

produce, cuando concurre la circunstancia que espresa el artículo 1013.

*De la parte contraria.* Si se atendiese á la significacion propia de la palabra *parte* en el sentido jurídico, hubiera que considerar como doctrina corriente despues de la *Ley de enjuiciamiento*, la de que la citacion para las diligencias probatorias tenia que ser personal; y por consiguiente, que aquellas habian de entenderse con la misma parte y no con su procurador, lo cual causaria frecuentes embarazos y contradijera ademas el principio reconocido por la *Ley*, de que los litigantes deben ser representados indispensablemente por medio de procurador. Pero atendiendo á que la *de enjuiciamiento*, por lo comun, al usar la palabra *parte* se refiere al representante y no al representado, sin temor de incurrir en error debe entenderse que la citacion previa se ha de hacer siempre con el procurador, salvo cuando se refiera á diligencias que tenga que practicar por sí el principal interesado en el litigio.

*Se hará lo mas tarde el dia antes del en que hubiere de tener lugar.* Impone la *Ley* esta obligacion tambien bajo la pena de nulidad, para evitar que la confabulacion del actuario con el litigante hagan que por retrasar la citacion hasta momentos antes de la hora en que la diligencia probatoria hubiera de practicarse, no pueda el citado comparecer, ó no se efectue aquella diligencia. Ya al tratar de ella indicamos la forma de practicarla, cuando se hallase ausente el que tuviera que ser citado; ahora cumple al objeto de que nos ocupamos indicar que, cuando haya de ejecutarse la prueba fuera del pueblo en que residiere el juez, tendrán que espedirse al efecto despachos ó exhortos, y en ellos se hará la citacion á ambas partes á fin de que designen persona residente en el lugar en donde se ha de practicar para que se la mande citar por el juez comisionado.

La fijacion en el *art. 278* de un término intermedio entre la citacion y la diligencia de prueba significa con toda claridad, que el juez está obligado á señalar dia para la práctica de toda diligencia probatoria, porque de nada serviria aquella prevencion, si al citar á la parte no se la manifestase el dia y la hora en que habia de asistir para presenciarla.

La regla sentada en el *art. 278* puede ocasionar conflictos

y dudas á los jueces en los casos extremos, porque si es cierto que dentro de todo el término probatorio pueden las partes solicitar la que les convenga, *art. 273*, se ocurrirá desde luego la dificultad de si propuesta por algun litigante alguna diligencia de prueba en los dos últimos dias del término legal, podrá efectuarse válidamente, supuesto que no cabe intermedio de un dia entre la citacion y el en que ha de practicarse. Resolviéndonos á consignar una opinion razonada para zanjar esa dificultad, que con la *Ley* á la vista no puede desvanecerse, sostendremos la de que antes que cumplir con el requisito de la previa citacion, debe satisfacerse la exigencia de la parte sobre admision de la prueba; porque si bien aquella es conveniente, esta es necesaria y de justicia, y como que entre la esencia y las fórmulas debe concederse á aquella la preferencia, no podemos menos de inclinarnos á su favor. Otra razon ademas corrobora la opinion sentada, á saber: la de que despues de trascurrido el término de prueba, queda á la parte otro para proponer tachas, y por consiguiente el citado con perentoriedad y sin el intermedio de un dia podrá combatir la prueba tachándola, si tuviese motivos para hacerlo.

La confesion en juicio y el reconocimiento de libros y papeles del litigante se exceptúan de la regla anteriormente sentada, por la sencilla razon de que, como no pueden practicarse sin su presencia, no ha sido necesaria la adopcion de precauciones para evitar los fraudes.

## SECCION SESTA.

### DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.

#### Observaciones.

Ocupase la *Seccion sexta* de enumerar los medios de prueba, y en verdad que esta es una de la materias improbas, delicadas y comprometidas que pueden ser objeto de la *Ley*; porque mucho mas que fijar el sistema de sustanciacion, interesa establecer los medios de justificacion que la *Ley* haya de reconocer, supuesto que de esto depende ordinariamente el éxito de los litigios que

siempre han de fundarse en la verdad de los hechos, y en los principios de justicia. Ciertamente que por grande que sea la solitud de los legisladores en adoptar medios de precaucion para contrarestar las maquinaciones de la mala fé, no será fácil que lleguen á conseguir por entero el objeto que se proponen, pues que no puede menos de reconocerse la impotencia de la condicion humana, para prevenirse contra todos los medios que la malicia suele elegir á fin de fascinar á los jueces y persuadirlos de una verdad aparente.

