

de ocuparnos de las variaciones de la jurisprudencia en esta materia. (1)

558. Hemos supuesto un elemento convencional; es decir, una convención válida unida á un delito, y precediendo al hecho perjudicial. ¿Qué debe decidirse si esta convención está viciada de fraude, en este sentido que no ha sido contraída sino por un medio doloso? Esta es una de las cuestiones más delicadas de esta difícil materia. Hay un principio que no debe jamás perderse de vista, el principio establecido por el art. 1,348 que no es sino una excepción á la regla del art. 1,341. La regla es que todo hecho jurídico debe ser probado por escrito cuando la cosa excede del valor de 150 francos. Esta regla recibe una excepción que es en sí un principio. Cuando la parte que debe probar un hecho no pudo procurarse de él una prueba literal, está admitida á probarla indefinidamente por testigos. ¿El principio del art. 1,348 se aplicará al fraude? Dirémos más tarde, que es de doctrina y de jurisprudencia, que la prueba testimonial es admisible cuando una convención es atacada por causa de fraude ó de dolo; estas son las expresiones del artículo 1,353, el que permite en semejante caso, que el juez ocurra á presunciones que se llaman presunciones de hombre. El art. 1,353 supone que existe una convención y que está probada; pero una de las partes pide su nulidad por causa de dolo ó de fraude; esta parte puede hacer la prueba por medio de testigos, por aplicación del art. 1,348; se halló en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del dolo ó del fraude de que fué víctima al contratar. Nuestra hipótesis es diferente. La parte que contrató pretende que fué por medios fraudulentos como llegó á subscribir una

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 462, notas 9-12, pfo. 765. Larombière, t. V, pág. 157, núms. 24-26 (Ed. B., t. III, pág. 213). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,892. Hay que agregar Casación, dos sentencias, 28 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 41 y 42).

convención, esta convención no está probada por escrito. ¿Podrá dar prueba por testigos de los hechos de dolo ó fraude, con objeto de probar la convención misma como resultado de dichos medios? Según nuestro parecer, nó. Esto sería violar el art. 1,341 y hacer una falsa aplicación del artículo 1,348. Existe una convención, la que está viciada por el dolo. Hay en esto dos hechos distintos: el concurso de voluntades que formó la convención, y el dolo que ha viciado el consentimiento de una de las partes contratantes; el primer hecho, la convención debe probarse por escrito en virtud del art. 1,341; el segundo, el fraude puede ser probado por testigos. Esto también se funda en razón, la prueba por escrito es la regla, y ésta debe recibir su aplicación en todos los casos en que pudo procurarse una prueba literal; y el fraude que vicia el consentimiento no impide á aquel que contrajo el redactar una acta de la convención; luego aquel que fué víctima del fraude no puede prevalecerse de él, para probar la convención por medio de testigos, debe comenzar por dar la prueba de la convención, y no lo puede hacer sino por un escrito. Solo cuando la convención quede probada, será como se le admitirá á la prueba testimonial del fraude que vició el consentimiento y que hizo nulo el contrato.

Apliquémos este principio á nuestra hipótesis. Promuevo contra el depositario por violación del depósito, ó pretendo que aquel á quien entregué una firma en blanco abusó de ella; y sostengo que fué por medio de maniobras fraudulentas como he sido conducido ha confiarle el depósito ó entregarle la firma en blanco. El depósito mismo es contestado. ¿Seré admitido á probarlo por testigos, estableciendo las maniobras fraudulentas que me condujeron á confiar el depósito á aquel que lo violó ó abusó de él? Nó, pues estas maniobras no me colocaron en la imposibilidad de procurarme una prueba escrita del depósito; luego no puedo invocar la excepción



