

Si de una sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido como natural procede de union adulterina, incestuosa, no dispensable por la Iglesia, ó sacrilega, será nulo el reconocimiento y aquel no tendrá mas derecho que á los alimentos: art. 132.

Respecto de los demás puntos y doctrinas que espone aquí M. Bonnier, pueden aceptarse, en cuanto no se refieren á las reglas especiales por que se rige la prueba testimonial en Francia.—(A. del T.)

### TERCERA DIVISION.

#### ADMISIBILIDAD EN LO CRIMINAL DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

##### SUMARIO.

224. Es necesario atenerse á la naturaleza de los hechos, y no á la de las jurisdicciones.

225. Competencia del tribunal criminal para resolver incidentalmente sobre las cuestiones civiles.

226. Excepciones de este principio.

227. Remision á los tribunales civiles en materia de inmuebles.

228. Necesidad de que el derecho alegado sea inmueble *real*.

229. Excepcion prejudicial en materia de cuestiones de estado.

230. Distincion propuesta por Merlin.

231. Sentido de las palabras: *supresion de estado*.

232. Facultad de juzgar la cuestion de estado como puro incidente.

233. Sentido particular de la palabra *estado* en esta doctrina.

234. Remision para las materias especiales.

235. Resúmen.

236. Delitos especiales, cuya prueba por testigos no es admitida.

237. Difamacion tratada mas arriba.

238. Principio particular respecto de las materias disciplinales.

224. La prueba testimonial, segun ya hemos dicho, no debe considerarse como excluida ó como admitida en principio, por el solo hecho de haber de atenerse á la jurisdiccion civil ó á la jurisdiccion criminal; pues debe atenderse, no á la naturaleza del tribunal, sino á la naturaleza de las cuestiones. En toda jurisdiccion deben probarse por escrito en forma las convenciones, en toda pueden probarse los simples hechos por medio de testigos. No hay entre las dos jurisdicciones otra diferencia que de lo mas á lo menos, en el sentido de que por lo comun se trata de convenciones en lo civil y de simples hechos en lo criminal.

225. ¿Cómo pueden los tribunales criminales conocer de cuestiones relativas á puntos para los que no admite la ley la prueba testimonial? No debe tratarse del delito mismo, el cual puede probarse siempre por testigos en todas las jurisdicciones (Cod. Nap. artículo 1348 1.º); los elementos no susceptibles de prueba testimonial no son constitutivos del delito, y no se presentan en la causa sino como cuestiones prejudiciales. Siendo en su consecuencia practicable la division, se ha preguntado si ha lugar á remitir para ante los tribunales civiles la solucion de la dificultad prévia; por ejemplo, si cuando se trata de substraccion ú ocultacion de efectos entregados á título de arrendamiento, depósito ó de mandato (C. pen. artículo 408) solo puede acreditarse ante los tribunales civiles la existencia del arrendamiento, del depósito ó del mandato. La falsa persuasion de que era siempre admisible en lo criminal la prueba testimonial aislada, ha inducido á ciertos autores á creer, como decidia la antigua jurisprudencia, y aun la de los primeros tiempos que siguieron á la promulgacion del Código, que la jurisdiccion criminal debe declararse incompetente en semejante hipótesis. La consecuencia era lógica, puesto que no era posible tolerar la violacion, por medio de un giro tan fácil, de las reglas prohibitivas de la informacion. Pero el punto de partida era erróneo. Nada autorizaba á suponer que estas reglas fuesen adecuadas á la jurisdiccion civil, y en su consecuencia, el inconveniente que se queria prevenir era quimérico. Si el legislador hubiera admitido esta linea de demarcacion entre las dos jurisdicciones, que no se halla establecida en ninguna parte, hubiera debido, en multitud de casos, suspender la accion pública, hasta que se hubiera determinado sobre la accion civil, y el artículo 7 del Código de procedimiento criminal ordena, por el contrario la suspension de la accion civil, cuando se ha intentado la accion pública. La ley que inviste al mismo tribunal del derecho de providenciar sobre la accion pública y sobre la accion civil, ¿no ha tratado de evitar la multiplicidad de los procedimientos? ¿No se debe siempre á falta de toda derogacion formal, atenerse al antiguo principio que encontramos en el derecho romano (V. especialmente el título *de ordine judiciorum*, en el Código) que quiere que el juez de la accion sea juez de la excepcion? No hay duda que segun vamos á ver, hay notables restricciones á esta regla; pero estas restricciones se han señalado siempre, cuando se las ha introducido, como contrarias al derecho comun (V. especialmente

