

CAPÍTULO II

<i>De la prueba testimonial</i>	483
ART. I. Principios generales sobre los casos en que esta prueba se admite	483
ART. II. <i>Principio primero.</i> Aquel que ha podido procurarse una prueba por escrito no es admitido a la prueba testimonial por las cosas que exceden de 100 libras	484
ART. III. <i>Principio segundo.</i> Que la prueba testimonial no es admitida contra un escrito, ni contra lo que en ella contiene	486
ART. IV. Del principio de prueba por escrito	488
ART. V. <i>Principio tercero.</i> Aquel que no ha podido procurarse una prueba instrumental, debe admitirsele la prueba por testigos	492
ART. VI. <i>Principio cuarto.</i> Aquel que ha perdido por un caso fortuito la prueba literal, debe ser admitido a la prueba testimonial	494
ART. VII. Cómo se hace la prueba testimonial	495
ART. VIII. De la calidad de los testigos y de las tachas	498

CAPÍTULO II

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial es aquella que se hace por las deposiciones de los testigos.

ARTÍCULO PRIMERO

PRINCIPIOS GENERALES SOBRE LOS CASOS EN QUE ESTA PRUEBA SE ADMITE

785. La corrupción de las costumbres y los frecuentes ejemplos de soborno de testigos, han hecho mucho más difícil el admitir la prueba testimonial que no lo era en tiempo de los romanos. Para prevenir este soborno de los testigos, la *Ordenanza de Moulins del año 1566* (art. 54) ordena que todas las cosas que exceden del valor de 100 libras pasen por contrato, para las cuales se recibirá toda clase de pruebas, excepto la de testigos que tampoco se admitirá en contra del tenero de los contratos.

De esas disposiciones de la Ordenanza se pueden sacar cuatro principios generales, que dicen los casos en los cuales la prueba testimonial debe admitirse o rechazarse.

Esos principios son:

1º Aquel que ha podido procurarse una prueba literal no es admitido a hacer una prueba testimonial, cuando la cosa excede de 100 libras, como no haya un principio de prueba por escrito.

2º Cuando hay un acta por escrito, aquellos que han sido partes, ni sus herederos y sucesores, no pueden ser admitidos a la prueba testimonial, contra de esta acta, aun cuando la misma cosa no excediera de 100 libras, si no hay un principio de prueba por escrito.

3º Uno es admitido a la prueba testimonial de las cosas de las que no se puede uno procurar una prueba literal, cualquiera que sea la suma a que pueda montar.

4º Igualmente, cuando por un caso fortuito e imprevisto,

confesado entre las partes, o probado, la prueba literal ha sido perdida, uno es admitido a la prueba testimonial, cualquiera que sea la suma a que la cosa pueda montar.

ARTÍCULO II

PRINCIPIO PRIMERO

AQUEL QUE HA PODIDO PROCURARSE UNA PRUEBA POR ESCRITO NO ES ADMITIDO A LA PRUEBA TESTIMONIAL POR LAS COSAS QUE EXCEDEN DE 100 LIBRAS

786. La *Ordenanza de Moulins* dice: "Ordenamos que todas las cosas que excedan la suma o valor de 100 libras, para pagar una vez, serán pasadas por contrato...", etcétera.

787. Se ha dudado, antes de la *Ordenanza de 1667*, si el depósito voluntario estaba comprendido en la disposición de la *Ordenanza de Moulins*, que manda que se levantará acta de todas las cosas que excedan de 100 libras, excluyendo la prueba testimonial. La razón de dudar está en que no se hace por lo común acta por escrito de los depósitos; que aquel que ruega a su amigo de encargarse de la guarda de las cosas que le ha confiado, no se atreve por lo común a reclamar un reconocimiento a ese depositario, que no se encarga de ese depósito más que para darle gusto. No obstante esas razones, la *Ordenanza de 1667* (tit. 20, art. 2º), ha decidido que el depósito voluntario estaba comprendido en la regla general, y que la prueba por testigos no debía ser admitida, por cuanto aquel que ha hecho el depósito ha debido o no hacer dicho depósito, que nada le obligaba a ello, o cuando lo ha hecho, podía pedir un reconocimiento al depositario; si por su culpa, pues, ha dejado de hacerlo, ha de correr los riesgos de la buena fe del depositario; y debe imputarse a sí mismo el haber tenido demasiada confianza en él, si le ha sido infiel.

788. Se ha formulado también la cuestión de si los tratos hechos en las ferias y mercados deben estar comprendidos en las disposiciones de la ordenanza. La razón de la duda está en que esos tratos se hacen, por lo común, verbalmente; que no hay un notario presente cuando se hacen, para redactarlos por escrito. Sin embargo, se ha decidido que esos contratos deben estar comprendidos en los mismos, por cuanto habiéndose hoy establecido notarios hasta en los más pequeños locales, y por consiguiente, en todos los lugares en que se celebran ferias, no es muy difícil a las partes, cuando hacen un negocio a crédito, llamar a un notario para redac-

tarlo, caso de que no sepan escribir. Esta es la opinión de Boiceau (1, 9).

Observad, empero, que por lo que hace a los contratos que se hacen entre mercaderes, ya sea en las ferias, ya en otra parte, los jueces-cónsules que de ellos conozcan no están constreñidos a las disposiciones de la ordenanza, y que por lo tanto pueden, según las circunstancias, admitir la prueba por testigos, aunque el objeto exceda de la suma de 100 libras.

789. Cuando una persona pide daños y perjuicios que pretende le son debidos por la inejecución de un contrato verbal de hacer o de no hacer alguna cosa, y que es incierto si el valor de esos daños y perjuicios debe montar o no a una suma de 100 libras; el demandante, para ser admitido a la prueba testimonial del contrato cuya inejecución da lugar a los daños y perjuicios pretendidos, debe ceñir su demanda por los dichos daños y perjuicios, a una suma cierta que no exceda de 100 libras.

