

contra escritura. Pero nada indica que Pothier hable en la hipótesis de un fraude á la ley, y vemos por el contrario declarar nulas, por el derecho antiguo, las promesas hechas en juego, aunque fueran simuladas: art. 138 de la Ordenanza de 1629. Subsisten en el día los motivos que han dictado esta disposición, y la jurisprudencia autoriza á las partes para probar por todos los medios posibles la simulación *in fraudem legis*. Esto es lo que ha decidido el tribunal de casación, por sentencia de 7 de Mayo de 1836, en la hipótesis de un vale que tuviera por causa aparente un préstamo, y por causa real un pago por retractación de un contrato civil de matrimonio. Era verdaderamente sobrado irrisorio en tal caso, exigir que se probara la falsedad de la causa por medio de una contra escritura; entender así el art. 1341, sería autorizar toda clase de fraudes contra la ley, puesto que vendría á ser imposible su prueba. Por otra parte, el art. 1353 que autoriza la prueba testimonial, como veremos, en caso de *fraude*, no distingue entre el fraude hácia los particulares, y el fraude á la ley. La Audiencia de Lyon ha hecho una aplicación notable de esta doctrina, el 10 de Abril de 1856, anulando por causa de simulación un contrato civil de matrimonio contraído el 4 floreal art. III, entre un jóven de 23 años y una mujer de 68, para librarse de las leyes de quintas (1).

Pero ¿qué debe decidirse en caso de simulación simple, es decir, que no tenga por objeto perjudicar á terceros, ni defraudar la ley? Cuando no ha habido dolo ni violencia, se está en el caso de decir con Pothier, que la parte que arguye la simulación falta en no haberse hecho entregar una contra escritura. Así, el vendedor, á quien reclama el comprador el sanea-

1. Se ha dicho, para criticar esta sentencia, que hubiera debido adoptarse el medio de redargüir de falsedad [*inscription de faux*] para destruir las enunciaciones del funcionario civil. Pero esta observación es inexacta. *Aliud merum falsum, aliud simulatio*. [Dumoulin sobre el art. 3, cap. 31, de la *costumbre de Nivernais*.] Pero no es atacar la fé del acto, sostener que se han cumplido ó observado las formas, pero sin intención formal de parte de los pretendidos esposos.

miento de lo que le vendió, no es admitido á sostener que la pretendida venta solo era una liquidación de sociedad (sent. de cas. de 6 de Agosto de 1828); así el marido, salvo el derecho de los herederos por reserva, no es admitido á pretender que no recibió de su mujer el haber mencionado en el contrato de matrimonio (Orleans, 29 de Marzo de 1855). De otra suerte sería despues del matrimonio, porque la pretendida carta de pago podría encubrir una liberalidad indirecta, y en tal caso se defraudaría la ley que prohíbe las donaciones irrevocables entre esposos durante el matrimonio. (Cód. Nap. art. 1096). Y en todos los casos, la parte que hubiese confesado la circunstancia de la simulación, no sería admitida á hacer que se ejecutara la escritura como formal (sent. den. de 16 de Noviembre de 1859).

143. No debe tampoco darse una trascendencia exagerada á la prohibición de probar *contra el contenido* de las actas ó escrituras. Esta prohibición se refiere á las modificaciones que se pretendiera haber introducido verbalmente en un convenio ó contrato, bien cuando se redactó la escritura, bien posteriormente. (Sent. deci. de 10 de Mayo de 1842). Pero no se entiende que se prueba contra el contenido de las escrituras, cuando se completan por medio de la prueba testimonial enunciaciones ambiguas ó insuficientes (1); cuando se determina, por ejemplo, que el dominio ó propiedad mencionados en tal título comprenden tales ó cuales terrenos (sent. de cas. de 23 de Enero de 1837), ó que se verificó un contrato de matrimonio á tal hora, cuando esto no se mencionó por el funcionario público (sen. de 15 de Julio de 1818 y de 18 de Agosto de 1840). Con razón, pues, admite Danty (ad. sobr. el cap. 9, lib. 1.º de Boiceau, núm. 9) la prueba por testigos sobre que se verificó un trato en tal feria, cuando el escrito en que este se consigna no menciona el lugar; no son, pues, funda-

1. *Parol evidence*, dice M. Greenleaf [tomo I, página 380], "*is admissible of any extrinsic circumstances, tending to shew what persons, or what things were intended by the parti*."

das las dudas de Pothier (Oblig. núm. 796) sobre la justicia de esta decisión; porque esto no es probar contra el contenido de las escrituras; una cosa es la estension y otra la interpretación de lo que pasó entre las partes. Estas hipótesis, como observa perfectamente M. Greenleaf (tomo 1.º, página 372), no constituyen excepciones á la regla, sino que están fuera de su aplicación.

