

literal, y aun hoy se exceptúan entre nosotros los libros de los comerciantes, de que hablaremos al tratar de la prueba preconstituida en beneficio del demandante.

741. Los escritos privados no firmados, susceptibles de hacer fé contra su autor, son de dos clases. Unos consisten en documentos, mas ó menos en forma, con el auxilio de los cuales acredita un particular el estado de sus negocios; otros consisten en ciertas menciones que se refieren á un título en regla, cuyos efectos se dirigen aquellas á modificar ó á destruir.

742. Hablemos desde luego de los escritos que se hallan en los registros domésticos. Redactados por un particular, que quiere darse cuenta de sus asuntos, pero sin estar sugetos á forma alguna, ni á órden regular alguno, no pueden habitualmente ser sino á lo mas un principio de prueba por escrito. Boiceau (part. II, cap. VIII, núm. 14), les concede, no obstante, entera fé, cuando enuncian haberse recibido un pago: *Secus, si talis confessio etiam non subsignata vergat ad liberandum*. Esta primera escepcion reproducida por el Código Napoleon (art. 1331) se justifica, sea por el favor de la liberacion, sea por la gran verosimilitud, de hecho, de la realidad del pago, que no está apenas en uso anotar antes de que se haya verificado. Existe otra escepcion, que los redactores del Código han tomado de Pothier (Oblig., núm. 759) en el caso en que el registro del deudor contiene la mencion espresa de que se ha puesto la nota para suplir la falta de título en favor de aquel en cuyo beneficio se ha contraído la obligacion, como si se digera que el acreedor no ha querido recibir billete ó vale. En tal caso, no siendo la mencion simplemente para quien la ha hecho, un medio de reconocerse en sus cuentas, sino debiendo hacer las veces de título para el acreedor, es de suponer que se tendrá cuidado de borrarla cuando se estinga la obligacion: Por el contrario, en el caso precedente, la cancelacion hecha despues de la mencion del pago en el registro, no podria en general destruir la prueba que

resultara de esta mencion. Pero se admite al acreedor á justificar su error, y nunca, por otra parte, las enunciaciones puestas en papeles puramente domésticos, tienen la fé que las actas auténticas ó privadas: la prohibicion de probar contra y fuera de lo contenido en las actas ó escrituras (art. 1341), que no es aplicable á las escrituras de comercio, aun lo es menos á los registros domésticos.

743. Los registros no hacen jamás fé en favor del que los tiene, en el sentido solamente de que puede fundar en ellos un título de crédito, aun de naturaleza propia para autorizar el juramento supletorio. Pero si la misma mencion enuncia la formacion del crédito y un pago total ó parcial, no puede ya ser dividida, como si se encontrara en los registros de un comerciante (art. 1329). De otra suerte seria, si se refiriera á la mencion que consigna la estincion del crédito la mencion de una deuda contraída en favor del deudor por su antiguo acreedor, pues las dos menciones pueden aislarse fácilmente (cas. 16 de Diciembre de 1833). Esto no es mas que la aplicacion de las reglas ordinarias sobre la indivisibilidad de la confesion (número 356).

Además, de que los papeles domésticos no hagan fé en favor de quien los redactó, no debe deducirse que no puedan emplearse mas que contra él. El mismo Código Napoleon (arts. 46 y 324) señala estos papeles como pudiendo suplir los registros del estado civil, y cuando el padre de familias ha llevado cuentas en forma, se puede tomar de estas cuentas las noticias necesarias para arreglar su sucesion entre sus hijos. Los papeles domésticos tienen, pues, mas importancia que la que haria suponer el texto del art. 1331.

744. La ley habla de registros y de papeles domésticos. En general, se dará mas importancia á las menciones que proceden de libros ó extractos destinados á conservarse que de simples notas consignadas en hojas volantes. Pero los términos de la ley comprenden los papeles domésticos de

todas clases, y seria poco racional rechazar de un modo absoluto la autoridad de las hojas volantes, sobre todo segun la opinion de los que, como nosotros, no exigen bajo pena de nulidad la inscripcion en el registro de las actas del estado civil (núm. 527). Desde luego é incontestablemente, teniendo los jueces un poder discrecional para determinar lo que constituye un principio de prueba por escrito, pueden hallar este carácter en un escrito cualquiera, con tal que sea de mano del deudor. Mas dificultad hay en el caso de que los papeles deban hacer plena fé contra el que los escribió. El tribunal debe examinar con cuidado las circunstancias de la causa y los hábitos de quien redactó la mencion. Así, se debe admitir mas fácilmente la autoridad de la hoja volante, cuando contiene mencion espresa de que se ha puesto la nota para suplir la falta de título; que si hay enunciacion de haberse recibido un pago, pues esta enunciacion podria no ser mas que un proyecto de finiquito, redactado por el acreedor en vista de un pago que no se realizó. De otra suerte seria si figurase la misma enunciacion en un inventario, tal como suelen hacer á veces los particulares en una hoja volante para darse cuenta de su situacion.

