

	Págs.		Págs.
Prueba testimonial en segundo grado.—Prueba de comun fama.	167	confesion en materia criminal.	253
Seccion segunda.—Modo de practicarse la prueba testimonial.	173	Seccion segunda.—Provocacion de la confesion.	259
Primer forma de exámen.—Exámen ó informacion escrita.	175	Primera division.—En materia civil.	"
§. 1º Curso general de la informacion ó exámen de testigos.	176	§. 1º Interrogatorio sobre hechos y artículos.	262
§. 2º Sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos.	187	§. II. Comparecencia de las partes.	268
§. 3º Exclusion de ciertos testigos.	192	Segunda division.—Provocacion de la confesion en materia criminal.	270
§. 4º Apreciacion de los testimonios.	203	§. 1º Interrogatorio en la instruccion ó procedimiento preparatorio.	275
§. 5º Influencia de la informacion ó exámen de testigos sobre la decision definitiva.	210	§. 2º Interrogatorio durante los debates.	278
Segunda forma del exámen ó informacion.—Exámen oral.	213	II. Confesion tácita; juramento decisorio.	282
I. Exámen oral en lo civil, llamado sumario.	"	Seccion primera.—Uso del juramento decisorio en lo civil.	284
II. Exámen en lo criminal.	217	§. I. Delacion del juramento.	285
§. I. Curso general de los debates.	218	§. II. Prestacion del juramento.	291
§. II. Sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos.	224	§. III. Efectos de la prestacion del juramento.	294
§. III. Exclusion de ciertos testimonios.	232	§. IV. Negativa á prestar ó á referir el juramento.	298
§. IV. Apreciacion de los testimonios.	237	Seccion segunda.—Inadmission del juramento decisorio en materia criminal.	299
Segundo medio de prueba oral.—Declaracion del demandado.	241	Tercer medio de prueba oral.—Declaracion del demandante.	300
I. Confesion espresa, ó confesion propiamente dicha.	"	Seccion primera.—Casos en que se dá crédito esclusivo á la declaracion de una de las partes.	301
Seccion primera.—Fuerza de la confesion.	242	Seccion segunda.—Declaracion del demandante ó del demandado, á eleccion del juez.—Juramento supletorio.	304
Primera division.—Fuerza de la confesion en materia civil.	"	Division primera.—Uso del juramento supletorio en lo civil.	305
§. I. Confesion judicial.	"	Division segunda.—Inadmission del juramento supletorio en lo criminal.	307
§. II. Confesion extrajudicial.	250		
Segunda division.—Fuerza de la			

FIN DEL INDICE.

TRATADO TEORICO-PRACTICO DE LAS PRUEBAS

EN DERECHO CIVIL Y PENAL

ESCRITO EN FRANCES POR

M. EDUARDO BONNIER

Catedático de la Universidad de Paris

Su traduccion al castellano ha sido cuidadosamente revisada y anotada con las disposiciones del derecho patrio

por los editores de esta Biblioteca

quienes conservaron las adiciones del Doctor D. José Vicente y Caravantes

TOMO SEGUNDO

MEXICO

IMPRESA DE LA BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA

Calle de Chavarría Núm. 3

1874

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA

TRATADO

TEORICO-PRACTICO DE LAS PRUEBAS

EN DERECHO CIVIL Y PENAL

ESCRITO EN FRANCÉS POR

M. EDUARDO BONNIN

por los editores de esta Biblioteca

TOMO SEGUNDO

MEXICO

IMPRESA DE LA BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA

TRATADO DE LAS PRUEBAS

En Derecho Civil y Penal.

LIBRO SEGUNDO.

PRUEBAS PRECONSTITUIDAS

(GENERALMENTE ESCRITAS.)

SUMARIO.

451. Utilidad de las pruebas preconstituidas.
452. Distinción de la prueba preconstituida y de la prueba literal.
453. Confusión de los diversos sentidos de las palabras *acta* ó *escritura* y *título*.
454. División de la materia: *acta* ó *escritura auténtica*: *acta* ó *escritura privada*, libros de comerciantes.
455. Prueba literal en segundo grado: copias, *acta* ó *escritura* de reconocimiento.

