

748. En cuanto á los medios probatorios, el art. 179 de la ley de Enjuiciamiento dispone, que 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 por peritos.
- 6.º Reconocimiento judicial.
- 7.º Testigos.

749. Estas mismas clases de prueba se hallaban sancionadas en las leyes 11, tit. 4 y 8, tit. 14, Part. 3. Estas leyes y otras varias del mismo código, mencionaban tambien como medios probatorios el cotejo de letras, el juramento decisivo é indecisorio, la fama pública, las inscripciones y monumentos y las presunciones. Algunas de estas pruebas como las de cotejo de letras y juramento, se hallan mencionadas en otros artículos de la ley, y las demás se entienden virtualmente incluidas en las enumeradas en el 279, pues aun hay autores que opinan que todas las referidas pruebas judiciales pueden comprenderse en las de confesion y testigos: V. el Sr. Rodriguez, Práctica forense, parte 2.ª tit. 9, leccion 1.ª núm. 709. Aun cuando asi no fuera, no deberian considerarse derogadas por el silencio de la nueva ley, segun opinan los intérpretes, entre ellos un ilustrado individuo de la comision nombrada para redactarla, el Sr. Laserna, quien sienta, que antes bien se hallan autorizadas por la misma en el mero hecho de conceder á los tribunales mayor latitud para la apreciacion de las pruebas.

750. Y en efecto, el *cotejo de letras* se halla adoptado en el art. 287 de la nueva ley, que dispone pueda pedirse *el cotejo de letras* siempre que se niegue ó se ponga en duda la autenticidad de un documento público ó privado, y en los artículos siguientes que determinan el modo de verificarse: *el juramento decisivo é indecisorio* se hallan admitidos en el art. 294 que previene, que las declaraciones de las partes (confesion judicial), podrán hacerse *bajo juramento decisivo ó indecisorio*: la *fama pública* se considera comprendida en la prueba de testigos, puesto que segun la ley 29, tit. 16, Part. 3, se prueba la fama por este medio: mas debe advertirse en cuanto á esta prueba, que aunque se pruebe la fama por suficiente número de testigos para constituir plena prueba, si bien se considerara aquella plenamente probada, no hará por si prueba plena ni aun semiplena si no recae sobre ciertos hechos y no reúne las demás circunstancias que requieren las leyes de Partida y que deducen de ella los intérpretes para que produzca tales efectos y que expondremos en su lugar: aunque la nueva ley de Enjuiciamiento no dice nada acerca de estos hechos y circunstancias, deben considerarse vigentes las leyes de Partida que las expresan, asi como lo están las que determinan las solemnidades que deben concurrir en los instrumentos públicos para su validez, ó en las personas para poder declarar como testigos, pues estas disposiciones no son verdaderamente propias de una ley de

Procedimientos. Tambien se halla comprendida la prueba de monumentos públicos, columnas, obeliscos é inscripciones, en la de testigos, ó bien en la pericial, si se necesitan conocimientos facultativos. En cuanto á las *presunciones de hombre*, si las deducen y proponen las partes, se comprenden en la prueba de testigos (V. Escriche, Diccionario, art. Presunciones, al fin). Si las deduce el juez de los hechos y pruebas alegadas por los litigantes, se consideran mas bien que como un medio probatorio, como la apreciacion ó resultado de las pruebas presentadas, y como consecuencia de las mismas, por lo que se hallan naturalmente incluidas en la clase de prueba documental, testimonial ó demás que las producen. Respecto de las *presunciones de derecho*, no se entienden como constituyendo realmente prueba, pues no son mas que acontecimientos sobre cuyo fundamento quita la ley ó confiere un derecho: asi es, que si bien el que alega un hecho que sirve de base á la presuncion legal, tiene que probar la existencia de este hecho, no necesita probar el que la ley deduce del mismo como presuncion: solo en las presunciones que no son *juris et de jure* sino *juris tantum*, en que se admite al contrario prueba contra ellas, podrá el que las alega presentar contra prueba; pero todas estas pruebas se practican por los medios ordinarios y no por presunciones.

751. La prueba de la ley ó fuero ó costumbre de que tratan las leyes de Partida y Recopilada expuestas en el núm. 741, no se halla enumerada en la de Enjuiciamiento, porque esta prueba no se refiere á los hechos objeto del litigio, sino á la existencia de la ley, del uso ó fuero que se alega en juicio, por lo que, no corresponde propiamente á las leyes de procedimiento, sino mas bien á las de derecho público nacional; asi es, que aunque omitida por la de Enjuiciamiento, deben considerarse vigentes las disposiciones de las leyes citadas respecto de los casos á que se refieren.

