

res de la convencion y que no hacen parte de ella segun está contenida en el instrumento: Pothier, número 761, capítulo 2, parte 4, no se presta á esta opinion.

Antes, al tiempo ó despues. Aun cuando sea por los mismos testigos instrumentales, ó por el escribano que autorizo la escritura: *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non admittitur*: todo esto seria por lo ménos cosa diferente, cuando no directamente contraria al contenido y este quedaria expuesto siempre á ser falzado.

De ménos de cien duros: por los mismos motivos que acabo de exponer: la prueba escrita, por ménos sujeta á sospecha, prevalece siempre sobre el testimonial.

Consigniente á esto es que, un deudor de ménos de dos mil reales por instrumento público ó privado, no pueda probar por testigos el pago parcial ó total de la deuda, por mas que se diga que con esto no se prueba nada contra el instrumento que encierra la obligacion y ántes bien se reconoce su contenido. Así se practicaba en Francia; tal vez, dice Pothier, número 764, capítulo 2, parte 4, por una mala interpretacion de la Ordenanza, ó por alguna otra razon; yo entiendo que probar para dejar sin efecto un instrumento, equivale á probar contra él; y, si la obligacion debe ser disuelta como se ha formado, debe decirse lo mismo de su extincion por el pago.

De todos modos, el artículo no excluye la prueba testimonial acerca de la violencia ó intimidacion que haya podido intervenir para la celebracion del contrato, ni del dolo con que haya sido sorprendido el consentimiento ó firma y otros hechos semejantes, segun se dirá en el artículo 1223.

Y es de advertir, por último, que la prohibicion de probar por testigos cosa diferente del contenido de los instrumentos, solo habla con las partes, no con los terceros, en cuyo fraude ó perjuicio se hayan hecho en aquellas enunciativas contrarias á la verdad: nada puede imputarse al que no fué parte en el instrumento y no pudo por lo mismo

procurarse la prueba por escrito. Así, aunque en la escritura de venta de una finca sujeta á enfiteusis suene cierto precio, podrá el señor directo probar por testigos que el precio fué mayor y que se ocultó para perjudicarlo en su derecho de laudemio ó luismo.

ARTICULO 1221.

Al demandante de cien ó mas duros no se admitirá prueba testimonial, aunque limite su demanda primitiva á una suma menor.

1343 Frances, 1.97 Napolitano, 1937 Holandes, 998 de Vaud, 1456 Sardo.

Aunque limite su demanda primitiva. Lo prohibido por los medios directos lo está igualmente por los indirectos; y sin este artículo serian eludidos fácilmente el anterior y el 1002.

Así, habiendo yo demandado á otro por dos mil reales sin prueba escrita, no se me admitirá la de testigos, porque yo reduzca despues la demanda á mil reales, pues se sabe ya que la obligacion tenia por objeto un valor de dos mil reales y que fué violado el artículo 1002.

ARTICULO 1222.

Tampoco se admitirá prueba testimonial en las demandas de ménos de cien duros, cuando se declarase que la suma demandada es la parte ó el resto de un crédito mas cuantioso que no está consignado por escrito.

1344 Frances, 1298 Napolitano, 1938 Holandes, 999 de Vaud, 1457 Sardo.

Los motivos de este artículo son los mismos que acabo de exponer en el anterior. Yo os pido mil reales por resto del precio de una cosa que os vendí en dos mil y negais la venta. Pido como co-heredero por mi parte en la herencia los mismos mil reales precedentes de un crédito de dos mil ó mas que tenia el difunto contra vos y negais la deuda: no podré probar esta ni la venta en el caso anterior por testigos. No se atiende á lo que resta por pagar, sino al objeto primitivo de la convencion que, siendo de dos mil ó mas reales, debió ser redactada por escrito segun el artículo 1002.

Pero, en uno y otro caso si el demandado habia prometido pagar los dos mil reales y el demandado se ciñe á probar esta promesa, podrá hacerlo por testigos, porque la promesa es una nueva convencion confirmatoria de la primera, y el objeto de esta nueva convencion no llega á los dos mil reales del artículo 1002.

ARTICULO 1223.

Lo dispuesto en los tres artículos anteriores no tiene lugar cuando existe algun principio de prueba por escrito.