144. Una doctrina que prevaleció en la jurisprudencia del último siglo (V. Merlin, *Repert.*, palabra *Prueba*, sec. II, §. 2, art. 1.º, núm. 20), y que han reproducido graves autores bajo el imperio del Código (V. la disertación especial de M. Mourlon, *Revista crítica*, tom. V, pág. 114, y M. Larombiere, *Oblig.*, tom. V, núm. 29), rehusa admitir la prueba testimonial para probar el pago de un crédito que de hecho se consignó por escrito, aun cuando no se exigiera esta redacción por escrito. No hay duda que, según hemos reconocido mas arriba (número 140), considerándose el escrito como la expresión fiel de la voluntad de las partes, se debe desechar toda convención que modifique el acta ó escritura, bien sea que se haya verificado posteriormente, bien que sea concomitante, y este es el sentido en que no puede probarse por medio de testigos lo que se ha dicho *antes* de redactarse la escritura, ó *cundo* se redactó, ó *despues*. Pero ¿es esta una razón para prohibir la prueba testimonial de la estinción del crédito, y especialmente del pago, cuando su valor no excede de ciento cincuenta francos? ¿Es probar contra el contenido de las escrituras probar la estinción del derecho que se consigna en ellas?

Invócase en apoyo de la afirmativa el principio que por el mero hecho de producirse un escrito, se reputa existir la convención ó contrato de que hace fé. Así como no es permitido, se dice, consignar por medio de testigos modificaciones aun posteriores de la convención, no debe ser permitido justificar su estinción total ó parcial, el deudor ha incurrido en la falta de haber dejado subsistir el título en su tenor primitivo en poder del acreedor. Tal era

la idea de Justiniano (1-14 Cód. *De testib.*), cuando quiso que el pago de una deuda que constaba por escrito, solo pudiera probarse por escrito, ó á lo menos por la declaración de cinco testigos intachables.

Creemos, por el contrario, que no se podría, sin incurrir en una verdadera confusión de ideas, ver una prueba contra el acta ó escritura en la alegación de un hecho posterior que tuviera por objeto extinguir la obligación, cuyo origen habia consignado dicha escritura. Es verdad que mientras el acreedor tiene en su poder el título, se presume que subsiste la obligación; pero esta presunción solo existe hasta la prueba en contrario. ¿Cómo debe, pues, producirse esta prueba contraria? Por escrito ó por testigos, según la importancia del litigio. ¿No sería fuera de razón exigir la prueba por escrito del pago de 5 francos porque el deudor se hubiese obligado á pagarlos por escrito? Así es de notar, que el estatuto de Bolonia de 1453, reproduciendo la decisión de Quintiniano, limitaba su aplicación al caso en que el valor de la suma contenida en un vale pasaba de cincuenta libras de Bolonia (1). En vano se alega que no puede hacerse por testigos la prueba de las modificaciones hechas en la convención, y por ejemplo, del cambio del importe del interés estipulado. En una materia enteramente práctica conviene atenerse á consideraciones prácticas. Pues bien, es costumbre cuando las partes modifican sus convenciones, hacer mención de ello en el título. Mas lo contrario se observa respecto del pago, el cual, especialmente en cantidades tan pequeñas, suele hacerse en el acto, y sin que el acreedor tenga el título en su poder. Si no se quiere que jamás pueda oponerse el testimonio al título que prueba el crédito, es preciso hasta llegar á prohibir que se compense con una deuda consignada por escrito una deuda probada por testigos, cualquiera que sea su valor; resultado, que es enteramente inadmisibile. Tal no era en Roma, la consecuencia de la máxima: *Contra*

1. *Excedente summam, seu conditionem quinquaginta librarum Bonensorum*.

scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur, puesto que la constitucion de Justiniano sobre la prueba del pago (1), autoriza evidentemente una innovacion, cuyo rigor mitiga el emperador, permitiendo suplir la prueba escrita por medio de la declaracion de cinco testigos, declaracion que no se hubiera podido admitir, si se hubiera tratado de probar directamente contra el escrito.

En lo concerniente al derecho francés, debe advertirse que los comentaristas de la ordenanza de Moulins, así como la jurisprudencia del siglo XVII (2) admitieron la prueba testimonial de la liberacion, cuando el crédito era inferior á la tasa legal. Hasta el siglo XVII no se constituyó la jurisprudencia en el sentido mas riguroso, segun ya hemos dicho. Pero debe observarse que Pothier, tan reservado habitualmente, no teme (Obligac. 779) calificar esta jurisprudencia de *mala interpretacion* de la ordenanza. Se ha opuesto sobre este punto á la oposicion de Pothier, la de Jousse. Debe advertirse que Jousse no se coloca en la misma hipótesis. Pothier habla del caso en que la deuda, así como el pago, no exceda de cien libras, tasacion de las antiguas ordenanzas; Jousse supone el pago de una suma que no excede de cien libras, pero á cuenta de una deuda que excede de esta tasa. "Parece, dice (en el tít. XX, art. 2 de la ord. de 1667), que seria contrario directamente al texto de la ordenanza admitir esta clase de pruebas." No hay duda, que en el rigor de los principios, no debe distinguirse entre las dos hipótesis, y el pago de una suma inferior á la tasa legal debe poder probarse por testigos, cualquiera que sea el importe de la deuda. Pero debe observarse, que si se pudiera alegar muchos pagos parciales, y no se pudiera probar el pago sino por medio de escrito, se daría fácilmente un medio de eludir la prohibicion

