

## VARIA

*La teoría de la prueba y especialmente la testimonial como básica en el Derecho musulmán.* Conferencia del Ilmo. señor don Juan Francisco Marina Encabo, Registrador de la Propiedad, pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de marzo de 1950.

Vamos a empezar de una manera algo rara. Por el final de la conferencia. Así hablaremos de mujeres y será más amena la exposición para el lector, que se sorprenderá del mecanismo jurídico aplicable a la retractación del testimonio, cuando éste se presta por hombres y mujeres.

Yo me lavo las manos y copio: «Si ha sido prestado (el testimonio) por un hombre y dos mujeres y el hombre se retracta, deberá ser condenado a la mitad de los daños causados; si las dos mujeres se retractan, deberán la otra mitad entre ellas; y si una mujer es la que se retracta, deberá un cuarto de los daños. Si un hombre y ocho mujeres habían depuesto, y seis mujeres se retractan, no pagarán nada, porque la prueba queda establecida por las declaraciones de un hombre y dos mujeres. Si siete mujeres se retractan, son las siete responsables de un cuarto de los daños. Por último, si las ocho mujeres y el hombre se retractan, el jurista musulmán Hanifa de acuerdo con Abu Yusuf, sostiene que el hombre es responsable por un quinto y las mujeres por cuatro quintos.»

Mucho me temo que no estén agotados los supuestos, pues las combinaciones a que puede dar lugar el número ocho, sustituyendo los hombres por mujeres y viceversa, hacen vacilar a la cabeza más firme. La consecuencia, a primera vista, es que un hombre vale por dos mujeres en algún caso; y por una mujer y un sesenta por ciento de otra, en la hipótesis más desfavorable. Como se trata de declaraciones orales, opino que la proporción no es muy exacta, al

menos para nuestros tiempos, pues si a una mujer medianamente charlatana se la da un poco de cuerda, ocho hombres juntos son incapaces de igualarla, y si a ocho se las deja en libertad para retratarse a su gusto, la solución debe encomendarse al cerebro electrónico, único medio capaz de resolver matemáticamente el problema.

La moraleja, sin embargo, no es esta. La veracidad masculina tiene mayor aceptación que la veracidad femenina. Cualquiera se mete en este avispero para obtener deducciones, así que prudentemente retrocederemos para empezar por el principio.

La prueba tiene por fin universal el asegurar el descubrimiento de la verdad, pero los medios empleados por los diversos países no son uniformes. En el Derecho coránico existen como aforismos del Profeta: «Al demandante, la prueba y al demandado, el juramento» y «Al demandante, los testigos y al demandado, el juramento». La prueba escrita no tiene la importancia de la testimonial, porque el Corán parece presentar esta última como la mejor y porque en algunos lugares se falsifican primorosamente las actas y los documentos, incluso con el sello de la antigüedad, lo que desacredita un tanto su autenticidad. Además, la escritura es desconocida por gran número de individuos y difícilmente se podría exigir justificación por escrito.

Tampoco debe omitirse que cuando las creencias religiosas están muy arraigadas y apenas se distinguen la ley civil de la ley religiosa, la prueba del juramento es concluyente, no solamente por las penas temporales con que se castiga el juramento falso, sino por el temor a la venganza divina, más terrible aún.

La prueba en general se denomina «bayyinah», y los medios de prueba se reducen a tres: la confesión (iqrâr), el testimonio (chahada) y el juramento (half o yamin). Modernamente, escritores de la escuela hanefita otorgan fuerza probatoria a los libros de los comerciantes, previamente reconocidos. Averroës, nieto, añadía la negativa a jurar.

La confesión o declaración hecha ante el Cadí de que una persona tiene contra el confesante un derecho (haqq), nacido de simple pretensión de Derecho civil o de una acción u omisión susceptible de sanción penal, para ser válida requiere que el confesante sea mayor de edad, sano de espíritu y que obre libremente. El ilustre arabista don Carlos Quiros dice que la confesión es una capitulación

ante el enemigo, concluyente y definitiva. Fundamentalmente es la renuncia a un derecho propio y por eso es nula la renuncia a un derecho ajeno.