451. Hemos reconocido que llega á ser necesario en un estado de civilización avanzada: establecer anticipadamente ciertas pruebas, que sea fácil conservar, que puedan encontrarse ulteriormente cuando sea necesario. ¿En qué base descansaría la fé de los contratos y la estabilidad de las propiedades (1) si, para acreditar los derechos mas importantes, no hubiera otro recurso que los recuerdos de tercero ó las declaraciones de las partes interesadas? Ya hemos visto al tratar de la prueba de testigos que cuando mas se complican los derechos sociales, mas se ha reconocido la utilidad de las pruebas exentas de eventualidades de corrupción, de error ó de mortalidad, que hace tan peligroso el uso de la prueba testimonial. Nadie ha negado la utilidad de las pruebas preconstituidas, respecto de las cuales solo un punto puede dar lugar á con-

1. Tenemos á la vista, sobre todo, la propiedad de los inmuebles y la de los muebles incorporales, porque respecto de los muebles corporales [Cód. Nap., art. 2279] la fuerza atribuida á la posesión hace mucho menos útil la producción de un título.

troversia. ¿Debe continuar siendo facultativo el uso de estas pruebas, ó bien puede imponerse á las partes? Durante tres siglos se ha fijado la legislación francesa en este último sistema, movida especialmente por el deseo de evitar los procesos (número 151). En el día, que se ha introducido en nuestras costumbres este sistema (1), es difícil que pueda haber lugar á sorpresas, sino es en casos escepcionales. Pero, ¿puede ponerse en balanza el peligro de fraudes accidentales con la ventaja general de impedir una multitud de contestaciones, ó por lo menos de dar al juez una base fija para decidir, siempre que es posible?

Esta idea es, por lo demás, muy antigua, puesto que en Egipto, segun testimonio de Diodoro de Sicilia (lib. I, §. 79), una ley de Bocoris queria que el prestamista exigiera recibo por escrito de la suma prestada, y que de otra suerte, fuera creído por su juramento el pretendido deudor.

452. La prueba preconstituida se confunde por lo regular con la prueba literal. Esto consiste en que desde tiempo inmemorial se ha empleado la escritura para perpetuar el recuerdo de los sucesos jurídicos, así como de todos los demás hechos cuyos rastros se desea conservar por interés público y privado. Pero, puede haber tambien prueba preconstituida sin que conste por escrito, con tal que se use de signos que expresen con claridad una idea, porque el significado que se dá á los caracteres escritos

1. En la discusión que tuvo lugar en la Asamblea legislativa en 1851 sobre la abrogación del art. 1781 del Código civil [núm. 436], se hicieron algunas objeciones contra el sistema de nuestras leyes sobre la prueba testimonial; pero no parece haber hecho impresión sobre la gran mayoría de los ánimos [Monitor del 10 de Mayo de 1851.]

no es, en último resultado, mas que efecto de un convenio, y nada impide, en la naturaleza de las cosas, que adoptemos otros signos para espresar nuestras ideas. Sin hablar de los geroglíficos, que parece haber sido la infancia de la escritura, se sabe que los Peruvianos empleaban, para consignar los hechos mas importantes, *quipos*, cordones, de diferentes colores, que ataban de diversas maneras. Cada color, cada nudo tenia un valor particular. Esta era evidentemente una prueba preconstituida. Las *tarjas*, que se autorizan todavía por el Código Napoleon, son un procedimiento enteramente análogo, pues no siendo en el fondo la escritura mas que la espresion de nuestras ideas por medio de ciertos signos, puede comprenderse este procedimiento en la espresion general de escritura. Pero fuera de esta concesion que se hace á antiguos usos, nuestras leyes exigen el uso de la escritura propiamente dicha, siempre que se quiere asegurar una prueba anticipadamente; y en este sentido, es verdad en general entre nosotros, lo mismo que en todos los pueblos civilizados, que la prueba preconstituida se confunde con la prueba literal. Mas entiéndase, sin embargo, que no todo escrito constituye una prueba literal en el sentido legal de esta palabra. Para que tenga esta autoridad, es necesario que reuna ciertos caracteres á falta de los cuales degenera en una simple nota, que puede á lo mas constituir una presuncion contra su autor, pero que jamás tiene contra él la fuerza de una prueba legal. Entonces hay lo que llama Bentham *una prueba por escrito casual* en vez de una prueba preconstituida. Por eso las cartas misivas, suponiendo que se presenten en juicio con el consentimiento del tercero á quien se han dirigido, constituyen solamente un elemento de conviccion, que el juez tiene el poder discrecional de admitir ó rechazar, segun las circunstancias, como se verá cuando tratemos especialmente de los escritos privados.