del art. 1,348, me encuentro bajo el imperio de la regla establecida por el art. 1,341; debo, ante todo, probar por escrito el depósito, después de lo cual podré probar por testigos los hechos de fraude y dolo, así como la violación del depósito ó del abuso de la firma en blanco. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. La Corte comienza por recordar el principio que hemos asentado: cuando se trata de un delito que supone la existencia de un contrato, tal como un abuso de depósito, la prueba testimonial del delito; es decir, del abuso, no estará admitida sino después de probado el contrato de depósito, por medio de un escrito, conforme al art. 1,341, ó, si hay lugar por medio de testigos, con un principio de prueba por escrito. En el caso, se trataba de un abuso de confianza en materia de depósito; el citado depósito había sido hecho por medio de maniobras fraudulentas por las que se provocara el depósito y el abuso de confianza que constituía el delito. Esta decisión fué casada porque violaba el art. 1,341. En efecto, la sentencia atacada había admitido la prueba testimonial de un depósito, mientras que el art. 1,341 prohíbe terminantemente la prueba por testigos, aun para el depósito voluntario, en este sentido que el depósito, como toda convención, debe probarse por escrito. En vano la Corte de Montpellier invocó la excepción del art. 1,348, la excepción concierne al delito é implica la imposibilidad en que se halla el acreedor para procurarse una prueba literal; y, aquel que confía un depósito á una persona, aunque fuera por medio de maniobras fraudulentas empleado para esto, no se encuentra en la imposibilidad para levantar acta del depósito; luego no se halla comprendido en la excepción prevista por el art. 1,348; las maniobras que lo condujeron á hacer el depósito no son un delito, éste solo fué perpetrado des-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 463, nota 10, pfo. 765.

pués de efectuado el depósito. A pesar del fraude que trajo el depósito, éste permanece un contrato civil; luego este contrato debe ser probado según el derecho común, por escrito ó por testigos si hay un principio de prueba por escrito. (1)

Existen otras sentencias que declaran admisible la prueba testimonial. En un caso, se trataba igualmente de abuso de confianza en materia de depósito; la Corte de Tolosa admitió al demandante á dar prueba de depósito por testigos. La sentencia está muy habilmente motivada. Aquel que empleó las maniobras fraudulentas para que se le entreguen las piezas de que se hace depositario, tenía ya la intención de despojar al dueño del depósito en el momento en que lo sorprendió por fraude y dolo; este último hubiera solicitado en vano un escrito, no lo hubiera obtenido, pues el depositario infiel estaba ya decidido á negarle la entrega en el momento mismo en que le fué hecha. La Sala Criminal concluye que el delito comenzaba en el momento en que el depositario obtuvo el depósito por sus maniobras; el depósito y el abuso de confianza eran un mismo hecho delictuoso cuya prueba, por consiguiente, podía hacerse por testigos. La Corte agrega que el dueño del depósito se hallaba en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del depósito, porque la entrega de los valores no había sido hecha espontáneamente ni libremente consentida. (2) Aquí está el error; según nos parece, aquel á quien se engaña no sufre violencia, consiente libremente; luego nada le impide solicitar un escrito, debió haberlo hecho, según el art. 1,341; en vano se dice que el depositario infiel se lo hubiera negado; esta negación hubiera ilustrado al dueño y, por su parte, hubie-

1 Casación, Sala Criminal, 20 de Abril de 1844 (Daloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 197).

2 Tolosa, 25 de Febrero de 1837, y Denegada, Sala Criminal 27 de Mayo de 1837 (Daloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 169). Compárese Denegada de 22 de Agosto de 1840 (*ibid.*)



ra rehusado entregar los valores que imprudentemente iba á confiar á un malvado. En cuanto á que el delito remonte al mismo depósito, esto no es exacto, el buen sentido basta para rechazar la objeción: no puede haber violación de un depósito antes que éste se efectúe. El depósito; es decir, la convención precede siempre al delito. Luego es verdad decir que existen dos hechos distintos, el depósito que debe probarse por escrito, y el abuso que se prueba por testigos.

559 La Sala Criminal ha sostenido esta jurisprudencia en sentencias más recientes. Asienta, en principio, que la excepción del art. 1,348 se aplica á los casos en que el mandato ó el depósito no han sido voluntarios; hay entonces, dice la Corte, imposibilidad para que el acreedor se procure una prueba literal. (1) Aceptamos el principio, pero ¿puede aplicarse como la Corte lo hace, al caso en que el mandato ó el depósito han sido determinados por los medios de fraude que pueden siempre ser probados por escrito? Esto es confundir el dolo con la violencia, el dolo no destruye la libertad; aquel á quien se engaña, queda libre para pedir un recibo, salvo que rehuse la otra parte; y si á pesar de esta negación la parte engañada confía el depósito ó el mandato, es culpable de imprudencia y debe sufrir las consecuencias. Encontramos una aplicación de nuestro principio en una sentencia de la Corte de Colmar. Una mujer casada entrega una firma en blanco á su marido, quien abusa de ella. De donde queja por abuso de confianza. La Corte admitió la prueba testimonial; en el caso, la mujer se había primero negado á entregar la firma que su marido solicitaba; acabó por ceder á consecuencia de amenazas y por temor de maltrato, temor demasiado fundado, pues la desgraciada tuvo que solicitar la separación por los excesos de su marido, quien sufrió por esto una condena cor-

