

*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 deuda, así como el pago, no escada de cien libras, tasacion de las antiguas ordenanzas; Jousse supone el pago de una suma que no escada de cien libras, pero á cuenta de una deuda que escada 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 rigor de los principios, no debe distinguirse entre las dos hipótesis, y el pago de una suma inferior á la tasa legal debe poder probarse por testigos, cualquiera que sea el importe de la deuda. Pero debe observarse, que si se pudiera alegar muchos pagos parciales, y no se pudiera probar el pago sino por medio de escrito, se daría fácilmente un medio de eludir la prohibicion

1. La ley escocesa exige para librarse de un empeño contraído 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, página 422, nota 1.ª]

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

legal, segun se decidió ya por sentencia del Parlamento de Aix, del 20 de Diciembre de 1640, que aprueba Danty (ad. á Bosieau, lib. II, cap. II, núm. 4), aunque profesando la misma doctrina que Pothier; y lo mismo deberia decidirse actualmente por argumento del art. 1345. Aun cuando no articule el deudor, por el momento, mas que un solo pago parcial, pueden los jueces conocer, atendiendo á las circunstancias, que ha tenido intencion de eludir la ley, y de negarse á admitir la prueba testimonial (1) mientras que, cuando la deuda misma es inferior á la tasa legal, no hay que temer ningun fraude de esta naturaleza.

Aunque un autor moderno (2) asegura que la opinion opuesta ha prevalecido á la nuestra en la práctica de los tribunales, no cita ni conocemos nosotros ninguna sentencia moderna que haya determinado sobre esta cuestion.

145. Es cuestion de alta importancia práctica, la de si la prohibicion de probar contra y fuera de lo contenido en las escrituras, es aplicable en materia mercantil. Puede sostenerse en apoyo de la afirmativa, que especialmente en materia comercial conviene evitar toda equívocacion y arbitrariedad. ¿Qué cosa mas peligrosa, se dice, que hacer revivir proposiciones que no tenían tal vez ningun carácter formal, para hallar en ellas el germen de una obligacion? Si se diera, donde interviene el crédito, á los empeños de una parte una tramitacion que no hubiera podido preveer, se causaria frecuentemente su ruina. Hácese notar finalmente, refiriéndose á la historia del artículo 109 del Código de Comercio, que el texto primitivo de este artículo no admitia la prueba testimonial sino cuando habia habido un principio de prueba por escrito, y que las reclamaciones de los juzgados y tribunales de Comercio, con motivo de la innovacion propuesta, se referian únicamente á la imposibilidad de estender un escri-

1. La sentencia del Parlamento de Grenoble, del 10 de Diciembre de 1782, citada por Merlin [*loc. cit.*], resuelve sobre esta hipótesis.

2. M. Lacombière [*loc. cit.*], tal vez ha tenido á la vista la práctica de Limoges.

to en materia mercantil, en multitud de circunstancias, y de ningun modo á la admision de la prueba testimonial, cuando se habia estendido un escrito. Entendida de esta suerte la redaccion definitiva del art. 109, enunciando entre los medios de prueba la testimonial, *en los casos en que el tribunal creyera deber admitirla*, autorizaria á la jurisdiccion consular á oír á los testigos con arreglo á las circunstancias, si no se habia podido estender un escrito, pero nunca cuando se hubiera redactado.

Esta opinion adoptada por muchas sentencias de tribunales, y que el deseo de evitar controversias nos obligó en un principio á admitir, nos parece, despues de maduras reflexiones, incompatible, bien sea con el texto de la ley, bien con los precedentes que pueden servir para esplicarlo. El art. 1341 del Cód. Napoleon, despues de haber sentado los dos principios que excluyen la prueba testimonial, el uno cuando escada de 150 francos, y el otro contra y fuera del contenido de las escrituras, añade: "Todo se entiende sin perjuicio de lo que se dispone en las leyes relativas al comercio. Este texto es conforme al de la ordenanza de 1667. Pues bien, el artículo correspondiente á la ordenanza, tenia por objeto precisamente (tít. XX, art. 2º) confirmar el uso preexistente, segun el cual, los jueces consulares, segun sus propias declaraciones, "no estaban sujetos en sus juicios á la ordenanza de Moulins." (Acta verbal de la ord. de 1667, *loc. cit.*) Dos sentencias del Parlamento de París, la una de 22 de Julio de 1613, la otra del 22 de Julio de 1669, han admitido, en su consecuencia, en las jurisdicciones consulares, la prueba testimonial, contra y fuera del contenido de las escrituras. "Se ha preferido, dice Merlin (Questiones de derecho "palabra, *Dernier ressort*, § 18, núm. 1) "el "peligro de algunos fraudes para poner "trabas á las negociaciones y burlar la "buena fé, si se exigian sobradas precauciones. Sabido es, que los negociantes "dan frecuentemente cartas de pago por "valor recibido, sin otra seguridad que