Los medios de prueba mencionados se hallan comprendidos por la ley en los siguientes versos:

*Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confessus, presumptio, fama probabit.*

752. La suma importancia de las pruebas y la grande influencia que ejercen en la decision del litigio, ha impulsado al legislador á dictar disposiciones que asegurasen la práctica legal de las diligencias probatorias y que evitaran los perjuicios que se seguirian á los litigantes si en ellas pudieran tener parte la ignorancia, la mala fe ó la parcialidad. La mas importante de estas disposiciones, es la que encomienda á los jueces la práctica de dichas diligencias, ya porque considera que su superior ilustracion y el grave cargo que ejercen, son una garantía de que procederán en las diligencias probatorias con toda imparcialidad, ya porque asegura el mayor acierto y rectitud del fallo, puesto que el que ha de pronunciarlo se entera por si mismo de todas las circunstancias que constituyen aquellos actos y de la impresion que causan en los testigos y demás que los producen. Por eso la vemos adoptada ya en nuestras antiguas colecciones legales. Sancionada en-

cuentra en la ley 26, tit. 16, Part. 3, la cual despues de encomendar al juez el recibimiento de las declaraciones de los testigos, llega hasta disponer que si el juez oviesse tan gran priesa de otros pleitos que non podiesse luego recibir su testimonio, débentlo ellos esperar fasta 15 dias á lo menos. La ley 16, tit. 10, lib. 12 de la Nov. Recop. dispuso, que los jueces en los procesos criminales y en los civiles, árdus y de importancia, siempre tomen y examinen por sí los testigos ante escribano, y cada testigo por sí, sin lo cometer al escribano ni á otro bajo severas penas; y concluye diciendo, que asi se guarde, sin la cautela de tomar los testigos á solas los escribanos, y leer sus dichos despues ante el juez: asi las ordenanzas de las audiencias en su art. 86, núm. 5, atribuyeron el cargo de ejercer la jurisdiccion de la sala á los ministros semaneros, obligacion en que fueron sustituidos segun otras disposiciones por los decanos y presidentes de sala: asi el art. 8 del reglamento provisional dispuso respecto de las causas criminales, que tanto los procesados como los testigos fuesen precisamente juramentados y examinados por el juez de la causa.

Finalmente, la nueva ley de Enjuiciamiento, ha venido á ratificar aquellas prescripciones, disponiendo en su art. 53, que *los jueces y ministros ponentes en los tribunales colegiados, recibirán por sí las declaraciones, y presidirán todos los actos de la prueba*. Esta disposicion se halla repetida en el art. 57, núm. 3.º, que contiene los cargos del ministro ponente.

753. Sin embargo, puede suceder, que no sea posible á los jueces cumplir por sí mismos este precepto, sin graves perjuicios ó retraso para la administracion de justicia, como por ejemplo, si tuvieran que salir del pueblo del juzgado por tener que practicarse las diligencias de prueba en otro distinto aunque dentro del territorio jurisdiccional del primero. Con el objeto de evitar pues estos inconvenientes, faculta la ley á dichos jueces para cometer aquellas diligencias á otras autoridades judiciales, disponiendo en el párrafo 2.º del art. 53, que *los ministros ponentes sin embargo, podrán cometer á los jueces de primera instancia, y estos á los de paz las diligencias cuando deban practicarse en pueblo que no sea el de su respectiva residencia*. Esta disposicion análoga á las contenidas en la ley 25, tit. 16, Part. 3, y en los arts. 8 y 54 del reglamento provisional, no es preceptiva, sino facultativa, por lo que deja á la prudencia y recto criterio del juez practicar lo que mas interese á la recta administracion de justicia, segun que la diligencia probatoria sea ó no mas urgente ó importante que el despacho de los negocios que á la sazón tiene el juez en su residencia.

