

755. Fuera de la hipótesis que acabamos de recorrer, una nota no firmada puede valer á lo mas, 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 reclamacion de un notario fundada en una nota no firmada, en la que le habia atribuido un difunto la propiedad de 62,000 francos en billetes de banco, por no justificar indicio alguno la traslacion de propiedad por titulo 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 segun se decidió en otro tiempo por sentencia del Consejo de 25 de junio de 1775, 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 ningun escrito cuya sinceridad no está reconocida.

No hace fé el documento privado, segun 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 favorecia, no se realizó el hecho que en él se consigna. Esta doctrina no tiene aplicacion á los libros de cuentas ó asientos de gastos y cobranza ó registros de deudas activas y pasivas que uno lleva y tiene en su poder. Estos documentos hacen fé contra su dueño, mas no contra terceras personas; porque como dice la ley 121, tít. 18, Part. 3.<sup>a</sup>, seria cosa sin razon 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 contraido, ó no podrá reclamar la que enunciare haber cobrado; ley 121, tít. 18, Part. 3.<sup>a</sup> Pero el que haga usc de esta prueba tiene que estar tanto á lo favorable como á lo perjudicial que de ello resulte segun la regla: *Fides scripturæ 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 liberacion 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 razon la harán á favor del deudor, si el documento original estuviere en su poder, segun dice la ley 40, tít. 13, Part. 5.<sup>a</sup> Esto se funda en que contentándose por lo comun el deudor que satisfacé su deuda, con que se

anote el pago en el mismo titulo del crédito, es justo que haga fé dicha nota.

Segun el proyecto de Código civil de 1851, los asientos, registros 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 artículo 1212, que la nota escrita ó firmada por el acreedor á continuacion, 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 continuacion 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.

Acerca 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, Partida 3.<sup>a</sup> Véase la adición inserta á continuacion del número 768.—(A. del T.)

## SECCION TERCERA.

## TARJAS.

## SUMARIO.

- 757. Fé de las tarjas.
- 758. No debe estarse á la tasacion 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 mercaux.*).

757. La palabra *tarja*, que viene de la latina *talea* (es decir, segun 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 comprobarse mutuamente como en otro tiempo las actas separadas (núm. 685.).

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 concordes los libros de dos comerciantes. Si solo hay correlacion 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 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 tarjetas entre las partes. Segun Boiceau, seria sobrado duro, puesto que el valor de los suministros no excede 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. 763), que las tarjetas constituyen una especie de prueba literal; y en efecto, el Código trata de las tarjetas bajo la rúbrica de la *prueba literal*.

759. ¿Deberá decirse 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 proveído 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 tarjetas correlativas á los patrones. Danty (adic. sobre este capit.) rehusa, por el contrario, toda fé á las tarjetas, 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 re-

vindicacion 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. VI, núm. 163), que, como no hay ningun modo usual de dar fecha cierta á las tarjetas, 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 ataca el proveedor, exhibiendo la tarjeta, 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 tarjeta; asi es que hará fé 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. 15) en el caso en cuestion, que la tarjeta 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 tarjeta está, rigurosamente hablando, falta de toda fuerza probatoria, puesto que constituye un título emanado de solo el mercader (C. Nap., artículo 1329). Sin embargo, si el proveedor goza de buena fama y los suministros son verosímiles, estaríamos dispuestos á considerar las muescas hechas en la tarjeta 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 (artículo 1329 cit.).

761. Además, la asimilacion de las tarjetas á la escritura no podria admitirse en materia penal. Con razon, pues, el tribunal de París rehusó el 3 de marzo de 1834 considerar como falsario (número 533) á un panadero que habia hecho marcas fraudulentas en la tarjeta y en el modelo.

762. Independientemente de las tarjetas 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 *tesseræ* usados en Roma, la mas importante de las cuales era la *tessera frumentaria*, bono de trigo distribuido al pueblo por los emperadores. Entre nosotros, las señales (*mereaux*) que participan á un tiempo mismo de la moneda y de la marca, tenian 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*, Paris, 1839). Los signos de esta clase, equivalentes á presunciones, pueden aún invocarse útilmente en el día, cuando el valor reclamado no excede de 150 francos. Excediendo 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 engaño 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 artículo 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 están conformes las de ambas partes contratantes: art. 1210.— (A del T.)

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

## SECCION CUARTA.

## FÉ Ó 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 (C. penal, arts. 76 y sigs.), de amenazas hechas por escrito (*ibid.* art. 505), 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 descubierto el autor de estas cartas.

Aunque estos hechos sean posteriores á la redaccion de la Ordenanza de 1670, hizo reconocer la esperiencia, desde entonces todo el peligro del juicio pericial. Un tratado de Levayer, sobre el

cotejo de escrituras (1), redactado con ocasion del proceso de Fouquet, hizo resaltar con energía toda la arbitrariedad que aparece en este medio de comprobacion, sobre todo aplicado á las materias criminales. *Comparatio facit duntaxat fumum*, tal era su conclusion. Así se habia propuesto insertar en el tit. VII de la Ordenanza de 1670 un artículo concebido en estos términos: «Por la sola declaracion de peritos, y sin otras pruebas, adminículos ó presunciones, no podrá pronunciarse ninguna condena de pena afflictiva ó difamatoria.» Pero el abogado general Talon hizo comprender cuán peligrosa sería una disposicion de esta naturaleza que propenderia con frecuencia á destruir la única prueba que pueda procurarse el juez segun la naturaleza del hecho. A consecuencia de estas observaciones, apoyadas por el presidente Lamoignon, fué suprimido el artículo. En el dia, el Código de procedimiento criminal, no hace alusion al cotejo de escrituras sino en materia de falsedad; pero es indudable que se debe emplear la misma vía, siempre que se trata 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 (Greenleaf, tomo 1, pág. 226, nota 2); pero es preciso reconocer tambien, 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 importancia de la eleccion de los peritos en el procedimiento de cotejo de escrituras (núm. 734), se aplica con mucha mas razon en materia criminal. Parece que la jurisprudencia alemana no está al abrigo de la critica 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 siempre 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, archi-

