

una distincion que resulta de la combinacion de los textos, para permitir la confiscacion de los objetos embargados que seria sobrado peligroso volver á los acusados, á falta de un proceso verbal en forma (1). En cuanto á la multa y á la prision se reconoce generalmente la necesidad absoluta de un proceso verbal para justificar la condena. Es verdad que se ha querido asimilar esta obligacion legal (Bourquignon sobre el art. 16 del Cód. de inst. crim.) á la que se establece por el artículo 1141 del Código Napoleon en el caso en que hubiere principio de prueba por escrito contra el acusado. Pero siempre que se trata de delitos especiales, es preciso atenerse estrictamente á la regla adoptada por el legislador para dar una base fija á persecuciones cuyo ejercicio, con frecuencia vejatorio, suscita vivas reclamaciones en la práctica.

237. La admision de la prueba testimonial cuando no se aplica el principio sentado por la ordenanza de Moulins, padece aun una notable escepcion, tanto en lo criminal como en lo civil, cuando se trata de acreditar la verdad de las imputaciones dirigidas contra los funcionarios públicos. El art. 28 del decreto de 17 de Febrero de 1852, al reproducir el sistema de la ley de 25 de Marzo de 1822, prohíbe probar por medio de testigos la verdad de estos hechos. Mas para no dividir lo que es relativo á la difamacion, hemos tratado de este punto (núm. 76) al sentar los principios que rigen la prueba en esta materia.

238. Para terminar lo concerniente á la admision de la prueba testimonial señalaremos el sistema enteramente particular que rige las materias disciplinales. Si se aplicase á estas materias las reglas ordinarias del derecho civil ó las del derecho criminal, que son idénticas sobre este punto, seria preciso decidir, como lo ha hecho el

1. Sabido es que la confiscacion se autoriza algunas veces, aun cuando sea desconocido el delincuente, como sucede respecto de la confiscacion de escopetas, lazos, redes y otros instrumentos de caza [ley de 3 de Mayo de 1844, art. 16]; y mucho mas en los casos de absolucion, si se trata de objetos falsificados, cuya fabricacion ataca los derechos del portador de un privilegio de invencion [ley de 5 de Julio de 1844, art. 49].

tribunal de Reims el 29 de Julio de 1857. Un notario contra el cual no se admitió la persecucion correccional por violacion de depósito, por falta de principio de prueba por escrito de los hechos alegados, fué perseguido disciplinariamente por los mismos hechos. El tribunal de Reims habia declarado no deber intervenir en este asunto el ministerio público, "por no poder prevalecer, decia la sentencia, ningun poder discrecional contra una de las reglas mas absolutas que la ley haya consagrado en materia de prueba." Pero esta sentencia fué anulada el 5 de Julio de 1858, por fundarse la accion disciplinal en un poder enteramente moral, que no podria quedar sujeta por las prescripciones del derecho común. "La cuestion, ha dicho en sus conclusiones el fiscal M. Dupin, no es saber si se hizo culpable el oficial ministerial de un hecho criminal ó de un delito cuya prueba pueda producirse contra él, siq, si ha hecho, en circunstancias dadas, todo lo que correspondia al decoro de sus funciones. En una apreciacion de esta clase, hay necesariamente algo discrecional é ilimitado, así como en la apreciacion del punto de honor militar, por ejemplo, ó de lo que se llama en el mundo pudor. La accion por esto mismo no es civil ni criminal, sino *sui generis*. Por otra parte, no existen en materia disciplinal los motivos que han hecho establecer reglas idénticas para la prueba en lo civil y en lo criminal." No hay que temer, dice el tribunal de casacion que no "pueda la accion civil, bien al abrigo de la accion pública, bien con el auxilio de la cosa juzgada en beneficio de ésta, eludir las garantías que ha entendido crear el legislador en materia civil contra los privilegios de la prueba testimonial; la accion civil no puede, en efecto, prevalecer, ni de las inmunidades de la accion disciplinal, ni de las decisiones ó medidas adoptadas por el juez de la disciplina."

No prescribiéndose por el derecho español que rige en la actualidad, la mayor parte de las reglas y prohibiciones que es-

