

sabilidad, hasta el momento del exámen de los testigos: art. 311. No se comunica este interrogatorio á la parte contraria, no obstante comunicársele el de preguntas para evitar que el contrario pueda instruir á los testigos, sabedor de las preguntas que van á hacerseles, del modo como han de contestar mañosamente para desvirtuarlas ó evadirlas.

Puede presentarse mas de un interrogatorio de preguntas cuando conviniere ampliar la prueba, y siempre que no hubiese concluido el término de ésta, segun se hacia por nuestro derecho anterior á la ley de Enjuiciamiento, y previene su art. 273, puesto que dice, que se entregarán los autos á las partes por seis dias para que propongan la prueba que les convenga, *sin perjuicio de que en el resto del término puedan solicitar cualquiera otra*. En su consecuencia, tambien se permite presentar otro interrogatorio de repreguntas al de preguntas mencionado, que se llama de *preguntas añadidas*; pero éste deberá versar sobre circunstancias ó hechos distintos á los que se refiere el primero, pues si versara sobre los mismos, vendria á ser un nuevo interrogatorio al de repreguntas que presentó el contrario, lo cual no permite la ley. Esto debe entenderse cuando el interrogatorio se dirigiera á los mismos testigos presentados primeramente, y éstos despues de examinados, tuvieran tiempo para hablar con la parte que presentase el nuevo interrogatorio, pues que podrian haber enterado á ésta de las repreguntas que les hizo la contraria, y en su consecuencia, suministrarle datos para destruir los efectos de las contestaciones de los testigos á las mismas, por medio de nuevas preguntas y declaraciones. Tampoco parece que debe admitir el juez las preguntas de los nuevos interrogatorios, ya versen sobre los mismos ó distintos hechos que los á que se referian los primeros cuando tuvieron por objeto desvirtuar las declaraciones de los testigos sobre las repreguntas. Mas nada de esto debe entenderse cuando los nuevos interrogatorios se presentaron antes del exámen de los testigos ó de que pudieran haber hablado con ellos las partes.

Respecto de la citacion de los testigos, no hay uniformidad en el modo de hacerla, pues solo está prevenido que los alguaciles las ejecuten en las personas que se les mande por medio de papeletas que les den los escribanos, firmándolas aquellos subalternos antes de entregarlas á quienes van á citar; art. 77 del reglamento de juzgados; pero el buen orden requiere, que estas papeletas se espidan por el escribano, siendo

conveniente que contengan: su fecha, nombre, apellido, profesion y domicilio ó residencia de la persona que promueve la diligencia y del citado; el nombre, apellido y firma del escribano; la indicacion del juez ó tribunal ante quien debe comparecer el citado; el lugar, dia y hora en que debe hacerlo; la pena en que incurre el que falta á la citacion con arreglo á la conminacion que el juez ó tribunal hubiere hecho en virtud de sus facultades disciplinales. Cuando la citacion hubiere de hacerse á una persona ausente, debe espedirse despacho ó exhorto al juez del partido, alcalde ó juez de paz respectivo, el cual tiene obligacion de mandar ejecutar y cuidar de que se ejecute la diligencia con las formalidades legales. Si el exámen de los testigos hubiere de tener lugar en punto distinto del en que se siguiera el pleito, se acompañará el interrogatorio de repreguntas con el despacho que se libre en pliego cerrado. El juez requerido retendrá el pliego en la forma prevenida en el art. 311: art. 312 de la ley de E. c. Si las partes lo solicitaren, podrán presenciar el juramento de los testigos y exigir se les den en el acto todas las noticias que sean necesarias para que puedan conocerlos con seguridad: art. 313.

Los testigos deben ser examinados por el juez, separada y sucesivamente, para evitar confusion en sus contestaciones, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros, para que no se guien por ellas, ó las repitan ó declaren una misma cosa: art. 314. Acto continuo de ser preguntado cada testigo, acerca del interrogatorio, contestará á las repreguntas, si se hubieren propuesto y admitido, para que pueda apreciarse mas fácilmente si hay conformidad en sus contestaciones: §. 4.º del art. 314.

Oida la declaracion del testigo, debe repetírsele lo que depuso, y si manifestase ser tal su declaracion debe escribirse ésta por el escribano, á la letra y no en abreviatura, sin mudar palabra ni aclararla, segun dice la ley 5.ª, título 11, libro 11 de la Nov. Recop., sino solo en la parte de redaccion que sea absolutamente indispensable.

Estendida la declaracion, debe leerse al testigo para que quede plenamente enterado de lo que dijo, y pueda enmendar en el acto cualquiera equivocacion, ó añadir y quitar lo que le pareciere, ó afirmarse y ratificarse en su dicho, lo cual deberá espresarse en la diligencia. Por último, debe firmar la declaracion, si sabe hacerlo, con el juez y el escribano despues de salvadas las erratas, enmiendas ó adiciones que la misma contenga.

La informacion *ad perpetuam* solo puede decretarse cuando importa justificar algun hecho ó acreditar un derecho en los que no tenga interés mas que la persona que lo solicite. Se recibirá con citacion del Ministerio público ó en su defecto del Síndico del Ayuntamiento para que estos funcionarios puedan presenciar las declaraciones y tachar á los testigos. Siendo estos desconocidos para el Juez y Ministerio público, la parte que los presenta deberá abonarlos con otros dos por cada uno de los presentados. Una vez rendida la informacion se protocoliza dándose testimonio á la parte interesada, y para que sea admitida como prueba deberán ser ratificadas legalmente las declaraciones: artículos del 516 al 522 Código de procedimientos.

Como se dice en la anterior adición, no debe confundirse la informacion *ad perpetuam* con las informaciones de los interdictos de retener y recuperar la posesion de que tratan los capítulos IV y V del tit. IX Cód. cit.