1. La ley escocesa exige para librarse de un empeño contraído por escrito, un escrito ó juramento del acreedor; pero esta es una disposicion escepcional, contraria á la doctrina inglesa y americana. [M. Greenleaf, tomo I, página 422, nota 1.ª]

2. Merlin, *loc. cit.* Debe observarse que Merlin no discute la cuestion bajo el imperio del Código.

legal, segun se decidió ya por sentencia del Parlamento de Aix, del 20 de Diciembre de 1640, que aprueba Danty (ad. á Bosieau, lib. II, cap. II, núm. 4), aunque profesando la misma doctrina que Pothier; y lo mismo debería decidirse actualmente por argumento del art. 1345. Aun cuando no articule el deudor, por el momento, mas que un solo pago parcial, pueden los jueces conocer, atendiendo á las circunstancias, que ha tenido intencion de eludir la ley, y de negarse á admitir la prueba testimonial (1) mientras que, cuando la deuda misma es inferior á la tasa legal, no hay que temer ningun fraude de esta naturaleza.

Aunque un autor moderno (2) asegura que la opinion opuesta ha prevalecido á la nuestra en la práctica de los tribunales, no cita ni conocemos nosotros ninguna sentencia moderna que haya determinado sobre esta cuestion.

145. Es cuestion de alta importancia práctica, la de si la prohibicion de probar contra y fuera de lo contenido en las escrituras, es aplicable en materia mercantil. Puede sostenerse en apoyo de la afirmativa, que especialmente en materia comercial conviene evitar toda equivocacion y arbitrariedad. ¿Qué cosa mas peligrosa, se dice, que hacer revivir proposiciones que no tenían tal vez ningun carácter formal, para hallar en ellas el gérmen de una obligacion? Si se diera, donde interviene el crédito, á los empeños de una parte una tramitacion que no hubiera podido preveer, se causaria frecuentemente su ruina. Hácese notar finalmente, refiriéndose á la historia del artículo 109 del Código de Comercio, que el texto primitivo de este artículo no admitia la prueba testimonial sino cuando habia habido un principio de prueba por escrito, y que las reclamaciones de los juzgados y tribunales de Comercio, con motivo de la innovacion propuesta, se referian únicamente á la imposibilidad de estender un escri-

1. La sentencia del Parlamento de Grenoble, del 10 de Diciembre de 1782, citada por Merlin [*loc. cit.*], resuelve sobre esta hipótesis.

2. M. Lacombiere [*loc. cit.*], tal vez ha tenido á la vista la práctica de Limoges.

to en materia mercantil, en multitud de circunstancias, y de ningun modo á la admision de la prueba testimonial, cuando se habia estendido un escrito. Entendida de esta suerte la redaccion definitiva del art. 109, enunciando entre los medios de prueba la testimonial, *en los casos en que el tribunal creyera deber admitirla*, autorizaria á la jurisdiccion consular á oír á los testigos con arreglo á las circunstancias, si no se habia podido estender un escrito, pero nunca cuando se hubiera redactado.

Esta opinion adoptada por muchas sentencias de tribunales, y que el deseo de evitar controversias nos obligó en un principio á admitir, nos parece, despues de maduras reflexiones, incompatible, bien sea con el texto de la ley, bien con los precedentes que pueden servir para explicarlo. El art. 1341 del Cód. Napoleon, despues de haber sentado los dos principios que excluyen la prueba testimonial, el uno cuando excede de 150 francos, y el otro contra y fuera del contenido de las escrituras, añade: "Todo se entiende sin perjuicio de lo que se dispone en las leyes relativas al comercio. Este texto es conforme al de la ordenanza de 1667. Pues bien, el artículo correspondiente á la ordenanza, tenia por objeto precisamente (tít. XX, art. 2º) confirmar el uso preexistente, segun el cual, los jueces consulares, segun sus propias declaraciones, "no estaban sujetos en sus juicios á la ordenanza de Moulins." (Acta verbal de la ord. de 1667, *loc. cit.*) Dos sentencias del Parlamento de París, la una de 22 de Julio de 1613, la otra del 22 de Julio de 1669, han admitido, en su consecuencia, en las jurisdicciones consulares, la prueba testimonial, contra y fuera del contenido de las escrituras. "Se ha preferido, dice Merlin (Questiones de derecho "palabra, *Dernier ressort*, § 18, núm. 1) "el "peligro de algunos fraudes para poner "trabas á las negociaciones y burlar la "buena fé, si se exigian sobradas precauciones. Sabido es, que los negociantes "dan frecuentemente cartas de pago por "valor recibido, sin otra seguridad que

