

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 inadmisibile 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 estension 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].

testimonial en los hábitos nacionales, aun en tiempo de Justiniano. Así en la novela 74, cap. IV, el emperador trata de introducir un escrito para hacer constar el matrimonio, al menos en la mayor parte de los casos; pero poco tiempo después, en la novela 117, cap. IV, se vé obligado á restringir su innovacion á los grandes personajes del imperio. Y aun la ley 8 del Código, *de testibus*, no proscribió completamente la prueba por testigos en el caso que en dicha ley se prevee; exigiendo solamente, á falta de escrito, un número de declaraciones mas considerable.

En la edad media, si, como hemos visto, no se admitió siempre la superioridad de la prueba oral á la prueba por escrito, es evidente al menos, que el uso de la escritura estaba muy poco extendido para que fuese posible dejar de admitir la prueba testimonial de los contratos. Por otra parte, la utilidad de semejante exclusion no se notaba todavía cuando á razon del estado menos avanzado de la civilizacion, eran menos frecuentes los pleitos y menos depravadas las costumbres (1). Llegábase hasta consignar la existencia de la costumbre por medio de una *informacion por turba* ó pesquisa, que consistia en informaciones recogidas de boca de cierto número de personas, que se tomaba al azar, y á quienes se interrogaba sobre lo que creian ellas estar en uso.

151. Si la antigua Roma admitió los principios mas amplios en punto á testimonio, la Italia moderna, por el contrario, fué la primera que dió el ejemplo, en el siglo XV, de restringir la libertad de la prueba. Un estatuto de Bolonia de 1453, aprobado por el Papa Nicolás V, prohibió la prueba por testigos de los pagos de mas de cincuenta libras, y de los contratos de mas de cien libras. Asimismo, los estatutos de Milan, en 1498, prohibieron la prueba testimonial en ciertos casos. En Francia tuvo lugar una

1. No quiero decir, que las costumbres de las clases superiores fuesen siempre ejemplares; pero entonces la corrupcion no habia penetrado en la masa de la poblacion, como ha sucedido desgraciadamente en los tiempos modernos.

reforma análoga en el siglo XVI, en la época en que la redaccion por escrito de las costumbres hizo caer el uso abusivo de las informaciones por turba. En el mediodía de un país de derecho escrito, fué donde emanó la proposicion de introducir restricciones semejantes á las que acababan de establecerse en Italia. El Parlamento de Tolosa envió diputados cerca de Carlos IX á los Estados de Moulins, para solicitar la disposicion que forma el art. 54 de la Ordenanza de 1566, y que requiere se otorgue contrato de todas las cosas que escedan del valor de cien libras. El preámbulo de esta Ordenanza, llamada de Moulins, la misma que prohíbe probar contra ó fuera del contenido de las actas ó escrituras, no menciona, lo cual es muy notable, mas que el motivo de la complicacion de los procedimientos. Refiriéndose al origen de la prohibicion, no parece ocuparse únicamente el legislador, como imaginan muchos, del peligro del soborno de testigos. No obstante, este peligro habia llamado tambien la atencion de los contemporáneos, como lo prueba el adagio citado por Loisel: "Loco es quien se mete en informaciones, porque quien mas abrevia, mejor prueba."

Esta ordenanza, qualquiera que fuese su motivo principal, verificaba una verdadera revolucion en los hábitos. Así Boiceau, comentarista contemporáneo, nos dice comenzando la esposicion de la materia: "Quum primum nata te promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria." Esta disposicion era dura, en cuanto obligaba á usar de escritos embarazosos y costosos á las partes que anteriormente podian omitirlos; odiosa, en cuanto favorecia la mala fé, por no ser bien conocida de todos ni estar bien encarnada en las costumbres; y finalmente, contraria al derecho, es decir, al derecho romano, pero esto no era una razon para que habiendo cambiado las circunstancias, fuese rechazada por los modernos, puesto que quien la habia reclamado habia sido un país de derecho escrito. En cuanto á los dos primeros motivos, solo

eran transitorios. Así Boiceau añade, que no obstante estas razones para dudar, la ordenanza fué altamente aprobada por los entendimientos mas graves, y especialmente por el Parlamento de París: "Nulla toto hoc sæculo constitutio ac lex regia sanctorum ac probator visa fuit amplissimo nostro Galliarum Senatui."

