

## SECCION CUARTA.

## De la prueba de peritos.

Art. 1242. Sólo se podrá utilizar este medio de prueba cuando para apreciar los hechos sean necesarios ó convenientes conocimientos científicos, artísticos ó prácticos (1).

porque las cuestiones que en ellos se ventilan son predominantemente de hecho, siendo casi siempre los hechos que se averiguan actuales y comunes sin que tengan por sí mismos una significación ó un valor jurídico. En los juicios civiles, donde ordinariamente se trata de la averiguación de hechos pasados y se busca más que el hecho mismo su significación legal como origen ó comprobación del derecho ó de la obligación que ha de acreditarse, tiene el Reconocimiento judicial una aplicación muy restringida.

En términos generales, cuando no es una comprobación de la prueba pericial y tiene un valor indiciario, como en el cotejo de letras en que se trata de deducir por la forma de la escritura si está ó no trazada por la persona á quien se atribuye, el reconocimiento sólo tiene aplicación como prueba directa á los interdictos de obra nueva ó ruinosas, siendo en este último obligatorio en algunos casos. (L. Enj. Civ. art. 1679.) y á las cuestiones posesorias de inmuebles y servidumbres reales.

En estos casos lo que se trata de averiguar es un hecho actual, lo que se trata de conocer es lo que existe prescindiendo de las causas y de la legitimidad de su existencia, y para ello ninguna información, ni ningún otro medio probatorio puede ser tan eficaz, tan seguro y tan directo, como verlo.

En el reconocimiento, el Juez adquiere por sí mismo y directamente el conocimiento de los hechos; pero para que este conocimiento pueda influir en la decisión del pleito, es preciso que lo adquiera en el ejercicio de sus funciones, con las formas legales que al efecto se señalan, consignando en los autos el resultado de sus observaciones, y á la vista y con intervención de las partes, si éstas quieren tenerla, sin que de ningún modo pueda suplirse por el conocimiento extrajudicial que el Juez tenga de aquellos mismos hechos. Y si para la apreciación de los hechos son necesarios ó convenientes conocimientos científicos, artísticos ó prácticos, no bastará tampoco que el Juez los reuna por su ilustración, ó sus estudios especiales, sino que en el mismo acto ó con posterioridad habrá de asesorarse, á petición de las partes ó por auto para mejor proveer, con el dictamen de peritos, apreciando la necesidad ó conveniencia de su intervención, no con relación á su persona, sino con relación á la naturaleza de los hechos mismos. (Reus, Com. al art. 633 de la L. Enj. Civ.) En ningún caso, sin embargo, la asistencia de peritos restringe la libertad de apreciación y decisión del Juez. S. 13 Jun. 1866.

V. el 1215 del presente Cód. y los 633 á 636 L. Enj. Civ.

El art. anotado corresponde á los 2418 y 2419 Port.

(V. Bennier, Trat. de las pruebas versión por Caravantes, t. 1, págs. 106 á 109)

(1) Reproduce el art. 610 L. Enj. Civ. de 1881.—V. el 1215 del presente Código.

Art. 1243. El valor de esta prueba y la forma en que haya de practicarse, son objeto de las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

## SECCION QUINTA.

## De la prueba de testigos.

Art. 1244. La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida (2).

Los peritos no son más que testigos expertos para casos especiales. Son informaciones, si las partes no se han comprometido á que se acepten como resolución de los puntos de hechos á que se refieran, tienen más que el carácter de prueba el de un asesoramiento para ilustrar el criterio del Juez, y colocar en último término el reconocimiento judicial, que en la mayor parte de los casos es una comprobación de otras pruebas, y que tiene siempre un carácter especial que los separa de todos los demás medios probatorios, en cuanto no se trata, como con éstos, de hacer en los autos una demostración racional fundada en testimonios propios ó ajenos, sino que se busca la evidencia que produce la vista real de las cosas, presentando al Juez el hecho mismo en el lugar de la demostración.