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

veros, tenedores de libros) ven diariamente pasar por delante de sus ojos escritos de todas clases, y tienen ocasion frecuente de hacer un exámen profundo de ellos, se hallarán mejor en estado de ilustrar la religion del juez.» M. Wills cita igualmente el ejemplo de un magistrado inglés, que rehusó emplear el lente de que se servian los peritos de letras, al observar que este instrumento, bueno para los esperimentos físicos, no mostraba los caracteres de letra bajo su verdadero punto de vista (*Circumst. evidence*, capítulo 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 mas directas en la declaracion 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 (C. pen. art. 328), ó la confesion (núm. 566). Cuando se han embargado papeles en el domicilio del inculpado, le es mas difícil negar su veracidad. Así, quiere la ley que se proceda á asegurarse lo mas 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 (C. de instr. art. 56 y sigs.), y en todos los casos, el juez de instruccion (*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 manifestacion de la verdad. Preséntaseles al efecto de reconocerlos y de rubricarlos, y en el caso de negativa se hace mencion de ellos en el proceso verbal. En seguida se cierran y sellan. Despues, figuran entre las piezas de conviccion 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 instruccion, al contrario, puede trasladarse á otro sitio, si presume

(1) Si no obstante se trata de un crimen, segun los términos del artículo 32 del Código de instruccion; pero ya hemos hecho observar (tomo I, pág. 126, nota 2.<sup>a</sup>), que la jurisprudencia estiende á los delitos propiamente dichos, las atribuciones del ministerio público.

que se ocultan allí piezas de convicción (*ibid.* art. 88). Sin embargo, es claro, 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, estaria autorizado para hacer una pesquisa en el domicilio de estos terceros. El poder que se ha entendido reservar al juez de instruccion, es el de verificar investigaciones en el domicilio de terceros contra los cuales no se suscitasen mas que simples sospechas, ó que poseyeran estos papeles sin fraude.

El juez de instruccion tiene el derecho de embargar hasta las cartas dirigidas al inculpado, y de levantarlas el sello para enterarse de su contenido, segun lo ha juzgado el tribunal criminal (*d'assises*) de Indra y Loira, el 11 de junio de 1850. No deberá perseguirse como violador del secreto de la correspondencia (C. pen., art. 157) al funcionario á quien obliga una necesidad de orden público á tomar sobre sí una grave responsabilidad. En este sentido se ha pronunciado la Asamblea legislativa, en 1849, al entender de una reclamacion 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. capítulo 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 mas que una de las formas de la confesion estrajudicial. 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 lineas de su letra*. Es verdad por otra parte, que no se podria fijar en el dia un término en el cual debiera el acusado declarar si tal título es ó no de su letra, teniendo por reconocido el escrito despues de este plazo; mas esto seria renovar los antiguos abusos en cuanto á la provocacion de la confesion (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 precaucion, cuando se trata

de pronunciar sobre su culpabilidad, la instruccion debe proceder con mucha mas circunspeccion aun, cuando se dirigen estos escritos á acriminar á terceros. Mirabeau no queria (*Monitor* del 23 de octubre de 1791) que «las mas secretas comunicaciones del alma, las conjeturas mas arriesgadas del entendimiento, las emociones de una cólera por lo comun mal fundada, los errores á veces enmendados un momento despues, pudieran trasformarse en deposiciones contra terceros.» Mas aun, 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 famosa conspiracion Mablet, el general que pagó con su vida su audacia, puso en una lista de funcionarios designados para el nuevo gobierno, personas completamente estrañas al complot. Asimismo, los vendeanos que fracasaron en el puerto de la Claye, el 3 de mayo de 1832, formaron un plan de organizacion militar en que hacian figurar á muchos oficiales contra los cuales no se dirigió persecucion alguna, porque se averiguó que se les habia designado de esta suerte sin haberles consultado.

768. Las actas ó escrituras privadas, propiamente dichas, apenas se presentan en materia criminal sino cuando se trata de una prueba prejudicial, de la consignacion, por ejemplo, de un mandato, de un depósito, cuya violacion se alega. Ya hemos reconocido (núm. 225) que en tésis general, permanece siendo competente la jurisdiccion criminal para determinar sobre cuestiones de esta naturaleza, pero que la exclusion de la prueba testimonial se aplica á lo criminal, del mismo modo que á lo civil.

La comprobacion del cuerpo del delito cuando consiste en documentos, como en el ejemplo que pone M. Bonnier en el número 764, de tratarse de falsificacion de un documento y demás, ofrece tambien en nuestra práctica judicial graves dificultades. «Es muy difícil determinar, dice un ilustrado escritor, por una regla general lo que convenga hacer para la averiguacion de esta clase de delitos, por lo comun muy frecuentes por desgracia, y en cada caso particular debe el juez, auxiliado del promotor, proceder á aquellas indagaciones que mas eficazmente conduzcan á la comprobacion del delito y de sus autores.»

Insistiendo el autor en el número mencionado sobre los inconvenientes y poca seguridad que ofrece el juicio pericial, debemos hacer nuevamente remision á lo que sobre esto hemos espuesto en la adiccion inserta á continuacion del número 647.

Las cartas ó correspondencia puede tambien servir de prueba en juicio contra el que la ha escrito ó mandado escribir, así en asuntos civiles

como en los criminales. Si niega la carta el sugeto á quien se atribuye, puede el que la produce deferirle el juramento ó probar con testigos ocultos que la hizo ó la mandó hacer.

