

segun el real decreto de 11 de setiembre de 1820 restablecido en 30 de agosto de 1836 que previene en su artículo 1.º, que todos sin distincion alguna están obligados en cuanto la ley no les escusa, á ayudar á las autoridades, cuando sean interpelados por ellas para el descubrimiento, persecucion y arresto de los delincuentes, y el artículo 2.º que toda persona de cualquiera clase, fuero y condicion que fuese, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal está obligada á comparecer para este efecto ante el juez que conoce de ella, luego que sea citada (Véase, no obstante, sobre este punto, lo que decimos al tratar de la prueba de testigos.).

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

SEGUNDA PARTE.

FUERZA Ó FÉ DEL TESTIMONIO. — PRUEBAS PROPIAMENTE DICHAS.

SUMARIO.

- 130. Pruebas propiamente dichas que se apoyan en el testimonio.
- 131. De la prueba simple y de la prueba legal.
- 132. Utilidad de las pruebas preconstituidas.

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

131. En cuanto á la marcha que conviene seguir para adquirir testimonios sobre los hechos pasados, se pueden concebir dos sistemas absolutos. El primero de estos sistemas consiste en consignar un hecho judicial, lo mismo que un hecho de cualquier otra naturaleza, investigando sin ningun plan preconcebido y sin traba alguna todo cuanto puede hacer reconocer la existencia de este hecho. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. 1, cap. 3), dá como tipo de este sistema la marcha que sigue un buen padre de familia cuando quiere averiguar el autor de alguna infraccion á la disciplina doméstica. El procedimiento romano, tan sutil bajo otros aspectos, se aproximaba mucho en lo relativo á las pruebas, á esta marcha natural, puesto que las reglas que por otra parte han producido la conviccion del juez, se desconocieron casi enteramente en él hasta el Bajo Imperio. Háse citado frecuentemente sobre este punto un

rescripto de Adriano, que trae la ley 7, §. II D. de *testib.*: «*Quæ argumenta et ad quem modum probandæ cuique rei sufficient, nullo satis certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua queritur, fidem. Hoc ego solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi sui te æstimare debere, quid aut credas aut parum probatum tibi opineris.*»

Tal es tambien el sistema autorizado por el Código francés de procedimiento criminal, cuyo art. 342 se halla concebido en estos términos: «La ley no pide cuenta á los jurados acerca de los medios por que han adquirido el convencimiento; no les prescribe reglas de que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; prescribales que se pregunten interiormente en el silencio y el recogimiento, y que investiguen en la sinceridad de su conciencia, qué impresion han causado en su razon las pruebas aducidas contra el acusado y lo alegado en su defensa.» La ley no les dice en manera alguna: «Tendreis por cierto todo hecho atestiguado por tal ó cual número de testigos;» no les dice tampoco: «No considerareis como suficientemente consignada toda prueba que no consista en un proceso verbal, tales documentos, tantos testigos ó tantos indicios; solo les hace esta pregunta que contiene toda la medida de sus deberes: *¿Teneis un convencimiento íntimo?* Estos son los principios en que debe fundarse toda jurisdiccion civil ó criminal, cuando ningun testo especial establece lo contrario. Compréndese, por lo demás, que la institucion del jurado se apoye especialmente en la conviccion íntima; la sábia doctrina formulada en el rescripto de Adriano se aplicaba tambien mas frecuentemente á los *judices*, esto es, á los simples ciudadanos llamados á ejercer las funciones judiciales.

Otro sistema diametralmente opuesto al primero, consiste en investigar la verdad por medio de procedimientos, por decirlo así, técnicos, determinando ciertas circunstancias cuya falta ó ausencia no permitiera al juez convencerse legalmente, y cuyo conjunto, por el contrario, arrastraria forzosamente su conviccion. En pleno vigor en nuestra antigua jurisprudencia y en casi toda Europa, hasta que los trabajos de los publicistas del último siglo comenzaron á

