

Los autores mas exactos, especialmente Danty (ad. sobre Boiceau, partida II, capítulo 1º) y Pothier (oblig. núm. 808) enseñaron perfectamente, que el escrito debía emanar de una parte interesada en la controversia, pero nada obligaba á los tribunales á conformarse con esta opinion, y el tribunal de casacion juzga constantemente, que se puede aun en el dia, en los casos ocurridos antes de la promulgacion del Código, considerar como principio de prueba una pieza que emane de un tercero extraño al litigio.

166. La doctrina de Danty y de Pothier, autorizada en el dia por la ley, recibe todavía notables escepciones (V. los artículos 1335 y 1336). Pero no es aún tiempo de examinar las cuestiones tan controvertidas que se suscitan sobre los actos que pueden servir de principio de prueba, cuando estos actos emanan de terceros, ó bien cuando presentan ciertos vicios de forma. La solucion de estas cuestiones supone necesariamente el conocimiento de las condiciones requeridas para que haga fé un acto. La remitimos, pues, á nuestros desarrollos ulteriores sobre las pruebas preconstituidas. Aquí supondremos que se ha presentado en juicio el escrito como emanado de aquel contra quien se interpuso la demanda, y tenemos que preguntarnos con qué condiciones puede admitirse á título de principio de prueba.

167. En primer lugar, segun los términos del art. 1347, el actor del escrito debe ser el demandado, ó *aquel á quien representa*, por ejemplo, el difunto relativamente al heredero. Lo mismo sucede en sentido inverso, respecto de *aquel que lo representa*; así, pues, los escritos del mandatario, pueden oponerse al mandante.

168. En segundo lugar, el escrito debe emanar del demandado. Es un grave error calificar de principio de prueba por escrito, como hace Toullier (5ª edición, tom. IX, núm. 61) las escrituras privadas que no están comprobadas ni reconocidas. Estas escrituras no son absolutamente nada, mientras se ignora su origen, y sería incurri-

en una verdadera petición de principio, querer corroborar con la prueba testimonial una confesion cuya existencia no se ha demostrado. El ilustre profesor de Rennes parece haber confundido los testigos llamados algunas veces á comprobar una escritura con los que vienen á declarar sobre la existencia del contrato. En el primer caso, vienen á atestiguar los testigos, no lo que contiene el escrito, sino la confección misma del escrito, cuyo origen se niega. En el segundo caso, vienen á atestiguar el hecho que el escrito hace verosímil. Así, cuando se trata de principio de prueba por escrito, puede haber en él dos informaciones distintas; la una teniendo por objeto consignar que el escrito alegado es de puño y letra de aquel á quien se atribuye; la otra teniendo por objeto acreditar, por medio de otras declaraciones, el hecho mismo del contrato, que este escrito permite probar por medio de testigos. La primera de estas informaciones se admite solamente *de plano*, como refiriéndose á un simple hecho, la confección del escrito, al cual no se aplica la prohibición del art. 1341 (V. el núm. 153).

Pero, como no se trata aquí de un acto en forma, no es necesario que la nota producida esté escrita ó firmada por la parte, con tal que se pruebe ó consigne auténticamente su origen. Si el tribunal de casacion ha desechado con razon (Cas. 9 de Noviembre de 1842) la autoridad de notas informes que se hallaron en los papeles del pretendido deudor, ha admitido á título de principio de prueba, las declaraciones hechas en un interrogatorio sobre hechos y artículos, bien que no firmadas por la parte (Sent. den. de 15 de Marzo de 1843), y lo mismo sería respecto de una acta de un juicio de conciliacion (1). En cuanto á las respuestas dadas en una comparecencia de las partes en la audiencia y consignadas en los resultandos de la sentencia, se ha criticado la jurisprudencia (Sent. den. de 7 de Julio de 1840 y de 27 de Noviembre de 1842), que las considera como emanadas de la par-

1. En el caso de no haber conciliacion, no deben mencionarse los dichos de los interesados.—Cód. de proc., artículo 54.—

te á la que atribuyen los resultados. Mas, en derecho, los procuradores representan á sus clientes, y las decisiones del tribunal de casacion son inatacables bajo este punto de vista. Solamente en hecho, los tribunales deben acoger con precaucion lo que solo se ha consignado por los resultandos, cuya redaccion no ofrece todas las garantías necesarias.

Pregúntase sobre este particular, si se puede invocar como principio de prueba por escrito ante los tribunales civiles, las respuestas dadas anteriormente en el curso de un procedimiento criminal. Los términos generales de la ley, "Todo acto por escrito... que hace verosímil el hecho alegado;" conducen á esta solucion. La Audiencia de París habia juzgado lo contrario en 13 de Agosto de 1836, pensando que los jueces civiles no pueden adquirir su convencimiento en los documentos de un procedimiento criminal. Pero esta restriccion es enteramente arbitraria; y no se confunde la jurisdiccion civil con la criminal, porque autorice á los tribunales civiles para ver un principio de prueba por escrito en una instruccion hecha en forma debida, que bien equivale á simples notas que emanan del demandado. Así la sentencia de la Audiencia de París fué anulada en 2 de Junio de 1840 (V. tambien la sent. den. de 21 de Enero de 1841). No obstante, esta doctrina requiere que se la aplique con precaucion. No debe perderse de vista, tampoco, que el acta debe emanar de aquel contra quien se entabla la demanda. Pues bien, si pertenece este carácter á las respuestas que se dan ante el juez de instruccion, respuestas que se leen al inculpado, para que pueda reconocer si se han desnaturalizado sus declaraciones, no sucede lo mismo generalmente respecto de los dichos consignados tan solo por las notas del examen ó interrogatorio que redactó el escribano. Así se ha juzgado con mucha razon, por sentencia de casacion de 17 de Julio de 1841: "Considerando que no se puede atribuir este carácter á un escrito, que no ha emanado del acusado, cuyo tenor no ha podido

