

los jurados, por ejemplo, demasiada confianza. Se necesitará nada menos que la deposición mas clara, mas sostenida, mas enlazada con los demas hechos de la causa, para arrastrar á un convencimiento combatido por esta especie de contratestimonio que resulta del carácter del testigo.

Examínese por otro lado si las circunstancias de su delito son de tal naturaleza, que puedan influir en su crédito para el caso actual. Él ha prestado un falso testimonio; pero era en su propia defensa ó en la de una persona que él estimaba y queria. ¿Se sigue de aqui que sin interés alguno se precipitará en el mismo crimen para atacar la vida de un desconocido?

El delito en cuestion lo cometió en su primera juventud; pero hace ya veinte años, treinta años, que su conducta es irreprehensible. Segun las reglas de la exclusion, su testimonio no será ni aun siquiera escuchado; segun las meras luces del buen sentido, es tan admisible como otro cualquiera; y deberá por lo mismo obrar con mas temor y cuidado, porque es objeto de descon-

fianza, y que la recaída aumentaria la gravedad de su delito (1).

IV. *Exclusion por causa de opinion religiosa.*

Quando se ha formado de tal ó cual persuasion religiosa un motivo de exclusion, se la ha juzgado como que arrastra tras sí la sospecha ó prueba de falta de probidad.

Mas esta presuncion general está totalmente desnuda de fundamento: en la infinita diversidad de sectas que se representan los atributos de la divinidad bajo ideas tan contradictorias y fantásticas, no hay ninguna que no reconozca en Dios el protector de la justicia y el conservador de las obligaciones morales, sin las cuales no podria subsistir la sociedad. En una palabra, los errores mismos de su entendimiento, que se manifiestan en la variedad misma de sus opiniones, no encierran causa alguna que destruya la credibilidad de su testimonio.

(1) Envio á mis lectores á la *teoria de las penas* seccion VII. *Penas fortuitas, inadmisibilidad á declarar*. Esta cuestion está allí trabada bajo todos sus aspectos.

Aun cuando paremos la consideracion en el ateismo, cualquiera que sea el grado de error, cualquiera que sea el peligro de esta opinion, no hay razon alguna para concluir las sospechas de falta de probidad. ¿Por qué? porque el manifestar una opinion tan extraña, tan contraria al parecer y sentimiento universal, es al menos una prueba de la sinceridad del individuo: sinceridad que puede no existir de parte de los que declaran la mas firme adhesion á las opiniones recibidas, y que la declaran con tanta mas confianza, quanto es imposible convencerlos de lo contrario.

En los casos en que la opinion religiosa entra ó se mezcla en el negocio, y en que pueden recelarse los efectos del odio ó de la parcialidad procedente de esta causa, el peligro de error ó de falsedad es tan manifiesto en el testimonio, que seria menester un alucinamiento extraordinario de parte del juez, para no recibirlo con extrema desconfianza.

En Inglaterra se recibe la deposicion de un Cuákaro en lo civil, y no se la recibe en lo criminal: se la admite en caso de media-

na necesidad, y se la excluye en caso de extrema necesidad. Supóngase que una muger de la sociedad de los Cuákaros llegase á ser ultrajada con la última de las injurias, necesaria, para vengar su virtud, el que abjurase su religion. Un malvado pegó fuego á su casa, en medio de Londres, para defraudar á los aseguradores. Un Cuákaro, testigo del hecho, declaró en justicia; pero, como rehusó prestar el juramento requerido, fué preciso volver al seno de la sociedad á un incendiario. ¿Qué absurdo! ¿Los que tienen escrúpulo en prestar un juramento hacen menos caso de la veracidad, ó la estiman en menos que los demas hombres? Al contrario, su dificultad, su denegacion en jurar nace de su buena fé; lo que hace recusar su testimonio es justamente lo que debería hacerlo admitir.

CAPITULO XIV

De la exclusion de la prueba oral con relacion á los contratos no escritos.

Quando se trata de promesas, de empeños de materias que pueden llamarse *contractuales*, hemos ya visto cuanta superioridad tenian los relatos por escrito sobre los relatos, discursos ó narraciones verbales.

Pero cuando, en lugar de hacer un pacto por escrito, nos ceñimos á hacerlo de palabra, ¿ se debe este, en un tribunal de justicia, considerarse como nulo y de ningun efecto? ó bien, ¿ debe admitirse la única prueba que puede establecer el hecho, esto es el testimonio?

