

ignalmente en su ejecución. La exclusión de los testigos, suponiéndola fundada, debía emanar de la justicia, y no del interés ó de las pasiones. Pues bien, la ley deja á la parte atendida la facultad de aceptar ó de rechazar los testigos que presenta el adversario. Mas aun, se los tachará, aun despues de su declaración, tal vez entonces, porque hayan dicho sobrado bien la verdad, y por que sea mas fácil cerrarles la boca que re-futuros. Es verdad, que para paliar este inconveniente (Cód. de proc., art. 282), se quiere que no se proponga ninguna tacha despues de la declaración, sino se justifica por escrito, aun cuando la parte pretendiera no haber sabido la causa de la tacha hasta despues de la declaración (Burdeos, 25 de Agosto de 1852). Esta es una garantía contra las tachas que se imaginan por espíritu de recriminación. Pero puesto que el motivo es serio, ¿por qué permitir á la parte que lo tenga reservado? ¿Por qué dejarle la facultad de eliminar tardamente tal ó cual testimonio? Parece verdaderamente que la supresión de una declaración, que es tal vez fundamental en el proceso, no tenga mas importancia que una nulidad de citación, de que se puede desistir segun plazca. Finalmente, el postor vió, que se refiere á que no se permita al juez comisario establecer ó determinar sobre las tachas, es que el testigo tachado es oido en su declaración (*ibid.*, art. 284). Pues bien, el juez que lo ha oido, entiendo tambien en la decisión del negocio, y aunque no haya duda que sus colegas no tendrán conocimiento de la declaración, ¿de ser posible á aquel borrar completamente de su espíritu la impresión favorable ó desfavorable que habrán dejado en él las palabras del testigo? Véase, pues, que este sistema, cuyo punto de partida es erróneo, no tiene ni aun el mérito de ser consecuente.

281. El antiguo derecho limitaba las tachas. La ordenanza de 1667 (tit. XXXIII, art. 1) exigía solamente que fueran circunstancias y pertinentes. La facultad de tachar habia adquirido tal estension, que habiéndose preguntado, no ya cuáles eran

los testigos tachables, sino cuáles eran los que podían no serlo. Así, se admitía como motivos suficientes: la sospecha de enemistad, alegación sumamente vaga y elástica; la sospecha de soborno, que resultaba de la pobreza, segun este triste alegato de Loyseau (*Usuf. contum.*, título de las pruebas, artículo 16). Pobreza no es vileza, pero en gran pobreza no hay gran lealtad; la infamia que ocasionaba no solo ciertas condenas, sino tambien ciertas profesiones; como las de cómico ó cortesano. El Parlamento de Tolosa, juzgó el 14 de Octubre de 1865, que debía tacharse al testigo que habiera pegado á su padre, como si esta mala acción de conducta privada implicara necesariamente que fuese falsa su declaración contra un tercero. Pero en compensación, juzgó el mismo Parlamento, el 18 de Marzo de 1867, que la embriaguez no era causa de tacha, porque el vino es sincero, y á veces obliga á decir la verdad á los que quisieran callarla, motivo que si fuera fundado, conduciría á la conclusión de que un buen juez debe hacer beber á los testigos (1).

¿Existe aun, rigiendo el Código de procedimientos esta latitud indefinida, que daba lugar á tantos abusos? Autores graves le han creído así, pero entonces ¿de qué serviría la enumeración que hace el art. 283 de este mismo Código? Cuando determina la ley las personas que pueden ser tachadas, con la indicación precisa de las circunstancias requeridas para que sea fundada la tacha ¿es razonable suponer que solo haya queido poner ejemplos? Con semejante sistema de interpretación, podría tambien sostenerse que los casos en que há lugar á pedir reposición de una providencia en lo civil, especificados en el art. 480 del Código de procedimientos, solo se indican por vía de demostración, lo cual jamás se ha atrevido á pretender nadie. Difícilmente conciliable con el texto esta opinión, está además en oposición evidente con la intención manifestada por los redactores del Código de procedimientos, de especificar las

1. Las Decretales, por el contrario, prescribían que se interrogase á los testigos cuando estuvieran en ayunas [cap. I de testibus].

causas de tachas. Y lo notable que hay en esto es, que muchos tribunales atacaron esta limitación, contraria á la doctrina de 1667. Así el tribunal de Turin proponía modificar la redacción, diciendo: Podrán presentarse particularmente como tachas, etc. Pero el Consejo de Estado no tuvo consideración á estas observaciones. En último resultado, se volverá para los casos omitidos, lo que hubiera debido hacerse para todos los casos, á la lectura pública de la declaración, salvo hacer resaltar en los informes todas las causas de sospecha legítima. Muchas decisiones judiciales, y especialmente una sentencia de casación de 25 de Julio de 1826 (V. tambien Nancy, 5 de Diciembre de 1855; y París, 5 de Mayo de 1856), han declarado limitativa la enumeración hecha por la ley. La verdad es, que sentencias mas recientes, emanadas algunas del Tribunal Supremo (15 de Febrero de 1817, 10 y 17 de Junio de 1839), sientan por tesis, en sus considerandos, que el artículo 289 solo es enunciativo; pero no debe deducirse de esto que la jurisprudencia moderna admita todas las tachas de otro tiempo; la mendacidad, la enemistad personal, &c.