Si al ocuparnos de los medios de probar hubiéramos de reconocer todo lo que cabe en el orden natural, para que el hombre llegue á conseguir el convencimiento racional que ha de servirle de regla fija para decretar una providencia justa, ciertamente que no encontraríamos el limite fijo y seguro que determinara las condiciones de la prueba, porque deberia permitirse el ejercicio de todos los medios con los cuales pudiera llegarse á la investigacion de la verdad. Pero atendida la condicion humana, no podíamos prometernos que en la permission absoluta se encontrara un recurso de infalibilidad, ni tampoco fuera prudente consentir tanto, porque en los asuntos judiciales, como mas adelante haremos ver, es indispensable la adopcion de ciertas medidas restrictivas que pongan coto á los ardidés y amaños, de que la mala fé hubiera de valerse para obtener un fallo favorable.

Por mas que los legisladores estudien con el fin de encontrar los medios de justificacion de la verdad; por mas que entre estos escojan los que sean, á su parecer, mas infalibles, nunca podrán considerarse sino como medios de obtener alguna probabilidad; y las restricciones que la *Ley de enjuiciamiento*, como todas las antiguas adoptaron, no alcanzarán á dar otro resultado mas que el de descubrir entre lo falible aquello que sea mas probable. En efecto, la prueba judicial es un simple cálculo de probabilidad, nacido de una especie de contrato, de una transaccion conveniente entre el individuo y la sociedad.

La prueba se ha dividido con justa causa en *especulativa y judicial*. Para la primera son licitos cuantos medios conduzcan al descubrimiento de la verdad; para la segunda se han adoptado, por una necesidad hija de la esperiencia, ciertas restricciones

justificadas por causas de diferente especie. Fué necesario tener en cuenta que la indeterminacion del tiempo podria ser uno de los medios que la malicia utilizase para hacer interminables los procesos, y por esa causa la *Ley* hubo de tasarlos. Fué preciso tambien no dejar tanto á la capacidad, porque reconociendo la diferencia entre los unos hombres y los otros, en cuanto á las condiciones especiales de su inteligencia, se hubiera sancionado indirectamente la injusticia, dejando en la indeterminacion todos los medios probatorios; porque no puede dudarse que para ciertas capacidades, la conviccion mas profunda suele nacer de los hechos mas insignificantes, en tanto que para otras es preciso reunir datos fidedignos, porque de otra manera su inteligencia se resiste á la conviccion. Esta diversidad de criterios hizo necesaria la fijacion de límites, tanto en la forma del exámen de los datos probatorios, como en la eleccion de los medios. Temiendo tambien la ley la mala fé de los litigantes, no podia permitir la libertad en la forma de redactar los interrogatorios, y por esa causa necesitó adoptar ciertas medidas puramente formularias para que no se alterasen las preguntas en su forma y en su ejecucion, y para que no se pudiese de ese modo envolver á los que hubieran de contestarlos. Tambien la ley civil hizo distincion en la fórmula de las acciones, y como en consonancia con estas debian presentarse las justificaciones en tiempo oportuno, la prueba judicial tenia que atemperarse á la accion deducida en juicio, porque lo que justificaria cumplidamente un hecho relativo á una fórmula de accion dada, seria muchas veces inútil con relacion á otra. Finalmente, la materia que fuese objeto del debate, debia influir tambien con eficacia en la eleccion de los medios de probar, y la autorizacion legal para admitirlos sin traba de ninguna especie, y para todos los asuntos, seria injusta; porque sabido es que lo que en el orden criminal puede conducir al convencimiento, es no pocas veces inútil en el civil, atendiendo á la indole especial de las acciones y de los derechos que por ese concepto competen á los particulares.

Si en este momento hubiéramos de ocuparnos de la prueba considerada en general; si nos fuera licito penetrar en el terreno de la ciencia teórica con la latitud conveniente, espusiéramos con la estension necesaria las doctrinas indicadas en los

párrafos anteriores. Pero debiendo limitarnos al derecho constituido, diremos tan solo que la *Ley de enjuiciamiento* ha reconocido como base de sus disposiciones la tasación de las pruebas, y que con arreglo á ella ha establecido las reglas que determinan las condiciones de los medios de probar, y los ha considerado con relación á las personas que en ellos tienen que intervenir para dar su testimonio.