745. Si la nota por la cual me reconozco deudor de un tercero está firmada, esta firma equivale, segun Boiceau y segun Pothier (*loc. cit.*), á la mencion espresa que han querido suplir las partes á falta de título. No habiéndose reproducido en el Código Napoleon la opinion de estos autores, por razonable que sea, pueden los jueces, segun las circunstancias, ver en la nota firmada una prueba completa ó un principio de prueba por escrito (sentencia denegatoria de 31 de Mayo de 1842). Por lo demás, los escritos firmados mas en uso, fuera de las actas ó escrituras privadas en forma, son las cartas misivas cuyo valor en juicio hemos apreciado (núm. 695). Estas cartas, si el que las ha escrito tenia la intencion de obligarse, equivalen á escrituras en forma. Así son sometidas á un

derecho de dos francos por la ley de 28 de Abril de 1816 (art. 43, 14^o), cuando no contienen ninguna convencion que dé apertura al derecho proporcional.

746. Las disposiciones de nuestras leyes sobre la fé de los registros ó libros domésticos, parecen suponer que una de las partes puede obligar á la otra á exhibir sus registros ó libros. Es evidente, no obstante, que no se podria aquí, como en materia mercantil (C. de com., arts. 15 y 17), ordenar, ni aun de oficio, la presentacion de los libros del adversario, puesto que los particulares no están obligados á llevarlos. La negativa de presentacion no podria tampoco, por sí sola, autorizar al juez á deferir el juramento al demandante. Solamente, si se ha acreditado de hecho la existencia de semejantes libros, lo cual sucederá por lo comun, con motivo de la formacion de inventarios, el juez tendrá el poder discrecional de ordenar la presentacion; pero jamás será para él una obligacion legal (sentencia denegatoria de 15 de Febrero de 1837).

747. El escrito no firmado tiene mucha mas importancia cuando se refiere á un título preexistente. "Haber puesto este escrito sobre el título mismo," dice Bigot Preameneu (*Exposicion de motivos*), "es haberle dado su fuerza; es una especie de declaracion que se hace á la justicia, á los ojos de la cual, no puede dividirse lo que se ha escrito así en el título." La mencion hecha en este título puede dirigirse, ya sea á probar la estincion del crédito consignado por este título, ya sea á probar, por el contrario, un crédito adicional. El primero de estos casos es el único que se ha previsto por nuestras leyes.

748. En lo relativo á los escritos que tienen por objeto la liberacion del deudor, espresando, por ejemplo, *recibido ó por pagado*, hé aquí cuál era la doctrina formulada por Pothier (Oblig., números 761 y 762). Segun este juriscosulto, cuando escritos no firmados, que tienen por objeto acreditar la liberacion, se ponen al márgen ó al dorso de un escrito firmado, debe dis

tinguirse si ha dejado de estar la escritura en posesion del acreedor, ó si está en posesion del deudor. En el primer caso, el escrito que tiene por objeto la liberacion hace fé, cualquiera que sea la mano que lo haya puesto, aunque fuese la del deudor, porque es mas que probable, se dice, que el acreedor no hubiera dejado escribir nunca estos recibos en el vale, si no hubiera habido realmente pago. En el segundo caso, no hace fé el escrito sino cuando es de mano del acreedor; porque no debe estar en manos del deudor el libertarse de la obligacion, haciendo escribir el recibo por un tercero.

749. ¿Este sistema es el del Código Napoleón? Difícil es creerlo cuando se compara la redaccion definitiva votada por el Consejo de Estado, con el proyecto de Código, que estaba concebido en estos términos: "El escrito privado puesto á continuacion, al márgen ó al dorso de un título que ha quedado siempre en posesion del acreedor, aunque no firmado ni fechado por éste, hace fé, cuando tiene por objeto la liberacion del deudor." Esto es autorizar la doctrina de Pothier. Pero la seccion de legislacion ha modificado esta redaccion notablemente, agregándole las palabras *por el acreedor*, que han pasado al texto del Código. Graves autores, de cuya opinion hemos participado, no han visto en esta adición mas que un simple *lapsus*, una repeticion involuntaria de lo que se habia añadido útilmente, como vamos á ver, en la segunda parte del artículo 1332. Pero debe observarse, que la redaccion del proyecto habia sido combatida por el tribunal de apelacion de Burdeos, segun el cual, "toda nota puesta á continuacion, al márgen ó al dorso de un título, no debe probar nunca la liberacion, si está escrita por mano del acreedor, ó al menos firmada por él." Es muy de creer que los redactores del Código se han fijado en esta idea. Cualquiera que sea la autoridad de Pothier ¿puede prevalecer sobre la letra de la ley? No hay duda que, es eminentemente verosímil que el escrito puesto so-

bre un título que ha permanecido siempre en posesion del acreedor, se haya puesto en él con su consentimiento. Pero ha podido ocurrir lo contrario, durante una enfermedad, por ejemplo. Es, pues, permitido transformar en presuncion de derecho una simple verosimilitud, atendiéndose sobrado exclusivamente á las tradiciones del derecho antiguo (V. Colmar (1) 6 de Marzo de 1816.