Los peritos proceden como testigos, en cuanto deponen sobre hechos ajenos á su interés personal y que han de influir en la resolución del pleito; y proceden como el Juez en la prueba de reconocimiento, en cuanto hacen durante el pleito y á la vista y con intervención de las partes el examen de los hechos sobre que se pide su testimonio. El dictamen pericial participa, pues, de la naturaleza de la prueba de testigos y de la de reconocimiento; pero no puede asimilarse por completo á ninguna de las dos. Entre los testigos y los peritos hay la diferencia de que los unos deponen, casi siempre de memoria, sobre hechos ó actos de que tienen un conocimiento vulgar más ó menos eventual y remoto, pero adquirido siempre extrajudicialmente, mientras que los otros deponen sobre hechos presentes, cuyo conocimiento adquieren mediante un examen real y directo practicado con sujeción á los principios ó reglas de una ciencia ó arte y con el carácter de una actuación judicial. Hay además la diferencia, aunque sólo puede indicarse como tendencia predominante, de que en la prueba de testigos los hechos se consideran bajo su aspecto externo, y atendiendo principalmente á su relación con el agente; y en la de peritos los hechos se consideran en sí mismos, atendiendo, más que á la demostración de su existencia, á la apreciación de su carácter y á la determinación de su naturaleza, causas, alcance y consecuencias. Entre el dictamen pericial y el reconocimiento hecho por el Juez, hay la diferencia de que con el reconocimiento el Juez ve por sí mismo los hechos que ha de apreciar, mientras que con el dictamen, sólo se le suministran datos para su apreciación, y lo que se le muestra no son los hechos mismos sino la descripción que de ellos hacen los peritos, y los fundamentos en que estos se apoyan para apreciarlos en un sentido determinado. (Reus. Com. al art. 609 de la L. Enj. Civ.)

(V. Bennier, "Trat. de las pruebas" versión por Caravantes, t. 1, págs. 114 á 130.)

(1) V. los 610 á 632 de la L. de Enj. Civ.

(2) Su precedente en la L. 1, tít. 16 Part. 3ª.

Art. 1245. Podrán ser testigos todas las personas de uno y otro sexo que no fueren inhábiles por incapacidad natural ó disposición de la ley (1).

Art. 1246. Son inhábiles por incapacidad natural:

1º Los locos ó dementes.

2º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído.

3º Los menores de catorce años (2).

Art. 1247. Son inhábiles por disposición de la ley:

1º Los que tienen interés directo en el pleito.

2º Los ascendientes en los pleitos de los descendientes, y éstos en los de aquéllos.

3º El suegro ó suegra en los pleitos del yerno ó nuera, y viceversa.

4º El marido en los pleitos de la mujer, y la mujer en los del marido.

5º Los que están obligados á guardar secreto por su estado ó profesión, en los asuntos relativos á su profesión ó estado.

6º Los especialmente inhabilitados para ser testigos en ciertos actos.

La corrupción de costumbres, observa Pothier, y los frecuentes ejemplos de soborno de testigos, hacen más difícil en nuestros tiempos esta clase de pruebas ("Trat. de las obligaciones," núm. 785.) Ella se presta, añade un ilustre comentador de nuestra L. de Enj. Civ., más que ninguna otra á abusos y á fraudes que la legislación ha debido evitar en la medida que la cultura general lo permitiese, favoreciendo en todo lo posible la preponderancia de las pruebas literales preconstituidas sobre la casi siempre eventual de los testigos.

Por estas razones, los Códigos extranjeros la admiten únicamente: para probar las obligaciones que nacen sin convención, los hechos que no son susceptibles de una prueba documental preconstituida, y los contratos sobre cantidades insignificantes, ser que haya un principio de prueba escrita ó se demuestre la pérdida de los documentos que han debido otorgarse. Nuestro Código de Comercio, aunque admite la á no prueba testimonial para acreditar las obligaciones de los comerciantes (art. 262,) la restringe indirectamente, exigiendo que los contratos se redacten por escrito siempre que el interés exceda de 250 pesetas, ó de 750 en las ferias y mercados (arts. 235 y 237.)

(Reus: Com. á la L. de Enj. Civ., prin. del lib. II, pág. 13)

V. el 1215 del presente Cód. y el 637 de la de Enj. Civil.

El art. anotado es igual al 2506 Port., y corresponde á los 1220 Proy. 1851; 1556 Urug.

(V. Bentham: "De las pruebas judiciales," lib. I, cap. 9 al 18; lib. II, cap. I al 12, lib. III, cap. I al 14—Bonnier: "Trat. de las pruebas," versión por Caravantes, t. II, págs. 144 á 258.)

(1) Está tomado del 250 Port.—V. la nota anterior, y los arts. siguientes.

(2) Igual al 2510 Port.—V. los 213, 215 y 218 del presente Código.

El art. 647 de la L. de Enj. Civ. considera hábiles á los menores de 14 años

Lo dispuesto en los números 2º, 3º y 4º no es aplicable á los pleitos en que se trate de probar el nacimiento ó defunción de los hijos ó cualquiera hecho íntimo de familia que no sea posible justificar por otros medios. (1).