Constituido el hombre en sociedad, inútilmente le confiriera esta derechos, si al mismo tiempo no le suministrara los medios para probar y reclamarlos, en el caso de que se viese desposeído por un tercero, ó en el de que este no quisiese cumplir las obligaciones contraídas. La sociedad, pues, tuvo que conceder medios de acción, para que fuesen efectivos los derechos que la misma otorgaba, y como de esta concesión había de nacer la obligación de un tercero, es claro que el individuo se encontró al mismo tiempo constituido en una doble situación relativamente á la sociedad misma, á saber; la de tener acción para pedir y la de tener obligaciones que cumplir. Pero cuando las leyes otorgaban los derechos, cuando autorizaban á los que los poseían para poder hacerlos efectivos por medio de la reclamación judicial, hubieron también de señalar condiciones sin las cuales aquella autoridad judicial no pudiese deferir á lo que se solicitara. Estas condiciones fueron las pruebas. La sociedad, fundada en la necesidad de la justificación, tenía que exigir del que se presentara á demandar en juicio, la demostración del derecho que deducía por medio de la demanda; pero al hacerlo así, para poder justamente obligar á un tercero al cumplimiento de sus deberes, necesitó transigir con este mismo, estipulando condiciones sin las cuales no pudiese compelerle á la ejecución de un hecho. Hé aquí, pues, la segunda parte de la transacción.

Estas condiciones se refirieron á las cualidades de que había de estar adornada la prueba; se exigieron para llevar la confianza de la legalidad al que debía ser condenado á la pérdida de un derecho, de que otro como él se creyeran asistidos; ó al cumplimiento de una obligación existente y eficaz; y para ello impuso la *Ley* el deber de justificar la acción al demandante ó sus excepciones al demandado; de tal modo que cuando menos indujese convencimiento de la existencia de los hechos en los cuales

fundaban su derecho. Para que las pruebas alegadas y practicadas carecieren de toda sospecha, la *Ley* tuvo necesidad de hacer ciertas exclusiones, y de fijar ciertas restricciones en la libertad de la elección de los medios de probar, y en las condiciones individuales de las personas que diesen su testimonio.

Reconocida como una verdad legal, la de que todos los medios de prueba se reasumen en la testifical; porque cualquiera que sea su fórmula, al fin viene á declararse que toda ella se funda en el testimonio del hombre, las leyes necesitaron especificar todas las circunstancias que, bien por causas de incapacidad física, ó bien por otras de incapacidad moral ó intelectual, hiciesen que el testigo no mereciese crédito á los ojos de la autoridad. Esta consideración obligó á distinguir también entre las pruebas hábiles para ser admitidas, y las pruebas útiles para ser creídas; distinción que interesa mucho tener presente, con especialidad en los asuntos criminales.

La *Ley de enjuiciamiento*, aceptando los principios que quedan consignados, distinguió, como debía hacerlo, diferentes clases de pruebas, y estableció ciertas prohibiciones ó impedimentos para que por falta de capacidad ó por condiciones de inmoralidad, no pudiera llevarse el engaño al ánimo judicial, que, fundado en datos por su naturaleza recusables, cometiera una injusticia al abrigo del testimonio falible por diferentes conceptos.

Al tratar mas adelante de los medios de prueba en particular, tendremos ocasión mas oportuna de hacernos cargo de las restricciones especiales que la *Ley* ha fijado para cada uno de ellos, atendida su índole particular. En este momento nos limitaremos á consignar algunas reglas generales sobre las pruebas que deberán tenerse presentes, para en el caso de que la *Ley* no haya sancionado espresamente otras á las cuales deban atenerse los jueces.

El objeto fundamental y primario de la prueba judicial, es el descubrimiento de la verdad; y reconociendo este principio, lógico será deducir que la opinión judicial deberá inclinarse á favor de la libertad en la acción de los medios probatorios, siempre que no se encuentre en la *Ley* una prohibición espresa, ó que tal vez sea dudoso si deben ó no ser admitidos.

