dilación, falta la sanción penal, y el deber de aceptar la misión del perito no se funda sino en las leyes del honor y de la moral.

127. Lo innegable es, que el oír á los peritos en la audiencia para explicar sus informes ó dictámenes, aunque es facultativo en lo civil, es necesario en lo criminal, en el hecho de requerirse (Sent. de cas. de 12 fruv., año XI). No se puede rehusar un debate oral sobre puntos tan graves, desde que este debate es provocado como necesario para la manifestación de la verdad (Cód. de inst., art. 408).

128. En cuanto á la fé que se debe á este informe, no es mayor en lo criminal que en lo civil. Es siempre permitido separarse del dictamen de los peritos, y la audiencia ó el tribunal tienen siempre la facultad de ordenar un nuevo informe

(1), facultad de que se hizo una aplicación notable en la causa de Lafarge. El principio sobre que el parecer ó dictamen de los peritos no puede sujetar al tribunal, si no se funda en razón y en verdad, aunque desechado por el Código de procedimiento penal austriaco de 1853 (§ 253), propende no obstante en el día á prevalecer en Alemania (Ord. crim. de Prusia, § 388: Cód. bavaro, art. 265). Pero conviene no separarse arbitrariamente de la opinión emitida por los hombres que tienen conocimientos enteramente especiales. Bajo este concepto, importa examinar sobre todo tres puntos (V. Mittermaier, cap. 30): 1º Las leyes científicas en que se fundan los peritos, ¿son constantes ó sujetas á controversia? 2º ¿Es la aplicación de estas leyes científicas conforme á las leyes de una sana lógica? 3º ¿Están las declaraciones de los peritos en relación con las confesiones del acusado y con las declaraciones de los testigos? Agreguemos á esto, con la opinión de un jurisconsulto inglés (M. Löffl, citado por M. Greenleaf, tom. III, pág. 138, nota 1ª), que la opinión de los hombres del arte merece mucha más fé cuando es afirmativa que cuando es negativa.

129. Se han quejado en Francia con frecuencia de lo que tiene de arbitrario en la práctica la elección de los peritos y de la inesperienza, no solamente de los jurados, sino de los magistrados en lo concerniente á las cuestiones de medicina legal. M. Mittermaier (nota final del cap. 20) hace observar, que en Alemania hay en cada tribunal un médico legal encargado de los juicios periciales, en cada provincia un colegio médico, ó al menos un relator perito, y en cada cabeza de gobierno un colegio médico superior. Además, todo estudiante de derecho está obligado á seguir un curso de medicina legal.

Siendo el juicio ó dictamen pericial tan útil y aun necesario en lo criminal como

1 Según la ley de Wurtemberg [arts. 101, 102, 294] es necesario segundo informe en lo concerniente á medicina legal, y en caso de duda, debe prevalecer la opinión favorable al acusado.

## SEGUNDA PARTE.

## FUERZA O FE DEL TESTIMONIO.—PRUEBAS PROPIAMENTE DICHAS.

## SUMARIO.

130. Pruebas propiamente dichas que se apoyan en el testimonio.

131. De la prueba simple y de la prueba legal.

132. Utilidad de las pruebas preconstituidas.

130. Hemos terminado lo que teníamos que decir sobre la prueba directa que resulta de la experiencia personal, ya en cuanto á esta prueba misma, ya en cuanto al juicio pericial, que es su auxiliar. Las demás pruebas que no se refieren de esta suerte á la evidencia, tienen de común con ella que se aplican á hechos que han ocurrido fuera de la esfera del juez. Pero se distinguen por la vía que sigue el juez para apreciar estos hechos. Ya hemos visto que se llaman especialmente *pruebas* aquellas en las cuales apela al testimonio del hombre; y *presunciones*, aquellas en las cuales se apoya solo en hechos del orden físico ó del orden moral. En esta categoría nos ocupamos de las pruebas propiamente dichas, es decir, del uso que se hace del testimonio, tomando esta palabra en el sentido más lato (núm. 15), para llegar al conocimiento de la verdad.

131. En cuanto á la marcha que conviene seguir para adquirir testimonios sobre los hechos pasados, se pueden concebir dos sistemas absolutos. El primero de estos sistemas consiste en consignar un hecho judicial, lo mismo que un hecho de cualquier otra naturaleza, investigando sin

en lo civil, se halla también prescrito por la legislación y jurisprudencia española, tanto en los reconocimientos ó inspección ocular que verifica el juez cuando para ello se requieren conocimientos facultativos por lo común, al formar el sumario, v. gr., para examinar y reconocer heridas, instrumentos, armas y demás necesario para descubrir el cuerpo del delito, como en el curso del proceso, para que den su dictamen ó ilustren los hechos sobre que versa la causa criminal en lo que requiera conocimientos facultativos.