"simples palabras ú órdenes, y que este "modo de negociar es el alma del comercio "de todas las naciones. Era, pues, indis- "pensable admitir la prueba de que el di- "nero enunciado en los libros, no habia "sido contado, ó que no se habian entre- "gado las mercancías, aunque habian sido "pagadas." Este es el sentido en que está concebido el art. 1935 del Código holandés, uno de los pueblos modernos, en cuyo seno han adquirido las relaciones mercantiles mayor desarrollo. En vista de estos antecedentes, es difícil no entender en su acepcion literal la última disposicion del art. 109 del Código de comercio. "En el caso en que el tribunal crea deber admitirla." Poco importa que para rechazar la innovacion del proyecto del Código, se haya recurrido sobre todo al inconveniente mas palpable de este proyecto, á la hipótesis de que hubiera sido moralmente imposible estender un escrito; en definitiva, háse rechazado toda innovacion, y los términos generales del Código de comercio vuelven á colocar la cuestion en el terreno en que se hallaba en la antigua jurisprudencia. Cuando los redactores de este mismo Código quisieron aplicar los principios del derecho civil á las sociedades mercantiles, tuvieron cuidado de decir especialmente (art. 41): "que no puede admitirse prueba alguna contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras de sociedad." disposicion que seria inútil, si tal fuese el derecho comun en materia mercantil, así como en materia civil. Esta doctrina ha sido autorizada por una sentencia denegatoria de 10 de Abril de 1860. No debe sin embargo, confundirse la cuestion especial de la aplicacion del art. 1341 á las materias de concurso, con las dificultades suscitadas por este artículo, aun en materia civil. Así, en el caso de la sentencia denegatoria de 11 de Junio de 1835 habia principio de prueba por escrito, y en su consecuencia era admisible la prueba testimonial, aun en lo civil; en otro caso, fallado el 10 de Junio de 1835, se trataba de probar que se habian verificado tratos á título de pren-

da y no de propiedad; pero es dudoso, según hemos visto (núm. 142) que sea aplicable el art. 1341 en caso de simulación: finalmente, una sentencia denegatoria de 6 de Abril de 1841 determina sobre la hipótesis de una carta de pago ó libranza que era un duplicado de otra precedente: así, puede procederse á la revisión de una cuenta en caso de haberse duplicado (Cód. de prac. art. 541). El caso en que nos parece haberse autorizado del modo más formal, la prueba contra el contenido de las actas es el de una sentencia del tribunal de Riom de 4 de Agosto de 1857, que permite restablecer por medio de la prueba testimonial el precio de la venta de un café, fijado en 3,000 francos por una acta ó escritura autorizada por un notario.

146. No debe confundirse con los negocios comerciales los tratos ó ventas verificadas en ferias, cuando no han tenido lugar entre comerciantes ni para asuntos mercantiles. Boiceau (part. 2, capítulo 9, núms. 5 y sigs.) conviniendo en que la ordenanza de Moulins era aplicable á estos tratos ó ventas, puesto que no era imposible procurarse un notario en los sitios en que se celebran las ferias, indicaba ciertos medios de eludir la prohibición. Pero Danty (adic. sobre el cap. 9, núm. 6 y sigs.) y Pothier (Oblig. núm. 788) excluyen de una manera general la prueba por testigos. Bajo el régimen del Código, se consideró por una sentencia del tribunal de La Châtre, como equivalente á la imposibilidad moral de tratar por escrito, "la rapidez, la multiplicidad y el movimiento de los negocios que no se tratan en feria, la dificultad de recurrir á cada instante á un notario, para hacer constar tratos, compras ó ventas que podría impedir el más ligero retraso." Pero esta sentencia fué revocada el 13 de Febrero de 1842 por el tribunal de Bourges, reconociendo que no existía de hecho la imposibilidad de obtener un escrito; que los tratos ó ventas en las ferias se hacen al contado, y que si el vendedor no sigue esta regla y concede al comprador plazo para el pago, debe hacerlo constar por escrito."

147. En materia criminal, jamás se ha negado formalmente la aplicación del principio acerca de no poderse probar contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras. Si se trata, por ejemplo, de la violación de un depósito consignado por un recibo del depositario, es evidente que no se podría buscar, fuera de este recibo, la prueba de las obligaciones que se les censura no haber respetado. Al aceptar este recibo el depositante, ¿no ha marcado en cierto modo la medida del empeño que contrajo? ¿Qué importa que siga después la vía criminal ó la civil para obtener la reparación de la falta de cumplimiento de este empeño? Entiéndase bien, por otra parte, que la regla del art. 1341 solo se aplica á los escritos que son obra de las partes, y que no hace referencia alguna á los escritos estendidos por funcionarios públicos, ni menos á los procesos verbales ó sumarias que consignan las infracciones á la ley penal, procesos verbales contra los que se admite la prueba con más ó menos latitud, según veremos en el lugar donde se trata de esta materia.

En los antiguos Códigos legislativos españoles, no existe disposición alguna que permita probar por medio de testigos contra el contenido de las escrituras ó instrumentos. Nuestras antiguas leyes, se hallan, pues, conformes con el espíritu y aun la letra de la mayor parte de las prescripciones del Derecho romano, que cita Mr. Bonnier, en el núm. 138 y siguientes, y con otras varias leyes del cuerpo de aquel derecho por las que estaba prohibida la prueba de testigos para dicho efecto. Una de nuestras antiguas leyes que contienen disposiciones más análogas á esta materia, es tal vez la ley 115, tít. 18, Part. 3ª que declara "por cuáles razones, las cartas públicas que aducen las partes ante los juzgadores deben ser creídas ó por cuáles non," y cuyo objeto es determinar en qué casos y con qué número de testigos, pueda probarse la falsedad de un instrumento público. Hé aquí el texto de esta ley, que creemos oportuno esponer, para mayor ilustración de esta materia, y en atención á la doctrina y fundamentos que en ella se contienen, y que completan ó aclaran