En casi todos los casos sobre que ha habido resolución, el testigo tachado tenía un interés en la causa (V. Burdeos, 3 de Diciembre de 1837 y 10 de Enero de 1856). Ahora bien, si el legislador rechaza al heredero presunto, como indirectamente intereso (Cód. de proc., artículo 283, 4º), se comprende que haya lugar para desechar á *fortiori* al que tiene un interés directo é inmediato (1). Debe notarse, que el derecho como inglés, que no admite la tacha que proviene del parentesco ni del hecho de haber sido doméstico de aquel á cuyo favor se declara, excluye completamente al testigo que tiene un interés directo en el pleito (2). (Phillips, part. 1, lib. 1, cap. 5).

1. Pero es necesario que el interés no sea mínimo, como lo sería el de miembro de una sociedad de seguros mutuos contra incendios, en un negocio concerniente á la compañía (Oxford, 13 de Abril de 1830).

2. Los estatutos revisados en Nueva York, y muchos otros Estados americanos (Greenleaf, *ibid.*, tomo 1, página 507, nota 1ª), han adoptado el sistema mas racional que admite el existim del testigo aun interesado en el negocio, salvo tener esto en cuenta segun fuere de razón.

282. Las tachas legales se refieren á tres puntos ó bases; á las relaciones de parentesco de consanguinidad ó de afinidad; á las presunciones de parcialidad deducidas de ciertos hechos, y finalmente, á una especie de infamia, en lo relativo á ciertos acusados ó condenados (1).

283. Bajo el primer punto de vista, se puede tachar á los parientes consanguíneos ó afines de una ó otra de las partes en línea colateral (2), hasta el grado de primo hermano inclusive. El Código de procedimientos es aquí mucho mas moderado que la ordenanza de 1667, segun la cual, la exclusión era absoluta y llegaba hasta el cuarto grado. Pero, cuando los lazos de la familia se hallan tan relajados como lo están en nuestra época, no es ir demasiado lejos, no detenerse hasta el grado sexto (3). Como quiera que sea, la tacha lo mismo que la exclusión por igual motivo, comprende á los consanguíneos ó afines citados contra mí, lo mismo que á los que fueran citados en mi favor. Ya hemos visto, que segun el sistema de la ley, unos y otros se consideraran como sospechosos. El art. 283 añade: "Los consanguíneos ó afines de los cónyuges en el grado dicho, si vive el cónyuge, ó si la parte ó el testigo tienen hijos que vivan. En el caso de haber fallecido el cónyuge sin haber dejado descendientes, podrán ser tachados los consanguíneos y afines en línea recta, los hermanos, cuñados, hermanas y cuñadas." Resulta manifiestamente de este texto contra la opinión de Toullier (tomo IX, §. 289), que se puede tachar, no solamente á los parientes del cónyuge de una de las partes, es decir, á sus afines, sino tambien á los afines de este cónyuge que no sean sin embargo, afines de la parte. Se puede criticar esta estension é invocar el principio que prevaleció en el Concilio de Letran en el siglo XIII, respec-

1. Son tachas legales las contenidas en el art. 285 y además haber declarado por colectivo, art. 809 Cód. de proc.—[X. de los Etn.]

2. Afianzados en línea colateral, porque en línea recta, como hemos hecho ya notar, no se trata de una tacha, sino de una exclusión absoluta [Cód. de proc., art. 268].

3. La ley de Ginebra se ha detenido en el grado tercero [V. núm. 279], el Código de procedimientos de Austria en el cuarto [§. 257, núm. 1º].

to de las prohibiciones de matrimonio. *Affinitas non parit affinitatem* (V. no obstante Modestino, l. 4, §. 3 *D. de grad et affn*). Pero las expresiones de la ley son demasiado explícitas para ser susceptibles de otra interpretación. Distínguese en ella, efectivamente, si el cónyuge de la parte ha muerto ó no sin dejar hijos, y declara tachables, en uno y otro caso, los *afines* del cónyuge, haciendo variación solamente en el grado en que se detiene la facultad de tachar á los testigos. Es casi inútil añadir, que nada debe impedir la admisión de los consanguíneos ó afines, en el caso en que cesa hasta la exclusión por causa de consanguinidad ó afinidad, es decir, cuando es necesario el testimonio doméstico, como en materia de separación de cuerpos (1).

284. Bajo el segundo punto de vista, se puede tachar: 1º Al testigo heredero presunto ó donatario, puesto que el interés ó el reconocimiento le encadena al buen éxito de la causa de la parte que le hace citar. 2º Al comensal de la parte ó que comió ó bebió con y á costa de ella, despues que se dió la providencia que mandó la información. Este motivo es vivamente criticado por Boitard (sobre el art. 283) como injurioso al honor de los testigos. Desgraciadamente la experiencia diaria no viene en apoyo de esta generosa reclamación, porque las seducciones de esta naturaleza hacen sobradamente presa, aun en la esfera en que se agitan los intereses mas elevados. No hay duda, que la sospecha valdrá mas que la exclusión negativa; pero esto es atenerse al conjunto del sistema que estamos lejos de justificar. Una vez admitido dicho sistema, está lejos de ser inútil esta causa de tacha, aunque poco honrosa. Si alguna vez conviene tomar á los hombres tales como son, y no tales como deberían ser, es en los casos de procedimiento judiciales. 3º El que haya dado certificados sobre hechos relativos al proceso, porque entonces puede temerse, bien sea una resolución anticipada

1. Supuesto lo dicho en la nota anterior, la tacha legal relativa al parentesco se extiende al cuarto grado de consanguinidad y al segundo de afinidad art. 725.—[N. de los EE.]

