

canónico. Estas reglas constituían, pues, una excepción. Pothier hizo de ellas un principio aplicable á todas las obligaciones. Se equivocó, y los autores del Código se equivocaron como él. Esto lo reconocen todos, y es inútil renovar el debate ya concluido. (1)

SECCION III.—De la prueba testimonial.

ARTICULO 1.º —Nociones generales.

394. La prueba testimonial, á diferencia de la prueba literal, solo se admite en principio para los hechos jurídicos cuyo valor no pasa de 150 francos; cuando la cosa excede de esta suma, la ley quiere que se haga una acta ante notario ó privadamente (art. 1,341); es decir, que la prueba literal es la regla, y la testimonial la excepción. ¿Cuál es la razón de este principio que tan gran papel desempeña en materia de pruebas?

La prueba testimonial comenzó por ser admitida de una manera ilimitada. Aun hay más: nuestros antepasados, dice Boiceau, hacían más caso de la prueba testimonial que de la prueba por escrito, y cuando era contraria por testigos, era preferida; es, en este sentido, como Bouteiller dice en su *Summa Rural*: “testigos de viva voz destruyen letras.” (2) Loisel hizo con esto uno de sus adagios: *testigos pasan letras*. El cambio es radical. ¿Cuál es la razón? La ordenanza de Moulins de Febrero de 1566, es la que consagra esta gran innovación; transcribiremos el art. 54, porque da mejor á conocer el espíritu de la nueva ley, que el art. 1,341 que reproduce la ordenanza bajo una forma más concisa:

1 Toullier, t. V, 2, pág. 256, núm. 312, y pág. 258, núms. 314, 331 y todos los autores, excepto Larombière, quien ensayó tímidamente justificar el art. 1,337 (t. IV, pág. 581, núm. 17 del art. 1,337, Ed. B., t. III, pág. 115).

2 Boiceau, *Tratado de la prueba por testigos, con las notas de Danty* (Paris, 1769, en 4º), pág. 49, núm. 34.

“Para obviar á *multiplicaciones de hechos* que se ha visto poner en tela de juicio, sujetos á prueba por testigos de donde resultan *varios inconvenientes é incitaciones de procesos*, hemos ordenado y ordenamos, que de hoy en adelante, para toda cosa excediendo el valor de 100 libras, por una vez pagadas, han de pasarse contratos ante notario y testigos, por los cuales contratos solo será recibida toda prueba de la misma materia, sin recibirse ninguna por testigos, otra del contenido del contrato, ni en lo que se alegase haber sido dicho de su contenido antes, mientras y después. Por lo que no entendemos excluir las pruebas de las condiciones particulares, y otras, hechas por las partes bajo su firma privada.”

La ordenanza de 1667 (título XX, art. 2) reproduce esta disposición poco más ó menos, en los términos que el artículo 1,341. Esta ordenanza no da ningún motivo; solo consagra un estado de cosas que existían ya desde un siglo. La ordenanza de Moulins, es también muy lacónica; en sus considerandos, no dice cuáles son los *inconvenientes* que resultan de la admisión ilimitada de la prueba testimonial. Este vacío está llenado por los autores antiguos. Danty, en sus notas acerca de Boiceau, dice que la prueba por testigos es la más sencilla y la más natural, y que también es la mejor cuando existe buena fe en los hombres. Pero añade: las costumbres se han corrompido de tal manera en la sucesión de los siglos, la mentira y la calumnia se han vuelto tan frecuentes, que con mucha razón esto prueba que no encuentre ó tenga el mismo crédito. El abuso que se cometía con ella llegó á tal grado en el siglo XVI, que los parlamentos enviaron al Rey Carlos IX diputados para quejarse, lo que dió lugar á la ordenanza de Moulins. Cuando ésta apareció en 1667, se la criticó porque no permitía ni probar el depósito voluntario por testigos; Danty justifica esta prohibición severa: si la prueba del depósito hubiese sido permiti-

da por testigos, dice, sería exponer al pillaje los bienes de los particulares por la facilidad de encontrar testigos corrompidos que depondrían falsamente haber visto hacer el depósito. (1)

Boiceau abunda en quejas sobre la corrupción de las costumbres. Cita los famosos versos de Horacio: “¿Hay algo que con el tiempo no se vuelva peor?” “El siglo de nuestros abuelos no era tan corrompido como el de nuestros padres, y nosotros que somos más malos que ellos, dejaremos hijos peores.” Boiceau exclama con Ciceron. “¡Oh tiempos! ¡oh costumbres! Tanto es así que la buena fe y la inocencia de los primeros siglos es rara en lo presente, y que el hombre se ha vuelto tan diferente de lo que era, que él, creado á la imagen de Dios que es la verdad misma, está hoy tan lejos de esa verdad; su testimonio en otro tiempo religioso, se encuentra enteramente corrompido en los menores asuntos, cuando se está obligado á relacionarse con él. (2)