la esposicion de motivos de M. Bigot Preameneu y el discurso del tribuno Duveyrier, sobre los arts. 326 y 327 del Código Napoleon). Sería pues preciso, en los casos ordinarios, atenerse al partido mas sencillo, el de dejar al tribunal criminal que juzgara el incidente, pero sometiéndolo respecto de la prueba á las restricciones á que tendria que someterse un tribunal civil. Tal es tambien el parecer que ha prevaecido en la jurisprudencia, y lo notable es, que tratando el tribunal de casacion de fijar sus ideas sobre esta importante cuestion, aprobó por unanimidad, con la adhesion de Merlin, el 12 de noviembre de 1813, una nota redactada en este sentido (1).

Sin embargo de que sea necesario un principio de prueba por escrito para autorizar la prueba testimonial, especialmente de un depósito de valor superior á ciento cincuenta francos, no debe deducirse, que el acusado pudiera dispensarse de comparecer, teniendo el demandante siempre el derecho de hacerle interrogar, á fin de obtener de sus declaraciones una prueba ó principio de prueba (Rouen, 31 de enero de 1850).

226. Las principales escepciones al principio de que el tribunal criminal permanece siendo competente para conocer de la cuestion prejudicial, conformándose, si ha lugar á ello, á las prescripciones del derecho civil, son relativas á la propiedad inmueble y al estado de las personas.

227. En la legislacion romana, se habia ya reconocido, que no conviene cortar de una manera incidental las cuestiones relativas á los derechos reales inmuebles. Por eso eran rechazadas por la escepcion *quod præjudicium prædio non fiat* (Afric. l. 16 y l. 18 *D. de except.*). Nuestras leyes no han formulado en ninguna parte un principio general de esta naturaleza, pero ciertos textos parecen suponer su existencia, y la jurisprudencia, penetrada de la importancia de la propiedad territorial, las ha generalizado de antemano. El primer rastro de esta idea se halla en la ley de 29 de setiembre de 1794, sobre la administracion de bosques (tit. XIX, art. 12) que se espresa en estos términos: «Si en una instancia sobre reparacion de un delito, se eleva una cuestion incidental de propiedad, la

(1) Véase esta nota al fin del primer volumen del *Tratado de la accion pública y de la accion civil* de M. Mangin, que arroja tanta luz sobre estas delicadas cuestiones.