en favor del consultante, bien la obstinación del amor propio, que se niega á retractarse. Cuando los miembros de un consejo de familia ó de un consejo municipal, aunque obrando en el ejercicio de sus funciones, han atestiguado personalmente los hechos en litigio, no se encuentran ya en las condiciones de independencia de espíritu necesarias para declarar en juicio segun el sistema de la ley, y llegan á ser tachables desde entonces (sent. deneg. de 2 de Julio de 1835, Montpellier 13 de Julio de 1847). De otro modo seria, si hubieran emitido solamente su parecer sobre la cuestión, sin atestiguar nada personalmente (cas. 25 de Julio de 1826; Douai, 1º Febrero de 1847). Háse igualmente rehusado, y con razón, considerar como habiendo dado un certificado al oficial público que recibió, en el ejercicio de sus funciones, el acta relativamente á la cual se ordena la información; por ejemplo, el notario que estendió un testamento (cas. 23 de Noviembre de 1812). 4º Los criados, servidores y domésticos. "Los que están á mi pan ó á mi plato" dice Beaumanoir (cap. XXXIX, 634), "no deben ser oídos como testigos en favor mio." Llámase propiamente *servidores* los que prestan servicios materiales como los criados, doncellas, etc., y *domésticos* ó *dependientes* los que prestan servicios de orden mas elevado, como los secretarios, bibliotecarios, etc. Tal era al menos el lenguaje antiguo. Pero, si es verdad que en una y otra hipótesis, hay relación íntima con la persona, y en su consecuencia, presunción de parcialidad, esta presunción tiene menos fuerza cuando los servicios prestados pertenecen al orden intelectual. Así es, que ha admitido la jurisprudencia la facultad de tachar á un comisionista (Rennes, 30 de Julio de 1848; Douai, 20 de Mayo de 1847), pero no al preceptor del hijo de una de las partes, ó al escribiente de un notario interesado en la causa (Bourges, 6 de Junio de 1825; Riom: 28 de Noviembre de 1828). "Respecto de los artesanos que trabajan para nosotros" dice Pothier (*Proc. civ.*, parte 1ª, cap. 3º, art. 4º, §. 3º), "nuestros

servidores, nuestros colonos, pueden declarar en pro y contra nosotros." En esto hay, por lo demás, una cuestión de apreciación, en la que el tribunal regulador podrá difícilmente revocar las decisiones del juez del hecho. Añadamos que en materia de separación de cuerpos, la misma necesidad que hace admitir los consanguíneos, impide tachar á los domésticos (Cód. Nap., art. 251); lo cual debe entenderse aun respecto de los servidores. *Hujusmodi delicta*, dice Mascardo (concl. 60, núm. 20), *probari possunt per ipsos testes domesticos, quia solent fieri clam et occulte et non coram multis* (1).

285. Las tachas de que nos hemos ocupado hasta aquí, tienen un carácter puramente relativo. Las de que nos resta que hablar, suponen por el contrario, que puede ser rechazado el testigo en toda clase de negocios, á causa de una especie de infamia que vá adherida á su persona. Aquí se aplican tambien en toda su fuerza las observaciones de Benthan, sobre lo que tiene de contrario á la verdad y á la razón esta presunción absoluta de falsedad (2). Son tachables, bajo este punto de vista, el condenado á una pena aflictiva ó infamante (3) y aun á una pena correccional por causa de robo; mucho mas los que se hallan en estado de acusación, es decir, que han sido enviados ante el tribunal criminal por la sala que entiende de las acusaciones. Se ha preguntado, si la rehabilitación del condenado hace cesar la facultad de tacharlo. Parecía natural decidir que, una vez borrada la incapacidad natural, desaparece la especie de infamia que motiva la tacha. Pero nada indica, en las expresiones de la ley, la intención de poner un término á esta facultad (Caen 23 de Julio de 1840). Otra

1. El tantas veces citado art. 725 establece como tachas legales: tener interés directo ó indirecto en el pleito y vivir á expensas ó sueldo del que le presenta.—N. de los EE.—

2. En el derecho canónico se podía hacer cesar, cuando lo requería la causa, la incapacidad que recaía en el testigo excomulgado: *Si contra monachos*, dice Honorio III, *excommunicationem ad impediendum causæ processum opponi contingebat, absolvimus eos ad cautelam*.

3. El condenado por crimen, si no incurría mas que en pena correccional á consecuencia de admitirse circunstancias atenuantes, no puede en el silencio de la ley, ser considerado como tachable [sent. deneg. de 18 de Febrero de 1845; Burdeos, 3 de Diciembre de 1857].

cosa es la incapacidad de declarar (salvo, en nuestro juicio, las simples declaraciones) que hace cesar efectivamente la rehabilitación, y que aun á veces, especialmente en los casos de condena por robo (Cód. pen., art. 401), cesa de derecho al cabo de cierto tiempo; otra cosa es la posibilidad de ser tachado, que no es una pérdida del derecho de testificar en que incurre el testigo, sino solamente una garantía para la parte contraria, garantía á la cual no fija término alguno la ley.