Respecto á la cuestión que suscita Mr. Bonnier en el núm. 126 sobre si el ministerio de los peritos es obligatorio en lo criminal, por derecho español, no puede menos de ser obligatorio, atendiendo á la importancia del asunto de que se trata, y así como lo es la comparecencia como testigo, según el real decreto de 11 de Setiembre de 1820 restablecido en 30 de Agosto de 1836 que previene en su artículo 1º, que todos sin distinción alguna están obligados en cuanto la ley no les excusa, á ayudar á las autoridades, cuando sean interpelados por ellas para el descubrimiento, persecución y arresto de los delincuentes, y el artículo 2º que toda persona de cualquiera clase, fuere y condición que fuese, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal está obligada á comparecer para este efecto ante el juez que conoce de ella, luego que sea citada (Véase, no obstante, sobre este punto, lo que decimos al tratar de la prueba de testigos).

Acercas de la fuerza de la prueba pericial en las causas criminales, rige la misma doctrina que en los pleitos civiles sobre que el juez no está sujeto al dictamen pericial, con tanta mayor razón cuanto es más delicada y de mayor importancia y trascendencia esta clase de prueba en materia criminal que en materia civil. "Aunque por lo común son muy atendidas en todos asuntos las declaraciones de los peritos, dice un profundo escritor, deben mirarse, no obstante con mucho cuidado y reserva, los dictámenes dados sobre estas materias tan delicadas y trascendentales en que es tan fácil y de tanta consecuencia el error. De aquí es, que está en manos de los jueces conformarse con tales pareceres ó desecharlos, según las circunstancias y demás adinículos. Y cita en apoyo de esta doctrina la misma ley 118, tit. 18, Part. 3, ya mencionada. Véase la A. al núm. 122.—(N. de C.)

El art. 1º del Código penal fracción 2ª impone á todos los habitantes del Distrito federal y territorio de la Baja California el deber de dar auxilio á las autoridades

des para el descubrimiento de los delitos. La ley transitoria de 7 de Diciembre de 1871 hablando de los peritos en medicina, dispone que cuando no haya más que un médico en las poblaciones de la Baja California este hará los reconocimientos que fueren necesarios en las causas criminales dando las certificaciones convenientes para que pasándose al médico más inmediato dé su parecer, y si este no estuviere de acuerdo con el primero, se pasará á otro facultativo cuyo parecer servirá de base al proceso. Donde no hubiere médicos titulados, los reconocimientos y calificaciones se harán por el práctico del lugar, teniendo el juez cuidado de que haga una descripción de todas las circunstancias del caso para que los facultativos á quienes se les pase, puedan fundar su opinión. Si hubiere discordia se pasará la causa á otro médico [art. 3.º y 4.º]—[N. de los EE.]



ningun plan preconcebido y sin traba alguna todo cuanto puede hacer reconocer la existencia de este hecho. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. 1, cap. 3), dá como tipo de este sistema la marcha que sigue un buen padre de familia cuando quiere averiguar el autor de alguna infraccion á la disciplina doméstica. El procedimiento romano, tan sutil bajo otros aspectos, se aproximaba mucho en lo relativo á las pruebas, á esta marcha natural, puesto que las reglas que por otra parte han producido la conviccion del juez, se desconocieron casi enteramente en él hasta el Bajo Imperio. Háse citado frecuentemente sobre este punto un rescripto de Adriano, que trae la ley 7, § II, D. *de testib.*: "Quæ argumenta et ad quem modum probandæ cuique rei sufficient, nullo satis certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ego solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi sui te æstimare debere, quid aut credas aut parum probatum tibi opineris."

Tal es tambien el sistema autorizado por el Código francés de procedimiento criminal, cuyo art. 342 se halla concebido en estos términos: "La ley no pide cuenta á los jurados acerca de los medios por que han adquirido el convencimiento; no les prescribe reglas de que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; prescribales que se pregunten interiormente en el silencio y el recogimiento, y que investiguen en la sinceridad de su conciencia, qué impresion han causado en su razon las pruebas aducidas contra el acusado y lo alegado en su defensa." La ley no les dice en manera alguna: "Tendreis por cierto todo hecho atestiguado por tal ó cual número de testigos;" no les dice tampoco: "No considerais como suficientemente consignada to-

da prueba que no consista en un proceso verbal, tales documentos, tantos testigos ó tantos indicios; "solo les hace esta pregunta que contiene toda la medida de sus deberes: *¿Teneis un convencimiento íntimo?*" Estos son los principios en que debe fundarse toda jurisdiccion civil ó criminal, cuando ningun testo especial establece lo contrario. Compréndese, por lo demás, que la institucion del jurado se apoye especialmente en la conviccion íntima; la sabia doctrina formulada en el rescripto de Adriano se aplicaba tambien mas frecuentemente á los *judices*, esto es, á los simples ciudadanos llamados á ejercer las funciones judiciales.