Art. 1248. La fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será apreciada por los Tribunales conforme á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito (2).

## SECCION SEXTA.

### De las pesunciones.

Art. 1249. Las pesunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado (3).

según resulta de su apartado último, que dice así: "No se exigirá juramento á los menores de 14 años". Y el art. 658 de la propia ley admite á los sordomudos que sepan leer y escribir, cuya disposición viene á ser una excepción de lo dispuesto en el art. 650 de dicha ley, que dispone que el testigo responderá por sí mismo la palabra.

(1) V. el art. 660 de la L. de Enj. civ., cuyas disposiciones reforma el presente art.—V. además los 371, 378, 379 del Cód. penal.—El anotado es copia del 2511 Port.

(V. Bentham, "De las pruebas judiciales," lib. I, cap. 9 al 18; lib. II, cap. I, al 12; lib. III, cap. I al 14; Bonnier, "Trat. de las pruebas," versión por Caravantes, t. II, págs. 144 á 258.)

(2) Por referencia, los 1278 á 1280 del presente Cód., y los 659 á 666 L. Enj. civ.—El anotado concuerda con el 2514 Port.

(3) Tratan de esta materia las Ls. del tít. 19, lib. 4 Cód. Rom. 13, tít. 5, lib. 22 Dig. y 8, tít. 14 Part. 3º.

V. el art. 1215 del presente Cód.

La presunción (de *sumere y præ*," según alciato, porque por ella se toma una cosa por verdadera, "sumitur pro vero præ," es decir antes que conste de otro modo), es la inducción ó juicio que la ley ó el juzgador forman sobre la realidad de una cosa por su relación con otra, ó, en términos más concretos; es la afirmación que resulta de aplicar una disposición legal, ó el criterio del Juez á hechos probados (art. 1249 del presente código,) y conocidos, deduciendo hechos desconocidos. Su efecto consiste en dispensar de la prueba al litigante que tiene la presunción en su favor (art. 1250 del presente código,) de donde resulta que las presunciones sustituyen á la prueba, pero no tienen carácter de tal aunque ocupen su lugar.

Si hubiéramos de examinar con un sentido general, dice Reus, la materia de presunciones, no sería difícil demostrar que son de aplicación necesaria en todas las esferas del conocimiento humano. Aun prescindiendo de ese sentido trascendental y lógico, se advierte fácilmente que todas las pruebas se basan en presunciones, ya de autenticidad ó exactitud de los documentos, ya de la veracidad de los testigos, ya de que no habrán sufrido alteración fraudulenta los objetos que se reconozcan ó examinen, ya de que el interés de los litigantes no les permitirá aceptar como ciertos hechos falsos que les perjudiquen, aunque la fuerza de la confesión nace principalmente de otras razones que se expondrán oportunamente.

Respecto á su constante aplicación en el procedimiento, basta recordar que la conformidad de los litigantes con una decisión judicial, y en general con todo aquello que pueden impugnar, ó á que pueden oponerse dentro de un plazo dado, se presume cuando la oposición no se hace en tiempo.

Existen, según queda indicado, presunciones fijadas por la misma ley, y otras cuya determinación queda al prudente criterio del juzgador. Para que éstas tengan lugar, es preciso que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (art. 1253 del presente Cód.).

Las presunciones establecidas por la ley se llaman de derecho y las que establece el criterio del juzgador, se denominan presunciones de hombre. Las presunciones de derecho divídense en presunciones de derecho y por derecho, y en presunciones de derecho simplemente, "juris et de jure, y juris tantum," según el tecnicismo romano.

Las presunciones de derecho y por derecho constituyen, ó, mejor, reemplazan de tal suerte á los medios de prueba, que no admiten otra prueba en contrario; y por esto, según la explicación de Menoch, no sólo se llaman "juris" porque el derecho las ha establecido, sino de "jure," porque las admite como una verdad, y por su virtud se da por resuelto el negocio.

Estas presunciones, pues, tienen eficacia superior á la prueba instrumental y á la testimonial, en cuanto, á diferencia de éstas, no pueden ser destruidas por una prueba contraria y hasta excluyen la prueba de falsedad.

El presente Código, aunque no hace explícitamente la expresada distinción de las presunciones, las reconoce en sus efectos, al decir que las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba (art. 1251).

Las presunciones de derecho simplemente tienen por efecto relevar de toda prueba, pero á diferencia de las "juris et de jure," no excluyen la prueba en contrario. Si, pues, llega á obtener prueba contraria á una presunción de derecho simplemente, ésta quedará destruida y sin efecto alguno.