286. Los testigos de edad de menos de 15 años no son tachables (Cód. de proc., art. 285). Son pues oídos, teniendo el tribunal en consideración su corta edad. No obstante las dudas que se han suscitado sobre este punto por muchos autores, creemos que debe aplicarse aquí, por identidad de razón, el art. 79 del Código de procedimiento criminal, que no requiere se preste juramento. Esta formalidad, demasiado prodigada ya entre nosotros, es verdaderamente irrisoria, cuando se impone á los menores que no comprenden su importancia. Segun los términos de la ordenanza de Baden sobre el procedimiento civil (§. 621), los testigos de 14 á 16 años deben ser sometidos á un exámen preliminar, para acreditar si la inteligencia y el sentimiento religioso se hallan suficientemente desarrollados en ellos. En Inglaterra y en América se vá mas adelante, admitiéndose á prestar juramento, previo exámen, á los niños de siete años y aun de cinco (M. Greenleaf, tomo I, páginas 481 y 485). Esto consiste en que se admite en dichos países las declaraciones no juramentadas. Pero es preciso convenir en que este exámen, si se hace sumariamente, ofrece pocas garantías, y que, si se profundiza en él, ocasiona una lentitud sensible, sobre todo en lo criminal. La ley de procedimiento austriaco (§. 204) excluye completamente en lo civil á los menores de 15 años (1).

1. Entre nosotros no há lugar á exigir, como se hacía en otro tiempo en materia de posesión inmemorial—número 245,—la edad de 14 años en los testigos, en el momento en que han tenido conocimiento de los hechos. No hay limite legal alguno que coarte la apreciación del juez, y como decidió el tribunal de Pau el 18 de Agosto

287. En los casos previstos por la ley, ¿puede admitirse ó desecharse la tacha al arbitrio del juez? La opinion que quiere que las tachas sean ilimitadas, admite por vía de consecuencia (V. sent. den. de 2 de Enero de 1843 y muchas sentencias del tribunal de apelacion, especialmente de Riom de 30 de Mayo de 1844; y Poitiers 25 de Abril de 1850), como hace el art. 379 de la ley de procedimiento de Nápoles, que el tribunal tiene un poder discrecional relativamente á las tachas propuestas; de otra suerte, imaginarian las partes diariamente nuevas causas de tachas de testigos. Pero los que creen como nosotros, que el art. 283 es limitativo, no tienen que temer este peligro de arbitrariedad, que la opinion contraria se crea á su placer. No hay duda que valdria mas dejar al juez un poder discrecional; pero desgraciadamente esta opinion no nos parece compatible con el art. 291, segun el cual, si se admiten las tachas, no debe leerse la declaracion del testigo tachado. Admitir las tachas sin saber la declaracion de los testigos es evidentemente pronunciarse *á priori*, segun una regla general y no segun el exámen de los hechos. Así fué como el tribunal de apelacion de Turin comprendia el proyecto, cuando decia en sus observaciones: "Creemos, contra los autores del proyecto, que debe leerse y apreciarse por los jueces en su sabiduría la declaracion de todos los testigos. Ahora bien; el proyecto no esperimentó ninguna modificacion en este sentido en el Consejo de Estado. No debe, pues, vacilarse en reconocer, que al reducir las tachas á casos determinados, el artículo ha querido establecer una obligacion y no una facultad á favor del juez. Hánse pronunciado en este sentido numerosas sentencias de tribunales de apelacion y una sentencia denegatoria por la Sala civil el 12 de Enero de 1848.

de 1834, no hay motivos racionales para rehusar que se tengan en cuenta recuerdos mas duraderos en la primera edad, en que son mas vivas las impresiones y está menos turbada por distracciones y cuidados.

Nuestro Cód. de proc., artículo citado establece como tacha legal ser menor de 14 años menos en los casos de imprescindible necesidad á juicio del juez y entre las circunstancias que debe tener en consideracion para valorar la fé del testimonio se cuenta el criterio que por la edad, capacidad ó instruccion deba tener el testigo, artículo 796.—N. de los EE.—

288. Las tachas se discuten en la Audiencia, cuando se ha propuesto y notificado la informacion por la parte mas diligente; si solo se acreditan por testigos, há lugar á nueva informacion, que se hace sumariamente, es decir, ante el tribunal (Cód. de proc., artículos 289 y 290). ¿Se puede tachar á los testigos oídos en esta nueva informacion? La lógica conduciria á responder afirmativamente sin distincion alguna; pues ¿por qué habia de haber mas facilidad para admitir la prueba de las causas de tachas que la de los hechos principales? Pero si se admitieran terceros testigos que viniesen á declarar sobre las tachas opuestas á los segundos que tachan á los primeros, ¿por qué no habia de poder articularse contra estos terceros testigos tachas que dierran lugar á una cuarta informacion, y así hasta lo infinito? Háse comprendido que era preciso detenerse en esta resbaladiza pendiente. De aquí la antigua máxima (Loy-sel *Int. contum.* lib. 5, tít. 5, núm. 18): No se admiten reprobatorios de reprobatorios (tachas de tachas). Este principio se remonta al derecho canónico. Cujacio dice en su comentario á las Decretales (ad capítulo 49, *De testibus*): *Testes testibus refelli posse semel et iterum non tertium: alioquin nullus esset litium finis, nullus calumniandi modus.* Siguiendo el mismo es espíritu, no admite el Código de procedimientos, contra los testigos producidos en la segunda informacion, en la que tiene lugar necesariamente sobre las tachas, mas que tachas justificadas por escrito (*ibid.*, art. 290). Este es un espediente sin duda mas bien que un medio regular de salir del paso; pero proceder de otra suerte, hubiera sido entrar en un camino sin salida. Lo cierto es, que las consecuencias del sistema acusan su vicio (1).