los espuestos por M. Bonnier. "Si por aventura el escribano público cuyo nombre fué escrito en la carta viniese antel juzgador, e dijese quel non escribiera aquella carta, debe ser creydo, e la carta, desechada por falsa, non probando la parte el contrario. Mas si él otorgasse que verdad era que la escribiera, e los testigos que fuesen escritos en ella, dijessen que no se acertaran y cuando el pleyto fué puesto, nin otorgado de las partes assi como es escrito en ella entonce dezimos, que si el escribano es ome de buena fama, e fallaren en la nota que es escrita en el registro que acuerda con la carta, que debe ser creydo el escribano e non los testigos, e debe valer la carta. *Esto es, porque muchas vezes contesce, que los omes son testigos de pleytos de que no se acuerdan despues.* Onde pues que la nota acuerda con la carta, e el escribano es ome de buena fama, razon es que sea creydo. Ca por esso escriben los omes los pleitos, e las posturas, porque maguer aquellos que las fazen e los testigos ante quien fueron fechas non se acordasen dellas que finque por siempre remembranza de cómo pasaron e en qué quisa fueron puestas. Pero si el escribano non fuesse de buena fama, e los testigos fuessen omes buenos, e el pleyto, e la postura que dice en la carta, oviesse poco tiempo, que pue e fecha, estonce, acordándose todos los testigos de la carta en uno, deben ser creydos ó non el escribano." En el derecho foral aragonés hay también una disposición expresa que dice: "Aunque según el Fuero, no se admite contra la escritura pública más que otra escritura que sea también pública, por costumbre se admite al notario testificante y á los testigos que firmaron en ella. *Observancia 25, de probatio-nibus.*"

Conviene tener también presente en la materia de que tratamos la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 2 de Octubre de 1861, por la que se ha declarado, que por muy eficaz que sea la prueba documental no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho que para enervarla se dé valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni aun á la prueba testifical admitida también por la ley; la sentencia de 31 de Diciembre de 1857, pronunciada por el mismo Tribunal Supremo, por la que se ha prescrito que no basta que un hecho se consigne en un instrumento público, para que se tenga por suficientemente probado, si aquel hecho puede ser combatido legalmente ó si la existencia de otro documento demuestra su ineficacia; y

por último, la sentencia de 22 de Marzo de 1860 que ha resuelto, que no por haberse autorizado un acto por escritura pública, deja de ser válido cualquier otro contrato privado que, lejos de oponerse á lo pactado y consignado en aquel documento, sirve solo de explicación de ello, y que al declararlo así una Audiencia no infringe la ley 115, tít. 18, Partida 3ª, que dice, por cuál razón debe ser creída la escritura pública.

No debe entenderse, sin embargo que la ley de Partida ni las anteriores sentencias citadas autorizan la prueba de testigos contra el contenido de las escrituras, sino que se refieren al modo de probarse la falsedad ó de combatirse la fuerza de aquellos instrumentos en ciertos casos y por otras pruebas que reconoce el derecho y aun la de testigos.

Conviene también tener presente que la ley 32, tít. 18, Part. 3, adopta la ley romana que cita M. Bonnier en el número 144, puesto que dicha ley de Partida dispone, que para probar que está satisfecho el pago de una deuda contraída por escritura pública, hasta presentar otra escritura en que así conste, ó cinco testigos que digan haber presenciado el pago.

Respecto de la prueba en materia comercial, de que trata M. Bonnier en el núm. 145, nuestro Código de Comercio consigna entre los medios por que puede probarse en general las obligaciones mercantiles, la prueba testimonial (V. el art. 262, nem. 7 del Código). Y en cuanto á las sociedades mercantiles, dispone espresamente el art. 288 de nuestro Código, á semejanza del 41 del Código francés, espuesto por M. Bonnier en el número citado, que los socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni la prueba de testigos.

El Proyecto de Código civil de 1851 admite terminantemente la regla del art. 1341 francés de que tratamos. Según prescribe su art. 1220, no se admitirá prueba de testigos, respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público ó privado.—Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, ascienda á cien duros ó más.—Tampoco se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente del contenido de los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo ó después de su otorgamiento, aunque se trate de una suma ó valor por menos de cien duros.

Esta disposición, según el Sr. García

Goyena en sus Comentarios á dicho proyecto, debe entenderse como prohibiendo la prueba por testigos aun respecto de los instrumentales y del escribano que autorizó la escritura, y como comprendiendo en las palabras *cosa diferente*, aun lo que no consta en el contrato, como si el acreedor quisiera probar por testigos que se pactaron intereses y el deudor que se otorgó plazo y no aparece así de la escritura, porque todo esto se considera cosa diferente de su contenido.

Véase la nota núm. 152, donde se esponen las disposiciones del derecho español sobre la primera prohibicion del art. 1341 del Cód. Nap., y que es correlativa á la presente.—(A. de C.)

SEGUNDA REGLA.

Exclusion total de la prueba por testigos en ciertas materias.

SUMARIO.