Los que han excluido la prueba testimonial (como en la jurisprudencia inglesa), no han fundado su exclusion en la cualidad de los testigos; pues los recusan todos; sino su objecion estriba en la naturaleza misma del testimonio, esto es en la imperfeccion de la prueba oral, y en el riesgo de verse engañado por esta prueba.

Aunque la exclusion fundada en esta ra-

zon parezca mas bien motivada que en los demas casos, sin embargo parece que se le da demasiada latitud, ó en otros términos, que la conclusion que de ella se saca es exagerada.

Una consideracion que se presenta por sí misma, es que el arte de escribir, en su aplicacion á la conservacion de las pruebas, es en comparacion un establecimiento moderno. Antes de que se conociese y difundiese este arte, todos los derechos, la libertad, la propiedad, el estado ó clase de cada individuo y hasta la vida misma dependian únicamente de la prueba oral. ¿ Como! ¿ Todos los actos jurídicos anteriores á las pruebas por escrito han sido injustos? ¿ La prueba testimonial era siempre falsa? ¿ La justicia obraba siempre y procedia absolutamente á la ventura y como por casualidad?

Aunque no hubiese mas que esta sola y única consideracion, deberia bastar para no pasar adelante; para tener el espíritu suspenso y precaverlo contra la exclusion absoluta.

Lo que se recela es que, si se emplean

testigos falsos, no puedan las partes dar una autenticidad fraudulenta á ciertos contratos, que no hayan jamas existido.

Este peligro seria de temer sin duda, si, en un caso de esta naturaleza, se pudiese suponer de parte de los jueces una disposicion á creer con facilidad, á no exigir pruebas de tanta mayor fuerza y valor quanto el negocio por sí mismo hace nacer y provoca mas sospechas.

Solo una reunion bien reconocida de circunstancias y testimonios pudiera determinar á un tribunal á reconocer la validez de un contrato de esta naturaleza.

Supóngase que se haya celebrado de palabra un contrato cualquiera, y que lo hayan presenciado testigos inmediatos, testigos dignos de toda confianza, perfectamente de acuerdo en sus deposiciones sobre el asunto, y dispuestos á dar su testimonio en público; el principio absoluto de la exclusion, no seria un triunfo otorgado á la mala fé del que quiere sustraerse de cumplir con su palabra? No es la ley misma la que vendria á coronar su falta de probidad? Esta victoria obtenida por un

fraude notorio, extiende muy lejos su influencia immoral, y enseña á los málvados que todos los fraudes del mismo género se verán protegidos y asegurados del mismo modo.

La consecuencia de un error en materia de justicia no es tan sensible. Supóngase que una junta de jurados se dejase alucinar por una conspiracion de testigos falsos, y que reconociese por válido un contrato supuesto que no habia existido; hé aquí un fraude triunfante. Pero de un error de esta naturaleza no puede deducirse nada para otro caso: si una comision de jurados ha sido sorprendida y engañada, otra tendrá mas cuidado; solo es un mal pasajero, en un caso particular: no se fomenta ni se dan alas á la mala fé, mientras que el principio de exclusion que impele y fuerza al juez á dejar impune un fraude reconocido se aplica á todos los casos semejantes, y presenta un mal sin remedio.

Me parece que en este caso, como en los demas, hay una ventaja manifiesta en reemplazar el principio de la exclusion por la declaracion legal de sospecha que acompaña á todos los contratos de palabra.

Pero acaso se dirá , si es conocido que estos contratos son nulos , y que los jueces no los reconocen , resulta que no se celebrará ninguno , ó que no se harán sino por un grado de descaro y desvergüenza extraordinarios.

Pero los que discurren así no tienen presente que las disposiciones legales de esta naturaleza no son conocidas nunca de un modo bastante general , con especialidad de la clase pacífica , agena de los negocios , y que es la que procede en su conducta con mayor lealtad y buena fé. Hay tambien por otra parte muchas circunstancias y ocasiones en que se necesita formar y celebrar contratos de palabra , y en que es fácil á algunos bribones el tender esta red á los hombres incautos y sencillos.

Supongamos que en el momento en que se presenta al juez un caso de esta naturaleza , previniere á la parte sospechada de tener intencion de intentar un fraude bajo pretexto de un contrato verbal , le previniere , digo , que estos contratos están inficionados de sospecha , que se les somete á las pesquisas y averiguaciones mas severas ,

que los testigos serán sometidos al interrogatorio y al contra interrogatorio , en presencia del público : esta precaucion bastará las mas veces para que el malvado desista de un proyecto fraudulento , sobre el cual reconoce que tienen los ojos abiertos.