Respecto del beneficio de division, establece el Código civil que si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella no habiendo convenio en contrario; pero si solo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar á los demás para que se defiendan juntamente, ó de igual modo y en la proporcion debida estén á las resultas del juicio, art. 1857. El fiador solidario que paga, tiene derecho de reclamar á los demás la parte que les corresponda. El que no fuere solidario, solo tendrá accion contra el deudor por la parte que haya pagado, art. 1858. El beneficio de division no tiene lugar entre los fiadores, cuando se renuncia espresamente, cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor, cuando alguno ó algunos de los fiadores se hallen concursados ó insolventes, cuando el negocio es propio del fiador ó en el caso de que alguno ó algunos de los fiadores no puedan ser reconvenidos por ignorarse su paradero ó por estar fuera de la República, art. 1858.

El exámen de testigos se hará con sujecion á los interrogatorios que presenten las partes, y antes de ser interrogados pueden presentarse interrogatorios de repreguntas. Ambos deben formularse de una manera afirmativa y especificando en cada pregunta un solo hecho. Reconocidos por el juez los interrogatorios conforme á los artículos 576 y 579, mandará dar de ellos copia á la otra parte citándola, así como á los testigos con dos dias de anticipacion; pero debe advertirse que sobre los hechos probados por confesion no se admiten preguntas. El juez reservará en secreto hasta la hora del exámen el interrogatorio de repreguntas bajo su mas estrecha responsabilidad. Si el testigo reside en otro lugar será examinado por medio de exhorto por el juez de su domicilio. Cada uno de los testigos será examinado separadamente sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros; á cuyo efecto el juez podrá exigir que se presenten todos en el mismo dia. Las declaraciones de los testigos se asentarán en su presencia literalmente y sin abreviaturas, pudiendo ellos mismos escribirlas y rubricar las páginas. Los testigos antes de dar su declaracion protestarán decir verdad bajo las penas de la ley. A los enfermos, ancianos y mujeres, el juez les tomará en su casa las declaraciones: á los altos funcionarios, como Presidente de la República, Ministros, Magistrados, Diputados, gefes militares con mando, y gefes principales de las oficinas, se les toma declaracion por medio de oficio: artículos 726 al 730, 734 á 737, 739 y 742.—N. de los EE.—

§. II. SANCIONES DE LA COMPARENCIA Y DE LA VERACIDAD DE LOS TESTIGOS:

SUMARIO.

264. Condiciones necesarias para la eficacia de la prueba testimonial.
265. *Monitorios*. Su abolicion.
266. Obligaciones que tiene el testigo de comparecer.

267. Motivos de dispensa.
268. Dignidad de las funciones del testigo.
269. Secreto profesional.
270. Garantías de la sinceridad del testimonio.
271. Sancion natural.
272. Sancion religiosa.
273. Sancion penal.
274. Obligacion de declarar oralmente.

264. La produccion eficaz de la prueba testimonial supone: 1.º Que los testigos de los hechos cuya prueba se solicita son conocidos: 2.º Que están obligados á venir á declarar en juicio: 3.º Que su declaracion es sincera.

265. Si las personas que tienen algunas noticias que dar sobre los hechos litigiosos, son desconocidas de las partes; ¿conviene provocar su celo por medio de admoniciones oficiales? Las advertencias que se daban en otro tiempo por medio de los curas en las pláticas, conocidas con el nombre de *monitorios*, se aplicaban, segun el testimonio de Pothier (*Tratado del procedimiento criminal*, sec. II, art. 4), aun en lo civil, a caso de extravío de efectos ú objetos de unal sucesion, de una sociedad, de una quiebra. En el dia pueden emplearse los *monitorios* á lo mas, segun veremos, en materia criminal. Esta vía extraordinaria, que pone en juego las relaciones tan delicadas del poder espiritual y del poder temporal, no puede seguirse por un interés puramente pecuniario. No existe entonces ningun procedimiento judicial que tenga por objeto volver á buscar los testigos desconocidos; las partes interesadas son las que deben multiplicar sus investigaciones personales para descubrirlos.

266. ¿Pero pueden los testigos conocidos negarse á pagar la deuda á que están obligados hácia la justicia social? En Atenas se recibian comunmente por escrito los testimonios, en lo civil; y si venian los testigos con frecuencia á corroborarlos con una declaracion oral, no podian ser obligados á ello (M. Cauvet., *Revista de legislacion*, tomo XX, página 30). En Roma, nos enseña igualmente Quintiliano (Inst. orat. lib. V, cap. VIII), que habia en su tiempo testigos voluntarios y testigos obligados á com-

parecer. *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus iudex in publicis judiciis lege denuntiari solet.* Justiniano parece haber erigido el primero en materia civil (lib. 16, Cód. de testib.) este deber en obligacion legal, y esta innovacion no es una de las menos convenientes que haya introducido este emperador. El derecho canónico (V. Cujacio, *Decret. ad tit. de test. cogend.*), empleaba en casos graves, la suspension contra los eclesiásticos y la censura contra los legos que rehusaban comparecer. La ordenanza de 1667, (tít. XXII, art. 8) imponia una multa de diez libras. Hoy, el Código de procedimientos (art. 263) concede á la parte interesada daños y perjuicios que no pueden ser inferiores á la suma de diez francos (1), y permite imponer al testigo una multa cuyo *máximum* es de cien francos. La segunda vez que faltan los testigos á quienes se ha vuelto á citar (*ibid.* art. 264) ocasiona una multa de cien francos, estando facultado el juez comisario, si estima la declaracion esencial, para expedir contra el refractario una orden de comparecencia, ó para que se le conduzca á su presencia, lo cual autoriza el uso de la fuerza pública para conducirlo ante el tribunal (*Cód. de inst.* art. 99). Se está de acuerdo en reconocer, que la negativa de contestar debe equipararse á la negativa de comparecer (*ibid.* art. 80). ¿Qué recurso puede ofrecer para el descubrimiento de la verdad una asistencia puramente material? Pero seria imposible, bajo pena de incurrir en arbitrariedad, considerar como no habiendo declarado á aquel cuyas respuestas se estimaran suficientes. Por lo demás, independientemente de estas condenas pecuniarias, el Código penal (art. 236) impone prision de seis dias á dos meses, contra los testigos que hubieran alegado causas falsas.

