

14 \* Hemos dicho que dos testigos hacen prueba plena no estando varios en sus declaraciones, porque cuando lo están resultan singulares y son indignos de crédito <sup>1</sup>, y sobre esto conviene saber que la singularidad puede ser, segun Elizondo, <sup>2</sup> *obstativa, diversificativa y adminiculativa*. La obstativa es cuando los dichos de los testigos pugnan entre sí, como si uno depone que la muerte fué hecha en el campo, y otro que en la Iglesia, cuya variedad hace nulo el testimonio <sup>3</sup> y lo convence de falso, como hizo Daniel con los de los ancianos que acusaban á Susana. La diversificativa es cuando los testigos aparecen varios en hechos reiterables, y no están contestes en el lugar ó tiempo, como si uno depone que Pedro prestó á Juan en casa de Diego, y otro en casa de Francisco, y en este caso tampoco pueba el testimonio <sup>4</sup>. La adminiculativa ó cumulativa, es cuando los testigos deponen de hechos diversos, pero que no siendo contrarios se ayudan mutuamente, como si uno depone que vió á Manuel

1 L. 28 tít 16 P. 3.

2 Práctica univer. forens. tom. 1 pag. 129 n. 12.

3 L. 28 citada.

4 Elizondo en el lugar citado.

herir con una espada á Gerónimo, y otro que vió en las manos de Manuel una espada ensangrentada; y esta singularidad, si bien impide que esas deposiciones hagan prueba plena, no destruyé la *mas que semi-plena* <sup>1</sup>. \*

15 \* Cuando los testigos están varios, y tambien cuando el reo está negativo, se suele recurrir en las causas criminales al careo, que aunque no se halla establecido por ninguna ley <sup>2</sup>, si no es para los juicios militares para los que expresamente lo previene la ordenanza <sup>3</sup>, se ha introducido por la práctica, cuya utilidad ponen en duda Elizondo <sup>4</sup>, Colon <sup>5</sup> y Gutierrez <sup>6</sup>. \*

16 Si solo una de las partes prueba ple-

1 Elizondo citando á Farinacio *De opposit. contra testes* tít. 7 q. 64 n. 113

2 En la l. 57 tít. 5 lib. 2 de la R. 6 3 tít. 6 lib. 12 de la N. se pone el careo como medio para averiguar la verdad; pero en ella solo se habla del careo de los testigos entre sí, y no con el reo, para solo el objeto de averiguar si han declarado con falsedad, y castigarlos por ello, y dejándolo al arbitrio del juez, como lo denotan las palabras: *y si vieran (los jueces) que cumple, los careen unos con otros.*

3 Trat. 8 tít. 5 art. 23.

4 Práct. univ. for. tom. 4. pag. 359 n. 56.

5 Juzgados militares tom 3 pag. 54.

6 Práctica criminal tom. 1 cap. 8 nn. 14 y 15.

namente con testigos su intencion, es bien claro que el negocio debe sentenciarse á su favor; pero si ambas partes prueban con sus testigos sus respectivos intentos, deberá el juez sentenciar á favor de aquellos cuyos testigos depongan lo mas verosímil, tengan mejor fama, estén mas autorizados, y sean mas dignos, aunque sean ménos en número. Si fueren iguales los de ambas partes en razon de las circunstancias de sus personas y dichos, porque todos depongan de cosas que era posible sucediesen, deberá sentenciar á favor de aquel que tuviere mayor número de testigos; y si hasta en número fueren iguales, deberá absolver y dar por quito al demandado, segun la ley <sup>1</sup> que da la razon de que, *los jueces deben ser aparejados mas para quitar al demandado, que para condenarlo.*

17 La cuarta especie de prueba es la de instrumentos, privilegios y libros de cuentas. Los instrumentos pueden ser públicos, ó auténticos, ó privados. Los primeros son los que aparecen autorizados por personas que tienen facultad para ello, y se otorgan ante testigos. En el número 7 del titulo

<sup>1</sup> L. 40 tít. 16 P. 3.