Las leyes de España no prohiben de un modo absoluto comparecer como testigos en los pleitos civiles á los parientes de las partes. Las leyes 10, 11 y 15, tít. 16, Par-

1. No es admisible la prueba testimonial para tachar á los testigos que hayan servido para probar las tachas [art. 814 Cód. de proc.]—N. de los EE.—

tida 3ª, y la final, tít. 30, Part. 7ª, previenen tan solo que nadie puede ser apremiado á declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno contra su suegro, ni éste contra aquel, ni el padrastrero contra su entenado, ni al contrario; mas si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho. Pueden ser testigos viviendo independientes y con peculio propio, los hermanos entre sí; y asimismo el padre y el abuelo en favor de sus hijos ó nietos, y los descendientes en favor de los ascendientes, cuando el hecho cuestionable sea relativo á la edad de alguno de los descendientes, ó en razon de parentesco: leyes 14 y 15, tít. 16, Part. 3ª.

Tambien se admiten los testimonios domésticos en las causas de divorcio, por nuestro derecho, y en el proyecto del Código civil de 1851.

Respecto de las tachas de los testigos, segun el art. 320 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, pueden ser tachados por causa de imparcialidad los testigos en quienes concurran algunas de las siguientes causas:

1ª Ser el testigo pariente por consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado civil del litigante que le haya presentado.

Nuestra ley no menciona como el Código de procedimiento francés, en su art. 268 que espone M. Bonnier en el número 276, aparte tercero, al cónyuge divorciado, mas debe entenderse comprendido implícitamente en la disposicion del artículo 320 de nuestra ley, puesto que existen motivos para presumir parcialidad entre dos personas que han vivido en la union tan íntima del matrimonio, no obstante estar ya separadas: así lo persuade tambien el hallarse comprendido este caso en el art. 147 del reglamento del Consejo Real sobre los negocios contencioso-administrativos.

2ª Ser al prestar declaracion el testigo, dependiente ó criado del que lo presentare, entendiéndose por criado ó dependiente para los efectos de esta disposicion, segun declara la misma ley, el que vive en las casas del tenido por amo y le presta en ellas servicios mecánicos, mediante un salario fijo.

3ª Tener interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante. Esta disposicion se halla sancionada tambien en nuestras antiguas leyes, las cuales la dedujeron del principio de que nadie puede ser testigo en causa propia, sancionado tambien en el derecho canónico. (V. la ley 18, tít. 16, Part. 3, y el cap. *cum personas*. 20, l. 2, título 20 de las Decretales Gregorianas.

4ª Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.

5ª Ser amigo ó enemigo manifiesto de uno de los litigantes.

Aunque en esta disposicion no se especifica de cuál de los litigantes ha de ser amigo ó enemigo el testigo, es claro que se refiere al caso en que la amistad sea con el litigante que lo presenta y la enemistad con el contrario. Adviértase que nuestra ley se refiere á una amistad *íntima*, por lo que no bastará, en nuestro concepto, para que pueda tacharse á un testigo, que haya comido á costa de la parte despues de darse el auto admitiendo el interrogatorio, caso que indica M. Bonnier en el núm. 284, á no ser que á aquel acto acompañara un afecto especial. Asimismo, la enemistad á que se refiere la ley española ha de ser grave y de que pueda presumirse que impedirá la imparcialidad en el testigo, lo que deberán apreciar los jueces segun su prudente arbitrio, mas no es necesario que la enemistad sea capital, como sentaban nuestros autores refiriéndose á la legislacion anterior; pero debe ser manifiesta, es decir, que se haya revelado por hechos, debiendo la parte alegarlos al proponer la tacha para que puedan apreciarse por los jueces.

A estas causas de tachas ha reducido la nueva ley de Enjuiciamiento las enumeradas en nuestras antiguas leyes con el objeto de dejar campo mas vasto á la prueba testifical. Mas estas disposiciones de la nueva ley no deben entenderse como limitando á ellas las demás causas por las que no puede ser absolutamente ó en ningun caso testigo la persona en quien concurren, y que se hallan enumeradas en nuestras antiguas leyes (V. la 8, tít. 16, Part. 3ª), si bien deben entenderse estas modificadas por el espíritu de nuestra legislacion moderna y la diversidad de las costumbres del siglo. Entre estas causas á que se refiere M. Bonnier en el número 285, se encuentran el conocido por de mala fama, el que hubiere dicho falso testimonio, el homicida, el traidor ó alcovoso, el ladron, etc.

Respecto al menor de edad, de que trata M. Bonnier en el núm. 286, nuestras leyes previenen tambien, que no pueda ser testigo por causa de menor edad, en las causas civiles el que todavia no haya cumplido catorce años y en las criminales el que no haya cumplido veinte, bien que antes de llegar á estas edades, puede una persona ser llamada á declarar, y servirá su dicho de presuncion: (V. la ley 9, tít. 16, Part. 3ª). Adviértase tambien que segun el art. 314 de la nueva ley de Enjuiciamiento, los me-

nores de catorce años no deben prestar juramento.

En cuanto á las facultades del juez para admitir ó no á declarar á los testigos á que se refiere M. Bonnier en el núm. 287, debe tenerse presente, que por nuestro derecho, el juez puede repeler de oficio los testigos que aunque no fueren tachados por las partes, fueran de aquellos en quienes concurren impedimentos absolutos, como si dimanaran de delitos ó de incapacidad natural notoria, pues la ley les prohíbe testificar en toda clase de causas por el bien público, y así, no tiene la parte facultad para habilitarlos tácita ni espresamente; mas cuando la incapacidad del testigo es sólo respectiva á los litigantes, como el parentesco, la amistad, etc., y éstos prescinden de ellas, con su silencio, se presume que habilitaron tácitamente al testigo por creer que no faltaría á la verdad, y el juez no puede repelerlos de oficio: en tales casos, es pues, necesario, que preceda instancia del interesado en el término y en la forma requerida, y entonces el juez, apreciando si existe ó no aquella causa, admitirá ó desechará al testigo.