Hay principio de prueba por escrito:

1º *Cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 1207, 1208, 1213, 1216 y 1217.*

2º *Cuando existe algun documento escrito por el demandado ó por quien le represente, aunque no esté firmado, con tal que haga verosímil el hecho litigioso.*

1347 Frances, 1939 Holandes, 1000 de Vaud, 1460 Sardo, 1301 Napolitano.

Siguense dos excepciones á lo dispuesto en los artículos anteriores, principalmente en el 1220: en el caso de este artículo que contiene la una se ha dado ya un primer paso hácia la verdad y esta no dependerá enteramente de las simples deposiciones de los testigos.

La regla general en esta materia es, que el principio de prueba por escrito debe resultar ó de un instrumento auténtico en que haya sido parte aquel contra quien se quiere probar ó de un instrumento privado firmado por él, ó á lo ménos escrito de su mano: todos los artículos citados en este son conformes á la dicha regla: los 1207 y 1208 se refieren á instrumentos privados y firmados: los 1213, 1216 y 1217 recaen sobre instrumentos públicos.

Documento escrito. No es necesario, pues, que esté firmado; bastará que esté escrito por el demandado ó su autor: pero no bastará que esté escrito por un tercero y ménos por el demandante ó su representado; el tercero no puede ser sino testigo y su escrito no es mas que una declaracion testimonial: el demandante y su autor no pue-

den crearse á sí mismos títulos de crédito: vé el artículo 1211.

Pero como esta materia es nueva y ofrecerá dudas (cuando no encuentre repugnancia), convendrá ilustrarla con algunos ejemplos sacados de respetables Jurisconsultos de Francia, donde tan de antiguo estuvo y esta en uso, aunque Pothier, en el número 773 dice, que la ordenanza de 1556 no fué bien mirada por los tribunales como contraria al derecho comun y que la restringian todo lo posible.

Os pido cien duros como precio de una cosa que os he vendido y entregado: y me apoyo para ello en un vale vuestro en que decis: "Me obligo á entregar á F. cien duros por tal cosa que me entregará." En realidad no tengo una prueba completa de mi crédito, porque el vale no prueba la entrega de la cosa, pero es un principio de prueba por escrito que debe hacer admitir la prueba testimonial sobre la entrega.

Me escribis pidiéndome que entregue á vuestro hijo cien duros para gastos de sus estudios: yo los entrego sin exigirle recibo y luego os los reclamo. La carta, que conservo en mi poder, no hará prueba completa de la entrega; pero será un principio de prueba por escrito y se me admitirá la de testigos.

Si negándome yo á entregar los cien duros á vuestro hijo se dirige con vuestra carta á otro y este se los entrega sin recibo, sucederá lo mismo.

Pero si, en lugar de ser vuestro hijo, fuese otra persona de la que podiais vos reclamarlos despues, de nada me servirá vuestra carta, porque el recibo, que no he exigido, os era necesario para la reclamacion.

Presto la misma suma bajo recibo á un menor y despues se los reclamo, alegando que se ha enriquecido con ella. No se me admitirá prueba testimonial sobre este punto, aunque el préstamo consta del recibo; la razon es que, admitiéndose, los usureros prestarian fácilmente á los menores con la

esperanza de probar la inversion útil por testigos falsos.

Os reconoceis deudor mio, pero sin expresion de la cantidad, en un vale ó escritura pública: por ejemplo el vale, dice: *Promete pagar á N. cien: que me ha prestado.* Yo pretendo que son duros; vos decís que son reales; el vale me servirá de principio de prueba por escrito para probar por testigos que el préstamo fué de cien duros.

Os reclamo la misma cantidad alegando que os la di en depósito. Este no consta por instrumento público ni privado; pero tengo una esquila vuestra en que decís: "Os satisfaré sobre lo consabido." La esquila no prueba ciertamente el depósito de los cien duros, pero sí que me sois deudor y será un principio de prueba por escrito para que yo pueda probar por testigos el depósito.

Los instrumentos privados, aunque sin firma, forman contra el que los ha escrito un principio de prueba por escrito sobre lo que contienen.

Os pido cien duros que digo haberos prestado y presento un vale escrito y fechado de vuestra mano, pero sin firma en que reconoceis el préstamo. El vale, como sin firma no basta para acreditar el préstamo; pero bastará, según las circunstancias, para formar un principio de prueba por escrito y dar entrada á la de testigos.

Lo mismo debe decirse cuando obra en poder del deudor un recibo del acreedor con las circunstancias indicadas en que confiesa estar pagado de la deuda, expresando cuál sea esta: un recibo vago y genérico, sin firma, no hace un principio de prueba por escrito: las notas escritas por el acreedor, aunque sin firma, prueban en los casos del artículo 1212.