Las cartas confidenciales escritas á un tercero, y presentadas por un interesado contra la voluntad de aquel, no deben tomarse en consideracion por la justicia. Si el tercero mismo entregó las cartas al que las presenta en juicio, se supone por parte de éste un abuso de confianza; así es que no pueden presentarse en juicio útilmente contra quien las escribió, por el que tiene interés en ello, á no ser que aquel las dirigiese á éste con la intencion de que se divulgue su contenido.

Acerca de las facultades de la autoridad judicial para quebrantar el sigilo de la correspondencia cuando se trata de la averiguacion de ciertos delitos, por real órden de 19 de julio de 1815 se previno á los comisionados régios é intendentes, se arreglaran á lo que se mandó por real órden de 9 de agosto de 1799, sobre la detencion, apertura é interceptacion de cartas.

Por decreto de las Córtes de 15 de enero de 1811, deseando evitar los abusos que podian resultar de la generalidad con que se habia mandado la apertura de cartas, por la Superintendencia general de Correos se decretó, que no se verificase dicha apertura, sino de aquellas cartas sobre que hubiera alguna sospecha fundada, haciéndose entonces por el administrador y oficiales que reúnan la mayor confianza y sigilo con arreglo á lo prevenido en las Ordenanzas de correos.—(A. del T.)

### TERCER MEDIO DE PRUEBA ESCRITA.

#### DECLARACION DEL DEMANDANTE.—LIBROS DE LOS COMERCIANTES.

##### SUMARIO.

769. Fé ó fuerza probatoria de estos libros, en Roma y entre nosotros.  
770. Formalidades prescritas respecto de ellos.  
771. Sancion de su observancia.  
772. Division.

769. En Roma se daba una fé sumamente especial á los registros ó libros que llevaban los banqueros, *argentarii*, oficiales públicos cuya atestacion era admitida, bien contra ellos, bien aun en favor suyo, por una prerogativa bastante análoga á la de la autenticidad en nuestro derecho, *quia officium eorum atque ministerium*, dice Gayo (l. 10, §. 4.º, D. de edend.) *publicam habeat causam*. Así, habia introducido el pretor contra ellos una accion para obligarles á dar comunicacion de sus libros ó registros (Ulp., l. 4, *ibid.*)

Nuestros mercaderes no tienen la posicion legal que tenían los *argentarii*. *Secundum hoc*, dice Boiceau (part. II, cap. 8, núm. 5), *judicari non possunt mercatorum nostrorum libri, cum omnino privati videantur*. No obstante, los libros de comercio, hallándose sometidos á ciertas precauciones especiales, pueden hacer fé, no solamente contra el comerciante que los ha redactado, sino tambien en su favor, lo cual no se admite jamás con respecto á los papeles domésticos.

770. Para impedir la alteracion de estos libros, la ley prescribe las mismas formalidades (C. de Com., art. 10 y siguientes) que se establecen para los registros públicos. Quiere, pues, que sean foliados, rubricados y visados, bien por un ministro del tribunal de comercio, bien por el alcalde del comun. El Código de comercio añade: *sin gastos*; lo cual ha sido siempre cierto en el sentido de que no se dan honorarios á los funcionarios encargados de esta operacion. Pero hasta 1858 era necesario á fin de que pudieran presentarse los libros para que fuesen visados, que se hubieran timbrado precisamente, y el impuesto del timbre de escritos por lo comun considerables, era sumamente oneroso. Así, en la práctica, se dispensaba por lo comun de hacer timbrar los registros; y lo que era mucho mas sensible que la falta de timbre, es que entonces no podian cumplirse las importantes formalidades prescritas por la ley para asegurar la integridad de los registros (1). En su consecuencia, no llevándose los libros en forma debida, y hubieran debido en rigor no tener autoridad alguna (*ibid.*, art. 15). Pero los tribunales de comercio, conformándose con el uso constante mas bien que con las prescripciones legales, no rehusaban admitir los registros no visados, cuando no habia sospecha alguna de fraude en el caso en cuestion. Así se hallaban eludidas las sábias precauciones de la ley.

Para hacer que cesara esta grave irregularidad, se ha reemplazado con un aumento de la contribucion de patentes, el impuesto del timbre, que era por otra parte muy desigual, puesto que era proporcionado, no al valor de las operaciones, sino al lugar material

(1) Lo mismo acontecia bajo el imperio de la Ordenanza de 1673, cuyas prescripciones sobre estas formalidades tan esenciales habian caido en desuso, desde que por sentencia del Consejo de 3 de abril de 1674 se impuso á los comerciantes la obligacion onerosísima de hacer uso del papel sellado.

que ocupaba la mencion de estas operaciones en los registros. Este cambio se efectuó el 1.º de enero de 1858 (ley del 20 de julio de 1837, art. 4). En el día, pues, ha llegado á ser una verdad el visarse sin gastos, y no tendrían ya excusa los que se dispensaran del cumplimiento de las formalidades legales (1). Además, deben conservarse los libros durante diez años (C. de Comm., art. 11).

771. Una sancion extraordinariamente rigurosa garantiza la exactitud y la fidelidad de los escritos comerciales. El quebrado que no ha llevado libros, ó que los ha llevado en forma irregular, aunque sin fraude, puede ser declarado simple quebrado, y castigado en su consecuencia con penas correccionales (*ibid.*, artículo 586, 6.º). En cuanto á las escrituras fraudulentas, que se dirigen, bien sea á disimular el activo, bien á disimular un pasivo, ocasionan la pena de la quiebra fraudulenta, es decir, la de trabajos forzosos temporales (*ibid.*, art. 591; C. pen., art. 402). Aun cuando no haya falsedad caracterizada, la simulacion, que en materia civil, podria degenerar á lo mas en estafa, es aquí, por razon de lo grave de las consecuencias que lleva consigo, castigada con una pena idéntica. En efecto, el Código penal (art. 147) impone la pena de trabajos forzosos temporales contra la falsedad cometida en escritura de comercio; y la asimilacion de esta falsedad á la que tendria lugar en escritura pública, es una garantía mas contra las falsificaciones que podrian cometer los terceros sobre los libros ó registros.