750. Por otra parte, cuando el escrito es de mano del acreedor, parece perfectamente inútil exigir *que haya quedado el título en su posesion*, como lo supone el texto. Así, hay autores que, conservando pura y simplemente en el art. 1332 estas palabras *por el acreedor*, no dan ninguna importancia al hecho de la posesion del título por este nuevo acreedor. Este es, segun ellos, un vestigio del proyecto de Código, segun el cual, era indispensable esta posesion, precisamente porque el escrito podia ser de mano de una persona cualquiera. En cuanto es el mismo acreedor quien ha hecho la mencion liberatoria, ¿para qué exigir que permanezca el título en su posesion? ¿no debe sacarse un argumento *á fortiori* de la presuncion de liberacion que resulta de la simple entrega del título? (C. Nap., art. 1282).

No hay duda alguna que semejante mencion no hace eminentemente probable la liberacion del deudor. Pero esto no es aun mas que una probabilidad, y es posible que el título que contiene esta mencion se haya confiado á un tercero encargado del cobro del crédito; porque, si se hubiera entregado al deudor, el hecho solo de la entrega llevaria consigo la liberacion, y seria superabundante la mencion, lo que corresponde al pretendido argumento *á fortiori* sacado del art. 1282. En cuanto hacemos abstraccion de la antigua doctrina, para fijarnos estrictamente en el texto del Código, es cierto que no existe la presuncion de derecho, sino en cuanto el título

1. En el caso juzgado por el tribunal de Colmar, la mencion era obra del deudor mismo. Pothier estiende, en efecto, como acabamos de ver la presuncion hasta esta hipótesis [Oblig., núm. 961].

ha permanecido en posesion del acreedor. Si ha pasado á otras manos, la mencion es siempre al menos un principio de prueba por escrito, y los jueces pueden pronunciar la liberacion del deudor, fundándose en la prueba testimonial, ó en presunciones de hecho; lo cual impide que la aplicacion literal de la ley no tenga graves inconvenientes en la práctica.

751. El Código supone despues, con Pothier (*ibid.* núm. 762), que el escrito que tiene por objeto la liberacion ha sido puesto en un documento destinado por su naturaleza á permanecer en manos del deudor; por ejemplo, al márgen del duplicado de una acta ó escritura de venta, que estuviera en manos del comprador, deudor del precio, ó bien á continuacion de una carta de pago precedente firmada en forma, que tuviera igualmente en su posesion el deudor. Aquí se ha debido exigir, aun en la doctrina antigua, que fuera puesto el escrito por el acreedor, porque de otra suerte hubiera sido sobrado fácil el fraude al poseedor del escrito; así el Consejo de Estado ha restablecido las palabras *por el acreedor*, omitidas involuntariamente sin duda, en el proyecto del Código.

El legislador quiere aquí que el escrito, al cual se ha añadido la mencion liberatoria, esté en manos del deudor (1). Hánse suscitado dudas sobre este punto, á razon de la espresion vaga *duplicado de un título*, que se emplea por la ley. Es sobrado evidente que si se trata del duplicado del acta ó escritura de venta poseido por el vendedor acreedor del precio, el escrito puesto por él á continuacion de este duplicado, hace fé de la liberacion del comprador. Pero entonces recaemos en la hipótesis pre-

1. La refundicion de la redaccion del art. 1332, se ha hecho de un modo inexacto, que no ha contribuido poco á la oscuridad del segundo párrafo de este artículo. Despues de haber mencionado el duplicado de un título ó bien el recibo, hubiera debido añadirse: con tal que este duplicado ó este recibo esté en manos del deudor, mientras que diciendo simplemente el texto: "con tal que este duplicado se halle en manos del deudor" podria hacer suponer que se trata del duplicado de un título ó del duplicado de un finiquito, lo cual es inadmisibile, puesto que de un recibo no se hace nunca duplicado. Pero esta dificultad se desvanece con solo referirse al pasaje de Pothier [núm. 762], que evidentemente ha querido reproducir aquí el legislador.

vista por el primer párrafo del art. 1332. Para comprender el texto del Código, es preciso referirse al pasaje correspondiente de Pothier, en que no se trata mas que del duplicado del contrato de venta *que se halla en manos del comprador deudor del precio*. En lo concerniente al escrito añadido por el acreedor á este duplicado ó á un finiquito precedente, únicos casos que ha tenido á la mira el legislador, la condicion, que la pieza esté en manos del deudor, se concibe perfectamente; de otra suerte "dice M. De-mante (Programa, tit. II, núm. 809), se "podria suponer que el deudor ha entregado al acreedor un duplicado ó su finiquito precedente, en vista de un pago "anunciado, para hacer preparar el recibo, "y que éste no ha retenido la pieza (des-pues de haber hecho la mencion) sino "porque no se ha efectuado el pago."

