Copiamos este artículo, no porque sea relativo á los jueces eclesiásticos, pues no son empleados del Gobierno, sino antes al contrario, para prevenir sobre este punto que nunca hay derecho para considerarlos como tales; ni son funcionarios públicos, aunque su ministerio sea público, y sobre todo en España; ni la real auxiliatoria les da tal caracter, ni tiene semejante objeto.

Acerca de los documentos políticos procedentes del estrangero, sean ó no religiosos, públicos ó privados, la ley del enjuiciamiento dispone lo siguiente.

Artículo 282. «Los documentos otorgados en otras nacio»nes tendrán igual fuerza que los que lo sean en España, si »reunen todas las circunstancias exigidas en aquellas, y las que »además requieran las leyes españolas para su autenticidad.

Artículo 283. »Conviniendo los litigantes acerca de su »inteligencia, se estará y pasará por la que les dieren.

Artículo 284. »No habiendo conformidad, se remitirán »por el juez á la oficina de la interpretacion de lenguas para »su traduccion, sin que esta pueda hacerse en ninguna otra »forma.»

Sobre el artículo 283 debemos advertir, que en los pleitos de nulidad de matrimonio no bastará que los litigantes convengan acerca de la inteligencia, sino que deberá convenir tambien el defensor del matrimonio. Estos pleitos son especiales, y tienen que observarse todas las especialidades que la Iglesia impone. Dictalo asimismo el sentido comun, pues hay casos en que ambos cónyuges quieren la declaracion de la nulidad, y sería posible se convinieran en admitir un documento falso espedido en el estranjero, ó darle interpretacion distinta. Por todos estos motivos es preciso que tambien el defensor acepte la interpretacion dada, y de no aceptarla, pasará á la oficina de interpretacion de lenguas.

Los documentos otorgados en el estranjero ante los cónsules españoles se consideran como otorgados en España, pues nuestros cónsules tienen cancelaría y fe pública. Sin este requisito deberán venir legalizados por las embajadas ó consulados, ó pedir acordada á los prelados estranjeros, si versaren sobre cosas en que hayan intervenido.

BIBLIOTECA GENERAL

De los documentos privados. El derecho canónico admite tambien como medio de prueba los documentos privados, y espresa como tal el recibo ó pagaré estendido por el deudor; y como en España los clérigos por razon de sus deudas son demandados ante los tribunales eclesiásticos, conviene tenerlo en cuenta.

En efecto, el capítulo 14 del título 22, libro 2.°, tiene por epígrafe: *Si in instrumento debiti exprimitur causa, condemnatur debitor, nisi probet indebitum: si non exprimitur, necesse est ut creditor probet id forte debitum.*

Que esta caucion no es verbal sino instrumental lo indican las palabras que usa la Decretal, pues dice luego hablando de ella, *hujusmodi scripturas.*

Ni la ley ni la Decretal definen qué clase de documentos se consideran como privados; pero no hace falta, pues por una parte la apreciacion de estos documentos, que llamamos comunmente *particulares* mas bien que privados, es de sentido comun, y por otra contrapuestos á los públicos; y ya definidos estos, puede decirse que es documento privado todo aquel que no está clasificado entre los públicos y los auténticos, puesto que nuestra ley equipara los auténticos á los públicos, y enumera estos, como ya se ha dicho.

Que los documentos emanados de la cancelaría episcopal, sea por la secretaría de cámara, provisorato ó vicaría general, visita, colecturía de Misas y oficinas de cruzada y espólios, son documentos públicos, tanto canónica como civilmente, es indudable.

Puede haber duda con respecto á los documentos dados por el habilitado del clero, pero esto dependerá de las formalidades con que se estienda el documento, pues si el habilitado lo estiende en papel sellado, se refiere á los libros de su cargo, y sella el documento con el sello de la habilitacion, si lo usa, y aun con testigos en algunos casos, este documento no será privado, sino público. Lo mismo diremos de los que se espidan por los prelados de institutos religiosos, aprobados y reconocidos legalmente, si llevan el sello de la comunidad y V.° B.° del superior.

Se duda acerca del caracter que tienen las certificaciones

de los médicos, cirujanos y arquitectos. La ley no está clara en esta parte. Si son doctores por universidad española, es indudable que pueden sellar oficialmente, y al darles la investidura segun el ritual de la universidad de Alcalá, hoy conservado en la central y esclusivamente, se les arma caballeros y se les da el anillo simbólico, con facultad de sellar dictámenes, y así lo dice el ceremonial. Segun eso un doctor por universidad en España puede usar sello y certificar solemnemente, poniendo su sello en la certificacion ó dictamen, y podrá hacerlo valer como tal, pues el ceremonial está aprobado de Real orden (1). Pero al licenciado no se le reconoce este derecho, y por nuestra parte creemos que las certificaciones de médicos, cirujanos y arquitectos, no siendo doctores por universidad, son documentos privados, como tambien las certificaciones dadas por maestros particulares, y por los secretarios de cofradias sacramentales y congregaciones religiosas.