Como ejemplos de presunciones "juris et de jure," V. la legitimidad del hijo á que se refiere el art. 110 del presente Código, y la falta de discernimiento del menor de nueve años ó del imbécil para contraer responsabilidad criminal, núms. 1 y 2, art. 8 Cód. penal. Como presunciones "juris tantum," la legitimidad del hijo nacido después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los 300 siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges, art. 108 del presente Código; la presunción de muerte del ausente según el art. 191 del mismo código, y la falta de discernimiento del mayor de nueve años y menor de quince ó del loco para contraer responsabilidad criminal, núms. 1 y 3, art. 8 Cód. penal.

En suma: el efecto de las presunciones, reativas al litigante que las invoca, es el de quedar dispensado en probar el hecho final á que se refieren, y respec-

Art. 1250. Las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas (1).

Art. 1251. Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.

Contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión (2).

Art. 1252. Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez ó nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causa-habientes de los que entendieron en el pleito anterior ó estén unidos á ellos por vínculos de solidaridad ó por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho á exigir las ó obligación de satisfacerlas (3).

to al adversario, consiste en que el hecho fijado se repite cierto cualesquier que sean las pruebas que practique, si la presunción á que se refiere el hecho es "juris et de jure," mas si es "juris tantum," el efecto consiste en que se tenga el hecho por verdadero mientras no se acredite su falsedad. Relativamente al Juez, el efecto consiste en que debe aceptar en todo caso la presunción "juris et de jure"; y en que podrá aceptar ó no la "juris tantum," según su prudente apreciación.

Concuerda el art. anotado con el 1225 Proy. 1851.—1712 Chil.; 1561 á 1567 Urug.

(V. Bentham, De las pruebas judiciales, lib. vi, cap. 2.)

(1) Ls. 3, 9 y 12, tit. 3, lib. 22 Dig.—V. la nota anterior.

Conforme nuestro art. con el primer § del 1227 Proy. 1851, y prim. parte del 1352 Franc.—1352 Ital.; 2517 Port.; prim. § 1381 Ante proy. belga; 1958 Hol. 1005 Vaud.; 2266 Luis 1254 y 1255 Boliv.

(2) Ls. 3, 9 y 12, tit. 3, lib. 22 Dig.

V. la nota al art. 1249.—y los 1796, 1797, 1806 á 1810 de la ley de En-Civ.

Concuerda el art. 1251 del presente código con el seg. § del 1227 Proy. 1851 y con el 2518 Port.—1352 Franc.; 1353 Ital. 1958 Hol. 1005 Vaud 2266 Luis. 1254 y 1255 Boliv.

(Sobre la autoridad de cosa juzgada V. Savigny, "Sist. del Der. Rom.;" versión por Mexía y Poley. t, v, cap. 4, § 280 á 301; y Pothier, "Trat. de las Oblig.," parte 3ª, cap. 3, sec. 2ª)

(3) Respecto á la autoridad de la cosa juzgada, véase las Ls. 1, y 33, tit. 1,

Art. 1253. Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (1).

## TITULO II.

### DE LOS CONTRATOS.

#### CAPITULO PRIMERO.

##### *Disposiciones generales.*

Art. 1254. El contrato existe desde que una ó varias personas consienten en obligarse, respecto de otra ú otras, á dar alguna cosa ó prestar algún servicio (2).

Art. 1255. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre

lib. 42; 12, 13 y 14 tít. 2, lib. 44 Dig.; 63 tít. 52; 2, tít. 56; 1 y sig., tít. 58 lib. 7 Cód. rom; núm. 207 de "regulis juris"; Ls. 32 tít. 34, Part. 7<sup>a</sup> 19, 20 y 25, tít. 2; 19, tít. 22; 1 y 2, tít. 26, Part. 3<sup>a</sup>

Por referencia, los 1137, 1139 y 1140 del presente código.

Concuerda el primer § del anotado con el 4<sup>o</sup> del 1226 Proy. 1851.—1351 Franc.; 1351 Ital.; 1380 Ante proy. belga.

(1) Corresponde á los 1353 Franc.; 1354 Ital.; 2519 Port. 1382 Ante proy. belga; 1959 Hol.; 2267 Luis.; 1256 Boliv.