Otro sistema diametralmente opuesto al primero, consiste en investigar la verdad por medio de procedimientos, por decirlo así, técnicos, determinando ciertas circunstancias cuya falta ó ausencia no permitiera al juez convencerse legalmente, y cuyo conjunto, por el contrario, arrastraria forzosamente su conviccion. En pleno vigor en nuestra antigua jurisprudencia y en casi toda Europa, hasta que los trabajos de los publicistas del último siglo comenzaron á poner á la vista sus vicios, este sistema, aunque singularmente mitigado en su aplicación (1), tiene aun en el dia partidarios en Alemania. No es sin embargo originario de esta comarca, y la tradicion germánica atribuye á las guerras de Italia la invasion de la doctrina de las pruebas legales que hizo olvidar los grandes Códigos consuetudinarios alemanes, el *Espejo de Sajonia* y el *Espejo de Saboya*, donde se reflejaba el carácter mas sencillo de las antiguas costumbres germánicas. Encuéntrase el bello ideal de este sistema en el relato que nos hace Dumond (nota sobre el libro I<sup>o</sup>, cap. III, de las *Pruebas* de Bentham) de un incidente de que fué testigo en el tribunal del Banco del rey en Inglaterra.

1 Así, se le sostiene hoy en materia criminal, mas bien en beneficio del acusado que no podrá ser condenado faltando ciertas condiciones, que en beneficio de la acusacion, á la cual es sobrado duro ó inhumano dar forzosamente la razon, por el hecho de concurrir ciertas pruebas. En este sentido se halla autorizado por el Código de procedimiento penal austriaco de 1853.

El célebre Wilkes, despues de haberse sus- traído algun tiempo á la sentencia que le esperaba, llegó á presentarse de improviso para oirla. La forma requería, no que acudiera él mismo, sino que apareciese enviado por el *schérif* (1): y habiendo faltado esta forma, la justicia se vió en un embarazo verdaderamente cómico. Finalmente, uno de los jueces le dijo: "Caballero, quiero creer en mi interior que os hallais ahí, pero no hay ejemplo de que el tribunal haya creído deber fiarse de sus propios ojos en semejante caso. Así, pues, nada tiene que deciros." Practicada de esta suerte la jurisprudencia, llega á ser, segun la graciosa definicion de Bentham, el arte de ignorar metódicamente lo que todo el mundo sabe.

Este sistema eminentemente técnico, no ha podido practicarse jamás, sino por jueces de profesion. Así, le vemos nacer en el Bajo Imperio, cuando la abolicion del antiguo *ordo judiciorum* atribuyó al magistrado el poder judicial enteramente. Recuérdase que en esta época, las mismas cuestiones de derecho se resolvian segun un modo trazado previamente, es decir, por la autoridad de ciertos jurisconsultos (2). El desarrollo de las pruebas legales en la Europa moderna, coincide tambien con los progresos de la institucion de los tribunales permanentes. ¿Es esto decir, que sea necesario considerar este sistema, como esencial para la magistratura y reservar al jurado la facultad de decidirse despues de una íntima conviccion, agena á toda regla preconcebida? Esta opinion sostenida por ciertos teóricos, nos parece desmentida por la esperiencia. ¿Acaso los magistrados de Roma, no providenciaban *extra ordinem*, sin estar sujetos hasta el Bajo Imperio á otras reglas que á las de la razon? ¿Acaso, no resuelven todos los dias nuestros tribunales, tanto en lo civil como

1. Oficial público de Inglaterra que tiene á su cargo la ejecucion de las leyes.

2. Al mismo orden de ideas, se refiere la práctica alemana de la *transmission de las actas* á las facultades de derecho para la solucion de las dificultades jurídicas, y á los *célogios médicos* para la de las cuestiones científicas.

en lo correccional ó de simple policia, sobre cuestiones de hecho con tan buen sentido como podrian tener los jurados? Lo cierto es que la prueba legal repugna al jurado; así la decadencia de esta prueba en Alemania (1), sigue una marcha paralela á la de los progresos del procedimiento por jurados. Debe sin embargo, observarse, que el procedimiento de la Inglaterra y de los Estados Unidos, admitiendo el jurado aun en lo civil, fija límites á sus atribuciones y le traza una regla de conducta relativamente á la prueba; lo cual constituye un sistema de prueba legal mitigado, cuyo carácter original tendremos ocasion de hacer resaltar.

132. Pero si la razon no permite adoptar como regla general, el sistema de las pruebas puramente legales, no se debería desgraciadamente, en un estado de civilizacion avanzada, tomar siempre por tipo el procedimiento doméstico. Es necesario sujetar á ciertas formas la consignacion de los hechos mas importantes. Así es como se concervan aun en el dia cierto número de pruebas legales, cuya utilidad apenas se niega; por ejemplo, las actas ó escrituras auténticas (2). Llamémos, con el publicista inglés, á las pruebas de esta especie, *pruebas preconstituidas*, es decir, preparadas en cierto modo anticipadamente para la seguridad de las partes que han necesitado conservar la huella de tal ó cual contrato, ó de tal ó cual acontecimiento. Admitir estas pruebas, no es admitir en toda su estension el antiguo sistema de las pruebas legales, el cual consistia en esta-

1. Establecido ya en Prusia el procedimiento oral y público, ha sido recomendado en Austria por una circular del caballero Schermling [Monitor del 26 de Diciembre de 1860], y algunos dias despues de esta circular, se constituyó en Viena una comision para preparar un nuevo Código de procedimientos.

