

la cosa que es dada sobre tal razon, el que es tenedor, que el otro que la dió", ley 53, título 14, Partido 5.

Sin embargo, esta razon sola no satisface completamente á la moral (á ménos de haberse seguido alguna cosa útil ó agradable al que dió la cosa): ¿por qué se ha de enriquecer nadie con lo que recibe por una promesa torpe, á cuyo cumplimiento no podrá despues ser compelido?

Rózase tambien con otra disposicion de derecho, segun la que en igualdad de causas de mejor condicion el que trata de *damno vitando*, en oposicion al que trata de *lucro captando*; vé en el artículo anterior mis citas y observacion á la palabra "Prevenida."

Lo dado á una mujer pública por un acto de torpeza no puede repetirse segun la ley 4, párrafo 3, título 5, libro 12 del Digesto, copiada en la 53, título 14, Partida 5: en ambas leyes se pone este caso entre los que envuelven torpeza solamente de parte del que da: *Illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.*

Los autores, sin detenerse por el texto expreso de las leyes, dicen que tambien hay torpeza por parte de la mujer pública en recibir; pero niegan la repeticion por los motivos de este artículo.

Sin embargo, esta diferencia entre los autores y las leyes puede dar resultados muy diferentes en la cuestion de *si la mujer pública podrá reclamar lo prometido.*

Si hubo torpeza en los dos, como pretenden los autores, no podrá reclamarlo; si no lo hubo por parte de ella, como expresan las leyes, sí; y ni las leyes mismas decidieron el caso, ni los autores lo resuelven uniformemente.

Yo entiendo que, donde este vergonzoso modo de vivir esté permitido y sujeto á reglamentos de policia (como lo estuvo entre los Romanos, y entre nosotros hasta 1623 segun la ley 7, título 26, libro 12, Novísima Recopilacion, de D. Felipe IV), podrá la mujer exigir el cumplimiento de lo pro-

metido, si aquellos no lo prohiben: en caso contrario, no: alguna diferencia ha de hacerse entre lo permitido y lo prohibido: vé el número 9 del artículo 471 del Código penal, que tan amargas é infundadas exposiciones ha provocado por un celo indiscreto, ó ignorancia. (La Comision no aprobó esta diferencia, y opinó por la negativa absoluta.)

La citada ley 53 de Partida decide en el sentido del número 1 de este artículo el caso de haberse dado dinero, ó hecho regalos á mujer de buena fama con intencion de que hiciera maldad de su cuerpo, aunque ella lo prometa, y no lo cumpla: pueden verse las glosas de Gregorio López á la misma; y la 43, título 2, libro 23 del Digesto.

La ley 3, título 5, libro 12 del Digesto, pone como caso de torpeza comun lo dado al juez, *ut male judicetur*; la 52, título 14, Partida 5, suprime la palabra *mal*: algunos lo extienden á lo dado para el mas pronto despacho: vé los capítulos 1 y 13, título 8, libro 2 del Código penal.

Número 2. Cuando esté de parte de un solo contrayente.

Este número abraza los dos casos del Derecho Romano y Patrio; *torpeza tan solo en el que da, ó tan solo en el que recibe.*

Quoties autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait, repeti posse veluti, si tibi dederó, ne mihi injuriam facias, leyes 4, párrafo 2, título 5, libro 12 del Digesto, y la 47, título 14, Partida 5, en la que están recapitulados todos los casos de esta especie esparcidos en las leyes del título Romano. Yo no puedo ménos de recomendar su lectura: la base de todos los casos es que hay gran torpeza en recibir precio por hacer lo que segun derecho está uno obligado á hacer, ó por no hacer lo que por sí mismo está obligado naturalmente á guardarse de hacerlo; el depositario, comodatario y arrendatario que reciben algo por devolver la cosa, y sin esto no quieren devolverla, son ejemplos de lo primero; los que reciben algo por no hurtar, matar, etc., en suma, por no hacer lo que segun derecho no pueden hacer, son ejemplos de lo segundo,

De la torpeza tan solo en el que da, al citada ley 4 Romana pone el ejemplo de lo dado á la mujer pública, ó por un culpable para que otro no le descubra: lo mismo en las leyes 53 y 54, título 15, Partida 5: la 54 funda el caso del culpable en motivos tan nobles como filosóficos.

Y no está obligado: el que puede repetir lo ya dado, ó pagado, puede con mayoría de razon excusarse de dar ó pagar.

ARTICULO 1194.

Siempre que el obligado por la declaracion de nulidad á la restitution de la cosa no pueda hacerlo por haberse esta perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenia la cosa, cuando se perdió, con los intereses respectivos desde la misma época (1).

Guarda consecuencia con el 1190, y es su complemento. Cuando á pesar de la pérdida de la cosa ha lugar á la declaracion de nulidad como en los casos del artículo 1188, el precio se subroga necesariamente en lugar de la cosa, y no puede ser otro que el que tenia al tiempo de la pérdida, porque la cosa habria sido entregada en el estado que entónces tenia.