pone M. Bonnier en los números precedentes y que contiene la legislacion francesa respecto de la admision de la prueba de testigos en ciertos casos y materias, dando lugar en su consecuencia á dudas sobre si deberán conocer en aquellos casos los tribunales civiles ó los criminales, ó segun las reglas establecidas para los procedimientos en lo civil ó en lo criminal, y no teniendo por lo tanto aplicacion á nuestros tribunales aquellas reglas y prohibiciones, segun hemos indicado en las adiciones anteriores, no tienen lugar entre nosotros gran parte de aquellas dudas y dificultades. En nuestro derecho, no afecta en nada á las diversas jurisdicciones, ni la competencia judicial, la circunstancia de que sea admisible ó no en un asunto la prueba de testigos; la regla general que nuestras leyes establecen para determinar sobre cuando debe entenderse en juicio civil y cuando en juicio criminal, es atender á la naturaleza del negocio objeto del juicio, correspondiendo conocer en juicio criminal cuando se trate de la averiguacion y castigo de un delito ó falta, y en juicio civil cuando se trata de reclamar una cosa ó derecho perteneciente al patrimonio de cada uno, del cumplimiento de obligaciones ó de indemnizacion de perjuicios, en cuyos derechos se comprende naturalmente el estado civil como uno de los mas importantes del hombre, puesto que constituye su personalidad, y que es la fuente y origen de todos sus demás derechos. No obstante esta regla general, nuestro derecho admite naturalmente el fuero de atraccion en ciertos casos, el principio de que el juez de la accion lo es de la escepcion, la facultad respecto de un mismo juez para conocer de la accion pública y de la privada, de la accion penal y de la civil que proviene de los delitos, las cuales pueden tambien proponerse juntamente. Además, no habiéndose admitido en España el jurado para conocer de las causas criminales, entienden de éstas siempre jueces letrados, hallándose asimismo facultados para conocer unos mismos jueces, tanto de lo civil como de lo penal; lo cual facilita en extremo la aplicacion de las reglas del fuero de atraccion. Así, pues, cuando con ocasion de un delito se presentan cuestiones incidentales de naturaleza civil, podrá en general conocer el mismo juez que entendia de lo penal de estas cuestiones civiles; si bien deberá atenerse para ellas á las reglas del procedimiento civil, y aun deberá cuando la cuestion incidental de naturaleza civil pueda influir notoriamente en la decision del juicio criminal, de modo que no pueda determinarse ésta con

arreglo á justicia; hasta resolver aquella cuestion, suspender el procedimiento criminal hasta la resolucion de la cuestion civil, á la manera que para el caso inverso lo establece la nueva ley de enjuiciamiento civil, en cuyo art. 291 se previene, que "en el caso de que sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que puede ser de influencia notoria en el pleito, entablase la accion criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal."

Mas en el proyecto de Código civil español de 1851, se admiten las reglas y prohibiciones enunciadas por M. Bonnier en los números anteriores, y asimismo se determinan por disposicion expresa algunos de los casos de naturaleza civil en que debe conocerse ó no por el procedimiento civil ó por el criminal. Así, en el art. 116, concordante con el 326 del Código Napoleon, que espone M. Bonnier en el núm. 229 y siguientes, se declara que á los tribunales civiles compete exclusivamente el conocimiento de las contestaciones sobre el estado de los hijos legítimos. Asimismo en el art. 361, se contiene una disposicion análoga á la del 198 del Código Napoleon, que espone M. Bonnier en el núm. 235, puesto que se previene en aquel, que cuando en un juicio civil ó criminal resulte la celebracion legal de un matrimonio, que no se hallase registrado ó lo hubiese sido con inexactitud en el libro parroquial, se pondrá en él copia de la ejecutoria que servirá de prueba del casamiento, disposición por la cual, se reconoce la competencia del juez que entiende de lo criminal para conocer sobre cuestiones de estado respecto del matrimonio, si bien esto debe entenderse cuando son incidentales de una causa criminal. — (N. de C.)

APENDICE

DE LA PRIMERA SECCION.

Prueba testimonial en segundo grado.—Prueba de pública voz y fama.

SUMARIO.

239. Prueba testimonial en segundo grado.
240. Peligro de esta prueba.
241. Restricciones á que está sometida.
242. Prueba por fama pública.
243. Casos en que no es admisible esta prueba.
244. Forma en que se debe suministrar.

245. Con qué condiciones puede someterse la prueba de la posesion inmemorial.

246. La prueba de pública voz y fama, es de derecho comun en materia de posesion de estado.

247. ¿Es admisible contra terceros?

239. Réstanos que tratar de la prueba testimonial en segundo grado, es decir, de la que se dirige á acreditar, no ya el hecho alegado, sino solamente un primer testimonio, en una palabra, á probar la prueba misma; porque ocurre con sobrada frecuencia que no se perciban las declaraciones directamente, sino que solo nos lleguen por el intermedio de otro testimonio.

240. Es evidente, que la prueba se debilita á medida que se aleja de su origen. Quintiliano (*Inst. orat.*, lib. 5, cap. 7.) rehusaba el nombre de testigos á los que declaraban solamente *de auditionibus; non enim ipsos esse testis sed injuratorum adferre voces*. Montaigne hace sobre este punto una observacion que ha popularizado la fábula bien conocida de La Fontaine: "Los primeros, dice (lib. III, cap. 2), como que vienen á referir su historia, conocen, por las oposiciones que se les hacen, donde está la dificultad de la persuacion, y van cerrando este hueco con alguna pieza falsa. El error particular constituye primeramente el error público, y á su vez, el error público forma el error particular. Así todo este edificio vá vistiéndose y fortificándose de mano en mano, de suerte que el testigo mas remoto está mejor informado que el mas próximo, y el último informado se halla mas persuadido que el primero." Tal es el origen de estos adagios de Loysel, que no son mas que la expresion de la razon y del buen sentido (*Inst. consuet.*, lib. V, tit. V, número 2): "Mas crédito debe darse á un solo ojo que á dos oídos, *de audivi*." Así, jamás se deberá recurrir á las pruebas de segundo grado, cuando pueden emplearse las de primero (1). Por eso el juez, cuando duda

1. Esto es una de las aplicaciones del principio general sentado con razon por la jurisprudencia inglesa [Phillips, *on the Law of evidence*; part. 1, lib. I, cap. VII, sec. 6]; siempre debe producirse la prueba mejor que permita la causa [The best evidence of which the nature of the thing is capable.]