IV de este libro, explicamos el modo, forma y circunstancias con que deben extenderse y otorgarse los instrumentos, y tambien la distincion del *minutario*, *protocolo* y *copia*, y ahora solo debemos hablar del valor que deben tener cuando se presentan en juicio como prueba. Por lo que hace al *minutario* aunque no puede negársele la calidad de original, pues lo es con toda propiedad como que es la primera escritura, que es lo necesario segun Cobarruvias <sup>1</sup>, y ademas se extiende siempre á presencia de las partes contratantes, lo que no sucede con el *protocolo*; sin embargo, como en aquel regularmente se tachan y enmiendan muchas cosas, que no siempre se salvan al fin, y no se guarda y reserva como correspondia, por lo que es fácil que sea alterado, de ahí es que en juicio no tiene la fuerza que mereceria de otro modo; y en nuestra opinion si se presentara alguno íntegro y perfecto, le preferiríamos al *protocolo*, á ménos de que en este constase haber sido leído á las partes y aprobado por ellas ántes de firmarse la escritura extendida en él. Si ocurre el caso de haber

<sup>1</sup> Covar. práct. quest. 19 n. 1.

namente con testigos su intencion, es bien claro que el negocio debe sentenciarse á su favor; pero si ambas partes prueban con sus testigos sus respectivos intentos, deberá el juez sentenciar á favor de aquellos cuyos testigos depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, estén mas autorizados, y sean mas dignos, aunque sean ménos en número. Si fueren iguales los de ambas partes en razon de las circunstancias de sus personas y dichos, porque todos depongan de cosas que era posible sucediesen, deberá sentenciar á favor de aquel que tuviere mayor número de testigos; y si hasta en número fueren iguales, deberá absolver y dar por quitto al demandado, segun la ley <sup>1</sup> que da la razon de que, *los jueces deben ser aparejados mas para quitar al demandado, que para condenarlo.*

17 La cuarta especie de prueba es la de instrumentos, privilegios y libros de cuentas. Los instrumentos pueden ser públicos, ó auténticos, ó privados. Los primeros son los que aparecen autorizados por personas que tienen facultad para ello, y se otorgan ante testigos. En el número 7 del titulo

1 L. 40 tit. 16 P. 3.

IV de este libro, explicamos el modo, forma y circunstancias con que deben extenderse y otorgarse los instrumentos, y tambien la distincion del *minutario*, *protocolo* y *copia*, y ahora solo debemos hablar del valor que deben tener cuando se presentan en juicio como prueba. Por lo que hace al *minutario* aunque no puede negársele la calidad de original, pues lo es con toda propiedad como que es la primera escritura, que es lo necesario segun Cobarruvias <sup>1</sup>, y además se extiende siempre á presencia de las partes contratantes, lo que no sucede con el *protocolo*; sin embargo, como en aquel regularmente se tachan y enmiendan muchas cosas, que no siempre se salvan al fin, y no se guarda y reserva como correspondia, por lo que es fácil que sea alterado, de ahí es que en juicio no tiene la fuerza que mereceria de otro modo; y en nuestra opinion si se presentara alguno íntegro y perfecto, le preferiríamos al *protocolo*, á ménos de que en este constase haber sido leído á las partes y aprobado por ellas ántes de firmarse la escritura extendida en él. Si ocurre el caso de haber

1 Covar. práct. quest. 19 n. 1.

de probar que un minutario es legal y que tiene fuerza, creemos que debe usarse de la prueba que corresponda, según la naturaleza del acto que contenga, y dada podrá pedirse al juez lo declare por legítimo y lo mande protocolizar, como sucede frecuentemente con los testamentos que se otorgan sin escribano, y con los mismos instrumentos cuando mueren los escribanos sin haber extendido en el protocolo las escrituras. El protocolo hace plena fe en orden al efecto para que se introdujo, de modo que en caso de duda mas se debe estar á él, que al trasunto; pero presentado en juicio no la hará, porque no se estableció para esto, y porque carece del signo ó sello que lo autorice, y que debe tener todo instrumento público <sup>1</sup>. Este hace plena prueba, si no es en el caso de que los testigos instrumentales contradigan su contenido, pues entónces según la ley <sup>2</sup>, debe procederse con distinción: si el escribano es hombre de buena fama, y el instrumento concuerda con el protocolo, hace prueba el instrumento; y tambien según Grego-