"simples palabras ú órdenes, y que este "modo de negociar es el alma del comercio "de todas las naciones. Era, pues, indispensable admitir la prueba de que el dinero enunciado en los libros, no habia "sido contado, ó que no se habian entregado las mercancías, aunque habian sido "pagadas." Este es el sentido en que está concebido el art. 1935 del Código holandés, uno de los pueblos modernos, en cuyo seno han adquirido las relaciones mercantiles mayor desarrollo. En vista de estos antecedentes, es difícil no entender en su acepcion literal la última disposicion del art. 109 del Código de comercio. "En el caso en que el tribunal crea deber admitirla." Poco importa que para reechar la innovacion del proyecto del Código, se haya recurrido sobre todo al inconveniente mas palpable de este proyecto, á la hipótesis de que hubiera sido moralmente imposible estender un escrito; en definitiva, háse rechazado toda innovacion, y los términos generales del Código de comercio vuelven á colocar la cuestion en el terreno en que se hallaba en la antigua jurisprudencia. Cuando los redactores de este mismo Código quisieron aplicar los principios del derecho civil á las sociedades mercantiles, tuvieron cuidado de decir especialmente (art. 41): "que no puede admitirse prueba alguna contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras de sociedad." disposicion que seria inútil, si tal fuese el derecho comun en materia mercantil, así como en materia civil. Esta doctrina ha sido autorizada por una sentencia denegatoria de 10 de Abril de 1860. No debe sin embargo, confundirse la cuestion especial de la aplicacion del art. 1341 á las materias de concurso, con las dificultades suscitadas por este artículo, aun en materia civil. Así, en el caso de la sentencia denegatoria de 11 de Junio de 1835 habia principio de prueba por escrito, y en su consecuencia era admisible la prueba testimonial, aun en lo civil; en otro caso, fallado el 10 de Junio de 1835, se trataba de probar que se habian verificado tratos á título de pren-

da y no de propiedad; pero es dudoso, según hemos visto (núm. 142) que sea aplicable el art. 1341 en caso de simulación: finalmente, una sentencia denegatoria de 6 de Abril de 1841 determina sobre la hipótesis de una carta de pago ó libranza que era un duplicado de otra precedente: así, puede procederse á la revisión de una cuenta en caso de haberse duplicado (Cód. de prac. art. 541). El caso en que nos parece haberse autorizado del modo mas formal, la prueba contra el contenido de las actas es el de una sentencia del tribunal de Riom de 4 de Agosto de 1857, que permite restablecer por medio de la prueba testimonial el precio de la venta de un café, fijado en 3,000 francos por una acta ó escritura autorizada por un notario.

146. No debe confundirse con los negocios comerciales los tratos ó ventas verificadas en ferias, cuando no han tenido lugar entre comerciantes ni para asuntos mercantiles. Boiceau (part. 2, capítulo 9, núms. 5 y sigs.) conviniendo en que la ordenanza de Moulins era aplicable á estos tratos ó ventas, puesto que no era imposible procurarse un notario en los sitios en que se celebran las ferias, indicaba ciertos medios de eludir la prohibición. Pero Danty (adic. sobre el cap. 9, núm. 6 y sigs.) y Pothier (Oblig. núm. 788) excluyen de una manera general la prueba por testigos. Bajo el régimen del Código, se consideró por una sentencia del tribunal de La Châtre, como equivalente á la imposibilidad moral de tratar por escrito, "la rapidez, la multiplicidad y el movimiento de los negocios que no se tratan en feria, la dificultad de recurrir á cada instante á un notario, para hacer constar tratos, compras ó ventas que podría impedir el mas ligero retraso." Pero esta sentencia fué revocada el 13 de Febrero de 1842 por el tribunal de Bourges, reconociendo que no existía de hecho la imposibilidad de obtener un escrito; que los tratos ó ventas en las ferias se hacen al contado, y que si el vendedor no sigue esta regla y concede al comprador plazo para el pago, debe hacerlo constar por escrito."