de la exactitud de los relatos que se han hecho sobre los indicios que puede presentar el estado de los parajes donde ha ocurrido el hecho, debe trasladarse él mismo á ellos. Asimismo, la ley prescribe en general atenderse al original de una acta ó escritura, mientras exista esta original (Cód. Nap., art. 1334). Igual regla debe aplicarse á los testigos. Solamente cuando han muerto los testigos directos ó se hallan en la imposibilidad de declarar, es permitido apelar á segundos testigos para reproducir la declaracion de los primeros. Y además, esta misma circunstancia de no ser posible oír á los primeros, debe inducir al juez á examinar con cuidado si hay algún indicio de fraude; porque evidentemente, el que quiera calumniar sin exponerse á ser desenmascarado, no dejará de prestar un relato falso á una persona de quien no pueda temer que le desmienta. Será, pues, necesario, que sea doblemente digno de fé un testigo para que se pueda dar crédito á su declaracion, cuando no se refiera mas que á un oír decir; con mucha mas razon será la prueba en extremo débil, cuando sea preciso recorrer una fila mas ó menos complicada, para llegar al testimonio directo. Beccaria (*De los delitos y de las penas*, cap. XIV) hace observar con razon, que las pruebas no se fortifican mutuamente sino cuando son independientes; pero cuando se levantan unas sobre otras, su número está muy lejos de aumentar su fuerza.

241. En otro tiempo, cuando se producía la conviccion del juez por reglas formuladas *á priori*, se rechazaba pura y simplemente el testimonio *ex auditu alieno*. Segun Pothier (*Oblig.*, núm. 821), si el testigo digera "que lo sabe por haberlo oído decir á un tercero, no haría prueba su declaracion." No obstante, podían admitirse en ciertos casos las declaraciones fundadas en haber oído decir, ó de oídas, cuando iban acompañadas de las siguientes condiciones: 1.ª que el testigo supiera el hecho por las personas que estaban allí presentes; 2.ª que nombrase estas personas; 3.ª que

estas personas fueran dignas de fé, y dos por lo menos: 4.ª que hubiese imposibilidad de oirlas á ellas mismas (V. Merlin, *Reperitorio*, palabra, PRUEBA, secc. II, § III, artículo 2, núm. 8).

El derecho comun inglés (*common law*) vá mas adelante, puesto que proscribía en principio todo testimonio de oídas (*hearsay*), bien se dé este testimonio oralmente ó se consigne por escrito (1). "La debilidad intrínseca de este medio de prueba," dice M. Greenleaf (tomo I, pág. 129); su "insuficiencia para convencernos de la existencia del hecho, y los fraudes á que se presta, concurren para hacer prevalecer "el principio de que la prueba de oídas es "completamente inadmisibile." Pero hubiera sido muy embarazoso explicar este principio de un modo absoluto; así es, que la práctica inglesa y americana han restringido singularmente su influencia (Phillips, part. 1, lib. 1, cap. VII, sec. VII, M. Greenleaf (tomo I, part. II, cap. V al X). En primer lugar, estas prácticas autorizan la prueba, siempre que el objeto mismo de la controversia se dirige sobre disposiciones transitorias transmitidas por terceros, como en el caso de posesion de estado, y en general, de notoriedad pública, puesto que el objeto de la informacion, nos dice M. Greenleaf (tomo I, pág. 131), es precisamente el concurso de opiniones sobre el mismo hecho (*The subject of inquiry being the concurrence of many voices to the same fact.*). Además, constituye una escepcion á la regla, cuando se trata de la declaracion de los moribundos, de lo que es de interés público, de una antigua posesion, etc. En Escocia se admite el testimonio en segundo grado, con la condicion de no existir el testigo directo y de que hubiera sido legalmente admisible su declaracion.

Nuestra legislacion moderna no permite ninguna restriccion de esta naturaleza en cuanto á la admisibilidad de la prueba testimonial. Solamente puede admitir el juez las condiciones que imponía la antigua doc-

1. Esta prohibicion se encuentra tambien en el procedimiento austriaco [M. Gennari, *Teoria delle prove*, pág. 331].

trina, y que impone aun la práctica escocesa al testimonio de segundo grado, como datos de razon y de esperiencia. Sobre este punto, como en todo lo concerniente á la apreciacion de los testimonios, segun veremos mas adelante, es imposible trazar anticipadamente reglas fijas. ¿Cómo determinar *á priori* el punto exacto en que comienza la verdad ó en que termina el error? En los casos en que se admite la prueba testimonial, pueden evidentemente los testigos declarar *ex auditu proprio aut alieno*, quedando salvo al juez apreciar, en cuanto lo crea razonable, los testimonios de segundo y de tercer grado, etc. Pero si desde el principio no se apoyan los hechos sobre que una parte solicita hacer prueba mas que en testimonios de oídas, no deberán los jueces, en general, declarar esta no admisible. Así, una sentencia de 12 de Enero de 1856 autoriza á la jurisdiccion criminal para negarse á oír por citacion del ministerio público á un testigo que acude á declarar solamente de oídas, cuando está terminada la instruccion.