152. Antes de analizar este artículo 54 y las leyes posteriores que han reproducido su disposicion, echemos una ojeada sobre las legislaciones extranjeras. Hay países donde no se admite restriccion alguna, por ejemplo, el Austria, segun ya hemos observado. (Véase el Código Aust., art. 883). Así se dispone por el derecho comun germánico. Parece que lo mismo acontece en Dinamarca, en Suecia y en Noruega. Esta sencillez de las poblaciones germánicas y escandinavas se encuentra en las naciones mas meridionales. El reglamento de 1834 para los asuntos civiles en los Estados de la Iglesia (§. 623-625), consagra como principio general la admision de la prueba por testigos. Otros países, tales como Inglaterra, á quien siguen en este punto los Estados Unidos, no exigen escrito sino para ciertos actos importantes, tales como los contratos sobre inmuebles, cuyo valor llega por lo menos á diez libras esterlinas; tal es el objeto de una disposicion comprendida en el estatuto vigésimonono de Carlos II, é intitulada: *Acta para prevenir los fraudes y los perjurios*. Prescindiendo de esta restriccion (1), la Inglaterra ha permanecido, como en tantos otros puntos, fiel á las antiguas costumbres. Leon Faucher nos dice, en efecto, en sus *Estudios sobre la Inglaterra* (capítulo de la *Aristocracia*): "Todo se hace en Inglaterra sobre palabra, así como en Francia por obligacion escrita. El juramento se ha elevado al estado de institucion y se prodiga sin temor de que se envilezca.... Un testimonio en Inglaterra vale, y es mucho decir, lo que vale un guarismo entre nosotros." Por el contrario, en la mayor

1. Hállanse restricciones análogas en las leyes anglosajonas; pero como no era posible en esta época exigir la redaccion de un escrito, se requeria solamente para los actos importantes la presencia de tres á cuatro testigos, ó bien del alcalde de la ciudad.

parte de las codificaciones modernas, especialmente en el Código prusiano (1) (título de los contratos, art. 131), se ha admitido el sistema francés. Sin embargo, algunas veces se le ha templado, elevando el valor hasta el cual pueda ser recibida la prueba testimonial. Por eso el Código sardo (artículo 1454) fija este valor en trescientos francos, y el Código del Canton de Vaud (art. 995) lo eleva á ochocientos francos. Se concibe fácilmente esta diversidad de legislaciones. La cuestion de la admisibilidad de la informacion testifical es una de las cuestiones de moralidad y de disciplina nacional, cuya solucion debe variar de pueblo á pueblo.

La legislacion española de nuestros antiguos Códigos no pone tasa ni limitacion alguna en el valor ó importe de los contratos y demás para que puedan probarse por medio de testigos. Nuestros antiguos legisladores, atendiendo á la hidalguía del carácter español, no han temido que fueran sobornados los testigos por suma alguna. Sabida es tambien la disposicion de la ley 1ª, tít. 1º, lib. 10 de la Nov. Rec., sobre que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado, segun la cual, queda perfecto el contrato inmediatamente que han convenido los contrayentes acerca de la cosa y del precio. Sin embargo, hay contratos en los que se requiere por nuestro derecho la escritura para la sustancia ó esencia del acto; y tal es, por ejemplo, el caso en que los contrayentes quieren que para su perfeccion se otorgue escritura pública, en cuyo caso hasta el otorgamiento de ésta no se perfecciona el contrato segun prescribe la ley 1ª, tít. 6º, Partida 5ª (si bien este caso tambien se rige por la voluntad de los contratantes).