790. Yo os pido 60 libras, resto del precio de una cosa que yo pretendo haberos vendido por el precio de 200 libras. Vos negáis haberme comprado cosa alguna; ¿debo ser admitido a la prueba por testimonios de dicha venta? Boiceau (1, 8) decide por la afirmativa, y cita leyes que no me parecen aplicables.

791. Mas si en el uno y otro caso el demandante ofreciera la prueba testimonial, no de la venta hecha por el precio de 200 libras, ni del préstamo de 200 libras hecho por el difunto, sino de la promesa que le hubiese hecho el demandado de pagarle las 60 libras que quedaban del precio de la venta, o las 50 libras que se le debían por su cuarto, yo pienso que se le debería recibir a prueba; pues esta promesa es una nueva convención confirmativa de la primera; y el objeto de este nuevo contrato no excediendo de 100 libras, nada impide que la prueba testimonial pueda admitirse.

792. Cuando varios créditos no exceden cada uno de la suma de 100 libras, pero todos juntos sí, la prueba por testigos de todos esos créditos, ¿es recibibile? Parecerá que deba serlo; pues no habiendo ordenado la ordenanza formular actos más que para las cosas que excedan de 100 libras, parece que no puede imputarse al demandante el no haberse procurado una prueba por escrito, y que la prueba testimonial no se le puede rehusar. Sin embargo, la *Ordenanza de 1667* (tít. 20, art. 5º) decide que debe rehusarse; pues el espíritu de la ordenanza, al prohibir esta prueba, no habiendo sido otro más que el de no exponer a los particulares a

los riesgos del soborno de los testigos por sumas considerables mayores de 100 libras, que podrían serles reclamadas por estafadores, niega la prueba, ya sea que esta suma se pretenda por una o por varias causas, pues tan fácil es sobornar a los testigos para que declaren sobre un falso crédito, como sobre varios. Por lo que hace a la objeción, la respuesta está en que el acreedor no está obligado a procurarse una prueba literal en tanto que sus créditos no excedieran de 100 libras; mas en cuanto a aquellos que no exceden de esta suma si añade él una nueva que hace montar el total de todos sus créditos a más de 100 libras, debe en este caso reclamar un acta de todas.

ARTÍCULO III

PRINCIPIO SEGUNDO

**QUE LA PRUEBA TESTIMONIAL NO ES ADMITIDA CONTRA UN ESCRITO,
NI CONTRA LO QUE EN ELLA CONTIENE**

793. La prueba literal se prefiere en nuestro Derecho a la testimonial. Es por esto que no puede admitirse contra lo que está contenido en aquella.

Por ejemplo, si yo he hecho un vale, en el que reconozco deber a alguien 66 libras que me ha prestado, y que yo prometo devolverle dentro de dos años, yo no seré recibido a probar por testigos que no he recibido más que 60, y que el resto era por intereses que él me ha hecho comprender en mi documento; pues esta prueba sería contraria a lo que está contenido en un escrito; yo debo reprenderme el haber hecho o escrito dicho documento.

794. Y no sólo no puede probarse por testigos una cosa directamente contraria a una escritura, sino que ni aun podría probarse por semejante medio, alguna cosa a más de su contenido, ni lo que se pretendiese dicho al tiempo, antes *o después* de firmarse la escritura. Ejemplo: así es que si en una escritura no se hubiese hablado de plazo ni de lugar para el pago, no podría probarse después por medio de testigos que se había convenido en un plazo o en un lugar.

795. Sería querer probar alguna cosa contra el contenido de la acta, el pedir que se prometiera la prueba de lo que está contenido en un apostillado o referencia sin firmar, ni a la más pequeña rúbrica de las partes, aunque estuviera escrito por la mano de un notario; pues esas apostillas o referencias no firmadas, ni las pequeñas rúbricas, no puede reputarse como habiendo formado

parte de la acta. *Putá*, si en margen de un contrato de arriendo por el cual el tomador se obliga a pagar 600 libras de arriendo anuales, se hubiese escrito, y a *más seis capones*, el arrendatario no sería recibido si quisiera probar por testigos que el tomador se ha convenido en pagarle además los dichos seis capones (Danty, II, 4, *in fin.*).

Quid, ¿si la referencia fuera escrita por la mano del tomador? Véase *supra*, nº 739.

796. Cuando hay un acto por escrito de un contrato, y que no se ha expresado el tiempo y el lugar donde se ha hecho, ¿se puede admitir la prueba testimonial del tiempo y del lugar? Por ejemplo, cuando un deudor pide ser admitido al beneficio de la cesión, el acreedor, para hacerle rechazar en su demanda, puede-se admitir a probar por testigos que el contrato que constituye la causa de su crédito, y del que hay un acto escrito, ha sido hecho en una feria, aunque eso no conste en el acta. Danty (I, 9, *in fin.*) decide que puede ser admitido a esta prueba, y que esta prueba de lugar donde el mercado se ha hecho, no es una prueba contra el contenido del acta; el lugar y el tiempo en que aquel negocio se hizo, no siendo más que las circunstancias exteriores del contrato, no forman parte del contrato contenido en el acta. Esta decisión ofrece sus dificultades.

797. Estando prohibida toda prueba testimonial contra el contenido de una escritura, una parte no sería recibida si pretendiera que se oyese los testigos que han asistido al acto, ni aun los notarios que lo han recibido para explicar lo que está contenido en el mismo, y declarar sobre lo que se convino cuando su confección (Domat, parte I, l. 3, t. VI, sec. II, nº 7).

798. Esta prohibición de la prueba testimonial contra la escritura y su contenido, tiene lugar indistintamente, aun cuando la cosa estuviera por bajo del valor de las 100 libras. La *Ordenanza de 1667* (t. 20, art. 2º) lo expone de un modo terminante y formal.

799. Aquel que, por escritura, es deudor por una cantidad menor de 100 libras, ¿puede ser recibido a probar por testigos el pago en todo o en parte de esta deuda? Parece que debe admitirse, y que la disposición de la ordenanza que prohíbe la prueba por testigos contra escrituras y su contenido, no recibiría aquí aplicación ninguna; pues el deudor, al pedir la prueba de ese pago no puede probar una cosa contraria al acta que encierra su obligación; y no ataca en modo alguno esa acta, pues conviene con todo lo que en ella está contenido. No es pues una prueba *contra* la acta

lo que pide hacer, y de la que se puede decir que la ordenanza lo ha excluido. Sin embargo, yo veo que por el uso, sea por una mala interpretación dada a la ordenanza, sea por cualquiera otra razón, se rechaza la prueba testimonial de los pagos de una deuda de la que hay un acta por escrito.