242. Solamente, en casos escepcionales, autoriza el legislador la prueba por *pública voz y fama*. Nada mas vago ni mas arbitrario que una prueba en la cual se consulta la opinion pública para preguntarle lo que piensa de tal ó tal hecho, sin haber obligacion de comprobar este peligroso testimonio por medio de una prueba directa. Así es que no se la admite sino como un recurso extremo en favor de personas cuyos intereses se hallan completamente á merced de otro. Las partes á quienes concede la ley esta importante prerogativa, son: la mujer casada ó sus herederos, siempre que por no haber hecho inventario el marido de los bienes que le han tocado puedan comprometer sus intereses (Cód. Nap. arts. 1415 y 1504); y los herederos del cónyuge premuerto cuando el sobreviviente no ha hecho inventario de los bienes de la sociedad legal (1) (*ibid.*, art. 1442). Es ver-

1. Una sentencia de la Audiencia de Lyon, anulada el 5 de Marzo de 1855, dedujo de la falta de inventario la violenta consecuencia de que el cónyuge sobreviviente debe representar todos los valores enuncados en el

dad, que si son mayores de edad los herederos, se puede decir que deben imputarse á sí mismos el no haber velado por la defensa de sus intereses, y merecerían que se les rehusase una facultad tan exorbitante, puesto que podían prevenir toda dificultad, provocando la confección del inventario. Pero limitar la aplicación del artículo 1442 del Código á los herederos menores, como lo hizo el tribunal de Caen el 4 de Enero de 1840, es separarse del texto general de la ley y de la intención del legislador, tal como resulta de los trabajos preparatorios del Código. Debe, pues, concederse, como ha hecho el mismo tribunal el 19 de Enero de 1832, la misma latitud á todos los herederos, á fin de no poner sus intereses á merced del cónyuge sobreviviente. Por otra parte, se piensa generalmente que es necesario por identidad de razón estender la disposición del art. 1442 á todos los casos en que la negligencia de un tutor ú otro administrador legal pone á los menores ó á los que sufran interdicción en la imposibilidad de procurarse una prueba en forma de sus derechos. Por todas partes concede la ley un favor, al menos igual al que concede á las mujeres casadas, y no habría exceso de severidad contra un administrador que por su dolo ó culpa lata se ha puesto fuera de estado de presentar justificación alguna en forma bastante para librarse de su responsabilidad, y en general, siempre que se trata de consignar un fraude se admite este medio de prueba (V. la sent. de 19 de Diciembre de 1842, así como el informe de M. Hardoum).

Pero entiéndase bien que el tribunal tiene siempre un poder discrecional para rechazar este medio de prueba, como la prueba por testigos en general, si no le parecen verosímiles los hechos articulados (sent. den. de 26 de Junio de 1823 y de 19 de Diciembre de 1842).

243. No debe estenderse la prueba por comun fama á los casos en que fuera permitido procurarse una prueba mas formal.

contrato de matrimonio, sin que los herederos del otro cónyuge tuvieran que hacer ninguna prueba, aun por comun fama.

Por eso el tribunal de Bourges ha juzgado con razón el 27 de Julio de 1825, que no debía admitirse justificar de esta suerte una sociedad tácita que habia existido de antiguo entre dos hermanos. De que se permitiera hacer oír á testigos para probar sociedades de esta naturaleza, que no estaba en uso probar por escrito, no se sigue en manera alguna que se deba admitir testigos que declaren por rumores vagos, sin tener conocimiento alguno personal de los hechos. Con mas razón se debe rechazar esta prueba en los casos en que exige el texto de la ley una prueba por escrito. Así, en la comunidad reducida á los gananciales, exigiendo la ley que los muebles que existían al contraer matrimonio consten por inventario ó estado formal (Cód. Nap., art. 1499), no se puede sostener en el día que se pueda admitir á los esposos á justificar lo que aportaron aun por comun fama, como estaban autorizados antiguamente. Si se autoriza á la mujer ó á sus herederos á probar de esta manera el valor que ha tocado á la mujer durante el matrimonio, y de que no hizo el marido estender inventario (*ibid.*, art. 1415), es porque entonces se encuentran precisamente en uno de esos casos excepcionales en que seria preciso proteger los intereses de la mujer; antes del matrimonio, por el contrario, se hallan igualmente defendidos los intereses de ambos esposos, y es indispensable una prueba en forma. Conviene, no obstante, distinguir la posesión de la mujer ó de sus herederos respecto de un tercero, ó bien de un otro conjunto ó de sus herederos. Con relación á los terceros, especialmente á los acreedores del marido, se aplica la ley en todo su rigor, y la mujer no puede suplir, ni aun por medio de la prueba testimonial ordinaria, la falta de inventario ó de estado formal (Poitiers, 6 de Mayo de 1836; sent. den. de 19 de Junio de 1855). En las relaciones de los esposos entre sí, por el contrario, aun cuando sea el marido quien reclama, segun la doctrina de una sentencia denegatoria de 3 de Agosto de 1841 y otra del tribunal de Orleans

de 24 de Febrero de 1860, no es absolutamente indispensable un inventario ó estado formal, pero de esto á la admisión de la prueba por comun fama, hay gran distancia. Durante el mismo matrimonio, si no se tratase de una donación ó de una sucesión en favor de la mujer, sino que ésta alegara solamente que el marido habia recibido valores muebles pertenecientes á la misma, no tendrían fundamento suficiente los tribunales para ordenar esta prueba excepcional.