Por otra parte, como no seria justo, que el servicio prestado por el testigo, llegara á serle oneroso, se le concede una indem-

1. Obsérvese que no se trata en esta sancion de una pena cuyo *máximum*, salvo casos escepcionales [Código Nap. art. 192], no pudiera determinarse en el derecho moderno, sino de daños y perjuicios que se dejan ordinariamente á la apreciacion del juez, porque es imposible hacerlos valuar *á priori*.

nizacion, pero solamente en el caso en que el testigo la requiere (Cód. de proc. artículo 277, Tar. civil, art. 167) (1).

267. Sin embargo, dos motivos pueden dispensar de venir á declarar en justicia, la dignidad ó las funciones del testigo y la obligacion del secreto impuesto por ciertas profesiones.

En el primer caso, no se le dispensa de que preste su declaracion, sino solamente de que comparezca en juicio. En Roma, la dispensa de acudir personalmente á declarar en juicio se concedia con suma dificultad. Las mismas vestales no tenian este privilegio, y Tácito nos refiere como una gran prueba de crédito de una cierta Urgulania en tiempo de Tiberio, el permiso que obtuvo de hacer ir á su casa al pretor para recibir su testimonio. *Urgulanie potentia, dice (Annal. lib. II, §. 34) adeo nimia civitati erat, ut, testis in causa quadam que apud senatum tractabatur, venire dedignaretur; missus est pretor qui domi interrogaret, cum virgines vestales in foro et iudicio audiri, quoties testimonium dicerent, vetus mos fuerit.* Parece que en el antiguo derecho francés eran raras las inmunidades de esta especie. Citaré á muchos obispos á quienes se obligó á presentarse en persona ante el juez comisario, y fué preciso un dictámen de los abogados generales del Parlamento de París, con fecha 1.º de Agosto de 1642, para consagrar el principio que autorizaba á los príncipes de la sangre á hacer simples declaraciones por escrito. Nuestras leyes modernas han extendido mucho esta facultad. La ley del 20 termidor, año IV. la ha concedido á los miembros del cuerpo legislativo y del Directorio, á los ministros de la República y á los agentes cerca de las naciones extranjeras. La regla que sienta esta ley fué sucesivamente aplicada á los cajeros é inspectores del Tesoro público, por la ley de 20 de fructidor del año VII; á los

1. El Código de procedimientos previene, que si los testigos se niegan á declarar sin causa justa, pueden ser apremiados por el juez [art. 733]. Tambien está dispuesto que los gastos que hicieren los testigos y los perjuicios que sufran por presentarse á dar declaracion, serán satisfechos por la parte que los llamare á declarar; salvo siempre lo que se determine respecto al pago de costas é indemnizacion de perjuicios [art. 750].—N. de los EE.—

consejeros de Estado, por dictámen del mismo Consejo de Estado, con fecha 14 de germinal, año VIII; á los senadores, prefectos y alcaldes, por sentencia consular del 7 de termidor, año IX; y finalmente, á los comisarios generales de policia, por decreto de 20 de Janio de 1806. Además, el Código de instruccion criminal (art. 510 y siguientes) traza, para la declaracion de los funcionarios mas elevados, ciertas formas que se aplican, por identidad de razon, á lo civil; salvo combinarlo todo con el decreto de 4 de Mayo de 1812, relativo á la citacion para declarar de los ministros y de los principales funcionarios del Estado.

En Inglaterra por el contrario, Bentham nos refiere, que se ha sostenido estrictamente la obligacion que tienen todos de acudir á declarar en juicio. "Supóngase, dice (observaciones sobre el art. 21 de su proyecto de organizacion judicial) que el príncipe de Galles, el arzobispo de Cantorbery y el lord canceller pasan por una calle en que disputan un desollinador y una traperera por un cuarto de manzanas; ¿podrán aquellos dignatarios negarse á presentarse en juicio, si juzgase conveniente uno de los dos adversarios llamarles como testigos?" Esta marcha tiene algo eminentemente liberal, pero seria tal vez difícil introducirla en nuestras costumbres (1).

269. Tienen dispensa completa de testificar las personas á quienes su profesion obliga á guardar secreto. Y en efecto, el Código penal (art. 378) castiga con prision de uno á seis meses, y multa de ciento á quinientos francos á los médicos, parteras y otras personas, depositarias por su estado ó profesion, de los secretos que se les confían; que hayan revelado estos secretos (2), prueba evidente de que para ellas es no so-

1. Ya hemos dicho que el Presidente de la República y los otros altos dignatarios no deben comparecer á declarar, sino que lo hacen por medio de un oficio [artículo 735].—N. de los EE.—

2. La jurisprudencia inglesa admite la inmunidad del abogado y del procurador, pero obliga al cirujano á comunicar aquello de que se le ha informado á consecuencia de los cuidados que ha prestado [V. Blackstone, tomo III, cap. XXIII, con las notas de M. Christian]. Sin embargo, los estatutos revisados de Nueva York [stat. 406, §. 13] dispensan al médico de revelar lo que ha sabido de su cliente *in a professional character*.