2. Segun los autores de la primera traduccion italiana de nuestro *Tratado de las pruebas* [Nápoles, 1845], la fé de los documentos ó escrituras auténticas, no tendría nada comun con el sistema de pruebas legales; sino que se referiria á la fuerza ejecutoria del documento, puesto que el escribano dá un juicio de *re presentí*, así como el juez dá un juicio ó sentencia de *præterito*. Pero, segun mas adelante consignáremos, la fuerza ejecutoria y la autenticidad, son dos cosas esencialmente distintos; así las actas, ó documentos del estado civil, son auténticos, aunque no tengan en manera alguna fuerza ejecutiva. La explicacion propuesta, es pues, mas ingeniosa que sólida.



blecer una especie de tarifa de los testimonios producidos en juicio, tarifa que reduce al juez á un papel puramente pasivo, privándole de la importante facultad de apreciar su valor moral. Solo en el caso en que se hayan redactado anticipadamente las actas ó escrituras, con ciertas formas, está sujeto el juez á no salir de una sola clase de prueba, *ad unam probationis speciem alligatur*, segun la enérgica espresion de Adriano. En los demás casos, se le concede un poder discrecional; no es ya artificial la marcha de la prueba, sino conforme con la naturaleza de las cosas, salvo ciertas restricciones, vestigios de antiguo sistema que tendremos ocasion de criticar.

Es una observacion importante, en lo concerniente á la prueba natural y á la prueba legal, que la última se aplica mejor á los contratos para los cuales pueden las partes tomar sus precauciones anticipadamente, mientras que se debe generalmente, á no incurrir en arbitrariedad, seguir la marcha mas sencilla, cuando se trata de un hecho que no ha podido preverse; especialmente de un hecho ilícito. Esto explica, por qué el procedimiento, bajo el punto de vista que nos ocupa, es menos técnico, está menos embarazado de formas en lo criminal que en lo civil.

La distincion fundamental que acabamos de hacer, servirá de base para la division que adoptaremos en esta categoría. Así, pues, trataremos en el primer libro de las pruebas en su forma mas sencilla (1), y en el segundo, de las pruebas preconstituidas

La legislacion española, consignada en nuestros antiguos Códigos, no ha creído conveniente dejar al juez en completa libertad de apreciar los medios probatorios, sino que ha marcado generalmente los que deben considerarse como ofreciendo por sí mismos suficientes probabilidades para que

1. No nos valemos de la espresion *pruebas naturales*, que seria exagerada en nuestra legislacion, en que las pruebas que no son preconstituidas, se hallan, no obstante, revestidas de muchas formas, especialmente en lo tocante á la administracion de la prueba por testigos.

se tenga por cierto el hecho á que se refieren, y las formalidades que deben concurrir y hechos sobre que deben verse otros medios para producir este efecto. No obstante, al establecer el legislador reglas generales sobre esta materia, ha dejado al juez la libertad de apreciar hasta qué punto concurren en los diversos medios de prueba que señala las circunstancias necesarias para constituir mas ó menos grados de probabilidad, y aun á veces, la de hacer por aquellas reglas las apreciaciones que le sugiera la sana crítica. La nueva ley de Enjuiciamiento civil, al sancionar en general los mismos medios de prueba establecidos en nuestras antiguas leyes, ateniéndose por lo comun, acerca del valor ó fuerza legal de los mismos, á las reglas contenidas sobre este punto en nuestros Códigos anteriores, ha introducido oportunas reformas que reclamaban los progresos de la ciencia, ya estableciendo nuevas solemnidades sobre ciertos medios probatorios para revestirlos de mayor autoridad y fuerza, ó para evitar los abusos de mala fé, ya descartando otros varios de las ritualidades embarazosas de que se hallaban recargados, ya finalmente, concediendo á la autoridad judicial mayor latitud en la apreciacion del valor ó de la certidumbre de ciertos medios probatorios, como se vé especialmente en el art. 317 que permite á los jueces apreciar, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, modificando de esta suerte la nueva ley el rigorismo sobre este punto por nuestras leyes de Partida, segun repetidas veces se ha declarado por decisiones, en recursos de casacion, del Tribunal Supremo de Justicia.

En materia criminal, la ley provisional para la aplicacion del nuevo Código penal en su regla 45, ha dejado tambien á los jueces mayor latitud sobre la apreciacion de las pruebas que la determinada en nuestras leyes de Partida, segun puede verse en la nota al número 52 de esta obra, donde hemos espuesto aquella regla.—(A. de C.)

El Código de procedimientos establece tambien numerosas reglas que determinan las cualidades y circunstancias que deben concurrir en cada uno de los medios de prueba, y despues pone las reglas que deben tenerse presentes para valorizar las pruebas. Caps. del 4.º al 13.º tit. 6.º [N. de los EE.]