244. Aun cuando se produzca la prueba testimonial por vía de comun fama, no por eso se halla menos sometida á las formalidades ordinarias de las informaciones; así el tribunal de casación anuló el 17 de Enero de 1838, una sentencia por la que se habia delegado á dos notarios la práctica de la prueba por comun fama. En el fondo, esta prueba no es mas que una variación de la prueba por testigos, y en una legislación como la nuestra que no rechaza la prueba testimonial en segundo grado, no hay mas que una diferencia entre la información ordinaria y la información que se funda en la fama comun.

245. La posesión inmemorial admitida en otro tiempo en ciertas costumbres, especialmente como medio de probar la existencia de las servidumbres, no se fundaba únicamente, como se imagina de ordinario en la fama comun. Era necesario, segun una sentencia del Parlamento de Tolosa de 3 de Julio de 1715, que resume la antigua doctrina sobre este punto, que declarasen los testigos haber tenido personalmente conocimiento de los hechos de posesión, durante cuarenta años *de visu*, y haber oído á sus antepasados que éstos habian sido igualmente testigos. Como era preciso tener catorce años para que se reputara haber tenido formalmente conocimiento de los hechos, se sigue, que en una información sobre posesión inmemorial, no es admisible un testigo sino de edad de cincuenta y cuatro años. En su consecuencia, muchos tribunales (Agen. 8 de Enero de 1833, Pau, 15 de Marzo de 1834) han decidido

que, en los casos en que el Código Napoleón permite acreditar de esta manera la existencia de antiguas servidumbres (Cód. Nap., art. 691), es preciso por lo comun que los testigos á quienes se oye, sean ya de edad de cincuenta y cuatro años cuando se promulgó este Código. La prueba de la posesión inmemorial así estendida, merece mas que nunca el nombre de *piscatio antiquillarum* que le habian dado los antiguos doctores. Sin embargo, la doctrina del Parlamento de Tolosa, reproducida por estas sentencias, nos parece un vestigio del antiguo sistema de las pruebas legales. ¿Por qué exigir que hayan tenido los testigos conocimiento personalmente de los hechos durante cuarenta años? ¿por qué tambien exigir que se hallan informado personalmente de ellos, si existe tradición constante? Labeon estaba en lo cierto, cuando decía, sobre tal materia: *Nec utique necesse esse, superesse qui meminissent, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint* (l. 2, §. 8, D. de aqu. et aqu. plu. arc. l. 28 *ibid.*, de probat.) Exigir testigos que hayan tenido conocimiento personal de los hechos de posesión cuando se promulgó el Código, seria hoy exigir un imposible, y el legislador no ha tenido intención de destruir derechos legalmente existentes, prohibiendo que se prueben. Aun bajo el régimen del mismo derecho comun inglés, que no admite en principio la prueba tradicional (*traditionar y evidences*), la necesidad ha obligado á la práctica americana á recurrir á esta vía para establecer los límites de las propiedades privadas, que era imposible justificar de otro modo (1) (Greenleaf, tomo I, pág. 192, not. I); con mas razón, bajo el régimen de una ley como la nuestra, que no pone restricción alguna, debe dejarse al juez toda latitud para la prueba de la posesión inmemorial. Así, el tribunal de casación ha decidido justamente (sent. deneg. de 9 de Nov. de 1826 y de 20 de Nov. de 1857 y 1º de Julio de 1839) que la inob-

1. El origen enteramente particular de la propiedad en los Estados Unidos, no permite, en muchas circunstancias acreditar su existencia por escrito.

servancia de las reglas del antiguo derecho no podria dar lugar á la casacion (1).

246. Una prueba por comun fama, que no es absolutamente exagerada, es la prueba de la misma opinion pública, especialmente en las cuestiones de posesion de estado, donde se investiga, por ejemplo (Cód. Nap., art. 321), si un hijo ha sido reconocido constantemente como legítimo entre las gentes. Es claro que entonces no pueden declarar los testigos sino sobre la opinion pública, puesto que la cuestion principal versa principalmente sobre este punto, siendo el objeto de la informacion, como dicen los juriconsultos ingleses (núm. 241), el concurso de las opiniones sobre el mismo derecho.

247. Finalmente, en los casos en que se admite escepcionalmente la prueba por comun fama, llega á ser, en tésis general, un medio tan legal como otro cualquiera, y cuya influencia seria arbitrario restringir. Es preciso, pues, reconocer con el tribunal de Burdeos (sent. del 20 de Junio de 1826), que la prueba por comun fama tiene efecto, no solamente con relacion al administrador que descuidó hacer inventario, ó á sus herederos, sino tambien respecto de los terceros. Sin embargo, ya hemos visto (número 254) que á veces hay mas severidad para la prueba en lo que toca á un tercero interesado en que las relaciones de los esposos, cuando se trata de acreditar la importancia de sus derechos.