Eficacia de los documentos privados en los juicios. La Decretal cuyo epigrafe se citó en el párrafo anterior, dice así en su testo, y es del mismo Papa Gregorio IX. *Si cautio quam à te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum quod continetur in ea. Sed si causam propter quam hujusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuæ statur; nisi probaveris te id indebite promisisse.*

Se ve aquí, pues, que si el crédito, vale ó pagaré estendido por un clérigo demandado judicialmente por deuda, espresa vagamente la entrega de la cantidad, el juez eclesiástico tiene que obligar al acreedor á que esprese el motivo, objeto y circunstancias del crédito, y sobre todo la cantidad cierta y líquida, ó las cosas dadas en prenda, etc., sin lo cual el documento no tendrá eficacia, si el deudor ó depositario negase la validez del documento. Pero si, por el contrario, el recibo, vale ó pagaré estuviese bien redactado, con espresion de motivo, cantidad y fecha; si no hubiese en él enmiendas, raspa-

(1) Mendo en su obra de *jure academico*, hablaba ya en el siglo XVII de estos usos y derechos.

duras ni intercalaciones, y el deudor reconociese la firma como suya, el documento privado es eficaz. Segun la Decretal, el clérigo deudor tiene que pagar *(confessioni tuæ statur)*, quedando confeso en el acto de reconocer como suyo el documento; sin que le quede mas recurso para declinar el pago que probar que no debia tal cosa, lo cual procederá cuando el documento hubiere sido arrancado por fuerza, dolo ó miedo.

La ley civil añade acerca de la eficacia de los documentos privados lo siguiente:

Artículo 285. «Los documentos privados y la correspon»dencia, se exhibirán y unirán á los autos.

»Si hubieren de testimoniarse los documentos privados ó »correspondencia que obren en poder de un tercero, se exhi»birán al escribano de los autos, y este testimoniará lo que »señalen los interesados.

Artículo 286. »No se obligará á los que no litiguen á la »exhibicion de documentos privados de su propiedad esclu»siva, salvo el derecho que asista al que los necesitare, del »cual podrá usar en el juicio correspondiente.

»Si estuvieren dispuestos á exhibirlos voluntariamente, »tampoco se les obligará á que los presenten en la escribania; »y si lo exijieren, irá el escribano á sus casas ú oficinas para »testimoniarlos.

Artículo 287. »Podrá pedirse el cotejo de letras siempre »que se niegue ó se ponga en duda la autenticidad de un do»cumento público ó privado. En este cotejo procederán los »peritos con sujecion á lo que se previene en los artículos 303 »y siguientes de esta ley.

Artículo 288. »La persona que pida el cotejo designará »el documento ó documentos indubitados con que deba hacerse.

Artículo 289. »Se consideran indubitados para el cotejo:

1.° »Los documentos que las partes reconozcan como tales »de comun acuerdo.

2.° »Las escrituras públicas y solemnes.

3.° »Los documentos privados cuya letra ó firma hayan »sido reconocidas en juicio por aquel á quien se atribuya la »dudosa.

BIBLIOTECA CENTRAL

4.° »El escrito impugnado en la parte en que reconozca la »letra como suya aquel á quien perjudique.

Artículo 290. »El juez hará por sí mismo la comproba»cion, despues de oir á los peritos revisores, y no tendrá »que sujetarse á su dictamen.»

Documentos dudosos ó sospechosos. Varias disposiciones notables deja consignadas el derecho de Decretales acerca de los documentos sospechosos, y algunas de ellas quedan ya indicadas. Véanse resumidas en las reglas siguientes, al tenor de lo dispuesto en el título 22 citado.

1.ª No se tiene por falso ni aun sospechoso un documento porque tenga alguna raspadura, si esta no es en cosa esencial: *Dicimus quod propter abrasionem illam judicari falsæ non possunt, nec etiam haberi suspectæ, præsertim cum et privilegia in possessionibus abradantur, et litteras in narratione facti (si erratum est) possunt incunctanter abradi.*

Resta la dificultad de declarar cuándo la enmienda es esencial. En esto hay que dejar mucho á la pericia judicial; pero si se trata de cantidad, será cosa esencial que el número de la cantidad no esté enmendado ni borrado, ni el nombre del deudor; si se trata de prescripcion, será sospechosa toda enmienda de fechas ó sitios, etc.

2.° El capítulo 6 del mismo título da otra regla equivalente, resumida en el epígrafe con estas palabras: *Instrumentum publica manu non confectum, habens sigillum cujus litteræ non sunt legibiles, vel scripturæ deletæ, vel enormem patitur fracturam, non probat.* Es una Decretal muy larga y curiosa, pero basta á nuestro propósito con el epígrafe que la resume.

Lo que se entiende por mano pública para que un instrumento sea público en derecho canónico, queda ya dicho.

3.° No hacen fe los documentos emanados de la Santa Sede, si adolecen de obrepcion y subrepcion, callando la verdad ó alegando mentira (*sub specie veri vel ob adductionem falsi*), aun cuando por otra parte los documentos sean ciertos y auténticos. Esta Decretal es muy notable y de mucha aplicacion; pues si la Santa Sede invalida sus mismos documentos obrepticios y subrepticios, mucho mas invalidará los

BIBLIOTECA CENTRAL

de otros prelados y dignatarios eclesiásticos que adolezcan de iguales defectos. El capítulo 7 del mismo título dice así, hablando de los Cruzados que sacaban dispensas de su voto de ir á la conquista de Tierra Santa: *Unde si tales, per suppressionem veritatis* (subrepcion), *aut falsitatis expressionem* (obrepcion), *litteras non solum Cardinalium, sed etiam nostras, nec solum dubias, sed etiam certas constiterit impetrasse, carere volumus impetratis, et eis non obstantibus ad votum compelli.*

4.° Consiguiente con esta Decretal añade, que cuando se dude acerca de la autenticidad de un decreto pontificio no incluido en el cuerpo del derecho canónico, atienda el juez si es conforme ó no con este. Si es conforme, lo aceptará como comprobante; pero si discuerda del derecho establecido, en ese caso no falle por él sin consultar á la superioridad. *Cum aliqua Decretalis, de qua judex merito dubitet, allegatur; si eadem juri communi sit consona, secundum eam non metuat judicare, cum non tam ipsius quam juris communis auctoritate procedere videatur. Verum si juri communi sit dissona, secundum ipsam non judicet, sed superiórem consulat super ea.*

5.° Un instrumento que por su naturaleza pudiera dudarse si era auténtico, llega á serlo por la costumbre del pais. *Consuetudo loci facit documentum authenticum* (capítulo 9). Esto debe tenerse en cuenta para lo dicho antes acerca de los documentos verdaderamente auténticos, y los auténticos, que la ley eleva hoy dia á la categoria de públicos.

