

(1). Pothier tan juicioso por lo comun, admite no obstante, tambien sin vacilar esta singular doctrina que pone la infalibilidad en el testimonio de dos hombres, al mismo tiempo que solo vé error en el testimonio de uno solo. Supone (Oblig. núms. 818 y 819) que declaran dos personas, la una haber visto prestar una suma de dinero, la otra haber oido confesar el préstamo. "El préstamo, se halla pues, atestiguado por dos testigos, y por consiguiente, plenamente probado (2). Aunque dos testigos," añade, "basten para constituir la prueba de un hecho, sin embargo, como la parte que ha sido admitida á la prueba, no está segura de lo que declararán los testigos, puede hacer que se oiga hasta diez sobre un mismo hecho; el exámen de los que esta hubiera hecho oír que escudiesen de este número, no debe comprenderse en el importe de los gastos ó costas que se le hubieran adjudicado" (Orden. de 1667, título XXII, art. 21). Lo mismo sucede en el dia respecto de los que pasan del número de cinco. El Código de procedimientos (art. 281), temiendo que la multiplicidad de los hechos que hay que probar, impusiera gastos demasiado onerosos á la parte contraria, ha sido aun mas sóbrio en su abono que la Ordenanza de 1667. Pero es claro, que la parte puede siempre citar á su costa mayor número de testigos. El tribunal de Agen, por sentencia de 14 de Febrero de 1853, ha invalidado un fallo que, concediendo una próroga para la informacion, limitó á dos el número de testigos que podian oírse. En el dia, esta cuestion de tarifa es la única de que hay que preocuparse, en lo relativo al número de declaraciones. Porque si la exclusion de un testigo único se halla suficientemente abolida por el silencio de nuestros Códigos, lo mismo

1. En el derecho canónico, de donde procede esta singular doctrina, el número de dos testigos constituía una especie de unidad legal: dos testigos contrabalanzaban la autoridad de una acta ó escritura pública, cuatro testigos tenían una autoridad superior á la de la escritura [Cujacio *Decret. ad cap. 10. de fide instr.*]

2. Esta descomposicion de la prueba en dos partes, se halla igualmente admitida por Mascaro [conc. 65] respecto del adulterio: *Testis unus de una die et loco, alius de alia deponens, adulterium probant.*

no sucede con mucha mayor razon respecto de la fé ó del crédito enteramente artificial que daba una falsa interpretacion de los textos al relato de dos hombres. En el derecho comun alemán, si el primero de estos principios se halla aun en vigor, el segundo á lo menos está hoy abandonado, si es que se ha seguido alguna vez (1) (V. Mittermaier, *De la prueba en materia criminal*, cap. 45), y se puede considerar como la expresion de la doctrina alemana actual la enmienda presentada por Robespierre en la Asamblea constituyente (sesion de 4 de Enero de 1791), concebida en estos términos. "No podrá declararse al acusado convicto cuando no existan las pruebas que determina la ley. El acusado no podrá ser condenado conforme á las pruebas legales, si son contrarias al conocimiento y á la conviccion íntima de los jueces" (2).

294. ¿Puede oírse muchas veces á un mismo testigo en la misma informacion? En pró de la afirmativa, puede decirse que, guardando silencio la ley, debe permitirse al juez que ordene que se cite segunda vez al testigo, si se creen necesarias nuevas noticias, como se verificaria en materia criminal. Pero no debe perderse de vista, que el Código de procedimiento ha establecido una marcha enteramente especial, fundado en el peligro del soborno de los testigos. Ahora bien, es muy de temer que el testigo que ha declarado la primera vez, sea seducido por las partes, si se le autoriza para volver á declarar. Así es que se ha

1. El §. 201 del Código de procedimiento civil de Austria, haciendo que resulte una prueba plena de la declaracion concorde de dos testigos irrefragables, parece adoptar enteramente nuestra antigua doctrina sobre la prueba legal; pero el Código de procedimiento penal de 1853 [§. 258—282] solo autoriza lo que llaman los alemanes una *Teoría negativa de las pruebas*.

2. Dos testigos hacen prueba plena, si concurren en ellos las siguientes condiciones: Primera, que sean mayores de toda excepcion; Segunda, que sean uniformes: esto es, que convengan no solo en la sustancia, sino en los accidentes del acto que refieren; Tercera, que declaren de ciencia cierta: esto es, que hayan oido pronunciar las palabras, presenciando el acto ó visto el hecho material sobre que deponen, y cuarta, que den fundada razon de su dicho. Pero si la diversidad solo fuere en accidente que no modifique la esencia del hecho á juicio del juez tambien harán prueba plena dos testigos no contestes, todo lo cual se entiende en todos los casos en que la ley no exija mayor número de testigos, arts. 788, 789 y 790. —(N. de los EE.)

consignado por el derecho moderno (1) la negativa que se admitió rigiendo la ordenanza de 1667 (Serpillon, sobre el tít. 24, art. 16) (Limoges, 11 de Enero de 1834; Caen, 23 de Marzo de 1854) (2).