147. En materia criminal, jamás se ha negado formalmente la aplicación del principio acerca de no poderse probar contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras. Si se trata, por ejemplo, de la violación de un depósito consignado por un recibo del depositario, es evidente que no se podría buscar, fuera de este recibo, la prueba de las obligaciones que se les censura no haber respetado. Al aceptar este recibo el depositante, ¿no ha marcado en cierto modo la medida del empeño que contrajo? ¿Qué importa que siga despues la vía criminal ó la civil para obtener la reparación de la falta de cumplimiento de este empeño? Entiéndase bien, por otra parte, que la regla del art. 1341 solo se aplica á los escritos que son obra de las partes, y que no hace referencia alguna á los escritos estendidos por funcionarios públicos, ni menos á los procesos verbales ó sumarias que consignan las infracciones á la ley penal, procesos verbales contra los que se admite la prueba con mas ó menos latitud, según veremos en el lugar donde se trata de esta materia.

En los antiguos Códigos legislativos españoles, no existe disposición alguna que permita probar por medio de testigos contra el contenido de las escrituras ó instrumentos. Nuestras antiguas leyes, se hallan, pues, conformes con el espíritu y aun la letra de la mayor parte de las prescripciones del Derecho romano, que cita Mr. Bonnier, en el núm. 138 y siguientes, y con otras varias leyes del cuerpo de aquel derecho por las que estaba prohibida la prueba de testigos para dicho efecto. Una de nuestras antiguas leyes que contienen disposiciones mas análogas á esta materia, es tal vez la ley 115, tít. 18, Part. 3ª que declara "por cuáles razones, las cartas públicas que aducen las partes ante los juzgadores deben ser creídas ó por cuáles non," y cuyo objeto es determinar en qué casos y con qué número de testigos, pueda probarse la falsedad de un instrumento público. Hé aquí el texto de esta ley, que creemos oportuno esponer, para mayor ilustración de esta materia, y en atención á la doctrina y fundamentos que en ella se contienen, y que completan ó aclaran

los espuestos por M. Bonnier. "Si por aventura el escribano público cuyo nombre fué escrito en la carta viniese antel juzgador, e dijese quel non escriviera aquella carta, debe ser creydo, e la carta, desechada por falsa, non probando la parte el contrario. Mas si él otorgasse que verdad era que la escriviera, e los testigos que fuesen escritos en ella, dijessen que no se acertaran y cuando el pleyto fué puesto, nin otorgado de las partes assi como es escrito en ella entonce dezimos, que si el escribano es ome de buena fama, e fallaren en la nota que es escrita en el registro que acuerda con la carta, que debe ser creydo el escribano e non los testigos, e debe valer la carta. *Esto es, porque muchas vezes contesse, que los omes son testigos de pleytos de que no se acuerdan despues.* Onde pues que la nota acuerda con la carta, e el escribano es ome de buena fama, razon es que sea creydo. Ca por esso escriben los omes los pleytos, e las posturas, porque maguer aquellos que las fazen e los testigos ante quien fueron fechas non se acordasen dellas que finque por siempre remembranza de cómo pasaron e en qué quisa fueron puestas. Pero si el escribano non fuesse de buena fama, e los testigos fuessen omes buenos, e el pleyto, e la postura que dice en la carta, oviesse poco tiempo, que pue e fecha, estonce, acordándose todos los testigos de la carta en uno, deben ser creydos e non el escribano." En el derecho foral aragonés hay tambien una disposición espresa que dice: "Aunque según el Fuero, no se admite contra la escritura pública mas que otra escritura que sea tambien pública, por costumbre se admite al notario testificante y á los testigos que firmaron en ella. *Observancia 25, de probatio-nibus.*

Conviene tener tambien presente en la materia de que tratamos la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 2 de Octubre de 1861, por la que se ha declarado, que por muy eficaz que sea la prueba documental no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho que para enervarla se dé valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni aun á la prueba testimonial admitida tambien por la ley; la sentencia de 31 de Diciembre de 1857, pronunciada por el mismo Tribunal Supremo, por la que se ha prescrito que no basta que un hecho se consigne en un instrumento público, para que se tenga por suficientemente probado, si aquel hecho puede ser combatido legalmente ó si la existencia de otro documento demuestra su ineficacia; y

por último, la sentencia de 22 de Marzo de 1860 que ha resuelto, que no por haberse autorizado un acto por escritura pública, deja de ser válido cualquier otro contrato privado que, lejos de oponerse á lo pactado y consignado en aquel documento, sirve solo de esplicación de ello, y que al declararlo así una Audiencia no infringe la ley 115, tít. 18, Partida 3ª, que dice, por cuál razon debe ser creyda la escritura pública.

No debe entenderse, sin embargo que la ley de Partida ni las anteriores sentencias citadas autorizan la prueba de testigos contra el contenido de las escrituras, sino que se refieren al modo de probarse la falsedad ó de combatirse la fuerza de aquellos instrumentos en ciertos casos y por otras pruebas que reconoce el derecho y aun la de testigos.