Tambien requiere nuestro derecho que todos los contratos de bienes inmuebles se reduzcan á escritura pública. Así lo dispone la ley 114, título 18, Part. 3ª, que dice: "Mas si tal carta fué fecha sobre cosa señalada, así como sobre vendida o cambio de casa o de viña de otra tal cosa, non vale para probar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion: e esto es porque las cartas de tales pleytos deben ser fechas por manó de escribanos públicos o

1. La Prusia se aproxima mas bien á las ideas francesas que á las otras naciones germánicas.

de otros, seyendo firmadas por buenos testigos, porque falsedad ni engaño non debe ser fecho en ellas." Sin embargo, no se considera esta disposicion como teniendo por objeto dar validez al contrato, ni á su perfeccion y consumacion, sino que se entiende como refiriéndose á los efectos del contrato, á saber, que debiendo tomarse razon de esta escritura en la Contaduría de hipotecas, en el plazo señalado por las leyes administrativas, se evitan los fraudes de los que venden lo que no pueden, y se consigue que se asegure el pago de los tributos que pesan sobre la traslacion de la propiedad inmueble. (V. las leyes 2ª y 3ª, tít. 26, lib. 10 de la Nov. Recop. y el Real decreto de 22 de Mayo de 1845. La falta del requisito de estenderse escritura pública de dichas enajenaciones de inmuebles, sólo influirá, pues, en la validez y efectos del contrato á que el documento se refiere, cuando haya de perseguirse alguna hipoteca, ó de discutirse sobre el gravámen de la finca á que se refiere aquella obligacion (V. la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de Setiembre de 1865).

En cuanto al derecho mercantil, nuestro Código de comercio, ha venido á adoptar la regla sancionada por el derecho francés que espone aquí M. Bonnier, sobre la prohibicion de constituirse ó de poder probarse las convenciones de cierta importancia por medio de testigos. En el artículo 237, al facultar á los comerciantes para contratar de palabra y al declarar válidos sus contratos, aunque no se hayan redactado por escrito, establece la limitacion de que el interés del contrato, en tal caso, no debe exceder de mil rs. vn., prescribiendo en tal caso, que no tenga éste fuerza ejecutiva hasta que por confesion de los obligados, ó en otra forma legal, se pruebe la existencia del contrato y los términos en que éste se hizo. En las ferias y mercados asciende dicha cantidad á tres mil rs. Asimismo, en el artículo siguiente 238, dispone, que los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reduzcan necesariamente á escritura pública ó privada, sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil.

Además, el art. 284 prescribe, respecto de las sociedades mercantiles, que todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho.

El proyecto de Código civil español de 1851, contiene disposiciones esplicitas que consignan por completo la regla en cuestion del derecho francés.

En su artículo 1002 se prescribe en efec-

to, que "toda obligacion que tenga por objeto una cosa ó cantidad de valor de cien ó mas duros, debe redactarse por escrito, y únicamente podrá probarse por otros medios en los casos señalados en el capítulo VII de este título." (Es el 5º de dicho proyecto.)

"Esta disposicion es aplicable á cualquier acto, por el que se otorgue la liberacion ó descargo de una obligacion de la misma cuantía."—"Esceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas."

En el capítulo VII á que se refiere este artículo, se trata de la prueba de las obligaciones; mas en su seccion III, que trata de la prueba testimonial, se previene, que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligacion que hubiere debido consignarse en instrumento público ó privado, disposicion que se declara aplicable al caso de que el capital de la demanda, reunido el importe de los intereses, ascienda á cien duros ó mas. Los artículos 1223 y 1224, establecen dos escepciones á estas reglas que pueden verse en los apéndices á los números 164 y 170.

Los contratos que deben redactarse en escritura pública, á que se refiere esta seccion se hallan enumerados en el 1003 y son los siguientes:

1º Los contratos que tengan por objeto la trasmision de bienes inmuebles en propiedad ó en usufructo, ó alguna obligacion ó gravámen sobre los mismos.

2º Las particiones de herencias, cuyo importe pase de 500 duros, ó en las cuales haya bienes inmuebles, aunque sea inferior á dicha cantidad.

3º El contrato de sociedad cuando ésta sea universal, y cuando sea particular, si es de valor de cien á mas duros, ó algunos de los bienes aportados son inmuebles.

Esto mismo regirá para la prorogacion de dicha sociedad, cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado.

4º Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis ó mas años.

5º Las capitulaciones matrimoniales, la constitucion y aumento de dote y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos exceda 200 duros.

6º Las donaciones, con arreglo á lo prescrito en el art. 946.

7º Los censos y la constitucion de renta vitalicia.

8º La cesion, repudiacion y renuncia de derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal.

9º El poder para contraer matrimonio,

el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó en que tenga interés un tercero.