Pasemos á otro caso : existe un contrato por escrito ; pero , al mismo tiempo que este contrato , ha habido otras condiciones convenidas entre las partes contratantes , condiciones que jamas han llegado á ponerse por escrito , y que sirven de complemento al contrato : son cláusulas adicionales ó explicativas , sobre las cuales se han compuesto amigablemente , y que acaso no se han ocurrido á los otorgantes sino despues de celebrado y extendido el contrato. La parte escrita es la *materia principal* : la parte no escrita puede considerarse como la *materia accesoria*.

La cuestion que debe examinarse es la siguiente. ¿ En caso de litigio se debe excluir la prueba por testigo , con relacion á estas cláusulas accesorias que no llegaron á escribirse ?

Debe suponerse que el contrato , sin estas

cláusulas accesorias, sería incompleto; que no sería de ningún modo conforme á la intencion de la parte contratante que las reclama, porque sería para ella un contrato perjudicial y fraudulento.

Aun menos razon hay en este caso que en el anterior para excluir la prueba testimonial. ¿Por qué? Porque el juez corre menos riesgo de engañarse en punto á la verdad de estos convenios accesorios. Si estos convenios se hallan como implícitamente contenidos en el espíritu del contrato escrito, llevarán con sigio su carácter de probabilidad. Su grado de importancia es manifiesto tambien; basta un mediano grado de discernimiento para juzgar de los motivos que han podido empeñar á las partes á omitirlos en el iustrumento por escrito, si es que estos convenios han existido en realidad.

« Vos habeis hecho un contrato por escrito, les dirá el juez: conociais pues la importancia de determinar y fijar vuestros convenios; y por lo tanto, ¿cuanto improbable no es el que hayais hecho mudanzas considerables en este mismo contrato, bajo una forma tan imperfecta y

» tan fugitiva como lo es la palabra pura y sencilla? ¿Como podeis pretender haber hecho verbalmente un convenio de semejante naturaleza, cuando era tan fácil el insertarlo en el documento mismo? ¿Como no veis que esta cláusula, que quereis probar por medio de testigos, está en contradiccion con las del documento mismo, que está autorizado con vuestra firma?»

Estas observaciones se presentan tan naturalmente que ponen á los jueces, por decirlo así, á cubierto de cualquier sorpresa.

Se sigue de aqui que, en este caso, las razones contra la exclusion de la prueba por testigos subsisten en toda su fuerza, y que las razones para la exclusion son mas débiles.

CAPITULO XV.

De las garantías contra los testimonios sospechosos ó de las pruebas inferiores.

En todo el contexto de esta obra, se ve reproducida continuamente esta conclusión práctica. *Ninguna prueba, ningun testimonio debe excluirse, por solo el temor de ser engañado.*

Por mas incontestable que sea este principio en sí mismo, es sin embargo tan nuevo, tan contrario á las preocupaciones y á los hábitos inveterados de los juristas y curiales, que cuanto yo podria decir tocante á las precauciones que deben tomarse, les parecerá muy poco y muy insuficiente, como remedio, en comparacion del mal.

Lo que yo dijere de los testigos sospechosos se aplica igualmente á las pruebas inferiores, á aquellas pruebas que son, como lo indica su nombre, mucho menos dignas de crédito que las que poseen las garantías apetecibles; pero sin embargo en muchos casos no podrian excluirse sin perjudicar al buen

derecho, y que por necesidad han sido generalmente admitidas.

Con respecto á los testimonios sospechosos y á las pruebas inferiores, se ha exagerado, en general, el riesgo y peligro que resulta de aquellos y de estas, y la exageracion se funda en una suposicion desnuda de fundamento, á saber, que el riesgo de la decepcion por un lado era como el riesgo de la falsedad por otro; y no se ha reparado que el demérito de estos testimonios ó de estas pruebas es harto manifesto y palpable, para que el juez esté sobre aviso y que sea difícil el engañarlo.

Sin embargo, como el demérito aparente de semejantes pruebas puede no coincidir siempre con su demérito real, como puede no ser el mismo á los ojos de todo el mundo, no debe el legislador descuidarse en tomar todas las precauciones que exige la naturaleza del caso, para reducir el riesgo á sus mínimos términos.

He aqui las disposiciones que yo propongo para este efecto.