6.° La prueba testifical se puede aducir contra la instrumental, y probar con esta que un documento es falso. Es la razon que se alegó antes al anteponer y sobreponer la prueba testifical á la instrumental, á pesar de las aseveraciones de los escritores modernos, que la Iglesia no acepta ni aceptará. El Estado y los políticos desconfian de todo el mundo. Suele decirse por eso que *el Estado no tiene entrañas.* La Iglesia se funda en amor y caridad, y no desconfia sistemáticamente; tiene entrañas de misericordia, y obra *per viscera misericordiæ Dei nostri.* El epígrafe del capítulo 10, que es bastante largo, dice: *Falsitas instrumenti, vel quod deest testamento, probari potest per testes.* La doctrina consignada en el testo

da la razon diciendo: *Etsi eamdem vim obtineant instrumentorum fides et depositiones testium in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, ut trium vel plurium idoneorum testium depositionibus præferatur.* La Decretal, con gran cautela, no dice solamente testigos, sino testigos *idóneos.*

La nota de la Decretal da la razon, diciendo que al fin la firma y fe del escribano ó notario equivale á la deposicion de dos testigos, y por tanto, cuando contra su testimonio se aduce el testimonio *de cuatro testigos mayores de toda escepcion,* no debe prevalecer el dicho de uno que por privilegio equivale á dos, al dicho de cuatro, que racional y jurídicamente valen mas.

Los detractores de la prueba testifical, que siguen á ciegas en esto la moda de los procesalistas franceses, tienen aquí rebatida filosóficamente su teoría sobre la supremacía de la prueba instrumental, pues si hay testigos falsos, tambien hay documentos falsos.

La ley de España acepta esta interpretacion, pues en el testamento nuncupativo suple con dos testigos la ausencia del escribano.

7.ª Por una errata no se considera vicioso un documento. *Defectus litteræ non vitiat rescriptum* (capítulo 11). Queria negarse la eficacia á un rescripto apostólico presentado por la Reina de Inglaterra, porque en la palabra *spoliarunt* faltaba la letra *o.* A la verdad el escrúpulo era bastante tonto.

8.ª Cuando los documentos son comunes á ambas partes y una los oculta, debe el juez mandar que se exhiban por la que los tenga, y si no lo manda, hay derecho para alzarse de su auto. *Licite appellatur à judice, qui parti hoc petenti non facit edi communia instrumenta* (capítulo 12).

9.ª Cuando se presentan escrituras contradictorias por uno mismo, ninguna de estas hace prueba, y sufre el probante las consecuencias de su torpeza. *Scripturæ contrariæ ab eodem productæ, fidem non faciunt* (capítulo 13).

Todas estas importantísimas reglas de criterio jurídico nos da el derecho canónico para la apreciacion de los documentos

dudosos. Notable es la contraposicion con el derecho civil, que nos da una sola, y harto confusa por cierto.

Artículo 291. «En el caso de que sosteniendo una de las »partes la falsedad de un documento que pueda ser de in»fluencia notoria en el pleito, entablare la accion criminal en »descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el »pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecu»toria en la causa criminal.»

Esta resolucion ha sido muy aplaudida, pero en la práctica la consideramos casi completamente ineficaz. ¿Quién se meterá en adelante á redargüir de falso criminalmente un documento, cuando lo que va á sacar son dilaciones, tardanzas, y mayores gastos, de que quizá no se indemnizará? O la prueba de falsedad es notoria y clara, ó no. Si es notoria y clara, de modo que el juez declararía falso el documento aun sin la querella de falsificacion, ¿á qué suspender el procedimiento civil mientras se sigue el criminal? Esto es castigar al inocente haciéndole esperar la resolucion del pleito. Si de la prueba de falsedad resulta esta como cierta, ¿por qué no se falla el pleito y se entabla aparte la accion criminal? Se usurpa á uno la herencia con un testamento falso. Descubren los legítimos herederos que el testamento es suplantado: prueban que estaba ausente el escribano el dia en que se otorgó aquel testamento, y que no hay noticia de su otorgamiento en el protocolo de su escribanía. Se guardarán muy bien los herederos legítimos de entablar demanda criminal contra los falsarios, pues de lo contrario solo lograrían el tardar unos dos años en adir la herencia, si la causa criminal tardaba todo ese tiempo en ejecutoriarse.

De modo que este artículo, que hace depender la solucion de lo principal de un punto accesorio, asegura por este lado, al menos en algunos casos, la impunidad de los criminales.

BIBLIOTECA GENERAL

CAPÍTULO VI.

De las presunciones como medio de prueba: sus especies: eficacia de las presunciones: decisiones del tribunal Supremo sobre presunciones y sospechas.