752. En resúmen, la legislacion moderna, á diferencia del derecho antiguo, no dá importancia á la mencion liberatoria añadida á un título por otra persona distinta que el acreedor. Suponiendo que se haya hecho la mencion por el acreedor, debe distinguirse si la pieza á que se ha añadido debia permanecer en posesion del acreedor ó bien en la del deudor. En el primer caso, la mencion hace plena fé, si la pieza ha permanecido siempre en posesion del acreedor. En el segundo caso, es preciso, por el contrario, que la pieza esté en manos del deudor. Finalmente, aun cuando no hay presuncion legal de liberacion, los jueces tendrán que examinar, si el escrito, nacido de mano del acreedor, debe considerarse como un principio de prueba susceptible de completarse por medio de la prueba testimonial ó de las presunciones.

753. Supongamos al presente, que se ha borrado la mencion liberatoria despues del acto. Si se trata del finiquito puesto por el acreedor en un título que ha permanecido en posesion del deudor, no hace fé, si está tachado, porque el deudor no hubiera permitido tacharlo, si se hubiera verificado efectivamente el pago, y es probable que se referia aquel recibo á un proyecto

de pago que no se ha realizado. Tal era la doctrina de Pothier (Oblig., núm. 762) que se sigue todavía sin dificultad. No sucede lo mismo cuando añade este juriscónsulto (*ibid.*, núm. 761) que los escritos puestos por el acreedor al pie de una escritura que ha permanecido en su poder hacen fé, aun cuando estén tachados, porque no debe depender de él que hayan sido tachados, puesto que no debe depender de él ó de sus herederos destruir la prueba del pago. Esta es una petición de principio, porque puede muy bien suceder, como en el caso precedente, que haya tenido lugar la mención en consideración á un pago que no se ha efectuado. Así, se decide por lo general, que la mención tachada debe considerarse como no efectuada, salvo probar el deudor el dolo, si ha habido lugar á él.

754. El caso en que el escrito no firmado tuviera por objeto acreditar un suplemento de crédito, no está previsto por nuestras leyes. Boiceau (part. II, cap. II, núm. 3) hace sobre este punto una distinción muy racional. O bien el escrito añadido al billete ó vale después de la firma, es una esplanación de la obligación precedente, como si dijera: Me obligo á pagar tales intereses, ó á reembolsar el crédito á tal vencimiento; entonces se confunde la adición con la disposición principal. Entonces hay, como dice Boiceau, *unus et continuatus actus, ad idem signum pariter relatus*. O bien, por el contrario, la adición es enteramente independiente del escrito firmado, y entonces el hecho de no haberse firmado igualmente esta adición, debe hacerla considerar como un simple proyecto, al cual no se ha dado consecuencias: *Nudam tantum et imperfectam scripturam*, dice Boiceau, *in qua fortasse scribens perseverare noluerit*. Reproducida literalmente por Pothier (número 763), esta doctrina no es, sin duda alguna, obligatoria para los jueces en el silencio del Código; pero las decisiones que la adoptaran no podrían considerarse como ilegales, puesto que las escrituras privadas no tienen nada solemne, y que, si se debe exigir en un testamento ológrafo que

todo termine con la firma del testador, no hay igual razón para decidirlo así, respecto de los demás escritos privados, que no están sujetos á ninguna forma determinada.

755. Fuera de la hipótesis que acabamos de recorrer, una nota no firmada puede valer á lo más, como un principio de prueba por escrito, á fin de admitir la prueba testimonial, si el tribunal la juzga conveniente. Por eso el tribunal de París rehusó el 6 de Marzo de 1854, dar curso á la reclamación de un notario fundada en una nota no firmada, en la que le había atribuido un difunto la propiedad de 62,000 francos en billetes de banco, por no justificar indicio alguno la traslación de propiedad por título oneroso, y por no poder equivaler la nota á un donativo manual. Así fué que se denegó el recurso contra esta sentencia el 30 de Julio de 1855.

756. En todos los casos debe tenerse presente que la escritura si es combatida, debe cotejarse, puesto que un escrito no cotejado ni reconocido, no puede servir de principio de prueba. Poco importa que la naturaleza de la nota haga difícil la prueba de su autenticidad, porque según se decidió en otro tiempo por sentencia del Consejo de 23 de Junio de 1773, pueden cotejarse simples cifras ó números en la forma ordinaria. La dificultad de la prueba no puede destruir el principio constante que no permite admitir ningún escrito cuya sinceridad no está reconocida.

No hace fé el documento privado, según ya hemos dicho, contra el que lo firmó, ya sea obligatorio como un vale en que confiese deber cierta cantidad, ya liberatorio, como una carta de pago de una cantidad que otro le debía cuando se halle en poder del que la firmó, porque se presume que cuando no la entregó á la persona á quien favorecía, no se realizó el hecho que en él se consigna. Esta doctrina no tiene aplicación á los libros de cuentas ó asientos de gastos y cobranza ó registro de deuda activas y pasivas que uno lleva y tiene en su poder. Estos documentos hacen fé contra su dueño, mas no contra terceras personas;

SECCION TERCERA.

TARJAS.

SUMARIO.