800. Observad que la ordenanza no excluye la prueba por testigos contra el contenido de las actas, que por cuanto ha estado en poder de las partes el procurarse por otros documentos contrarios una prueba escrita. Mas si una parte alegara contra un acto, hechos de violencia ejercidos contra la misma, para constreñirle a firmar el acta; de los hechos del dolo por las cuales se pretendiera que se había sorprendido su consentimiento, su firma, u otras cosas semejantes; como no ha estado en su poder tener una prueba por escrito de esos hechos, no hay duda en que ha de ser admitida, a probar el lucro por testigos, aunque sea por la vía civil como se haya provisto contra dicho acto.

Con mayor razón, cuando debe procederse por la vía criminal, como cuando se alega que una escritura encierra alguna de esas enormes usuras que merecen ser perseguidas.

801. Falta observar que la prohibición de la prueba testimonial contra las escrituras y su contenido, nada tiene que ver con las personas que en ellos son parte, quienes deben imputarse el haber dejado comprender lo que en ella hay comprendido, y de no haberse hecho dar un contrarrecibo, o de haber omitido alguna cosa de la que debía haberse comprendido; mas esta prohibición no puede concernir a un tercero, en fraude de quienes se podía enunciar en esos actos cosas contrarias a la verdad de lo que ha pasado; pues no pudiendo imputarse nada a esos terceros, no se les puede rehusar la prueba testimonial del fraude que se les ha hecho, puesto que no ha estado en su poder reunir otra.

Es por esto que un señor puede ser recibido a probar por testigos contra un contrato de venta, que la heredad ha sido vendida por un precio más considerable de la que no ha sido expresado, en vista de disminuir los provechos que le son debidos. *Viceversa*, se admitirá probar por testigos que la heredad ha sido vendida por un precio mucho menor de aquel que se ha expresado, y que el precio se ha aumentado en fraude del derecho de recobro. Se podrían añadir muchos otros ejemplos de esta clase de fraudes.

ARTÍCULO IV

DEL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

802. Un primer género de principio de prueba por escrito se da cuando se tiene en contra de alguien por una escritura solemne

del que era parte, o por un escritura privada, o firmada por su mano, la prueba, no a la verdad del hecho total que se ha avanzado, sino de alguna cosa que al mismo conduce, o del que hace parte.

Se deja a la decisión del juez juzgar del grado de principio de prueba por escrito, para, sobre de ese grado de prueba, permitir o no la prueba testimonial.

Boiceau cita varios ejemplos de ese principio de prueba por escrito. Primer ejemplo: vos me emplazáis para que abandone una propiedad de la que estoy en posesión; yo digo que me la habéis vendido, y que os he pagado el precio; yo no tengo otra prueba que un escrito firmado por vos, por el cual vos me habéis prometido vendérmela por un determinado precio. Este acto no prueba la venta, ni aun menos el pago del precio; mas este acto, junto con la posesión en que me encuentro de la heredad, forma, según este autor, un principio de prueba suficiente para admitirme a la prueba testimonial de la venta (Boiceau, *ibid.*, 12, 10).

Danty (*ibid.*) observa que esta decisión debe sufrir excepción en el caso en que la promesa de vender dijera que se extendería por notario, pues las partes habiendo declarado que su voluntad era que de ellos se hiciera escritura por delante notario no se debía creer que la venta se hubiese seguido, si no existía dicha escritura.

Yo pienso que aun en el caso en que la promesa de venta no llevase la indicación de que se haría por notario, el juez debería andarse muy cauto en considerarla como un principio de prueba testimonial de la venta, y que no la debería admitir, si la heredad fuese un poco considerable; no siendo de presumir que se venda una heredad un poco considerable verbalmente, y sin levantar de ella escritura.

Segundo ejemplo: yo os pido cincuenta escudos por el precio de ciertas mercancías que os he vendido y entregado; yo no tengo otra prueba que vuestro recibo que dice: *Prometo pagar a un tal la suma de 150 libras, por el precio de las mercancías que me entregara*. Esto no constituye sino una prueba incompleta de mi crédito; puesto que ese documento no prueba que yo haya entregado las mercancías; pero en un principio de prueba, que debe hacer admitir la prueba testimonial de la entrega (Boiceau, *ibid.*, Danty, *ibid.*).

803. Tercer ejemplo: vos me habéis escrito una carta por la cual me rogabais que entregara a vuestro hijo, portador de la carta, una suma de 150 libras de la cual él tenía necesidad para sus estudios; y yo os cito para que me la devolváis. Yo he omitido sacar un recibo de vuestro hijo; mas tengo vuestra carta que él me ha entregado. Esta carta, de la que soy portador, no hace prueba plena respecto a que yo haya entregado dicha suma, como siguiendo una orden vuestra, pero es un principio de prueba por

escrito, que me debe hacer admitir a la prueba de haber entregado una suma mediante testigos.

Si aquel a quien se hubiese escrito la carta no fuese vuestro hijo, sino otro, contra el cual había de tener después la repetición; entonces si yo no le hubiese exigido recibo, no tendría lugar la prueba testimonial, pues aun dando que hubiese entregado la cantidad pedida, yo tendría derecho a reclamarla sin presentarle el recibo que le era necesario para hacerse reembolsar aquella cantidad.

804. Si yo he prestado a un menor una suma de dinero del que yo le pido el pago, pretendiendo que ha redundado en provecho suyo; si en el documento que yo tenga de él, constase el préstamo, no debe ser mirado como un principio de prueba suficiente para hacerme admitir a la prueba por testigos de que el menor ha empleado útilmente la suma; pues sería dar facilidad a los usureros de prestar dinero a los menores, y repetirla presentando falsos testigos que declararan sobre su empleo (Danty, *ibid.*, 11, 4, 3).