754. En el párrafo 3.º del mismo art. 53, dispone la ley, que *ni los ministros ponentes, ni los jueces de primera instancia, ni los de paz, podrán cometer estas diligencias á los escribanos*. Esta disposicion ha venido á deterrar una práctica que daba motivos á graves abusos, cual era la de cometerse á los escribanos el recibimiento de declaraciones y demás diligencias probatorias en negocios de poca importancia, ya tuvieran que ejecutarse en la misma residencia del juzgado, ya en otra distinta, práctica que se apoyaba respecto del primer caso, en la ley 16, citada de la Nov. Reco-

pilacion, que solo prescribia á los jueces que tomaran por sí las declaraciones en los procesos árdus y de importancia, y respecto del segundo caso, en la ley 35, tit. 16, Part. 3. En el dia, pues, no podrán cometer los ministros ponentes, ni los jueces de primera instancia, ni los de paz, á los escribanos, las diligencias de prueba, bien tengan que practicarse en el pueblo de la residencia del juzgado ó tribunal, bien en otro diverso. Dicha prohibicion se entiende aplicable respecto de los jueces de paz á sus secretarios. Tampoco podrán cometer los ponentes ni jueces dichas diligencias á las personas de su confianza, segun les facultaban los arts. 8.º, y 54 del reglamento provisional, por ser general y absoluta la disposicion del art. 53 de la nueva ley, que previene solo puedan cometerlas los ponentes á los jueces de primera instancia, y estos á los de paz.

755. Las diligencias á que se refieren los párrafos 2.º y 3.º del art. 53, no son únicamente las consistentes en la toma de declaraciones á los testigos, sino todas las que versan sobre las pruebas enumeradas en el art. 279 que ya hemos expuesto, v. gr., la absolucion de posiciones ó confesion de las partes, el juicio de peritos, la inspeccion ocular ó reconocimiento judicial, el cotejo de documentos ó de letras, etc., pues la palabra genérica *diligencia* de que usa el párrafo 2.º del art. 53, á que alude el 3.º, se refiere á la de prueba con que termina el 1.º, como si dijese las diligencias de prueba, y no á la palabra declaraciones, porque expresándose esta anteriormente que la palabra prueba, no puede concordar con ella la de diligencias, ni por consiguiente sobreentenderse por elipsis. Además, no aparece motivo razonable para que se comprendan en la disposicion del art. 53 las diligencias sobre declaraciones, y no las demás que pueden ser á veces mas importantes. Así, pues, todas estas diligencias serán las que podrán cometer los ministros ponentes á los jueces de primera instancia, y estos á los de paz, y las que no podrán los primeros ni los segundos encargar ó cometer á los escribanos. Sin embargo, no podrán cometerse á dichos jueces las diligencias de prueba mencionadas que no fueran propias de su cargo, como el acto de testimoniarse los documentos privados ó correspondencia cuando fuere necesario, ó la autorizacion de los documentos públicos, las cuales, por el contrario, deberán practicarse por los escribanos, como actos propios de la fe pública que representa su cargo, segun previene el art. 285 de la ley.

756. Los jueces de primera instancia á quienes los ministros ponentes encargasen las diligencias mencionadas, podrán si estas hubieren de practicarse en pueblo que no sea el de su respectiva residencia, cometerlas á los jueces de paz, puesto que el art. 54 dá al juez de distinto partido estas mismas facultades, y que tal ha sido la práctica de los juzgados.

757. Existiendo mas fuertes razones que las que han inducido á dictar la disposicion del párrafo 2.º del art. 53, para establecer otras análogas, cuando las diligencias han de practicarse fuera del partido donde se sigue el pleito, se ha prevenido por el art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento, que *las diligencias que no puedan practicarse en el partido en que se siga el litigio, deberán cometerse precisamente al juez de aquel en que han de ejecutarse*.

Diferéncianse, sin embargo estas disposiciones, en que la del art. 53 es facultativa en el juez, y la del 54 es preceptiva, esto es, obliga al juez á efectuarla. Esto consiste en que en el caso de este artículo, debiendo verificarse las diligencias fuera del partido judicial del juez que conoce del pleito, no puede este practicarlas por sí, aunque quiera, por carecer de jurisdicción, lo que no sucede en el caso del art. 53. Además, la disposición del art. 54, no solo se refiere á las diligencias que encarguen al juez de primera instancia los ministros ponentes, sino á las que le cometan otros jueces de primera instancia de distinto partido.

758. Segun el párrafo 2.º del art. 54, el juez del pueblo en que han de ejecutarse dichas diligencias, *se arreglará á lo que queda prevenido en el artículo anterior*; esto es, recibirá por sí las declaraciones, y presidirá todos los actos de prueba que se le cometan; y podrá cometer á los jueces de paz dichas diligencias cuando deban practicarse en pueblo que no sea el de su respectiva residencia; pero no podrá cometerlas á los escribanos: tal es lo que previene el art. 53 anterior á que se refiere el 54, por lo que deberán tenerse presentes las observaciones que hemos expuesto sobre aquel.

§ II.