Asimismo, teniendo presente el principio arriba consignado, los

jueces á quienes la *Ley* encomienda la admision ó desestimacion de las pruebas propuestas, deberán desechar todas las que no tiendan directa ó indirectamente á justificar los hechos que sean materia del debate. Esta regla está en armonía con la índole especial de las contiendas judiciales; porque no pudiendo ser compelida la parte á defenderse de una acusacion de la que no sea antes prevenida por medio de la citacion, claro es que con aplicacion á ella serian inútiles todas las pruebas como pertinentes al asunto único que constituye la accion litigiosa.

Sin embargo de lo espuesto en las reglas anteriores, importa mucho, para no incurrir en un error, distinguir, entre la admisibilidad y la credibilidad de la prueba legal; porque como el efecto de cada una de ellas se estiende á diferentes fines, claro es que los principios que deben tenerse presentes para admitirlas ó desestimarlas no pueden ser unos mismos. Un ejemplo que constantemente se repite en los tribunales de justicia, demostrará con exactitud la teoría que acabamos de sentar. El testimonio de un pariente ó afin dentro del grado que la ley señala para considerarle sospechoso, cuando declara en favor de la misma persona que ha sufrido el agravio ocasional de la acusacion, no debe ser reputado como medio digno de crédito legal. Pero como los jueces ante todo han de procurar facilitarse recursos de investigacion, quiere decir, que los tachables deberán ser considerados útiles para ser admitidos con el fin de indagar, pero no como hábiles para producir crédito que conduzca á la conviccion del ánimo judicial. Estas doctrinas, reconocidas por todos, sin embargo, no pueden tener aplicacion absoluta y práctica á los asuntos civiles ordinariamente, porque á ellos toca, á los litigantes, acreditar los hechos en que fundan sus derechos, y la autoridad judicial es nula con respecto á la investigacion. Los jueces únicamente pueden acordar la práctica de ciertas pruebas á virtud de lo dispuesto en el *art. 48* de la *Ley de enjuiciamiento*, cuando ya terminados los debates consideren necesaria la aplicacion de ellos para su mayor convencimiento, y para fallar con plenitud de justicia en un caso concreto.

Los espositores del derecho sostuyeron constantemente un reñido debate, respecto á la conveniencia de tasar ó no la cantidad de prueba, á que debia someterse el juez para dictar provi-

dencias definitivas en los casos concretos. Tan grave, tan trascendental y complicada es esta cuestion, que para esclarecerla ó dilucidarla con todas las razones que en pro y en contra pueden alegarse, seria preciso un tratado especial. Nosotros creemos que cualquiera de las dos opiniones que se adopte, llevará siempre consigo indefectiblemente graves inconvenientes imposibles de evitar. Esa cuestion se roza íntimamente con las condiciones individuales de las personas encargadas de la administracion de justicia; y como todas ellas no pueden ofrecer iguales garantías de seguridad, claro es que la adopcion de una medida general, tendria que tropezar con la diversidad de las condiciones intelectuales de los funcionarios á quienes estuviese encomendada aquella santa mision. No cabe, pues, en el orden humano otro medio mas, que el de elegir entre la tasacion de la calidad de los medios probatorios y de la cantidad de la prueba necesaria, ó el de dejar á la conviccion individual la calificacion de la suficiencia de las pruebas; y si se quiere, podrá formarse un sistema misto con la combinacion de ambos. Podrá la ley tasar los medios admisibles para la prueba, reservando á la prudencia del juez la regulacion de su suficiencia; pero ninguno de los dos sistemas, ni aun el combinado, que al parecer seria el mas seguro, está exento de los peligros que anteriormente anunciamos. La tasacion de los medios y de la cantidad de la prueba lleva consigo el grave riesgo, de que la verdad desaparezca ante la carencia de un requisito cualquiera que se exija como solemnidad ó como condicion precisa para declararla suficiente. Muchas veces acontece que las circunstancias individuales de un testigo producen mas crédito en el ánimo judicial, que las manifestaciones de gran número de personas que declaren en el mismo sentido, cuando carecen de las condiciones particulares que hacen confiar con justicia en la buena fé de aquella. En este caso el ánimo judicial se inclinaria á favorecer el testimonio de la persona única, que le ofrecia seguridad de haber depuesto con verdad; pero la determinacion legal le obliga á seguir lo depuesto por las otras personas, á quienes interiormente no puede dar asentimiento. Hé aqui, pues, uno de los inconvenientes que ofrece el sistema de tasacion legal de la cantidad de prueba; inconveniente de inevitable trascendencia, por-

que obliga al juez á que, faltando á los sentimientos de su conciencia, falle tal vez, aunque con justicia legal, contra la verdad demostrada en su concepto y de la realidad de los acontecimientos.