148. No hay distincion alguna entre la jurisdiccion civil y la criminal.

149. Restricciones especiales respecto de las cuestiones de estado.

148. No debe sentarse como principio, segun se ha hecho con frecuencia injustamente, que la prueba testimonial es generalmente rechazada por la ley en materia civil. Es verdad que el art. 1341 quiere que se estienda escrito *de todas las cosas* que escedan el valor de ciento cincuenta francos. Pero estas espresiones cuyo origen explicaremos en breve, no pueden entenderse, y no se entienden jamás en la práctica, sino de los casos en que puede haber lugar á estender una acta ó escritura, es decir, convenciones ó contratos en el sentido mas lato de la palabra. *Todo aquello sobre que nuestros súbditos quieran tratar ó disponer*, decia con suma exactitud el art. 19 del edicto de 1611 de los archiduques

Espuesto como está en la anterior adiccion lo que el derecho español antiguo dispone sobre la materia de que se trata, sería inútil repetirlo. Solo añadiremos que conforme al Cód. de proc. los instrumentos públicos pueden ser redarguidos de falsedad y como no se fija la clase de pruebas que para ello se necesita, se infiere que puede hacerse de todas las que sean legales art. 776.—[N. de los EE.]

de Flandes. Así vemos á la ley referirse al momento mismo en que se ha tratado, para significar su voluntad á los contratantes: *debe redactarse ó estenderse acta ó escritura*. Cuando se trata de un hecho distinto de una convencion ó contrato, las partes de quienes no es obra comun, no han podido estar obligadas á consignarlo de tal ó cual manera; por tanto se les admite la prueba testimonial. En materia civil, por lo comun se trata de convenciones; al contrario, en lo criminal, lo mas frecuente es tratar de hechos que en manera alguna son convencionales. De aquí la opinion vulgar, opinion que, segun veremos, ha dejado algunas huellas en nuestras leyes, segun la cual, esta prueba habitualmente inadmisibile en lo civil, sería siempre admisible en lo criminal. Pero esta opinion es inexacta, bajo uno y otro concepto, puesto que las disposiciones de la ley no atienden al carácter de la jurisdiccion, sino á la naturaleza de los hechos que hay que probar. Si un hecho ilícito se refiere á una convencion, si se trata, por ejemplo, de la violacion ó sustraccion de un depósito, la convencion cuya existencia debe consignarse previamente, no será jamás, si el valor escede de la tasa legal, susceptible de probarse por testigos, bien se agite la cuestion ante un tribunal de policia correccional, ó bien ante un tribunal civil. Por el contrario, cuando la jurisdiccion civil haya apreciado un hecho no convencional, por ejemplo, una dificultad relativa á la posesion, estará perfectamente autorizada para ordenar la informacion de testigos, cualquiera que por otra parte sea la importancia del litigio (1).

149. Pero independientemente del principio restrictivo del artículo 1341, aplicable á las convenciones, hay casos en que el legislador, sin examinar si el demandado ha podido ó no hacer comprobar los puntos que tiene interés en acreditar hoy,

1. Segun el mismo espíritu ha juzgado el tribunal de Douai el 6 de Abril de 1851 que un contrato civil que no puede probarse sino por escrito, no es susceptible de prueba testimonial por el solo hecho de hallarse sometido al demandado, por razon de su cualidad, á la jurisdiccion comercial.

rechaza la prueba testimonial, aun respecto de hechos del orden de la naturaleza. Tal sucede, cuando el carácter de estos hechos se presta demasiado á fraude, y que al mismo tiempo tienen una gran importancia social. Me refiero á las restricciones que experimenta la prueba por medio de testigos, en lo relativo á las cuestiones sobre el estado de las personas. Estas restricciones tienen menos estension que las del art. 1341, en cuanto no se dirigen á reprobar toda prueba por medio de testigos, sino solamente la prueba por testigos de ciertos elementos de decision. Por otra parte, son mas imperiosas en cuanto no admiten el recurso del interrogatorio y el del juramento; mientras que en lo relativo á convenciones, al menos cuando no se exigen ciertas solemnidades, solo está prohibida la informacion de testigos, siendo admisibles todos los otros medios de informacion.

Exclusion general de la prueba testimonial en materia de convenciones, exclusion enteramente especial en lo concerniente á las cuestiones del estado de las personas; hé aquí materias que importa distinguir bien, y de que vamos á tratar por separado. Despues explicaremos en párrafo aparte lo concerniente á la admisibilidad en lo criminal de la prueba testimonial.

DIVISION PRIMERA.

ESCLUSION DE LA PRUEBA POR TESTIGOS EN MATERIA DE CONVENCIONES O CONTRATOS.

SUMARIO.

140. Principios del derecho primitivo sobre la prueba testimonial.

151. Origen de la exclusion introducida por la ordenanza de Moulins.

152. Disposiciones de las legislaciones extranjeras sobre la prueba por medio de testigos.

150. La admision indefinida de la prueba testimonial parece haber sido sin excepcion en Roma, al menos cuando solo se trataba de acreditar las convenciones de

las partes. Sabido es que los Romanos se fiaban de la memoria del hombre para consignar, bien fuese actos solemnes, tales como la emancipacion, bien la misma existencia de un juicio, lo cual era objeto de la accion *judicati*, que parecería sumamente estraña en nuestras costumbres actuales (1). Esta facultad tan amplia no fué modificada en Constantinopla hasta el siglo IV, y aun entonces solo en casos particulares. En la ley 18 del Código, *de testibus*, quiere Justiniano, que cuando se ha consignado una deuda por escrito, no pueda hacerse la prueba del pago sino por medio de escrito, ó al menos por cinco testigos dignos de fé (2).