453. No hay desgraciadamente en nuestra lengua espresion especial para designar

los escritos revestidos con ciertas formas que sirven para consignar tal ó cual convencion ó contrato, tal ó cual hecho. La palabra *instrumentum*, que espresaba felizmente esta idea, no se encuentra entre nosotros (1), sino en el verbo *instrumenter* (actuar), que se refiere á las funciones de los notarios, y en el adjetivo *instrumentario*, aplicado á los testigos que les asisten. Es verdad que Boileau (sátira X) emplea la palabra *instrumento* en el sentido de la latina *instrumentum*:

Y ya el notario, con valiente estilo,
El instrumento auténtico emborróna.

Pero la palabra ha envejecido demasiado en el dia en esta acepcion para que sea posible hacer uso de ella, viéndonos obligados á emplear con la ley espresiones usadas igualmente en otro sentido. Así la palabra *acte* (2) designa á un tiempo mismo lo que ha pasado, *quod actum est*, y el escrito redactado para consignar lo que ha acontecido. La palabra *título* (3) designa á la vez la causa en virtud de la cual poseo una cosa, tal como una venta ó una donacion, y el escrito destinado á consignar la existencia de esta causa. De aquí el ocurrir frecuentes equívocos. Porque en derecho, lo mismo que en metafísica, muchas controversias versan solamente sobre disputas de palabras. Estos equívocos no tienen lugar solamente en las escuelas, en que no podrian tener graves consecuencias, sino que se reproducen en la práctica judicial, y hasta en la redaccion de las leyes.

Un notario habia estendido el *acta* que consignaba en favor de una persona interpuesta, la cesion de un crédito, cuyo ver-

1. La espresion de *título* se aplica mas especialmente á las actas auténticas. Por eso el Código Napoleon intitula los dos primeros párrafos de la seccion de la prueba literal: *Del título ó instrumento auténtico y de la acta ó escritura privada*.

2. Debe advertirse que la palabra *acte* francesa no solamente ocasiona el equívoco de designar, tanto los actos ó convenios efectuados, como el título ó escritura que los consigna, sino que no espresando dicha palabra el femenino *acta*, como entre nosotros, la confusion que origina es mucho mayor, por no poder distinguirse por este medio esta última significacion.—[N. de C.]

3. La espresion de *título* se aplica mas especialmente á las actas auténticas. Por eso el Código Napoleon intitula los dos primeros párrafos de la prueba literal: *Del título ó instrumento auténtico y de la acta ó escritura privada*.

dadero cesionario era él mismo. Provocóse contra él la aplicacion del art. 175 del Código penal, el cual impone penas bastante graves contra el oficial público que se interesa en los *actos*, empresas, adjudicaciones, cuya administracion ó cuidado tuviera en el tiempo de otorgarse el *acta*, en todo ó en parte. Pues bien, la accion del ministerio público, segun decidió despues de un largo procedimiento el tribunal de casacion, el 18 de Abril de 1817, no se apoyó evidentemente sino en un equívoco. El *acta* cuya administracion y cuidado tenia el notario, era el *acta* escrita, el *instrumentum*; el *acto* en que habia tomado interés el notario, era *id quod actum erat*, la cesion cuyo cuidado no tenia en manera alguna, puesto que el cedente era él mismo, y estaba presente para velar por sus intereses. Habia, pues, en este caso, dos operaciones muy distintas, aunque simultáneas; la una, la cesion misma hecha en beneficio del notario, perfectamente lícita, desde que no era litigioso el derecho (1); la otra, la redaccion del *acta* que consignaba la cesion, redaccion que no habia podido hacer por sí mismo el notario interesado en la cesion sin cometer una nulidad (ley de 25 Ventoso, año XI, artículos 8 y 68). Pero esta nulidad del *acta* que debia servir de prueba de la cesion, no podia hacerla ilícita en último resultado, ni sobre todo hacer que fueran aplicables al oficial público disposiciones penales, destinadas á castigar prevaricaciones mucho mas graves que una simple contravencion disciplinal. Véase, pues, que la persecucion de estos hechos, iba á dar completamente en vago (2).