757. Fé de las tarjetas.
758. No debe estarse á la tasación de la prueba por testigos.
759. Fé respecto de terceros.
760. Quid si no se halla representado el patron ó modelo.
761. Tarjas en materia penal.
762. Fichas y señales (*jeton y mercans.*)

757. La palabra *tarja*, que viene de la latina *talca* (es decir, según Ducange, *ramus incisus*), designa un trozo de madera dividido en dos partes iguales. Una de estas mitades, que conserva el nombre de *tarja*, se guarda por el proveedor; la otra mitad que se entrega al consumidor, tiene el nombre de patron ó modelo. Cuando se hace la provision, se junta la tarja ó patron, y se hacen incisiones ó cortes trasversales que se llaman *muescas*. La tarja y el patron sirven para coprombarse mutuamente como en otro tiempo las actas separadas (núm. 683).

Cuando se presentan las dos mitades y se corresponden, se hallan acreditados los suministros por confesion del consumidor, lo mismo que si esta confesion estuviera consignada en una escritura auténtica.

"Las tarjetas correlativas á sus patrones," dice el artículo 1333 del Código Napoleon, "hacen fé entre las personas que tienen costumbre de consignar de esta suerte los suministros que hacen ó reciben al por menor."

El texto supone que la *tarja*, es decir, que el ejemplar, permanece en manos del proveedor, *correlativa* al patron ó modelo: hipótesis análoga á la en que se encuentran concordantes los libros de dos comerciantes. Si solo hay correlación parcial, las tarjetas hacen fé hasta la concurrencia del número de muescas, que se hallan en una y otra parte; las otras talladuras se reputan provenir de algun error ó accidente.

758. Debe decidirse, con Boiceau (part. II, cap. IX, §. 7), lo cual resulta además de

porque como dice la ley 121, tít. 18, Part. 3ª, sería caso sin razón é contra derecho de haber ome poderío de fazer á otros sus deudores por sus escrituras cuando él lo quisiere. Así, pues, el dueño de dichos libros y registros quedará obligado á pagar la deuda que consignare en ellos haber contraído, ó no podrá reclamar la que enunciaré haber cobrado; ley 121, tít. 18, Part. 3ª. Pero el que haga uso de esta prueba tiene que estar tanto á lo favorable como á lo perjudicial que de ello resulte según la regla: *Fides scripturae est indivisibilis*.

Mas las notas que pone el acreedor al márgen ó al dorso de un documento público ó privado que tiene en su poder, y cuyo objeto es la liberación del deudor, hacen fé aunque no estén fechados ni firmados por él, á no ser que probare que las puso por error, sorpresa ó dolo, y con mayor razón la harán á favor del deudor, si el documento original estuviere en su poder, según dice la ley 40, tít. 13, Part. 5ª. Esto se funda en que contentándose por lo comun el deudor que satisface su deuda, con que se anote el pago en el mismo título del crédito, es justo que haga fé dicha nota.

Según el proyecto de Código civil de 1851, los asientos, registro y papeles domésticos, únicamente hacen fé contra el que los ha escrito, en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte que le perjudique (art. 1211). Asimismo, se dispone en el art. 1212, que la nota escrita ó firmada por el acreedor á continuación, al márgen ó al dorso de una escritura que siempre haya existido en su poder, hace fé en todo lo que sea favorable al deudor. Lo mismo se entenderá de la nota escrita ó firmada por el acreedor al dorso, al márgen ó á continuación del duplicado de un instrumento ó recibo, con tal que este duplicado se halle en poder del deudor. En ambos casos, el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.

Acercas de las cartas misivas, de que trata M. Bonnier en el núm. 745, hacen fé contra el que las ha escrito ó mandado escribir. V. las leyes 114 y 119, tít. 18, Part. 3ª. Véase la adición inserta á continuación del número 768.—(N. de C.)

los términos generales de la ley, que aun sobre la tasacion fijada para la admision de la prueba testimonial, es decir, en el derecho actual por valor superior de 250 francos, deben hacer fé las tarjas entre las partes. Segun Boiceau, seria sobrado duro, puesto que el valor de los suministros no escede habitualmente de la tasacion legal, elevar la prueba testimonial, porque se hubiera pasado de esta tasacion, aun sin saberlo las partes. Pero es mas exacto decir con Pothier (Oblig. núm. 765), que las tarjas constituyen una especie de prueba literal; y en efecto, el Código trata de las tarjas bajo la rúbrica de la *prueba literal*.