295. Pero no debe volverse á las reglas del antiguo derecho respecto á la aplicacion del cálculo á la prueba testimonial. Además de las dos reglas principales, muy sencillas en la práctica, puesto que se rechazaba un solo testimonio, mientras que dos constituian prueba plena, admitian algunos tambien un cálculo de fracciones. Así, el Parlamento de Tolosa queria, contra lo prescrito por la ordenanza de 1667, que tomase el tribunal conocimiento de las declaraciones de los testigos tachados; pero en vez de llegar con esto á la libre apreciacion del juez, única consecuencia puesta en razon de este sistema, establecia una evaluación matemática del valor de cada testimonio sospechoso, considerado como parte alienota de un testimonio intachable. "El Parlamento de Tolosa," dice Rodier (sobre la ordenanza de 1667, tít. XXIII), "tiene un modo particular de juzgar las tachas y las objeciones (3): las admite á veces segun su diferente calidad, de modo que no destruyan la declaracion del testigo por completo, sino que esta subsista por una octava parte, por una cuarta, por la mitad, por tres cuartas partes; y una declaracion reducida de esta suerte en su valor necesita el auxilio de otra para llegar á ser entera; por ejemplo, si de las declaraciones de cuatro testigos á quienes se ha hecho objeciones, se reducen dos á la mitad, esto constituye un testigo; si se re-

1. No obstante, un testigo que ha declarado en la informacion, puede tambien declarar en la contra-informacion si se trata de hechos distintos [Bastia, 22 de Julio de 1857].

2. En nuestro Cód. de proc. puede fundarse la doctrina del autor, puesto que por el art. 744 y su concordante el 651, una vez firmada una declaracion no puede variarse ni en la sustancia ni en la redaccion, así es que presentado de nuevo el testigo no podria declarar contra lo asentado y sobre los hechos constantes en un interrogatorio no puede presentarse otro—749.—Mas en el caso de que hecha la publicacion de pruebas se observare que al examinar á un testigo se omitió hacerle alguna de las preguntas contenidas en el interrogatorio, la parte que presentó este tiene derecho de pedir que el testigo sea examinado sobre el punto omitido art. 752.—N. de los EE.—

3. Aquí la palabra objeciones es sinónima de tachas.

"duce la tercera declaracion á una cuarta parte; y la cuarta declaracion á tres cuartas partes, esto forma otro testigo, y por consiguiente se encuentra una prueba suficiente de testigos, aunque á todos se haya hecho objeciones y todos hayan sufrido alguna lesion en su crédito con las objeciones propuestas." Asimismo cuando fueron admitidas las mujeres á testificar por una ordenanza de Carlos VI, del 15 de Noviembre de 1394 (1), trascurrió mucho tiempo antes que se considerase su declaracion como equivalente á la de un hombre. BrunEAU (*Observat. crim.*, tít. VIII, núm. 40), aunque contemporáneo de M.<sup>me</sup> de Sevigné, no temia escribir en 1686, que la declaracion de tres mujeres no vale la de dos hombres. En Berna, hasta 1821, y en el Canton de Vaud hasta 1824, se necesitaba el testimonio de dos mujeres para contrabalancear el de un hombre. Y aun no hacemos caso de las subdistinciones que venian á complicar el sistema, por ejemplo, el principio de que una virgen merecia mas confianza que una viuda: *Magis creditur virgini quam viduae* (Farinacio, *de opp. contra dicta testium*, quest. 65, §. 180). M. Mittermaier hace notar, al contrario (trad. de M. Alexandre, pág. 359), que en un caso dado, la mujer observará con mas atencion que el hombre, si se trata de objetos que entran mas naturalmente en el círculo de las cosas que la interesan, por ejemplo, si se trata de un embarazo, de pormenores de trajes, etc. Finalmente, en otro tiempo se tenia cuenta de la edad, de un modo no menos arbitrario, cuando se decidia (Mascardo, concl. 1031, núms. 3 y 4) que en caso de conflicto ó empate de testigos, debian preferirse los de mas edad á los mas jóvenes, ó que por lo menos, para establecer lo contrario, se necesitaban quince testigos. Los hechos han desmentido estas prescripciones dictadas *a priori* (2).

1. Beaumanoir nos dice, en efecto—cap. XXXIX, §. 31.—que en su tiempo no podia tacharse á las mujeres. "Las señoras que se presentan como testigos no deben ser tachadas por el contrario del que las presentó, bien sean viudas, casadas ó solteras."

2. Lo mismo debe decirse de la antigua maxima *Falsus in uno, falsus in omnibus*, que se sigue todavia por la chancilleria inglesa—M. Greenleaf, tomo III, página

296. Cuando antiguamente se decía que tal persona no era apta mas que para prestar una simple declaracion, para dar simples noticias, esta restriccion tenia una gran importancia, puesto que indicaba, que una declaracion de tal clase no podia constituir nunca una unidad, sino á lo mas una fraccion, en el cálculo legal de los testimonios. Hoy, al contrario, cuando el art. 285 del Código de procedimiento nos dice, que se oiga á las personas de edad menor de quince años cumplidos, salvo tener en cuenta esta circunstancia al apreciar la declaracion, se advierte con esto al juez que sea circunspecto. Pero si se halla íntimamente convencido de que el menor de quince años dice la verdad, nada le impide decidirse por su declaracion, aunque fuera aislada.