## LIBRO PRIMERO.

## PRUEBAS EN SU FORMA MAS SENCILLA, GENERALMENTE ORALES.

## SUMARIO.

133. Declaraciones del hombre sobre los hechos pasados, lo mas frecuentemente oral.

134. Tres ramas de pruebas simples: Testimonio propiamente dicho.—Confesion ó juramento decisorio.—Juramento supletorio.

133. ¿Qué es lo que se hace, cuando se quiere obtener de los semejantes noticias sobre lo pasado? Se les interroga. Este es el modo mas sencillo de apelar al testimonio del hombre. Sin embargo, no debe considerarse la respuesta de viva voz á un interrogatorio como esencial en todo testimonio que no es preconstituido, es decir, preparado anticipadamente con ciertas formas. Ya veremos, que aun á falta de toda respuesta, la manera de proceder las partes, á veces su mero silencio, pueden conducir al descubrimiento de la verdad. Solamente la prueba inartificial es por lo comun oral, así como veremos que la prueba preconstituida es comunmente literal ó por escrito.

134. La declaracion del hombre sobre hechos pasados, puede ser obra de terceros desinteresados; entonces es la prueba testimonial propiamente dicha; ó bien ser obra del demandado: este es el caso de la confesion, á la cual se refiere el juramento decisorio; ó finalmente obra del mismo demandante, cuando se le defiere el juramento supletorio, ó cuando es admitido á firmar en beneficio suyo.

Si nos atuviéramos solamente á la fuerza probatoria de estos diversos testimonios, deberíamos comenzar por la confesion, que hace efecto mucho mas eficazmente que las otras en el ánimo del juez. Pero conviene sentar ante todos los principios sobre la admision de la prueba testimonial: principios fundamentales en nuestro derecho, y que dominan toda la materia. Este orden ofrece por otra parte la ventaja de comprender todo lo relativo al juramento.

## PRIMER MEDIO DE PRUEBA ORAL.

## DECLARACION DE TERCEROS.—PRUEBA POR TESTIGOS.

## SUMARIO.

135. Restricciones puestas en Francia á la prueba testimonial.

135. Este medio de prueba tan importante, cuyo examen vamos á hacer, ofrece de particular en el derecho francés, (que han seguido por lo demás sobre este punto muchos países de la Europa moderna) que su sola admision suscita una cuestion previa sumamente grave. Las restricciones que pone nuestra legislacion á la admision de la prueba testimonial se refieren, segun nos será fácil reconocer, á la naturaleza de los hechos, y no á la naturaleza de la jurisdiccion que debe conocer del litigio. Son, pues, las mismas en lo criminal que en lo civil; en su consecuencia, no tendremos que hacer ninguna distincion notable entre las dos jurisdicciones, en cuanto á la admisibilidad en el fondo de la prueba testimonial. Solo habrá que hacer una diferencia fundamental entre lo civil y lo criminal cuando lleguemos á la segunda parte en que desenvolvamos esta materia, al modo de administrarse esta prueba, á lo que se llama en procedimiento la *informacion ó examen de testigos*.

## SECCION PRIMERA.

## ADMISION DE LA PRUEBA DE TESTIGOS.

## SUMARIO.

136. Distincion de las dos reglas relativas á la exclusion de la prueba de testigos.

136. El artículo fundamental de la materia, el art. 1341 del Código Napoleon, contiene dos disposiciones que conviene no confundir: la una quiere que se haya estendido ante escribano acta, instrumento ó papel privado de *todas las cosas* (1)

1. Expresiones inexactas de que trataremos mas adelante.



cuyo valor exceda de 150 francos; otra que no se reciba prueba alguna de testigos contra ó fuera de lo contenido en las actas ó escrituras. Se vé que una de estas dos reglas propende á escluir á priori la prueba testimonial en ciertos casos, aunque esta fuese el último recurso de la parte que la invoca; mientras que la otra se limita á rechazarla á posteriori, cuando, de hecho, se ha extendido una acta ó escritura (1).

Estando la regla que prefiere las actas ó escrituras á los testigos menos alejada del derecho comun, y dando ocasion á menos dificultad que la que rechaza los testigos de primera vista, vamos á tratar de ésta primeramente.

#### REGLA PRIMERA.

*Exclusion de la prueba de testigos, contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos.*

#### SUMARIO.

137. Cómo se justifica la exclusion de la prueba contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos.

138. Historia.

139. Legislaciones extranjeras.

140. Reserva del derecho de terceros.

141. Derecho de las mismas partes, en caso de violencia ó de dolo.

142. Quid, si hay simulacion sin dolo.

143. Facultad de completar las enunciaciones del acta.

144. ¿Se puede probar por medio de testigos el pago de un crédito cuando se prueba por escrito, pero cuyo importe ó montante es inferior á la tasa para la que se exige escrito?

145. ¿Esta exclusion es aplicable en materia mercantil?