De los documentos públicos y solemnes como medios de prueba.

759. La prueba instrumental es una de las mas eficaces y de las que producen mas beneficiosos resultados despues de la confesion, no solamente por la exactitud con que consigna los actos á que se refiere en todos sus pormenores y circunstancias, evitando que se borren de la memoria ó que se desvirtuen por el tiempo ó las distancias, sino porque hallándose prescritas de antemano por la ley las solemnidades necesarias para su constitucion y autoridad, saben los otorgantes las que deben llenar para asegurar su fuerza y eficacia, y para llevar la conviccion al ánimo de los jueces. Por esto Bentham ha llamado á esta prueba preconstituida, así como llama casuales á las demás, porque hasta el momento en que se practican, se ignoran sus resultados y eficacia. Puede verse acerca de la importancia y origen de la prueba instrumental, lo que hemos expuesto en el núm. 17 de la Introduccion de esta obra.

760. Se entiende en general por documento, palabra que trae su etimología de la frase *docere mentem*, declarar ó demostrar la intencion, todo escrito en que se halla consignado algun acto.

761. Siguiendo el espíritu y aun la letra de las leyes de Partida, y en especial de la 1.ª, tit. 18, Part. 3, dividian los autores los documentos solemnes en auténticos y públicos. Por auténticos, palabra griega que significa autorizados, fehacientes, entendian los enunciados en las leyes 1.ª y 114 tit. 18, Part. 3, esto es, los corroborados con sello del rey, príncipe, arzobispo, obispo, cabildo, concejo, duque, conde y demás personas constituidas en dignidad con sello ó como dice la ley 1.ª de Partida citada por per-

sona auténtica: leyes 1.ª y 114, tit. 18, Part. 3. Además, Gregorio Lopez en la glosa 2.ª á la ley 1.ª, enumeraba, entre otros autores, los mismos y otros varios que mencionaremos mas adelante. Por públicos, entendian los documentos ó escrituras otorgadas con las solemnidades legales ante escribano público y en que se consigna un convenio ó un testamento ú otra disposición análoga; á estos documentos llama la ley 1.ª de Partida citada, instrumentos, palabra que viene del verbo *instruere*, enseñar, instruir, ó del verbo *struere*, colocar con órden.

762. Distingúense el instrumento público y el auténtico por los autores, entre ellos Febrero, Gregorio Lopez y Paz Jordan, en que el primero para que haga fe, es necesario que se halle otorgado ante escribano y con las solemnidades de testigos y demás que prescribe el derecho, y en que versa sobre hechos ajenos, y el segundo se autoriza por el mismo que lo hizo y contiene hecho suyo privativo y no ajeno, y aunque no se otorga ante escribano ni testigos, ni con solemnidad alguna, hace prueba por sí sin tener que sujetarse á otro, si bien solo la hace en contra del que lo otorga y no á su favor, segun dice la ley 114 citada respecto de los documentos dados y sellados por rey, prelado, conde, concejo ó rico home.

763. Mas como á pesar de lo espuesto se da expresamente el nombre de auténticas por derecho canónico á las escrituras públicas, especialmente si son matrices ú originales, y lo mismo se deduce del espíritu de algunas leyes de derecho romano: V. los cap. 1 y 2, tit. 22, lib. 2 de las Decretales, y las leyes 2, Dig. de *fid. instrum.* y ult. Dig. *quemad. test. aper.* en lo que convienen tambien los autores citados; como los documentos auténticos se expiden por personas con autoridad oficial, y como segun todos los intérpretes convienen, ambas clases de documentos en la estabilidad que tienen y en el crédito ó fe que merecen y se les debe dar, la nueva ley de Enjuiciamiento ha comprendido en la denominacion de documentos públicos y solemnes los expedidos por autoridades públicas que clasificaban los intérpretes entre los auténticos, á la manera que el Código penal al clasificar en su cap. 4, tit. 4, lib. 2, sobre falsificaciones, los documentos en públicos y oficiales, comprendió en estos últimos á los auténticos.

764. Así pues, segun el art. 280 de la ley de Enjuiciamiento, *bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes, se comprenden:*

- 1.º *Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho.*
- 2.º *Los documentos expedidos por los funcionarios que ejerzan un cargo por autoridad pública, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.*
- 3.º *Los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente.*
- 4.º *Las partidas de bautismo, de matrimonio y defunciones dadas con arreglo á los libros por los párrocos, ó por los que tengan á su cargo el registro civil.*
- 5.º *Las actuaciones judiciales de toda especie.*