772. Compréndese que la autoridad de los libros de comercio debe ser mayor entre dos comerciantes, cuyos escritos les sirven de comprobacion recíproca, que entre un comerciante y un particular, puesto que este último no podria defenderse con armas iguales, no teniendo habitualmente registros, y no pudiendo tenerlos que hagan fé en favor suyo. Ocupémonos desde luego de la fé ó fuerza probatoria de los libros, bajo el primer punto de vista.

(1) En los Estados Unidos, antes de declararse inadmisibles los libros, se hallan sometidos á un exámen prévio del tribunal (M. Greenleaf, tom. I, pág. 159, nota 1.ª).

El Código de Comercio español requiere tambien que todo comerciante lleve cuenta y razon de sus operaciones en tres libros á lo menos, que son, el diario, el mayor ó de cuentas corrientes, y el de inventarios. Según el art. 40 de dicho Código, reformado por el art. 22 del decreto del Gobierno Provisional de 6 de diciembre de 1868, declarado ley por la de las Córtes Constituyentes de 20 de junio de 1869, estableciendo la unidad de fueros, los tres libros que se prescriben de rigurosa necesidad en el órden de contabilidad comercial, estarán encuadernados, forrados y foliados, en cuya forma los presentará cada comerciante en el Juzgado de primera instancia del partido, ó en el de su domicilio en las poblaciones en que hubiere mas de uno, para que en la primera hoja se ponga una nota en que se haga espresion del número de las que tenga el libro y de la fecha de la presentacion de éste, firmada por el juez y un escribano de actuaciones, poniéndose en todas sus hojas el sello del Juzgado. No se exigirán derechos algunos por esta diligencia.

Por el art. 57 del Código citado, se prescribe que el comerciante lleve un libro copiador en que traslade íntegramente y á la letra todas las cartas que escriba sobre su tráfico.

Además, el libro diario y el copiador deberán estenderse en el papel sellado correspondiente que se espresa en el real decreto de 8 de agosto é instruccion de 1.º de octubre de 1851. (V. el real decreto de 12 de setiembre é instruccion de 10 de noviembre de 1861). Si los libros no llevan el sello prescrito, se abstendrán las autoridades arriba mencionadas de poner la rúbrica, y al anotar el número de hojas de que consta cada libro, lo harán tambien del número de sellos, con espresion del año á que correspondan. V. el art. 51 de la instruccion de 1.º de octubre de 1851.

Nuestro Código de Comercio declara como quebrados de tercera clase, ó por insolvencia culpable, salvas las escepciones que propongan y prueben para destruir este concepto y demostrar la inculpabilidad de la quiebra, á los que no hubieran llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos que se prescriben en la seccion 2.ª, título 2.º, lib. 1.º de dicho Código, aunque de sus defectos y omisiones no hayan resultado perjuicio á tercero.

Respecto á las falsedades cometidas en documentos mercantiles, el artículo 227 de nuestro Código penal dispone, que el particular que cometiére alguna de las designadas en el artículo anterior, será castigado con las penas de presidio mayor y multa de 100 á 1,000 duros.—(A. del T.)

## SECCION PRIMERA.

### FÉ DE LOS LIBROS ENTRE COMERCIANTES.

#### SUMARIO.

773. De la regularidad de los libros.  
 774. Necesidad de que se trate de hechos de comercio.  
 775. Casos en que no son conformes.  
 776. Su comunicacion en juicio.
773. «Los libros de comercio llevados en forma», dice el artículo 12 del Código de comercio, «pueden admitirse por el juez

para hacer prueba entre comerciantes por hechos de comercio. » La prueba por medio de libros no es, pues, estrictamente obligatoria para la jurisdicción consular, que puede rechazar los registros como sospechosos, aun cuando estén en regla en la forma (sent. denegatoria de 13 de agosto de 1852). La sencillez y la equidad, que son el alma de esta jurisdicción, no permitian que se sujetara en ella al juez á ciertas pruebas legales; por lo que se le concede, en cuanto á los medios que deben determinar su convicción, una latitud análoga á la que se concede á los jurados. Pero, de hecho, los tribunales de comercio apenas rehusan dar fé completa á los registros llevados en forma. En sentido inverso, se puede combatir por medio de la producción de los libros una presunción legal siempre que no sea una presunción absoluta, como la de la cosa juzgada; lo cual ha decidido el tribunal de casación (sent. denegatoria de 18 de agosto de 1852) en cuanto á la presunción que resulta de la cesion voluntaria del título (C. Nap., art. 1282).

La ley supone los *registros llevados en forma*, y hay mas rigor sobre este punto desde la supresion (núm. 770) de las condiciones fiscales que hacian oneroso el cumplimiento de las formalidades legales. ¿Deberá, no obstante considerarse como no llevados los libros que no han sido visados ni rubricados? Si por otra parte aparecen en regla, este rigor se armonizaría poco con el curso sencillo y equitativo de la jurisdicción mercantil. El tribunal de casación ha pensado (Sent. deneg. de 23 de abril de 1860) «que si los libros no pueden hacer entonces por sí solos prueba completa, no está prohibido á los jueces comparar las enunciaciones con las de las demás piezas justificativas suministradas en forma debida en el proceso, y hallar en la concordancia de estas enunciaciones una de esas presunciones abandonadas por la ley á las luces y á la prudencia de los magistrados.» Pues bien; sabido es, que en materia mercantil, las presunciones, así como la prueba testimonial son siempre admisibles.