146. No deben confundirse los tratos en feria con los negocios de comercio.

147. Aplicacion del principio en materia criminal.

137. Si es difícil desconocer la utilidad de las pruebas preconstituidas, y especialmente de las escrituras ó instrumentos (*instrumenta*), es preciso confesar que gran

1. Nuestras antiguas leyes de España no contienen disposicion general que prescriba ó otorgue escritura pública cuando el objeto del contrato excede de suma alguna, así como tampoco contienen disposicion que permita la prueba de testigos contra el contenido de los instrumentos. El Código de Comercio, sancionado en 1829, ha establecido algunas disposiciones análogas con

parte de dicha utilidad consiste en que estos instrumentos hacen desaparecer ordinariamente toda arbitrariedad, todo equívoco, dando una expresion fija y marcada al pensamiento de las partes, tan difícil frecuentemente de comprender pasado algun tiempo. En la antigua Roma cuando se hacia poco uso de los escritos, se conseguia un resultado semejante, haciendo uso de las formas solemnes de la estipulacion. El rigor mismo de la fórmula, inoportunamente criticada por entendimientos superficiales, propendia á precisar ó marcar claramente la intencion de los contratantes, y á impedir que se estraviara la memoria de los testigos (1). Si la prohibicion de la ley de probar por medio de testigos tal ó tal convencion, tal ó tal hecho, puede parecer dura á ciertos entendimientos, cuando de hecho, se ha redactado un escrito, parece tan útil como razonable no buscar en otra parte la relacion de lo que ha pasado. Porque, aun suponiendo que las conferencias que han precedido ó acompañado á la redaccion, sean fielmente referidas por los testigos, ¿cómo confundir sin incurrir en arbitrariedad estas conferencias con la redaccion? ¿No es sumamente probable, que en el mero hecho de no haberse reproducido en el instrumento estas modificaciones del contrato, se ha querido escluir de él, ó por lo menos, que no se han fijado los contratantes en ellas formalmente? Al sentar esta regla, la ley no se separa de la voluntad de las partes, sino que se limita á interpretarla rectamente. Así, vamos á ver que esta idea es mucho mas antigua y se halla mucho mas generalmente admitida que la que propen-

respecto á los negocios mercantiles, á las reglas que prescribe al artículo 1341 del Código Napoleon francés, segun puede verse en los artículos 237, 238, 262, 284 y 288; mas en el Proyecto del Código civil español de 1851, se consignan prescripciones en que se adoptan mas de lleno dichas reglas y las consecuencias que de ellos se siguen, con aplicacion al derecho civil.

Véase los párrafos y notas adicionales á las primeras reglas de este libro, donde se marcan las principales diferencias del derecho español relativamente al francés sobre este punto, núms. 147 y 152.

1. La intervencion de los *pacta abjecta*, que podian modificar la estipulacion, es probablemente una derogacion posterior, fundada en la equidad, al principio que solo daba fuerza á los pactos autorizados por el derecho civil.

de, á priori, á escluir la prueba testimonial en ciertas hipótesis.

138. Aunque los romanos estuvieran lejos de dar esta importancia á la prueba escrita, y que no estuviera casi nunca prohibida por ellos la prueba testimonial, leemos en las sentencias de Paulo (lib. V, tít. XV, §. 4). "Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt." Este testo establece una importante distincion, aplicable aun en el dia; ó se trata de atacar la veracidad del escrito, de investigar su origen, y entonces puede haberse recurrido á la prueba testimonial, ó bien se quiere, sin atacar la veracidad del escrito, sostener que las convenciones han sido diferentes de lo que arroja su tenor, y entonces no se admite la prueba de testigos sobre este punto. Pero el estado en que nos han llegado las sentencias de Paulo se presta á la suposicion de una interpretacion de este fragmento, en apoyo del cual no se puede citar ningun otro testo antiguo de una autenticidad reconocida. Es igualmente dudoso que se deba atribuir á Caracalla, como piensa Cujacio, la ley primera, *de testibus*, del Código de Justiniano: "Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur." Esta constitucion restituida por Cujacio segun las Basílicas, pero de cuya fecha no aparece indicacion alguna, podria ser de algun emperador mas moderno. Opónese ordinariamente á este testo y al de Paulo esta última constitucion de Constantino, que forma la ley 15, *de fide instrumentorum* en el mismo Código: "In exercendis litibus eadem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium." Pero esta última constitucion no dice nada preciso y determinado. Puede ser que haya querido indicar sencillamente la admisibilidad de dos géneros de pruebas, considerados aisladamente, sin suponer conflicto entre ellos y sin explicarse en su consecuencia sobre la superioridad relativa de los escritos y de los testigos.