297. Bentham, que critica con tanta energía estos deplorables procedimientos de nuestros antiguos legistas, propone, para apreciar la fuerza de los testimonios, un expediente al cual hay fundamento para dirigir las mismas censuras. "Representaos, dice (*Pruebas judiciales*, lib. I, cap. XVII) "la imágen de una escala dividida en diez gradas: esta escala tiene un lado positivo, en el cual se inscriben los grados de persuacion positiva. es decir, que afirman la existencia del hecho en cuestion, y otro lado negativo, en el cual se inscriben los grados de persuacion negativa, es decir, que niegan la existencia del mismo hecho; debajo de la escala hay un cero, con el cual se denota la falta de toda persuacion en pró ó en contra. El testigo dice: "Mi persuacion es de cinco grados ó de diez grados por el lado positivo, de diez grados ó de cinco grados por el lado negativo, á la manera que se dice hablando de la temperatura que señala el termómetro: El mercurio está á diez grados so-

398.—como si el que ha mentido una vez, no pudiera decir verdad en una segunda ocasion, si no tiene motivo alguno para apartarse de lo cierto.

En ningun art. del Cód. de proc., puede fundarse la prohibicion de que la mujer sea testigo, antes bien entre las tachas legales se dice que un cónyuge, sin hacer distincion de sexos, no puede ser testigo á favor del otro, lo cual supone que la mujer puede presentarse á declarar. Esto lo confirma el art. 734 que previene que el juez pueda tomar declaracion á las mujeres en su casa.—N. de los EE.—

"bre ó bajo cero. . . . Siganse los progresos "del espíritu humano y se verá que en todo se busca dar á antiguas medidas un "grado adicional de perfeccion. El electrómetro, el calorímetro, el fotómetro son "obra de nuestros dias. ¿Requiere la justicia menos exactitud que la química?" Este descubrimiento de Bentham ha escitado muy poco entusiasmo; pues se ha comprendido que su *testimoniometro* no era menos arbitrario que el cálculo de fracciones empleado en otro tiempo. M. Willis (*Circumstantial evidence*, cap. I, sec. 3) ha contestado á Bentham, que no se prueba un acontecimiento histórico, como se prueba la igualdad de dos triángulos que tienen un ángulo igual comprendido entre dos lados iguales. Y no obstante, el procedimiento civil de Austria parece haber querido realizar la teoría de Bentham. Segun el testimonio del profesor Beidtel (*Proc. ordin.*, §. 135) sobre el centro de la escala de verocimilitud, la ley coloca un punto de descanso. Sobre este punto de descanso, la prueba jurídica es una segunda semi-prueba. Debajo de este punto de descanso se llama una primera semi-prueba, etc. La persuacion positiva ó negativa no es susceptible de resolverse de esta suerte en guarismos. Sometida al escalpelo del análisis, la íntima conviccion se aja, se mística, si es permitido hablar así, á la manera que las flores de un invernáculo se secan y pierden sus vivos colores.

298. En el dia, en que no puede haber cuestion sino acerca de la certidumbre moral, los consejos que conviene dar al juez, en caso de colision de los testimonios, se fundan, como en Roma, únicamente en el buen sentido y en la observacion. Así es que los testigos que declaran *de visu* merecen mas confianza que los que declaran solamente *ex auditu*. "Un solo ojo, dice Loyseau (*Inst. cout.*, título de las pruebas, §. 3) tiene mas crédito que dos oidos tienen *audivi*." Con mas motivo se deberá admitir con suma circunspeccion las declaraciones que solo se apoyan en oidas. Ya hemos hecho resaltar, al tratar de la prueba testi-

monial en segundo grado (núm. 240), el peligro que presentan las declaraciones así basadas en la simple fama. Se han hecho multitud de observaciones de esta clase; pero no son, en último resultado, mas que indicaciones y no preceptos positivos. Los que quisieren mas amplios pormenores pueden consultar en Toullier (al fin del tomo IX) el capítulo de la *colision de los testimonios*, en el que hallarán un resumen bastante completo de observaciones; por lo comun mas morales que científicas, hechas por nuestros antiguos autores sobre la credibilidad de los testigos.

Nuestras antiguas leyes de partida establecen, que el dicho de un solo testigo por autorizado que sea, escepto siendo el monarca, no basta para justificar plenamente un hecho, aun cuando serviria de gran presuncion. (Véase la ley 42, tít. 16, Partida 3ª) La misma ley prescribe que dos testigos mayores de toda escepcion (esto es, aptos para testificar, de buena fama y sin tachas) y contestes ó acordes en el hecho y sus circunstancias, basten para hacer plena prueba. Previene asimismo dicha ley 40 y la 41 que cuando ambas partes hacen prueba por testigos, de suerte que los dichos de los de la una son contrarios á los de la otra, debe el juez atenerse á los de aquellos que entendiere dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella por ser sus declaraciones mas verosímiles ó francas, ó ellos de mejor fama, aunque los otros fuesen en mayor número. Si hubiera igualdad en los testigos, en razon á las circunstancias de sus personas y de la verosimilitud de sus dichos, debe atender el juez á los que fueren mas en número, y si los testigos fueren iguales en número, vecindad y fama, debe absolver al demandado.