¿Estas quejas sobre la corrupción creciente de las costumbres, están bien fundadas? Lo encontramos en cada siglo. Testigos y víctimas de las malas pasiones de sus contemporáneos, los hombres se imaginaban que en antaño la buena fe había sido mayor; pero cuando se consulta el testimonio sobre las épocas pasadas, se escuchan las mismas quejas. Es por esto que Boiceau, elogiador de lo pasado, demostraba que el Emperador Justiniano se quejaba ya de la corrupción del testimonio. Una cosa nos ilusiona. Las relaciones de los hombres se hacen diariamente más numerosas, y por consecuencia, los procesos que las dividen; hay, pues, más ocasiones del falso testimonio, pues lejos de aumentar, disminuyen si se tiene en cuenta el aumento de la multiplicación de los negocios. Esto no impide que el legislador de-

1 Danty según Boiceau, págs. 2 y siguientes, y nota a de la página 3, y págs. 15 y siguientes.

2 Boiceau, Prefacio, núm. 9, págs. 25 y siguientes.

ba velar porque los procesos se decidan por las vías de prueba las más seguras y las menos sujetas á error.

395. Los autores del Código, como todos los jurisconsultos, son hombres de tradición, y la tradición para ellos se encarna en Pothier, su guía habitual; Pothier repite lo que había dicho Boiceau y Danty, su comentario: “La corrupción de costumbres y los ejemplos frecuentes de sobornación de testigos, nos han reducido á hacer más difícil de admitir la prueba testimonial, como no lo era para los romanos.” (1) Bigot-Préameneu da el mismo motivo: “Hubiera sido imprudente, dice, no mantener ahora medidas que la mala fe de los hombres desde largo tiempo, ha hecho ver como indispensables.” (2) Nosotros hemos más de una vez hecho notar que el Tribunal es el órgano de las ideas nuevas que había producido la revolución de 1789. Jaubert, el relator del Tribunado, apenas habla de la mala fe de los hombres, parte de un principio exacto al hablar de la prueba testimonial. “Dos motivos, dice, deben influir en la determinación de las pruebas; la necesidad de comprobar las convenciones y la necesidad de conservar fielmente su substancia.” Bajo este punto de vista, debe decirse con el adagio moderno, *letras pasan testigos*. Hombres de igual buena fe cuentan á menudo de un modo diferente, lo que han visto ó han leído. Y sin pretender calumniar á la especie humana, ¿qué siglo no ha sido testigo de numerosos ejemplos y perjurios? Sería, pues, peligroso entregar la suerte de las convenciones á los testimonios humanos. Si solouviésemos la tradición moral, ¿qué se harían la mayor parte de las convenciones cuando los años hubieren alterado sus trazos? ¡Cuánto error é incertidumbres, cuántos procesos, en fin, cuantos motivos de triunfo para la injusticia! Conviene,

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 784.

2 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 210 (Loaré, tomo VI, pág. 185).

pues, á los legisladores, establecer para la prueba de las convenciones, reglas que sean tanto como sea posible independientes de la moral individual, y se substraiga á las dificultades que la sucesión de los años trae naturalmente. Así, la prueba literal ha sido considerada siempre como la más segura.

La cuestión de la prueba testimonial presenta aún otra faz: es también una cuestión de civilización. Se pretende que la prueba por testigos era en antaño generalmente admitida, porque las costumbres eran más puras ¿No era más bien por necesidad? Cuando la inmensa mayoría de los hombres no sabían leer, preciso se hacía conformarse con testimonio. A medida que el uso de la escritura se hizo general, el legislador debió preferir las letras á los testigos. Esto es lo que Jaubert<sup>1</sup> hace notar. (1) Los escritos se redactan en el momento en que pasa el hecho jurídico, mientras los testigos son llamados ordinariamente á declarar muchos años después, y la prueba testimonial se hace inútil.

396. Hemos insistido en los motivos que han solicitado al legislador para prohibir la prueba testimonial, porque en esta materia, sobre todo, el espíritu de la ley sirve para decidir las dificultades que presenta en su aplicación. La mayor parte de los autores parten de un principio exclusivo y admiten que el legislador quiso impedir los falsos testimonios, y todo lo subordinan á este único motivo, lo que debe conducir á errores inevitables. El mismo texto de la ley rechaza este sistema de interpretación. Si los autores del Código habían entendido establecer una especie de tarifa de las conciencias, hubieran sentado como regla que el testigo no es digno de fe desde que declara en un hecho cuyo valor pasa de 150 francos; y la ley prohíbe alguna vez la prueba testimonial, aunque la suma de la demanda sea menor,