lamente un derecho; sino tambien un deber guardar silencio, aunque no se aplique la pena mas que á una revelacion indiscreta, y de ningun modo á una declaracion judicial. De acuerdo sobre el principio, ha habido divergencia acerca de la estension de la aplicacion que debe recibir. Nunca ha ocurrido duda respecto de los abogados y procuradores, porque precisamente para los abogados se ha introducido el principio que se ha extendido despues á todas las personas que guardan secreto por su profesion: *Mandatis principum cavetur, dice Arcadio (l. 25 Dig. de testib.), ne patroni in causa cui patrimonium præstiterunt, testimonium dicant* (1); prescripcion que ha extendido la doctrina moderna á todo consejo dado por un hombre de ley en el ejercicio de sus funciones. Pero, se ha preguntado, si están los notarios en el número de las personas obligadas por su estado á la discrecion. Las decisiones diversas de la jurisprudencia sobre este punto pueden conciliarse de hecho, si se tiene en cuenta la naturaleza mas ó menos confidencial de los puntos que se trata de revelar. En cuanto á los ministros del culto, nadie duda que sea igualmente imposible preguntarles sobre lo que se les ha confiado bajo el sigilo de la confesion. "Lo que sé por medio de la confesion, decía San Agustín, lo sé menos, que lo que no he sabido nunca." Pero se ha controvertido vivamente la cuestion de si una confidencia que se hace á un sacerdote, como sacerdote, aunque fuera de la administracion del Sacramento de la penitencia, debe gozar de la misma inviolabilidad. El tribunal de casacion (cas. 30 Noviembre de 1810) ha juzgado acertadamente en nuestro concepto por la afirmativa, y mas recientemente el tribunal de Angers (sent. de 31 de Marzo de 1841) ha extendido el mismo velo sobre

1. El art. 735, frac. 12 Cód. de proc. previene, que no puedan ser testigos el abogado ó el procurador en el negocio que lo sean ó hayan sido.

El art. 768 Cód. pen. dice: que las autoridades no podrán compeler á los confesores, médicos, cirujanos, comadrones, parteras, boticarios, abogados ó apoderados, á que revelen los secretos que se les hayan confiado, por razon de su estado ó ejercicio de su profesion, ni á dar noticia de los delitos de que hayan tenido conocimiento por este medio.—N. de los EE.—

los hechos que un obispo había sabido en el ejercicio de su jurisdicción canónica. El sistema contrario destruiría la confianza que es lo único que puede producir el arrepentimiento, dando al sacerdote las apariencias de un delator, tanto más odioso cuanto que se halla revestido de un carácter sagrado (1).

270. No basta obtener la declaración de los testigos; es preciso también que su declaración sea sincera. Las garantías que se puede tener de esta sinceridad, se derivan, ó de la naturaleza moral del hombre, ó del sentimiento religioso, ó del temor de que la ley imponga una pena.

271. La sanción natural de la veracidad de los testigos se encuentra en ese sentimiento poderoso que induce al hombre á decir la verdad, y que hace que cuando quiere faltar á ella, tenga que hacerse violencia. Lo verdadero y lo justo son dos polos hácia los cuales propende sin cesar el espíritu humano, cuando no está pervertido. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. I, capítulo X), queriendo referir todo á la utilidad, se esfuerza por sustituir otra explicación á esta tan sencilla y tan evidente de la fé ó crédito que se concede al testimonio de un hombre honrado. "Naturalmente, dice, se evita el sendero escabroso y se toma el camino más fácil; el motivo que nos induce á ello, es el amor á la comodidad, motivo que obra frecuentemente sin notarlo nosotros, pero cuya influencia es más grande de lo que se cree comunmente. Veamos como se verifica en el caso del testimonio. Referir un hecho tal como se presenta á la mente, es obra de la memoria, referirlo como un hecho real de circunstancias que no han existido, es obra de la invención. . . . Pues bien; el trabajo de invención es más penoso que el de memoria. Hé aquí, pues, la pena que evita quien espesa la verdad pura y simple." Así, según Bentham, la persona cuyo falso

1. La jurisprudencia de los países protestantes es mucho más estensa. El derecho común inglés no autoriza inmunidad alguna, ni aun respecto de la confesión, y la dispensa no se admite en Escocia ni en los estatutos de Nueva York [stat. 406, §. 92], sino respecto de las revelaciones hechas *in the course of discipline*.

testimonio acaba de causar un enorme perjuicio á otro, no experimenta otra pena que la fatiga de haber imaginado una narración complicada, y el que declara la verdad, solo obra así por pereza; son sus propias expresiones. El interrogatorio no tiene otro objeto que luchar contra la inercia del testigo; hostigándole con preguntas multiplicadas. Tales doctrinas se refutan suficientemente por sí mismas, por lo que es sensible encontrarlas en las obras de Bentham al lado de tantas observaciones tan útiles y tan sábias. Mas cierto es que la opinión pública y el sentimiento de honor podrán frecuentemente á falta de la conciencia, detener al testigo en el camino de la mentira.

272. La sanción religiosa consiste en obligar al testigo á prestar juramento, es decir, á llamar sobre sí la venganza de la misma Divinidad, si su declaración no es sincera. El uso del juramento parece haber sido antiguo en Roma. *De parvula summa iudicatu*, dice Séneca (*De ira*, lib. II, capítulo XIX), *tibi res sine teste non probaretur; testis sine iurejurando non valeret*. La prescripción del juramento se renovó expresamente por Constantino (lib. 9, Código *De testib.*). En la práctica francesa parece haberse observado de tiempo inmemorial. Según Cujacio (*Decret. ad tit. de testib. pr.*), el juramento dá autoridad al testimonio, así como la escritura dá autoridad á los documentos públicos: *Testimonia publica scriptura tuetur, testes iusjurandum*. Lo que diremos más adelante sobre el grado de eficacia del juramento, en cuanto se refiere á las partes, es igualmente aplicable á los testigos. También trataremos en el lugar de la materia, de las diversas formas de que puede revestirse, y de la dispensa misma del juramento, reclamado por ciertas sectas.

273. Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la eficacia del juramento, se reconoce que la corrupción de los hombres no permite considerar esta sanción como suficiente. En Roma, la pena capital, impuesta por la ley de las Doce Tablas (Aulo Gelio, lib. XX, cap. 1), y que consistía en ser precipitado el condenado de lo alto de

la roca Tarpeya, no se aplicaba probablemente sino en materia criminal (1). Mas adelante, el falso testimonio se consideró como una especie de falsificación (Modestino lib. 27, *D. de leg. Cornel. de fals.*). La pena que en otro tiempo era el destierro ó la relegación, parece haber llegado á ser enteramente arbitraria, según el derecho de Justiniano (compárase el texto original de Paulo en el lib. V, tít. XV, §. 5, de sus sentencias, con este mismo texto relatado en el Digesto, en la ley 16 *de testib.*). Entre nosotros, muchas ordenanzas contando desde 1531, castigaron indistintamente con pena de muerte el falso testimonio en lo civil y en lo criminal; pero nuestros antiguos criminalistas atestiguan que en lo civil, jamás se ha seguido este rigor en la práctica.

La legislación actual, sin ir tan lejos como las antiguas ordenanzas, despliega una justa severidad contra los que corrompian de esta suerte las fuentes de la justicia. El Código penal de 1791 castigaba con seis meses de prisión el falso testimonio en materia civil. El Código penal actual (art. 363), lo castiga con la pena de reclusión. Además, el testigo que ha recibido ó que se ha hecho prometer una recompensa es castigado con trabajos forzosos temporales; la misma pena tiene el que lo ha sobornado (2) (*ibid.* artículos 364 y 365).

274. Independientemente de las sanciones que acabamos de designar, se halla garantizada la verdad del testigo con una precaución importante que ha justificado há largo tiempo la experiencia: obligasele á declarar oralmente, á no leer ningún proyecto de declaración por escrito (Cód. de proc., art. 271). Así le es mucho más difícil preparar anticipadamente un relato falso. En Inglaterra, se permite fácilmente al acusado *refrescar su memoria* por medio de notas (M. Greenleaf, tom. I, pág. 545 y sigs.). En Escocia no se admiten las notas sino cuando se han redactado en el momento en que

1. Así es evidentemente por la ley judía que imponía la pena del talion [Deuteronomio, cap. XIX, verso 21: *Animam pro anima, oculum pro oculo*, etc.].

2. Véase el cap. VII, tít. IV Cód. pen., que trata de la falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados á una autoridad.—N. de los EE.—

han pasado los hechos (Alison (1), *Practice of the criminal law*, 540-542).

El derecho español requiere también que las partes conozcan á los testigos. Según el art. 313 de la ley de Enjuiciamiento civil, las partes pueden exigir se les den, al recibirse el juramento á los testigos, todas las noticias que sean necesarias para que puedan conocerlos con seguridad, y el art. 316 previene, que los nombres de los testigos que se presentaren, su profesión y residencia, se comunicarán mutuamente á las partes inmediatamente después de su declaración; disposiciones que tienen por objeto que las partes sepan quiénes son los testigos y puedan alegar á su tiempo las tachas que tuvieren.

Respecto á si tienen obligación los testigos de acudir á declarar en juicio, á que se refiere M. Bonnier en el núm. 266, nuestras leyes han sancionado esta doctrina; Véase las leyes 20, tít. 9º, lib. 2º del Fuero real; la 35, tít. 16, Part. 3ª, y la 1ª, tít. II, lib. II de la Nov. Recop., que facultan al juez para apremiar con multa, embargo de bienes y aun arresto al testigo que llamado á declarar en un juicio civil ó criminal, se negare á ello. Así es que por regla general toda persona está obligada á declarar en juicio y á comparecer para ello ante el juez y el escribano: arts. 2º y 3º del real decreto de 11 de Setiembre de 1820.

Hállanse dispensadas, sin embargo, por nuestro derecho de la obligación de comparecer á declarar en las casas ó sitio del juzgado los mayores de 70 años, las mujeres honradas, los prelados eclesiásticos, los militares de graduación y otras personas notables por su dignidad y ministerio, según prevenia la ley 36 del tít. 16, Part. 3ª, la cual, aunque se cree por algunos derogada por la legislación moderna, se observa en la mayor parte de los casos en la práctica, pasando el juez á la morada de dichos testigos para que en ella den su declaración.

También tienen prohibición de declarar respecto de ciertos particulares, y aun se hallan penadas por la ley en caso de revelar lo que sepan sobre ellos, los sacerdotes respecto de las revelaciones que se les hicieren bajo la inviolabilidad del secreto de la confesión, los abogados, médicos, cirujanos y demás personas que ejercen alguna

1. Ya hemos dicho las personas que por consideración al puesto que ocupan pueden declarar por escrito, los demás testigos deben hacerlo oralmente ante el juez.—N. de los EE.—

de las profesiones que requieren título, en cuanto á los secretos que se les hubieren confiado por razon de ella: la revelacion de dichos secretos, hecha por las personas mencionadas, se castigará con arreglo á la pena establecida en el art. 284 del Código penal reformado, y si hicieron la revelacion con abuso malicioso de su oficio, con arreglo á las impuestas en el art. 273.

Nuestras leyes exigen asimismo la sancion religiosa del juramento á que se refiere M. Bonnier en el núm. 273, respecto del testigo, de lo cual trataremos mas adelante, sin dejar por esto de imponer la sancion penal contra el testigo falso, puesto que segun el art. 244 del Código penal reformado, se castiga el falso testimonio en causa civil, con las penas de presidio correccional y multa de 50 á 500 duros. Si el valor de la demanda no ascendiera á 50 duros, las penas serán las de arresto mayor y multa de 10 á cien duros. Cuando hubiere cohecho, se castiga el falso testimonio con las penas inmediatas superiores en grado y multa del tanto al triplo del valor de la promesa ó dádiva. Cuando el testigo sin faltar substancialmente á la verdad, la altera con reticencias ó inexactitudes, la pena será de multa de 10 á 100 duros, si la falsedad recayere sobre falta ó negocio civil, y de 20 á 200, si en causa sobre delito. El falso testimonio en causa criminal se castiga por los arts. 241 al 243.