1º. Desde que principia la causa, y estando las partes presentes, se les pregun-

tará de que naturaleza son las pruebas que están en ánimo de emplear. Este es un preliminar indispensable de todo buen procedimiento judicial. Conocido este estado de las pruebas desde la entrada del litigio, sirve infinito y aclara sobre manera para las operaciones siguientes.

2^a. *Seguridad*. Un código de instruccion concerniente al valor de las pruebas.

Entiendo por esto un cuerpo de instruccion, sancionado por el legislador, y dirigido á los jueces para que les sirva de regla y de norma en sus diligencias.

Se ha explicado ya de que modo era preciso sustituir el principio de *sospecha* al de *exclusion*.

Este código de instruccion pondrá á la vista del juez las diversas circunstancias que, debilitando la fuerza y valor de un testimonio, deben suscitar la sospecha, y por consiguiente la circunspeccion y el exámen.

Este código indicará ó señalará los casos en que deben ser excluidas las pruebas inferiores; prescribirá, en los casos en que se las admita, el recurrir á las pruebas superiores, cuando es posible el hacerlo.

Por felicidad, en esto, no hay necesidad de recurrir á la autoridad del gobierno para presentar instrucciones que se dirijan al mismo fin. Exponer la naturaleza de las pruebas, formar una escala de su fuerza y valor probativo y respectivo, es hacer un gran servicio á la lógica judicial, servicio cuya utilidad es independiente de la sancion del legislador.

3^a. *Seguridad*. Colocar ó clasificar los juicios y fallos pronunciados por los tribunales, segun la naturaleza de las pruebas que han servido de base y fundamento á la decision de los jueces.

La clasificacion adoptada y seguida en esta obra podria servir para disponer las pruebas en un orden respectivo. En tal causa (la causa de Juan Bâtard), por parte del demandante, la prueba era de tal ó de cual clase (prueba por testimonio directo, prueba preconstituida, prueba por escrito casual, prueba por dicho de oídas, etc.) : por parte del demandado, carencia de pruebas ó prueba por confesion indirecta, etc.

Con una nomenclatura dispuesta de este

modo, la clasificacion y colocacion de cada prueba en su respectiva especie serian análogas á aquel ejercicio gramatical que consiste en clasificar, y disponer las palabras ó partes de la oracion en las clases y términos generales de sustantivos, adjetivos, verbos, etc.

En un registro de oficio, todos los casos estarian colocados en capítulos correspondientes: 1.º tantas causas en el espacio de un año; 2.º número de causas en que se ha admitido una prueba de un género sospechoso (señalando las especies); 3.º número de decisiones en favor de las causas en que se han admitido estas pruebas sospechosas.

Este número no será grande, porque habiendo de contratos y escrituras en general, por ejemplo, aquellos, cuya autenticidad se pone en duda y se litiga, son muy raros, en comparacion de aquellos en que no se la pone en duda ni se litiga.

Es mucho mayor el número de aquellos sobre los cuales se pone pleito por razon de alguna formalidad legal omitida ó mal observada. Por medio de este sistema de registro que yo propongo, pronto se llegaria á

saber que proporcion hay entre estas diferentes causas litigiosas.

Se veria tambien cual es el mayor perjuicio que puede resultar del principio general de la admision de todas las especies de pruebas; porque es evidente que el mal no puede consistir en la única y sola circunstancia de admitir una prueba sospechosa. El mal solo puede estar en la influencia que tiene esta admision en la decision de los jueces.

Supongamos que se hayan juzgado cien causas en el año. ¿Cuántas hay en que la sentencia se ha dado en favor de los que han exhibido pruebas de clase inferior? ¿Cuántas en que la decision ha sido contra ellos?

Fácil es de comprender que esta tabla ó estado no seria solo un mero objeto de curiosidad, sino que seria un manantial fecundo de instruccion.

4.ª *Seguridad.* Cuando se hubiese dado una sentencia por necesidad, en virtud de pruebas de orden inferior, el juez exigiria una seguridad para el caso de una restitution eventual, quiero decir en caso de que

la parte condenada pudiese adquirir, en un límite de tiempo determinado, una prueba positiva del buen derecho que le asiste.

5ª. Seguridad. Estos juicios ó sentencias ofrecen, con mas particularidad que los demas, motivo fundado, ó al menos suficiente, para impetrar la apelacion, ó para pasar la causa á un juzgado superior, aun sin decision provisoria.