parte que exceptúa tendrá que llamar al procurador general síndico del departamento donde están situados los bosques, y suministrarle copia de sus copias, en los ocho dias siguientes al en que haya propuesto la escepcion, á falta de lo cual, se procederá al juicio del delito, permaneciendo reservada la cuestion de propiedad.» Aunque esta ley fuese la única que sentase semejante regla, el tribunal de casacion ha pensado, con alguna razon, que ningun motivo formal limita esta decision á las materias sobre bosques. Así, la nota de 1815, conforme á su jurisprudencia constante, considera la propiedad de los inmuebles como hallándose especialmente en el dominio de los tribunales civiles. Mas recientemente el Código de montes y bosques, ha sancionado esta doctrina, con algunas modificaciones en el art. 182, concebido en estos términos: «Si en una instancia para la reparacion del delito ó contravencion, el acusado exceptúa con un derecho de propiedad ú otro derecho real, el tribunal que conoce de la queja, providenciará sobre el incidente, conformándose con las siguientes reglas: no se admitirá la escepcion prejudicial sino en cuanto esté fundada, ya en un titulo aparente, ya en hechos de posesion equivalentes, personales al acusado y articulados por él con precision, y si el titulo producido ó los hechos articulados son de tal naturaleza, en el caso de ser reconocidos por la autoridad competente, que quiten al hecho que sirve de base á las reclamaciones, todo caracter de delito ó de contravencion.» En el caso de reservarse la indemnizacion civil, fijará la sentencia un breve término en el cual la parte que haya suscitado la cuestion prejudicial, deberá llevar á los jueces competentes el conocimiento del litigio, y justificar sus diligencias (1); de lo contrario, se pasará adelante. El artículo 59 de la ley de 15 de abril de 1829 sobre la pesca fluvial, reproduce casi las mismas disposiciones respecto de los delitos relativos á la pesca.

El legislador parece, pues, haber entrado en la doctrina del tribunal de casacion, pero con prudentes temperamentos. Es preciso en efecto: 1.º que el fundamento ó titulo invocado, sea de tal naturaleza que quite al hecho que se acrimina todo carácter de delito; así es, que se alegaria en vano el derecho de propiedad para justificarse la perturbacion de una posesion anual (Trib. de Casac. 5 de

(1) No bastaria una simple citacion para satisfacer el deseo de la ley (sent. de cas. de 18 de setiembre de 1840).

julio de 1828); pero á la inversa, basta la posesion anual para justificar al acusado, si no se ha destruido su efecto por una sentencia en juicio de propiedad (Sent. den. de 25 de diciembre de 1838); 2.º que este fundamento ó título sea personal al acusado; no se le admitiria que acreditase que el inmueble sobre el que se le acusa de haber cometido un delito, no pertenece á la parte contraria, sino á un tercero (Trib. de cas. de 22 de marzo de 1839 y de 29 de diciembre de 1843), aun cuando interviniera el tercero en la instancia (Cas. de 25 de enero de 1855); 3.º que haya un principio de prueba del derecho alegado, resultando, ya de un título aparente, ya de hechos de posesion articulados con precision; de otra suerte todo inculpado pretenderia no haber obrado sino en calidad de propietario. Para evitar que se trate así de ganar tiempo, prescribe el legislador además, que se fije un término breve para ventilar la cuestion prejudicial (1) como lo hace en otras ocasiones (V. especialmente el Cód. Nap. art. 174 y Cód. de proced. art. 957.).

Debe notarse, que aquí se aplica el principio *Reus excipiendo fit actor*, en cuanto incumbe al acusado proseguir la instancia y hacer la prueba de su derecho real ante el tribunal civil. Háse suscitado respecto de este punto, una dificultad formal en lo relativo á la persecucion que se ejercita por interés ó en beneficio de los particulares. El texto del Código de bosques (art. 189) y la ley sobre la pesca fluvial (art. 68), obligan formalmente al acusado, aun en esta hipótesis, á hacer la prueba de su derecho ante la jurisdiccion civil. El tribunal de casacion habia juzgado desde luego (Sent. de 12 de agosto de 1857), que esta disposicion era estremada; que aunque se tratase de bosques ó de rios, pertenecia solo al ministerio público el derecho de rechazar sobre el acusado el peso de la prueba, y que en el caso de intentarse reclamaciones por una parte civil, habia lugar á pronunciar una remision pura y sencilla, sin prejuzgar nada sobre la carga de la prueba. Si fuese fundada esta distincion, deberia criticarse á la legislacion especial que echa en todos los casos el peso de la prueba á cargo del acusado, puesto que no se veria razon alguna para establecer una regla enteramente par-