Esta deplorable confusion, entre el hecho y la prueba del derecho, se encuentra en la ley misma. "Las servidumbres conti-

1. Aunque cuando hubiera sido litigioso, lo cual no parece haberse alegado en el caso en cuestion, hubiera sido nula la cesion, si el derecho hubiera sido de la competencia del tribunal, en cuyo distrito ejercia sus funciones el notario (Cód. Nap., art. 1497); pero el procedimiento contra él no hubiera sido por esto mas fundado, puesto que el Código penal no impone pena alguna á la cesion ilícita de los créditos litigiosos.

2. El art. 213 del Código penal napolitano al imponer penas análogas contra un oficial público, en la misma hipótesis, ha hecho cesar el equívoco con la supresion de la palabra *acte*; mencionando especialmente las operaciones [*aggiudazioni, appalti ó amministrazioni*], cuya direccion ó custodia tenia el oficial público.

nias y aparentes," dice el art. 690 del Código Napoleon, "se adquieren por *título* ó por la posesion de treinta años." Si por título debiera entenderse en este artículo, el modo de adquirir la servidumbre en el fondo, la prescripcion seria un título, como lo es una donacion ó una venta, puesto que es igualmente un modo de adquirir. Oponiendo el título á la prescripcion, el Código ha tenido presente el *acta* escrita, que sirve habitualmente para consignar la enajenacion voluntaria de la servidumbre, en oposicion á la posesion de treinta años, base de la prescripcion que se prueba por testigos. Pero entonces la redaccion es tan viciosa como inexacta; viciosa, puesto que no se adquiere por medio del título, *instrumentum*, sino por medio de la constitucion que prueba este título; inexacta, en cuanto que las actas escritas no son el único medio de acreditar la existencia de la servidumbre, la cual puede probarse por confesion, por juramento y por la prueba testimonial misma, si su valor no escede de ciento cincuenta francos. Todo esto proviene de una confusion frecuente en la práctica, pero que no deberia volver á encontrarse en la ley, entre el modo de constitucion que sirve de título en el fondo á la servidumbre, y el título escrito destinado á perpetuar la memoria de esta constitucion (1). Lo mismo sucede con la palabra *acte*, que en el art. 778 del mismo Código significa sucesivamente el *instrumentum* y *id quod actum est*. Las sábias observaciones de la escuela de Condillac (cuyas tendencias sensualistas repudiamos por otra parte), sobre la utilidad de un lenguaje exacto en las ciencias, reciben aquí perfectamente su aplicacion. Desgraciadamente no nos es dado reformar el lenguaje del derecho, por lo que nos valdremos, con la ley, de las palabras que están en uso, poniéndonos solamente en guardia contra los equívocos de la clase que acabamos de señalar.

1. Incurriendo en la misma confusion, exigen ciertos autores un escrito para acreditar el *justo título*, en apoyo de la prescripcion de diez ó veinte años, como si debiera entenderse por *justo título* otra cosa que una justa causa de posesion, salvo probar por las vías ordinarias, la existencia de esta causa.

454. Las pruebas preconstituidas no son mas que la expresion del testimonio del hombre, revestido de ciertas formas. Ya hemos visto que el testimonio puede emanar de terceros estraños al litigio, del demandado ó del mismo demandante. La circunstancia de que el testimonio intervenga aquí en el momento de la operacion legal que atestigua, en vez de ser provocado despues del hecho, no impide que no emane siempre de una de estas tres fuentes. La division de este libro, será pues la misma que la del libro precedente. En la acta ó escritura auténtica, encontraremos el testimonio preconstituido de terceros desinteresados; en el acta privada, á que referiremos las tarjetas, el testimonio preconstituido del demandado; finalmente, el del demandante mismo, en los libros de los comerciantes. La fuerza de estos tres medios de prueba sigue una progresion decreciente. El testimonio de terceros, consignado en una acta auténtica, como el testimonio oral propiamente dicho, es la prueba legal por excelencia, en razon á la confianza que provoca el carácter del oficial público de quien emana. Viene en seguida la confesion consignada en el acta privada, que revestida de menos garantías, se coloca en un grado inferior. Finalmente, las declaraciones que hacen los comerciantes en su favor, en sus libros, no tienen necesariamente mas que una fé relativa y limitada.