10. Las transacciones sobre cuantía de cien ó mas duros, ó siempre que recaigan sobre bienes inmuebles.

11. La cesion de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

12. Todos y cualquiera otros actos que sean accesorios, esplicatorios, derogatorios ó modificativos de contratos redactados en escritura pública.

13. Los pagos de la obligacion consignada en escritura pública, á escepcion de los parciales y de todos los relativos á intereses, alquiler, renta, cánon y otras anualidades.

Véanse las notas y adiciones á los números 147, 164 y 170. (A. de C.)

Véamos ahora cuál es la estension del principio sentado por la ordenanza de Moulins, tal como se ha desarrollado por la doctrina y por la legislacion posteriores. Despues veremos en qué casos hay escepciones á este principio, y en qué casos, por el contrario, se estiende mas allá de sus límites ordinarios.

#### §. I. APLICACION DE ESTA REGLA.

##### SUMARIO.

153. Verdadera trascendencia de la regla.

154. Consecuencias prácticas que deben sacarse de nuestra doctrina.

153. Aunque en la ordenanza de 1566 se emplea la espresion *todas las cosas* que vuelve á encontrarse en el art. 1341 del Código Napoleon, los autores contempo-

Nuestro Cód. civ. exige como indispensable la escritura, y en consecuencia excluye cualquiera otro modo de hacer constar el contrato, cuando se haga division de bienes [832]; cuando se constituye contrato de anticresis [1928]; cuando se constituye hipoteca ó se enajena el crédito hipotecario [1989 y 1979]; en el contrato de sociedad siempre que se trate de un capital que exceda de trescientos pesos [2357]; en la constitucion del mandato siendo suficiente que se haga constar por medio de una simple carta cuando el interés no pase de mil pesos ó sea dada para negocios judiciales se traten en juicio

ráneos estuvieren lejos de entenderla en el sentido de que lo comprendiera todo, *omnes res nostras*, como dice Boiceau. Al contrario, ateniéndose á la espresion práctica *se estenderá contrato*, usada con bastante impropiedad por los redactores que interpretaron la ordenanza en el sentido de ser aplicable solo á los contratos (V. Pothier, Oblig. núm. 786), esta interpretacion era poco racional, porque los hechos que disuelven la obligacion, como el pago, la remision, etc., se consignan por escrito lo mismo que las convenciones ó contratos que tienen por objeto constituirla. De aquí las espresiones mas generales de la ordenanza de 1667 (título XX, art. 2) que quiere se estienda acto ó escritura ante escribano, ó bajo firma privada de todas las cosas, cuyo valor exceda de cien libras. Por esta palabra *cosas*, empleada sin restriccion alguna, se ha querido comprender, tanto los distractos como los contratos, las convenciones *diversitivas*, como las convenciones *investitivas*, para usar el lenguaje de Bentham. Pero no se ha querido comprender en estas palabras mas que lo que emana de la voluntad del hombre, las cosas *de que se quiere tratar ó disponer*, como dice el edicto de 1611 que ya hemos citado.

(1). Las espresiones de la ordenanza vuelven á encontrarse en el art. 1341, y no es posible interpretarlas de otra suerte. Y este es el sentido en que decia el tribunal de casacion, en sus observaciones sobre el proyecto de Código (lib. III, tít. II, art. 322): *Facta probantur testibus, non conventionibus*.

Es verdad que se ha propuesto sustituir

verbal ó para convenios que no fuere indispensable se reduzcan á escritura pública [2484]; en toda condicion de bienes raíces ó de muebles cuyo valor exceda de trescientos pesos [2725 y 26]; en todo contrato de seguro —2835—; en toda compra y venta de bienes inmuebles, con la distincion de que valiendo quinientos pesos ó menos puede hacerse escritura privada ante dos testigos y en papel del Sello correspondiente. —3068—. Por último, se requiere la escritura en la constitucion de todo censo —3222— y en el arrendamiento de predio rústico cuando la venta pasa de mil pesos anuales. —3080—. —N. de los EE.—

1. "Las cosas que no pueden reducirse á escritura" decia el abogado general, Joly de Fleury en su informe de 2 de Agosto de 1706 "que no son susceptibles de convencion, no se han comprendido nunca en esta disposicion.