(1) Pero esta demarcacion de término no tendria efecto alguno, si hubiere remision, para el conocimiento de una cuestion prejudicial, á la autoridad administrativa, puesto que esta autoridad no puede quedar sujeta, en el ejercicio de su jurisdiccion, por las decisiones de los tribunales (Cas. de 17 de mayo de 1854.).

ticular en las materias de bosques ó de rios. Abrazando en el día una doctrina mas racional, ha reconocido el tribunal de casacion, que los artículos precitados no son mas que la aplicacion del derecho comun, segun los términos del cual, el acusado que responde: *Feci, set jure feci*, debe justificar la verdad de su alegacion. En su consecuencia, aplica á toda persecucion correccional las disposiciones del art. 182 del Código de bosques (Cas. 27 de noviembre de 1845, 26 de diciembre de 1846 y 20 de mayo de 1853.).

228. Ninguna disposicion de nuestras leyes se presta á una extension semejante, en lo relativo á la propiedad mueble. Así ha reconocido siempre el tribunal de casacion (nota del 12 de noviembre de 1813, confirmada por numerosas sentencias), que las cuestiones incidentales relativas á esta propiedad, pueden ventilarse por el tribunal criminal. Una sentencia denegatoria de 5 de febrero de 1858 declara, que aun despues de la absolucion del acusado, los tribunales criminales pueden establecer, segun los términos del art. 366 del Código de instruccion, acerca de la propiedad de los muebles reivindicados por la parte civil.

Aun cuando la cuestion suscitada se refiere á un inmueble, si se trata de un derecho que no es *real*, segun el art. 182 del Código de bosques, la jurisdiccion criminal permanece siendo competente para resolver sobre el incidente. Así lo ha decidido una sentencia de casacion de 8 de enero de 1852, en el caso en que el acusado de un delito de aquel género, alegase un arriendo que le confriese el derecho de cazar. Debe observarse, en vista de las dificultades que se suscitan sobre el carácter del derecho de arriendo, que el medio ó fundamento sacado de la falta de un derecho real de parte del arrendador, fué promovido por el consejero relator solamente, y admitido de oficio por el tribunal de casacion.

229. El Código Napoleon ha autorizado una escepcion de otra naturaleza, pero no menos importante, en lo relativo á las cuestiones de estado. Segun el art. 526 de este Código, los tribunales civiles son los únicos competentes para determinar sobre las reclamaciones de esta clase. Es evidente que, en esta disposicion, no se trata de la competencia directa, que seria muy poco puesto en razon atribuir á la jurisdiccion criminal, sino mas bien de la competencia indirecta, que perteneceria de derecho comun á esta jurisdiccion, por el mero hecho de hallarse conociendo de un delito que se refiere á una cuestion de estado. El art. 527 va mas lejos aun. Hubiera po-

dido concebirse que, así como cuando se trata de una propiedad inmueble, se intentara la acción, salvo suspenderse hasta que se hubiera decidido la cuestión civil prejudicial. Esta marcha, que se había propuesto en el Consejo de Estado, permitía á menos de practicar los primeros actos de persecución, asegurarse de la persona del acusado y examinar á los testigos, etc. Nada de todo esto es permitido por el art. 327, que quiere que la acción criminal contra un delito de supresión de estado, no pueda comenzar sino después de la sentencia definitiva sobre las cuestiones de estado. Aquí es sumamente grave la derogación de las reglas ordinarias. No se trata solamente, como en la disposición del Código de bosques, generalizada por la jurisprudencia, de fijarse un término para proceder ante los tribunales civiles, pues no era posible fijar así un término, en donde no se trata ya de un medio de defensa que alegue el acusado, sino de una cuestión previa en toda clase de persecución. La acción civil queda enteramente libre, y el silencio de las partes, silencio que puede muy bien haberse comprado, tiene indefinidamente en jaque al ministerio público.