1 Febrero de Tapia lib. 1 tit. 6 cap. 2 n. 9

2 L. 115 tit. 18 P. 3.

rio Lopez, <sup>1</sup> si es antiguo; mas si es reciente, y el escribano no tiene buena fama y si los testigos, vale mas el testimonio de estos <sup>2</sup>. Tampoco la hace en el caso de que se pruebe su falsedad en los términos que hemos dicho al fin del número 13 de este título. El traslado ó copia sacada de este original tambien hace prueba si ha sido dada en virtud de auto de juez, y con citacion de la parte á quien perjudica, siendo el escribano que la autoriza distinto de aquel ante quien pasó <sup>3</sup>.

18 \* El instrumento auténtico es el que está autorizado con el sello de persona ó corporacion que tenga el uso de él. Se da el nombre de auténtico, no porque el público no pueda llamarse así tambien, como en efecto se le llama <sup>4</sup>, sino para dar á entender que sin embargo de no estar extendido por persona de fe pública y con las solemnidades prescritas por derecho, hace fe por sí mismo para probar su contenido contra el que lo mandó sellar, mas

1 Gregorio Lop. glos. 8 de la l. 115.

2 La misma l. 115.

3 Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 84.

4 Covar. pract. quest. 19 n. 1.

no á su favor <sup>1</sup>. A esta clase pertenecen los títulos de órdenes, grados y profesiones literarias; los nombramientos y despachos de empleos, y tambien las certificaciones de bautismo, casamiento ó entierro que dan los Párrocos, que, como dice Gomez Negro <sup>2</sup>, son los notarios de la Iglesia, y los escribanos de la sociedad con la autoridad mas plena dada en los concilios, consentida por la sociedad, y vigorizada por las leyes; y todos estos hacen plena prueba en su caso si están con los requisitos legales, y en la forma de costumbre; y para hacer uso de estas certificaciones, y aun de las escrituras firmadas por escribano en lugar distinto y distante del en que se firmaron, es necesario <sup>3</sup> que tres escribanos del número certifiquen de la firma, legitimidad y fidelidad de la persona que las suscriba, y del signo si lo tuviere, á menos que se hayan dado con autoridad de juez.

19 \* El instrumento privado es el que no está autorizado en forma por escribano,

<sup>1</sup> L. 114 tit. 18 P. 3.

<sup>2</sup> Gomez Negro, Elem. de práct. for. pag. 113.

<sup>3</sup> Curia Filip. part. 1 §. 17 n. 32.

ni sellado como el auténtico. De esta especie es el *recibo* que el acreedor da al deudor cuando le paga, á que llaman *apoca*; el *vale ó pagaré* que el deudor da al acreedor para seguridad de su deuda, á que llaman *antapoca*, y las obligaciones privadas que suelen extender los hombres para la fe de sus pactos, á que llaman *singrafa*. Ninguno de estos documentos hace fe en juicio si no está extendido en papel sellado del sello que le corresponda <sup>1</sup>, y si no es reconocido por el que lo firmó, y en defecto de reconocimiento ó en caso de negativa, comprobado por dos testigos idoneos, que declaren bajo de juramento con citacion de aquel, que se lo vieron firmar, sin que en ningun caso baste el cotejo con otros papeles firmados por el mismo, ó reconocidos por suyos <sup>2</sup>. Esta circunstancia del reconocimiento ó comprobacion por testigos es necesaria ó para pedir en su virtud ejecucion, ó en el caso de que se redarguya de falso, ó se le objete algun defecto que destruya su legitimidad, pues fuera de ellos es visto que lo confiesa y

<sup>1</sup> Art. 10 del decreto de 6 de octubre de 1823.