Mas las reglas espuestas de las leyes de Partida han sido modificadas por la nueva ley de Enjuiciamiento civil, cuyos redactores han adoptado las modernas teorías que dejan al criterio judicial la apreciacion de la prueba de testigos. Así es, que en el artículo 317 de dicha ley se dispone, que los jueces y tribunales apreciaran segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Esta disposicion se halla ratificada por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de las que solo citaremos la de 13 de Octubre de 1836, que declaró que la ley

32, tít. 16, Part. 3ª, ha sido radicalmente modificada por el art. 317 de la de Enjuiciamiento civil; la de 23 de Diciembre de 1857 que declaró que la ley 40, tít. 16, Partida 3ª, y la 32 citada, solo pueden considerarse vigentes en cuanto no se oponen á la de Enjuiciamiento civil. Y respecto á las reglas de crítica racional á que se refiere el art. 317 citado, se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1861, que no es contradictorio con lo preceptuado en el referido artículo, la última parte de la ley 32, tít. 16, Part. 3ª, en que se establece que no puede estimarse probado ningun pleito por la declaracion de un solo testigo, precepto conforme (dice la sentencia) con las reglas de la sana crítica, la cual no puede apoyarse sobre tan débil y falible fundamento; si bien, segun se ha decidido por otra sentencia de 30 de Noviembre de 1868, no tiene aplicacion esta doctrina, cuando además concurren otros testigos ó medios de prueba de los que debe apreciar el tribunal sentenciador. Y por último, por sentencia de 22 de Diciembre de 1868, se ha declarado, que no puede estimarse como regla de sana crítica el que forzosamente haya de darse crédito á las declaraciones de los testigos presentados por alguna de las partes litigantes, cuando la otra no haya practicado prueba en contrario ni tachado aquellos, puesto que la sala sentenciadora tiene facultad para apreciar el valor de las que se hubieran practicado por ambas ó por alguna de las partes, hayan sido ó no tachados los testigos.

Respecto á si puede oirse á un testigo dos veces, de que trata M. Bonnier en el núm. 294, la ley 30, tít. 16, Part. 3, faculta al juez para llamar de nuevo y de oficio al testigo, "cuando fallase alguna palabra dudosa ó encubierta en su dicho, de manera que non pudiese tomar ende sano entendimiento," para que declare aquella duda, aunque el testigo hubiese hablado con las partes, á lo que los autores añadian el caso de que el testigo no hubiera dado razon de su dicho y el de que hubiese omitido el juez en el exámen algunas preguntas del interrogatorio. La misma ley de Partida previene tambien, que cuando las partes vieren que no ha sido examinado el testigo al tenor de todas las preguntas del interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito, es decir, fueron admitidas por el juez, pueden pedir á éste que haga comparecer de nuevo al testigo y que le pregunte sobre ellas, á lo que deberá accederse; y por último, dispone la misma ley, que si el testigo, despues de haber firmado su de-

claracion y separándose de la presencia del juez que le examinó, quisiera añadirla ó quitar ó corregirla, podrá hacerlo, siempre que no haya hablado con las partes, para evitar que las mismas le instruyan sobre el modo de dar su declaracion.

Acerca de las circunstancias que concurren en los testigos á que deberá darse preferencia por el juez, de que trata M. Bonnier en el núm. 295 y sigts., encuéntrase en nuestras leyes y autores, disposiciones y doctrinas especiales en que se prefiere en general el noble al plebeyo, el anciano al jóven, el varon á la hembra. La ley 3, tít. 4, libro 2 del Fuero Juzgo, dice que el juez debe catar si los testimonios son de buen linaje y si son ricos omes, ca mucho debe guardar el juez que la testimonia que es pobre, por la coyta que há, por ventura no venga á decir mentira, y la ley 32, título 7, lib. 7 del Espéculo funda dichas preferencias en estos términos: "Otrosí decimos que los ancianos deben ser mas creídos que los mancebos, porque vieron mas é pasaron mas por las cosas, é deben mas saber en los fechos. Otrosí decimos que mas debe ser creído el fidalgo que el villano, que bien semeja que mas ayna erraria el villano en lo que oviese á decir por miedo nin por premio, que el fidalgo, ca mas tenudo es de fazer cosa porque cayese en vergüenza por sí é por su linage el fidalgo que el otro. E mas deven creer al rico que al pobre, porque bien semeja que el pobre mas ayna derie mentira por codicia ó por promesa que el rico; é mas creído deve ser el varon que la muger, porque ha el seso mas cierto é mas firme." Sin embargo, esta doctrina no parece aceptable de un modo, absoluto sino relativamente al objeto sobre que versan las declaraciones, puesto que, por ejemplo, en las cosas, que requieran grande experiencia, será preferible el testimonio de un anciano al de un jóven, pero deberá preferirse el de éste sobre hechos que requieran para su percepcion gran fuerza y vivacidad de sentidos y una memoria feliz y no gastada por la edad, etc. —(N. de C.)

§. 5. INFLUENCIA DE LA INFORMACION  
O EXAMEN DE TESTIGOS SOBRE LA DECISION DEFINITIVA.

SUMARIO.

299. Influencia de la sentencia interlocutoria, en general, sobre la sentencia definitiva.

300. Sentido en que se pregunta si lo interlocutorio sujeta al juez.

301. Exámen de la cuestion.

299. ¿Si pareciesen concluyentes al juez las declaraciones de los testigos, estará obligado por ello á sentenciar sobre la cuestion que se ventila á favor de la parte á quien fué favorable el exámen ó informacion de testigos? Esta cuestion se refiere á otra mucho mas trascendental, que consiste en saber en qué sentido puede decirse que el juez no queda sujeto por una sentencia interlocutoria, tal como la que ordena el exámen ó informacion de testigos.