Me parece, pues, que, empleando estas precauciones, el sistema que admite todo género de pruebas ofreceria muy poco riesgo, y sobre todo que presentaria muchísimo menos que el sistema de exclusion, sistema decisivo, violento é irreflexivo, que arrastra tras sí necesariamente decisiones erróneas, en los casos en que el testimonio excluido es el único que puede presentar ó producir una de las partes.

CAPITULO XVI.

Obligacion de la prueba. — ¿Sobre quien debe recaer esta obligacion?

Entre dos partes que litigan; á cual de las dos debe imponerse la obligacion de suministrar y presentar la prueba? — Esta cuestion ofrece, en el sistema técnico de enjuiciar, dificultades infinitas.

En el sistema de la justicia franca, y sencilla del modo natural de formar las causas no hay cosa mas fácil que resolverla.

La obligacion de exhibir la prueba en cada caso particular, debe ser impuesta á la parte que pueda hacerlo con menor inconveniente, esto es con menos demora, menos vejaciones y menos gastos.

Pero ¿como podremos asegurarnos de cual de las partes es la que se encuentra en situacion mas favorable en punto en la exhibicion de la prueba? — En el modo técnico de enjuiciar, no hay medio de llegar á adquirir este conocimiento; todo lo han dispuesto para quitar los medios de hacerlo. — En el modo natural de enjuiciar, asi

este conocimiento, como el de otros muchos puntos, será fácil adquirirlos en la primera sesion de las dos partes ante el juez.

Pero acaso se dirá que á quien toca el probar la verdad es á la parte que entabla ó intenta el pleito, á la que *produce el hecho ó el derecho*. — Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo, y que, en apariencia, es muy plausible.

Pues bien, por plausible y racional que parezca, la experiencia ha probado que cuanto mas se ha querido seguirle, mas nos hemos separado del objeto que nos debiamos haber propuesto, y que se han originado asi mas retardos, vejaciones y dispendios. En una palabra, este aforismo ha producido y originado mas dificultades que las que ha servido á precaver y resolver.

En el sistema natural, la *alegacion* ó produccion y exposicion del hecho ó del derecho, es ya por sí misma una prueba, al menos en cuanto el testigo, que se presenta como testigo inmediato, es la parte misma, ya sea con referencia al hecho principal, ya con referencia á algun otro hecho probativo ó indudable.

Sin embargo la alegacion de la parte, en general, no tiene la misma fuerza y valor que una alegacion semejante, procedente de un testigo externo.

Todavía tiene mucho menos que una alegacion para el mismo efecto que procediese de la parte contraria, y aun menos que la pura y sencilla admision del hecho que se le opone.

Bajo este punto de vista, la proposicion contraria al aforismo es mas verdadera que el aforismo mismo. Si el hecho de que se trata ha llegado al conocimiento de la parte contraria, la prueba debe venir de la parte contraria misma. De aqui es de donde se la podrá extraer con mas certeza y facilidad.

No obstante, es menester convenir que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. Y ¿por qué la interesada principalmente? Porque en el caso en que su alegacion no obtuviese crédito, seria sobre él sobre quien recaerian las consecuencias desagradables ó funestas de su improbada imputacion.

El *actor* pues ó el *reo demandante* es el que primero se presenta á la vista; él es el

que tiene mayor riesgo que correr. Y ¿ por qué? porque se espera siempre de su parte que haya algo que probar, y que si no llega á probar nada, no puede salir de la causa sin alguna pérdida ó perjuicio mas ó menos considerable: en tanto que por parte del *reo demandado*, puede suceder que este salga triunfante de la lucha, sin haber probado cosa alguna, sin haber ni aun intentado probar, y sin haber hecho mas que persistir en la denegacion formal de la proposicion del demandante (1).

(1) El demandado conviene en que el demandante le ha prestado dinero; pero declara que lo ha satisfecho. A él le toca el probarlo.

LIBRO VIII.

DE LO IMPROBABLE Y DE LO IMPOSIBLE.

CAPITULO PRIMERO.

Nociones preliminares.

ANTES de entrar en esta materia de lo *improbable* y lo *imposible*, una de las mas espinosas y dificiles que puedan presentarse al exámen del entendimiento del hombre, debo hacer la advertencia de que me ciño á solo lo que tiene relacion y conexion con las pruebas judiciales. Se trata de saber porque y hasta qué punto puede un tribunal de justicia dejar de admitir, desechar, rehusar hechos apoyados en testimonios directos, cualquiera que sea su número, en fuerza y valor, por solo la razon de la improbabilidad de estos hechos ó de una supuesta imposibilidad.