poner á la vista sus vicios, este sistema, aunque singularmente mitigado en su aplicacion (1), tiene aun en el dia partidarios en Alemania. No es sin embargo originario de esta comarca, y la tradicion germánica atribuye á las guerras de Italia la invasion de la doctrina de las pruebas legales que hizo olvidar los grandes Códigos consuetudinarios alemanes, el *Espejo de Sajonia* y el *Espejo de Saboya*, donde se reflejaba el carácter mas sencillo de las antiguas costumbres germánicas. Encuéntrase el bello ideal de este sistema en el relato que nos hace Dumond (nota sobre el libro 1.º, cap. III, de las *Pruebas* de Bentham) de un incidente de que fué testigo en el tribunal del Banco del rey en Inglaterra. El célebre Wilkes, despues de haberse sustraído algun tiempo á la sentencia que le esperaba, llegó á presentarse de improviso para oirla. La forma requería, no que acudiera él mismo, sino que apareciese enviado por el *scherif* (2); y habiendo faltado esta forma, la justicia se vió en un embarazo verdaderamente cómico. Finalmente, uno de los jueces le dijo: «Caballero, quiero creer en mi interior que os hallais ahí, pero no hay ejemplo de que el tribunal haya creído deber fiarse de sus propios ojos en semejante caso. Así, pues, nada tiene que decirnos.» Practicada de esta suerte la jurisprudencia, llega á ser, segun la graciosa definicion de Bentham, el arte de ignorar metódicamente lo que todo el mundo sabe.

Este sistema eminentemente técnico, no ha podido practicarse jamás, sino por jueces de profesion. Así, le vemos nacer en el Bajo Imperio, cuando la abolicion del antiguo *ordo judiciorum* atribuyó al magistrado el poder judicial enteramente. Recuérdase que en esta época, las mismas cuestiones de derecho se resolvian segun un modo trazado previamente, es decir, por la autoridad de ciertos *jurisconsultos* (3). El desarrollo de las pruebas legales en la Europa

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

(2) Oficial público de Inglaterra que tiene á su cargo la ejecucion de las leyes.

(3) Al mismo orden de ideas, se refiere la práctica alemana de la *transmision de las actas* á las facultades de derecho para la solucion de las dificultades jurídicas, y á los colegios médicos para la de las cuestiones científicas.

moderna, coincide tambien con los progresos de la institucion de los tribunales permanentes. ¿Es esto decir, que sea necesario considerar este sistema, como esencial para la magistratura y reservar al jurado la facultad de decidirse despues de una íntima conviccion, agena á toda regla preconcebida? Esta opinion sostenida por ciertos teóricos, nos parece desmentida por la esperiencia. ¿Acaso los magistrados de Roma, no providenciaban *extra ordinem*, sin estar sujetos hasta el Bajo Imperio á otras reglas que á las de la razon? ¿Acaso, no resuelven todos los dias nuestros tribunales, tanto en lo civil como en lo correccional ó de simple policia, sobre cuestiones de hecho con tan buen sentido como podrian tener los jurados? Lo cierto es que la prueba legal repugna al jurado; así la decadencia de esta prueba en Alemania (1), sigue una marcha paralela á la de los progresos del procedimiento por jurados. Debe sin embargo, observarse, que el procedimiento de la Inglaterra y de los Estados Unidos, admitiendo el jurado aun en lo civil, fija límites á sus atribuciones y le traza una regla de conducta relativamente á la prueba; lo cual constituye un sistema de prueba legal mitigado, cuyo carácter original tendremos ocasion de hacer resaltar.

132. Pero si la razon no permite adoptar como regla general, el sistema de las pruebas puramente legales, no se deberia desgraciadamente, en un estado de civilizacion avanzada, tomar siempre por tipo el procedimiento doméstico. Es necesario sujetar á ciertas formas la consignacion de los hechos mas importantes. Así es como se conservan aun en el dia cierto número de pruebas legales, cuya utilidad apenas se niega; por ejemplo, las actas ó escrituras auténticas (2). Llamaremos, con el publicista inglés, á las pruebas de

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

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

esta especie, *pruebas preconstituidas*, es decir, preparadas en cierto modo anticipadamente para la seguridad de las partes que han necesitado conservar la huella de tal ó cual contrato, ó de tal ó cual acontecimiento. Admitir estas pruebas, no es admitir en toda su estension el antiguo sistema de las pruebas legales, el cual consistia en establecer una especie de tarifa de los testimonios producidos en juicio, tarifa que reducía al juez á un papel puramente pasivo, privándole de la importante facultad de apreciar su valor moral. Solo en el caso en que se hayan redactado anticipadamente las actas ó escrituras, con ciertas formas, está sujeto el juez á no salir de una sola clase de prueba, *ad unam probationis speciem alligatur*, segun la enérgica espresion de Adriano. En los demás casos, se le concede un poder discrecional; no es ya artificial la marcha de la prueba, sino conforme con la naturaleza de las cosas, salvo ciertas restricciones, vestigios del antiguo sistema que tendremos ocasion de criticar.