300. Observemos primeramente que no se trata de sostener lo que jamás se ha admitido en la jurisprudencia, que tenga derecho el tribunal para revocar por una especie de capricho una sentencia interlocutoria. Es verdad que en Roma se decia (Cels. l. 13 D. *De re judicio*): *Quod jussit revertive judex, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra*. Pero este texto no se aplicaba, como lo indica suficientemente la reserva hecha respecto de las sentencias, sino á las órdenes que se daban incidentalmente cuando era la accion arbitraria; órdenes que, así como nuestros autos preparatorios, no tenían carácter alguno irrevocable. Cuando, al contrario, prejuzga el fondo una decision pronunciada contradictoriamente, es claro que el tribunal que la dictó con conocimiento de causa está lo mismo que las partes obligado á ejecutarla. A lo más, podria aplicarse la ley 13 *de re judicata* á las decisiones que prescribían de oficio suministrar tal ó cual prueba. Pero, cuando habiendo que probar una articulacion de hechos el tribunal ordena una informacion ó exámen, y la parte contra cuyas conclusiones se ha dado la sentencia interlocutoria, no la ha atacado, ó la ha atacado en vano por medio de recursos legales, no se puede volver á poner en cuestion la admisibilidad de la informacion; sino solamente controvertir sus resultados (sent. den. de 8 de Enero de 1829; cas. de 28 de Mayo de 1836). Si se encuentra á veces en autores antiguos la regla que lo interlocutorio no sujeta al juez, aplicada en el sentido de la ley 13 *de re judicata*, es porque antiguamente no estaba bien deter-

minada la significacion de las palabras *interlocutorio* y *preparatorio*, empleándose la una por la otra. La idea de estos autores, por equívocas que fuesen sus espresiones, no pasaba de las decisiones puramente preparatorias.

301. Mas no es aquí donde está la dificultad. Hállase enteramente en la influencia que deberá ejercer lo interlocutorio sobre la sentencia definitiva. Autores distinguidos no parece concebir que se puedan suscitar dudas sobre la plenitud de esta influencia. "El tribunal, dice Boitard (sobre el art. 452 del Código de procedimientos), "al admitir que se pruebe por medio de testigos la existencia de la obligacion que se niega, y admitiéndolo, á pesar de la oposicion de otro, reconoce y anuncia por esto mismo, implícitamente si se quiere, "pero de un modo muy claro, que si declaran los testigos con caracteres suficientes "de verdad, será quien negó la obligacion "condenado á devolver al otro la suma en "que consistia aquella obligacion." Pero esta proposicion me parece demasiado general. La admision de la prueba testimonial supone la solucion afirmativa de dos cuestiones; la una de hecho, la otra de derecho: 1ª, ¿Son admisibles los hechos? 2ª, ¿Permite su prueba la ley? (Cód. de proc., art. 253).

En cuanto á la cuestion de derecho, de que parece preocuparse especialmente Boitard, tiene mucha razon; el tribunal no puede prescindir de ella, desde que ha proclamado la prueba testimonial permitida ó proscrita por la ley. Menos pueden las partes, que tienen facultad de apelar, pedir al tribunal que reponga su providencia (Sent. de 12 de Enero de 1836).

Otra cosa es respecto de la admisibilidad de los hechos. Aquí se ha aplicado la máxima, y han decidido constantemente nuestros antiguos autores, que el juez, al ordenar la prueba de ciertos hechos, no se empeña por esto á subordinar su sentencia definitiva al resultado de la informacion ó exámen (1). "En todo tiempo y lugar, dice

Observemos, no obstante, que no debe confundirse con una verdadera sentencia interlocutoria la que fija las

"Merlin (*Repert.* Vº JUEGEMENT §. III), se "ha tenido constantemente por máxima, "que despues de haber ordenado la prueba "de un hecho que le parecia decisivo, el "juez que reconoce que este hecho es "diferente, puede sentenciar contra la parte misma que hizo la prueba." "En efecto, dice Duparc Poullain (*Principios de derechos*, tom. IX, pág. 494), siempre se "presume que todo juez que ordena una "clase de instruccion se ha reservado la "libertad de juzgar entre las partes conforme la equidad, y en su consecuencia, "de conservar todos sus derechos hasta la "sentencia definitiva. Solo un procedimiento perfecto puede desarrollar ante el juez "el verdadero punto de la decision; y si se "le quitára la libertad de separarse de lo que "parece haber prejuzgado por una sentencia interlocutoria, se le pondria en la necesidad de cometer una injusticia, por muy puras que hubieran sido sus intenciones "cuando la dictó."

Del principio, que los jueces se reservan toda libertad de apreciacion, resulta esta primer consecuencia, que pueden pronunciar en favor de la parte que obtuvo la informacion, fundándose en otras pruebas distintas de la de testigos. La informacion ó exámen debe combinarse con el estudio profundo de todos los documentos de la causa, de que jamás se presume que se ha desprendido el juez. Así se ha decidido (Tolosa, 2 de Enero de 1841), que despues de haber ordenado la prueba por testigos de hechos acreditados con títulos, á pretesto de no ser suficientes los títulos, se podia en seguida, aun cuando se anulara la informacion, reconocer los hechos como suficientemente acreditados por los mismos títulos. Con mas razon se puede, despues de haber ordenado una informacion ó exá-

bases de las condenas que hay que pronunciar, nombrando peritos ó árbitros para fijar su importe. Semejante sentencia no se contenta con prejuzgar, sino que juzga, y debe en su consecuencia considerarse como definitiva, en cuanto á las bases establecidas. [Sent. deneg. de 12 de Abril de 1847]. Así es prudente, para evitar toda dificultad en los casos dudosos, declarar, cuando solo se quiere dictar una sentencia interlocutoria, que se ha determinado *sin constituir derecho y sin prejuzgar nada sobre el fondo* [sent. deneg. de 29 de Marzo de 1836].