El derecho canónico admite las presunciones entre las pruebas: nuestro derecho civil no las admite, conformándose en esto con los adelantos de la ciencia. A la verdad, la presuncion no es medio de prueba. Es una razon que, alegada ó no alegada por las partes, obra sobre la mente del juez y forma su criterio judicial. Las presunciones no se alegan en el término probatorio, ni hay para qué: aléganse, como todas las demás razones, en los escritos que anteceden al término probatorio y en los posteriores. ¿Quién le impide á un abogado alegar todas las presunciones que quiera en el alegato de bien probado? Y entonces, ¿qué medio de prueba es este que se aduce despues de concluido el término probatorio? La confusion ha provenido de confundir las pruebas con los medios de prueba. La presuncion es una prueba, pero no es un medio de prueba. Las pruebas se aducen en cualquier época del juicio; los medios de prueba, solamente al entablar la demanda y en el término probatorio.

Con todo, como el derecho canónico, despues de haber hablado de las pruebas en general y de los testigos é instrumentos como medios de prueba, trata de las presunciones, no se puede menos de decir algo sobre esta materia, que, por otra parte, se refiere mas bien al juicio criminal que al civil, pues en este pocas veces tiene lugar.

Dícese que la presuncion es «una conjetura que sirve para formar juicio acerca de una cosa dudosa, deducida de algun signo ó indicio, y alegada en lugar de prueba.» Esta es la definicion que dan algunos canonistas modernos.

De la definicion misma se infiere que no es medio de prueba, ni aun apenas prueba, pues la conjetura está en el que la hace, y es un acto interno. Por ese motivo ha estado oportuno nuestro código en eliminar la presuncion de entre las pruebas.

Sus especies. La presuncion es *legal* ó *racional*, llamadas comunmente *legis et hominis*.

Es presuncion legal la que se funda en la ley misma, y en nuestro caso en el cánon, Decretal ó ley admitida.

Esta se subdivide en presuncion legal de derecho *(juris tantum)*, y presuncion legal de derecho y por derecho *(juris et de jure)*. La primera es una consecuencia de la ley, que da derecho mientras no se pruebe lo contrario. Así, por ejemplo, la posesion se tiene por propiedad, mientras no se pruebe que la propiedad corresponde á otro. Los hijos nacidos durante el matrimonio, son tenidos por legítimos mientras no se pruebe que son ilegítimos. Se dice que la segunda apenas admite prueba en contrario. Los canonistas aducen ejemplos de esta que no satisfacen; comunmente presentan el ejemplo de la que se casa á la fuerza, y cohabita con su prometido por espacio de año y medio sin reclamar contra la coaccion (capítulo 21 del título 1, libro 4 de las Decretales), y del que tiene cópula con su prometida, al cual no se le permite prueba en contrario, al tenor del capítulo 30 del mismo título. *Quia licet præsumptum primum matrimonium videatur, contra præsumptionem tamen hujusmodi non est probatio admittenda.*

Pero la verdad es que hoy dia se admite prueba y se anulan los matrimonios contraidos con violencia, aunque haya pasado mas de año y medio, como se probó en el tomo anterior, páginas 268 y siguientes, con recientes resoluciones de la Congregacion del concilio.

La presuncion racional, que suele llamarse *hominis*, y otros dicen *judicis*, no se funda en la ley sino en la recta razon, y es de tres maneras, á saber: *leve, probable* y *vehemente*. La presuncion leve ó ligera nada prueba; es solamente un indicio remoto. La probable se funda en indicios graves, y hace prueba semiplena. La vehemente, que algunos llaman violenta, nace de indicios tan ciertos, seguros y próximos á

la verdad, que moralmente convence, y por tanto hace prueba plena ó cuasi plena.

Recorridos todos los capítulos de las Decretales, apenas se hallan reglas prácticas para dar estas definiciones. Adúcese el pasaje de Salomon, *dividatur infans*. Aquí el medio de prueba es mandar partir el niño. Al ver á una de las madres aceptar su muerte y á la otra rehusarla, nace en el juez la conviccion moral, conjetura ó presuncion vehemente, de que el niño es de la mujer que rehusa verlo muerto. Pero esta presuncion no es la prueba, sino la conviccion que resulta en el juez á vista de aquellos indicios; como de la turbacion del reo saca el juez conjeturas de su criminalidad, y de la sangre que halla en sus vestidos conjetura que es asesino.

Eficacia de las presunciones. En derecho civil apenas se puede dar cabida á las presunciones, no siendo estas, como no son, cosas sensibles, sino meras conjeturas, juicios ó actos del entendimiento, sacados de los indicios, que son el verdadero medio de prueba.

En lo criminal, los indicios sirven á veces para inquirir ó investigar, y otras para probar. Por los indicios conjetura ó presume el juez quién es el criminal, y lo busca; hallado, lo examina y convence, ó aunque niegue, aprecia los hechos, y forma su juicio ó presuncion. Pero la presuncion está en el juez, no en el criminal; es un acto psicológico.

Así sucede en los casos citados en las Decretales; el desposado que vive maritalmente con una, se supone casado. El medio de prueba aquí será la carta ó escritura esponsalicia, y la prueba testifical ó confesoria del concubinato, de cuyos hechos conjeturará el juez, con presuncion vehemente, que están casados. Luego la presuncion no es la prueba, sino el juicio conjetural consiguiente á la prueba; y esto nunca pasará de conjetura, pues el hecho verdadero es, que si no se han casado y hecho sacramento, aquellos hombres serán meros concubinarios, pero no adúlteros, por vehemente que sea la presuncion y por mas que diga el derecho; y hoy dia, despues del concilio Tridentino y anulados los matrimonios clandestinos, no se puede fallar de otro modo.