759. ¿Deberá decidirse lo mismo con respecto á los terceros? Boiceau nos refiere (cap. IX, cit.), que se decidió la afirmativa en su tiempo, en un caso en que un carnicero que habia proveido de pieles á un curtidor, fué autorizado, no solamente á presentarse con los demás acreedores, sino tambien á ejercitar la revindicacion de las pieles, por falta de pago del precio; todo bajo la fé de las tarjas correlativas á los patrones. Danty (adic. sobre este capit.) rehusa, por el contrario, toda fé á las tarjas, con respecto á los terceros; y esta divergencia de opinion se explica históricamente, puesto que no se hallaban aún bien determinados en tiempo de Boiceau los principios sobre la certidumbre de la fecha. La decision de Boiceau debe, no obstante, admitirse sin dificultad en el caso que se cita, porque se trataba de las relaciones de un curtidor y de un carnicero, y es constante que en las relaciones comerciales no se exige fecha cierta, aun con respecto á terceros (núm. 702). De mercader á particular, la opinion de Danty nos habia parecido preferible, en tanto por lo menos que se tratase de ejercitar un derecho de revindicacion ó de privilegio especial, porque el proveedor seria incontestablemente admitido á acudir por contribucion, puesto que entre acreedores quirografarios no tiene ninguna importancia la cuestion de fecha. Fijábanos en esta idea, que no es imposible que el patron ó modelo haya

adquirido una especie de fecha cierta, como sucederia en el caso de que hubiera sido puesto bajo sellos en caso de quiebra ó defuncion, y en que se hubiera consignado su existencia por el inventario. Pero, despues de maduras reflexiones, nos parece sobrado rigurosa esta opinion, y creemos con M. Masse (Derecho com., tom. IV, núm. 163), que, como no hay ningun modo usual de dar fecha cierta á las tarjas, los tribunales tienen en todo caso un poder discrecional para admitirlas con respecto á terceros no comerciantes, no siendo aplicable á ellos el artículo 1325.

760. Cuando la parte á quien acata el proveedor, exhibiendo la tarja, no presenta patron, ó bien alega haberlo perdido, ó bien pretende que jamás se han consignado de esta suerte los suministros. En la primera hipótesis, incurre en falta, pues deberia procurarse una nueva tarja; así es que hará fe la mitad que tiene el proveedor en su poder á falta del modelo, á menos que se pruebe que procede con fraude. Este era el sentido en que decidia la costumbre de Tournai (*De la ampliacion*, art. 13) en el caso en cuestion, que la tarja exhibida por el demandante se *tendria por comprobada*. En la segunda hipótesis, cuando el consumidor niega que haya habido jamás modelo alguno en su poder, la tarja está, rigurosamente hablando, falta de toda fuerza probatoria, puesto que constituye un título emanado de solo el mercader (C. Nap. art. 1329). Sin embargo, si el proveedor goza de buena fama y los suministros son verosímiles, estaríamos dispuestos á considerar las muescas hechas en la tarja como equivaliendo al escrito inserto por el comerciante en sus libros, de modo que permitiera al juez deferir el juramento supletorio al proveedor ó á su adversario (art. 1329 cit.)

761. Además, la asimilacion de las tarjas á la escritura no podria admitirse en materia penal. Con razon, pues, el tribunal de París rehusó el 3 de Marzo de 1854 considerar como falsario (núm. 533) á un panadero que habia hecho marcas fraudulentas en la tarja y en el modelo.

762. Independientemente de las tarjas puede haber marcas y fichas, representando cierto valor. Esta es una institucion muy antigua. Danty (ad. sobre Boiceau, part. II, cap. IX) cita los diversos casos de *tesseve* usados en Roma, la mas importante de las cuales era la *tesseve frumentaria*, bono de trigo distribuido al pueblo por los emperadores. Entre nosotros, las señales (*me-reaux*) que participan á un tiempo mismo de la moneda y de la marca, tenían un carácter semejante. Unas veces servian de marca, otras de moneda dada en pago, y bajo este último concepto, se distribuia á los canónigos (1) (V. M. Loir, *Investigaciones sobre las monedas y sellos de la ciudad de Nantes*, París, 1859). Los signos de esta clase, equivalentes á presunciones, pueden aun invocarse útilmente en el dia, cuando el valor reclamado no escede de 150 francos. Escediendo de este valor, no pueden serlo sino por quien tiene en su favor un principio de prueba por escrito. Debe observarse, por lo demás, que un bono firmado ó rubricado, si no se atacara la letra, contendria en sí un principio de prueba por escrito.

Tambien en España se considera como un documento privado la tarja, ó palo partido por medio con un encaje á los extremos para ir marcando lo que se toma al fiado haciendo muescas en él: la mitad del liston queda en poder del que vende, y cuando se ha de verificar el pago, se cuentan y confrontan las muescas de uno y otro para hacer el ajuste y que no haya engañado en la cuenta. Suelen usarse para justificar las provisiones que se dan al por menor, entre los panaderos y otros tenderos de comestibles: haciendo fé entre ellos y los compradores, pues haciéndose las muescas de comun acuerdo, vienen á producir el mismo efecto que un escrito ó documento privado.

En el art. 1210 del proyecto de Código civil de 1851 se consigna, que los asientos de los tenderos y vendedores al por menor no prueban contra tercero; pero hacen fé contra ellos, siempre que el tercero se allane á admitirlos en la parte que le perjudican. Tambien hacen fé las tarjas en lo que

1. Una ordenanza de Carlos VI, sobre la reforma de la Santa Capilla, se dirige *distributori mercellorum*.

están conformes las de ambas partes contratantes: art. 1210.—(N. de C.)