455. En último lugar, nos ocuparemos de las copias y actas ó escrituras de reconocimiento, es decir, de la prueba literal en segundo grado. En cuanto á las actas de confirmacion, el legislador inducido por una semejanza engañosa entre estas actas y las de reconocimiento, ha tratado inoportunamente de las primeras en el título bajo la rúbrica de la prueba. A la verdad, estas dos clases de actas tienen de comun que propenden á dar fuerza á un derecho anterior; y en este sentido es en el que los intérpretes llaman al acta de reconocimiento mismo, *confirmatio*. Pero la confirmacion que se halla en el acta de reconocimiento, propende solamente á conservar la prueba de

un derecho cuya validez no se ha negado; mientras que la confirmacion propiamente dicha, la de que se trata en los artículos 1338 (1), 1339 y 1340 del Código Napoleon, propende á validar en el fondo una operacion afectada de nulidad. El lugar natural de este artículo hubiera, pues, sido la seccion VII del capítulo precedente, seccion en que se trata de la accion de nulidad ó de rescision, y no en el de la prueba literal. El legislador se ha engañado aquí también por el doble sentido de la palabra (*acte*) *acto* ó *acta*. El *acta* confirmativa de que habla el Código, es la confirmacion en el fondo, *id quod actum est*; cuando no deberia tratarse sino del acta escrita, *instrumentum*, destinada á probar el derecho. Pothier no ha incurrido en esta confusion. Las actas de reconocimiento son las únicas que refieren á la prueba literal. Seguiremos su ejemplo, absteniéndonos de invadir en la teoria de las nulidades y de las rescisiones, que es enteramente estraña á la materia de las pruebas.

En el derecho español, no há lugar á las dudas y equívocos que indica M. Bonnier, como ocurriendo en el derecho francés, por no tener para espresar los documentos públicos en que las partes consignan sus obligaciones mas que la palabra *acte*, *acto*, que se aplica tanto á los actos, hechos ú obligaciones de que se trató por las partes, como al documento ó escritura en que se consignaron estos actos ú obligaciones. En nuestro derecho se conocen para espresar estos documentos las palabras *escriptos*, *escripturas*, *cartas* y asimismo la derivada del latin, *instrumento*, la cual se encuentra desde muy antiguo adoptada en nuestros códigos para designar el documento ó escrito en que consta lo convenido entre dos ó mas personas ante escribano, notario ó persona autorizada para ello. Ciertamente es que en el Fuero Juzgo, no se hace uso para designar las escrituras públicas de la palabra *instru-*

1. Puede decirse, no obstante, que la primera línea ó párrafo del art. 1338, que exige diversas menciones para la validez del acta confirmativa, forma la materia de las pruebas en cuanto son necesarias estas menciones para probar un consentimiento formal. Pero esta es la parte menos importante del asunto. Las cuestiones delicadas, por ejemplo, el efecto de la confirmacion respecto de terceros, son todas de fondo y en su consecuencia, complemento estraño á nuestra materia.