¿Qué motivo puede haber dictado esta estraña restricción que ha ocasionado mas de una vez la impunidad escandalosa de los delitos mas peligrosos en sus consecuencias? No debe buscarse otro que ese error demasiado acreditado, que considera la prueba de testigos como necesariamente admisible en lo criminal. Hállase la primera huella de este error en la doctrina que ha autorizado el Parlamento de París: «Cuando se trata de crímenes, decía en 1724 el abogado general Gilbert de Voisins en la causa de Mlle. de Choiseul, la ley no rechaza ninguna clase de prueba. La ordenanza de 1667 no se refiere mas que á las materias civiles y no regula las criminales.» Si esta doctrina fuese exacta, sería fácil acreditar la filiación sin ningún principio de prueba por escrito, tomando la vía de la *información*, como se decía entonces, en vez de acudir á la justicia ordinaria (1). Para obviar este peligro, inevitable en el

(1) El abogado general, quejándose de que se pueda probar así el estado con demasiada facilidad, admite como constante la influencia de lo criminal sobre lo civil. Ya veremos, al tratar de la cosa juzgada, que esta influencia, consignada por algunos autores, debe reconocerse aun en el día. Si se desechase esta influencia, el resultado del procedimiento criminal no causaría ya en lo civil mas que una preocupación puramente moral.

sistema que se abrazaba, proponían algunos, desde esta época, que se suspendiera el procedimiento criminal; pero el abogado general, conforme á la jurisprudencia anterior del Parlamento de París (numerosas sentencias de 1636 y 1695), rechazaba este remedio heroico, que consiste en suprimir una facultad importante á fin de prevenir su abuso. «Rechazar, indistintamente, dice, todas las acusaciones de esta clase mientras no se pruebe civilmente el estado, es favorecer al culpable, es procurar la impunidad del crimen, es chocar abiertamente con los primeros principios de las materias criminales. Pero autorizar toda clase de acusaciones sin discernimiento y sin elección, ¿no es abrir la puerta á un artificio peligroso, que puede, bajo la apariencia de una frívola acusación, propender en efecto solamente á procurarse una prueba testimonial, siempre difícil de admitir por la vía civil? Este artificio es frecuente en la práctica, pero no se escapa á la penetración de la justicia, cuya prudencia há largo tiempo que ha encontrado el medio de repararlo. Cuando el título de la acusación tiene alguna relación con lo civil, la implicación de lo civil y de lo criminal no impide ordinariamente á la justicia permitir desde luego informar; pero si reconoce que en esta información no se ha atendido mas que á hacer la prueba de lo civil, y que se ha descuidado lo criminal, mira el título de la acusación como un *color* que se emplea para sorprenderla, y desconoce fácilmente todo lo que ha hecho y se dirige á reformarlo, á destruirlo.» El Parlamento de París ha fijado la jurisprudencia en el sentido de estas conclusiones por sentencia de 19 de junio de 1724. Es verdad que por sentencia del mismo Parlamento, el 6 de abril de 1789, se ha autorizado por anticipación los principios del Código Napoleon, declarando no ser la parte criminal admisible en juicio mientras no hubiese reclamado el estado por la vía civil. Pero esta sentencia, por otra parte aislada, ha sido anulada. Así como lo ha juzgado el tribunal de casación (sent. den. de 25 brumario del año XIII), la antigua jurisprudencia no ponía trabas de un modo absoluto á la acción de las partes en lo criminal, y aun dejaba intacta la acción del ministerio público, que no podía ser sospechosa de fraude; solamente concedía sobrada latitud al juez criminal, quien admitía ó desechaba á su voluntad la querrela, segun le parecia mas ó menos formal. El proyecto del Código propuso restablecer los verdaderos principios de la materia, obligando al ministerio público, cuando persigue en lo criminal, por