El juramento consiste en afirmar algo invocando el nombre de Allah y no puede utilizarse sino en defecto de otro medio de prueba y para corroborar una presunción que exista en provecho de la parte. Los judíos han de jurar por el Dios que le reveló a Moisés el Taurad (el Pentateuco) y los cristianos por el Dios que ha revelado a Isa, l'Inchil (el Evangelio).

Los más interesantes son el juramento del que niega (yamin almunkir) y el juramento complementario del testigo (yamin ma kaid). Su fuerza probatoria es decisiva.

La prueba testimonial o testifical, la más débil en nuestro derecho y la más fuerte en el xeránico, ha de considerarse en nada menos que once particulares:

I. *El testimonio y sus caracteres*.—Según el jurisconsulto musulmán Sidi Jalil, la declaración oída por el Juez le obliga a juzgar conforme a ella, si la persona que depone es de rectitud y probidad. El testimonio es lo contrario de la confesión, porque ésta es en provecho propio y aquél envuelve utilidad para otra persona. Es un deber social. El indigno en el día de la declaración, debe abstenerse. El enfermo puede ser dispensado. «No hagais violencia al testigo, porque si lo hacéis cometéis un crimen» (Alcoran, sura II, versículo 282).

II. *Honorabilidad del testigo*.—El testigo debe ser honorable, por la confianza que inspira su moralidad, y musulmán. El herético es incapaz de ser testigo. Ha de practicar la religión, ser justo y abstenerse en lo posible de cometer faltas ligeras.

En materia de testamentos, parece se admite el testimonio del no musulmán (versículo V, sura 105). Los Chiitas lo aceptan. En el caso de matrimonio de un musulmán con una judía o una cristiana, los testigos cristianos o judíos no prueban el matrimonio, pues si la mujer lo niega, basta la afirmación del hombre para probarlo (1). Los esclavos no pueden ser testigos.

III. *Recusación por causa de parentesco, alianza, interés o ene-*

(1) No sé por qué, esto me recuerda el fundamento del principio del consentimiento en el Derecho hipotecario. Si el perjudicado consiente, no es de interés examinar más causas, allá él.

*mistad*.—Obedece a que el interés común hace sospechoso el testimonio, como en los casos de ascendientes y descendientes, así como respecto los esposos. Pero el testimonio de los hermanos es válido según los Hanefitas, los Chafeitas y los Hambalitas, aunque los Malekitas lo rechazan. Igual sucede con la amistad.

Sin embargo, la enemistad es causa de nulidad en el testimonio de un enemigo en contra de su enemigo, pero no cuando es en favor. El no musulmán, no puede testimoniar contra un musulmán, así como el beduino contra el árabe sedentario.

IV. *Edad y sexo*.—El sobrecogido de ánimo, el irreflexivo, el distraído, no pueden ser testigos, ya que no se puede dar a sus palabras un valor indiscutible.

El menor de edad, generalmente es incapaz, pero el rito malekita le admite cuando esté en edad de discernir y sea del sexo masculino, haya dos o más con declaraciones acordes y no hayan podido ser influenciados por personas mayores.

El testimonio de la mujer se acepta en casos muy limitados. Es considerada como un testigo de inferior calidad, incapaz de depone en ciertos negocios, y si se admite en otros con un hombre, su testimonio vale la mitad que el del sexo masculino. Antes nos hemos referido a algún supuesto y huelgan comentarios.

V. *Testigo ciego, sordo o mudo*.—Los ciegos sólo pueden depone cuando los hechos ocurrieron antes de su ceguera o cuando pudieron ser percibidos por la audición. Las distintas escuelas se muestran vacilantes, pero siguen en general un criterio restrictivo. Los sordos pueden testimoniar en hechos percibidos por la vista y los mudos cuando los signos por medio de los cuales se exprese no den lugar a dudas respecto de su significación, según los Malekitas y Chafeitas. Los Hanefitas y Hambalitas no admiten el testimonio del mudo.

VI. *Momento en que ha de apreciarse la capacidad del testigo*.—En el momento de prestarse la declaración. Para el infiel recién convertido, Malek rechaza el testimonio de hechos ocurridos anteriormente a su conversión; otros exigen que pase cierto tiempo para asegurarse de la realidad de ella.