<sup>2</sup> Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 83.

aprueba con su silencio aquel contra quien se produce <sup>1</sup>. Mas si el instrumento no es sobre cosas que se cuentan, pésan ó miden, sino sobre venta ó cambio de casa, viña ó cosa semejante, no hace ninguna fe, porque estas deben ser otorgadas ante escribanos <sup>2</sup>; así como tampoco á favor del que lo extendió <sup>3</sup>, ni en el caso de que se presenten dos instrumentos contrarios entre sí <sup>4</sup>. Y aunque la ley de Partida <sup>5</sup> dice, que hacen prueba plena estos instrumentos privados que estén firmados por dos testigos, que depongan despues sobre la realidad de su contenido, observa Gregorio Lopez <sup>6</sup>, que esta no puede llamarse prueba por escritura, como que su valor depende de la deposicion de los testigos. A la prueba instrumental pertenecen los privilegios, de cuya naturaleza y circunstancias hablamos en el título I del libro I. Y por último, pertenecen tambien á ella los libros de cuentas que

1 Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 89.

2 L. 114 tit. 18 P. 3.

3 L. 121 tit. y P. citad.

4 L. 41 tit. 16 P. 3.

5 L. 114 tit. 18 P. 3.

6 Gregor. Lop. glos. 7 de esta l. 114.

deben tener los comerciantes <sup>1</sup>, los cuales prueban contra ellos, y no á su favor <sup>2</sup>. La quinta especie de prueba es la vista de ojos, que tiene lugar en los pleitos sobre edificios, términos de pueblos y heredades; division de estas y otros semejantes, y á ella puede asistir el juez, que no debe dar el pleito por probado, si admite esta prueba <sup>3</sup>, por lo que podrá recibirse hasta despues de la conclusion, y aun mandarla hacer de oficio ántes de la sentencia para mejor proveer, asistiendo á ella y nombrando peritos que la hagan, quienes, si se pide en el término de prueba, han de ser juramentados dentro de él <sup>4</sup>. El reconocimiento de peritos debe hacerse en todo pleito que consista en cosa perteneciente á ciencia, arte ú oficio. Debe nombrarse uno por cada parte, y por ambas un tercero para el caso de discordia; mas si alguna resistiere nombrar, por su rebeldía lo hará el juez, quien les recibirá juramento de decir verdad segun su inteligencia, y con

1 Orden de 3 de junio de 1805, que es la ley 14 tit. 4 lib. 9 de la N.

2 Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 102.

3 L. 113 tit. 14 P. 3.

4 Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 103.

arreglo á los principios de su arte; y para este acto, como tambien para el del reconocimiento, serán citadas las partes, que podrán asistir á ellos, mas no á la declaración, debiendo verificarse aquellos dentro del término de prueba, si en él se pidió, aunque el tercero en discordia puede hacerlo despues <sup>1</sup>. \*

21 \* La sexta especie de prueba, es la vista de ojos por matronas honestas, prudentes, y de conocida probidad en casos de estupro, violacion ó preñez. \* Esta prueba se numera entre las plenas; mas Gutierrez <sup>2</sup> apoyado en los testimonios de diversos autores, no solo la excluye de esa clase, sino que la reputa inútil y en algunos casos perjudicial. \*

22 La séptima son las leyes alegadas por los litigantes, siendo oportunamente citadas para su intento. \* Sobre esta conviene tener presente que si la controversia es sobre contrato ú otra obligacion, cuyo cumplimiento pueda pedirse fuera del lugar donde se celebró, deberá decidirse con

1 Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 74.

2 Gutierrez, Práctica criminal tom. 1 cap. 14. na.

34 á 97.

arreglo á las leyes del Estado á que este último pertenezca, y tambien á la prevencion de la ley 3 tit. 1. lib. 2 de la Recopilacion, que es la 3 tit. 2 lib. 3 de la Novísima, que fija el orden con que deben citarse las leyes, y cuyo punto tocamos en los dos últimos párrafos de la *Historia del derecho*, que se halla en el principio del primer tomo de estas Instituciones. \*

23 \* De las pruebas semiplenas la mas famosa es la de la Presuncion, que es la octava de las que numeramos en el número 2. La presuncion es *el juicio ó sospecha tomada del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ó de las leyes ordinarias de la naturaleza*: el que se forma de las circunstancias particulares de las personas se llama *conjetura*, y el que se deduce de los vestigios ó señales que dejan tras de sí los hechos, se llama *indicio*: ó mas bien, Presuncion es *la consecuencia que saca la ley ó el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido* ó