Los testigos tienen tambien derecho á que las partes les satisfagan las espensas ó intereses que pierdan por el tiempo empleado en ir á declarar y regresar á sus casas, segun la ley 26, tít. 16, Part. 3.

Acerca de si el testigo está obligado á hacer su declaracion verbalmente y no por escrito, de que habla M. Bonnier en el núm. 274, sientan nuestros autores que "puede el testigo dictar ó escribir, ó leer por sí su declaracion y rubricar las hojas de la misma como que es produccion y acto suyo, y nadie tiene derecho para impedirselo;" pero esto debe entenderse respecto de la estension por escrito de la declaracion que ya prestó verbalmente, pues la ley 26, tít. 16, Part. 3ª, dice terminantemente, que el juzgador debe haber algun escribano entendido consigo que escriba lo que dijere el testigo, y que el juez *debe escucharle, catandol todavia en la cara*. En el decreto de 11 de Setiembre de 1820, art. 3ª, se dispone terminantemente que toda persona de cualquiera clase que sea, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal, debe dar su testimonio, no por certificacion ó informe sino por declaracion bajo juramento en forma ante el juez de la cau-

sa. Sin embargo, se establecen á esta regla las siguientes escepciones: 1ª Cuando el juicio es civil y el testigo es autoridad ó persona constituida en dignidad; nota 6, tít. 11, lib. 11, Nov. Recop.; 2ª Cuando la persona que deba esponer lo que sepa acerca de los hechos que se trata de indagar, lo hace, no como mero testigo presencial de ellos, sino como autoridad á quien por este concepto consten, en cuyo caso corresponde que informe y no que dé su declaracion ante el juez y bajo juramento. — (N. de C.)

III. EXCLUSION DE CIERTOS TESTIGOS.

SUMARIO.

275. Esta exclusion fué rara en Roma.
276. Casos de exclusion absoluta en el antiguo derecho actual.
277. Exclusion de las partes.
278. Las condenas penales no permiten declarar á título de instruccion.
279. Sistema vicioso de las tachas.
280. Sistema de declarar igualmente vicioso.
281. ¿Son ilimitadas las tachas?
282. Tres bases para las tachas.
283. Primera base, parentesco ó afinidad.
284. Segunda base, relaciones que suponen parcialidad.
285. Tercera base, infamia legal.
286. Menores de quince años.
287. ¿Son facultativas las tachas?
288. Tachas de tachas.

275. La legislacion romana, así como la de la mayor parte de los pueblos, desechara completamente el testimonio de ciertas personas. Estas exclusiones parecian haber sido raras en lo civil, puesto que se nos cita como notable la prohibicion de declarar en favor de personas de la misma familia que el testigo: *Etiám jure civili domestici testimonii fides improbatúr* (Val., l. 3, Código de testib.). Fuera de estas exclusiones, el grado de fé ó de fuerza que podia merecer tal ó tal testimonio, se dejaba á la apreciacion del juez. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*, dice Papiniano (l. 13, D. cod. tit.). La facultad de reprobar el testimonio se entendia en el sentido de que el juez debía pesar con mas escrupulosa atencion la declaracion de un testigo sospechoso; pero no se encuentra

rastros alguno en Roma de un sistema de tachas, que permitiese oponerse al exámen de una persona capaz de declarar, por el solo hecho de que se tuviera algun motivo para dudar de su veracidad.

Este sistema, que se opone á que se lean en audiencia pública declaraciones recibidas ante el juez comisario, tuvo su origen en nuestro antiguo derecho de las informaciones escritas. Vamos á tratar sucesivamente de la exclusion absoluta y de las tachas que son simplemente facultativas para una de las partes.

276. Nuestros antiguos monumentos de derecho francés, tales como el Gran Consuetudinario de Carlos VI, que contiene un capítulo de las Tachas (lib. III, cap. XXVI), parecen confundir la exclusion con las tachas propiamente dichas. No parece haberse hecho distincion con bastante claridad antes del Código de procedimiento civil. La ordenanza de 1667 pronuncia una exclusion especial de los parientes consanguíneos y afines, distinta de las tachas ordinarias que eran limitadas. Pero vemos, por otra parte, á los jueces autorizados á suplir de oficio las tachas contra los testigos, cuando estas tachas eran notorias y resultaban de las actas del proceso (Merlin, *Repert.*, V. *Tacha* §. IV).

"Los parientes y afines de las partes, decía la ordenanza (título XXIII, art. 11), "hasta los hijos de los primeros hermanos "inclusive, no podrán ser testigos en lo civil para declarar en su favor ó contra ellos, "debiendo desecharse sus declaraciones." Esta disposicion, vivamente criticada cuando se redactó la ordenanza, especialmente por el presidente Lamoignon, era una grave derogacion de nuestros antiguos usos y costumbres (1) que, á imitacion de las leyes romanas, no admitian como causa de tacha perentoria mas que el parentesco ó la afinidad en línea recta. Boutellier refiere en su Suma rural (cap. CVI) haber visto recibir la declaracion de un hermano en favor de su hermano por *pasantes de derecho*.

1. El abogado general Talon, dice igualmente "que no es preciso que esté la verdad cautiva en los labios de un pariente."