En los del artículo 1203, si la escritura no está firmada por las partes, aunque sea por no saber firmar, no servirá de principio de prueba por escrito.

El escribano incompetente queda reducido á persona privada en el lugar en que ha actuado y su fé ó dicho es el de un simple estigo.

Si la escritura peca por falta en la forma como si el escribano la ha recibido sin la asistencia de testigos, no habiéndose conducido aquel como persona pública no merece la consideracion y fé de tal: su dicho equivale solo á la simple deposicion de testigo: *persona pública, agens contra officium personae publicae, non est digna spectari ut pública:* vé lo expuesto en los artículos 1199 y 1203.

ARTICULO 1224.

Tambien se exceptúa el caso en que no haya sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligacion.

Esta excepcion tiene lugar:

1º *En las obligaciones que se contraen sin convencion, señaladas en el título 21 de este libro.*

2º *En los depósitos necesarios de que se trata en los artículos 1686 y 1689.*

3º *En las obligaciones contraídas en casos de incidentes imprevistos, en que no se hubiera podido extender documento.*

4º *En el caso de haber perdido el acreedor el documento que le servia de título, á consecuencia de un caso fortuito ó que provenga de una fuerza mayor.*

1348 Frances, 1302 Napolitano, 1940 Holandes, 1001 de Vaud y 1461 Sardo.

En este artículo se contiene la segunda excepcion al artículo 1220.

Siempre que no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba instrumental de la obligacion contraída á su favor, debe permitrsele probar por testigos el hecho que la ha producido, sea cualesquiera la suma á que pueda montar el objeto de esta obligacion; tal es el fundamento de los tres primeros números del artículo.

No pudiendo imputarse al acreedor omision ó negligencia, ¿cómo cerrarle enteramente las puertas de la justicia? En estos casos es ménos de temer la infidelidad de los testigos, sin ningun interes personal en el negoció, que la de los deudores, si les bastara negar la deuda para libertarse de ella.

Que se contraen sin convencion: á saber, por cuasi-contratos, delitos y culpa ó negli-

gencia. La parte, á cuyo favor nace la obligacion por equidad y simple ministerio de la ley, no interviene en los cuasi-contratos, y, de consiguiente, no le ha sido posible procurarse prueba escrita: así, la testimonial es de necesidad y de justicia. En la agencia oficiosa, por ejemplo, de los negocios de un ausente (*negotiorum gestio*), la obligacion del agente es igual en un todo á la que resulta de un mandato expreso. Debe, pues, el agente oficioso (*negotiorum gestor*) dar cuentas de su administracion, cuando el ausente las pida: si el agente niega que administró, puede el ausente probarlo con testigos por la razon mencionada, que obra con igual y aun con mayor fuerza en todos los casos de los capítulos 2 y 3 del título citado; los delitos y culpa ó negligencia, obran igualmente en los casos de fraude ó dolo por parte de alguno de los contrayentes. El que los comete, pone en juego, todos los medios para ocultarlos: exige por lo mismo la moral pública, que se apele á todos (testigos y presunciones) para descubrirlo. Este es el caso en que el juez debe hacer uso de toda su perspicacia, para penetrar todos los pliegues y repliegues del hombre artificioso.

En los depósitos necesarios. Son los que se hacen por ocasion de alguna calamidad imprevista, como incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes, según el artículo 1686: tales serian una sedicion, ó la incursion repentina de enemigos.

En estos acontecimientos desastrosos, el desgraciado, que es la víctima de ellos, no tiene ni el tiempo, ni los medios para tomar precauciones, como en los depósitos voluntarios. A más de que negar un depósito es un verdadero delito según el artículo 426 del Código penal, y negar el hecho en tan tristes circunstancias, es, á los ojos de la razon y de la moral, doblemente feo y criminal. Si, pues, en el caso de incendio, ó ruina de mi casa, deposito en poder de mis vecinos los muebles que he salvado de las llamas ó ruina, y se me niega después el depósito, podré probarlo por testigos, sea cualquiera el valor de los muebles; y lo mis-

mo en todos los demas casos del citado artículo 1686.

Tambien se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas ó mesones: vé el artículo 1689 y su comentario.

En todos los casos de este número 2, se ha de atender mucho á la calidad de las personas y á las circunstancias del hecho. La experiencia ha hecho ver que, si el deponente desgraciado podia ser víctima de los que bajo el velo de la humanidad han aparentado querer darle socorro, que si un viajero ha experimentado infidelidades de parte de un fondista, tambien el deponente y el viajero han querido más de una vez abusar del favor de la ley para enriquecerse á costa ajena.