1 Denegada, Sala Criminal, 29 de Abril de 1864 (Dalloz, 1867, 5, 6). Compárese Denegada, 14 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 5, 3).

reccional. Este era seguramente el caso de aplicar el artículo 1,348. (1) No sucede así para con las maniobras fraudulentas; lejos de alterar la voluntad, son el móvil que solicita la parte á contraer.

Se nos dirá, y es grave la objeción, que nuestra doctrina favorece al fraude á expensas de la buena fé de aquellos que, despues de todo, solo son culpables de imprudencia. Esto es verdad, pero esto no autoriza á admitir la prueba testimonial de un caso en que la prohíba la ley. La jurisprudencia que la admite presenta otros inconvenientes y otros abusos. Es por motivos de orden público como el Código prohíbe la prueba testimonial y nada sería más fácil que eludir esta prohibición si se permitía probar por testigos los hechos fraudulentos que han inclinado á una parte á contraer. Esto sería abrogar el art. 1,341, como muy bien lo dice la sentencia de la Corte de Casación que hemos citado (núm. 558), cuando menos en todas las convenciones á las que se ligan hechos de dolo y de fraude. Después de todo, las leyes son impotentes para proteger la buena fe contra el dolo. A la buena fe toca usar del derecho que la ley le da; debe rehusarse tratar con aquel que niega ó rehúsa tratar por escrito.

560. Bien comprendemos que la jurisprudencia admita fácilmente la excepción del art. 1,348 cuando hay dolo y fraude. Pero el deber de la doctrina es mantener los principios aunque el fraude deba aprovecharse de ello. Me presento en una oficina de correos para mandar una suma de más de 150 francos: el director hace como quien inscribe la entrega en su libro é introduce un giro postal en la carta de envíos, que yo deposité en el buzón. Luego se suprime la carta. Queja por abuso de confianza contra el administrador de correos y cuestión de saber si estos hechos pueden

1 Colmar, 21 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 219).



ser establecidos por testigos. La Corte de Caen admite la prueba testimonial. Pedimento de Casación. Para que haya abuso de confianza, es preciso, ante todo, que haya depósito. El depósito debe ser probado por escrito, y de seguro que no se dirá que aquel que hace un depósito en el correo, no pudo procurarse una prueba literal: ¿por qué, pues, no pidió recibo ya que tenía este derecho? La Corte de Casación contesta que si el depositante no exigió el recibo es porque quedó persuadido de que el valor del giro había quedado inscripto en el registro de la oficina, y que además la prueba se hallaba en el giro que creía se había puesto en la carta, estos hechos siendo maniobras eminentemente dolosas, había lugar á aplicar la excepción del art. 1,348. La Corte ve, pues, una imposibilidad moral para procurarse una prueba por escrito de estas maniobras. (1) Esto es más sutil que verdadero. En realidad, la buena fe se encontraba en riña con la maldad; la ley da un medio al depositante para ponerse al abrigo del fraude; esto es, pedir un recibo del depósito; si no usa de él, su derecho debe sufrir las consecuencias de su imprudencia. Este rigor molesta el sentido moral, pero no hay que olvidar que la prueba testimonial puede también hacerse una arma peligrosa en manos de los malvados; podrían, por complicidad con falsos testigos, alegar un depósito que jamás hubiere existido. Cuando por todos lados hay peligro de fraude, lo más seguro es atenerse á la ley.

561. Los principios que acabamos de exponer, reciben su aplicación solo cuando el delito implica la existencia de una convención, la que debe ser previamente probada. De esto sigue que si un título está comunicado simplemente á un tercero sin que haya contrato de depósito ó mandato, y si el tercero abusando de dicha comunicación lo destruye, el hecho de la destrucción que constituye un delito, puede ser

1 Denegada, Sala Criminal, 12 de Noviembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 150).

probado por testigos, sin que haya lugar á probar previamente una convención que jamás ha existido.