1 Gomez Negro en sus Element. de práct. for. pag. 128 subroga esta definicion á la que da Sala, en estos términos: *Impulso nacido de alguna ó algunas circunstancias que mueven al juez para que forme este ó el otro concepto*: que califica de inexacta y confusa.

incierto <sup>1</sup>. Hay pues dos especies de presuncion, una determinada por la ley, que se llama *presuncion legal ó de derecho*, y otra que forma el juez por las circunstancias antecedentes, concomitantes ó subsiguientes al hecho principal que se examina, y se llama *presuncion de hombre*. La legal es de dos clases, la 1.ª se llama *presuncion juris et de jure*, (de derecho y por derecho,) y es la que por la ley que la establece tiene tal grado de fuerza que contra ella no se admite prueba. De esta clase son las que expresa la ley de Partida <sup>2</sup>, segun la cual naciendo á un tiempo dos hermanos, varon y hembra, se presume nacido primero el varon: muriendo juntos marido y muger en un lance como naufragio, incendio ó ruina de la casa, se presume que murió primero la muger; y si esta desgracia sucede á padre é hijo, si este es menor de catorce años, se presume muerto primero que su padre, y al contrario si es mayor. Los efectos de esta presuncion son: hacer plena prueba <sup>3</sup>: no ser necesario que se alegue por la parte: reputar á aquel contra

<sup>1</sup> Eseriche, Diccion. de legisl. art. *Presuncion*.

<sup>2</sup> L. 12 tit. 33 P. 7.

<sup>3</sup> Diccion. de legisl. art. *Presuncion*.

quien la hay, convicto y confeso: no admitirse el juramento, ni tampoco prueba en contrario <sup>4</sup>, y negársele la apelacion. La 2.ª clase de presuncion legal es la que se llama *presuncion juris* (de solo derecho) y es la que por la ley solo se considera cierta mientras no se pruebe lo contrario: tales son, la de que es muerto aquel que ha ido á tierras lejanas, habiendo pasado mas de diez años, y siendo fama pública que ha muerto: la que tiene de ser dueño de la cosa el que prueba que fué de su padre ó abuelo; y la que tiene todo ciudadano de que es inocente, y está en legitima posesion de sus derechos <sup>2</sup>. Los efectos de esta son: que liberta al que la tiene á su favor de la obligacion de probar <sup>3</sup>, y alegándose por el que la tiene y no probándose lo contrario prueba plenamente <sup>4</sup>, y debe darse

<sup>1</sup> Murillo, Curs. jur. canon. lib. 2 tit. 23 n. 196, en donde asienta qué cosas se admiten contra esta presuncion, y la destruyen, y Ferraris *Verbo Presumptio* n. 38, en donde cita varios autores que opinan que puede admitirse prueba en contra.

<sup>2</sup> LL. 1, 10 y 14 tit. 14 P. 3.

<sup>3</sup> Murillo Curs. jur. canon. lib. 2 tit. 23 n. 195.

<sup>4</sup> Eseriche, Diccion. de legisl. art. *Presuncion*.



la sentencia á lo ménos en las causas civiles <sup>1</sup>. La presuncion de hombre puede ser de tres maneras; leve ó temeraria, que se funda en indicios muy ligeros, ó que pueden interpretarse bien y mal, y esta no prueba nada, y debe ser répelida <sup>2</sup>: probable ó mediana, que es la que nace de indicios verosímiles que regularmente están unidos con aquello que se presume, y esta produce una semiplena prueba, y antiguamente daba lugar al tormento: y vehemente ó violenta, que es la que resulta de indicios muy graves que obligan á creer, como la que tuvo Salomon para conocer cual de las dos mugeres que disputaban por el niño era su madre; y esta en opinion de algunos <sup>3</sup> es prueba plena, y por ella pueden sentenciarse las causas civiles que no sean muy arduas <sup>4</sup>. Mas por lo que hace á las criminales, en cuyas pruebas exige la ley <sup>5</sup> la claridad de la luz del medio día, están divididos los autores, opinando algunos <sup>6</sup> que