comprobar, el cual no ha visto ni firmado, y que es obra de un funcionario á quien no ha dado la ley mision especial para este efecto." Creemos que debe aplicarse esta decision, aun á las notas de examen redactadas por el escribano del tribunal correccional, y visadas por el presidente, segun los términos de la ley de Junio de 1856 (Cód. de inst. nuev. art. 200). Si la nueva ley ha dado una mision especial al escribano, no es menos cierto que el acusado, tanto en el dia como antiguamente, no está llamado á comprobar el tenor de su redaccion.

169. Finalmente, el escrito debe hacer verosímil el hecho alegado. En su consecuencia hay abuso cuando el juez, á falta de todo escrito, comienza ordenando un interrogatorio sobre hechos y artículos, y después se funda en algunas respuestas insignificantes, y aun á veces en la negativa de contestar, para mandar la informacion. Pero en derecho, es incontestable la facultad de adquirir un principio de prueba en el interrogatorio (Sent. den. de 14 de Julio de 1856). Además, si acontece que se haya admitido algunas veces con sobrada facilidad la prueba testimonial, debe reconocerse, que en muchas ocasiones, han experimentado los jueces la necesidad legítima en el fondo, de desembarazarse de las trabas de un sistema sobrado absoluto, y de aligerar su conciencia oyendo á los testigos. Nuestra legislacion civil en el dia es mas formalista que nuestras costumbres, y nuestros magistrados dirian con Mornac (número 165), que esto es *summum jus, invec-tum in mores gallicos propter testium facilitatem*.

170. Por lo demás, el saber cuál debe ser el carácter del escrito que se invoca, puede provocar el examen del tribunal de Casacion (sent. den. de 7 de Julio de 1840 y de 29 de Noviembre de 1842). Pero la apreciacion de la mayor ó menor verosimilitud que adquiere en el escrito el hecho alegado, pertenece esclusivamente á los Jueces del hecho (sent. den. de 17 de Mayo de 1855).

El proyecto de Código civil español de 1851, enumera en su art. 1223 haber principio de prueba por escrito: 1.º Cuando concurra alguna de las circunstancias espresadas en los artículos 1207, 1208, 1213, 1216 y 1217. 2.º Cuando existe algun documento escrito por el demandado ó por quien le represente, aunque no esté firmado, con tal que haga verosímil el hecho litigioso. Creemos no deber esponer aquí las disposiciones contenidas en los artículos citados en la primera enunciación del presente, por no dar demasiada estension á este apéndice, lo cual no juzgamos oportuno, y mas si se atiende á que las prescripciones enunciadas no forman derecho constituido. Baste, sin embargo, observar, que la regla general en esta materia es que el principio de prueba por escrito puede resultar, ó de un instrumento auténtico en que haya sido parte aquel contra quien se quiere probar, ó de un instrumento privado firmado por él, ó á lo menos escrito de su mano. Todos los artículos á que se refiere el 1223 son conformes á esta regla; los 1207 y 1208 se refieren á documentos privados, y los 1213, 1216 y 1217 recaen sobre instrumentos públicos.—(A. de C.)

TERCERA CAUSA DE ESCEPCION.

Imposibilidad de procurarse una prueba literal ó instrumental

171. Ya hemos advertido que los delitos y cuasi-delitos, así como el cuasi-contrato de gestion de negocios, están fuera de la regla del art. 1341, y que por consiguiente no se debe ver una escepcion, aunque la ley parece decirlo, sino la aplicacion del derecho comun, en la facultad de probarlos por todos los medios posibles.

Los casos verdaderamente escepcionales de que vamos á ocuparnos son aquellos en que se trata de las conyenciones que no se han podido consignar por escrito.

172. Raras veces aparecerá la imposibilidad física en la práctica. El Código Napoleon señala los casos en que no se podrá adquirir actas por escrito (art. 1348, 3.º). No es necesario suponer una imposibilidad absoluta, como si se prestase dinero á alguno en un desierto, sin tener medio algu-