805. Un segundo género de principio de prueba por escrito, se da cuando yo tengo en contra de alguien, una escritura pública o privada en que se confiesa deudor, pero sin decir la cantidad; este es un principio de prueba por escrito, que me debe hacer admitir a presentar la prueba por testigos.

Primer ejemplo: yo os pido el pago de una suma de cien escudos; yo tengo sólo un vale que dice: *Yo prometo pagar a un tal la cantidad de cien... que me ha prestado*, la palabra escudos ha sido olvidada en el recibo. Vos pretendéis no haberme tomado a préstamo más que cien sueldos que me ofrecéis. Vuestro recibo es un principio de prueba por escrito que debe hacerme admitir a la prueba testimonial del préstamo de cien escudos.

NOTA: Si dejara de hacerla, yo no podría pedir más que cien sueldos, según la regla: *Semper in obscuris quod minimum est sequimur*. Observad también que para que yo sea admitido a la prueba testimonial es necesario que haya verosimilitud en la suma que yo pretendo haberos prestado; es por esto que en el caso propuesto, yo no seré admitido a probar por testigos que yo os he prestado una suma de cien mil libras.

Otro ejemplo del principio de prueba por escrito: yo os pido cien pistolas que pretendo haberos dado en depósito; yo no tengo escritura de depósito; mas tengo vuestro recibo por el que vos os reconocéis mi deudor, sin expresar por cual cantidad, por esos términos: *Yo os pagaré lo que vos sabéis*. Este recibo no contiene la prueba del depósito de las cien pistolas, mas prueba que vos erais mi deudor; lo que es un principio de prueba por escrito, que debe

hacerme admitir a la prueba testimonial (*Sentencia* citada por Chassané, y por Danty, 11, 1, 14).

806. Las escrituras privadas que no son firmadas forman, contra aquel que las ha escrito, un tercer género de principio de prueba por escrito de lo que las mismas contienen. Por ejemplo, yo pido a un tal treinta pistolas que pretendo haberle prestado, y al efecto presento un recibo por el cual él reconoce el préstamo, y el que está escrito y fechado por su mano, pero sin firma. Ese vale no basta para justificar el préstamo; mas puede según las circunstancias, constituir un principio de prueba por escrito, que debe hacerme admitir a la prueba por testigos.

Con mayor razón el recibo escrito por la mano del acreedor, aunque no firmado, y del que el deudor no está en posesión, es un principio hacer admitir el deudor a la prueba testimonial, por cuanto la prueba de la liberación es mucho más favorable (Danty, *ibid.*, 11, 1, 7).

Observad, sin embargo, que, para que un recibo no firmado haga un principio de prueba por escrito del pago de una deuda, es necesario que la deuda para cuyo saldo se ha hecho el pago sea expresada; un recibo vago no firmado no constituye principio de prueba alguna por escrito (Danty, *ibid.*).

Aun en cierto caso, el recibo no firmado puede hacer prueba entera, como cuando se encuentra escrito en el libro diario del acreedor, o al dorso de la promesa.

807. Según los principios que acabamos de exponer, el principio de prueba por escrito debe resultar, o de una escritura pública en la cual aquel contra quien se quiere hacer la prueba ha sido parte, o de una escritura privada firmada por él, o por lo menos escrita por su mano.

El acta escrita por aquel que pide hacer prueba no puede servirle de principio de prueba, por cuanto uno no puede darse títulos a sí mismo.

Es necesario, sin embargo, exceptuar de esta decisión los libros de los mercaderes, los que, cuando están en regla, constituyen un principio de prueba en favor de aquellos que los han escrito, como lo hemos hecho notar más arriba (cap. 1, art. 2º, § 4).

808. El escrito de un tercero no puede constituir el principio de prueba por escrito que establece la ordenanza; pues ese tercero no es más que como un testigo y lo que él ha declarado por escrito no puede equivaler más que a una prueba testimonial. De aquí nace la decisión de la siguiente cuestión: ¿el reconocimiento que una viuda ha hecho por un inventario de una deuda de la comunidad,

debe considerarse como un principio de prueba contra los heredados de su marido? Yo creo que no; pues, la viuda no puede ser considerada más que como un testigo frente de los herederos del marido, por la parte que se le reclama; y por consiguiente, el reconocimiento que ella hace por el inventario, no equivale, frente de los herederos, más que a una declaración de testigos; y no parece, por tanto, deber formar contra ellos un principio de prueba por escrito.

Lo mismo debemos decir para el caso del reconocimiento hecho por uno de los herederos del difunto, el cual no sirve de prueba contra sus coherederos.

809. De donde nace todavía la decisión de esa cuestión: ¿una escritura autorizada por un notario incompetente constituye un principio de prueba por escrito de lo que en el mismo se contiene, contra las partes que se dice por dicho acto que han contratado, cuando ese acto no está firmado por las partes, que no saben firmar? Yo no lo creo; pues ese notario incompetente, siendo persona privada en el lugar en que actúa, su acto no puede valer más que por una declaración de un testigo, cuando las partes no la han firmado. Si las partes la hubiesen suscrito, valdría tanto como una escritura privada, según lo hemos dicho más arriba.

Yo pienso que es necesario decir la misma cosa cuando el acto pasa por su firma, por defecto de alguna formalidad; como si el notario lo hubiese recibido sin procurarse la asistencia de testigos; pues no habiéndose prestado el notario como persona pública, su acta no puede pasar por una certificación hecha por una persona pública, y por lo tanto no equivale más que a una simple declaración de un testigo (*supra*, nº 775, *in fin.*).

ARTÍCULO V

PRINCIPIO TERCERO

AQUEL QUE NO HA PODIDO PROCURARSE UNA PRUEBA INSTRUMENTAL, DEBE ADMITIRSELE LA PRUEBA POR TESTIGOS

810. Cuando la *Ordenanza de Moulins* exige escrituras en todos los negocios, no exige cosas imposibles, ni cosas que dificultasen el comercio. Así es que no prohíbe la prueba testimonial sino a los que pudieron procurarse los documentos; y por lo mismo siempre y cuando alguno no ha podido formar idea, debe tenersele en consideración, y admitírsele la prueba por testigos, sea cual fuere la cantidad de que se trata.