Como quiera que sea, aun admitiendo la alteracion del testo de Paulo, y dando á

la ley 1ª del Código, *de testibus*, una fecha mas reciente que la que le atribuye Cujacio, quedaria siempre consignado, que lo mas tarde en el siglo VI, cuando se publicaron las compilaciones en que se encuentran estos dos textos, tanto en Oriente como en Occidente (1), quedó admitido que la prueba escrita no puede combatirse por la prueba testimonial (2). Es verdad que Justiniano (V. la ley 14, Cód. *De contr. stip.*, § 12, Inst., *De inut. stipul.*) creyó deber dar una constitucion especial para impedir que se atacase, alegando una coartada, la escritura que consignaba que habian estado presentes las partes á la estipulacion, á no ser que se probase la coartada claramente por escrito ó por testigos intachables. Pero no se trata aquí de suplir las enunciaciones de la escritura por medio de pruebas que no se contengan en el escrito: se trata de una especie de medio de redarguir de falsedad, que pone en duda la veracidad misma de esta escritura. Refiriéndonos á la distincion que hace el testo atribuido á Paulo "quum de fide tabularum nihil dicitur," reconoceremos que no hay nada en esta decision de Justiniano que contrarie el principio general sobre la fé debida á las escrituras. Todavía debe estarse menos, como hace Tullier (*De la prueba testimonial*, § 3), á la novela 73, cap. III, que establece la superioridad de la prueba testimonial cuando se trata únicamente de apreciar la veracidad de un escrito, comprobacion para la cual, en efecto, valen mas evidentemente los testimonios directos que el cotejo de escrituras. La misma observacion se ha hecho frecuentemente entre nosotros, y no obstante, estamos lejos de admitir la prueba testimonial contra el contenido de las escrituras; pero es porque debe suponerse que no se pone en duda la veracidad de estas escrituras.

En la Edad Media, cuando solo se practicaba el arte de escribir por algunos clé-

1. Sabido es que las sentencias de Paulo conservaron su fuerza en Occidente.

2. Puede consultarse sobre esta cuestion la disertacion de M. Derome *De la autoridad relativa de la prueba literal y de la prueba testifical en derecho romano* [Rev. de legial., nueva serie, tomo 1.º, pág. 291]



rigos, no siempre se admitió la máxima: *Testigos vencen escritos*. "Cuando algunos se obligaron por medio de escritos, escribía Beaumanoir (cap. XXXIX, § 3 en el siglo XIII), y el que se obligó niega la obligación, no le conviene hacer prueba, sino por medio de escritos." Esta doctrina no prevaleció en la práctica del siglo XV, como nos lo dice Bouteillier en su *Suma rural* (tít. VI): "Si acontece que quiera una parte valerse en juicio de escritos como prueba, y la otra quiera valerse del testimonio singular, sépase que la viva voz vence la fuerza de los escritos, si los testigos son contrarios á estos." Pero añade, que en materia de rentas anuales (lo cual comprendía entonces los créditos mas importantes), debe darse mas fé á los escritos que á la viva voz de los testigos, si no se atacan como falsos dichos escritos. "Finalmente, cuando se trataba de probar contra el tenor de una acta, escritura ó instrumento público, exigían ciertos intérpretes, dos testigos, otros, tres, y otros, hasta cuatro (Fab. ad leg. 15, Cód. *De fir. instr.*). Véase, pues, que la facultad de atacar la prueba escrita por medio de la prueba oral no se ha admitido sin restricción, aun en nuestro derecho mas antiguo, ni en todas épocas, ni en toda clase de materias. En 1556 fué cuando se suprimió definitivamente en Francia por la ordenanza de Moulins, cuya decision no ha hecho mas que reproducir la ordenanza de 1667 (tít. XXX. art. 2) y el art. 1341 del Código Napoleon. No parece, por otra parte, que se hayan suscitado sobre este punto formales reclamaciones cuando se promulgó la ordenanza. La jurisprudencia de los parlamentos se ha conformado constantemente con esta regla. Así se ha reconocido siempre, que á no redargüirse de falsedad un instrumento ó escritura, no se permite á una parte presentar para que sean oídos, los testigos que asistieron al otorgamiento de la escritura ó los notarios que la otorgaron para explicar su contenido y declarar sobre lo en que convinieron las partes cuando se otorgó (V. M. Pothier, *Oblig.*, n.º 797).

139. El principio que *escritos vencen testigos* se halla en el día admitido generalmente en Europa; lo está asimismo en los países que no excluyen la prueba testimonial con la misma estension que la ley francesa. Así, el Código austriaco (art. 885.-887), que permite en general probar, lo mismo por medio de testigos que por escritos, añade no obstante, que, si hay contrato escrito, quedan sin efecto las deposiciones orales. En Inglaterra, en que segun veremos, las restricciones á la prueba por testigos son menos estensas que entre nosotros, se declara, no obstante, no ser admisible la prueba oral, aun en los tribunales de equidad, para anular ó modificar el tenor de un escrito. "Parole evidence, dice Blaxland, autor que se ha ocupado en comparar las leyes inglesas con las nuestras, is not admissible at law or in equity, to disannul or substantially vary a written agreement." (*Codex rerum anglicanarum; or a Digest of the principles of English law.*) Lóndres, 1839, lib. III, tít. IV, secc. II, V. tambien M. Greenleaf, tom. I, part. II, cap. 15), Asimismo, el Código del canton de Berna, despues de haber declarado que no se exigirá un escrito sino en los casos determinados por la ley, quiere, no obstante, que no se pueda alegar contra un contrato escrito, las convenciones hechas antes de redactarse este contrato ó al mismo tiempo (1).