Aun antes del concilio de Trento, si se hubiera dado este

BIBLIOTECA CENTRAL

caso de presentarse una prometida ó concubinaria á la vez, alegando haberse casado en secreto y negando esto el concubinario, el tribunal, al tenor de lo dispuesto en esta Decretal, hubiera sentenciado que aquellos dos hombres estaban casados, fallando por esa presuncion vehemente, y de derecho y por derecho *(juris et de jure)*; pero la verdad es que si ella mentia y él tenia razon, y no estaban casados, la sentencia del tribunal no los haria casados, si él, á pesar de todas las penas y censuras, se empeñaba en no casarse. Declararíase á la prometida mujer legítima, á los hijos legítimos; se le daria á ella derecho á los gananciales, y se le declararian otros derechos en el fuero esterno, pero aquella mujer en el fuero interno nunca seria mas que una concubina.

La calificacion de las pruebas en leve, probable y vehemente, es muy filosófica y bonita; en la aplicacion muy difícil, y hay que dejarla al criterio judicial. En la seccion del procedimiento criminal, hablaremos muy detenidamente acerca de los indicios y presunciones. Por lo que hace al caso presente, creemos que el código estuvo atinado cuando eliminó del derecho civil las presunciones, y considerando á estas como un acto del criterio judicial, hijo de las pruebas, indicios y razones, se contentó con decir en su artículo 317: «Los »jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana »crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testi»gos,» y debiera haber añadido: «de los documentos, indicios, razones y medios de prueba,» pues al fin, todo lo que no es sensible hay que apreciarlo segun el criterio racional, y, por mas que se diga, hay que dejarlo todo al arbitrio judicial en este terreno.

Decisiones del tribunal Supremo sobre las presunciones y sospechas. 1.ª Los tribunales no pueden hacer caso de las conjeturas, y mucho menos cuando estas traerian una grave perturbacion en el orden social. (25 de octubre de 1852, *Coleccion legislativa*, número 8.)

2.ª Al clasificar la ley 8.ª, título 14, Partida 3.ª todo género de pruebas, y mencionar la presuncion, «que quiere tan»to decir como *grande sospecha*, que vale tanto en algunos »casos como averiguacion de prueba,» no determina que siem-

pre la presuncion ó vehemente sospecha produzca justificacion suficiente, debiendo quedar en puntos concretos al recto criterio de los tribunales. (20 de enero de 1865, *Gaceta* del 29.)

3.° La ley 11, título 17, Partida 7.ª, sobre presunciones, debe subordinarse en lo civil á las nuevas disposiciones de la ley del enjuiciamiento sobre la apreciacion y calificacion de las pruebas. (28 de noviembre de 1865, *Gaceta* de 1.° de diciembre.)

En esta sentencia se habla tambien de la Decretal de Alejandro III, que es el capítulo 12 del título 23 *de præsumptionibus*, en el libro 2 de las Decretales, y tambien de una ley del Digesto.

Acerca de la ley del Digesto nada tenemos que decir, pero con respecto á la Decretal debe advertirse, que el fallo del tribunal Supremo solo debe entenderse en lo relativo á los asuntos meramente temporales, y con respecto á los tribunales no eclesiásticos, pues el poder temporal no puede subordinar una Decretal á una ley en lo relativo á las cosas espirituales.

La Decretal de Alejandro III trata de una cuestion de divorcio, pues habiendo visto varias veces á una casada con un pariente suyo en parajes ocultos y yaciendo desnudos, la presuncion estaba por la declaracion de adulterio, y por tanto que se declarase el divorcio. Esta Decretal no puede ser mas clara, sencilla y corriente, y no se concibe cómo la inteligencia de ella pueda subordinarse á una ley civil, siendo en materia matrimonial y de divorcio, en la cual es esclusiva la competencia de la Iglesia.

4.° No debe aplicarse á un juicio civil el procedimiento indicial, ó sea por indicios y presunciones, de que habla la ley 8.ª, título 14, Partida 3.ª, porque haya ciertos hechos ó actos mas ó menos importantes que se aprecian jurídicamente para deducir de ellos la existencia de un convenio. (5 de marzo de 1866, *Gaceta* del 17.)

5.° La presuncion de derecho ó sospecha, á que se refiere la ley 10, título 14, Partida 3.ª, solo puede tener lugar «fasta »que sea probado lo contrario,» como dice la misma ley. (16 de abril de 1866, *Gaceta* del 4 de mayo.)

CAPITULO VII.

Reconocimientos: reconocimiento judicial, ó sea inspeccion ocular por derecho canónico y civil: reconocimiento pericial por ambos derechos: eficacia de este medio de prueba: resoluciones del tribunal Supremo acerca de ellos.

Poco suelen decir sobre estas materias los canonistas, y las Decretales apenas consignan noticia alguna acerca de estos dos medios de prueba, que vienen á ser uno mismo, pues así como la prueba documental se puede hacer con escrituras públicas ó privadas, correspondencia, y aun con los monumentos públicos, inscripciones y escudos heráldicos, así tambien el reconocimiento de un objeto material, y aun de esas mismas pruebas instrumentales, puede hacerse por el juez mismo, ó por medio de otra persona idónea y perita. Ni desconocian tampoco este medio los prácticos antiguos, antes bien lo tenian en tal estima, que pusieron la inspeccion ocular (*aspectus*) como el primer medio, en el verso que arriba se dejó citado.

Hablaremos, pues, primero de la inspeccion ocular, ó sea el reconocimiento que hace el juez por sí mismo, viendo y mirando una cosa; y luego de la inspeccion ó reconocimiento pericial, ó sea la que hace el juez valiéndose de persona idónea, para asegurarse mas.