Pero si bien esto es así; si con frecuencia tendrían que lamentarse las funestas consecuencias de la tasación legal, el libre arbitrio de los jueces los convertiría en jurados, y no obstante su condición especial, á pesar de que su experiencia sería una garantía que los hiciese de mejor condición que á los jueces jurados, con todo, esa libertad absoluta produciría necesariamente una desigualdad notoria á la administración de justicia; porque no siendo posible que los gobernantes eligiesen siempre personas dotadas de igual capacidad intelectual, acontecería con frecuencia que en un mismo proceso, encomendado para su fallo á jueces mas ó menos propensos á la convicción, mas ó menos capaces para calificar las pruebas dadas de un modo mismo, formarían juicios encontrados, y dictarían providencias contrarias con escándalo público, con notorio detrimento del prestigio tan importante para la administración de justicia.

Ya en otra ocasión, tratando de la *regla 43 de la Ley provisional para la aplicación del Código penal*, espusimos con estension nuestras opiniones referentes á la prueba que determina el convencimiento. Entonces manifestamos el riesgo que nos atemoriza de que la confianza depositada en los encargados de la administración de la justicia criminal sin trabas de ninguna especie, pudieran llevar consigo la muerte, el deshonor, la pérdida de la fortuna á una familia cualquiera. Entonces combatimos con todas nuestras fuerzas la doctrina sostenida por un jurisconsulto célebre, que opinaba que la *regla 43* habia conferido al magistrado la facultad de fallar, imponiendo hasta la pena de muerte, por el solo convencimiento, cualesquiera que fuesen los medios por los que hubiéramos llegado á formarle. Y si en este momento hubiéramos de tratar la cuestión propuesta con toda la estension conveniente; si fuéramos llamados á elegir entre los dos sistemas de tasa ó libertad, y sujeción del arbitrio judicial de la cantidad de prueba suficiente para probar, ciertamente que no elegiríamos el segundo; porque por graves que sean los inconvenientes, y por inminente que sea el riesgo, de que se falte á la justicia al fallar por el pri-

mero, vale mas pasar por su tasación, que dejarla entregada á la capacidad falible, supuesto que es mas defectuosa, y se conseguiria mas fácilmente encontrar remedio que cortase por lo menos los defectos del sistema de tasación, que el que pusiese coto al doble peligro que nace de la incapacidad ó de la malicia, y de la irresponsabilidad concedida al arbitrio judicial. La *Ley de enjuiciamiento* deja á la prudencia de los jueces la calificación de la prueba testifical. Esa *Ley* sin duda ha creído que el sistema establecido por las leyes de Partida reúne peores condiciones que el de la prudente apreciación; pero sin que nosotros le combatamos en este momento, esperamos que el tiempo venga á justificar que no nos equivocamos, cuando tememos que la justicia quede en una inseguridad completa, supuesto que de aquí en adelante cuando la prueba sea testifical, los magistrados y jueces son irresponsables de sus fallos, porque las leyes penales no descienden hasta el terreno de la apreciación, y únicamente consideran prevaricador al juez que, dada una prueba evidente y clara, falla á sabiendas contra la ley terminante.

Para cumplir con nuestro propósito, vamos á decir algunas palabras sobre la cuestión de publicidad de la prueba que ocupó algunos momentos la atención de las Cortes Constituyentes en las discusiones del dictamen de la Comisión parlamentaria sobre autorización para redactar y publicar la *Ley de enjuiciamiento civil*. Decíase en la base cuarta, "que la prueba será pública para los litigantes que tendrán el derecho de presentar interrogatorios." Esta base fué objeto de debates, si bien sostenidos con escasa animación, porque no obstante la importancia del asunto, únicamente algunos celosos diputados tomaron parte en la discusión.