VII. *Información sobre la honorabilidad del testigo*.—La probidad se estima como algo indispensable, porque el Corán ha ri-

cho: «Tomad el testimonio de dos hombres justos». Para informarse de la moralidad de los testigos, el Cadí tiene a varias personas, denominadas «mozakkis», inteligentes, quienes informan, unas veces privadamente y otras públicamente. Las mujeres no pueden ser «mozakkis» más que de otra mujer, pues no pueden conocer íntimamente a un hombre si no es su pariente o si sus costumbres no son fáciles.

VIII. *Número de testigos*.—Generalmente son dos hombres o un hombre y dos mujeres. En Fez se utilizan ocho o diez testigos. También se requiere este número si son gentes vulgares que no tienen gran crédito, según recomendó Taude ben Sauda, Caid de Fez.

Cuando las mujeres deponen solas, el rito Malekita exige sean dos; cuatro el Chafeita; dos o una, según los casos, el Hanefita, y ninguna es admisible para los Hambalitas.

IX. *Obligación de conocer a la parte*.—Nadie puede testificar un hecho respecto de persona desconocida, o que no puede designar por su nombre, o señalarla con el dedo. Si se trata de una mujer que lleva el rostro cubierto, deberá descubrirse, salvo cuando los testigos estén convencidos de su identidad.

X. *Formas del testimonio*.—La declaración debe comenzar con la fórmula «Yo atestigo» (chahadat), para que sea válida o al menos debe subsanarse posteriormente esta omisión. Si el Cadí dudara de la sinceridad del testigo, puede exigirle el juramento, según manda el Cheik Omar ben Abdeliziz, el Amani.

El testimonio puede ser directo o indirecto, el que se divide en testimonio de referencia y testimonio por fama o renombre. Es preferible el directo. Por ello, cuando José escondió un objeto en el saco de Benjamín y pidió a sus hermanos que tornaran donde su padre y le dijeran que su hijo había cometido un robo, aquellos se negaron porque no podían testificar lo que no habían visto, no había llegado a su conocimiento y no podían tener en cuenta las cosas que no vieron. Así lo narra el Corán.

XI. *Modificación y retractación del testimonio*.—Por regla general, no es susceptible de ser modificado o retractado. Pero a veces se permite, cuando se trata de persona justa o de una honorabilidad superior a la normal; cuando haya existido error, coacción por

miedo o emoción. En estos casos, la rectificación ha de tener lugar antes de que el testigo salga de la Audiencia.

La retractación debe ser ante el Cadí, si ante éste fué el testimonio, y si se verifica antes del fallo, no ha lugar a sanción pecuniaria, ya que no se ha causado daño. En otro caso, procede una sanción de esta clase, sin perjuicio del castigo del falso testimonio, bien como quieren Malek, Chafei y Ahmed Ind Hambal, con pena afflictiva y denuncia pública en las Mezquitas o en los mercados, o bien, como propuso Hanifa, colocando al perjuro en la picota. Sus discípulos Abu Yusuf y Mohammed ordenan sea apaleado y maltratado, e Ibrahim sugiere se le apliquen ochenta golpes de látigo.

Todos los juristas coinciden en que el falso testimonio es un gran crimen y que cuando no esté fijada una pena determinada, se castigue con una discrecional.

\* \* \*

Si mucho de lo expuesto parece extraño, infantil y candoroso a veces o fuera de oportunidad en estos tiempos, en cuanto se medita un poco aparecen un gran fondo moral digno de atención, una gran confianza en el hombre como persona y una gran preocupación por el esclarecimiento de la verdad a través del testimonio personal. Yo me quedo perplejo y ensimismado. Veo una gran lección de humanidad, lejos de una prueba tasada, mecánica o de una prueba discrecional, y admiro el influjo religioso imperecedero, de valor inapreciable. Es curioso, sí, y al mismo tiempo encierra una joya extraviada en otros climas acaso más civilizados, pero menos veraces.

P. C.

*Teoría General del negocio jurídico*, por Emilio Betti.—Editorial «Revista de Derecho Privado». Un volumen de 465 páginas.