Respecto al punto sobre el estado del proceso en que deberán tacharse los testigos de que trata M. Bonnier en el número 280, según las leyes de Partida, podían las partes oponer las tachas contra las personas de los testigos al tiempo de presentarse y juramentarse éstos, y antes de la publicación de probanzas, y pareciendo al juez tales que debieran admitirse, las recibía á prueba y daba sentencia sobre ellas, y después corría el pleito en lo principal. Esta disposición tenía por objeto evitar que se procediera inútilmente á tomar declaración á los testigos tachables. Mas como podía suceder que se ignorase que concurrían en los testigos presentados las circunstancias que ocasionan las tachas, hasta después de juramentados y de haber dado sus declaraciones, y como en tal caso no se les hubiera podido tachar, si solo se hubiera permitido hacerlo al recibirles juramento, la misma ley de Partida citada facultaba para oponer las tachas después de la publicación de probanzas en general. Pudiendo, pues, poner las partes tachas á los testigos, bien al tiempo de juramentarlos, con obligación de probarlas entonces, bien después de publicadas las probanzas, con igual obligación, resultaba que verificaban dos pruebas sobre tachas, dilatándose los pleitos con perjuicio de las partes y contra el interés del público. Para evitar estos inconvenientes, la ley I, tít. 12, lib. II de la Nov. Recop., si bien no excluyó la facultad de las partes

para poner tachas contra las personas de los testigos al tiempo en que juraran, las permitió oponer después de la publicación de probanzas esta clase de tachas, disponiendo se verificase la prueba después de dicha publicación, de suerte que, aunque se tacharan antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspendía el pleito principal, ni se recibían á prueba, reservando hacerlo en tiempo oportuno después.

La nueva ley de Enjuiciamiento dispone sobre este punto, en su art. 319, que dentro de los cuatro días siguientes al en que se notificare la providencia en que el juez mande unir las pruebas á los autos, esto es, hacer publicación de probanza y entregar éstas á las partes para alegar de bien probado, podrán estas tachar los testigos por causas que no hayan espresado en sus declaraciones, formando artículo sobre ello, y transcurridos dichos cuatro días, no podrá admitirse ninguna solicitud sobre tachas. La disposición de este artículo faculta, pues, para proponer las tachas personales después de publicadas las pruebas; mas siendo en su contesto sobre este punto semejante á la de la ley 1.^a recopilada espuesta, parece que no debe entenderse como prohibiendo oponer las tachas personales al presentarse el juramento de los testigos, mucho más cuando así parece corroborarlo el art. 313 de la nueva ley, al facultar á las partes para exigir se les den en el acto todas las noticias que sean necesarias para que puedan conocerlos con seguridad; pues que esta disposición no tiene otro objeto que el de que puedan cerciorarse de si son ó no tachables los testigos. Lo que no podrá hacerse en el acto de juramentarse á éstos, será la prueba de las tachas que entonces se opusieren; pues esta deberá reservarse para practicarla después de la publicación juntamente con la de las demás tachas que se hubieren opuesto en este período del juicio. De esta suerte se obtienen las ventajas espuestas, que resultan de tachar á los testigos al juramentarlos, y las de evitar el embarazo y dilaciones consiguientes á la práctica de dos pruebas sobre tachas en dos períodos distintos del juicio.

Tampoco nuestro antiguo derecho admite las tachas de tachas de que trata M. Bonnier en el núm. 288, ni las autoriza la nueva ley de Enjuiciamiento, pues como dice Hebbin Bohanes, parte 1.^a, §. 16, núm. 30, esto sería proceder á lo infinito.—(N. de O.)

§14. APRECIACION DE LOS TESTIMONIOS.

SUMARIO.

289. Debe pesarse y no contarse los testimonios.
290. Antigua teoría de la prueba legal.
291. Distinción de la convicción del hombre y de la del juez.
292. Exclusion del testimonio único.
293. Fé ó crédito dado al concurso de dos testimonios intachables.
294. ¿Se puede oír muchas veces al mismo testigo?
295. Aplicación del cálculo á la prueba testimonial.
296. De la deposición á título de simple noticia ó instrucción.
297. Testimonimetro de Bentham y del procedimiento de Austria.
298. La doctrina moderna se limita á aconsejar al juez.

289. Esta verdad de sentido común, que debe pesarse y no contarse los testimonios, fue proclamada por los juriconsultos romanos, que como hemos visto, no admitían un sistema de pruebas legales. Eclipsada durante muchos siglos esta verdad, no ha vuelto á estar en voga entre nosotros hasta fines del siglo último. Ha sido preciso una revolución completa en la legislación para que se volviera á las nociones sencillas y puestas en razón, que la fuerza del hábito y de los progresos había sofocado en los mejores entendimientos (1).

290. Las reglas técnicas sobre la prueba testimonial, imaginadas, ó por lo menos, desarrolladas por los doctores de la Edad Media son de dos clases. Propenden, ó á exigir absolutamente ciertas condiciones para que pueda existir la convicción legal, ó lo que es más violento, á crear en ciertos casos una convicción legal ficticia, aun cuando no existiera la verdadera convicción.