774. No basta que la controversia se suscite entre comerciantes, es necesario que tenga lugar con relacion á actos de comercio. Así, pues, no se admitiría á un negociante á prevalerse de una mencion hecha en sus libros, para justificar una operacion puramente civil, tal como la compra de un inmueble. Sin embargo, como el libro diario debe presentar todo lo que el comerciante recibe ó paga por cualquier título que sea (C. de com., art. 8), la men-

cion hecha en este libro puede servir á su adversario de principio de prueba; y en sentido inverso, la omision en este libro de una operacion civil, puede contribuir á hacer desechar la pretension del negociante, si fuere el demandante. Con razon, pues, una sentencia denegatoria del 23 de Nevoso, año X, ha decidido que la falta de produccion de libros aun en materia civil, puede, reunida á otras circunstancias, hacer que no se admitan á un negociante sus pretensiones. Hemos pensado, pues, con muchos autores, que los libros podian hacer fé, aun sin que la operacion fuese comercial de una parte y de otra, por ejemplo, cuando un comerciante de vino vende una medida de vino á un manufacturero. Y nos fundamos en la consideracion, de que, siendo el comprador comerciante como el vendedor, debió consignar igualmente la operacion en sus libros. Pero nos parece mas exacto assimilar los principios sobre la prueba á las reglas que rigen la competencia. Pues bien, siendo civil la operacion por parte del manufacturero, no podria ser llevada á los tribunales de comercio. En cuanto á la mencion, debe tener lugar solamente en su libro diario, mientras se trata de un artículo de gasto (C. de Com., art. 81), al paso que el mercader de vino ha debido espresar en detalle las cláusulas de la venta. Los libros del vendedor podrán pues hacer fé contra él, pero no en favor suyo, salvo la delacion del juramento (núm. 780), y la mencion puesta en el libro diario del comprador tendrá contra él la fuerza de un principio de prueba por escrito.

775. Si están conformes los libros, la prueba es perfecta, á menos que se pruebe una falsificacion. Si no están conformes, y además se llevan en regla por una y otra parte, se balancean las dos autoridades, y debe recurrirse á otros medios de prueba. Si solo se lleva en forma uno de los libros, puede el juez atenerse á él, pero tiene siempre libertad para exigir garantías adicionales, tales como el exámen de testigos ó la prestacion de juramento. Finalmente, segun el art. 17 del Código de Comercio, si una parte rehusa presentar sus libros, á los cuales ofrece la otra dar fé, el juez puede deferir el juramento á esta última parte. Esta disposicion no debe entenderse solamente del caso en que un particular ofreciera dar fé á los libros de un comerciante, caso en que habria evidentemente lugar al juramento, pero que los redactores del Código de Comercio no debian tener á la vista, puesto que no se ocupaban sino de los procesos entre comerciantes. El art. 17 debe te-





ner su aplicacion especialmente entre comerciantes. Sin embargo, no creemos con Toullier (tomo VIII, núm. 383), que el negociante que presenta solo sus libros, debe ganar su pleito de *plano*, si ofrece referirse á los de su adversarios, y éste no pueda ó no quiera presentarlos. El juez puede ordenar toda medida propia para ilustrarse sobre la realidad de los hechos alegados en apoyo de la demanda, y despues de todo, si la pretension del demandante le parece falta de fundamento, está en su arbitrio no deferir el juramento supletorio (Sent. deneg. de 18 de enero de 1832).

776. La obligacion que tiene un comerciante de presentar sus libros (1), hubiera podido, si la ley no la hubiese restringido á justos límites, comprometer singularmente el éxito de las operaciones mercantiles, en las cuales es frecuentemente esencial el secreto. *Libri mercatorum*, dice Casaregis (disc. 30, núm. 79), *non sunt perscrutandi, ne videantur eorum secreta*. Así la presentacion, aun mandada de oficio, no tiene por objeto poner en claro la situacion de la parte á quien pertenecen los libros, sino que debe copiarse solo de los registros la parte que se refiere á la diferencia suscitada (C. de Com., art. 15.). La comunicacion completa no se ha autorizado sino en los casos en que es indispensable, es decir, en que se dirige la controversia sobre el conjunto de la gestion comercial, en los negocios de sucesion, comunidad de bienes, particion de sociedad y quiebra (*ibid.*, art. 14.). Ha habido menos duda en el último caso, puesto que no es ya tiempo de pensar en mirar por el crédito, cuando ha habido suspension de pagos. Además, no podria obligarse á una sociedad anónima á producir sus libros fuera de los casos previstos por la ley (Burdeos 6 de agosto de 1855.).

Observemos por otra parte, que si segun los términos del artículo 11 del Código de Comercio, no están obligados los comerciantes á conservar sus libros sino durante diez años, esto no quiere decir que las enunciaciones contenidas en estos libros hayan perdido su efecto al fin de este lapso de tiempo, como lo perderian las inscripciones hipotecarias; si de hecho se hubieran conservado los libros, el comerciante estaria obligado á producirlos.

(1) Segun el derecho comun inglés (M. Greenleaf, tom. I, pág. 615), puede reclamarse por un particular la inspeccion de los libros, pero solamente para fines civiles, pues nadie está obligado en lo criminal á producir pruebas contra sí mismo, restriccion que rechaza entre nosotros el principio inquisitorial admitido para la investigacion de las pruebas.