no de escribir y lejos de toda comunicacion; basta que exista imposibilidad local y momentánea. Si encuentro á una persona á quien han robado los ladrones, podré con toda seguridad prestarle ante testigos una suma de mas de ciento cincuenta francos para ayudarle á continuar su camino. No hay duda que en todo rigor hubiera sido posible redactar un escrito, haciendo venir un notario ó funcionario público; pero la ordenanza de Moulins no ha querido poner trabas á las relaciones de humanidad y de filantropía. Por eso el Código, reproduciendo (art. 1348, 2.º) la ordenanza de 1667, dispensó formalmente de recibo escrito en los depósitos necesarios que se hacen por causa de incendio, ruina, tumulto ó naufragio. No es posible hacer inventario de los efectos muebles que se han entregado á toda prisa á los vecinos en circunstancias en que por lo comun el interés mucho mas grave de salvar á las personas no permite ocuparse minuciosamente de los bienes ó intereses. Aun rigiendo la ordenanza de Moulins, que nada decia sobre esta escepcion, el Parlamento de París habia imitado por sentencia del mes de Agosto de 1573 á los herederos de un protestante á probar con testigos un depósito de esta naturaleza, hecho por su autor en el momento en que iba á ser degollado el dia de San Bartolomé. Algunos autores querian ir mas lejos y poner el depósito voluntario en la misma línea que el depósito necesario. "Velim excipi sacri arcanique depositi causam," decia Cujacio (*Paratit.*, Cód. *ad tit. depositi*), espresando un deseo mas bien que una opinion.

Pero se ha reconocido que los motivos de delicadeza exagerada que podian impedir procurarse un recibo, no debian preferirse al peligro de abrir una puerta á los abusos que ha querido proscribir el legislador. Así, tanto la ordenanza de 1667, como el art. 1341 del Código civil, comprenden espresamente en la prohibicion el depósito voluntario. Además los casos de imposibilidad que menciona la ley no son mas que ejemplos, perteneciendo siempre á los jueces del hecho apreciar la imposi-

bilidad (sent. den. de 18 de Mayo de 1844). Por eso una jóven que abandonó la casa materna despues del segundo matrimonio de su madre, fué autorizada por la Audiencia de Bourges, el 19 de Mayo de 1826, á probar por medio de testigos el importe de los bienes muebles que reclamaba; pues la habia sido moralmente imposible pedir á su madre y á su padrastro un recibo ó nota por escrito de los objetos que dejaba en su poder.

173. Hay casos en que hubiera podido hacerse, en rigor, un escrito, pero en que se considera la rapidez de las transacciones, como ocasionando una especie de imposibilidad moral. Por eso los depósitos hechos en una hostería se han asimilado á los depósitos necesarios, primeramente por la jurisprudencia, y despues por la ordenanza de 1667 y por el Código Napoleon. Como generalmente son tan numerosos los viajeros, y permanecen tan poco tiempo, seria sumamente incómodo para ellos y para el fondista obligarles á hacer inventario de sus efectos (1). Pero en este caso, como en el de depósito necesario propiamente dicho, la facilidad que concede el legislador podria dar lugar á grandes abusos; por lo tanto, ha tenido cuidado de añadir, para advertir al juez que sea circunspecto en admitir semejantes reclamaciones: "Todo esto, atendiendo á la cualidad de las personas y á las circunstancias del hecho" (art. 1348, 2.º).

Preténdese á veces que es permitido probar por medio de testigos la entrega de objetos á un traginero, así como se admite respecto del fondista; pero esta asimilacion es abusiva. Es verdad que el art. 1782 dice, que los tragineros por tierra, y por agua están sujetos en cuanto á la custodia y conservacion de las cosas que se les con-

1. Dede asimilarse á las hosterías los *restaurant*, *cafés* y baños públicos. Pero Rodier consideraba indebidamente (en el tit. XX, art. 4 de la orden.) como un depósito necesario la entrega de objetos á un joyero ó á un sastre; y tambien se ha querido atribuir indebidamente este carácter á la entrega de títulos á un oficial ministerial [sent. den. de 6 de Noviembre de 1838]. Tambien há lugar á criticar el uso de los agentes de cambio, que se niegan á dar recibo á sus clientes de los valores que les han confiado.

fiaron, á las mismas obligaciones que los hosteleros; pero una cosa es la estension de la obligacion que se supone probada, y otra la prueba misma de la obligacion. Era de interés público imponer á los tragineros la misma responsabilidad que á los hosteleros; mas para esto es necesario consignar previamente la entrega de los efectos ó ropas y maletas. Esta entrega no puede asimilarse á un depósito necesario. Lejos de dispensar el Código que se recurra á un escrito (art. 785), prescribe espresamente que se lleven registros en que se inscriba todo lo que se confie al empresario de carruajes públicos, al paso que no ha establecido respecto de los fondistas semejantes registros. En vano se dice que se trata de un acto de comercio (Cód. de Com., art. 632), y que además todos los comerciantes están obligados en general á llevar libros, lo cual no impide que se admita la prueba testimonial para probar las operaciones mercantiles. Porque esta admision no tiene lugar en ciertos contratos, y tal nos parece haber sido aquí la intencion del legislador, cuando comparamos los artículos 1950 y 1952 del Código Napoleon, que autorizan indefinidamente la prueba testimonial respecto del depósito necesario hecho á los hosteleros ó fondistas, con los arts. 1785 de este mismo Código y el 96 del Código de Comercio, que prescriben á los empresarios de transportes la inscripcion de la naturaleza y calidad de las mercancías. El art. 96 supone tambien que el empresario puede ser requerido por el expedicionario para que inscriba ciertas particularidades (el valor de las mercancías), lo cual prueba que el registro no es solamente en este caso, como habitualmente, un medio de comprobar la regularidad de las operaciones de los comerciantes, sino un título que se destina á ser invocado por los que contratan con él. ¿No sabe el viajero que el uso destina cierto espacio de tiempo para inscribir las mercancías? ¿No incurre en culpa grave por su parte en no declarar sus ropas y efectos? No puede haber imposibilidad moral si no en el caso

de no existir registros (arg. del art. 46 del Cód. Nap.), ó cuando se tratara de objetos de poca importancia que no fuese costumbre registrar ó inscribir, tales como un saco de noche; todo salvo el atender á las circunstancias (V. sent. den. de 19 frimario del año VII, y del 9 de Noviembre de 1839).