En efecto, haciendo cargo el Sr. Salmeron á la Comisión de la vaguedad de las bases, decia en la sesión del 7 de mayo de 1855, "que la prueba sea pública, proponeis en la cuarta base, para los litigantes que tendrán el derecho de presentar contra-interrogatorios. ¿Es este todo vuestro descubrimiento, vuestro único adelanto? Permitidme que os diga que os quedais muy atrás de lo que ya teníamos. El marqués de Gerona, profesando otras doctrinas, iba mas allá que vosotros. Y cuidado que no soy defensor del marqués de Gerona, pero ese artículo es lo úni-

»co que admito de su procedimiento. ¿ Y qué decía de la instrucción? Que la prueba fuese pública, no solo para los interrogatorios y los trámites, sino también para los instrumentos. Verdad es, que esta cuestión es grave; que esta cuestión está tan debatida como las demás, y sobre esta entran por mucho las pugnas de la escuela y de la tramitación judicial; pero es lo cierto que la luz ahuyenta la oscuridad, y garantiza la sorpresa, y que la igualdad es indispensable en un palenque, donde todos tienen los mismos derechos.

»Y para que vea la Comisión cual es la marcha de nuestra legislación en este punto, pregunte á la legislación é interrogué á la práctica, y verá qué es lo que adelanta: nada, absolutamente nada. La legislación antigua decía, que en materia de procedimientos civiles, la prueba sería secreta. Sin embargo, en algunos puntos, como en Galicia, cuando se da traslado del interrogatorio, se ha repreguntado á los testigos. Yo he sido abogado y he tenido asuntos de esta naturaleza; y si se duda, aquí traigo un auto que convencerá á los señores de la Comisión de que es cierto que en Galicia se ha dado traslado de un interrogatorio, y se ha repreguntado. Decía que la legislación actual recomendaba la prueba reservada, y sin embargo, esto se iba corrigiendo en el trascurso del tiempo, como el ejemplo que he citado.

»Pues bien; la Instrucción de 53, no solamente la practicó, sino que ampliándola más, estableció la prueba pública en lo testifical y en lo instrumental. Yo pregunto, ¿ y habéis hecho la prueba pública en lo documental? ¿ Es por ventura menos interesante que la testifical?

»No habéis dicho de un modo terminante que la prueba será pública, y luego parece que por defecto de redacción, se reduce el pensamiento á que se presenten contrainterrogatorios.

»Pues cuando yo no vea la idea clara y terminante, os preguntaré: ¿ establecéis la prueba completamente pública, ó nó? Si lo primero, nada habéis adelantado; si lo segundo, estoy con vosotros.

Nuestros lectores observarán que en el precedente discurso, que literal transcribimos, nada absolutamente se alegó en apoyo de la publicidad de la prueba de todas clases; citáronse las prác-

ticias de algunos juzgados, pero de ellas no podrá deducirse lógicamente la conveniencia ni la utilidad de una teoría: se acreditará tan solo la existencia de una costumbre, de una repetición de hechos, mas ó menos fundados en los principios de la ciencia.

Al estudiarlos nosotros, si bien en el orden teórico, no se nos oculta la excelencia de la publicidad abstracta; cuando después descendemos al terreno práctico, y consultamos con la experiencia, descubrimos con sentimiento un vicio radical en aquel sistema que nos obliga á desecharle, como ocasional de los males, cuyo remedio cree encontrarse en la misma publicidad. La luz ahuyenta la oscuridad, y garantiza la sorpresa, decía el Sr. Salmeron, y esa es la verdad, repetimos nosotros; pero la luz ahuyentando la oscuridad, alumbrá algunas veces la senda que conduce al malvado á la perpetración de los delitos preparados, asegurando la impunidad; y garantiza la sorpresa, porque aquella luz imprudentemente esparcida descubre un campo desconocido al que intenta sorprender á otro, y le asegura que lo conseguirá, porque duerme descansado en la confianza de su probidad, en tanto que su adversario le vigila y le descubre el reflejo de aquella luz que su propia víctima le suministra.

La publicidad de las diligencias probatorias, lleva consigo inconvenientes mucho más graves que el secreto; pero inconvenientes que no pueden remediarse, á pesar de todas cuantas precauciones adopte la ley. Falta en primer lugar la libertad al testigo á quien impone la presencia de aquel contra quien depone, cuando la entereza de su carácter no sea bastante fuerte para resistir las miradas del que se cree ofendido por sus declaraciones: facilita en segundo al litigante el conocimiento de lo que en su perjuicio se prueba, y le incita á que busque á toda costa y por todos los medios, una contraprueba que destruya el crédito que la contraria mereciera; y finalmente, abre cierto debate poco conveniente entre las partes y los testigos, que no pocas veces contribuye al oscurecimiento de la verdad, lejos de aclararla. Los juicios de menor cuantía establecidos por la *Ley de 10 de enero de 1838*, y los criminales sustanciados conforme al *Reglamento provisional*, nos han proporcionado horas de entretenido recreo, porque efectivamente, los acalorados debates

entre la parte y el testigo, difíciles de apaciguar por la energía del juez, sino representaban escenas dignas del santuario de la justicia, cuando menos tenían el mérito de la novedad ordinariamente agradable y curiosa.