men, para probar la prescripción de treinta años, completar con presunciones la prueba que resultó de la información (sent. deneg. de 16 de Abril de 1860). Otra segunda consecuencia, señalada por Merlin; del principio de la libre apreciación del juez, es que puede llegar hasta desechar definitivamente los hechos á que atribuya *prima facie* una importancia, que no presentan ya despues de un exámen profundo. Así, se ha juzgado, en materia criminal (cas. 28 de Mayo de 1836), que podia muy bien un acusado, á quien se hubiera admitido la prueba de un hecho justificativo del delito, aun cuando hubiera acreditado el hecho, ser condenado por el juez si se reconocía despues de un maduro exámen, que el hecho no era justificativo. En este sentido se han dictado multitud de decisiones. Y no se diga que esta doctrina propende á confundir las sentencias interlocutorias con las que solo son preparatorias, puesto que no se prejuzgaria el fondo, contra la disposición del art. 452 del Código de procedimientos. Desde luego se prejuzga siempre la cuestion de derecho, y además, basta que tenga de hecho la información una influencia considerable sobre el resultado del proceso, aun cuando esta influencia no sea absoluta, para que la sentencia que la ordena tenga un carácter aparte, y pueda en su consecuencia apelarse de ella (Cód. de proc., art. 451). En último resultado, el tribunal, al ordenar una medida que juzga útil para que aparezca la verdad, puede dar esperanzas á la parte que reclamó esta medida, pero no contrae ni puede contraer ningun empeño hácia ella. Una cosa es declarar legal y admisible una información, y otra cosa es sujetarse á sentenciar ciegamente, segun los datos ó resultados de la información, no obstante las luces que pueda arrojar por otra parte un exámen mas profundo de la causa. Entendida de esta manera la máxima que lo interlocutorio no sujeta al juez, está lejos de merecer el desden con que ha sido acogida por quienes no han comprendido bien su sentido práctico. Hoy, los hombres mas ilustrados de

Alemania, piden la reforma del principio contrario, autorizado en ciertos países, y especialmente en Baviera (*Revista critica*, tomo XVIII, pág. 63, nota de M. Becker) bajo el nombre de *eventual maxime*. En este sistema el juez se ata las manos anticipadamente, diciendo con gravedad: Si el demandante prueba contra el demandado, por tal ó tal vía determinada, que le presntó quinientos florines, sea este último desde ahora condenado á pagarlos. Debe observarse, por lo demás, que en Austria por resolución suprema de 30 de Mayo de 1835 se ha abolido esta clase de condenas condicionales (V. tambien el Cód. de proc. de Nápoles, art. 515). La mejor marcha que es la que en vez de encadenar al juez en una sola vía de información, le conserva el tiempo mas largo posible su independencia: *Non ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere* (Callistr., l. 3º, §. 2, D. de testib.)?

Pero reconociendo cuánto importa dejar al juez toda su libertad, nos asociamos á las sábias observaciones de M. Lavielle (*Estudios sobre la justicia civil* ya citados, *Revista critica*, tom. XII, pág. 316) sobre el peligro "de admitir fácilmente providencias "interlocutorias, bajo pretesto de que *estando reservados los medios*, se podrá en definitiva, examinarlos mas adelante y con mas madurez. Este espediente dilatorio, "esta próroga de exámen, que hace que descanse el espíritu sin turbarse la conciencia, no carece de inconvenientes. No debe "reservarse de esta suerte la atención del juez, sino que debe ser firme, vigilante y "entera desde un principio; porque al fin, "entre los medios propuestos, puede encontrarse uno que haga inútil la providencia "interlocutoria, y es infinitamente mejor "descubrirlo antes que despues. Numerosos ejemplos han señalado este escollo á "la conciencia del juez." Así M. Lavielle hace notar que la práctica judicial propende á hacer menos frecuente el uso de la providencia interlocutoria.

Nuestro derecho y jurisprudencia se hallan conformes, en lo general, con la doctrina que espone aquí M. Bonnier; pues si bien lo interlocutorio, esto es, las providencias que ordenan alguna cosa para la instrucción del litigio, y para llegar al conocimiento de algunos hechos ó al exámen y prueba de algun punto de derecho, ejercen notable influencia sobre las providencias que deciden el fondo de la cuestion, ó lo que es lo mismo, sobre las providencias definitivas, en cuanto que el juez debe al dictar éstas, tener muy en cuenta el resultado de las diligencias ó pruebas practicadas en virtud de aquellas, esto debe entenderse sin perjuicio de la combinacion ó del resultado total que arrojen los méritos del proceso y de todas las diligencias, actuaciones y pruebas practicadas, así como del exámen profundo de la cuestion objeto del litigio. Así se ha declarado por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre las que, para citar alguna, puede verse la de 28 de Marzo de 1860 en que se declaró, que para la decision del pleito, es preciso atenderse al resultado combinado de todas las pruebas y á los méritos del proceso.—(N. de C.)