á la redaccion del Código esta fórmula: debe estenderse acto ó escritura de todo *hecho jurídico*, cuyo objeto es de un valor superior á ciento cincuenta francos. (V. Zachariae, §. 762, con las notas de MM. Aubry y Rau.) De esa suerte, se ponen fuera de la regla los acontecimientos naturales (salvo disposicion expresa en sentido contrario, como la hay respecto de los nacimientos y defunciones) y los hechos del hombre que solo presienten resultados materiales, como la posesion. Este modo de explicar la regla, es sin duda alguna mas propio y atinado que la fórmula empleada por la ordenanza de 1667 y por el Código Napoleon, pero no nos parece enteramente exacto. Nos es imposible comprender, por qué no ha de ser la posesion un hecho jurídico, puesto que supone un elemento moral, prescindiendo del hecho material de la detencion: *Plurimum ex jure possessio mutuat*, dice Papiniano (l. 39, pr. D. de *adq. poss.*) Así, pues, quedaria necesariamente comprendida en la regla entendida de un modo tan lato. La única idea racional es considerar, con los primeros comentadores de la ordenanza de Moulins, que la prohibicion se refiere al caso en que las partes trataron juntamente: *De quibus pacisce consueverunt*, dice Boiceau (lib. I, cap. II, núm. 1), *ut passim in jure reperitur sub his verbis, gesserunt, contraxerunt*. Es preciso, pues, que haya *aliquid gestum*. Por eso, se ha autorizado por sentencia de 23 de Mayo de 1860, á un arrendatario á probar por medio de testigos, para obtener una indemnizacion, que habia efectuado plantaciones por valor de mas de ciento cincuenta francos, si bien en tal caso habia *aliquid factum*, pero no *aliquid gestum*. Por otra parte, si las espresiones *cosas ó hechos jurídicos* tienen sobrada estension, se comprende que el legislador no haya querido adoptar tampoco la palabra *convencion*, que se hallaba en la redaccion presentada al Consejo de Estado. Y en efecto, esta espresion no puede casi emplearse para designar el pago de los atrasos ó caidos de una renta, pago que tiene interés en jus-

tificar el acreedor para evitar su prescripcion; y no obstante, no es este un hecho susceptible de probarse por testigos, desde que el capital de la renta escede de los ciento cincuenta francos, puesto que el acreedor puede hacer que le entregue el deudor un contra recibo. En el dia se reprueba generalmente la opinion contraria adoptada en un principio en varias sentencias. El tribunal de casacion anuló el 28 de Junio de 1854, una sentencia del tribunal de Douai, que admitió la prueba testimonial, para el efecto de probar por testigos la percepcion de los atrasos de una renta, declarando inaplicables en semejante caso las disposiciones de los arts. 1341 y 1347 del Código Napoleon, relativas á los contratos. Versaba el caso sobre una *transaccion* en el sentido mas lato de la palabra, de *cosas de que se quiera tratar ó disponer*, como dice el edicto de 1611. El objeto de la ley es, en su consecuencia, que se redacta un escrito.

Llégase sin duda alguna al mismo resultado práctico, cuando se pregunta de un modo general, si ha sido ó no moralmente posible, estender acta de lo que se trató. Pero sentada de esta suerte la regla, está lejos de satisfacer á la razon, puesto que siempre resta que preguntar, qué hechos ha querido someter el legislador á la necesidad de que se consignen por escrito. Creemos que no se puede entender bien el principio del Código, sino aclarándole, como hemos hecho, por medio de los documentos de la antigua jurisprudencia.

154. Esta observacion nos conduce á rectificar la opinion doblemente inexacta del art. 1348: 1º Esta redaccion es desde luego viciosa en cuanto presenta como escepcion á la regla prohibitiva de la informacion, la admision de la prueba por medio de testigos de los delitos y cuasi delitos. No habia necesidad de exceptuar los actos ilícitos; puesto que jamás fueron comprendidos en la regla. Boiceau (libro I, capítulo X, número 5) no se equivocó sobre esto: "Quod autem ad obligationes ex maleficio descendentes, satis vulgatum