La necesidad de declarar los efectos, no comprende la de declarar su valor, si este valor no excede de lo que se acostumbra llevar para un viaje, comprendiendo cierta suma de oro (sent. de la Audiencia de París de 24 de Noviembre de 1857; y de Angers de 20 de Enero de 1858). Pero si el expedicionario, para no pagar el precio fijado por la tarifa, se abstiene de declarar valores considerables, no hay acción alguna, si se perdieron, contra el traginero, según ha decidido la Audiencia de París el 10 de Abril de 1854, con respecto al envío hecho, sin indicación de valores, por el camino de hierro de Orleans, de una caja que contenía títulos valuados en 96,000 francos. Asimismo, la Audiencia de Burdeos, el 24 de Mayo de 1858, no abonó más que 1,500 francos á un viajero que pretendía haber puesto 25,000 en un saco de noche, habiéndose denegado el 16 de Mayo de 1859 la apelación interpuesta contra esta sentencia.

174. Pero generalmente, hay imposibilidad moral, autorizada por el uso diario, en lo relativo á las operaciones mercantiles, cuya rapidez y economía se verían singularmente comprometidas si se requiriese que se consignaran por escrito. El Código Napoleon se contentó con hacer una remisión respecto á esto. Ya hemos visto (núm. 145) que el proyecto del Código de Comercio quiso suprimir esta antigua prerogativa de las jurisdicciones consulares (1) que las ponía fuera de la ordenanza de Moulins; pero á cuya innovación hicieron renunciar las reclamaciones unánimes de los interesados. Aunque el art. 109 del Código de Comercio parece no autorizar al

1. Esta práctica se había ya atestiguado por los jueces consulares, cuando se redactó la ordenanza 1667. de [Danty *Observaciones generales*, núm. 18].

tribunal á admitir la prueba testimonial, sino respecto de las *compras y ventas*, se está hoy de acuerdo en generalizar la aplicación de este texto, que no deja de regir sino donde el mismo derecho mercantil establece reglas particulares sobre la prueba.

Además, según la antigua práctica de los jueces consulares que no autorizaban la prueba testimonial, sino atendiendo á la cualidad de las personas y á las circunstancias del hecho (Danty, *Observaciones generales*, núm. 18), nuestros tribunales se reservan decidir si creen deber admitir esta prueba, como lo indica el art. 109, lo cual no es más que la aplicación del principio general, según el que, no debe nunca verse la información sino sobre hechos reconocidos concluyentes. (Cód. de proc., art. 254).

175. Si la imposibilidad, aun simplemente moral, de procurarse un escrito, cuando se verifica el contrato, basta para que se admita la información, debe ser lo mismo, con mucha más razón, cuando después de haberse redactado el escrito según quiere la ley, se pierde, á consecuencia de algún accidente (art. 1348, 4.º); aquí hay una imposibilidad absoluta *ex post facto* de producir una prueba literal. Justiniano, en la ley 18, Cód. de *testibus*, tuvo cuidado de exceptuar en este caso las reglas que había establecido para la prueba del pago. "Sin vero facta quidem per scripturam securitas est, fortuito autem casu vel incendio, vel naufragii, vel alterius infortuni perempta, tunc liceat his qui hoc perperissi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, dumnumque ex amissione instrumenti a fugere."

El emperador tiene cuidado de hacer observar, que ante todo, es preciso probar el accidente que fué causa de la pérdida, "causam peremptionis probantibus," accidente que deja ordinariamente rastros exteriores y que, por derecho común, es susceptible de la prueba testimonial. De otra suerte, si bastara hacer venir á testigos que declarasen haber visto tal escrito, alegando que este escrito desapareció ulte-

riormente, llegarían á ser ilusorias todas las restricciones relativas á la prueba testimonial. El punto fundamental de la información es la pérdida de título, y solamente en cuanto quede bien consignado este acontecimiento, se llegará necesariamente á oír testigos sobre el tenor del acta ó escrito que se ha perdido. El sistema contrario, no solamente no sería equitativo, sino que violaría la ley, según los términos de la sentencia de casación de 7 de ventoso del año XI.