Nada hay en esto semejante al principio general sentado en las sentencias de Paulo (lib. V, tít. XV, §. 4), y reproducido en la ley 1ª del Código, *de testibus*, cuando se trataba de la prueba por testigos opuesta á un escrito. Y sin embargo, las costumbres estaban lejos de ser puras en Roma, sobre todo en tiempo del imperio. Jamás han faltado testigos falsos para las acusaciones políticas: sabida es la sangrienta frase de Tácito (Hist., lib. 1ª, §. 2): *Quibus deerat inimicus, per amicos oppressi*. Pero el motivo fundado en la corrupcion de los testigos, aunque el mas aparente, no es el único que haya ocasionado la prohibicion entre nosotros. El temor de que se multipliquen los procesos ha sido para nuestros tribunales un motivo no menos poderoso. Pues bien, este temor no podia tener la misma influencia en el imperio romano, en que habia muchas menos riquezas que hoy en el mundo civilizado, y donde la poblacion era mucho menos considerable y en gran parte esclava. Además, las formas precisas de la estipulacion que se usaban en las ocasiones mas importantes, fijaban la atencion de los testigos y simplificaban su tarea. Así vemos arraigarse la prueba

1. Resulta de las investigaciones del conde de Beugnot [V. el prólogo de un trabajo sobre los *Olim*], que el primer ejemplo de haberse redactado en debida forma las sentencias, se encuentra en 1336 en la tierra clásica de la jurisprudencia, en Normandía.

2. Este es el origen de la opinion que rehusa admitir la prueba por testigos del pago de un crédito consignado por escrito [núm. 144].

testimonial en los hábitos nacionales, aun en tiempo de Justiniano. Así en la novela 74, cap. IV, el emperador trata de introducir un escrito para hacer constar el matrimonio, al menos en la mayor parte de los casos; pero poco tiempo después, en la novela 117, cap. IV, se vé obligado á restringir su innovacion á los grandes personajes del imperio. Y aun la ley 8 del Código, *de testibus*, no proscribió completamente la prueba por testigos en el caso que en dicha ley se prevee; exigiendo solamente, á falta de escrito, un número de declaraciones mas considerable.

En la edad media, si, como hemos visto, no se admitió siempre la superioridad de la prueba oral á la prueba por escrito, es evidente al menos, que el uso de la escritura estaba muy poco extendido para que fuese posible dejar de admitir la prueba testimonial de los contratos. Por otra parte, la utilidad de semejante exclusion no se notaba todavía cuando á razon del estado menos avanzado de la civilizacion, eran menos frecuentes los pleitos y menos depravadas las costumbres (1). Llegábase hasta consignar la existencia de la costumbre por medio de una *informacion por turba* ó *pesquisa*, que consistia en informaciones recogidas de boca de cierto número de personas, que se tomaba al azar, y á quienes se interrogaba sobre lo que creian ellas estar en uso.

151. Si la antigua Roma admitió los principios mas amplios en punto á testimonio, la Italia moderna, por el contrario, fué la primera que dió el ejemplo, en el siglo XV, de restringir la libertad de la prueba. Un estatuto de Bolonia de 1453, aprobado por el Papa Nicolás V, prohibió la prueba por testigos de los pagos de mas de cincuenta libras, y de los contratos de mas de cien libras. Asimismo, los estatutos de Milan, en 1498, prohibieron la prueba testimonial en ciertos casos. En Francia tuvo lugar una

1. No quiero decir, que las costumbres de las clases superiores fuesen siempre ejemplares; pero entonces la corrupcion no habia penetrado en la masa de la poblacion, como ha sucedido desgraciadamente en los tiempos modernos.

reforma análoga en el siglo XVI, en la época en que la redaccion por escrito de las costumbres hizo caer el uso abusivo de las informaciones por turba. En el mediodía de un país de derecho escrito, fué donde emanó la proposicion de introducir restricciones semejantes á las que acababan de establecerse en Italia. El Parlamento de Tolosa envió diputados cerca de Carlos IX á los Estados de Moulins, para solicitar la disposicion que forma el art. 54 de la Ordenanza de 1566, y que requiere se otorgue contrato de todas las cosas que excedan del valor de cien libras. El preámbulo de esta Ordenanza, llamada de Moulins, la misma que prohibe probar contra ó fuera del contenido de las actas ó escrituras, no menciona, lo cual es muy notable, mas que el motivo de la complicacion de los procedimientos. Refiriéndose al origen de la prohibicion, no parece ocuparse únicamente el legislador, como imaginan muchos, del peligro del soborno de testigos. No obstante, este peligro habia llamado tambien la atencion de los contemporáneos, como lo prueba el adagio citado por Loisel: "Loco es quien se mete en informaciones, porque quien mas abrevia, mejor prueba."