La Editorial «Revista de Derecho Privado» ha prestado excelente servicio a la cultura jurídica española con la traducción y publicación de esta importante obra del Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma, EMILIO BETTI, a quien correspondió desarrollar la doctrina general del negocio jurídico en el monumental «Tratado de Derecho civil italiano», dirigido por Felipe Vassalli.

La obra de BETTI se nos ofrece en una excelente traducción, con

cordada con el Derecho español, del doctor Martín Pérez, quien ha escrito también una enjundiosa nota a manera de prólogo, en la que expone con claridad la discusión y crítica sobre la teoría del negocio jurídico y sobre la utilidad de una «Parte general» en los textos civiles positivos.

Las escuelas metodológicas contrarias a la jurisprudencia constructiva o conceptual, singularmente las escuelas sociológicas, han atacado a la «Parte general», considerándola como una creación de abstracciones, elaborada de espaldas a la vida, que opone conceptos frente a realidades, lógica frente a hechos. Mas sin entrar en la controversia, fuerza es reconocer que la Ciencia jurídica no puede renunciar a obtener y conducir sus síntesis mediante la generalización, por abstracción de los rasgos más esenciales del fenómeno singular; y que en la técnica legislativa son convenientes normas generales que faciliten la aplicación e interpretación de otras más concretas. Siempre existirán normas jurídicas coincidentes, referibles a un concepto general.

Para llegar a la noción del negocio jurídico, BETTI arranca de las vicisitudes de las relaciones jurídicas en general, empezando su análisis por el de los hechos jurídicos. Son tales, para el ilustre Profesor, «los hechos a los que el Derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas». Como se ve, para BETTI no son situaciones puramente fácticas, que produzcan consecuencias jurídicas, sino hechos a los que el Derecho previamente atribuye trascendencia. El hecho jurídico no se diferencia del acto jurídico, por la intervención en éste de la voluntad, como cree la doctrina corriente. Si al atribuir efectos jurídicos a un hecho del hombre, se valora la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina, el hecho se deberá calificar de acto jurídico; y, en cambio, deberá ser calificado de hecho cuando el Derecho tenga en cuenta el hecho natural como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente concurrente, o cuando no valora tanto el acto humano en sí mismo como el resultado de hecho que acarrea.

Al tratar de los diferentes actos jurídicos, en una sugestiva clasificación y aludir a las situaciones jurídicas adquisitivas, originarias o derivativas, alude a los casos en que el principio civil *«nemo*

plus juris, etc.», queda derogado por las adquisiciones «a non domino» sobre la base de la buena fe del adquirente y cita reciente jurisprudencia de casación italiana, según la cual la teoría de la apariencia del Derecho requiere una situación por la cual, quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha conducido conforme a ella, tiene derecho a contar con tal manifestación, aunque no corresponda a la realidad.

La concepción de BETTI descansa sobre la autonomía privada y su reconocimiento jurídico. Los negocios suelen brotar en la vida social fuera de toda tutela por parte del Derecho. Nacen de la iniciativa privada y son en su esencia actos con los que los particulares atienden a regular por sí mismos intereses recíprocos. ¿Deben ser regulados «desde arriba» por ministerio de una autoridad superior o debe dejarse su regulación directa a los mismos interesados, según su libre juicio?

En esta interrogante se condensa el dramático tema de la vida jurídica y económica contemporánea, que vacila entre los principios de la libertad y autonomía contractuales y las teorías institucionales e intervencionistas. La práctica, a mi juicio, enseña que, tanto en lo económico como en lo jurídico, cuando hay equilibrio entre las partes interesadas, cuando actúan en un plano de igualdad es conveniente el principio de libertad representado en lo mercantil por la inderogable ley de la «oferta y la demanda»; y en el orden civil por la autonomía contractual, pero que cuando se produce un desequilibrio de intereses o de posiciones, se hace inexcusable por muchos que sean sus males, la intervención estatal que restringe la autonomía de los contratantes.