El Código de procedimiento (art. 268), volviendo á esta innovacion mal observada en la práctica, prohíbe solamente citar al pariente consanguíneo ó al afín en línea recta de una de las partes (1) ó á su cónyuge, aunque se halle divorciado (2). El Código, así como la ordenanza, no permite que se cite á un próximo pariente sino en favor de su próximo pariente: *Apud concordantes excitamenta caritatis, apud iratos irritamenta odiorum*. Restringida en estos límites, la prohibicion puede justificarse. *Parentes et liberi*, dice Diocleciano (l. 6, Cód. de testib.) *adversum se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*; y tal es tambien la disposicion del Código de procedimiento austriaco de 1782, §. 206, núm. 1ª. Hay, no obstante, alguna estreñeza en recibir, segun veremos en materia criminal, testimonios que serian completamente rechazados en las cuestiones puramente pecuniarias.

Aun en lo civil, hay casos en que llegan á ser necesarios los testimonios domésticos. Segun un texto de la ley, las informaciones relativas al divorcio en otro tiempo (Cód. Nap., art. 251), y en el dia, á la separacion de cuerpos, admiten á todos los parientes, salvo los hijos de los cónyuges. Créese generalmente que debe hacerse lo mismo cuando se trata de probar los nacimientos, matrimonios y defunciones (*ibid.*, art. 46). No deberia desecharse en este último caso los testimonios de los hijos, cuando han podido saber los hechos, puesto que no há lugar entonces á invocar el motivo de pudor público que militaba contra su exclusion en el caso de separacion de cuerpos.

277. La exclusion de los parientes consanguíneos y afines de las partes lleva consigo con mucha mas razon la de las partes mismas. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, dice Pomponio (l. 10, Dig., De tes-

1. Es evidente que el art. 283 del mismo Código, que permite tachar á los parientes consanguíneos ó afines hasta el sexto grado, no debe entenderse sino de los colaterales. No es necesario tachar á las personas que están escluidas.

2. La prohibicion relativa al cónyuge divorciado puede aplicarse, sin tratar de los divorcios anteriores á la ley de 1816, á los esposos divorciados, segun una ley extranjera, que fueren llamados á declarar ante los tribunales.

lib.) Vemos, no obstante á muchos tribunales de Inglaterra y de América (M. Greenleaf, tom. 1.º pág. 443 y nota 4), autorizar á una parte á declarar sobre los hechos del proceso. Pero esto no es mas, aunque bajo otra forma, que el interrogatorio ó la comparecencia personal, autorizadas en nuestro derecho. Lo que está prohibido entre nosotros, no es que se oiga á la parte de un modo absoluto, sino que se le oiga como testigo, con las formalidades de las informaciones (1).

278. Es difícil justificar otra clase de prohibiciones. Tal es la que resulta de los arts. 94 y 42 del Código penal, las cuales, refiriendo á ciertas condenas la incapacidad de testificar, consideran el testimonio en juicio como un derecho, mas bien que como un deber. Bentham (*Tratado de las penas*, edicion de Dumont, libro VII, secc. IV) pone con razon esta pretendida pena en el número de las que él llama *fortuitas*, en cuanto que hiriendo al azár, recaen siempre sobre el inocente, en vez de dirigirse contra el culpable. "Yo soy, dice, el hombre mas malo que se puede suponer; acóntame ver á un hombre atacar á otro; los dos son estraños para mí; el atacado me llama como testigo, como único testigo contra su agresor (2). He sido convicto de perjurio, y si se quiere, de veinte perjurios; pero las partes son tan pobres, que ninguna puede ofrecerme la mas pequeña tentacion. ¿Qué es, pues, lo que podria inducirme á dar un falso testimonio? Nada. ¿Qué peligro hay en oirme? Ninguno. ¿Qué resultará si se me rechaza? El triunfo del opresor. Pues bien; nada tiene de estraño ni de improbable un caso de esta naturaleza." Las consecuencias tan graves que arrastra este sistema deben inclinar tal vez á que se adopte, contra el

1. Entre las personas que no pueden ser testigos, enumera el art. 725, frac. 6.º, Cód. de proc., los parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado y por afinidad dentro del segundo, á no ser que el juicio verse sobre edad, parentesco, filiacion, divorcio ó nulidad de matrimonio. Un cónyuge no puede ser testigo á favor del otro.—[N. de los EE.]

2. Debe suponerse entre nosotros que se intenta la accion en lo civil; en lo criminal se admitirá la declaracion sin dificultad á título de instruccion.

parecer de Boncenne (*Teoría del procedimiento civil*, cap. XVIII), la idea de que se debe, por lo menos, recibir, tanto en lo civil, como en lo criminal (Cód. pen., arts. 34 y 42), á título de simple instruccion, es decir, sin prestarse juramento, la declaracion de personas á quienes niega el legislador la cualidad de testigos. Esta opinion, que pone la ley civil en armonía con la criminal, puede justificarse, bien por los términos generales de los artículos precitados, que hablan de simples declaraciones, sin distinguir cuál es la jurisdiccion que entiende del negocio, bien por la consideracion de que no se pronuncia ninguna exclusion absoluta bajo este respecto en el título de las informaciones, en que solo se trata de los parientes consanguíneos, afines ó cónyuges. En breve veremos, al tratar de la apreciacion de los testimonios, cuál es la autoridad de estas instrucciones ó noticias. Nuestra opinion, por otra parte, ofrece poco peligro, si no es que lo haya en oír esta clase de declaraciones, puesto que en la mayor parte de los casos (1) serán tachables los que sufrieron condena, y no podrá oírseles, en su consecuencia, sino con el asentimiento de la parte interesada (2).

1. Decimos en la mayor parte de los casos, porque el testigo castigado con una pena correccional, no puede ser tachable sino cuando ha sido condenado por robo [Cód. De jurc. art. 283]. Si se hubiera declarado la incapacidad de declarar (Cód. pen., art. 42), á consecuencia de otras condenas correccionales, por ejemplo, por abuso de confianza [ibid., art. 406], no estando prevista la condena por el Código de procedimientos, no podria ser causa de tacha.