811. Según ese principio, la prueba testimonial de los delitos y cuasi delitos no puede rehusarse jamás a aquel para con quien se han cometido, cualquiera que sea la suma a que ascienda o pueda ascender la reparación reclamada por él, pues es evidente que no ha podido estar en su poder procurarse otra prueba.

812. Por lo mismo se admite la prueba testimonial por todos los fraudes que a uno le hacen. Por ejemplo, se debe permitir la prueba por testigos de los pactos secretos para hacer pasar los bienes de un difunto a una persona inhabilitada, en fraude de sus herederos; pues es evidente que no está en poder de los herederos tener la prueba escrita de tal fraude.

813. Lo mismo decimos de la obligación que nace de un cuasi contrato; como esta obligación se contrata sin el hecho de aquel para con quien se contrata, y que no ha estado en su poder procurarse una prueba literal, no se le puede rehusar la prueba testimonial del hecho que la ha producido.

Por ejemplo, si alguien, durante mi ausencia, ha hecho arar mis tierras, ha segado o vendimiado, vendiendo los trigos o los vinos, me debe cuenta de tal administración. Si no estamos conformes en la misma, no se me puede rehusar la prueba testimonial; pues yo no me he podido procurar otra.

814. Hay también algunos contratos que se hacen en circunstancias tales que no permiten en poco ni en mucho el que se pueda levantar de ellos actas de ninguna clase, y que en consecuencia, la *Ordenanza de 1667* ha permitido la prueba testimonial cualquiera que sea la cantidad a que suba el litigio.

Tales son los depósitos necesarios en caso de incendio, ruina, tumulto, naufragio. La *Ordenanza de 1667* (tit. 20, art. 3º) los exceptúa expresamente de la disposición que excluye la prueba por testigos más allá de 100 libras.

Por ejemplo, si en el accidente de un incendio o de la ruina de una casa que se viene abajo, aquel que la habita deposita con precipitación en casa de sus vecinos los muebles que ha salvado de las llamas o de la ruina, y que sus vecinos no están conformes en el depósito, será admitida la prueba por testigos de las cosas que él les ha confiado, cualquiera que sea la suma a que puedan ascender, pues la precipitación con que se ha visto obligado a hacer el depósito, no le ha permitido procurarse una prueba por escrito.

Lo mismo decimos para cuando, en tiempo de revolución o de invasión de enemigos, salvo por una puerta trasera mis muebles, que confío al primer vecino, para librarlos de los enemigos o sediciosos que se disponen a entrar en mi casa; o cuando habiendo

naufragado un buque en la costa, confío mis mercancías apresuradamente a los que primero se me presenten; en todos esos casos es evidente que uno no se ha podido procurar una prueba por escrito de esos depósitos; es por eso que la *Ordenanza de 1667* permite la prueba por testigos.

815. Por una análoga razón, la misma *Ordenanza* (tit. 20, art. 4º) permite la prueba por testigos de los depósitos hechos por los viajeros a los dueños de las pasadas en que moren; pues no se levantan actas de tales depósitos; el posadero no tendría tiempo para hacer inventariar todas las cosas que le confían los viajeros que llegan a su casa todos los días, y a todos los momentos.

ARTÍCULO VI

PRINCIPIO CUARTO

AQUEL QUE HA PERDIDO POR UN CASO FORTUITO LA PRUEBA LITERAL, DEBE SER ADMITIDO A LA PRUEBA TESTIMONIAL

816. La misma razón que obliga a admitir la prueba testimonial de aquel que no ha podido procurarse una escrita, obliga también a admitir la de aquel que, por un caso fortuito e imprevisto, ha perdido el título que le servía de prueba literal.

Por ejemplo, si, en el caso de incendio o de saqueo de mi casa, he perdido mis papeles, entre los que estaban los recibos de mis deudores a quienes he prestado dinero, o los recibos de sumas que yo había pagado a mis acreedor; cualquiera que sea la suma a que puedan subir esos recibos, yo debo ser admitido a la prueba por testigos de las sumas que he prestado, o que he pagado, por cuanto es por un caso fortuito e imprevisto, y sin culpa mía, que ha venido a perder los resguardos y recibos que formaban la prueba literal.

Puedo hacer esta prueba por testigos, que declaran haber tenido entre mis manos, antes del incendio, los resguardos de mis deudores, o los recibos de mis acreedor, de quienes conocen la letra, y cuyo tenor recuerdan, o bien que declararan tener algún conocimiento o de la deuda o del pago.

Mas, para que el juez pueda ordenar que se admita tal prueba, es necesario que el caso fortuito que ha dado lugar a la pérdida de los títulos que formaban la prueba literal, sea un hecho reconocido. Por ejemplo, en el caso antes dicho, es necesario que las partes hayan convenido, que mi casa ha sido incendiada o saqueada, o que yo esté en caso de poder probarlo, para que pueda ser admitido a la prueba testimonial de los préstamos de dinero o de

los pagos de los que yo pretenda haber perdido los resguardos o recibos en el incendio o saqueo de mi casa.

Si aquel que pide ser recibido a la prueba testimonial alega solamente que ha perdido sus títulos, sin que haya caso alguno de fuerza mayor que pruebe que efectivamente los ha perdido, no puede ser recibido a la prueba testimonial para probar que dichos títulos han existido; de otra manera, la ordenanza que prohíbe la prueba por testigos, resultaría ilusoria; pues no sería muy difícil a uno que quisiera hacer la prueba por testigos de cualquier préstamo o de cualquier pago que hubiese hecho, sobornar los testigos, que declararían que efectivamente han visto entre sus manos tales obligaciones, o tales recibos, o bien sobornar a los que dirían que le han visto hacer los pagos.