Inspeccion ocular por derecho canónico. Los canonistas dicen, que esta tiene lugar principalmente en las causas matrimoniales, en las criminales para reconocimiento de heridas, y en las cuestiones de division de parroquias: pero las dos primeras mas bien son casos de reconocimiento pericial que no de inspeccion ocular, como veremos luego, pues en los casos de impotencia, el decoro no permite por lo comun que el juez haga la inspeccion ocular por sí mismo; y las

Decretales, que luego veremos, encargan esta comision á médicos ó matronas honestas.

No es solamente en las causas de division de parroquias en las que el juez eclesiástico puede y debe hacer inspeccion ocular, pues hay otras varias, como son el caso de iglesia ruinosa, profanacion de lugar sagrado, imágenes indecorosas y poco á propósito para el culto, seguridad de clausura monástica, falsificacion de privilegios ó escrituras, enmiendas mal hechas en libros ó partidas sacramentales, irregularidad por defecto físico, estructura de las iglesias y su antigüedad en cuestiones de patronatos y otras análogas, distancia de los conventos nuevos mendicantes con respecto á las iglesias y otros conventos, para que no se perjudiquen en limosnas y derechos, y otros varios casos á este tenor, en todos los cuales podrá además asesorarse ó acompañarse de peritos, sobre todo cuando se traten cuestiones relativas á edificios religiosos y su seguridad, y lo mismo acerca de falsificaciones de letras ó privilegios, y cosas artísticas ó antiguas.

Inspeccion ocular por derecho civil. Dos artículos destina la ley del enjuiciamiento á la inspeccion ocular, ó sea el *reconocimiento judicial*, como en ellos se llama, contraponiéndolo al *pericial*, segun queda dicho.

Artículo 304. «El reconocimiento judicial se hará siem»pre con citacion prévia, determinada y espresa para él.

Artículo 305. «Las partes, ó sus representantes y letra»dos, podrán concurrir á la diligencia de reconocimiento, y »hacer al juez de palabra las observaciones que estimen »oportunas.»

Ambos artículos son muy racionales y de sentido comun, y están admitidos por la práctica de los tribunales eclesiásticos y doctrina de los canonistas. *Inspectio ocularis*, dice el escritor moderno Huguenin (1), *instituitur autem præmissa causæ cognitione, præsentibus partibus et aliis personis necessariis.*

Algunos comentaristas han hallado supérfluo el artículo

(1) *Expositio methodica juris canonici, tomus secundus, pág.* 205, donde se refiere á Schmalzgrueber, *jus eccles.*, libro 2.°, título 19.

304, puesto que el 278 mandaba que se hiciese esta citacion para toda diligencia de prueba. Pero en nuestro juicio, no se ha comprendido bien el carácter de la inspeccion ocular. Esta podrá en algunos casos tener eficacia de prueba, pero en otros no; y podrá el juez hacerla estrajudicialmente, para ilustrar su conciencia y formar su conviccion moral. Trátase de la demolicion de una iglesia por insalubre ó ruinosa. ¿Quién le puede impedir al juez que vaya á verla por sí mismo, aunque haya nombrado arquitectos ó alarifes que la reconozcan? Sin necesidad de que nadie le acompañe, irá al paraje y se enterará por sí mismo. Pero si las partes opuestas quieren que se haga la inspeccion judicial como medio de prueba, el juez irá por sí mismo acompañado de las partes, lo mismo la que quiere conservar el edificio que la que pide su reparacion ó demolicion, examinará las grietas, deformidades, humedad y deterioros, sin decir su opinion, viendo y callando, ó quizá interrogando á los peritos, que tambien puede hacer le acompañen al acto. ¿Por qué confundir un caso con otro?

Lo mismo puede decirse del reconocimiento de libros. Si el juez eclesiástico quiere enterarse de la fe que merece una partida sacramental, pedirá el libro parroquial original; verá por sí el aseo, exactitud y puntualidad de las partidas; observará si la partida sospechosa tiene raspaduras, borrones, intercalaciones ó enmiendas, si están salvadas ó no, si las enmiendas son de distinta letra ó tinta, y todo lo demás que solo viéndolo puede apreciarlo. Esto producirá su conviccion moral aunque las partes no hayan pedido este reconocimienta, ó en su caso el cotejo. Pero si lo pidieren será un medio de prueba, pues el juez, pidiendo los libros, los reconocerá ante las partes y el notario, oyendo las observaciones de estas, y haciendo constar los reparos ó disculpas que aleguen acerca de las alteraciones hechas en el libro.

Es muy curiosa á este propósito la Decretal de Inocencio III, contenida en el capítulo 6 del título 22, libro 2.° de las Decretales, en la que se ve un reconocimiento judicial de un diploma falsificado, examinando la cera del sello, el pergamino, las letras imitadas, nombres falsificados y otros pun-

tos, que honran la perspicacia de la curia eclesiástica del siglo XIII en materias de arqueologia y diplomática, algo mas depuradas entonces de lo que creen hoy dia algunos críticos.

Reconocimiento pericial por derecho canónico. Las Decretales nos dan idea de este medio de prueba en varios parajes, principalmente en lo relativo á las cuestiones de impotencia y otras análogas en causas matrimoniales.

El título 19 *de probationibus*, en sus capítulos 4 y 14, trata de esto. *Non creditur marito asserenti, etiam cum juramento, uxorem se cognovisse, si uxor, per matronas attestantes per ipsius corporis aspectum, probat contrarium.* Este es el epígrafe del capítulo 4, y con él basta. Aparece que el marido juraba el conocimiento; la mujer negaba tambien bajo juramento; y siete matronas que la reconocieron depusieron acerca de su virginidad, que fué declarada judicialmente.