<sup>1</sup> Jaubert, Informe, núm. 26 (Loché, t. VI, págs. 232 y 233). Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 590, núm. 315 bis II.

y la admite á menudo cuando el monto pecuniario del litigio es superior á 150 francos. Otros autores jamás invocan el peligro de los falsos testimonios; les repugna creer que los testigos se dejen más fácilmente sobornar cuando las partes tienen mayor interés en hacerlo. Esto también es un exceso. El Código no tiene motivo único y exclusivo. No tomar en cuenta el temor de los falsos testimonios, es dar un mentís á la tradición y, preciso es decirlo, á los hechos también. Subordinarlo todo á este motivo, es igualmente apartarse de la tradición, puesto que las ordenanzas, en las que los autores del Código han tomado las reglas que rigen esta materia, hablan terminantemente y no lo hacen siquiera del inconveniente de los procedimientos largos y costosos á los que da lugar la audición de los testigos.

397. ¿La prohibición de la prueba testimonial es de orden público? ¿Pueden las partes interesadas derogar á ella? Esta cuestión divide á los autores y á la jurisprudencia. Es de una solución muy fácil, se atiende uno á los motivos que acabamos de exponer. Es de principio que los particulares no pueden derogar por sus convenciones á las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres (art. 6). Y una ley que prohíbe la prueba testimonial por la razón que los falsos testimonios corromperían la justicia y alterarían la conciencia pública, interesa á un alto grado las buenas costumbres. Si por orden público se entiende el interés público, la sociedad está interesada en preveer los procesos y en terminarlos luego cuando se presentan. Luego todos los motivos que la tradición nos ha hecho conocer, atestiguan que la prueba testimonial toca á los intereses los más graves de la sociedad. (1) Esto decide la cuestión.

Estaba ya decidido en este sentido, en el derecho antiguo.

<sup>1</sup> Toullier, t. V, pág. 28, núm. 36. Aubry y Rau, t. VI, pág. 423, nota 3, pfo. 761. Larombière, t. V, pág. 81, núm. 1 del artículo 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 152).

El comentador de la ordenanza de Moulins dice que cuando una parte fuere sometida expresamente á la prueba por testigos por una suma mayor de 100 libras, esta convención no sería recibida, porque es de máxima que los particulares no pueden derogar con sus convenciones lo que es de derecho público. (1) Tal era la opinión generalmente seguida bajo el imperio de las ordenanzas. (2)

Los motivos que se dan para la opinión contraria tienen poco valor. Durantou dice que la ley solo prescribe las actas en vista de la prueba. (3) Sin duda; pero no siempre admite la ley toda especie de prueba. La cuestión es, pues, saber si la prueba puede hacerse por testigos cuando la prohíbe la ley por razones de orden público y buenas costumbres; y basta presentarla para resolverla. Un autor que citamos con gusto da razones más serias. Colmet de Santerre confiesa que se pensaba en lo general antiguamente que el principio es de orden público; pero, dice, esta doctrina rigurosa no parece ser la del Código Civil, pues no ha declarado que su disposición no podía ser desobedecida por las partes, como debió haberlo hecho en presencia de las dificultades á que diera lugar el derecho antiguo, y su silencio debe más bien ser favorable á la libertad que á la restricción. El argumento tendría algún peso si realmento fuese dudosa la cuestión; en realidad no lo está; la opinión general se había pronunciado en favor del carácter restrictivo de la condición; bastaba, pues, poner el principio del art. 6. La aplicación de la prueba testimonial no podrá sufrir duda, cuando Pothier declaraba que las ordenanzas habían prohibido la prueba testimonial para evitar los falsos testimonios. Colmet de Santerre no niega qué condiciones de interés general hayan inspirado al legislador; pero ¿no sucede otro

1 Vuvier, citado por Danty acerca de Boiceau, pág. 69, núm. 8.  
2 Véanse los testimonios en Toullier, t. V, 1, pág. 30, núm. 40.  
3 Durantou, t. XIII, pág. 323, núm. 308.

tanto para las reglas legislativas? Es verdad que el interés público y el interés privado se confunden; sin embargo, esto no ha impedido que el legislador distinga entre las leyes que son el objeto del Código Civil, y las que interesan el orden público y las buenas costumbres; prohíbe derogarlas, aunque las partes tengan interés en hacerlo: el derecho de la sociedad se impone. ¿Qué sucedería con el orden social si los particulares pudieran impunemente violentar las leyes que conciernen á las buenas costumbres y al orden público? (1)