Segun la ley 28, tít. 16, Part. 3^a el testimonio de oídas que se funda en el dicho de un tercero, á que se refiere M. Bonnier en el núm. 239 y siguientes, no tiene fuerza ni hace prueba en juicio, porque el testigo no sabe por sí mismo lo que dice; así es que segun la ley 29, tít. 16, Part. 3^a solo tiene fuerza sobre sucesos y otras cosas antiguas

1. Si puede consignarse la fama comun por una tradicion oral, con mas razon se puede probar por documentos judiciales. Por eso ha considerado una sentencia de 7 de Marzo de 1854, como título insuficiente, en favor del comun de Scillans, para justificar un derecho inmemorial de libre pasto las sentencias del Parlamento de Aix de 24 de Marzo de 1699 y de 7 de Julio de 1793, bien que no se hubieran dado entre las partes que litigaban á la sazón.

sobre que los testigos oyeron á sus mayores y éstos á los suyos ó en causas de difícil probanza, y cuando se trata de probar la comun fama.

La fama pública como medio de prueba, de que trata M. Bonnier en el núm. 242, se halla admitida en nuestras antiguas leyes (V. las 8 y 14, tít. 14, Part. 3). Para que sirva de prueba se requiere: 1^o que se derive de personas ciertas, graves, honestas, fidedignas y desinteresadas, no debiendo tomarse en consideracion la que nace de personas malélicas, sospechosas ó interesadas en ella; 2^o que se funde en causas probables; 3^o que se refiera á tiempo anterior al pleito, pues de lo contrario, tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de éste y que su motor la esparció; 4^o que sea uniforme, constante é inconcusa de modo que una fama no se destruya por otra fama.

Reuniendo estas circunstancias, la fama pública produce por lo regular semi-plena probanza en los negocios civiles, debiendo apreciar siempre el juez las circunstancias de éstos y demás motivos especiales que pudieron desvirtuar ó afirmar aquella.

Segun sientan los autores, en los casos en que se trate de cosas muy antiguas que exceden la memoria de los hombres, ó de cosas de poco perjuicio, ó de difícil prueba ó de evitar un escándalo, puede llegar á constituir la fama pública prueba completa en los negocios civiles, si concurre con otras circunstancias y presunciones dignas de algun crédito y atencion. Así opinan Mazcardo, Paz, Jordan, Engel y otros; pero aun en estos casos, debe darse rara vez fuerza de prueba plena, por lo fácil que es formarse sin fundamento razonable.

Para constituir prueba cuando se trate de la muerte de un ausente, cuyo paradero se ignore, se requieren las circunstancias siguientes: 1^a Corroboracion con otras presunciones y datos, como su generalidad, la larga distancia del punto donde se supone el fallecimiento, la ausencia por mas de diez años del que se supone muerto; que se pruebe que su fallecimiento era fama pública entre todos los de aquel lugar (V. la ley 14, tít. 14, Part. 3).

En las causas criminales, la fama pública no constituye ni aun semi-plena prueba para el efecto de imponer la pena que marca la ley, porque en estas causas, la prueba debe ser clara, concluyente ó indubitada, y no se debe condenar á nadie por sospechas. (V. la ley 12, tít. 14, Part. 3). (V. tambien la nota al núm. 52 de esta obra).

Respecto de la posesion inmemorial á que se refiere M. Bonnier en el núm. 245

como medio de prueba, la admite tambien nuestro derecho. Esta posesion puede alegarse para adquirir todo lo que no es imprescriptible, pues hace veces de título á falta de éste, si se perdió sin culpa del que produce esta prueba. Tambien exige nuestro derecho la posesion inmemorial para probar la constitucion de las servidumbres discontinuas. (V. la ley 15, tít. 31, Part. 3). Para probar la posesion inmemorial respecto de los mayorazgos y señoríos y jurisdicciones civiles y criminales de las ciudades, villas y lugares, se requeria por nuestras leyes la presentacion de testigos que dijieran que así lo vieron ellos por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, quienes tambien lo habian visto y oido sin cosa en contrario, siendo tal la pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. (V. las leyes 1, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Recop., y la 7, tít. 29, Part. 3^a) Mas respecto de los demás asuntos, sientan los autores, no ser necesario ni estar admitido en la práctica el que digan los testigos que así lo oyeron á sus mayores y ancianos. (V. Aeev, en la ley 1, tít. 7, lib. 5 de la Recop.). No se exigen, pues, por nuestro derecho estas circunstancias, ni las á que se refiere M. Bonnier en el núm. 245 citado, en la prueba por posesion inmemorial de las servidumbres discontinuas.—(N. de C.)

Nuestro Código de procedimientos establece para que la prueba de testigos haga fé plena que declaren de ciencia cierta; esto es, que hayan oido pronunciar las palabras, presenciado el acto ó visto el hecho material sobre que deponen [art. 788, frac. 3^a]. Los testigos de oídas solo hacen fé respecto de hechos antiguos en los términos que explicamos en seguida [art. 792].

La fama pública para que sea admitida como prueba debe tener las condiciones siguientes: 1^a Que se refiera á época anterior al principio del pleito; 2^a Que tenga origen de personas determinadas, que sean ó hayan sido conocidas, honradas, fidedignas y que no hayan tenido ni tengan interés alguno en el negocio de que se trata; 3^a Que sea uniforme, constante y aceptada por la generalidad de la poblacion donde se supone acontecido el suceso de que se trate; 4^a Que no tenga por fundamento las preocupaciones religiosas ó populares, ni las exageraciones de los partidos políticos, sino una tradicion racional ó algunos hechos que, aunque indirectamente, la comprueben [art. 754]. Debe probarse la fama pública con tres ó mas testigos que no solo sean mayores de toda escepcion, sino que por su edad, por su inteligencia y por la independencia de su posicion social merezcan verdaderamente el nombre de fidedignos. Deben declarar no solo las personas á quienes oyeron referir el suceso, sino tambien las causas probables en que descansa la creencia de la sociedad [arts. 755 y 756].—[N. de los EE.]