El capítulo 14 del mismo título, permite reprobar ó tachar á las matronas ó mujeres sabidoras que hubieren hecho el reconocimiento pericial, mandando que si no inspiran confianza las parteras se nombren otras matronas honestas, próvidas y prudentes. De la falibilidad de unas y otras en esta materia, presenta un ejemplo el capítulo 6 del título 15, libro 4, *de frigidis et maleficiatis.*

El principio que rije en esta materia, es el axioma de la filosofía antigua que dice: *peritis in arte credendum est.* El juez eclesiástico no puede ser á la vez arquitecto, médico, paleógrafo, matemático, agrimensor, farmacéutico, y otras muchas cosas á este tenor. Por ese motivo necesita valerse de personas competentes é idóneas, ó asociarse de ellas cuando vaya á practicar el reconocimiento judicial, que es lo mas acertado. Con el dictamen de estas personas logra tambien el juez eclesiástico poner á cubierto su responsabilidad, y no solamente en el fuero esterno, sino á veces en el interno.

Reconocimiento pericial por derecho civil. La ley del enjuiciamiento judicial dispone acerca de este punto lo siguiente:

Artículo 303. «El juicio de peritos se verificará con su»jecion á las reglas siguientes:

1.ª »Nombrará uno cada parte, á no ser que se pusieren »todas de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo.

»Si fueren mas de dos los litigantes, nombrarán uno los »que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otro los que »las contradigan.

»Si para este nombramiento no pudieren ponerse de »acuerdo, el juez insaculará los que propongan, y el que de»signe la suerte practicará la diligencia.

2.ª »Los peritos deberán tener título de tales en la cien»cia ó arte á que pertenezca el punto sobre que ha de oirse »su juicio, si la profesion ó arte está reglamentada por las »leyes ó por el Gobierno.

»En este caso, si no los hubiere en el pueblo del juicio, »podrá hacérseles venir de los inmediatos.

3.ª »Si la profesion ó arte no estuvieren reglamentados »por las leyes ó por el Gobierno, ó estándolo no hubiere pe»ritos de ellos en los pueblos inmediatos, podrán ser nom»bradas cualesquiera personas entendidas, aun cuando no »tengan título.

4.ª »Los peritos nombrados practicarán unidos la dili»gencia.

5.ª »Las partes pueden concurrir al acto, y hacer cuantas »observaciones quieran á los peritos; pero deberán retirarse »para que discutan y deliberen solos.

6.ª »Si el objeto del juicio pericial permitiere que los »peritos den inmediatamente su dictamen, lo darán antes de »separarse, á presencia del juez.

»Si exigiere el reconocimiento de lugares, la práctica de »operaciones, ú otro exámen que necesite detencion y estudio, »otorgará el juez á los peritos el tiempo necesario para que »formen y emitan su juicio, el cual se consignará en los autos.

7.ª »Los peritos que estén conformes, estenderán su dic»tamen en una sola declaracion firmada por todos: los que »no lo estuvieren, lo pondrán por separado.

8.ª »Cuando discordaren los peritos, el juez hará saber á »las partes que se pongan de acuerdo para el nombramiento »de tercero en el término de segundo dia.

»Si no lo hicieren, el juez sorteará el que haya de dirimir »la discordia entre los seis ó mas que paguen mayores cuotas »de subsidio de la clase á que los peritos correspondan.

»Si no los hubiere en el pueblo del juicio, podrá recur»rirse á los de los inmediatos. Si tampoco en estos los hubie»re, el juez podrá nombrar por tercero á cualquiera persona »entendida en el asunto de que se trate, aun cuando no tenga »título.

»El nombre del designado por la suerte ó del elegido por »el juez, se hará saber á las partes.

9.° »Solo el perito tercero puede ser recusado.

»Su recusacion únicamente será admisible con causa.

»Cada parte no podrá recusar mas que dos.

10. »La recusacion deberá hacerse dentro de los dos dias »siguientes al en que se hubiere hecho saber el nombre del »sorteado ó elegido.

11. »Son causas lejítimas de recusacion:

»Consanguinidad dentro del cuarto grado civil.

»Afinidad dentro del mismo grado.

»Haber prestado servicios como tal perito al litigante »contrario.

»Tener interés directo ó indirecto en el pleito, ó en otro »semejante.

»Tener participacion en sociedad, establecimiento ó em»presa contra la cual litigue el recusante.

»Enemistad manifiesta.

»Amistad íntima.

12. »Admitida la recusacion, será reemplazado el perito en »la forma misma en que se hubiere hecho el nombramiento.

13. »El tercero sorteado ó nombrado repetirá la diligen»cia despues de pasado el término de la recusacion sin que »haya tenido lugar, concurriendo los interesados y los otros »peritos en la forma antes prevenida, y emitirá su dictamen, »el cual se unirá á las pruebas.»

Con razon se ha presentado este enorme y larguísimo artículo como uno de los lunares de la ley del enjuiciamiento, pues en lugar de articularlo se puso toda la materia en una série de reglas algo indigestas, involucrando el nombramiento con el modo de funcionar, suplir, y hacer las recusaciones.

Aun así y todo, las disposiciones son oportunas y muy racionales, por lo que no necesitan comentario.