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

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

La legislacion española, consignada en nuestros antiguos Códigos, no ha creído conveniente dejar al juez en completa libertad de apreciar los medios probatorios, sino que ha marcado generalmente los que deben considerarse como ofreciendo por sí mismos suficientes probabilidades para que se tenga por cierto el hecho á que se refieren, y las formalidades que

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

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

En materia criminal, la ley provisional para la aplicacion del nuevo Código penal en su regla 43, ha dejado tambien á los jueces mayor latitud sobre la apreciacion de las pruebas que la determinada en nuestras leyes de Partida, segun puede verse en la nota al número 52 de esta obra, donde hemos espuesto aquella regla.—(A. del T.)

LIBRO PRIMERO.

PRUEBAS EN SU FORMA MAS SENCILLA, GENERALMENTE ORALES.

SUMARIO.

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

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

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

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

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

PRIMER MEDIO DE PRUEBA ORAL.

DECLARACION DE TERCEROS.—PRUEBA POR TESTIGOS.

SUMARIO.

135. Restricciones puestas en Francia á la prueba testimonial.

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

SECCION PRIMERA.

Admision de la prueba de testigos.

SUMARIO.

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

136. El artículo fundamental de la materia, el art. 1341 del Código Napoleon, contiene dos disposiciones que conviene no confundir: la una quiere que se haya estendido ante escribano acta, instrumento ó papel privado de *todas las cosas* (1) cuyo valor esceda de 150 francos; otra que no se reciba prueba alguna de tes-

(1) Esprisiones inexactas de que trataremos mas adelante.

tigos contra ó fuera de lo contenido en las actas ó escrituras. Se vé que una de estas dos reglas propende á escluir *à priori* la prueba testimonial en ciertos casos, aunque esta fuese el último recurso de la parte que la invoca; mientras que la otra se limita á rechazarla *à posteriori*, cuando, de hecho, se ha estendido una acta ó escritura (1).

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

REGLA PRIMERA.

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

SUMARIO.

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

138. Historia.

139. Legislaciones extranjeras.

140. Reserva del derecho de terceros.

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

142. *Quid*, si hay simulacion sin dolo?

143. Facultad de completar las enunciaciones del acta.

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

145. ¿Esta exclusion es aplicable en materia mercantil?

(1) Nuestras antiguas leyes de España no contienen disposicion general que prescriba ú otorgue escritura pública cuando el objeto del contrato escede de suma alguna, así como tampoco contienen disposicion que permita la prueba de testigos contra el contenido de los instrumentos. El Código de Comercio, sancionado en 1829, ha establecido algunas disposiciones análogas con respecto á los negocios mercantiles, á las reglas que prescribe el artículo 1341 del Código Napoleon francés, segun puede verse en los artículos 237, 238, 262, 284 y 288; mas en el Proyecto del Código civil español de 1851, se consignan prescripciones en que se adoptan mas de lleno dichas reglas y las consecuencias que de ellos se siguen, con aplicacion al derecho civil.

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

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

147. Aplicacion del principio en materia criminal.

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

138. Aunque los romanos estuvieran lejos de dar esta importancia á la prueba escrita, y que no estuviera casi nunca prohibida por ellos la prueba testimonial, leemos en las sentencias de Paulo (libro V, tit. XV, §. 4). «*Testes, quum de fide tabularum nihil di-*