ARTÍCULO VII

CÓMO SE HACE LA PRUEBA TESTIMONIAL

817. Cuando un acreedor pide hacer la prueba de la obligación que pretende que la otra parte ha contratado para con él, e igualmente cuando un deudor ofrece la prueba del pago que pretende haber hecho de la cantidad que se le pide, si, según los principios establecidos en los artículos precedentes, la prueba es admisible, el juez da una sentencia interlocutoria, por la que permite a la parte hacer la prueba testimonial que ha ofrecido, salvo a la otra parte hacer la prueba de lo contrario.

Esta sentencia se llama información.

818. Para que la información contenga una prueba testimonial del hecho de que la parte se ha encargado de probar, es necesario que ese hecho se haya probado por las declaraciones de dos o más testigos, cuyas declaraciones se consideren válidas.

El testimonio de un solo testigo no puede hacer prueba plena, por muy digno de fe que sea, y cualquiera que sea la dignidad de su cargo: *Etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat* (L. 9, *Cod. de Test.*). Mas un solo testigo hace una semiprueba, y si se fortifica con el juramento, puede algunas veces, en puntos muy ligeros, completar la prueba.

Cuando una persona pretende tener dos diferentes créditos, a cuya prueba se les admite, es necesario que pruebe cada crédito por la declaración de dos testigos. Si él hubiese hecho recibir dos testigos, quienes uno justificase uno, y otro el otro, no siendo cada uno de ellos justificado más que por un solo testigo, no se haría prueba plena.

Lo mismo se daría del caso de que un deudor debiera ser ad-

mítido a la prueba de diferentes pagos; para ello sería necesario que cada pago fuese probado por dos testigos.

Quid, si yo he sido admitido a la prueba de un solo crédito, y que para probarlo haya hecho recibir varios testigos que depongan cada uno de hechos diferentes justificativos de este crédito, y que cada uno de los dichos hechos no sea probado más que por un testigo único, ¿la reunión de todos esos testimonios singulares de cada hecho formarían reunidos una prueba completa del hecho? Por ejemplo: si yo he sido admitido a probar que os he prestado diez pistolas; que un testigo declara haber estado presente en el préstamo, y haber visto contar el dinero; que un segundo declara haberme oído hacer la confesión de la deuda, ¿esos dos testigos singulares de cada hecho forman una prueba plena? Cravett (*Antiq. temporum*, t. XVII, de *Tract.*, pág. 175, nº 15 y sigtes.) decide por la afirmativa. La razón está, en que la confesión que vos me habéis hecho del préstamo, supone el préstamo, la declaración del segundo testigo conjura con el primero para justificar el préstamo; el préstamo, que es el único hecho a cuya prueba ha sido admitida, se encuentra, pues, probado por dos testigos, y, por consiguiente, plenamente probado.

Lo mismo sería si ninguno de los testigos hubiese estado presente cuando el préstamo, y que el primer testigo declarara respecto de una confesión vuestra hecha en presencia suya de haberme hecho tal préstamo en tal tiempo, y que el segundo, que lo supiera también por confesión vuestra hecha igualmente en su presencia en otro tiempo; el préstamo quedaría plenamente probado por las declaraciones de los dos testigos; pues se reúnen uno y otro para declarar que han tenido conocimiento de ese préstamo; siendo indiferente el tiempo dentro del cual vos habéis hecho la confesión de la deuda para la fe del hecho, pues debe ser indiferente la declaración hecha en un mismo día, que en épocas y puntos diferentes; basta que los que declaran tengan uno y otro conocimiento del préstamo. Es indiferente la manera de cómo han tenido de ello conocimiento; es indiferente que sea una misma confesión hecha a entre ambos en un mismo instante, o dos diferentes confesiones hechas a cada uno de ellos, lo que los haya proporcionado dicho conocimiento.

819. Aunque dos testigos bastan para probar un hecho, sin embargo, como la parte que ha sido admitida a la prueba no está asegurada de lo que los testigos declaran, puede hacer que se le reciban hasta el número de diez.

820. Para que una declaración sea válida, es necesario: 1º, que no tenga defecto en la forma; de otra manera sería de-

clarada nula, y el juez no haría de ella caso alguno. Véase sobre esas formas las *Ordenanzas de 1667* (tít. 22).

Observad que cuando la declaración del testigo ha sido declarada nula por haber faltado el juez a alguna de las formalidades prescritas por la ley, la parte que ha producido ese testigo puede pedir que se le reciba una nueva declaración (*ibid.*, tít. 22, art. 36); mas cuando la nulidad procede de la parte que ha faltado a alguno de los procedimientos en las informaciones, no puede hacer ya que se le reciba.

Para que una declaración sea válida, es necesario, 2º, que me haya sido rechazada por causa de reproche contra la persona del testigo. Nosotros veremos en el siguiente artículo cuáles son las causas de ese reproche.

821. Para que una declaración sea válida, es necesario, 3º, que no contenga nada en sí misma que haga sospechar de su sinceridad. Es por esto que una declaración debe rechazarse cuando contiene contradicciones o cosas inverosímiles.

Es necesario, sobre todo, para que una declaración sea válida, que el testigo que debe tener conocimiento del hecho explique de qué manera y cómo ha tenido conocimiento del hecho (L. D., *Cod. de Ters. Bacht.*, ad. d. l.). Por ejemplo, si yo quiero probar que vos me habéis vendido una tal cosa, no basta que el testigo diga en términos vagos, que él tiene conocimiento de que vos me habéis vendido esta cosa; es necesario que explique cómo ha tenido conocimiento de ello, diciendo, por ejemplo, que estuvo presente cuando se cerró el negocio, o bien diciendo que os ha oído decir que vos me habéis hecho dicha venta; si dijera que lo sabe por haberlo oído a un tercero, su declaración no haría prueba alguna.

822. La prueba que una parte ha hecho mediante la declaración de dos o más testigos que han acordado el hecho por ella adelantado, no es válido en tanto que no resulte contradecido por la información que hace la otra parte, que por su lado presenta también testigos para probar lo contrario.