Y, como en caso de negarse el depósito necesario, absoluta ó parcialmente, ha de probarse, no solo el hecho del depósito, sino tambien el de la cantidad de la cosa depositada, convenia proteger á los depositarios contra declaraciones falsas ó exageradas, dejando al prudente arbitrio del juez admitir, ó no, la prueba de testigos según la calidad de las personas y las circunstancias del hecho.

Accidentes imprevistos: que habrán de probarse ante todo, por el que los alega: en este número se da un motivo que es comun á los dos números anteriores, y he revelado arriba; á saber, la imposibilidad de haberse procurado instrumento.

A consecuencia de un caso fortuito. Este número 4 solo debe entenderse de los instrumentos privados: respecto de los públicos debe existir la matriz; y, para el caso de no existir, se ha dispuesto ya en los artículos 1216 y 1217, por vía de excepcion, cuando podrá admitirse la prueba por testigos.

Los mismos motivos que hay para admitir la prueba de testigos al que no pudo procurarse la escrita, obligan á admitirla cuando el acreedor ha perdido por un caso fortuito, irresistible, y sin culpa suya, el título ó instrumento que le servia de prueba escrita.

Si, por ejemplo, en el incendio ó saqueo de mi casa he perdido mis papeles, entre los que se encontraban los vales de mis deudores por cantidades que les habia prestado, ó los recibos de mis acreedores por pagos que les habia hecho, se me admitirá la prueba testimonial de los préstamos y pagos, sea cualesquiera su cantidad ó importe.

Yo podré hacer esta prueba por testigos que depongan haber visto en mi poder los vales ó recibos, cuyo tenor recuerdan, y que conocen la letra de los deudores y acreedores; ó bien haber presenciado los préstamos y pagos.

Mas, para que el juez pueda admitir esta prueba, es menester que conste ántes, ó por conformidad de las partes, ó por testigos, el caso fortuito que se alega. Y no bastará alegar la simple pérdida de los títulos; es menester alegar y probar que ha procedido de caso fortuito é irresistible: de otro modo seria fácil eludir los artículos 1002 y 1220, sobornando testigos que depusieran sobre los extremos contenidos en el párrafo anterior: respecto del incendio ó ruina, como que son hechos públicos, cesa el temor del soborno.

SECCION IV.

DE LAS PRESUNCIONES.

ARTICULO 1225.

Las presunciones son las inducciones que la ley ó el juez sacan de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido. Las presunciones de la última clase ó judiciales, no están sujetas á otras reglas que las del criterio humano, y no son admisibles, sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial (1).

El primer periodo es el artículo 1349 Frances, 1952 Holandes, 1462 Sardo, 2263

1. Por el artículo 701, capítulo 12, título 6º del Código de procedimientos se previene que: presuncion es la consecuencia que la ley ó el juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal, la segunda humana.—N. de los EE.

de la Luisiana y 1303 Napolitano.

El segundo periodo es el 1353 Frances, mas expresivo que el nuestro, pues añade, que "el magistrado no admita sino presunciones graves, precisas y concordantes:" 2267 de la Luisiana, 1467 Sardo, 1959 Holandes y 1307 Napolitano.

*Praesumptio est conjectura ducta ab eo, quod fieri, vel contingere solet ut plurimum Cujac. in parat. título 19, lib. 4 del Código: "Presuncion quiere tanto decir, como gran sospecha," ley 8, título 14, Partida 3. Praesumptio; la accion de tomar ántes, ó anticiparse á tomar, se deriva del verbo *sumere*, tomar, y de la preposicion *prae*, ántes: por la presuncion se toma, ó tiene, como cierto un hecho, ó un derecho ántes que se pruebe.*

La ley ó el juez. Esta disposicion es conforme á la legislacion Romana y Patria: los doctores llamaron presuncion del *hombre (hominis)* á la que aquí se llama *judicial*; y dividieron la legal en presuncion de simple derecho (*juris*) que dispensa de la prueba, pero la admite en contrario, y presuncion de derecho y por derecho (*juris et de jure*) que no la admite.