El Derecho, en la concepción de BETTI, no se limita a cumplir la tarea meramente estática de conservar inmutable la distribución presente —la actual de cada momento— de los valores económicos existentes. Además de tal función, de suyo estática, de proteger la actual distribución mediante la concesión de derechos subjetivos a los presentes poseedores, se le asigna también el cometido esencialmente dinámico de hacer posible la constante renovación, conforme a las necesidades que vayan surgiendo. Tal renovación es obra de la autonomía privada, en todos los ordenamientos jurídicos, cimentados sobre la propiedad individual. Por ello, debe reconocerse esta autonomía, elevando algunas de sus manifestaciones a negocios jurídicos, a ins-



trumentos que den vida y desarrollo eficiente a las relaciones jurídicas entre particulares. Si el derecho subjetivo cumple una función estática, el negocio jurídico realiza una función dinámica.

La autonomía privada puede ser reconocida por el orden jurídico de dos modos diferentes: a), como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce; y b), como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto, y, en general, por las normas del orden jurídico. BETTI se inclina hacia esta segunda modalidad, y admite que el ordenamiento legal fije condiciones y límites al reconocimiento de la autonomía.

Define el negocio jurídico como un «acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo». No es, pues, para el civilista italiano, el negocio jurídico una «manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos», según proclaman el dogma y las teorías voluntaristas, porque esta definición no recoge la esencia del negocio: la autorregulación de intereses en las relaciones jurídicas. La voluntad como hecho psíquico interno, se agota con la declaración o con el compartimiento y en ellos queda absorbida. En cambio, el precepto de la autonomía privada surge por vez primera en la declaración o en el comportamiento, y desde entonces alcanza existencia como entidad duradera, exterior y desprendida de la persona del autor.

Mas resultaría imposible seguir paso a paso la ideología del jurista italiano en el delineamiento del negocio jurídico. Baste añadir, para dar a conocer su metodología expositiva, que después del análisis de la autonomía privada, estudia con claridad y precisión la *estructura*, la *función* y los *presupuestos* y *efectos* del negocio jurídico; la *clasificación* de éstos, según los diversos criterios clasificadores: a), la forma; b), el contenido; c), la causa; y su *interpretación*, con las directrices generales interpretativas y los criterios positivos de interpretación de los contratos y de los actos *mortis causa*.

En los últimos capítulos dedica BETTI un análisis sugestivo a las *anormalidades* del negocio jurídico, por defecto de presupuestos de la autonomía privada, por deficiencia del elemento objetivo del negocio (objeto y causa) y por vicios del elemento subjetivo (error, dolo y violencia); y a su *invalidéz e ineficacia* (nulidad, inexistencia, anula-

bilidad, revocación, rescisión, resolución). Y concluye estudiando las *limitaciones al vigor* del negocio jurídico, o sea, el negocio condicional, a término y *sub modo*; y la *representación e interposición* en dicho negocio, es decir, el espinoso problema de la representación o realización del negocio en interés ajeno.

La obra del ilustre jurista italiano nos ofrece lo más nuevo y más científico de cuanto se ha escrito sobre temas tan interesantes y está valorada con profusión de citas de selecta bibliografía y un índice alfabético analítico que facilita la consulta del libro.

En suma: un acierto más de la Editorial «Revista de Derecho Privado», que va poniendo al alcance del público español lo mejor de la producción jurídica extranjera.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL  
Registrador de la Propiedad.

## ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE ALBACETE

### «PREMIO JERONIMO GONZALEZ»

Propósito inspirador de su institución en 1948 —aparte su designio reverencial—, fué: estimular y premiar relevantes estudios jurídicos.

Ser «Premio Jerónimo González», añade a los calificadísimos méritos de la Obra un rango de excepción.

Hasta hoy sólo se ha discernido al propio Maestro, el correspondiente al año 1948.

Se declaró desierto —con tres obras presentadas— el del año 1949.

Durante el próximo enero los investigadores y autores españoles pueden optar a tal galardón para el año 1950.

Para ellos será un honor obtenerlo, y para el Colegio otorgarlo. A ellos va dirigida la publicidad de la siguiente decisión:

Las Bases que lo norman han sido interpretadas —Base 9.ª— en el siguiente sentido: Que no puede concederse el Premio a una obra en curso de publicación. Y que será el momento de optar cuando la publicación de su *último* tomo coincida con el año anterior a su presentación al Premio.—LA REDACCIÓN