Esta ordenanza, qualquiera que fuese su motivo principal, verificaba una verdadera revolucion en los hábitos. Así Boiceau, comentarista contemporáneo, nos dice comenzando la esposicion de la materia: "Quum primum nata te promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria." Esta disposicion era dura, en cuanto obligaba á usar de escritos embarazosos y costosos á las partes que anteriormente podian omitirlos; odiosa, en cuanto favorecia la mala fé, por no ser bien conocida de todos ni estar bien encarnada en las costumbres; y finalmente, contraria al derecho, es decir, al derecho romano, pero esto no era una razon para que habiendo cambiado las circunstancias, fuese rechazada por los modernos, puesto que quien la habia reclamado habia sido un país de derecho escrito. En cuanto á los dos primeros motivos, solo

eran transitorios. Así Boiceau añade, que no obstante estas razones para dudar, la ordenanza fué altamente aprobada por los entendimientos mas graves, y especialmente por el Parlamento de París: "Nulla toto hoc sæculo constitutio ac lex regia sanctor ac probator visa fuit amplissimo nostro Galliarum Senatui."

152. Antes de analizar este artículo 54 y las leyes posteriores que han reproducido su disposicion, echemos una ojeada sobre las legislaciones extranjeras. Hay países donde no se admite restriccion alguna, por ejemplo, el Austria, segun ya hemos observado. (Véase el Código Aust., art. 883). Así se dispone por el derecho comun germánico. Parece que lo mismo acontece en Dinamarca, en Suecia y en Noruega. Esta sencillez de las poblaciones germánicas y escandinavas se encuentra en las naciones mas meridionales. El reglamento de 1834 para los asuntos civiles en los Estados de la Iglesia (§. 623-625), consagra como principio general la admision de la prueba por testigos. Otros países, tales como Inglaterra, á quien siguen en este punto los Estados Unidos, no exigen escrito sino para ciertos actos importantes, tales como los contratos sobre inmuebles, cuyo valor llega por lo menos á diez libras esterlinas; tal es el objeto de una disposicion comprendida en el estatuto vigésimonono de Carlos II, é intitulada: *Acta para prevenir los fraudes y los perjuros*. Prescindiendo de esta restriccion (1), la Inglaterra ha permanecido, como en tantos otros puntos, fiel á las antiguas costumbres. Leon Faucher nos dice, en efecto, en sus *Estudios sobre la Inglaterra* (capítulo de la *Aristocracia*): "Todo se hace en Inglaterra sobre palabra, así como en Francia por obligacion escrita. El juramento se ha elevado al estado de institucion y se prodiga sin temor de que se envilezca.... Un testimonio en Inglaterra vale, y es mucho decir, lo que vale un guarismo entre nosotros." Por el contrario, en la mayor

1. Hállanse restricciones análogas en las leyes anglosajonas; pero como no era posible en esta época exigir la redaccion de un escrito, se requeria solamente para los actos importantes la presencia de tres á cuatro testigos, ó bien del alcalde de la ciudad.

parte de las codificaciones modernas, especialmente en el Código prusiano (1) (título de los contratos, art. 131), se ha admitido el sistema francés. Sin embargo, algunas veces se le ha templado, elevando el valor hasta el cual pueda ser recibida la prueba testimonial. Por eso el Código sardo (artículo 1454) fija este valor en trescientos francos, y el Código del Canton de Vaud (art. 995) lo eleva á ochocientos francos. Se concibe fácilmente esta diversidad de legislaciones. La cuestion de la admisibilidad de la informacion testifical es una de las cuestiones de moralidad y de disciplina nacional, cuya solucion debe variar de pueblo á pueblo.

La legislacion española de nuestros antiguos Códigos no pone tasa ni limitacion alguna en el valor ó importe de los contratos y demás para que puedan probarse por medio de testigos. Nuestros antiguos legisladores, atendiendo á la hidalguía del carácter español, no han temido que fueran sobornados los testigos por suma alguna. Sabida es tambien la disposicion de la ley 1ª, tít. 1º, lib. 10 de la Nov. Rec., sobre que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado, segun la cual, queda perfecto el contrato inmediatamente que han convenido los contrayentes acerca de la cosa y del precio. Sin embargo, hay contratos en los que se requiere por nuestro derecho la escritura para la sustancia ó esencia del acto; y tal es, por ejemplo, el caso en que los contrayentes quieren que para su perfeccion se otorgue escritura pública, en cuyo caso hasta el otorgamiento de ésta no se perfecciona el contrato segun prescribe la ley 1ª, tít. 6º, Partida 5ª (si bien este caso tambien se rige por la voluntad de los contratantes).

Tambien requiere nuestro derecho que todos los contratos de bienes inmuebles se reduzcan á escritura pública. Así lo dispone la ley 114, título 18, Part. 3ª, que dice: "Mas si tal carta fué fecha sobre cosa señalada, así como sobre vendida o cambio de casa o de viña de otra tal cosa, non vale para probar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion: e esto es porque las cartas de tales pleytos deben ser fechas por mano de escribanos públicos o

1. La Prusia se aproxima mas bien á las ideas francesas que á las otras naciones germánicas.