mentum, sino de la de *scriptura* en el texto latino, y de la de *escriptos* en el romanceado (V. la rúbrica del tít. 5, lib. 2 y las leyes 1.^a y siguientes de dicho título), y si bien en el libro 1.^o se pone por rúbrica: *De instrumentis legalibus*, se usa aquí la palabra instrumento para designar la forma ó manera de hacer las leyes, como indica la traduccion en romance de dicha rúbrica: *del facedor de la ley é de las leyes*. Si bien es cierto asimismo, que en el texto de las leyes del Fuero Real, publicado en 1255, se encuentra la palabra *escriptos* para designar aquellos documentos, se halla la palabra instrumento en los epígrafes de las leyes 3, 4 y 5, tít. 9, lib. 2, leyéndose en el de la ley 3, "qué cosa debe haber el instrumento público para que valga" y en el de la ley 5, "como las escrituras ó instrumentos públicos el juez las debe mandar renovar con razon é causa derecha." Pero en las leyes de las Siete Partidas se encuentra en el mismo texto legal, la palabra *instrumento público* para designar "el que es fecho por mano de escribano público del Consejo" si bien se emplea la palabra escritura para denotar, "toda carta que sea fecha por mano de escribano público del Consejo, ó sellada con el sello del rey ó de otra persona auténtica (alias *honrada*, como glosa Gregorio López)," y asimismo se encuentra usada la palabra *carta*, para indicar las escrituras públicas en general y especialmente las comprensivas de poderes (V. las leyes 1, 54 y 112, tít. 18, Partida 3, y la ley 14, tít. 15 de la misma Partida). Mas adelante, se usa ya por lo comun en el mismo texto de las leyes de la palabra instrumento, segun puede verse en la publicada por Felipe IV en 15 de Diciembre de 1636, que forma la ley 1, tít. 24, libro 10, Novísima Recopilacion, que principia: "Habiendo reconocido los grandes daños que padecen el bien público y particular de mis vasallos con el uso de los instrumentos y escrituras falsas..."

En la ley de Enjuiciamiento civil, se comprenden toda clase de escrituras públicas bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes; y por último, en la ley del notariado de 20 de Junio de 1862, se usa de la palabra instrumento, como sinónimo de escritura pública, puesto que en la rúbrica del título 3 se lee: "Del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público," y asimismo se deduce del contesto de los arts. 19, 21, 23, 24, 27, 29 y otros varios. En el proyecto del Código civil de 1851, se entiende por *instrumento público*, el que se halla autorizado por un oficial ó empleado público competente con las

solemnidades requeridas por la ley, y por escritura pública, el instrumento en que se consignan las obligaciones de los contratantes y su descargo, otorgado ante escribano competente en la forma prescrita por la ley (V. los arts. 1199 y 1200).

Hállase, sin embargo, usada tambien en nuestras disposiciones legales la palabra *acta*, mas no en el sentido de escritura formal y pública, sino en el de la relacion por escrito, comprensiva de las deliberaciones ó acuerdos de cada una de las sesiones de cualquiera junta ó corporacion, y con relacion á los documentos públicos otorgados por ante escribano, se ha entendido por acta notarial el escrito en que el notario refiere haber dado testimonio por exhibicion, ó de los hechos ó circunstancias para que eran requeridos por los interesados y que convenia á estos acreditar. Estas mismas prescripciones se hallan consignadas en la nueva ley y reglamento del Notariado de 1862, en la cual se faculta á los notarios para autorizar traslados y copias de documentos no protocolados, testimoniar por exhibicion, certificar de existencia, y en general aplicar su ministerio oficial á los hechos y circunstancias que presencien y les consten, con arreglo á las leyes y prácticas vigentes, levantando de todo las oportunas actas que autorizarán con su firma y redactarán en papel de sello 9.^o, coleccionándolas en tomos encuadernados cuando por su volumen lo creyesen oportuno, y sujetándose en todo lo demás á lo prescrito respecto á los protocolos (V. el art. 101 del reglamento).

Tambien se hallan admitidas entre nosotros, como prueba preconstituida las *tarjetas*, que menciona M. Bonnier en el número 454, asimilándose esta prueba, como en el derecho francés, al documento privado, segun sienta Escriche en su *Diccionario*.

En cuanto á los instrumentos de *reconocimiento* y *confirmacion*, se hallan mencionados en nuestras leyes al hacerse cargo de los efectos que producen las escrituras que contienen las cláusulas en que se consignan aquellas obligaciones. El proyecto del Código civil de 1851 les dedica, mencionándolos espresamente, el párrafo 5.^o, de la seccion II, cap. VII del título 5.^o (V. la adicion inserta al fin del número 458).—(N. de C.)