

blecer una especie de tarifa de los testimonios producidos en juicio, tarifa que reducia el 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 de antiguo sistema que tendremos ocasión 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 prevverse; especialmente de un hecho ilícito. Esto explica, 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 categoría. 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 creido 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

1. No nos valemus 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.

se tenga por cierto el hecho á que se refieren, y las formalidades que deben concurrir y hechos sobre que deben verse 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 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 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 45, 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. de C.)

El Código de procedimientos establece tambien numerosas reglas que determinan las cualidades y circunstancias que deben concurrir en cada uno de los medios de prueba, y despues pone las reglas que deben tenerse presentes para valorizar las pruebas. Caps. del 4.º al 13.º tit. 6.º [N. de los EE.]

LIBRO PRIMERO.

PRUEBAS EN SU FORMA MAS SENCILLA, GENERALMENTE ORALES.

SUMARIO.

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

134. Tres ramas de pruebas simples: Testimonio propiamente dicho.—Confesion ó juramento decisivo.—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 veremos, 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 veremos 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 decisivo; ó finalmente obra del mismo demandante, cuando se le defiende el juramento supletorio, ó cuando es admitido á firmar 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 todos 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 lleguemos 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)

1. Expresiones inexactas de que trataremos mas adelante.

cuyo valor esceda de 150 francos; otra que no se reciba prueba alguna de testigos contra ó fuera de lo contenido en las actas ó escrituras. Se vé que una de estas dos reglas propende á escluir á 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 á posteriori, cuando, de hecho, se ha extendido una acta ó escritura (1).

Estando la regla que prefiere las actas ó escrituras á los testigos menos alejada del derecho común, 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?
146. No deben 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

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

parte de dicha utilidad consiste en que estos instrumentos hacen desaparecer ordinariamente toda arbitrariedad, todo equívoco, dando una expresion 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 propen-

respecto á los negocios mercantiles, á las reglas que prescribe al artículo 1341 del Código Napoleón 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. I. La intervencion de los *pacta abjecta*, 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.

de, á 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 (lib. V, tit. XV, §. 4). "Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, 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 esta última constitucion de Constantino, que forma la ley 15, *de fide instrumentorum* en el mismo Código: "In exercendis litibus eadem 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 explicarse 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 1ª 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 habian 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," reconoceremos 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 73, 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 clé-

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 serie, tomo 1.º, pág. 291]