El día después de la muerte de una persona que dejaba un testamento, su sobrino político se presentó en casa del depositario; pidió que se le diera conocimiento de las últimas voluntades de su tío, y que se le diera copia de ellas. Desde luego que tuvo el acta en su poder desapareció llevándosela; perseguido en el acto por el clamor público, rompió el testamento en mil pedazos sembrándolos á su paso. ¿Hubo en el hecho de la comunicación del testamento, un contrato de depósito que debiera probarse por escrito? Nó, dice la Corte de Casación; el depositario no pretendió deshacerse del acta para confiarla á otra persona; no hubo convención, fué un simple hecho por el que el depositario había entregado momentáneamente el testamento; este hecho era un delito; podía decirse que aquí, el hecho de la destrucción se confundía con el de la comunicación, pues el culpable solo había solicitado esta última para destruir el acta. Desde luego, la prueba testimonial era admisible para probar que el depositario había entregado el testamento, y para probar su destrucción. (1)

Igual caso se presentó en una especie en que el acreedor había sencillamente presentado al deudor, primo hermano suyo, el título de su crédito; á la llegada de un tercero, el deudor embolsó el acta, y después negó descaradamente la substracción del vale y la existencia de la deuda. Perseguido en policía correccional, pretendió que el quejoso debía, ante todo, probar el hecho de la entrega del vale. La Corte de Douai contesta que el propietario del vale no había con-

1 Denegada, 28 de Junio de 1834, Sala Criminal (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,893, 1°). Compárese Rouen, 7 de Agosto de 1824, y Denegada, Sala Criminal, 21 de Octubre de 1824 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,900).



sentido en dejárselo, ni siquiera un instante, que el pretendido depósito consistía en una simple comunicación hecha bajo la condición de restitución inmediata; el deudor se había posesionado del vale contra la voluntad del propietario, lo que excluía toda idea de convención. Esto era un hecho delictuoso, cuya prueba puede hacerse por testigos. (1)

Con mayor razón sucederá así cuando el acreedor es atraído por fraude en casa del deudor, y que éste solicita la comunicación del vale para comprobar con el acreedor la cuenta de intereses, bajo promesa de pagar inmediatamente el capital y los intereses. La Corte de Casación determinó muy bien que semejante comunicación no presenta los caracteres de un mandato ni de un depósito, que es un simple hecho material que puede siempre ser probado por testigos. Este hecho material constituye un delito ó si se quiere un principio de ejecución del delito de destrucción del título. De todas maneras, pues, la prueba testimonial era inadmisibles. (2)

562. Cuando no ha habido ninguna entrega del título á aquel que lo destruye, se entra bajo la aplicación pura y simple del art. 1,348. Se trata de la prueba de un delito, y los delitos se prueban siempre por testigos. Sin embargo, la Corte de Casación ha juzgado en sentido contrario, en el siguiente caso. El deudor demandado por el acreedor, pretende que hubo una contraletra que subordinaba la obligación á una condición, que no habiéndose realizado la condición, no existía deuda; agrega que esta contraletra le había sido fraudulentamente substraída, y pide probar por testigos el hecho de la substracción. Fué sentenciado que la prueba testimonial no era de admitirse.

1 Donai, 8 de Abril de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 4,893. 2º). Compárese Denegada, 15 de Mayo de 1834 (Daloz, en la palabra *Depósito*, núm. 141); y 14 de Julio de 1843 (Daloz, en la palabra *Abuso de confianza*, núm. 201).

2 Denegada, Sala Criminal, 10 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1871, 1, 271).

La Corte de Casación dice que no puede haber substracción de una contraletra si no hubo contraletra; concluye, que antes que pueda ser probado por testigos el hecho de la substracción, debe probarse la existencia de tal documento. (1) Esto es confundir el elemento convencional con el de posesión. Cuando se promueve por violación de depósito, es menester probar primero que hubo un depósito, porque no puede abusarse de él si no ha existido, y el depósito es un contrato que debe de probarse por escrito. Pero cuando pretendo que el acreedor substraigo una contraletra, alego simplemente un hecho de posesión; poseía una contraletra, y me fué robada; y el hecho de posesión se establece por testigos, porque es un hecho material. Nada importa que lo que se me robó fuera una acta de convención. No es la convención la que está en causa, es el acta en que constaba. Si se me roba un reloj, ¿debo probar ante todo que yo era dueño de un reloj? No por cierto. ¿Pues, en qué consta la diferencia entre el robo de mi reloj y el de un título que poseía? Se dice que la prueba testimonial presenta más riesgos en la segunda hipótesis: admitir la prueba testimonial de la substracción de una contraletra sería admitir implícita pero necesariamente la prueba testimonial de una convención, lo que prohíbe el art. 1,341. ¿No podrá decirse otro tanto de la substracción de todo valor inmueble? La propiedad debe también probarse por un título cuando se trata de un derecho; sin embargo, la substracción del título puede probarse por testigos; la jurisprudencia es constante acerca de este punto, como lo vamos á decir: ¿por qué no sucederá lo mismo con la substracción de una contraletra? Siempre hay que volver al principio dominante: ¿pudo el demandante procurarse una prueba literal del hecho litigioso? El hecho por probar es la substracción; no se redacta el acta de un delito.