est eas hac lege non comprehendi, quia scriptis delinqui non soleat, immo clam vel noctu." Además, la facultad de probar por medio de testigos no se limita á los hechos calificados de delitos ó cuasi delitos. Siempre que arguyo dolo, no se trata de probar una convencion susceptible de consignarse por escrito, sino mas bien, maniobras fraudulentas que no serian precisamente tales, si me fuera posible estender acta de ellas instantáneamente. En su consecuencia, es aplicable la regla del art. 1341; y segun veremos, no hay que atenerse á la regla del art. 1353, que parece no reservar otro recurso para acreditar el fraude, que las presunciones que quedan abandonadas á la ilustracion del juez. La segunda inexactitud de estas mismas palabras del art. 1348, es que confunde en una misma redaccion todos los *cuasi contratos*, que presenta como fuera de la prohibicion. Ahora bien, de los dos cuasi contratos mencionados por el Código, hay uno sin duda, la gestion de negocios, que refiriéndose á un simple hecho ocurrido entre partes que no están presentes, no se halla sujeto á la prueba literal, y bajo este respecto, como por otras consideraciones, es de grande interés distinguir en la práctica el *negotiorum gestor* del mandatario (sent. de 19 de Marzo de 1845; pero el otro cuasi contrato que nace de la recepcion de lo indebido, entra en la regla del art. 1341, puesto que quien quiere verificar un pago, debe hacer que se le entregue un recibo. Nadie duda, á pesar de los términos generales de la ley, en hacer esta distincion; pero se comprende que es mas sencillo distinguir siempre si se trata ó no de un acto convencional (1).

## § II. ESCEPCIONES A ESTA REGLA.

### SUMARIO.

155. Carácter de las diversas escepciones al principio que prohibe la prueba testimonial de las convenciones.

1. Respecto á las prescripciones de derecho español, véase las notas y adiciones á los números sucesivos, y en especial al 164 y al 176.—[N. de C.]

156. Modicidad del valor del litigio: tasa de 100 libras antiguamente, de 150 francos en el dia.

157. Valuacion del importe de la demanda. Cómo se verifica cuando se trata de la competencia en última instancia.

158. Necesidad de que el juez haga aquí una valuacion, si no la hacen los demandantes.

159. Facultad de atacar esta última valuacion. Casos en que el crédito es el remanente de una suma mayor.

160. Acumulacion de los intereses al capital. ¿Qué debe hacerse respecto de los daños y perjuicios?

161. Casos en que se reclaman muchos créditos al mismo tiempo.

162. Acumulacion de las demandas. Trascendencia de esta regla.

163. Sancion de esta regla.

164. Resumen de nuestra doctrina. Su aplicacion á la prueba de las sociedades civiles.

165. Principio de prueba por escrito: origen de esta escepcion.

166. Dificultades que suscita el principio de la prueba por escrito. Remision.

167. De quién debe emanar el escrito.

168. De qué piezas puede tomarse el principio de la prueba.

169. Debe hacer verosímil el hecho alegado.

170. Competencia en esta materia.

171. Imposibilidad de procurarse una prueba literal. La gestion de negocios, los delitos y cuasi delitos, se hallan fuera de la regla.

172. Imposibilidad física ó moral. Depósito necesario.

173. Prueba que debe hacerse contra el posadero ó contra el traginero ó conductor.

174. Materias comerciales.

175. Casos en que se pierde el escrito.

176. Disposicion estremada en caso de perderse un proceso criminal.

177. Consentimiento del adversario. ¿Es suficiente este consentimiento para autorizar la prueba por medio de testigos?

155. Las escepciones á la regla del art. 1341, se refieren, ó al poco valor del litigio (art. 1341 y sigs.), ó á la existencia de un principio de prueba por escrito que dá una base á las pretensiones de los demandantes (art. 1347); ó finalmente, á la imposibilidad física ó moral de procurarse un escrito (1). Además de estas escepciones, fundadas en la ley, tendremos que investigar si puede ó no dispensar al demandante el consentimiento del adversario de observar esta regla (2).

1. En el proyecto del Código civil de 1851, se establecen tambien estas escepciones en los artículos 1221, 1222, 1223 y 12 ó 24. [N. de C.]

2. Ya hemos visto en las notas anteriores en que negocios por su menor cuantía no requiere nuestro Cód. civ. la escritura y en los cuales solo se exige escritura privada. [N. de los EE.]