Acerca de la fé ó fuerza que tienen en juicio los libros de los comerciantes, prescribe nuestro Código de Comercio, que dichos libros que no se hallen informales ni defectuosos ó no presenten vicio alguno legal, serán admitidos como medios de prueba en las contestaciones judiciales que ocurran sobre asuntos mercantiles entre comerciantes. Los asientos probarán contra los comerciantes á quienes pertenezcan los libros, sin admitirseles prueba en contrario; pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, estará por las resultas combinadas que presenten todos los artículos relativos á la disputa. Tambien harán prueba los libros de comercio en favor de sus dueños, cuando su adversario no presente asientos en contrario hechos en libros arreglados á derecho, ó otra prueba plena y concluyente. Por último, cuando resulte prueba contradictoria de los libros de las partes que litigan, y unos y otros se hallen con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el tribunal prescindirá de este medio de prueba y procederá por los méritos de las demás probanzas que se presenten, calificándolas segun las reglas comunes del derecho: art. 53 de dicho Código.

Además se prescribe en el art. 42, que los libros mercantiles que carezcan de algunas de las formalidades prescritas en el 40, ó contengan alguno de los vicios notados en el 41, no tienen valor alguno en juicio con respecto al comerciante á quien pertenezcan, y se estará en las diferencias que le ocurran contra otro comerciante, cuyos libros estén arreglados y sin tacha, á lo que de éstos resulte. En el art. 43 se determina la pena en que incurre el comerciante cuyos libros se hallen informales ó defectuosos.

Acerca de la presentacion en juicio de los libros de comercio prescribe tambien nuestro Código, que no puede decretarse á instancia de parte la comunicacion, entrega ni reconocimiento general de los libros, sino en los juicios de sucesion universal, liquidacion de compañía ó de quiebra: artículo 50. Fuera de estos casos, solo se provee á instancia de parte ó de oficio, la exhibicion de los libros, siendo necesario para esto que la persona á quien pertenezcan tengan interés ó responsabilidad en la causa; y entonces se hace el reconocimiento de los libros exhibidos á presencia del dueño, ó su comisionado, debiendo contraerse á los artículos que tengan relacion con la cuestion que se ventila. Si los libros se hallaren fuera de la residencia del tribunal que decretó su exhibicion, se verificará ésta en el lugar donde existan, sin exigirse su traslacion al del juicio: art. 50 al 52.—(A. del T.)

## SECCION SEGUNDA.

### FÉ CON RESPECTO Á LOS PARTICULARES.

#### SUMARIO.

777. Fé de los libros contra el comerciante, aun que no estén en forma debida.
778. Indivisibilidad.
779. Opiniones diversas sobre su fé contra los particulares.
780. Cuál es el sistema del Código.
777. La obligacion impuesta á los mercaderes de tener escritos

en forma, existe respecto de los particulares, lo mismo que respecto de los demás mercaderes. Así sus libros hacen prueba contra ellos (Código Nap., art. 1530), pero solamente respecto de los hechos de comercio, salvo fundar un principio de prueba por escrito en las menciones de operaciones puramente civiles, que se hallaran insertas en ellos. El Código Napoleon no añade como el Código de Comercio (art. 12), que *deben haberse llevado los registros en forma debida*. El comerciante no podria prevalerse para rechazar la fé de las escrituras, de su propia contravencion á las reglas que le estaban impuestas (sent. deneg. de 7 de marzo de 1857.). No es tampoco necesario aquí que el escrito sea mano del negociante; segun la doctrina de Pothier (oblig. núm. 757), puede ser obra del mismo acreedor, con tal que no haya podido ignorarse por el deudor (Bourges, 14 de julio de 1851.).

778. Aplicando á esta materia el principio de la indivisibilidad de la confesion, la ley añade (*ibid.*), que el que quiera sacar ventaja de los registros, no puede dividirlos en lo que contienen contrario á su pretension. La indivisibilidad se entiende por otra parte aquí, como en lo concerniente á la confesion oral (núm. 356.). La declaracion del comerciante debe aceptarse por la parte que se refiere á sus libros, para todo hecho conexo; así el registro que acredita la existencia de la deuda, debe hacer igualmente fé para acreditar su pago. *In conjunctis capitulis*, decian los antiguos doctores, *qui unum adprobat, aliud reprobare nequit*. Pero los artículos enteramente independientes del artículo alegado, en los que se declara el comerciante acreedor por cualquier otra causa, podrian rechazarse por el particular que invoca el registro. No se debe aplicar, sin embargo, esta doctrina sino con precaucion en materia mercantil, donde se enlazan con frecuencia operaciones diversas del modo mas estrecho. Por eso, una cuenta corriente llevada en debida forma, aunque compuesta de artículos distintos, se considerará generalmente como indivisible.

779. Lleguemos á la parte mas controvertida de la materia, á la fé que pueden tener los libros en favor de los comerciantes contra particulares, suponiendo (Rennes 23 de agosto de 1821) que estos libros se hayan llevado en forma debida. Las opiniones de los doctores antiguos estaban muy divididas sobre la fé probatoria de estos libros (Danty sobre Boiceau, part. II, cap. VIII, núm. 15 y sigs.) Segun una primera opinion que se remonta á Bartolo, debian tener