Eficacia de los reconocimientos. Bien mirado, el reconocimiento judicial es eficacísimo, pero no siempre es un medio de prueba. Tan cierto es esto, que el juez puede hacer el reconocimiento antes de la prueba, durante la prueba, y aun despues de dar el auto citando á las partes para remate. El juez puede hacer el reconocimiento estrajudicialmente en algunos casos, y con todo, en su conciencia fallará por lo que haya visto, y aunque las partes no hayan pedido el reconocimiento.

Será medio de prueba cuando las partes pidan esta inspeccion y la hagan acompañando al juez los peritos, y haciendo que se escriban las observaciones practicadas sobre el terreno ó el objeto. Entre estas observaciones hechas por los particulares ó el juez y las de los facultativos, habrá la diferencia que entre una fe de livores, dada por el escribano de lo que ve en el cadáver ó en el cuerpo de un herido, y la certificacion del facultativo acerca de aquellas mismas heridas. Si se trata de la profanacion de una iglesia por estar ruinosa, y su enagenacion, trasladando la parroquialidad á otra con oposicion de algunos parroquianos, podrán unos y otros acudir á su respectivo arquitecto, y discordando estos, será preciso nombrar otro tercero. Aun á pesar de esto, podrá una de las partes pedir el reconocimiento judicial, y en este caso, el juez eclesiástico acompañado de los arquitectos, notario y algunos de los principales interesados en pro y en contra, pasará á examinar por sí mismo el edificio, observar sus grietas y la longitud de estas, el desnivel de las paredes, la calidad de los materiales, y demás que en el acto se le haga observar, reservando por entonces su opinion, pero haciendo constar en términos comunes lo que viere.

Si los peritos están conformes, y el juez en su inspeccion hallare ciertas sus observaciones, la prueba será plena.

Resoluciones del tribunal Supremo acerca de la inspeccion ocular. 1.° La falta de citacion para esta diligencia, como que la tiene que hacer el juez por sí mismo, no produce nulidad, puesto que no tiene el carácter de diligencia probatoria. (20 de marzo de 1862, *Gaceta* del 26.)

2.° Si se cita á los procuradores para hacer la inspeccion

ocular, no se puede decir por eso que falte la diligencia de citacion, ni menos puede decirse que haya en tal caso indefension. (8 de abril de 1845, *Gaceta* del 26.)

3.° Segun las leyes 8.ª y 13, título 14, Partida 3.ª, y el artículo 279 de la ley del enjuiciamiento civil, el reconocimiento judicial tiene por objeto que el juez vea «cuál es el »fecho por que ha de dar su juizio, é en qué manera lo podrá »mejor é mas derechamente departir.» Corresponde, pues, al mismo apreciar el resultado de esta diligencia y decidir lo que crea mas aceptable, sin que por esta apreciacion pueda decirse que hayan sido infringidas las citadas leyes. (13 de junio de 1866, *Gaceta* del 21.)

4.° No es doctrina admitida en los tribunales, la que asegura que el reconocimiento judicial es una prueba superior á todos los demás medios de prueba. (1.° de diciembre de 1865, *Gaceta* del 5.)

CAPÍTULO VIII.

De la notoriedad de hecho y fama pública.

Entre los medios de prueba ponian estas dos cosas los antiguos prácticos; pero los canonistas modernos las omiten, y la ley del enjuiciamiento no las reconoce como tales medios, por muy justas razones. En efecto, esa notoriedad y esa fama pública de algun modo han de constar, y comunmente se acredita por medio de testigos, que dicen constarles aquello de pública voz y fama.

La notoriedad solo cabe en hechos tan públicos y sabidos, que ninguna de las partes pone en duda semejante suceso. Esta cabe aun respecto á las cosas tradicionales. Así, por ejemplo, en el espediente formado sobre la milagrosa curacion del cojo Pellicer, á quien la Virgen del Pilar devolvió la pierna el año 16, viviendo todavía los médicos y practicantes que se la habian amputado, los testigos declaraban sin dificultad ninguna acerca de la venida de la Virgen y su aparicion á Santiago en Zaragoza viviendo en carne mortal; pues aunque no consta sino por pia tradicion, ninguno de los testigos dudaba de ello, y se tenia por cosa indudable.

En tales casos, cuando ninguna de las partes duda del hecho como notorio, y este se asegura por alguno, y la otra no impugna la notoriedad, se reduce á una confesion judicial tácita; pero si una de las partes niega la notoriedad, y aun la existencia de la cosa ó el suceso, la notoriedad desaparece, pues hay que probar el hecho ó la existencia de la cosa por medio de testigos, documentos ó reconocimiento. Por ese motivo, ni la fama ni la notoriedad se reconocen ya como verdaderos medios de prueba entre los prácticos modernos.

TÍTULO IV.

Apreciacion de las pruebas.

Razon de método. Terminadas las pruebas ó el término probatorio, pasa el juez á formar su opinion acerca de las circunstancias, valor, importancia y eficacia de estas. Este período del juicio, que partiendo desde la conclusion del término probatorio alcanza hasta la sentencia, es de suma importancia. Durante él es cuando el juez forma su criterio racional para fallar el litigio, y desembarazado ya el campo de todas las cuestiones inútiles, sabidos los hechos, armados los contendientes de todos sus pertrechos, conociendo mútuamente sus razones y las del contrario, van á debatir delante del juez la justicia y veracidad de sus argumentos, y la ineficacia, falsedad ó injusticia de los alegados por el contrario.

Examinaremos, pues, en esta seccion:

1.° La publicacion de probanzas, y sus efectos.
2.° Las alegaciones de tachas.
3.° Los alegatos de bien probado.
4.° La apreciacion de las pruebas por el juez.

BIBLIOTECA CENTRAL