SECCION SEGUNDA.

MODO DE PRACTICARSE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

SUMARIO.

248. Distincion entre el procedimiento civil y el criminal.
249. ¿Es fundada esta distincion?
250. Division.

248. Despues de haber visto cuándo se admite la prueba testimonial por nuestras leyes, debemos examinar cómo se produce esta prueba en la práctica. El examen de testigos, que estaba libre de toda especie de formas en la legislacion romana, fué recargado por la antigua jurisprudencia con una multitud de trabas facticias. En esta materia, el sistema de las pruebas legales, cuya peligrosa propension hemos señalado, ha recibido aplicaciones muy singulares. Ya veremos que no subsisten en el dia mas que algunos vestigios del sistema que tasaba los testimonios en vez de someterlos á la conciencia del juez. Pero otra práctica, que se refiere hasta cierto punto á este sistema, á saber, la falta de la publicidad de las informaciones, se ha sostenido entre nosotros en las materias civiles ordinarias, mientras que en lo criminal se ha establecido la publicidad.

La produccion secreta de la prueba testimonial se introdujo en la Edad Media, tan solo lentamente y á consecuencia de circunstancias particulares. Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, lib. 28, cap. 34), piensa que la reaccion contra el combate judicial, que era esencialmente público, ocasionó el secreto de las informaciones, para proteger á los testigos contra las provocaciones de las partes. La necesidad de delegar las funciones del tribunal á un comisario, en caso de hallarse distantes los testigos (núm. 251), la institucion de la apelacion que contribuyó á fortificar el hábito de juzgar, atendiendo á los méritos del proceso, deben figurar igualmente entre las causas de este memorable cambio en las costumbres judiciales. El ejemplo de los tribunales eclesiásticos, que renunciaron de muy temprano á la

publicidad, parece haber influido también en los hábitos de nuestros jueces, especialmente durante la residencia de los Papas en Avignon (1). Como quiera que sea, solo en tiempo de Francisco I en 1539, se estableció completamente el principio del secreto de la información testifical sobre toda clase de materias. Y como se quería á toda costa en esta época apoyar en las leyes romanas las doctrinas más extrañas á las ideas de los jurisperitos romanos, se pretendió volver á encontrar el secreto de las informaciones en una constitución de Zenon (l. 14, *Cód., de testib.*) Pero las expresiones *judicantis, intrare secretum*, que emplea el emperador, se refieren solamente al local separado donde está el juez, y de ningún modo á un procedimiento oculto de que no hay rastro alguno, aun en el Bajo Imperio (V. Nov. 90, cap. IX).

Este estado de cosas fué probablemente útil en su origen. La introducción de un procedimiento técnico y de sus sutiles formas propendía á alejar de la administración de justicia á los hombres de espada para concentrarla en manos de los hombres de ley ó legistas. Pero los inconvenientes del nuevo método subsistieron largo tiempo después que cesó su utilidad. Las ordenanzas de 1667 y de 1670 conservaron el secreto, tanto en lo civil como en lo criminal. Había, no obstante, la diferencia esencial entre las dos jurisdicciones, que en materia civil había secreto en el solo sentido de que los testigos no declarasen en la audiencia, mientras que en materia criminal estaba espresamente prohibido á los escribanos comunicar las informaciones (Ord. de 1670, tít. IV, art. 15). Por último, la Asamblea constituyente decidió por la ley de 29 de Setiembre de 1691, que en materia criminal se oyera á los testigos en la audiencia. El 7 de fructidor, año III, dió la Convención un decreto que introdujo la misma innovación en materia civil. Desgraciadamen-

1. En Inglaterra se ha producido siempre la prueba testimonial, oral y públicamente, á no ser en los tribunales de equidad, donde por tradición de los usos canónicos se preguntaba á los testigos y respondían éstos por medio de escrito, hasta un estatuto reciente [Stat. 15 y 16, Vict., cap. 86] que sometió al derecho común el examen de los testigos.

te este decreto se contentó con asentar el principio, sin establecer reglas fijas para ejecutarlo, y se originó una gran confusión en las informaciones. Así, por sentencia consular de 18 de fructidor del año VIII, se volvió pura y simplemente á la ordenanza de 1667. El Código de procedimientos, aunque con bastantes importantes modificaciones, se atuvo igualmente al sistema de la información sin publicidad. Por el contrario, ante los tribunales criminales, jamás cesó desde 1791 el examen público de los testigos.