Sentencia definitiva es la que decide el negocio principal; interlocutoria es la que decide un incidente ó punto que no sea de puro trámite, [arts. 842 y 843] de modo que no puede decirse conforme á nuestro Código que el juez preocupe la cuestion principal decidiendo un incidente, pues en lo general tiene obligacion de recibir todas las pruebas que las partes presenten, como no sean contra derecho ó contra la moral [art. 576], y la calificación de ellas se reserva para la sentencia definitiva [arts. 853 y 578]. Cuando á petición de parte, como debe hacerse, declara al contrario confeso, dentro del término probatorio, [art. 655] tampoco se preocupa el negocio principal porque el declarado confeso puede rendir prueba en contrario [art. 772] y el auto en que se ha hecho la declaración es apelable siempre que lo sea la sentencia definitiva por la calidad ó cuantía del negocio.—N. de los EE.—

## FORMA SEGUNDA

## DEL EXÁMEN Ó INFORMACION.

*Exámen ó información oral.*

## SUMARIO.

302. Casos en que se recibe en la audiencia la prueba testimonial.

302. El exámen de los testigos, ante un juez comisario encargado de estender por escrito sus declaraciones, no tiene lugar en ciertas materias civiles, en que se califica

de *sumaria* la información ó exámen, ni en los debates criminales. Hablemos primero de las informaciones civiles orales, en cuya organización han dejado mas huellas las formas de la información ordinaria, mientras que el curso mas libre de la prueba testimonial en lo criminal se rige por principios que le son peculiares.

I. *Exámen oral en lo civil, llamado sumario.*

## SUMARIO.

303. Materias en que se ha introducido la forma sumaria.  
304. Todo negocio en última instancia es juzgado sumariamente.  
305. Simplificación del exámen.  
306. ¿Debe oírse al testigo tachado?  
307. Exámen siempre sumario en el tribunal de comercio y en los juzgados de paz.  
308. Curso mas sencillo aun en materia disciplinal y en materia administrativa.

303. El uso de oír á los testigos en la audiencia se ha conservado en las jurisdicciones consulares, libres de las formas técnicas por la naturaleza misma de su institución. La utilidad incontestable de esta máxima, respecto de los asuntos mas sencillos, indujo á los redactores de la ordenanza de 1667 (tít. XVII, art. 8) á introducir en los tribunales propiamente dichos el exámen oral respecto de las materias sumarias, no obstante las reclamaciones del presidente Lamoignon que, obedeciendo esta vez contra su costumbre á la preocupacion y á la rutina, invocaba para rechazar esta innovacion parcial los mismos motivos que se ha invocado en nuestros dias para justificar el exámen escrito en los negocios comunes. No ha sido menos favorable la esperiencia á esta disposición de la ordenanza, reproducida por nuestro Código de procedimientos. Además, la ley de 6 de Octubre de 1790, que ha organizado el modo de proceder en los juzgados de paz, ha hecho una tercera aplicacion al exámen ó información sumaria. Fuerza es confesar, en este último caso, que hubiese sido difícil seguir otra marcha, puesto que, siendo único el juez, hubiera sido inútil investirle con la cualidad de comisario.

304. Las materias sumarias que dan lugar en los tribunales civiles á la simplificación de la información ó exámen, son, además de las cuestiones fáciles ó urgentes, cuya enumeración se encuentra en el artículo 404 del Código de procedimientos, todas aquellas sobre que pueden resolver en última instancia estos tribunales, según el art. 1.º de la ley de 11 de Abril de 1838. Así en el día todos los negocios judiciales de que no hay apelación son sumarios; pero no es exacta la recíproca, puesto que en la mayor parte de los casos previstos por el art. 404 el asunto es sumario por su naturaleza, cualquiera que sea por lo demás su valor.

305. La primera simplificación introducida por la ley en estas materias, es que no es preciso articular los hechos previamente (Cód. de proc., art. 407). Pero esta dispensa no debe tomarse á la letra, ¿cómo había de poder declarar el juez admisible la prueba, si no se hubieran fijado los hechos? Háse querido solamente descartar la notificación de conclusiones especiales, con un plazo de tres días para contestarlas. No es menos necesario que se articulen los hechos en la audiencia al hacerse los informes, y que se consignen en el acta ordinaria que contiene las conclusiones para que puedan debatirse contradictoriamente con el adversario.

Los plazos rigurosos prescritos en la información escrita, ya para comenzarla, ya para terminarla, son inaplicables á la información ó exámen oral. La sentencia interlocutoria, que no es necesario notificar (salvo el caso de rebeldía), fija directamente el día en que deben comparecer los testigos. No es necesario que la próroga del plazo, si há lugar á ella, se pida en el día fijado para oír á los testigos, puesto que no hay aquí plazo determinado, y que por otra parte, el Código de procedimientos (art. 409) no reproduce en materia sumaria la disposición del art. 279 (Douai, 14 de Setiembre de 1844). El tribunal puede también, si lo juzga conveniente, aplazar de oficio el exámen de testigos (sent. den. de 23 de Julio de 1860).

La regla que prescribe que se oiga á los testigos en la audiencia en materia sumaria, es de órden público, como propendiendo á asegurar la pronta expedición de los negocios y á reducir los gastos, y así se ha juzgado por sentencia de casación de 1.º de Agosto de 1832.

En cuanto al modo de redactarse el acta verbal de información ó exámen, y á las enunciaciones que debe contener, es una materia de puro procedimiento, que hemos tratado en otra parte. (V. nuestros *Elementos de procedimiento civil*, núm. 852).