(2) La 3 al principio, tít. 7, lib. 44; 3, § 3; 7, § 1 y sig., tít. 14, lib. 2 Dig. Distinguese el contrato de la convención. Sobre esta última dijo Ulpiano, explicando su sentido etimológico: «Asi como convienen los que de diversos lugares se reúnen en un punto, también convienen los que por diferentes movimientos del ánimo consienten en una cosa»

La convención por Der. Rom. "conventio, pactum" en sentido lato, comprendía el contrato y el pacto propiamente dicho. El contrato era la convención legal por excelencia, el cual tenía causa y fuerza civil de obligar. Los pactos carecían de estos elementos, y producían una obligación meramente natural, pero este rigorismo fué modificado por el derecho pretorio y por los emperadores, dándose á los pactos, á semejanza de los contratos, sus correspondientes efectos jurídicos.

En lo moderno, la palabra convencional significa el acuerdo de varias personas con intención de obligarse ó no sobre un mismo objeto; el contrato es la convención hecha con ánimo de constituir una obligación, y el pacto es la estipulación ó convenio especial que á veces se une al contrato y forma parte integrante del mismo. En este sentido toma Durantón estos vocablos al decir que la convención comprende, además de los contratos, todos los pactos particulares que se les pueden agregar.

Para que la convención constituya contrato, es necesario: "1<sup>o</sup>, que las partes se manifiesten recíprocamente el consentimiento. Una decisión secreta ó no expresada no tiene fuerza de obligar; y la manifestación, y hasta la promesa hecha por una sola de las partes sin aceptación de la otra, tampoco constituye vínculo de derecho. Los romanos llamaban á la simple promesa "pollicitatio" y al consentimiento de la otra "acceptatio," sin la cual el prominente puede retirar su palabra. Que no existe, dice Pothier, citando á Grotius, derecho sin la aceptación, se comprende fácilmente, pues así como no puedo por sola mi voluntad transferir á otro un derecho sobre mis bienes si no hay al propio tiempo su voluntad de adquirirlo, de la misma manera, por la sola promesa, no puedo conferir á otro un derecho contra mi persona hasta que por medio de la aceptación concurre su voluntad con la mía para adquirirlo. (Pothier, Trat. de las Oblig., cap. 1. § 2, Grotius 'De jure belli et pac.', lib. 2, cap. 11, vers. 3) El principio de que la "pollicitatio" no es obligatoria, tenía entre los romanos dos excepciones á favor de la ciudad: 1<sup>o</sup>, cuando había un poderoso motivo para ello, como si se hacía en consideración de alguna magistratura municipal que se había deferido "ob honorem;" 2<sup>o</sup>, cuando había empezado á cumplir la promesa. L. 1, § 1 y 2, ff. de tít.

2<sup>o</sup> Es además requisito del contrato "que el objeto de la voluntad sea una relación de derecho." Si dos personas, observa Savigny, se ponen de acuerdo en sus opiniones para el ejercicio de una virtud, de la ciencia ó del arte, su convención no constituye contrato (Sist. del Der. Rom., § CXL.)

3<sup>o</sup> La relación de derecho ha de referirse á la persona de las partes según expresión del mismo jurisperito, ó, en otros términos, "las partes han de tener ánimo de contraer una relación de derecho." Cuando los miembros de un tribunal, después de largos debates, continúa Savigny, conviene en el fondo de su decisión, existe un acuerdo tocante á una relación jurídica; sin embargo, no constituye contrato porque aquella no se refiere á las personas que han tomado la resolución. Si el padre, dice Pothier, promete á un hijo cursante que en vacaciones le dará dinero para hacer un viaje si aprovecha durante el curso, no contrae una obligación propiamente dicha. Estas promesas, añade Pothier, se hacen de buena fe y con la voluntad actual de cumplirlas; pero sin la intención de conceder á aquel á quien se hacen el derecho de exigir su cumplimiento, y esto sucede cuando el que promete declara al mismo tiempo que no entiende por ello ligarse. ó cuando esto mismo resulta, ora de las circunstancias ó cualidades del prominente, ora de aquel á cuyo favor se hizo la promesa.

El esclarecido fundador de la escuela histórica, teniendo en consideración los expresados requisitos, define el contrato: «acuerdo de varias personas sobre una manifestación común destinada á regir sus relaciones jurídicas» (Sist. del Der. Rom., § CXL), cuya definición ha sido transcrita en el art. 1137 del Cód. Argentino.

El Cód. Italiano, art. 1098, explica el contrato diciendo: "acuerdo de dos ó más personas para constituir, regular, ó aclarar entre las mismas un vínculo jurídico"; y el Francés, art. 1098: "convenio, en cuya virtud una ó varias