ARTICULO 1195.

Mientras uno de los contratantes no cumpla con la devolucion de aquello á que, en virtud de la declaracion de nulidad del contrato, esté obligado, no puede ser compelido el otro á que cumpla por su parte (2).

Guarda conformidad con el párrafo penúltimo del artículo 1007: vé las leyes allí citadas: segun ellas, en ningun contrato bilateral ó obligacion reciproca, el que no cumple la suya no puede exigir el cumpli-

1. Véase la nota de fojas 153 en que está consignada la fraccion 3ª del artículo 1795 del Código civil que concuerda con este.—N. de los EE.

2. Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolucion de aquello á que, en virtud de la declaracion de nulidad del contrato, esté obligado no puede ser compelido el otro á que cumpla por su parte.—Art. 1796, cap. 2º, tit. 5º, lib. 3º, dod. civ. vigente.—N. de los EE.

miento del otro contrayente: lo mismo debe observarse en las sentencias.

CAPITULO VII.

De la prueba de las obligaciones

SECCION PRIMERA.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 1196.

Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extincion al que la opone (1).

1315 Frances, 1408 Sardo, 1902 Holandes, 972 de Vaud, 2229 de la Luisiana.

Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet, ley 1, título 19, libro 4 del Código. *Ei incumbit probare qui dicit, non qui negat. In exceptionibus, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere*, leyes 2, 9 y 19, título , libro 19 del Digesto: lo mismo en las 1 y 2, título 41, Partida 3 y en la Recopilada 1, título 7, libro 11.

1. Por los artículos 514, 515, 516 y 517, capítulo 4º, título 6º, del Código de procedimientos civiles vigente, se previene: que el que afirma está obligado á probar y en consecuencia, el actor debe probar su accion y el reo sus excepciones: que el que niega no está obligado á probar, sino en el caso de que su negacion envuelva afirmacion expresa de un hecho: que tambien está obligado á probar el que niega cuando al hacerlo desconoce la presuncion legal que tiene á su favor el colitigante y que solo los hechos están sujetos á prueba pues el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: en cuyo caso deberá observarse lo dispuesto en el artículo 19, título preliminar del Código civil: cuyo artículo dispone que el que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de estas y que son aplicables al caso.

Por el artículo 615 del mismo Código de procedimientos civiles se dispone: que para que en el Distrito hagan fé los instrumentos públicos de un Estado ó de la Baja California, y en esta los de aquellos, deberán ser legalizados con la firma del gobernador del Estado ó jefe político del Territorio de la Baja California.—N. de los EE.

Al que reclama. La simple razon dicta que cada cual debe probar el hecho en que funda su intencion. Por esto el actor ó demandante debe probar el que sirve de fundamento á su accion ó demanda; en términos que si él no lo prueba, debe ser absuelto el reo, *et si nihil ipse praestet*, leyes 4, título 1, libro 2 del Código y 1, título 14, Partida 3. Por la misma razon debe el reo ó demandado probar el hecho en que apoya su excepcion; respecto de esta hace las veces de actor y afirma.

Hay casos especiales en que la presuncion favorable al actor le releva de la prueba. Cada cual, por ejemplo, se presume bueno, mientras no se le pruebe lo contrario: esta presuncion hace que, demandado el heredero forzoso desheredado, tenga que probar el heredero escrito ser cierta la causa de la desheredacion, artículo 668 y 1227: por la misma razon no está obligado á probar el poseedor, leyes 2, 8, 9 y 23, título 19, libro 4 del Código: vé los artículos 426, 1951 y 1957.

Incumbe, pues, la prueba al que afirma, como lo hace el actor en la demanda y el reo en las excepciones: de la simple negativa *naturali ratione probatio nulla est*, ley 10, título 30, libro 4 del Código. "Non se puede mostrar, nin provar segund natura," ley 1, título 14, Partida 3.

Mas puede y debe probarse la negativa, cuando está limitada por las circunstancias del lugar y tiempo, que es lo que vulgarmente se llama *coartada*. Soy demandado á virtud de un contrato, que se supone haberse celebrado en cierto lugar y dia; ó soy acusado de un delito perpetrado en iguales circunstancias.

Si niego uno y otro, añadiendo que en aquel mismo dia me hallé en otro lugar tan distante de el del contrato ó delito, que fué imposible hallarme presente en el de estos, habré de probarlo; ley 14, título 38, libro 8 del Código.

Niego la legitimidad de uno que pasa por hijo legitimo, ó la validez de un testamen-

to alegando que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo: habré de probar la ilegitimidad del uno y la falta de juicio del otro.

Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes Romanas y de la 2 y siguientes, título 14, Partida 5, solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa.

ARTICULO 1197.

Las obligaciones y su extincion se prueban por instrumentos, por testigos, por presunciones, por confesion de parte y de juramento (1).