249. ¿Hay razones fundadas para establecer entre ambas jurisdicciones una línea de demarcación tan señalada? Es bastante difícil justificar, en principio, esta distinción. Hácela combatido, no solamente por teóricos á veces sospechosos, tales como Bentham, sino también por Boncenne, siempre tan preocupado de lo que requiere la práctica; por Boitard, este espíritu tan sábio y tan elevado á un tiempo mismo; más recientemente aun, un eminente consejero del tribunal de casación, M. Lavielle, vino á unir á las reclamaciones de la doctrina, la autoridad de su experiencia (1). (*Estudios sobre la administración de la justicia civil.*—*Revista crítica*, tomo XII, pág. 318 y sigs.) Las ventajas que ofrece la publicidad, ya por permitir al juez averiguar la verdad observando el acento de los testigos y todo su continente (2), ya para garantizar la veracidad de los testigos con la comprobación de un auditorio que puede con frecuencia desmentirlos, son absolutamente los mismos en una y en otra hipótesis. Las censuras que se han dirigido al sistema de la ley de 7 de fructidor, año III, por el orador del Tribunalado, cuando se presentó el Código de procedimientos al Cuerpo legislativo, se reducen á tres; el temor de que se vean intimidados los testigos con el aparato de la audiencia; el temor de disgustos ó

1. Las informaciones, dice M. Lavielle, son "el instrumento escrito de la prueba testimonial, instrumento complicado, imperfecto, ligero, frágil, caro."

2. Este es el sentido en que decía Adriano [l. 3, § 3, *Dig. de testib.*] *Testibus se non testimonis crediturum*. Es tan necesario, dice M. Lavielle *ver la información como oírle*.

altercados que puedan comprometer la dignidad del tribunal; finalmente, el inconveniente de ocupar á todo el tribunal y no á un solo juez. Las dos primeras objeciones prueban demasiado, porque propenden á hacer creer que la publicidad es sumamente peligrosa en lo criminal, donde conviene más que los testigos se hallen al abrigo de amenazas, y en que las pasiones cuya explosión se teme, se hallan más vivamente excitadas. Y no obstante, la experiencia ha hecho justicia sobre estos temores, que se han realizado raras veces, en los casos en que se ha suministrado en la Audiencia la prueba testimonial. La tercer crítica es más grave, bajo el punto de vista práctico. La necesidad de emplear tres jueces en vez de uno solo para el mismo servicio, podría embarazar bastante á muchos tribunales ya sobrecargados de negocios. Es verdad que se responde á esta objeción, que entonces la ley se contradice á sí misma, puesto que prescribe la audiencia pública de los testigos en materia criminal. Pero ¿quién no vé, que cuando se trata de un pequeño número de testigos, es más fácil oírles en seguida que enviarles ante un juez comisario para tomar después conocimiento de las diligencias de examen, mientras que si el examen ó información ha de ser muy larga, la remisión al juez comisario hará ganar al tribunal un tiempo considerable? No hay duda que el procedimiento escrito ofrece también dilaciones por razón de las nulidades que pueden invocarse contra él, pero estos incidentes que en último resultado son eventuales, ¿absorben ni aun la mitad del tiempo que sería necesario para el examen público de los testigos? (1). Lo dudamos. La experiencia del Cantón de Ginebra, en que se ha restablecido la publicidad de la información en lo civil por la ley de

1. La ley de 15 de Junio de 1869 previene que inmediatamente que un testigo haya declarado contra el acusado se proceda al careo de ambos, lo cual indica que la primera declaración se ha de practicar en secreto. Los testigos deben concurrir al acto del jurado que es público, y allí ratificar ó ampliar sus declaraciones que les serán leídas para este efecto, practicándose otra especie de careo con el procesado. Las partes pueden presentar al jurado nuevos testigos y pueden también interrogar á los que no hubiesen presentado: artículos 9. y del 17 al 20.—N. de los EE.—

procedimiento de 1819, no puede ser decisiva para nosotros (1). En efecto, según la exposición de los motivos de M. Bellot, el término medio de las informaciones que se practicaban en el tribunal civil de Ginebra, no pasaba de cinco por año, y donde era tan ligera la carga, no ha podido ser el recargo muy sensible. Por nuestra parte, nos inclinamos á creer, no que el examen público no vale más que el examen secreto, sino que no puede improvisarse un cambio de legislación sobre esta materia; y que debe combinarse con una modificación de la organización judicial que la adoptase á esta importante reforma.

250. Entrando ahora en los pormenores de la legislación actual, ocupémonos primeramente del examen de los testigos en las materias civiles ordinarias, donde se ha seguido más los procedimientos de la antigua jurisprudencia. En seguida hablaremos del examen oral, primeramente respecto de las materias civiles, y después, de las criminales.

PRIMERA FORMA DE EXAMEN.

Examen ó información escrita.

[MATERIAS CIVILES ORDINARIAS.]

SUMARIO.

251. Origen de nuestras informaciones.

252. Curso que seguiremos en el estudio de la información.

251. La delegación de ciertos magistrados para ir á tomar las declaraciones, delegación motivada en su origen por la distancia á que se hallaban los testigos, es muy antigua en nuestra práctica francesa: "Las clases de gentes, dice Beaumanoir (capítulo XL), que comisionadas para oír á los testigos, se llaman *oidores*, porque deben oír lo que dicen los testigos, y hacer escribir sus dichos, y sellarlos con su sello y traer los dichos de los testigos escritos y sellados al juicio ante los jueces á quienes corresponde decidir la querrela." Ha-

1. Véase la nota al número 251.—(N. de C.)