fé los libros aun respecto de los no comerciantes, y este fué el sistema que prevaleció en Italia, sobre todo en Milan. Segun el artículo 96 de los estatutos de Milan, se debia dar fé á las escrituras de los cambiantes y comerciantes de esta ciudad, *cum causa et sine causa, et si dicantur esse factæ, vel subscriptæ in absentia partis*. Segun otra opinion, admitida por Boiceau (*ibid.*, núms. 7 y 8), los libros constituian una semi prueba, susceptible de corroborarse por la prueba testimonial, pero solamente si se trataba de un comerciante bien establecido y que gozase de buena reputacion. Otra opinion que se referia al principio, que nadie puede crearse un titulo á sí mismo, rechazaba completamente la fé de los libros respecto de los no comerciantes, y tal es el parecer de Boiceau (*ibid.*, número 11), cuando se trataba de comerciantes de poca importancia no inscritos en una corporacion en forma. Finalmente Dumoulin, despues de haber admitido desde luego la opinion de Bartolo, se habia fijado en una opinion intermedia entre las dos últimas, y cuyo origen se encuentra en un estatuto de Venecia (1): «Rationes ejus ad leg. 3 C. de reb. cred.» «quamvis non plenam probationem, nec omnino semiplenam inducant, tamen inserunt aliquam præsumtionem, ex qua possit ei defferri juramentum, ita ut per se rationes probent (2).» Este jurisconsulto no habla de la prueba por testigos. ¿La hubiera admitido en vista de la Ordenanza de Moulins, promulgada despues que habia escrito estas líneas? Es bastante dudoso. Boiceau admite el exámen de testigos, segun hemos visto, en favor de los comerciantes que hacen parte de una corporacion (part. II, cap. VII) Danty (ad. sobre este cap., núms. 46 y 47), que escribia un siglo despues, cree que el parecer de Boiceau no puede seguirse, sino en casos raros en que fuera evidente la buena fé. Por último, Pothier (*Oblig.*, núm. 754 y sigs., y núm. 807) reproduce la opinion de Boiceau, añadiendo, no obstante, que el sumministro alegado debe ser verosímil. Y con esta ocasion, es cuando este jurisconsulto nos revela toda la sencillez de sus costumbres, sencillez admirable, sobre todo en el siglo XVIII: «Por ejemplo,»

(1) *Tunc scilicet iudices dabunt Sacramentum* (Stat. ven. de setiembre de 1252, præfac. 2).

(2) Los jurisconsultos escoceses (Tait, *on evidence*, págs. 273, 277), al admitir esta clase de prueba, la definen: *not merely a suspicion-but such evidence as produces a reasonable belief, though not complet evidence*.



dice (núm. 786), no serian suministros verosímiles, si se hubiera escrito en el libro de un comerciante que me habia vendido y entregado diez varas de paño negro en un año, porque yo no necesito mas que un traje al año, para el que me bastan cuatro varas de paño.»

Esta opinion de Pothier, que considera los registros como pudiendo servir de principio de prueba, pasa generalmente por la expresion del último estado de nuestra antigua jurisprudencia. Pero no era así, si creemos al anotador anónimo de Danty (nota sobre el núm. 44 del cap. VIII), que se espresa en estos términos, despues de haber reproducido el pasaje de Pothier: «Este autor concede acaso un favor excesivo á los libros de los comerciantes, en lo que parece no hallarse conforme la jurisprudencia del Chatelet. Denisart, que habla ordinariamente siguiendo esta jurisprudencia, dice que no constituyen título alguno contra ciudadanos no negociantes, los cuales son creidos por su afirmacion contra los libros de los comerciantes.» Así, parece que en el Chatelet se deferia el juramento, pero solamente al demandado, y que de ningun modo se trataba de la prueba testimonial.

Dúdase que el derecho comun inglés (*common law*) conceda semejante crédito á los registros ó libros de los comerciantes. Sin embargo, parece resultar la afirmativa de un estatuto de Jacobo I (stat. 7, cap. XII) que admite esta clase de prueba respecto de los no comerciantes, limitándola á las transacciones del año corriente (1). En Escocia y en los Estados-Unidos, se admite sin dificultad los registros corroborados por el juramento supletorio del comerciante. La mayor parte de los Estados americanos han autorizado tambien esta facultad por medio de las disposiciones especiales de sus estatutos (M. Greenleaf, tom. I, pág. 158, nota 2).

780. Despues de esta esposicion de las diversas opiniones sobre la materia, vamos á ocuparnos de la interpretacion del Código.

«Los registros de los mercaderes no prueban contra los no mercaderes la certeza de haber suministrado las cosas que allí están escritas, salvo siempre lo que se dirá acerca del juramento.»

Esta reserva no podria entenderse del juramento decisivo que es de derecho: sino que supone forzosamente la admision del jura-

(1) La prescripcion anual del Código Napoleon (art. 2274) vá á parar casi al mismo resultado.

mento supletorio. Pero, puesto que es constante que el juramento supletorio no está autorizado sino en los casos en que es admisible la prueba testimonial, sostienen muchos autores, que los libros de los comerciantes constituyen en su favor un principio de prueba por escrito. Hacen notar que el juramento supletorio es la prueba mas débil, y que, si es permitido referirse á la declaracion juramentada del demandante, debe serlo, con mas razon, abrir una informacion, que ofrece indudablemente mas garantías. Finalmente invocan la autoridad de Pothier, que ha sido con tanta frecuencia la guia de los redactores del Código. Sin embargo, nos es imposible participar de este parecer. En primer lugar, la asimilacion del juramento supletorio á la prueba testimonial no resulta en manera alguna del texto de la ley. Todo lo que dice esta (C. Nap., art. 1367) es, que puede deferirse el juramento de oficio, cuando no se halla enteramente destituida de pruebas la demanda. Pues bien: hemos admitido con la jurisprudencia (V. el núm. 440), que el juramento supletorio no puede deferirse ordinariamente sino cuando hay un principio de prueba por escrito; pero este no es un principio absoluto, y el legislador ha podido, por una reserva enteramente especial, como parecen indicar los términos del artículo 1329, autorizar este juramento en una hipótesis en que no podrian ser oidos los testigos. ¿Hay en esto, como se pretende, contradiccion? Sí, suponiendo que el juramento se deferirá ordinariamente al demandante; mas entonces seria mejor abrir una informacion, que referirse pura y simplemente á su afirmacion. Pero esta suposicion es enteramente gratuita. Los mejores autores han reconocido siempre que es al demandado á quien se debe deferir preferentemente el juramento supletorio. Solamente en casos en extremo favorables es permitido deferirlo al demandante. Por el contrario, si se juzga admisible la prueba testimonial, parece que siempre que haya duda sobre esto, deberá oirse á los testigos, á fin de aclarar los hechos: y el comerciante tendrá toda la ventaja de la informacion, puesto que habrá podido preparar anticipadamente las declaraciones, de donde resultará del modo mas positivo, que tales suministros se han verificado en tal fecha, mientras que el particular, que no podia sospechar que se dirigia la demanda contra él, no habrá podido procurarse de la misma manera los medios de acreditar la negativa. Una cosa es la admision del juramento supletorio, que solo se deferirá al comerciante cuando tenga el juez una plena conviccion de