Por ejemplo, si sobre una demanda de reparación de injurias, yo he hecho recibir testigos que han declarado que estaban presentes cuando la querrela, y que vos me habéis dicho tales o cuales injurias que yo no he rechazado, y que de vuestro lado, vos habéis presentado tales testigos que digan que soy yo quien os he injuriado que vos me habéis rechazado, la información en ese caso se destruye mutuamente, pues no resulta de una ni de otra parte prueba alguna.

Mas si mis testigos fueran mucho mayores en número que los vuestros; o bien si los mismos fueran buenos ciudadanos, gen-

te de reconocida probidad, y que los vuestros fueran gente de la parte más soez del pueblo, la prueba que resultaría de mi información prevalecería, y no sería destruída por la vuestra (*Arg.*, L. 3, § 2, d. *de tert.*): *Numeros testium, dignitas et auctoritas confirmat rei de que quæsitur fidem.*

ARTÍCULO VIII

DE LA CALIDAD DE LOS TESTIGOS Y DE LAS TACHAS

823. No se exige de los testigos que se presenten delante del tribunal para hacer la prueba de un hecho, todas las cualidades que se requieren para aquellos que se llaman para estar presentes á recibirse las escrituras; las mujeres, los extranjeros no naturalizados, los religiosos profesos, no son admitidos a declarar ante el tribunal. La razón de esta diferencia está en que uno tiene a su elección la lista de testigos para la solemnidad de las escrituras mientras que no se pueden producir, para declarar de un hecho, más que aquellos que del mismo han tenido conocimiento.

Las tachas se pueden oponer contra un testigo para hacer rechazar su declaración. Pueden referirse a cuatro extremos: falta de razón, mala fama, sospecha de parcialidad y sospecha de soborno.

De la falta de razón

824. No es dudoso que la declaración de un niño o la de un insano deben rechazarse.

En relación a los impúberes que están próximos a la pubertad, y por consiguiente, principian a tener algún uso de razón, sus declaraciones deben ser rechazadas indistintamente; mas eso debe dejarse a la prudencia del juez, que puede admitir la declaración de esas personas, cuando está bien circunstanciada, y que el hecho sobre del que han dado testimonio no esté por encima del alcance de su entendimiento.

Aquellos que pretenden rechazar indistintamente la declaración de los impúberes, se fundan en la ley 3 (§ 5, d. *de testibus*) que prohíbe admitir la declaración de impúberes en la acusación capital de violencia pública; mas yo no pienso que se deba hacer de ello una decisión general y extenderla a las materias civiles.

De la mala fama

825. Las declaraciones de aquellos que han incurrido en infamia por alguna condena, deben ser rechazadas. No solamente la pérdida de la citada buena fama, sino la simple suposición de esta pérdida, que resulte de un auto de prisión contra una persona, debe

hacer que se rechace su declaración; por cuanto, para que un testigo sea digno de fe, no basta que esté exento de todo crimen, es necesario todavía que esté exento de toda legítima sospecha.

Lo mismo decimos respecto de un auto de emplazamiento personal, cuando el título de acusación sobre que se ha dado puede ser receptible de una pena infamante.

De la sospecha de parcialidad

826. La sospecha de parcialidad es una justa causa para rechazar los testigos que se presenten; los testigos para ser dignos de fe, deben ser completamente desinteresados.

Es sobre este fundamento que se rechazan las declaraciones: 1º, de aquellos que tienen algún interés personal en la decisión de la causa, aunque no sean parte en el proceso.

Por ejemplo, si, a consecuencia de principio de prueba por escrito, yo he sido admitido a hacer la prueba testimonial de que vos me habéis vendido una cierta heredad, la declaración de los señores de quienes depende la heredad debe rechazarse, por cuanto tiene interés en la decisión de la causa, por motivo de los provechos que les reportaría si se sentenciara que ha habido venta.

827. 2º Sobre el mismo fundamento, se rechaza la declaración de testigos que son parientes o amigos de una u otra de las partes, o de las dos, hasta al cuarto grado de las líneas colaterales inclusive (*Ordenanza de 1667*, tít. 22, art. 11).

Observad que los parientes y amigos de una persona no pueden declarar ni en su favor ni en contra; los parientes y amigos hacen suponer o una amistad o un odio contrario a la imparcialidad: *Sunt apud concordés excitamento charitatis, inter iratos vero incitamento adiorum*. Esta es la razón que se alega en la parte justificativa de la ordenanza.

Parece por esto, que esta disposición de la ordenanza sufrió muchas contradicciones, y pasó contra la opinión del señor primer presidente y de los otros magistrados del Parlamento. Por el Derecho romano sólo los padres, madres e hijos no eran admitidos a testimoniar los unos contra los otros (L. 6, *Cod. de test.*, L. 9, D. d. tít.). Todos los parientes de la línea colateral eran admitidos; sólo que en las acusaciones criminales no se forzaba a los parientes, hasta el grado de hijos de primos hermanos, a dar testimonio contra sus parientes (L. 4, D. *dicto titulo*).

628. 3º Sobre el mismo fundamento, se rechazan por lo general las declaraciones de los servidores y criados de una y otra parte. He dicho, por lo general; pero no habiendo prohibido la

ordenanza de un modo absoluto el que reciban sus declaraciones, como lo ha hecho respecto de las familias y de sus aliados, sino que habiéndose contentado con ordenar que se haría mención en la presunción de cada declaración de si era o no servidor o criado de una de las partes, da a entender con ello que deja a la prudencia del juez este punto por si juzga a propósito admitirlos o rechazarlos, según las diferentes circunstancias.

Se llama *servidores* a la gente que nosotros tenemos a sueldo para que nos presten todos servicios que de ellos pedimos, aun estén sujetos principalmente a una cierta especie de servicio.

Se puede ser también servidor sin ser criado o doméstico; tales son el jardinero o el guardabosque, que un hombre domiciliado en una ciudad, tiene en su casa de campo o en contornos. Estos en verdad no son domésticos suyos, puesto que no viven con él y no se sientan a su mesa; pero son servidores, puesto que los tiene a sueldo, y que puede mandarles cuando esté en sus tierras que le hagan todos aquellos servicios que resultan de sus cargos.