Por lo demás, admítase á probar la pérdida, aun cuando se requiriera escritura para la validez del acto. Un caso fortuito no puede destruir los derechos de quien hizo todo cuanto era humanamente posible para obedecer á la ley. Pero entonces se decide con razón, que las declaraciones de los testigos no pueden suplir al escrito sino en cuanto atestiguan el cumplimiento aparente de las solemnidades requeridas; por eso se ha juzgado por sentencia de casación de 17 de Febrero de 1806, que los testimonios que reprodujeran las disposiciones de un testamento, sin probar que reuniese las condiciones requeridas por la ley, no podían autorizar á los tribunales á ejecutar este testamento, cuya pérdida se alejaba. Compréndese la circunspección con que deberán proceder los jueces en semejantes negocios, en que verdaderamente caminan sobre ascuas. ¡Cuán seguros no deberán estar de la delicadeza y formalidad de los testigos para reconstruir así, bajo la fé de recuerdos fugitivos, actas que la solicitud del legislador creyó deber revestir con tantas formas! No sucede lo mismo, cuando solo se exige el escrito por vía de prueba. Entonces no es necesario que hayan visto los testigos el vale ó pagaré, con tal que justifiquen la existencia del crédito consignado en este vale. (Pothier, *Oblig.*, número 816.)

176. Ateniéndose á la idea de que es permitido consignar ó probar por medio de testigos, vista la necesidad que hay de ello, el contenido de una escritura ó documento que se perdió ó destruyó, aunque fuese

auténtica, se llegaría á reconocer que se puede probar de esta suerte la existencia misma de un proceso ó sentencia criminal. Pero el legislador ha retrocedido ante la admisión de la prueba testimonial para probar tan importantes documentos. Reproduciendo en parte las disposiciones del Código de 3 frimario año IV (V. Cód. artículo 548 y sigs.), el Código de procedimiento criminal (lib. II, tit. IV, cap. VII) traza reglas especiales para los casos de que se perdieran las piezas de un proceso criminal ó correccional (1). Según la letra del art. 523 de este Código, si no existe despacho ni copia auténtica de la sentencia del tribunal criminal, pero existe aun la declaración del jurado, se procede conforme á esta declaración, á un nuevo juicio. Mas aun. (art. 524 *ibid*) si no se puede volver á encontrar, bien sea la declaración del jurado, bien la sentencia, en los negocios que no se someten al jurado, vuelve á comenzarse la instrucción ó procedimiento desde el punto en que faltan las piezas. Estas disposiciones constituyen una grave derogación de la máxima, *Non bis in idem*, puesto que autorizan á volver á juzgar, tal vez *in pejus* un asunto definitivamente terminado. Este es el único caso, á nuestro juicio, en que el mismo legislador confunde espresamente y voluntariamente la prueba con el fondo del derecho. Jamás hubieran admitido los jurisperitos romanos que fuera la falta de prueba de una condena, un motivo para volver á comenzar la instancia. Menos escrupulosos sobre la admisibilidad de la prueba testimonial, habrían autorizado la prueba por medio de testigos de la existencia de la sentencia, y tal es aun en el día, el curso que se sigue en la práctica inglesa y americana. (M. Greenleaf, tomo I, pág. 645). Entre nosotros, de atenderse á las reglas ordinarias, el ministerio público que quiere hacer ejecutar la condena, sería quien debería probar su

1. En materia de simple policía, son tan poco importantes las pruebas, que es muy difícil suponer que se ha perdido la sentencia antes de ejecutarse. En todo caso, no deberían volver á comenzarse los procedimientos de esta clase, y su pérdida debería ser en beneficio del condenado.

existencia y su naturaleza, debiendo presumirse hasta tanto la absolución ó liberación. Sin embargo, el Código de delitos y penas (art. 553), agregaba al sistema que había introducido, un temperamento que entrañaba algún tanto en el derecho común. "En el nuevo debate puede producirse testigos, tanto por el acusador público como por el acusado, para dar cuenta de las circunstancias y del resultado de la declaración del jurado y de la sentencia que se estraviara, salvo tener los jurados las consideraciones que creyeran en razón." Pero por razonable que pueda ser en sí tratar de restablecer el proceso ó la sentencia antes de pensar en rehacerla, no habiendo pasado esta disposición al Código de instrucción criminal, que nada dice semejante á esto será preciso para conformarse á la ley, volver á comenzar el procedimiento, como nuevo, sin atenerse á lo pasado.

Este sistema estremado ó violento, se aplica (Cód. de instr. art. 521) al caso en que no existe minuta ni despacho ó copia de una sentencia *todavía no ejecutada*; lo cual debe entenderse de una ejecución ya consumada, que siempre debe presumirse en regla. Pues si solamente se hubiera comenzado á ejecutar (lo cual puede verificarse respecto de toda pena que no sea la de muerte, (las cuales se componen de hechos sucesivos), no podría continuarse, á falta de documentos auténticos propios para justificar la naturaleza y duración de la pena. Entonces sería necesario rehacer una nueva instrucción ó procedimiento, como si la sentencia no se hubiera empezado á ejecutar. Por lo demás, estas palabras *no ejecutadas*, prueban que según la mente de la ley, se trata de una condena, puesto que las sentencias absolutorias y liberatorias se ejecutan desde luego (*ibid.*, art. 358). No puede, pues, tratarse de renovar el proceso, sino respecto de los acusados que estuvieran en poder de la justicia, en virtud de una condena cuya prueba llegara á faltar. En cuanto á los que se vieran retenidos por otra causa ó que hu-

bieran sido puestos en libertad, es evidente que no se debería ponerles en la alternativa de probar una absolución ó liberación, ó de sufrir nuevas persecuciones ó procedimientos. Véase, pues, que si el sistema adoptado puede llevar consigo algunas veces la agravación posterior de una condena definitiva, jamás al menos volverá á poner bajo el peso de una acusación á quien hubiera sido declarado libre de toda persecución. Finalmente, la regularidad de nuestra administración de justicia hará por fortuna que sea muy rara la aplicación de este capítulo del Código de instrucción criminal (V., no obstante, el caso citado por Legraverend, *Tratado de la legislación criminal en Francia*, cap. XIV).