Conviene tambien tener presente que la ley 32, tít. 18, Part. 3, adopta la ley romana que cita M. Bonnier en el número 144, puesto que dicha ley de Partida dispone, que para probar que está satisfecho el pago de una deuda contraída por escritura pública, hasta presentar otra escritura en que así conste, ó cinco testigos que digan haber presenciado el pago.

Respecto de la prueba en materia comercial, de que trata M. Bonnier en el núm. 145, nuestro Código de Comercio consigna entre los medios por que puede probarse en general las obligaciones mercantiles, la prueba testimonial (V. el art. 262, nem. 7 del Código). Y en cuanto á las sociedades mercantiles, dispone espresamente el art. 288 de nuestro Código, á semejanza del 41 del Código francés, espuesto por M. Bonnier en el número citado, que los socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni la prueba de testigos.

El Proyecto de Código civil de 1851 admite terminantemente la regla del art. 1341 francés de que tratamos. Según prescribe su art. 1220, no se admitirá prueba de testigos, respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público ó privado.—Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, ascienda á cien duros ó mas.—Tampoco se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente del contenido de los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo ó despues de su otorgamiento, aunque se trate de una suma ó valor por menos de cien duros.

Esta disposición, según el Sr. García

Goyena en sus Comentarios á dicho proyecto, debe entenderse como prohibiendo la prueba por testigos aun respecto de los instrumentales y del escribano que autorizó la escritura, y como comprendiendo en las palabras *cosa diferente*, aun lo que no consta en el contrato, como si el acreedor quisiera probar por testigos que se pactaron intereses y el deudor que se otorgó plazo y no aparece así de la escritura, porque todo esto se considera cosa diferente de su contenido.

Véase la nota núm. 152, donde se exponen las disposiciones del derecho español sobre la primera prohibición del art. 1341 del Cód. Nap., y que es correlativa á la presente.—(A. de C.)

## SEGUNDA REGLA.

### *Exclusion total de la prueba por testigos en ciertas materias.*

#### SUMARIO.

148. No hay distinción alguna entre la jurisdicción civil y la criminal.

149. Restricciones especiales respecto de las cuestiones de estado.

148. No debe sentarse como principio, según se ha hecho con frecuencia injustamente, que la prueba testimonial es generalmente rechazada por la ley en materia civil. Es verdad que el art. 1341 quiere que se estienda escrito *de todas las cosas* que excedan el valor de ciento cincuenta francos. Pero estas expresiones cuyo origen explicaremos en breve, no pueden entenderse, y no se entienden jamás en la práctica, sino de los casos en que puede haber lugar á estender una acta ó escritura, es decir, convenciones ó contratos en el sentido más lato de la palabra. *Todo aquello sobre que nuestros súbditos quieran tratar ó disponer*, decía con suma exactitud el art. 19 del edicto de 1611 de los archiduques

Espuesto como está en la anterior adición lo que el derecho español antiguo dispone sobre la materia de que se trata, sería inútil repetirlo. Solo añadiremos que conforme al Cód. de proc. los instrumentos públicos pueden ser redarguidos de falsedad y como no se fija la clase de pruebas que para ello se necesita, se infiere que puede hacerse de todas las que sean legales art. 776.—[N. de los EE.]

de Flandes. Así vemos á la ley referirse al momento mismo en que se ha tratado, para significar su voluntad á los contratantes: *debe redactarse ó estenderse acta ó escritura*. Cuando se trata de un hecho distinto de una convención ó contrato, las partes de quienes no es obra común, no han podido estar obligadas á consignarlo de tal ó cual manera; por tanto se les admite la prueba testimonial. En materia civil, por lo común se trata de convenciones; al contrario, en lo criminal, lo más frecuente es tratar de hechos que en manera alguna son convencionales. De aquí la opinión vulgar, opinión que, según veremos, ha dejado algunas huellas en nuestras leyes, según la cual, esta prueba habitualmente inadmisibles en lo civil, sería siempre admisible en lo criminal. Pero esta opinión es inexacta, bajo uno y otro concepto, puesto que las disposiciones de la ley no atienden al carácter de la jurisdicción, sino á la naturaleza de los hechos que hay que probar. Si un hecho ilícito se refiere á una convención, si se trata, por ejemplo, de la violación ó sustracción de un depósito, la convención cuya existencia debe consignarse previamente, no será jamás, si el valor excede de la tasa legal, susceptible de probarse por testigos, bien se agite la cuestión ante un tribunal de policía correccional, ó bien ante un tribunal civil. Por el contrario, cuando la jurisdicción civil haya apreciado un hecho no convencional, por ejemplo, una dificultad relativa á la posesión, estará perfectamente autorizada para ordenar la información de testigos, cualquiera que por otra parte sea la importancia del litigio (1).