SECCION CUARTA.

FE O FUERZA DE LOS ESCRITOS PRIVADOS EN MATERIA CRIMINAL.

SUMARIO.

763. Importancia de los escritos privados en lo criminal.
764. Casos en que el escrito constituye el cuerpo del delito.
765. Cuando no es mas que un documento. Pesquisa: secuestro de cartas.
766. Abuso de esta prueba.
767. Con especialidad relativamente á terceros.
768. Remision respecto de la competencia.

763. Los escritos privados pueden tener importancia en un procedimiento criminal, bien sea porque consista el cuerpo mismo del delito en un escrito, bien porque se invoque simplemente al escrito como prueba de un delito de cualquiera clase.

764. En la primera hipótesis, si se trata, por ejemplo, de falsedad, de correspondencia contra la seguridad del Estado (Cód. penal arts. 76 y sigs.), de amenazas hechas por escrito (*ibid.* art. 305), es capital la cuestion de la veracidad de este, puesto que quitado el escrito, no hay proceso. Entonces, si se niega el escrito, es de suma gravedad el cotejo. Aquí no debe consultarse el arte conjetural de los peritos sino con mucha desconfianza, debiendo preferirse siempre á su dictámen la prueba testimonial, cuando es posible procurársela. Numerosos ejemplos, tomados de nuestra antigua jurisprudencia, testifican lo peligroso que es referirse á los maestros de primeras letras. En tres negocios casi idénticos, el de los canónigos de Beauvais, del vicario de Jouarre y del cura de Orleans (Merlin, *Repert. Comparacion de escrituras*), fueron acusados venerables eclesiásticos de haber escrito cartas anónimas injuriosas; en cada uno de estos casos declararon cuatro peritos unánimemente que las cartas eran de mano de los acusados, y no obstante, se acreditó claramente la inocencia

de estos últimos, habiendo sido descubierta el autor de estas cartas.

Aunque estos hechos sean posteriores á la redacción de la Ordenanza de 1670, hizo reconocer la experiencia, desde entonces todo el peligro del juicio pericial. Un tratado de Levayer, sobre el cotejo de escrituras (1), redactado con ocasión del proceso de Fouquet, hizo resaltar con energía toda la arbitrariedad que aparece en este medio de comprobación, sobre todo aplicado á las materias criminales. *Comparatio Facit duntaxat fumum*, tal era su conclusión. Así se había propuesto insertar en el título VII de la Ordenanza de 1670 un artículo concebido en estos términos: "Por la sola declaración de peritos, y sin otras pruebas, adminículos ó presunciones, no podrá pronunciarse ninguna condena de pena aflictiva ó difamatoria." Pero el abogado general Talon hizo comprender cuán peligrosa sería una disposición de esta naturaleza que propendería con frecuencia á destruir la única prueba que pueda procurarse el juez según la naturaleza del hecho. A consecuencia de estas observaciones, apoyadas por el presidente Lamoignon, fué suprimido el artículo. En el día, el Código de procedimiento criminal, no hace alusión al cotejo de escrituras sino en materia de falsedad; pero es indudable que se debe emplear la misma vía, siempre que se trate de cotejar un escrito. No hay duda que los precedentes del derecho antiguo y los del derecho moderno (V. especialmente el asunto La Ronciere) deben hacer á los jurados y á los jueces muy circunspectos para condenar por un simple dictámen de peritos; los ingleses creen igualmente que debe darse poca fé (*very little, ib any reliance*) á un dictámen de esta clase (Grenleaf, tom. I, pág. 226, nota 2); pero es preciso reconocer también, que en muchos casos, las conclusiones de los peritos se han hallado exactas, y que sería muy peligroso desecharlas de un modo absoluto.

Lo que hemos dicho sobre la importan-

1. Se halla al fin del *Tratado de la prueba por testigos*, por Boiceau, edición de Danty.

cia de la elección de los peritos en el procedimiento de cotejo de escrituras (núm. 731), se aplica con mucha más razón en materia criminal. Parece que la jurisprudencia alemana no está al abrigo de la crítica sobre este concepto. "Véase con frecuencia, y bien injustamente, dice M. Mittermaier (*De la prueba en materia criminal*, cap. 51), "llamar el inquisidor á los profesores de letras del lugar; estos perfectamente aptos para decidir de la belleza y de la limpieza de la mano, no lo son siem-
pre tanto, cuando se trata de consignar la semejanza de dos cuerpos de escrito. Ciertamente que, individuos que por el hecho mismo de sus funciones (los empleados del registro, archiveros, tenedores de libros) ven diariamente pasar por delante de sus ojos escritos de todas clases, y tienen ocasión frecuente de hacer un examen profundo de ellos, se hallarán mejor en estado de ilustrar la religión del juez." M. Wills cita igualmente el ejemplo de un magistrado inglés, que rehusó emplear el lente de que se servían los peritos de letras, al observar que este instrumento, bueno para los experimentos físicos, no mostraba los caracteres de letra bajo su verdadero punto de vista (*Circunst. evidence*, cap. 4, secc. 2).