La jurisprudencia es contraria á nuestra opinión. Generalmente las sentencias están apenas motivadas. Exceptuamos una de la Corte de Bourges que hace valer consideraciones morales para justificar la derogación á una ley citada en interés de las buenas costumbres. Estas consideraciones son todas de interés privado, lo que les quita todo valor. La prohibición de probar por testigos más allá de 150 francos, dice la Corte, está en interés del acreedor si la consiente; si la solicita ¿el juez podrá considerarla como peligrosa, cuando el acreedor acepta el peligro? El acreedor podría rechazar por falta de pruebas la alegación del pago que el deudor le opondrá; cree que por honor suyo debe probar por testigos que la alegación no está fundada ¿y si le rehusa esta satisfacción de delicadeza? Esto es voltear contra el acreedor una disposición que fué creada en su favor. (2) En estas alegaciones hay algo de verdad, pero están fuera de la ley. El acreedor puede tener un interés de conciencia en invocar la prueba testimonial, el juez debe, no obstante, negársela, porque está en oposición con un interés superior, cual es el de moralidad pública.

398. Resulta de nuestra opinión, que el juez debe dese-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 619, núm. 325 bis II.  
2 Bourges, 16 de Diciembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,615, 2º).

char la prueba testimonial, de oficio, aunque la parte interesada no se oponga á ello. Hay una sentencia de la Corte de Gante en este sentido. (1) La consecuencia no es dudosa desde que se admite el principio. Se ha prevalecido de la consecuencia contra el principio. El juez, dicese, no puede, según el art. 2,223, suplir de oficio el medio resultando de la prescripción; sin embargo, la prescripción es de interés general. Se contesta que la prescripción entraña siempre un escrúpulo de conciencia: la ley ha debido respetarlo, y lo hizo á la vez que resguardando el general interés; el Código no permite á las partes derogar de antemano á la prescripción, pero quedan libres de renunciarla cuando la tienen adquirida (art. 2,220). No hay ninguna analogía entre la prescripción y la prueba por testigos. Esta prueba sería peligrosa, por el solo hecho de permitir ministrarla; luego toda renunciación en cualquiera momento que se haga, debe ser herida de nulidad. Solamente al juez toca decidir si la prueba testimonial debe ser admitida ó desecharla, y debe desecharla en el caso en que la ley la prohíbe porque la prohibición es de orden público. (2)

Poco importa, pues, que las partes estén de acuerdo para admitir la prueba testimonial: su consentimiento, dice Toullier, no puede dispensar al juez de la obediencia que debe al mandamiento de la ley, cuando dicha ley es de orden público. Y si por error hubiese admitido la prueba por testigos, debería revocar esta sentencia interlocutoria por la sentencia definitiva, y decidir sus miramientos por la instrucción, que es contraria á la ley. Sigue también del mismo principio que si el primer juez hubiese pronunciado una sentencia fundada en la prueba testimonial, la parte condenada po-

1 Gante, 6 de Noviembre de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 43).

2 Toullier, t. V, 1, pág. 26, núms. 36-38. Aubry y Rau, t. VI, página 423, nota 4, pfo. 761. Caen, 30 de Abril de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 56).

dría interponer la apelación, aunque hubiere consentido á la interlocutoria que ordenó la instrucción. (1)

399. Se pregunta si la parte que consintió la instrucción puede argüir en nulidad la sentencia que la ordenó. En nuestra opinión, la afirmativa es evidente, y la cuestión ni siquiera puede ser hecha. La jurisprudencia lo decide en sentido contrario. Es porque las cortes parten de otro principio; admiten que la prohibición no es de interés general; desde luego, puede renunciarse, y aquel que la renunció no puede pedir contra su renuncia. (2) La Corte de Casación ha consagrado esta opinión. En el caso, se trataba de la prueba de un mandato; la Corte juzgó que aquel que había consentido la prueba testimonial, no podía quejarse de la consecuencia que los jueces del hecho habían sacado de ella. (3) Esta decisión no ataca francamente la dificultad. Se trata de saber si el consentimiento dado á la prueba testimonial es válido, y cómo pudiera serlo, cuando implica una convención que se aparta de una ley interesando las buenas costumbres y el orden público?

400. Se ha ensayado evadirse de la prohibición del artículo 1,341, y se ha batido á una corte que se prestó á esta violación indirecta de la ley. Tratábase de la cesión hecha de una notaría, según se pretendía, bajo la condición de que el cesionario casaría con la hija del notario precedente. El cesionario confesó que había sido apalabrado el matrimonio, pero negó que se hubiese hecho de él una condición del tratado. Las partes convinieron en tomar su desacuerdo según los dichos y noticias de tres personas, y consintieron,

1 Larombière, t. V, pág. 84, núm. 2 del art. 1,341 (Ed. B., t. III, pág. 152), y los autores citados en la nota 1, *supra*.

2 Rennes, 25 de Febrero de 1841, y Bourges, 16 de Diciembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,615, 1º y 2º). Burdeos, 16 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

3 Denegada, 5 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 349).