No habiéndose prescrito por los antiguos Códigos de España, ni por las leyes, reales decretos, ni órdenes posteriores vigentes á la sazón, disposición alguna semejante al art. 1341 del Código Napoleon, sobre que sea necesario consignarse en instrumento público ó privado las obligaciones cuyo objeto esceda de cierta suma, sin que se puedan probar dichas obligaciones por medio de testigos, no se ha prescrito tampoco disposición que establezca excepciones á esta regla. En su consecuencia, no podemos atender en esta adición sobre dicha materia, al derecho constituido, teniendo que atenernos únicamente, según hemos hecho en las adiciones anteriores referentes á este punto, al derecho constituyente, esto es, al último proyecto de Código civil que se publicó en 1851, y que conteniendo prescripciones análogas á las del art. 1341, las modifica también con excepciones semejantes. Sin embargo, como los casos exceptuados en dicho proyecto de la regla enunciada, quedan, en su consecuencia, colocados en el derecho común y recogidos por sus principios y disposiciones generales, y estas se hallan consignadas en nuestra antigua legislación, indicaremos, al hacernos cargo de dichos casos, algunos de los fundamentos en que se apoya la admisión, respecto de ellos, de la prueba de testigos, que es la disposición que rige en el día.

El proyecto de Código civil español de 1851 consigna, pues, la excepción de la regla establecida en su art. 1220, sobre que no se admita prueba de testigos respecto de las obligaciones que, según el mismo

proyecto, hubieran debido consignarse en instrumento público ó privado, á saber: el caso en que no hubiera sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligación, pues entonces debe permitírsele probar por testigos el hecho que la ha producido, sea cualquiera la suma á que pueda ascender el objeto de esta obligación.

Esta excepción tiene lugar, según expresa el citado art. 1224: 1º En las obligaciones que se contraen, sin convención señaladas en el tít. XXI, libro 3º de dicho proyecto. Y en el citado tít. 21 se enumeran: 1º las obligaciones constituidas por la ley, á saber: las de los tutores, servidumbres, medianerías y otros; y 2º las que se forman por hecho proveniente de los cuasi-contratos, á saber, la agencia oficiosa de los negocios ajenos, y el pago de lo indebido, y de los delitos y cuasi-delitos ó de culpa ó negligencia. Pueden verse los arts. 1890 al 1905. El fundamento de esta disposición consiste en que no interviniendo en esta clase de obligaciones la parte á cuyo favor nacen por ministerio de la ley, no le es posible procurarse prueba escrita, de suerte que es necesario admitir la prueba testimonial. Si se niega, pues, la obligación por aquel que la contrajo, v. gr. por el gestor de negocios, puede aquel á cuyo favor resultó dicha obligación probar el hecho de que emanó por medio de testigos. En los casos de delito y culpa ó negligencia (cuasi-delitos), el que los comete emplea por lo común toda clase de medios para ocultarlos, por lo que exige la moral que se apele á todos los medios legales para probarlos, aun á los testigos y presunciones.

El 2º caso de excepción que expresa el art. 1224 consiste en los depósitos necesarios, de que se trata en los arts. 1986 y 1689 del proyecto. El art. 1686 declara ser depósito necesario el que se hace por ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo; naufragio ú otros semejantes. Como en tales casos el que es víctima de ellos, no tiene el tiempo ni los medios de tomar las precauciones necesarias para hacer constar su derecho, como en el depósito voluntario, si se le niega por ejemplo, el depósito que hizo por aquellas circunstancias, puede probarlo por testigos. El art. 1689 á que se refiere el 1224 en su segundo número, declara que se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas ó mesones, debiendo responder de ellos los fondistas ó mesoneros como tales depositarios, con tal que se hubiese dado cono-

cimiento á los mismos ó á sus dependientes de los efectos introducidos en su casa. La ley 26, tít. 8º. Part. 5ª, expresaba la razón de esta responsabilidad diciendo: "Los que van de camino, han de dar sus cosas á guardar á aquellos que y fallaren, fiándose de ellos sin testigos, ó sin otro recabdo: e guisada cosa es que pues que fian en ellos los cuerpos ellos haberes, que los guarden lealmente." La ley presume, pues, que han consentido tácitamente los dueños de fondas, etc., en custodiar aquellos efectos, y en su consecuencia, deben indemnizar á los viajeros de cualquier robo ó daño que se ejecutare por los criados de la casa ó por los extraños que entran y salen. La ley 7ª, tít. 3º, Part. 5ª y la ley 8ª, les condenan á la restitución del duplo. Esto debe entenderse cuando no hubiere ocultación de los efectos que faltaron por parte de los viajeros, pues en tal caso no incurrirían los fondistas en aquellas responsabilidades. Por eso dice el epígrafe de la ley 26 de la Partida citada. "De las cosas que fueron y metidas con sabiduría e de los dueños de los hostales." En el día las empresas de diligencias suelen sentar en el billete que expiden, el número y clase de bultos que se han manifestado, y el importe ó suma que se obligan á satisfacer por ellos en caso de pérdida, lo cual puede servir de prueba para las reclamaciones que puedan originarse, no solo contra dichas empresas sino también contra los dueños de las fondas ó posadas en que se hospedasen los viajeros, para hacer constar el número de bultos que intrudujeron en ellas, si se hicieron exhibir dichos billetes con tal objeto, cuyo hecho puede también probarse por medio de testigos.