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

citur, adversus scripturam interrogari non possunt.» Este testo establece una importante distincion, aplicable aun en el dia; ó se trata de atacar la veracidad del escrito, de investigar su origen, y entonces puede haberse recurrido á la prueba testimonial, ó bien se quiere, sin atacar la veracidad del escrito, sostener que las convenciones han sido diferentes de lo que arroja su tenor, y entonces no se admite la prueba de testigos sobre este punto. Pero el estado en que nos han llegado las sentencias de Paulo se presta á la suposicion de una interpretacion de este fragmento, en apoyo del cual no se puede citar ningun otro testo antiguo de una autenticidad reconocida. Es igualmente dudoso que se deba atribuir á Caracalla, como piensa Cujacio, la ley primera, *de testibus*, del Código de Justiniano: «*Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.*» Esta constitucion restituida por Cujacio segun las Basílicas, pero de cuya fecha no aparece indicacion alguna, podria ser de algun emperador mas moderno. Opónese ordinariamente á este testo y al de Paulo la constitucion de Constantino, que forma la ley 13, *de fide instrumentorum* en el mismo Código: «*In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.*» Pero esta última constitucion no dice nada preciso y determinado. Puede ser que haya querido indicar sencillamente la admisibilidad de dos géneros de pruebas, considerados aisladamente, sin suponer conflicto entre ellos y sin esplicarse en su consecuencia sobre la superioridad relativa de los escritos y de los testigos.

Como quiera que sea, aun admitiendo la alteracion del testo de Paulo, y dando á la ley 1.^a del Código, *de testibus*, una fecha mas reciente que la que le atribuye Cujacio, quedaria siempre consignado, que lo mas tarde en el siglo VI, cuando se publicaron las compilaciones en que se encuentran estos dos textos, tanto en Oriente como en Occidente (1), quedó admitido que la prueba escrita no puede combatirse por la prueba testimonial (2). Es verdad que Justiniano (V. la ley 14, Cód. *De contr. stip.*, §. 12, *Inst.*, *De inut. stipul.*) creyó deber dar una constitucion especial para impedir que se atacase, alegando una coartada, la escritura que consignaba que ha-

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

(2) Puede consultarse sobre esta cuestion la disertacion de M. Derome *De la autoridad relativa de la prueba literal y de la prueba testifical en derecho romano* (*Rev. de legisl.*, nueva série, tomo 1.^o, pág. 291.).

bian estado presentes las partes á la estipulacion, á no ser que se probase la coartada claramente por escrito ó por testigos intachables. Pero no se trata aquí de suplir las enunciaciones de la escritura por medio de pruebas que no se contengan en el escrito: se trata de una especie de medio de redargüir de falsedad, que pone en duda la veracidad misma de esta escritura. Refiriéndonos á la distincion que hace el testo atribuido á Paulo «quum de fide tabularum nihil dicitur,» reconocerémos que no hay nada en esta decision de Justiniano que contrarie el principio general sobre la fé debida á las escrituras. Todavía debe estarse menos, como hace Tullier (*De la prueba testimonial*, §. 3), á la novela 75, cap. III, que establece la superioridad de la prueba testimonial cuando se trata únicamente de apreciar la veracidad de un escrito, comprobacion para la cual, en efecto, valen mas evidentemente los testimonios directos que el cotejo de escrituras. La misma observacion se ha hecho frecuentemente entre nosotros, y no obstante, estamos lejos de admitir la prueba testimonial contra el contenido de las escrituras; pero es porque debe suponerse que no se pone en duda la veracidad de estas escrituras.

En la Edad Media, cuando solo se practicaba el arte de escribir por algunos clérigos, no siempre se admitió la máxima: *Testigos vencen escritos*. «Cuando algunos se obligaron por medio de escritos, escribia Beaumanoir (cap. XXXIX, §. 3 en el siglo XIII), y el que se obligó niega la obligacion, no le conviene hacer prueba, sino por medio de escritos.» Esta doctrina no prevaleció en la práctica del siglo XV, como nos lo dice Bouteillier en su *Suma rural* (tit. VI): «Si acontece que quiera una parte valerse en juicio de escritos como prueba, y la otra quiera valerse del testimonio singular, sépase que la viva voz vence la fuerza de los escritos, si los testigos son contrarios á estos.» Pero añade, que en materia de rentas anuales (lo cual comprendia entonces los créditos mas importantes), debe darse mas fé á los escritos que á la viva voz de los testigos, si no se atacan como falsos dichos escritos. «Finalmente, cuando se trataba de probar contra el tenor de una acta, escritura ó instrumento público, exigian ciertos intérpretes, dos testigos, otros, tres, y otros, hasta cuatro (Fab. ad leg. 15, Cód. *De fid. instr.*). Véase, pues, que la facultad de atacar la prueba escrita por medio de la prueba oral no se ha admitido sin restriccion, aun en nuestro derecho más antiguo, ni en todas épocas, ni en toda