1 Murillo. Curs. jur. canon. lib. 2 tit. 23 n. 195.

2 Ferraris Verbo. Presumptio n. 16.

3 Murillo Cur. jur. canon. lib. 2 tit. 23 n. 197.

4 Ferraris Verbo Presumptio n. 19.

5 L. 12 tit. 14 P. 3.

6 Gonzalez y otros citados por Murillo n. 197.

al ménos en algunas causas que son de difícil prueba basta la presuncion vehemente para condenar, no solo á la pena arbitraria, sino tambien á la ordinaria. Otros por el contrario opinan <sup>1</sup> que debe ser absuelto el reo, y otros <sup>2</sup> que debe imponérsele una pena extraordinaria: sobre lo que advierte Murillo <sup>3</sup> que conforme á nuestro derecho <sup>4</sup> para condenar á pena capital no basta la presuncion aun *vehementísima*. Para concluir esta materia debemos notar, que no en todo pleito es admisible la prueba de presuncion, sino solo en los que las leyes la permiten <sup>5</sup>, y que toda presuncion cede á la verdad, así como las débiles ceden á las mas fuertes.

24 \* A las presunciones se reducen otras pruebas semiplenas de que hemos hecho mencion en el número 2. Tales son: 1.º la comparacion ó cotejo de letras, la cual en causas civiles y siendo públicos los instrumentos que se cotejan para que

1 Ant. Gom. 3 var. cap. 12 n. 25.

2 Vilanova, Mater. Crimin. Observ. 10 cap. 4. n. 168.

3 Murillo, Curs. jur. canon. lib. 2 tit. 23 n. 197.

4 LL. 26 tit. 1, y 7 tit. 31 P. 7.

5 L. 8 tit. 14 P. 3.

por uno que esté habido por del escribano que lo autoriza, sea declarado tal el otro al que se le disputa, vale segun la ley de Partida <sup>1</sup>, pero al arbitrio del juez, esto es, si se convence; mas si los instrumentos son privados nada vale el cotejo <sup>2</sup>, como hemos indicado en el número 19 de este título. En las causas criminales el cotejo de cartas, cédulas y otros papeles simples, sirve para probar la identidad del autor, y aun que no basta para condenarle á la pena ordinaria, coadyuva á las otras, y se usa para inquirir <sup>3</sup>. 2.º La fuga en los delitos, la cual hace que el reo se tenga por confeso en aquel delito porque estaba preso <sup>4</sup>; mas esta confesion es de las que el derecho llama *fingidas*; que nunca tiene la fuerza de la efectiva y verdadera, por lo que se admiten pruebas directas contra ella, y el reo por sola ella no puede ser condenado á la pena ordinaria <sup>5</sup>. 3.º La deposicion de un

1 L. 118 tit. 18 P. 3.

2 Febrero de Tapia tom. 4. cap. 10 n. 89.

3 El mismo, tom. 7 tit. 3 cap. 2 n. 32.

4 L. 7 tit. 26 lib. 9 de la R. 617 tit. 38 lib. 12 de la N.

5 Vilanova, *Materia criminal*, Observ. 9 cap. 7 n. 63.

testigo de buena fama, la cual segun la ley <sup>1</sup> haria gran presuncion, que será mayor ó menor, segun fuere su calidad, probidad y crédito.

25 \* La nona especie de prueba es la fama, la cual regularmente hablando no la hace mas que semiplena en causas civiles, pues en las criminales no hace ni esa <sup>2</sup>. Hemos dicho que regularmente hablando, porque respecto de algunas cosas, como son las de poco momento, las de difícil prueba, hechos antiguos y otras que refieren los autores, es plena la prueba que produce la fama <sup>3</sup> siempre que merezca el nombre de tal y no el de un rumor: que sea uniforme, constante, perpetua, y no contrariada: que traiga origen de personas honradas y fidedignas: que se pruebe á lo ménos por dos testigos mayores de toda excepcion: que estos den razon de su dicho, y que sea tal como haberlo oido de dos personas fidedignas que tuviesen motivo para saberlo; y por último, que depongan del tiempo que comenzó aquella fama, y que este sea anterior al del pleito. \*

1 L. 32 tit. 16 P. 3.

2 Febrero de Tapia tom. 4 cap. 10 n. 107.

3 El mismo en el lug. cit. nn. 108, 109 y 110.