El caso 3º de excepción que expresa el art. 1224 del proyecto del Código civil, consiste en las obligaciones contraídas en casos de accidentes imprevistos en que no se hubiera podido estender documento; lo cual se funda, en que siendo posible en tales casos procurarse prueba escrita, es justo y aun necesario recurrir á las demás establecidas por derecho, y entre ellas á la de testigos.

El caso 4º de excepción del art. 1224 es el de haber perdido el acreedor el documento que le servía de título, á consecuencia de un caso fortuito ó que provenga de una fuerza mayor. El fundamento de esta excepción es igual al de la anterior. Sin embargo, como en este caso existía ya un documento, y si éste era público, aunque se perdiera la copia que poseía el interesado, quedaba la matriz en el protocolo del escribano otorgante, la excepción menciona-

da solo se refiere á los documentos privados y no á los públicos de que existe matriz. Para el caso de no existir ésta, se contienen prescripciones en los artículos 1216 y 1217, en que por vía de escepcion se expresan los casos en que puede admitirse la prueba de testigos.—(N. de C.)

Explicado en la anterior adición lo que dispone nuestro derecho antiguo sobre depósitos, restáanos solo decir que nuestro Código civil no hace distinción de depósito voluntario y necesario, entendiéndose por este último el que se hace en caso de una calamidad como saqueo, naufragio, etc., ó impone en general al deponente la obligación de hacer constar por escrito firmado por el depositario la clase, cantidad y demás señales de la cosa depositada, bajo la pena de que si el depósito fuere negado, ó la cosa adulterada tenga la obligación de probar el depósito ó la adulteración, arts. 2666 y 2667. En el Cód. de proc. [art. 1432 y 33] encontramos que la tercería de dominio no se admitirá cuando la ejecución se haya decretado en virtud de escritura pública, si no se funda también en escritura pública registrada y de fecha anterior á la que motivó la ejecución. Si esta se ha despachado respecto de alhajas ó muebles preciosos, no se admitirá la tercería de dominio si no se comprueba por medio de factura que concuerda con los asientos de los libros del que la espidió, y siendo las fechas anteriores al contrato ó documento de que se funda el negocio principal. En ambos casos queda absolutamente prohibida la prueba testimonial, salvo que el ejecutante consienta en que se rinda, art. 1434.—N. de los EE.—

CUARTA CAUSA DE ESCEPCION.

Consentimiento del adversario.

177. Despues de haber espuesto los casos en que cesa la exclusion de la prueba testimonial con aplicacion á los contratos, vamos á darnos cuenta del carácter mismo de esta exclusion. ¿Es acaso una de esas reglas de orden público, que no puede derogarse por voluntad de las partes? (Cód. Nap., art. 6). Esta cuestion, agitada desde el siglo XVI, no se ha decidido por nuestros Códigos modernos. Así, deberia dirigirse aquí al legislador la acusacion de incuria que le dirige d'Argentré, en una circunstancia semejante: "Admirabilis principium socordia, qui de his tandiu patiuntur dubitari, de quibus uno verbo constituere poterant."

La opinion, adoptada antiguamente en la mayor parte de las sentencias, consistia en atenerse á las palabras de las ordenanzas, reproducidas por el art. 1341 del Código: *No se recibirá prueba alguna de testigos, para sostener que la prohibicion se dirige direc-*

tamente al juez. No hay duda, se dice, que el motivo de la corrupcion ó soborno de los testigos, es inaplicable cuando la parte adversa consiente en tenerlos por buenos; pero subsistiendo en toda su fuerza el otro motivo, el peligro de multiplicar los procesos, la disposicion del Código es, pues, de orden público (1).

Concíbese hasta cierto punto esta jurisprudencia rigurosa en una época en que era nueva todavía la doctrina de la ordenanza de Moulins, y no habia aun pasado completamente á las costumbres judicia-rias. Entonces podia considerarse el consentimiento para la informacion como un negocio rutinario, mas bien que como una concesion formal. Pero desde que las exigencias de la ley sobre la prueba escrita se han hecho familiares á los litigantes, es mas difícil no ver una especie de confesion por parte del que consiente en dejar que se oiga á los testigos. Pues bien, no debe perderse de vista, que las convenciones verbales son perfectamente válidas en el fondo, y que bastaria para autorizar la informacion un principio de prueba por escrito. Siendo esto así, el consentimiento dado en juicio no tiene tanta fuerza como el indicio, por lo comun tan ligero que se adquiere con un principio de prueba. El argumento que se saca de estas palabras: *No se recibirá*, etc., es muy débil, porque de que se dirija el texto en su redaccion á los jueces, no se sigue necesariamente que sea la orden absoluta, y que les esté prohibido recibir la prueba, aun en el caso en que la parte interesada en rechazarla declarase que la admitia. Es necesario siempre volver á la cuestion de fondo. ¿Se halla directamente interesado en esto el orden público? No hay duda que la disposicion de que se trata se refiere á consideraciones de orden público, pero ¿no sucede lo mismo con el principio de que nadie puede ser distraido de sus jueces naturales, principio al cual, es, no obstante, facultativo renunciar? (Cód. de proc., art. 169). Para que sea nula toda convencion contraria, es necesario que la