1 Casación, 5 de Abril de 1817, Sala Criminal (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,898).



Sin duda, probándose el delito por testigos, será admitido por esto mismo á probar la convención que constaba en el acta substraída. ¿Es esto decir que violo el art. 1,341? No se me puede decir que pude procurarme una prueba literal; aquí se esclarece el error de la Corte de Casación. Esta prueba literal yo la tenía, me despojaron de ella por un delito: debo ser admitido á probar el delito. La ley misma lo decide así en el caso de la pérdida de un título por caso fortuito; probando el caso fortuito en que pereció el título, se me admite á probar por testigos la existencia y las cláusulas del contrato. El delito también es un caso fortuito, debo ser admitido á probar por testigos el hecho de la substracción del título. Esta es la opinión general de los autores, excepto el disentimiento de Mangin. (1)

563. La jurisprudencia es constante en este sentido. Nos limitaremos á citar las sentencias de la Corte de Casación. Un deudor está acusado por haber substraído dos títulos que había subscripto en provecho de su acreedor; el primer juez negó á admitir la prueba testimonial; la Corte de Casación decidió que la substracción furtiva de un título, no difería en nada de la substracción furtiva de todo otro objeto.

Un experto llamado para un inventario, substraigo un recibo que había dado al difunto. Los herederos demandados piden la prueba testimonial del hecho de la substracción. Se objetó que esto sería probar por testigos una acta en que constaba el crédito. La Corte de Casación contesta que el deudor había sacado recibo y que no lo producía por haberle sido robado mediante un delito; podía, por consiguiente, invocar el art. 1,348. (2)

1 Toullier, t. V, pág. 156, núm. 156. Aubry y Rau, t. VI, página 471, nota 37, y los autores que citan; Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,899.

2 Denegada, 4 de Diciembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,899, 5°). Compárese Casación, 16 de Diciembre de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,619, 3°).

Un título confiado á un tercero, es entregado por éste al al deudor quien lo suprime. Los herederos del acreedor piden dar la prueba de la substracción. Se les opone que deben primero probar por escrito el hecho de la entrega que constituía una convención. La Corte de Casación decidió que dicha convención no podía ser opuesta al propietario del título que no había intervenido en él; respeto de él, no había, pues, convención, era un simple delito, el que podía indefinidamente ser probado por testigos. (1)

En otro caso, el deudor pretendía que se le había devuelto el título de la deuda, é invocaba el título de que estaba en posesión; el acreedor sostuvo que le había sido substraído fraudulentamente por el deudor, lo que excluía la aplicación del art. 1,282. La Corte de Casación juzgó que el acreedor podía probar por testigos el hecho de la substracción del título. Asimila el delito de substracción á un caso de fuerza mayor que según el núm. 4 del art. 1,348, hace admisible la prueba testimonial. Explicaremos más tarde esta disposición. (2)

Las numerosas sentencias intervenidas en esta materia prueban que los principios no están bien conocidos; se confunde la substracción de un título en que consta una convención con la convención misma, la que debería probarse para que pueda haber abuso de confianza. No hay abuso de confianza en el delito de substracción, y no hay convención que probar previamente. La Corte de Casación ha establecido claramente la distinción: "A diferencia del caso en que la prueba del delito está subordinada á la de la preexistencia de un contrato, basta para constituir el delito de robo, el establecer la *posesión* anterior del objeto arrebatado de las manos de un tercero que pretende ser despojado,

1 Denegada, Sala Criminal, 2 de Abril de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,899, 7°).

2 Denegada, 18 de Noviembre de 1844 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,902].