En eso difieren esas personas de aquellas con quienes nosotros hemos hecho un contrato para que nos hicieran determinada obra por una cierta cantidad; tales son nuestros viñadores: estos no son en verdad servidores nuestros, y nosotros no tenemos derecho a mandarles, ni a exigir de ellos otra cosa que el trabajo que se han obligado a hacer. Es por esto que en la práctica se recibe el testimonio del viñador que presenten las partes.

Se llaman *domésticos* o *criados* las personas que viven en nuestra casa y comen de nuestro pan, ya sea que estas personas sean al mismo tiempo nuestros servidores, como lacayos, cocheros, cocineros, ayudas de cámara, mayordomos, etcétera; ya sea que esas personas no sean propiamente servidores, con tal que sobre de ellos tengamos alguna autoridad: como los aprendices, los pasantes de procurador, etcétera.

Las declaraciones de los servidores o de los criados se rechazan sobre todo cuando se presentan por mandato de sus amos. A este fin se cita la ley 6 (D. de test.) que dice: *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant*. Esta ley no recibe por esta sentencia más que una perfecta aplicación. Eso se dice de los esclavos y de los hijos de familia que están sometidos a una autoridad, de la que no esté en su mano el sustraerse, mientras que nuestros servidores son personas libres.

Es por causa de esta misma sospecha de parcialidad, por lo que no se debe recibir en una causa el testimonio del abogado ni el del procurador de una u otra de las partes (L. 25, D. de test.).

Su testimonio sería sospechoso de parcialidad si fueran testimonios en favor de sus partes; y fuera cosa indecorosa admitirlos a ser testigos contra sus partes.

Por la misma razón, un tutor o un acreedor que es parte en esta cualidad por su menor o su incapacitado, no puede ser testigo ni en pro ni en contra; lo mismo decimos de los obreros de las parroquias, de los administradores de los hospitales, y otras semejantes personas, las cuales no pueden ser testigos ni en pro ni en contra de las obras o de los hospitales.

Mas los parientes, y aun los hijos de éstos, que no son partes más que en el nombre, calificados de tutores, o curadores, o administradores, e igualmente sus individuos y criados, pueden ser testigos; pues esas personas no son propiamente partes; es el menor, el inhabilitado, la obra, el hospital, quien es parte por su ministerio.

Por la misma razón, cuando un cuerpo es parte, los miembros de ese cuerpo no pueden ser recibidos como testigos: ese testimonio sería sospechoso de parcialidad si fueran testimonios en pro de su corporación, y sería indecente que se les obligara a ser testigos contra su cuerpo.

Mas como cada miembro de un cuerpo, siendo una persona distinta del cuerpo, según la regla: *Universitas distat a singulis* (A. 7, § 1, D. *quod. cuj. unio*), no puede ser reputado como parte, nada impide que los parientes, aliados, servidores y domésticos de cada uno de los miembros del cuerpo puedan ser admitidos a dar testimonio en las causas de que los cuerpos son parte.

829. 4º La sospecha de parcialidad hace también por lo común rechazar las declaraciones de los testigos que tuvieran causas pendientes con la parte contra quien se producen. La razón está en que raramente se pleitea con sangre fría, y que los procesos causan por lo general enemistades entre las partes que pleitean.

Como son sobre todo los procesos criminales los que causan grandes enemistades, no es dudoso que se debe rechazar la declaración de un testigo que tiene un proceso criminal pendiente, ya sea como acusado, ya sea como acusador, contra la parte contra el que él es presentado.

Eso está conforme con la Novela 90 (cap. VII). Respecto a los procesos civiles yo pienso que no se les debe mirar indistintamente como una causa suficiente de reproche. Si el legislador lo hubiese querido, se hubiese explicado, como lo ha hecho respecto de los parientes y amigos; no habiéndolo hecho es de presumir que ha querido dejar al arbitrio del juez el admitirlos o no, según las circunstancias.

Por ejemplo, admitirá la tacha si el proceso es un proceso en que se trate de toda una fortuna: *lis de omnibus bonis*; pues el rencor que resulta de los procesos es tanto más grande cuanto mayor es el interés puesto en juego.

La tacha debe admitirse todavía, aun cuando el objeto del proceso no sea considerable, si es un proceso en el cual se ataque la buena fe y la probidad de una parte; mas cuando un proceso es de pocas consecuencias, que la probidad de las partes no ha sido atacada, y que no medie más que sobre simples cuestiones de derecho, yo no pienso que debe ser una causa suficiente de reproche contra el testigo que tiene ese proceso con la parte en contra de la cual ha sido presentado. Tales procesos no son de tal naturaleza que puedan producir grandes enemistades; y aun cuando causen algunas asperezas, no podrán ser más que ligeros disentimientos, y sería juzgar mal de los hombres presumir, que por una ligera incomodidad que tuviera un testigo contra una parte, se pudiera alterar la sinceridad del juramento.

El juez debe sobre todo prestar una gran atención si el proceso que una parte dirige contra el testigo que la otra ha producido en su contra, y del que quiere deducir un vicio de nulidad, no es proceso que parezca haberse inventado contra ese testigo previendo que se le podría llamar a prestar declaración en contra de ella. Cuando eso aparezca, el juez no debe tener cuenta alguna del reproche que de dicho testigo se haga.

Si el proceso que el testigo tiene contra la parte contra la que se ha producido, es a menudo una causa de reproche, por la misma razón lo es, si ese testigo está embargado y ejecutado en sus bienes por la dicha parte; pues un tal embargo es todavía más factible de crear enemistades.

De la sospecha de soborno

830. La sospecha fundada de soborno es también una justa causa para tachar a un testigo. Es fundada la sospecha cuando está probado y confesado que la parte que lo presente le ha hecho, desde el día de haberlo indicado, algún regalo, o le ha dado a comer y a beber en su casa o en otra parte, a sus expensas; mas si el testigo hubiese comido con la parte sin que ésta abonara el gasto, no habría lugar para el reproche.

Hay también una fuerte presunción para la subordinación, cuando se ha probado que la parte que ha producido el testigo le ha dado por escrito su declaración.