306. Aunque simplificadas las informaciones sumarias, no se hallan libres de todas las prescripciones arbitrarias de nuestro antiguo procedimiento. Encuéntrase en ellas (*ibid.*, art. 413), no solamente la prohibición de oír, ya á los cónyuges de las partes, ya á los parientes consanguíneos ó afines en línea recta, sino hasta la viciosa práctica de las tachas. Suscítase una grave controversia sobre la aplicación de esta práctica en materia sumaria. Pregúntase si el testigo tachado debe ser, no obstante, oído en la audiencia, como lo sería ante un juez comisario (*ibid.*, art. 284), ó si debe decirse, por el contrario, que no se oirá su declaración, así como no se lee en materia ordinaria (*ibid.*, art. 291). Invócase en favor de la primera opinión las palabras del artículo 411, que prescribe que el testigo declare si es pariente consanguíneo ó afín, servidor ó doméstico de las partes; prueba evidente, se dice, de que puede recibirse en semejante circunstancia su declaración. Hácese sobre todo observar que en las causas sujetas á apelación, precisamente aquellas á que se aplica el art. 411, será tal vez imposible oír por segunda vez á los testigos, si se rechaza definitivamente la tacha por el Tribunal Superior, y que, á lo menos, para este caso, sería conveniente recibir su declaración, salvo hacer de ella el uso que fuera de derecho. Concebiríamos esta opinión si la declaración del testigo tachado no debiera considerarse como no prestada por el tribunal que le hace comparecer en la audiencia; pero todo el mundo conviene

en que el legislador, que remite aquí á las reglas sobre tachas y sobre el modo de juzgarlas, no ha querido separarse del principio ordinario sobre la exclusión de las declaraciones tachadas. Querer, en su consecuencia, que los jueces reciban la declaración de un testigo, y que hagan después completamente abstracción de la impresión que hubieran causado en su ánimo, es exigir un imposible. Es ya de sentir que el juez comisario sea llamado habitualmente á providenciar después de haber oído al testigo tachado, sin agravar aun este abuso, poniendo á todo el tribunal en esta falsa posición. El inconveniente accidental que resultaría de la imposibilidad de reproducir en apelación ciertos testimonios, no parece de tal naturaleza que pueda entrar en balanza con el vicio permanente de exámen de testigos, cuyas declaraciones no deberían tener influencia alguna. Este vicio será, en verdad, inevitable, cuando no se propongan las tachas sino después del exámen, pero entonces la parte que tardó en hacerlas valer, solo puede imputarse á sí misma las consecuencias de su negligencia. Esta facultad de no presentar la tacha, hasta después de tomada la declaración, ó aun de admitirla, esplica la redacción del art. 411, según el cual, el testigo debe declarar si es pariente consanguíneo ó afín, etc., de una de las partes. No dejará de ser oído, cualquiera que sea su calidad, si nadie se opone á ello; pero conviene siempre que se conozca su cualidad. Finalmente, lo que parece decisivo es, que el exámen en materia sumaria corresponde exactamente á la lectura de la declaración en materia ordinaria, lectura que se halla espresamente prohibida. El Tribunal de Casación se ha pronunciado muchas veces en este sentido, especialmente por sentencias de casación de 26 de Junio de 1839 y de 14 de Enero de 1853.

307. En los negocios mercantiles son siempre sumarias las informaciones. Sin embargo, los negocios mercantiles admiten sencillez aun que los civiles. En su consecuencia, pueden consentir las partes en

adoptar formas menos complicadas para oír á los testigos (Rennes 30 de Agosto de 1817). Se admite igualmente cuando no se ataca la prueba testimonial como sospechosa ante la jurisdicción consular, que pueda volver á comenzarse la información mercantil nula, aun á instancia de la parte ó de su defensor (Orleans 30 de Junio de 1819).

Estas mismas decisiones pueden aplicarse á los juzgados de paz.

308. En materia disciplinal, la misma latitud que permite admitir la prueba testimonial, fuera de las reglas ordinarias (número 298), liberta igualmente á los tribunales de la estricta observancia de las formas, y especialmente de la necesidad de articularse puramente las tachas (sentencia denegatoria de 3 de Enero de 1855).

En materia administrativa, se sigue generalmente la marcha establecida para las informaciones ante los juzgados de paz; pero no se prescriben en ella las formalidades ni aun la de la prestación del juramento de los testigos, bajo pena de nulidad. Los tribunales administrativos han tenido también el acierto de libertarse de la viciosa práctica de las tachas, para apreciar las declaraciones con el auxilio del buen sentido (M. Dufour, *Derecho administrativo*, tomo II, números 52 á 348).

Por derecho español se verifica el exámen de testigos separada y secretamente ó sin asistir á él las partes, según hemos indicado en la nota al núm. 251, bien se efectúe en juicio plenario ó en juicio sumario, puesto que al adoptarse por nuestras disposiciones legales este sistema, se han fundado en la esencia misma de este modo de declarar, esto es, en dar mayor libertad al testigo y en evitar que las partes pudieran influir en sus declaraciones, fundamento que lo mismo existe en el caso de que el juicio sea plenario, que en el de que sea sumario. Así es, que tanto los juicios verbales con carácter de juicio ordinario, de que tratan los artículos 1162 al 1180 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que se verifican en comparecencia verbal ante el juez, como en los demás juicios ó comparecencias verbales que prescribe la misma ley en los juicios sumarios, como en los interdictos, según se vé en los artículos 702, 714, 734 y