1. Véase la nota anterior.—N. de los EE.—

ley sea tal, que no sea posible separarse de ella sin destruir el objeto que se ha propuesto, como cuando se trata de la obligacion de estender las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio. Pero aquí no hay nada parecido á esto. Todo lo que exige el interés público, es que la facultad de oponerse á la informacion sea siempre un arma que se halle á discrecion de las partes, pero no que las partes tengan obligacion de servirse de ella. Y por el solo hecho de depender siempre la prueba de semejantes convenciones de la buena fé del adversario, es poco de temer que se fien de ella habitualmente y que sean muy frecuentes tales procesos. Esta opinion, seguida ya por Jousse y por Duparc Poullain, autores tan juiciosos y de un entendimiento tan práctico, parece prevalecer en la jurisprudencia. Muchas sentencias del tribunal de apelacion (Bourges, 16 de Diciembre de 1826; Rennes, 25 de Febrero de 1841; Burdeos, 16 de Enero de 1846) (1), han juzgado *in terminis* que el consentimiento del demandado autoriza la informacion, y el tribunal de casacion ha decidido, que la parte que ha dado su adquiscencia á la sentencia interlocutoria que ordena la informacion, no puede atacarla despues de la sentencia definitiva (sent. den. de 31 de Marzo de 1847 y de 11 de Marzo de 1856). Una doctrina opuesta sobre este punto, doctrina que es difícil no admitir en el sistema de la exclusion absoluta, permitiria al demandado consentir, en apariencia, en una informacion inútil, reservándose la facultad de atacarla, si le era desfavorable, y de volver á ponerlo todo en cuestion. Así se recae precisamente en esa multiplicacion de procedimientos que se trataba sobre todo de evitar.

1. Otra sentencia del tribunal de Burdeos de 6 de Marzo de 1849, ha tratado de eludir la dificultad, autorizando el exámen, sin sujetarse á la forma de las informaciones de los testigos aceptados por ambas partes, en virtud de una especie de compromiso. Pero creemos con M. Devilleneuve (1849, part. II, pág. 514), que este término medio, que admite el testimonio en el fondo, sin la garantía de las formas de la informacion, debe ser desechado como poco conforme al verdadero espíritu de la ley.

Aunque por el derecho español constituido hasta el dia y que rige en la actualidad, no se admiten las reglas del derecho francés que prescribe se estienda escritura de las obligaciones cuyo importe asciende á cierta suma, ni en su consecuencia tampoco se admiten las escepciones á dicha regla, y por lo tanto, podriamos omitir toda advertencia sobre el motivo de escepcion que consiste en el consentimiento del adversario á que se prescindiera de la regla mencionada, sin embargo, como segun indicamos en la adición inserta á continuacion del número 152, se requiere por la ley 114, tít. 18, Part. 3^a, y por las 2 y 3, tít. 16, libro 10 de la Nov. Recop., que se otorgue escritura pública de todos los contratos de enajenacion de bienes inmuebles, creemos deber advertir, que no podrá dejar de cumplirse esta disposicion, porque las partes se avengan á no otorgar escritura, por ser dicha prescripcion de orden público, puesto que, segun ya dijimos, se dirige á que se tome razon en la Contaduría ó registro de hipotecas en el término señalado por las leyes, con el objeto, no solo de evitar los fraudes de los que venden lo que no pueden, con perjuicio de tercero, sino tambien con el de asegurar el pago de los tributos. En las demás obligaciones sobre otra clase de bienes y con otros objetos que no afecten intereses de tercero ó del Estado ó no son de orden público, podrán introducir las partes las condiciones que tuvieren por convenientes en materia de contratos, puesto que la legislacion española es acaso de las que mas atienden á la voluntad de los contratantes en esta materia, segun se deduce de la ley 1^a, tít. 1^o, lib. 10 de la Nov. Recop., que establece, que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado. (V. la adición inscrita despues del núm. 152 y del 177.)—(N. de C.)

El Código civil con escepcion de los casos que hemos mencionado en las notas anteriores, no requiere formalidad alguna externa para la validez de los contratos, art. 1439.—N. de los EE.—

§. III. CASOS EN QUE SE ESTIENDE MAS LA EXCLUSION.

SUMARIO.

178. Preocupacion del legislador con el peligro de la multiplicacion de los procesos.
179. Restricciones especiales respecto de los arrendamientos.
180. En lo relativo á transacciones.
181. Respecto de particiones.
182. En cuanto á ciertos contratos mercantiles.