2. Los traductores napolitanos combaten esta asimilacion de las materias civiles con las materias criminales, porque segun ellos, no procediendo el juez en materia civil de oficio, y segun su conciencia, no puede, como en lo penal, detenerse en indicios, en semi-pruebas, sino que necesita una prueba perfecta para dar una sentencia definitiva. En su consecuencia, una simple noticia no tiene para él valor alguno legal. Si fuera fundado este sistema, seria necesario reconstruir, en lo civil por lo menos, la doctrina de la antigua jurisprudencia, que produce la conviccion de los magistrados con reglas *á priori*. Por el contrario, es muy sabido que en la apreciacion de una informacion, procede el juez como haria un jurado, y que en su consecuencia, solo hay que hacer una pregunta: ¿Tiene íntima conviccion de la verdad de los hechos? Pues bien, el testimonio de una persona que se reputa infame, pero que no tiene interés en el caso en cuestion, puede evidentemente hacer que nazca esta íntima conviccion.

Quando nuestro Cód. de proc., art. 725, frac. 3.º, 4.º y 5.º, prohibe ser testigos á los ebrios consuetudinarios, al que haya sido declarado testigo falso, ó falsificador de letra, sello ó moneda, ó al tahir de profesion no es porque les imponga como una pena semejante, sino porque es de presumirse que semejantes personas no digan la

279. Las tachas de que tenemos ahora que ocuparnos, y que son muy distintas de las exclusiones, no eran conocidas, segun hemos dicho, en la legislacion romana. No es esto decir que no se haya querido sostenerlas con la autoridad de esta legislacion; pero se ha verificado desnaturalizando los textos. Así se ha tomado de un fragmento de Callistrato (l. 3, pr. Dig. De testib.) una parte de las causas de tachas admisibles por nuestros autores antiguos. Este jurisconsulto enumera, en efecto, diversas circunstancias que hacen el testimonio mas ó menos sospechoso. Pero ¿cuál es su conclusion? *Testium fides diligenter examinanda est*. En la novela 90 (cap. VII) se halla una excepcion que solo sirve para confirmar la regla. Si hay proceso criminal entre la parte y uno de los testigos, Justiniano rechaza este último, *non adsit ad testimonium*. Pero en los otros casos debe recibirse el testimonio, salvo el discutirlo. *Procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi questiones*.

Nuestros legistas han preferido cortar el nudo gordiano. No han querido ni aun que se pudiera tener conocimiento de la declaracion del testigo tachado, desconociendo esta verdad de esperiencia, que un juez hábil puede deducir noticias útiles de declaraciones que parecian poco dignas de fé. ¿No basta advertir, como lo hace en lo criminal, las circunstancias particulares que permiten revocar en duda la imparcialidad del testigo? La razon de Voltaire se anticipó sobre este punto á las teorías de los publicistas modernos: "Mé inclinaria á creer, dice (*Valor de la justicia y de la humanidad*, fragmento publicado en la *Gaceta de Berna*, art. 22, §. 4), "que todo hombre, sea quien fuere, puede ser admitido á declarar. La imbecilidad (1), el parentesco,

verdad. Esto es en negocio civil pues en las causas criminales, creemos que queda á la calificacion del juez el crédito que merezcan estas personas atendida su conducta y demás circunstancias.—[N. de los EE.]

1. En apoyo de esta asercion que parece estraña sobre la imbecilidad, se puede citar el ejemplo traído por M. Greenleaf [tom. I, pág. 453, nota 1.ª] de una persona que se creia poseida de 20,000 demonios, y cuyo testimonio fué admitido, habiendo asegurado un médico, que se daba perfectamente cuenta de las transacciones que habian tenido lugar ante ella.

"el haber sido doméstico, la infamia misma, "no impiden que se haya podido oír y ver "bien. El juez es quien debe apreciar el valor del testimonio y las tachas que se deben oponer." Además, aquí no han tenido influencia alguna sobre el procedimiento civil, que ha sido abandonado á sus antiguas actuaciones, los progresos que ha hecho la instruccion criminal. Nuestros antiguos autores eran consecuentes por lo menos en un sistema vicioso. Como sentaban por principio, segun veremos en el párrafo siguiente, que un número determinado de testigos constituia una prueba legal, tenían fundamento para exigir que estos testigos se hallasen al abrigo de toda sospecha. Por eso queria Justiniano que hubiera *quinque testes idonei*, para constituir la prueba del pago de una deuda consignada por escrito (l. 18 Cód. de fid. mitre). En el dia que se pesan y no se cuentan los testimonios, no es la teoría de las tachas mas que un vestigio de doctrinas anticuadas, en manifiesta contradiccion con el espíritu del derecho actual. Así, la ley de procedimiento de Ginebra (arts. 188 y 190), despues de haber excluido los parientes consanguíneos y afines hasta el tercer grado en línea transversal, se limita á añadir: "Se admitirán todas las demás personas como testigos, salvo articular las partes y apreciar los jueces las diversas circunstancias corroborativas é infirmativas del testimonio." La doctrina inglesa que admite en cierto grado la teoría de las pruebas legales, sienta cuatro hipótesis en que es inadmisibile el testimonio (*incompetency of witnesses*), la falta de inteligencia, la falta de creencias religiosas, la infamia y el interés. En los demás casos, deja á los jueces la apreciacion de la credibilidad de los testigos (1).

280. Nuestro sistema de tachas no es solamente vicioso en su base, sino que lo es

1. Nuestro Código de procedimientos aunque por el contexto del art. 725: *no pueden ser testigos etc.*, pudiera inferirse que establece una exclusion absoluta para que fuesen admitidos, no es así, pues el art. 796 espresamente dice: que el juez para valorar la declaracion de un testigo, tendrá en consideracion entre otras circunstancias que no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en el art. 725, lo cual indica de una manera clara, que los testigos aun con la inhabilidad espresada se admitirán á declarar.—[N. de los EE.]