765. Cuando los escritos invocados no constituyen el delito, sino solamente los documentos propios para acreditarlo, el cotejo de escrituras ofrece en general menos interés, y es inútil lanzarse en los embarazos y dilaciones de un juicio pericial, si se tienen pruebas más directas en la declaración de los testigos. Algunas veces, no obstante, son los escritos de alta importancia. Así, la correspondencia, en materia de complicidad de adulterio, es el único medio admisible, no concurriendo el flagrante delito (Cód. pen. art. 328), ó la confesión (núm. 366). Cuando se han embargado papeles en el domicilio del inculpado, le es más difícil negar su veracidad. Así, quiere la ley que se proceda á asegurarse lo más pronto posible de estas piezas, y que se consigne cuidadosamente su identidad. En los casos

que se reputan flagrante delito (1), el procurador imperial ó sus oficiales de policía auxiliares (Cód. de instr. art. 36 y sigs.), y en todos los casos, el juez de instrucción (*ibid.*, art. 87 y sigs.), deben trasladarse al domicilio del inculpado, y verificar allí la pesquisa de todos los papeles que juzguen útiles para la manifestación de la verdad. Preséntaseles al efecto de reconocerlos y de rubricarlos, y en el caso de negativa se hace mención de ellos en el proceso verbal. En seguida se cierran y sellan. Después, figuran entre las piezas de convicción que se presentan en la audiencia.

Las pesquisas que hace, en caso de flagrante delito el procurador imperial ó sus auxiliares, no pueden tener lugar sino en el domicilio del inculpado ó de sus presuntos cómplices. El juez de instrucción, al contrario, puede trasladarse á otro sitio, si presume que se ocultan allí piezas de convicción (*ibid.* art. 88). Sin embargo, esclare, que si en el momento en que se vá á verificar una visita domiciliaria, se hubieran confiado fraudulentamente á un tercero los papeles sospechosos, todo oficial que tuviera cualidad para hacer procesos verbales en el caso de flagrante delito, estaría autorizado para hacer una pesquisa en el domicilio de estos terceros. El poder que se ha entendido reservar al juez de instrucción, es el de verificar investigaciones en el domicilio de terceros contra los cuales no se suscitasen más que simples sospechas ó que poseyeran estos papeles sin fraude.

El juez de instrucción tiene el derecho de embargar hasta las cartas dirigidas al inculpado, y de levantarlas el sello para enterarse de su contenido, según lo ha juzgado el tribunal criminal (*d'assises*) de Indra y Loira, el 11 de Junio de 1830. No deberá perseguirse como violador del secreto de la correspondencia (C. pen., art. 137) al funcionario á quien obliga una necesidad de orden público á tomar sobre sí una grave responsabilidad. En este sentido se

1. Si no obstante se trata de un crimen, según los términos del art. 32 del Código de instrucción; pero ya hemos hecho observar [tomo I, pág. 126, nota 2ª], que la jurisprudencia estendiendo á los delitos propiamente dichos, las atribuciones del ministerio público.

ha pronunciado la Asamblea legislativa, en 1849, al entender de una reclamación relativa á la legalidad de una medida de esta clase (V. *Monitor*, de 25 de Octubre de 1849)

766. Las escrituras, así embargadas, no son en general pruebas preconstituidas, sino lo que llama Bentham *escrituras casuales*, es decir, registros ó notas que no estaban destinadas á publicarse. Hállase en el publicista inglés (*Pruebas judiciales*, lib. IV, cap. III), excelentes observaciones de detalle, sobre las circunstancias que pueden militar en pró y en contra de la autoridad de las escrituras de esta especie, que no son más que una de las formas de la confesión extrajudicial. Nuestra antigua práctica criminal ha abusado con frecuencia de este medio de prueba en materia política. Sabido es, que Laubardemond se vanagloriaba de perder á un acusado *con tal que se le dieran seis líneas de su letra*. Es verdad, por otra parte, que no se podría fijar en el día un término en el cual debiera el acusado declarar si tal título es ó no de su letra, teniendo por reconocido el escrito después de este plazo; mas esto sería renovar los antiguos abusos en cuanto á la provocación de la confesión (V. el tomo I, pág. 479, not. 1 sobre el proceso de Juana de Arco).

767. Si los escritos embargados en el domicilio del inculpado ó en otra parte deben consultarse con precaución, cuando se trata de pronunciar sobre su culpabilidad, la instrucción debe proceder con mucha más circunspección aún, cuando se dirigen estos escritos á acriminar á terceros. Mirabeau no quería (*Monitor* del 25 de Octubre de 1791) que "las más secretas comunicaciones del alma, las conjeturas más arriesgadas del entendimiento, las emociones de una cólera por lo común mal fundada, los errores á veces enmendados un momento después, pudieran transformarse en deposiciones contra terceros." Mas aún, aun cuando el escrito propenda á inculpar directa y positivamente á un tercero, no debe dársele fé sino con las mayores precauciones. Así es, que cuando la