clase de materias. En 1556 fué cuando se suprimió definitivamente en Francia por la ordenanza de Moulins, cuya decision no han hecho mas que reproducir la ordenanza de 1667 (tit. XXX. art. 2) y el art. 1541 del Código Napoleon. No parece, por otra parte, que se hayan suscitado sobre este punto formales reclamaciones cuando se promulgó la ordenanza. La jurisprudencia de los parlamentos se ha conformado constantemente con esta regla. Así se ha reconocido siempre, que á no redargüirse de falsedad un instrumento ó escritura, no se permite á una parte presentar para que sean oídos, los testigos que asistieron al otorgamiento de la escritura ó los notarios que la otorgaron para esplicar su contenido y declarar sobre lo en que convinieron las partes cuando se otorgó (V. M. Pothier, *Oblig.*, n.º 797.).

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

140. Este principio de que no puede oirse á testigos contra y fuera de lo contenido en las escrituras, debe interpretarse recta-

(1) Respecto á lo que el derecho español previene sobre este punto, véase la adición inserta al fin del núm. 146.—(N. del T.)

mente. No quiere decir que no se pueda invocar la prueba testimonial para combatir las alegaciones consignadas en una escritura. Se trata únicamente en esta prohibición del caso en que los contratantes quisieran hacer revivir simples conversaciones ó proposiciones, para modificar el convenio, tal como resulta de la escritura que es su obra. Poco importa entonces que se trate de un convenio modificativo celebrado posteriormente, puesto que no se puede probar por testigos lo que se hubiera alegado haber dicho *antes, al tiempo ó despues* de otorgada la escritura. Seria preciso redactar una nueva escritura como ha juzgado perfectamente el tribunal de casacion, el 10 de mayo de 1842. Pero se debe dejar toda latitud para combatir las enunciaciones falsas que puede contener esta escritura, á los terceros, á los cuales no se podria oponer una redaccion que no es obra suya. Esto fué lo que decidió Dumoulin, respecto del señor cuando se trataba de defraudar sus derechos. «*Dominus admissibilis est ad probandum contra actum ab utraque parte approbatum.*» (V. tambien Pothier, *oblig.* núm. 801.)

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

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

(1) En el mismo sentido está la doctrina inglesa (M. Greenleaf, t. 1.^o, pág. 373).

habeant. En el dia igualmente, el art. 1353, aunque solo hable de las presunciones (1) se interpreta generalmente, segun veremos, como autorizando implícitamente la prueba testimonial *por causa de fraude ó de dolo*. Por esto se ha admitido á un acreedor á probar que el deudor habia escrito en el título ó documento que se le habia encargado redactase, *cien francos* en vez de *trescientos*, montante efectivo de la deuda. (Sent. deneg. de 14 de julio de 1848.)

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

Si consta que las partes no procedieron formalmente, parece extraño admitir que la ficcion venza á la verdad. ¿Puede considerarse una convencion simulada como formada legalmente, y en su consecuencia obligatoria? (Cód. Nap. art. 1154.) Tal era la doctrina de los jurisconsultos romanos, que no hacian otra distincion entre las partes contratantes y los terceros. «*Acta simulata, dice Diocleciano (l. 3 Cód. plus valere quod agitur, quam quod simulate conceipitur), veritatis substantiam mutare non possunt.*» Esta doctrina ha prevalido entre nosotros, pero solamente en el caso en que la simulacion implique un fraude á la ley, aunque no haya habido ningun fraude respecto de terceros. Se ha sostenido á la verdad que, en la misma hipótesis, los terceros interesados son los únicos que pueden atacar una acta ó escritura por causa de simulacion, y que el que la suscribe no es nunca admitido á volver sobre su propio hecho, por ejemplo, á probar que la causa real de un vale que firmó es una deuda de juego. Se ha invocado sobre esto la opinion de Pothier que dice (*ibid.*, núm. 801) que las partes deben imputarse el no haberse hecho dar una 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 dia los motivos que han dictado esta disposicion, y la jurisprudencia autoriza á las partes para