291. De las reglas de la primer clase, trae su origen la máxima tantas veces repetida: *Estoy convencido como hombre, pero no lo es el juez.* Esta distinción no tendría nada que no estuviera puesto en razón, si

1. Si por ambas partes hubiere igual número de testigos, el juez se decidirá por el dicho de los que le merezcan mayor confianza. Si todos le merecen igualmente y no hay otra prueba plena, se absolverá al demandado [art. 794]. Si por una parte hubiere mayor número de testigos que por la otra, el juez se decidirá por la mayoría, siempre que en todos concurren los mismos motivos de confianza. En caso contrario, obrará como le dicte su conciencia, fundando, especialmente esta parte de su resolución [art. 795 Cód. de proc.]—N. de los E. E.

se quisiera decir solamente que tal probabilidad que se admite como prueba en las relaciones ordinarias de la vida, no podría tener la misma fuerza en materia judicial. Pero si se quiere decir, y este es el sentido en que se entendía la máxima en otro tiempo, que á falta de ciertas condiciones determinadas, no debe el juez decidirse á creer, á pesar de la íntima convicción que experimenta, se pone á la ley en oposición con el sentido común.

292. La exclusion más célebre de las motivadas en que el testimonio se considera insuficiente *a priori*, consiste en la exclusion de un testigo único. La idea en que se apoya esta exclusion es el peligro de referirse á un solo hombre, cuando hay ya tantas probabilidades de fraude ó de error en las declaraciones conformes de muchos. Pero ¿qué puede deducirse de aquí? Que debe acogerse con la mayor circunspeccion una declaración aislada. Tal parece haber sido también la opinión de los Romanos, al menos hasta la época del Bajo Imperio. Valerio Máximo (lib. IV, cap. I, §. 11) nos dice que Q. Scévola (tal vez el juriconsulto Quinto Mucio) decía, después de haber declarado en un asunto: *Ita sibi credi oportere, si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli.* Y estas palabras se nos han citado como una prueba de modestia: elogio que no tendría sentido, si la exclusion de un testigo único hubiera sido impuesta por la ley. Quintiliano (388 declamat.) invoca igualmente la circunstancia de haber un testigo único, como recurso oratorio, y de ningún modo como argumento legal. En cuanto á los textos de los juriconsultos, vuelve á encontrarse sin cesar el principio de que no hay que atenderse al número de los testigos. *Non ad multitudinem testium respici oportet* dice Arcadio (lib. 21, §. 3, *D. de testib.*), *sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.* Ahora bien, un testimonio aislado puede ir marcado de un carácter patente de verdad que pudiera faltar á testimonios numerosos, pero sospé-

chosos. Si se lee en un decreto imperial citado por Paulo (l. 20, *D. de quest.*) *unius testimonio non esse credendum*, debe observarse que el testigo de que se trataba en el caso en cuestion, era sospechoso como hijo del liberto de la parte que le presentaba en su favor. Así, pues, dicho decreto puede haber determinado mas bien en hecho que en derecho. Otro texto, de que se ha abusado singularmente, y es la ley 12, *D., de testibus*: "Ubi numerus testium non adicitur, dice Ulpiano, etiam duo sufficient." Luego si pueden ser bastantes dos testigos, se ha esclamado, se necesitan por lo menos dos. Pero la idea del jurisconsulto se halla aclarada por lo que sigue: "Pluralis enim elocutio duorum numero contenta est." Ulpiano alude manifiestamente á leyes especiales que exigian en plural *testigos*, probablemente en actos extrajudiciales; y decide como se decidiria aun en la actualidad, que bastan dos testigos. Pero no hay en dicho texto ningun principio general sobre el número de testigos que se requiere en juicio.

Hasta Constantino no vemos formulada claramente esta exclusion; y aun no llegó el emperador hasta este punto, á consecuencia de otra primera constitucion que solamente recomendaba á los jueces que fueran circunspectos: "Simili modo sancimus, (l. 9, §. 1, Código, *de testibus*) ut unius testimonium nemo iudicium in quaquumque causa facile patiat admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat." Al Bajo Imperio, pertenece, pues, la máxima *Testis unus, testis nullus*, ó como dice Loysel (*Inst. coutum.* Título de las pruebas, §. 10): *Vox de uno, vox de ninguno*. El derecho canónico proclamó igualmente esta máxima, fundándose, ya en la autoridad de las leyes romanas, ya en la de la Biblia, donde se lee en el Deuteronomio (cap. XIX, ver. 15): "Non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illud peccati et facinoris fuerit; sed in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum." Pero esta regla, útil en un pueblo toscó, que

necesitaba se le guiase por medio de descripciones positivas y literales, no merecia ya ser trasladada á los pueblos modernos, como tantos otros preceptos de la ley mosaica, cuyo carácter legal y temporal no se ha negado. Con arreglo á estas autoridades, sin embargo, fué como las Decretales concluyeron por erigir en regla absoluta la exclusion de un testigo único, aunque fuera obispo ó arzobispo; solo el papa tenia el privilegio de ser creído sobre su declaracion: *Idem in episcopo et archiepiscopo* (dice Cujacio) *Coment. sobre las Decretales*, (título de *testibus*, cap. 28) *sed non in Romano Pontifice, qui vel cuius vox instar esset debet multorum* (1). Segun una revista inglesa (*Law Review*, mayo, pág. 132-135), los tribunales eclesiásticos en Inglaterra, aplican aun en el dia del modo mas exagerado la regla de la pluralidad de testigos. Así es, que un marido no podia obtener el divorcio por causa de adulterio, no obstante haber sorprendido á su mujer en flagrante delito, por no tener en su favor mas que un solo testigo, una doncella de ésta. Hay casos en que se exige cinco testigos. Finalmente, en otro tiempo, ¡se necesitaban hasta siete testigos oculares para convencer á un cardenal de incontinencia! M. Greenleaf rechaza con razon como contrario al génio de las instituciones americanas, la importacion en los Estados Unidos de semejantes principios.