1316 Frances, 1409 Sardo, 1903 Holandes, 973 de Vaud, 2230 de la Luisiana. "Conocimiento de parte, cartas, testigos y presunciones," ley 8, título 14, Partida 3: en el título 11 de la misma se admite tambien el juramento: títulos 3, 4 y 5, libro 22 y el 2, libro 12 del Digesto.

ARTICULO 1198.

Respecto de lo que no se halle especialmente determinado en el presente capítulo, se observarán las reglas establecidas en el Código de procedimientos (2).

1º *En el caso de oponerse el vicio de falsedad, simulacion ú otro á los instrumentos, ó pedirse reconocimiento de los privados.*

2º *En el caso de resultar contradiccion entre el texto de un instrumento y la declaracion de los testigos instrumentales.*

3º *En cuanto constituye la prueba por testigos.*

4º *En lo concerniente á la confesion y juramento.*

5º *Y generalmente en todo lo relativo á la calificacion de las pruebas.*

Al discutirse este artículo expuse que po-

1. Por el artículo 536, capítulo 4º, título 6º, del Código de procedimientos civiles, se previene que la ley reconoce como medios de prueba: 1º La confesion, ya sea judicial, ya extrajudicial: 2º Los instrumentos públicos y solemnes: 3º Los documentos privados: 4º El juicio de peritos: 5º El reconocimiento ó inspeccion judicial: 6º Los testigos: 7º La fama pública y 8º Las presunciones.—N. de los EE.

2. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

dia suprimirse absolutamente, ó por lo ménos reducirse á su primer párrafo. En el artículo se dice, "Código de procedimientos," sin expresar si civiles ó criminales; pero á no dudar alude al de civiles: uno y otro están por hacer. ¿De qué servirá la laxativa de los cinco números de este artículo, si allí se dispone otra cosa extendiéndolos ó modificándolos? No he podido descubrir ni el origen ni los motivos de este artículo.

SECCION II.

DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL.

PARRAFO PRIMERO.

De los instrumentos públicos.

ARTICULO 1199.

Instrumento público es el que está autorizado por un oficial ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos y como tales hacen plena fé (1).

1. Por los artículos 602 á 604, capítulo 7º, título 6º, del Código de procedimientos vigente se dispone que:—Son instrumentos públicos:—1º Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho:—2º Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones:—3º Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Gobierno general ó de los particulares de los Estados, del Distrito de la Baja California:—4º Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran á actos pasados ántes del establecimiento del Registro civil, que no pueden comprenderse en la segunda parte del art 51 del Código civil. En estos casos el juez y los interesados podrán promover el cotejo, cuando proceda con arreglo á derecho y en la forma prescrita por la ley—5º Las certificaciones de nacimiento, reconocimiento de hijos, emancipacion, tutela, matrimonio y defuncion, dadas con arreglo á las prevenciones del Código civil por los encargados del registro:—6º Las actuaciones judiciales de toda especie:—Que por instrumento original se entiende la primera copia expedida por el notario ante quien se otorgó el contrato ó pasó el acto á que aquel se refiere y que auténtico se llama todo instrumento que está autorizado y firmado por funcionario público que tenga derecho de certificar y que lleve el sello ó timbre de la oficina respectiva.—N. de los EE.

Su primera parte es el 1317 Frances, 917 Sardo, 1905 Holandes, 977 de Vaud; el 2231 de la Luisiana añade, "que debe ser recibida en presencia de dos testigos libres, varones y de edad por lo ménos de catorce años, ó de tres testigos, si la parte contratante es ciega. Si la parte no sabe firmar, el notario debe hacerle poner en el instrumento su signo ordinario:" se ve, pues, que se contrae á los instrumentos autorizados por notarios ó escribanos.

Instrumento es en esta materia "scriptura ad rerum gestarum memoriam, fidei que confecta," ley 4, título 4, libro 22 del Digesto.

"Es público ó privado:" aquel descansa en la fé pública; este en la privada; ley 23, párrafo 2, título 29, libro 4 del Código: lo mismo en el principio del título 18 y su ley 114, Partida 3.

"Autorizado por un oficial ó empleado público." En esto estriban el carácter y fuerza del instrumento público; á saber, que estén autorizados por personas á quienes la ley haya investido de esta facultad, aunque los escribanos sean, entre los oficiales públicos, los creados especialmente para la autorizacion de instrumentos y á ellos aluda mas particularmente este párrafo primero. Los designados en todo el título 12 del libro 1 para llevar el registro del estado civil, y el tenedor del de hipotecas, quedan comprendidos en este artículo: vé el 1881 y siguientes.

"Competente." Puede un oficial ó empleado público, el escribano ó notario estar autorizado por la ley para ciertos actos ó instrumentos; puede esta misma autorizacion hallarse circunscrita á cierto lugar ó territorio. En estos casos el oficial público deja de ser competente desde que traspasa su autorizacion legal; y tampoco lo será el suspenso, mientras dure la suspension: vé lo expuesto en el 1203 y al final del 1223.

"Con las solemnidades." Las Novelas 47, 73 y 74, y la ley 3, título 69, libro 10 del Código, prescribian las que debian guardar-