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

probar por todos los medios posibles la simulacion *in fraudem legis*. Esto es lo que ha decidido el tribunal de casacion, 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 retractacion 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 artículo 1341, seria autorizar toda clase de fraudes contra la ley, puesto que vendria á ser imposible su prueba. Por otra parte, el art. 1355 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 aplicacion notable de esta doctrina, el 10 de abril de 1856, anulando por causa de simulacion un contrato civil de matrimonio contraido 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 simulacion 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 simulacion falta en no haberse hecho entregar una contra escritura. Así, el vendedor, á quien reclama el comprador el saneamiento de lo que le vendió, no es admitido á sostener que la pretendida venta solo era una liquidacion 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 (Orléans, 29 de marzo de 1855). De otra suerte seria despues del matrimonio, porque la pretendida carta de pago podria encubrir una liberalidad indirecta, y en tal caso se defraudaria la ley que prohibe 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

(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 observacion es inexacta. *Aliud merum falsum, aliud simulatio*. (Dumoulin sobre el artículo 3, cap. 31, de la *costumbre de Nivernais*.) Pero no es atacar la fé del acto, sostener que se han cumplido ú observado las formas, pero sin intencion formal de parte de los pretendidos esposos.

la simulacion, no seria admitida á hacer que se ejecutara la escritura como formal (sent. den. de 16 de nov. de 1859.).

143. No debe tampoco darse una trascendencia exagerada á la prohibicion de probar *contra el contenido* de las actas ó escrituras. Esta prohibicion 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 1857), ó que se verificó un contrato de matrimonio á tal hora, cuando esto no se mencionó por el funcionario público (sent. de 13 de julio de 1818 y de 18 de agosto de 1840). Con razon, 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 fundadas las dudas de Pothier (Oblig. número 796) sobre la justicia de esta decision; porque esto no es probar contra el contenido de las escrituras; una cosa es la estension y otra la interpretacion de lo que pasó entre las partes. Estas hipótesis, como observa perfectamente M. Greenleaf (tom. 1.º, pág. 372), no constituyen escepciones á la regla, sino que están fuera de su aplicacion.

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 disertacion especial de M. Mourlon, *Revista crítica*, tom. V, pág. 114, y M. Larombiere, *Oblig.*, tomo 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 redaccion por escrito. No hay duda que, segun hemos reconocido mas arriba (núm. 140), considerándose el escrito como la expresion fiel de la voluntad de las partes, se debe desechar toda

(1) *Parol evidence*, dice M. Greenleaf (tomo I, pág. 380), *is admissible of any extrinsic circumstances, tending to shon what persons, or what things were intended by the party.*

convencion 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 *cuando* se redactó, ó *después*. Pero ¿es esta una razon para prohibir la prueba testimonial de la estincion del crédito, y especialmente del pago, cuando su valor no escede de ciento cincuenta francos? ¿Es probar contra el contenido de las escrituras probar la estincion 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 convencion ó contrato de que hace fé. Así como no es permitido, se dice, consignar por medio de testigos modificaciones aun posteriores de la convencion, no debe ser permitido justificar su extincion 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 Cod. *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 declaracion de cinco testigos intachables.

Creemos, por el contrario, que no se podria, sin incurrir en una verdadera confusion de ideas, ver una prueba contra el acta ó escritura en la alegacion de un hecho posterior que tuviera por objeto extinguir la obligacion, cuyo origen habia consignado dicha escritura. Es verdad que mientras el acreedor tiene en su poder el título, se presume que subsiste la obligacion; pero esta presuncion solo existe hasta la prueba en contrario. ¿Cómo debe, pues, producirse esta prueba contraria? Por escrito ó por testigos, segun la importancia del litigio. ¿No seria fuera de razon 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 decision de Quintiniano, limitaba su aplicacion 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 convencion, y por ejemplo, del cambio del importe del interés estipulado. En una materia enteramente práctica con-

(1) *Excedente summam, seu conditionem quinquaginta librarum Bonenorum.*

viene atenerse á consideraciones prácticas. Pues bien, es costumbre cuando las partes modifican sus convenciones, hacer mencion 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 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 denda, así como el pago, no esceda de cien libras, tasacion de las antiguas ordenanzas; Jousse supone el pago de una suma que no escede de cien libras, pero á cuenta de una deuda que escede 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 ri-

(1) La ley escocesa exige para librarse de un empeño contraido 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, pág. 422, nota 4.ª)

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