Sin embargo, habian prevalecido en nuestra antigua práctica francesa. "En esta clase de pruebas, dice Beaumanoir (capítulo XXXIX, §. 5), conviene que haya dos testigos leales por lo menos. Pothier dice igualmente (Oblig. número 818): "El testimonio de un solo testigo no puede constituir prueba, por digno de fé que aquel sea, y cualquiera que fuese la dignidad en que se hallara constituido. Pero un testigo único hace semi-prueba, ó prueba semi-plena, la cual estando sostenida con el juramento, puede á veces, en materias

1. El antiguo derecho canónico no iba tan lejos: *Olim*, dice Cujacio [*ibid.*, cap. 23], *unius episcopi testimonio plerisque ni causis, cum erant sanctissimi episcopi, fides habebatur*.

"muy ligeras, completar la prueba. Segun "este principio decide nuestra costumbre "de Orleans, art. 156, que cuando alguno ha "dejado pacer sus ganados en la heredad de "otro, y causan daños en ella, la prueba "de la obligacion que resulta de este daño "puede hacerse por medio de un testigo y "del juramento del demandante, con tal "que no pretenda mas de veinte sueldos, si "se hizo el daño de dia, y de cuarenta sueldos, si el daño se hizo de noche." Véase, pues, que la derogacion es débil y de tal clase, que compromete poco el principio.

En el dia, aunque ningun texto de nuestras leyes civiles reproduce espresamente la máxima *Testis unus, testis nullus*, aunque no se haya reclamado en lo criminal el sistema de íntima conviccion (Cód. de instr., art. 342), nadie ha vacilado en considerar al juez como libre de esta antigua restriccion por el solo hecho de no haberse reproducido. "La declaracion de un testigo único, dice Philipps (*on the law of evidence*), "lib. I, part. 1, cap. 7, sec. 1), puede ser "tan precisa, tan completa, tan imparcial, "tan libre de toda vacilacion, que produzca "en el espíritu mas escrupuloso la conviccion mas fuerte y mas profunda." Además, esta idea de que se puede hacer todo impunemente en presencia de un solo hombre, se halla enteramente fuera de razon (1). Por lo demás, era menos favorable á la humanidad de lo que se hubiera podido creer á primera vista: á falta de testimonio suficiente, era preciso obtener una confesion, y para obtenerla á toda costa en los casos graves, se recurria al tormento. Así es como una doctrina sobrado relajada terminaba por conducir á un rigor escesivo. En el dia no existe nada semejante: el tribunal que se atuviera con sobrada facilidad

1. Vuelve á encontrarse aun, no obstante, la exclusion de un testigo único, no solamente en las legislaciones alemanas, siempre tan apegadas á las precedentes, sino tambien en el Código holandés de 1838, calcado en gran parte en nuestro Código civil. "La declaracion de un solo testigo dice el art. 1542 de este Código; despuda de todo otro medio de prueba, no hace fé en juicio. En Inglaterra, el principio *Responsio unius omnino non audiatur*, admitido en otro tiempo en tésis general, ha dejado marcados hechos aun en los tribunales laicales, pero diariamente propende á eclipsarse [M. Greenleaf, tom. I, pág. 335 y sigs.]

á un solo testimonio, podria juzgar mal; pero su decision, no violando ninguna ley, no podria dar motivo á un recurso de casacion (V. una sentencia denegatoria de 22 de Noviembre de 1815) (1).

293. Si la regla de la exclusion de un testigo único, no era perfectamente conforme á razon, existia un principio mucho mas peligroso, á saber, el que, creando una conviccion legal enteramente facticia, queria por el contrario, que la declaracion conforme de dos testigos no sospechosos ocasionaria forzosamente condena. Aquí se hallaba completamente falseada la aplicacion de los testos del *Corpus juris*, porque jamás se profesó en Roma, ni aun en Constantinopla semejante error lógico. Si se quisiera aplicar á los testigos judiciales (número 292) la ley 12 *D., de testibus*, segun la cual bastan dos testigos, *etiam duo sufficient*, resultaria de aquí la posibilidad de condenar por el dicho de dos testigos, pero de ningun modo la obligacion de hacer dicha condena. Nunca es para los jurisconsultos romanos el número de testigos, mas que un medio de apreciacion: *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua queritur, fidem* (Callistr. l. 3, §. 3, *D. de testib.*) En cuanto á la Sagrada Escritura, cuya interpretacion tuvo aun aquí una influencia sensible en nuestro antiguo procedimiento, tomado en gran parte del derecho canónico, el texto del Deuteronomio que hemos citado, escluye un testigo único, pero no parece imponer en manera alguna la obligacion de sentenciar conforme á la declaracion de cierto número de testigos. Aunque se tomara á la letra, las espresiones *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum*, habrian exigido por lo menos que se llegase hasta el número de tres, antes de proclamar un resultado tan violento como que se diera fé forzosamente al testimonio

1. Un solo testigo por caracterizado que sea, no hace prueba plena sino cuando ambas partes personalmente y siendo mayores de edad, convegan en pasar por su dicho: fuera de este caso la declaracion de un solo testigo solo produce presuncion humana, art. 793 Cód. de proc.—[N. de los EE.]