La *Ley de enjuiciamiento* conforme con las bases aprobadas por las Cortes, eligió el mejor sistema sin duda alguna; así como le sancionó también la jurisprudencia canónica, tan digna de imitación en muchas partes del procedimiento. Prescribió la publicidad de los interrogatorios, para que las partes mutuamente puedan repreguntar á los testigos de presentación contraria, sobre los mismos puntos que comprendan aquellos, porque de ese modo la prueba de un hecho se estenderá á todos los extremos que convenga dilucidar; pero ordenó el secreto en la práctica de las interrogaciones, para que la intimidación, la sagacidad maliciosa, ó la sorpresa no puedan ejercer su maléfica influencia sobre el testigo, obligando á faltar, ó á ocultar la realidad de los sucesos.

Sentadas estas doctrinas generales, que tienen aplicación á todos los medios de prueba, nos ocuparemos ya de cada uno de ellos en particular por el orden que guarda la *Ley de enjuiciamiento*.

Antes de emprender esta tarea, debemos fijar la atención en la enumeración de los medios de prueba que hace la *Ley de enjuiciamiento*, y observaremos que reconoce algunos que las leyes antiguas no distinguían, y omite, al parecer, otros que las mismas habían establecido. La *correspondencia*, por ejemplo, pertenece á la primera clase, porque tanto las leyes de Partida como las Recopiladas, bajo la palabra documento, comprendían los públicos y los privados, y á esta última especie corresponde sin duda el medio de probar titulado *correspondencia*. Así lo acredita el *art. 289*, en el cual trata de los documentos privados y de la correspondencia y establece las mismas reglas para los unos que para la otra. No comprendemos, pues, cual haya sido la razón que ha tenido la *Ley de enjuiciamiento* para no considerar la correspondencia como documento privado, y para enumerarla con separación de estos.

Asimismo, el juramento necesario, llamado de *premia* por las leyes de Partida, las presunciones y conjeturas, el fuero y la fama ó notoriedad, figuran entre los medios de probar que

reconocieron espresamente las leyes de Partida, al menos para ciertos casos. Ciertamente que no seremos nosotros los que consideremos este silencio como un defecto en la *Ley*, porque estamos completamente de acuerdo en que las presunciones ó conjeturas, la fé, y la notoriedad ó fama pública, son medios probatorios independientes ó distantes de la prueba testifical. Pero si bien estamos conformes en este pensamiento respecto á aquellos, no podemos convenir en que el juramento necesario se haya separado del catálogo de las pruebas; porque la misma *Ley de enjuiciamiento* le reconoce, en el hecho de autorizar á los jueces para que, á fin de mejor proveer, puedan exigir confesión de cualquiera de los litigantes, después de concluso el pleito para definitiva y de citadas las partes. Tal vez la *Ley* haya creído comprenderlo en la 4.<sup>a</sup> clase de pruebas que enumera bajo la denominación de confesión en juicio; mas aunque al hacerlo así no procediese con inexactitud, debería haber tenido presente que las leyes antiguas y la jurisprudencia distinguieron entre la confesión en juicio, y el juramento necesario, no tan solo por una mera cuestión de palabras, sino porque entre la confesión y el juramento existen diferencias esenciales de que ya nos haremos cargo en el *Comentario al art. 292*, así como ya las indicamos en el correspondiente al 248.

#### DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.

La prueba documental suele dividirse en tres clases diferentes, atendidas las condiciones de que pueden hallarse adornadas las justificaciones corresponden á la primera los datos tomados de la historia de los archivos de los tribunales y dependencias públicas, con relación á los hechos ó acontecimientos que pasaron; pertenecen á la segunda las informaciones particulares recibidas por medio de las escrituras de los contratos, ó de otros escritos en los cuales no concurren ciertas solemnidades que las leyes exigen para su otorgamiento; y á la tercera, los informes reunidos por medio de los certificados ó atestados que espiden las personas constituidas en autoridad y con facultad para darlos. La *Ley de enjuiciamiento* reconociendo la exactitud de esas divisiones, y no pudiendo prescindir de ellas, porque están encarnadas en nues-

tra sociedad, atendida su organizacion, ha clasificado los documentos públicos en el *art. 280*, pero separándose en cierto modo de nuestra antigua jurisprudencia, supuesto que todos los instrumentos que merecen la mas alta autoridad por sus condiciones particulares los comprende bajo la denominacion de instrumentos *públicos y solemnes*; de tal modo que ya en adelante desaparecerá la clasificacion de instrumentos públicos, auténticos y oficiales que reconoce el Código penal al tratar de las falsedades, resultando de esta reforma cierta contradiccion entre los dos únicos Códigos modernos que regirán en adelante. Ciertamente que estas observaciones no podrán producir efectos de gran consideracion en la aplicacion práctica de las leyes, porque la autoridad sancionada por el Código es una misma para todos los documentos que comprende bajo las denominaciones de públicos y oficiales; mas aunque esto sea así, siempre conviene que todos los códigos que rigen en un mismo pais se hallen en perfecta armonía.

Tratando la misma *Ley de enjuiciamiento* de la eficacia en juicio de todo documento público y solemne, exige el cotejo con su original, como regla general; y solo en el caso de que la persona á quien perjudique dé espresamente su consentimiento, será cuando haga prueba en juicio. La legislacion antigua era, á nuestro modo de ver, mucho mas justa en esta parte, porque exigia únicamente el cotejo en el caso de que por cualquiera de los litigantes fuese el instrumento redargüido de falso. Fundamos nuestra opinion en que el silencio de la persona perjudicada con relacion al documento presentado ha de producir nuestra conciencia relativa á la exactitud, y porque ademas de creerse así con fundamento, se economizaban gastos innecesarios, limitando el cotejo al caso único de que la parte desconociese la exactitud legal, manifestándolo por el medio antes indicado. En adelante, atendiendo á lo que dispone la *Ley de enjuiciamiento* en los cotejos, se causarán á las partes gastos considerables para realizarlos; y todo ¿para qué?, para satisfacer una necesidad que no puede dar mayor crédito al documento en juicio, supuesto que ninguna de las partes se le habia negado.

Y esa novedad introducida por la nueva *Ley* no tan solo hablará en adelante con los documentos testimoniados por concuerda

ó exhibicion del presentante, sino que en la opinion de algunos alcanzará á las primeras sacas originales que probablemente se estenderán á presencia del litigante á quien perjudicaran, porque la *Ley de enjuiciamiento* no hace distincion para los efectos del cotejo entre las escrituras que la antigua jurisprudencia reconocia como originales, supuesto que se estendian á continuacion de un otorgamiento. Si esto fuese así, bajo cualquiera concepto que se mirase la disposicion del *art. 281, regla 1.ª*, podria considerarse perjudicial á los intereses de las partes que litiguen, pues que sin necesidad tendrian que ocasionar gastos y paralizar el curso de los procedimientos judiciales.

ART. 279. Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, son:

- 1.º Documentos públicos y solemnes.
- 2.º Documentos privados.
- 3.º Correspondencia.
- 4.º Confesion en juicio.
- 5.º Juicio de peritos.
- 6.º Reconocimiento judicial.
- 7.º Testigos.

Ocupasé el artículo preinserto únicamente de enumerar los medios de prueba que pueden utilizarse en los juicios. En vano los definiríamos en este momento, supuesto que de ellos ha de tratarse con la separacion debida, y que á no dudar será entonces mas oportuno cumplir con este deber, notoriamente eficaz para que por falta de exactitud en el conocimiento propio de las palabras, no nos espongamos á incurrir en errores, siempre funestos y perjudiciales en las ciencias.

Las palabras *sin embargo, los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios*, corroboran las teorías de que hicimos mencion en las *Observaciones* precedentes; y así es que con razon entonces indicamos que la *Ley de enjuiciamiento*, cuando menos, habia optado por el sistema tasativo, con relacion á los medios de probar que merecerán crédito en juicio.

Sentadas estas doctrinas no necesitamos ocuparnos por mas tiempo de la disposicion del *art. 279*.