Las judiciales no están sujetas. Es imposible que la ley fije el número y fuerza de estas presunciones, pues que nacen de las circunstancias y de los hechos que varían á lo infinito, y penden hasta del distinto modo de ver de unos á otros jueces. Todo lo que puede hacer la ley, es declarar que estas presunciones quedan abandonadas á la ilustracion y prudencia del magistrado: á él solo toca *quamquam vis vim quamquam fidem secundum animi sui religionem tribuat.*

Es pues, inútil la distincion que de esta especie de presunciones hacen los autores en *graves, ménos graves y leves*: lo que hay de cierto es, que la ménos fuerte cede á la mas fuerte, y todas ceden á la verdad ó prueba en contrario.

El poder que aquí se da al juez, es á la verdad grande: pero la administracion de justicia se entorpeceria si los tribunales no

recibieran cierta latitud de la ley, que no puede preever todo, y que en tantas ocasiones se trata de eludir: lo que se escapó á la prevision del legislador, no se escapará á la religion del juez, ley 13, título 5, libro 22 del Digesto.

Sino en los casos. Hé aquí la sola restriccion ó barrera puesta al juez en esta materia. En el artículo 1002, por ejemplo, se dispone que haya de redactarse por escrito la obligacion cuyo objeto sea de dos mil ó mas reales, y en el 1220 se excluye para este caso la prueba testimonial, salvas algunas excepciones determinadas. Fuera de ellas no podrá el juez admitir la prueba indicada so color de presunciones, por graves, precisas y concordantes que le parezcan: la prueba testimonial y la de presunciones judiciales tienen de comun algo de incierto.

ARTICULO 1226.

La presuncion legal es la inherente á actos ó hechos determinados por una disposicion especial de la ley. Tales son: (1)

1º *Los actos que la ley declara nulos, sin atender mas que á su calidad, por presumir los hechos en fraude de sus disposiciones.*

2º *Los casos en que la ley declara la propiedad ó el descargo de una obligacion, por el concurso de ciertas circunstancias determinadas.*

3º *La fuerza que la ley atribuye á la confesion de la parte.*

4º *La autoridad de la cosa juzgada, cuando en esta concurre la unidad de personas, caso y accion.*

1350 Frances, 1353 Holandes, 1003 de Vaud, 1463 Sardo, 2264 de la Luisiana, 1304 Napolitano: todos estos añaden la autoridad de la cosa juzgada.

La presuncion legal es el pensamiento

1. Hay presuncion legal:—1º Cuando la ley la establece expresamente. 2º Cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley.—Hay presuncion humana cuando de un hecho debidamente probado, se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquel.—Arts. 702 y 703, cap. 12, tit. 6, Cód. de Proced. civil vigente.—N. de los EE.

Tom. III.

mismo de la ley: es necesario, pues, que la ley la establezca especialmente y para casos determinados.

En el artículo anterior he dicho que la presuncion legal es simplemente *juris*, ó *juris et de jure*, y he notado los rasgos característicos de las diferencias entre una y otra. Esta division, como obra de la necesidad y de la naturaleza misma de las cosas, se halla adoptada por lo ménos de hecho, en todos los Códigos antiguos y modernos, pues todos reconocen presunciones que admiten prueba en contrario, y otras que no.

Yo creo que, aunque oliera un poco á escuela, habria mas claridad en consignar especial y nominalmente en los Códigos la division mencionada, marcando sus diferencias características, é ilustrándola con ejemplos. No se ha hecho así en ningun Código, ni se hace en este artículo que, como el Frances, abraza presunciones de una y otra especie: es pues, preciso recurrir á comentarios.

La presuncion simplemente *juris* dispensa de la prueba á aquel en cuyo favor milita, pero no se resiste, antes bien cede, á la que se haga en contrario.

Tenemos ejemplos de esto en los artículos 427, 428, 512, 551, 552, 1097, 1142, 1144 y 1235: otro tanto puede decirse del famoso axioma *pater est quem justae nuptiae demonstrant*, fuera de los rarísimos casos en que la ley admite prueba en contrario, artículos 101 y siguientes. La presuncion *juris et de jure* no admite prueba en contrario; es mas fuerte que la instrumental y la testimonial y hasta que la confesion judicial, contra la que se puede alegar que fué el resultado de un error de derecho segun el artículo 1231: en este como en todos los Códigos, se hallan esparcidos acá y acullá muchos ejemplos.

La ley presume falta de juicio para administrar sus cosas y obligarse por sí solos en el que tiene tutor ó curador y en la mujer casada y contra esta presuncion no admite prueba alguna: el que paga á sabidas lo que no debe, se presume que dona, y