140. Este principio de que no puede oirse á testigos contra y fuera de lo contenido en las escrituras, debe interpretarse rectamente. No quiere decir que no se pueda invocar la prueba testimonial para combatir las alegaciones consignadas en una escritura. Se trata únicamente en esta prohibicion del caso en que los contratantes quisieran hacer revivir simples conversaciones ó proposiciones, para modificar el convenio, tal como resulta de la escritura que es su obra. Poco importa entonces que se trate de un convenio modificativo celebrado posteriormente, puesto

1. Respecto á lo que el derecho español previene sobre este punto, véase la adición inserta al fin del núm. 146.—[N. de C.]

que no se puede probar por testigos lo que se hubiera alegado haber dicho *antes, al tiempo ó despues* de otorgada la escritura. Seria preciso redactar una nueva escritura como ha juzgado perfectamente el tribunal de casacion, el 10 de Mayo de 1842. Pero se debe dejar toda latitud para combatir las enunciaciones falsas que puede contener esta escritura, á los terceros, á los cuales no se podria oponer una redaccion que no es obra suya. Esto fué lo que decidió Dumoulin, respecto del señor cuando se trataba de defraudar sus derechos. "Dominus admissibilis est ad probandum contra actum ab utraque parte approbatum." (V. tambien Pothier, *oblig* número 801.)

Es imposible invocar la máxima: *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, en todos los casos en que atacan terceros el acta ó escritura como conteniendo una simulacion ó falsedad en perjuicio suyo; lo cual se ha declarado por el tribunal de casacion de 10 de Junio de 1816, en cuanto á la simulacion del precio en un contrato de venta hecho en detrimento de un tercero.

141. Si en las enunciaciones falsas hay dolo ó violencia, se admite á las partes mismas á atacar la redaccion de la escritura (1). Tal es la idea que se expresa en un rescripto de Diocleciano (l. 5, Cód. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*), en que supone el emperador que se ha hecho firmar á alguno que no ha vuelto á leer el escrito (*non relegentem, sed fidem habentem*) una escritura de venta, de arrendamiento. La ordenanza de Moulins no prohibió en tal hipótesis la prueba por testigos. Quotiescumque, dice Boiceau (par. 1.º, cap. 7, núm. 8), *in contractum scriptum aliquid objicitur, quod genuinam contractus naturam destruit, ut vis, metus... dolosa inductio... haec omnia sub lege ista comprehendendi non possunt, quod nimirum criminis speciem habeant*. En el día igualmente, el art. 1353, aunque solo hable de las

presunciones (1) se interpreta generalmente, segun veremos, como autorizando implícitamente la prueba testimonial *por causa de fraude ó de dolo*. Por esto se ha admitido á un acreedor á probar que el deudor habia escrito en el título ó documento que se le habia encargado redactase, *cien francos* en vez de *trescientos*, montante efectivo de la deuda. (Sent. deneg. de 14 de Julio de 1848.)

142. Pero escepto el caso de violencia ó de dolo, ¿se admite á las partes atacar por causa de simulacion un escrito que han firmado voluntariamente? ¿Es esto contravenir al principio que prohíbe probar contra y fuera del contenido de los actos ó escrituras?

Si consta que las partes no procedieron formalmente, parece extraño admitir que la ficcion venza á la verdad. ¿Puede considerarse una convencion simulada como formada legalmente, y en su consecuencia obligatoria? (Cód. Napoleon art. 1134.) Tal era la doctrina de los jurisconsultos romanos, que no hacian otra distincion entre las partes contratantes y los terceros. "Acta simulata, dice Diocleciano (l. 3 Cód. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*), "veritatis substantiam mutare non possunt." Esta doctrina ha prevalecido entre nosotros, pero solamente en el caso en que la simulacion implique un fraude á la ley, aunque no haya habido ningun fraude respecto de terceros. Se ha sostenido á la verdad que, en la misma hipótesis, los terceros interesados son los únicos que pueden atacar una acta ó escritura por causa de simulacion, y que el que la suscribe no es nunca admitido á volver sobre su propio hecho, por ejemplo, á probar que la causa real de un vale que firmó es una deuda de juego. Se ha invocado sobre esto la opinion de Pothier que dice (*ibid.*, núm. 801) que las partes deben imputarse el no haberse hecho dar una

1. Los antiguos intérpretes se preguntaban [Danty add. al cap. 7.º de Boiceau, núm. 57 y siguientes] cuántas presunciones era preciso reunir para que se permitiera atacar un contrato como simulado; pero ya veremos que semejante cuestion no puede agitarse en el día.

1. En el mismo sentido está la doctrina inglesa [M. reenleaf, t. 1.º pág. 373].