149. Pero independientemente del principio restrictivo del artículo 1341, aplicable á las convenciones, hay casos en que el legislador, sin examinar si el demandado ha podido ó no hacer comprobar los puntos que tiene interés en acreditar hoy,

1. Según el mismo espíritu ha juzgado el tribunal de Douai el 6 de Abril de 1851 que un contrato civil que no puede probarse sino por escrito, no es susceptible de prueba testimonial por el solo hecho de hallarse sometido al demandado, por razón de su cualidad, á la jurisdicción comercial.

rechaza la prueba testimonial, aun respecto de hechos del orden de la naturaleza. Tal sucede, cuando el carácter de estos hechos se presta demasiado á fraude, y que al mismo tiempo tienen una gran importancia social. Me refiero á las restricciones que experimenta la prueba por medio de testigos, en lo relativo á las cuestiones sobre el estado de las personas. Estas restricciones tienen menos extensión que las del art. 1341, en cuanto no se dirigen á reprobando toda prueba por medio de testigos, sino solamente la prueba por testigos de ciertos elementos de decisión. Por otra parte, son más imperiosas en cuanto no admiten el recurso del interrogatorio y el del juramento; mientras que en lo relativo á convenciones, al menos cuando no se exigen ciertas solemnidades, solo está prohibida la información de testigos, siendo admisibles todos los otros medios de información.

Exclusión general de la prueba testimonial en materia de convenciones, exclusión enteramente especial en lo concerniente á las cuestiones del estado de las personas; he aquí materias que importa distinguir bien, y de que vamos á tratar por separado. Después explicaremos en párrafo aparte lo concerniente á la admisibilidad en lo criminal de la prueba testimonial.

## DIVISION PRIMERA.

### ESCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR TESTIGOS EN MATERIA DE CONVENCIONES Ó CONTRATOS.

#### SUMARIO.

140. Principios del derecho primitivo sobre la prueba testimonial.

151. Origen de la exclusión introducida por la ordenanza de Moulins.

152. Disposiciones de las legislaciones extranjeras sobre la prueba por medio de testigos.

150. La admisión indefinida de la prueba testimonial parece haber sido sin excepción en Roma, al menos cuando solo se trataba de acreditar las convenciones de

las partes. Sabido es que los Romanos se fiaban de la memoria del hombre para consignar, bien fuese actos solemnes, tales como la emancipación, bien la misma existencia de un juicio, lo cual era objeto de la acción *judicati*, que parecería sumamente extraña en nuestras costumbres actuales (1). Esta facultad tan amplia no fué modificada en Constantinopla hasta el siglo IV, y aun entonces solo en casos particulares. En la ley 18 del Código, *de testibus*, quiere Justiniano, que cuando se ha consignado una deuda por escrito, no pueda hacerse la prueba del pago sino por medio de escrito, ó al menos por cinco testigos dignos de fé (2).

Nada hay en esto semejante al principio general sentado en las sentencias de Paulo (lib. V, tít. XV, §. 4), y reproducido en la ley 1ª del Código, *de testibus*, cuando se trataba de la prueba por testigos opuesta á un escrito. Y sin embargo, las costumbres estaban lejos de ser puras en Roma, sobre todo en tiempo del imperio. Jamás han faltado testigos falsos para las acusaciones políticas: sabida es la sangrienta frase de Tácito (Hist., lib. 1ª, §. 2): *Quibus deerat inimicus, per amicos oppressi*. Pero el motivo fundado en la corrupción de los testigos, aunque el más aparente, no es el único que haya ocasionado la prohibición entre nosotros. El temor de que se multipliquen los procesos ha sido para nuestros tribunales un motivo no menos poderoso. Pues bien, este temor no podía tener la misma influencia en el imperio romano, en que había muchas menos riquezas que hoy en el mundo civilizado, y donde la población era mucho menos considerable y en gran parte esclava. Además, las formas precisas de la estipulación que se usaban en las ocasiones más importantes, fijaban la atención de los testigos y simplificaban su tarea. Así vemos arraigarse la prueba

1. Resulta de las investigaciones del conde de Beugnot [V. el prólogo de un trabajo sobre los *Obis*], que el primer ejemplo de haberse redactado en debida forma las sentencias, se encuentra en 1336 en la tierra clásica de la jurisprudencia, en Normandía.

2. Este es el origen de la opinión que rehusa admitir la prueba por testigos del pago de un crédito consignado por escrito [núm. 144].