su lealtad, y otra cosa es la práctica de la prueba testimonial, que haría siempre inclinar la balanza en su favor. En lo tocante al argumento sacado de Pothier, nos parece suficientemente refutado por la exposición de motivos de M. Bigot Preameneu: «En cuanto á las personas que no están en el comercio, se ha debido conservar la regla, según la cual, nadie puede crearse un título á sí mismo, y el orden que los comerciantes están obligados á observar en sus libros, solo puede garantizar los suministros que constan en ellos siendo reales. Sobre este punto no tienen mas derecho que exigir el juramento de las personas que negaran sus demandas.»

Estas últimas espresiones llevan sin duda sobrado léjos: siendo general el texto de la ley, no creemos que pueda deferirse el juramento mas que al demandado. Pero, comparando estas palabras con la jurisprudencia del Chatelet, cuando se ve la exposición de los motivos sentar el principio de que nadie puede crearse un título á sí mismo, es difícil creer que los redactores del Código hayan querido reproducir la doctrina de Pothier, según la cual (*Oblig.*, núm. 754) *no pueden constituir una prueba y completar los libros ó registros* (1). Añadamos que en tiempo de Pothier, como hemos hecho observar con frecuencia, no se hallaba bien determinada la naturaleza del principio de prueba por escrito, mientras que en el día, el art. 1347 del Código Napoleon quiere que emane del demandado (2). Esta regla sufre verdaderamente escepciones, pero es preciso por lo menos que se enuncien estas escepciones en la ley, y ¿cómo puede verse la admision de la prueba testimonial en una simple remision á la materia de juramento? ¿No era mas sencillo decir espresamente que servirían los libros ó registros de principio de prueba por escrito?

(1) El informe dado al Tribunado por M. Jaubert, viene tambien en apoyo de la doctrina enunciada en la exposición de los motivos: «Estos registros, dice, no pueden servir á lo mas, sino para determinar al juez á deferir el juramento.» La intencion restrictiva no puede estar mas manifiesta.

(2) La cuestion no se halla zanjada en manera alguna en jurisprudencia. Una sentencia del tribunal de París del 28 de noviembre de 1836, que se cita como favorable á nuestra opinion, se limita á desechar en el caso en cuestion, ciertos registros como no constituyendo un principio de prueba por escrito. Por otra parte, en el caso de una sentencia denegatoria de 10 de agosto de 1840 que admitió la prueba de testigos, habia, además de los libros, escritos que constituían un principio de prueba conforme á la letra del artículo 1347.

En la adición inserta al tratar de la fuerza de los documentos privados, hemos sentado, que por nuestro derecho los libros de cuentas, registros ó asientos que uno lleva y conserva en su poder, hacen fé contra él mismo y no contra terceras personas, porque, como dice la ley 121, tít. 18, Partida 3.ª, «sería cosa sin razon e contra derecho de haber ome poderio de fazer a otros sus dehdores por sus escrituras cuando él se quisiese.» Sin embargo, aunque dichos libros no hagan prueba completa á favor de su dueño, inducen presuncion de verosimilitud cuando están estendidos con formalidad, y se reúnen otros adminículos que corroboran su contenido, según sienta Gregorio Lopez en su glosa á dicha ley de Partida y espone Escriche en su Diccionario. Respecto al derecho mercantil, ya hemos puesto en la adición anterior lo que determinan los artículos del Código de Comercio y en especial el 53, aparte segundo, según el cual, harán prueba los libros de comercio en favor de sus dueños, cuando su adversario no presente asientos en contrario hechos en libros arreglados á derecho ú otra prueba plena y concluyente. Mas esta disposición se refiere á terceras personas que sean comerciantes, pero no á particulares no comerciantes, si bien éstos pueden invocar dichos libros contra el comerciante, según dijimos en la nota inserta al pié de dicho art. 53, en nuestro *Código de Comercio extractado*, con la exposición del fundamento de sus disposiciones y la solución de las dificultades y cuestiones que presenta el testo, cuarta edición.

Ya hemos indicado tambien, que en el proyecto de Código civil de 1851, se dispone, 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 perjudiquen.

Véase la adición inserta á continuacion del núm. 776.—(A del T.)

## APÉNDICE.

### PRUEBA DE PRUEBA LITERAL.

#### SUMARIO.

781 Division.

781. Un escrito puede referirse á otro escrito mas antiguo, ya reproduciéndose solamente su sustancia, pero manifestando la intencion de las partes de mantener los empeños consignados por el primero, y entonces es un acto de reconocimiento; ya transcribiéndole literalmente, y entonces es una copia (1).

(1) En la misma parte de su *Comentario sobre la costumbre de París* tít. 1.º, §. 8) dá Dumoulin sus esplicaciones mas estensas sobre las actas de reconocimiento y sobre las copias.