supresion de estado, á tener en cuenta la necesidad de un principio de prueba por escrito (art. 19 del proyecto). Esto no era mas que hacer la aplicacion de la doctrina plenamente adoptada en 1815 (núm. 225) por el tribunal de casacion, segun la cual, no son atributivas de jurisdiccion las reglas sobre la prueba testimonial, y en su consecuencia, deben conocer los tribunales criminales de los incidentes civiles, pero sin poder derivarse de las prescripciones establecidas por el derecho civil. Desgraciadamente, en esta época no habia prevalecto aun esta solucion tan sencilla y tan razonable. El sistema del proyecto fué desechado, probablemente sin haber sido comprendido, y para no recaer en la arbitrariedad de la antigua jurisprudencia, se cortó el nudo gordiano, decidiendo que aquí, á la inversa de lo que se practica de ordinario, seria lo civil lo que tendria á lo criminal en estado. El Código holandés, ilustrado por la esperiencia sobre los peligros de esta restriccion, ha vuelto al sistema que no ha podido prevalecter en nuestro Consejo de Estado. El art. 23 de este Código, despues de haber reproducido el art. 327 del Código Napoleon, añade: «No obstante, el ministerio público podrá, cuando nada intenten las partes interesadas, intentar la acción criminal por supresion de estado, con tal que haya un principio de prueba por escrito. En este último caso, la acción pública no se suspenderá por la acción civil.» Parece difícil conciliar mejor que lo hace este sistema, adoptado igualmente en Bélgica, el interés de la justicia penal, que reclama contra una escandalosa impunidad, y el del reposo de las familias, que quiere que las reclamaciones de estado se funden en una base algo sólida.

230. Para atenuar las sensibles consecuencias del sistema autorizado por el Código Napoleon, Merlin, (Questiones de derecho. QUESTION D'ÉTAT, §. II) ha sostenido que la acción criminal de que habla al art. 327, debe entenderse únicamente de la acción intentada por las partes civiles, y que en su consecuencia, el ministerio público conserva su libertad completa. Dictado por motivos laudables, este sistema no está en armonía con el texto ni con el espíritu de la ley. Seria sobrado extraño que el legislador hubiera calificado de acción criminal la que se intentaba por los particulares en reparacion del perjuicio causado, con exclusion de la acción para la aplicacion de las penas, la cual es la acción criminal por escelencia. En cuanto á la intencion del legislador, se ha manifestado lo bastante por haberse desechado los artículos del proyecto, que propen-

dian precisamente á admitir, mediante ciertas restricciones, la acción criminal intentada de oficio. Así, el tribunal de casacion ha rechazado la doctrina de Merlin por una sentencia denegatoria, de 30 de marzo de 1813, que ha sido seguida de numerosas decisiones en el mismo sentido.

231. No pudiendo eludirse de ese modo la prohibicion del artículo 327, se ha preguntado por lo menos qué estension debe recibir esta regla, qué sentido debe darse á las palabras *supresion de estado*.

Un punto sobre el cual está de acuerdo todo el mundo, y sobre el que por lo demás se habian dado esplicaciones muy positivamente en las discusiones preparatorias del Código, es que los delitos que se refieren á la persona del niño sin comprometer su estado, por ejemplo, el raptó ó la esposicion (Cód. pen., art. 345, 349 y siguientes), pueden perseguirse sin que se haya intentado previamente ninguna acción civil (cas. 4 de agosto y 10 de octubre de 1842).

Aun cuando la cuestion sometida á la jurisdiccion criminal fuese relativa al estado, si la solucion que debe tener deja intactos los derechos y la posicion del niño, se admitirá aun la acción pública de plano. Por eso, por sentencia denegatoria de 28 de diciembre de 1809 se ha declarado bien fundada en el silencio de las partes perjudicadas, la persecucion de falsedad contra una persona acusada de haber firmado, tomando el nombre del marido, la partida de nacimiento del niño de una mujer casada. Y en efecto, este niño no tenia interés en el litigio, puesto que la falsedad de la firma no podia anular una inscripcion en forma debida y de todo punto conforme á la ley. Una decision semejante autoriza á perseguir de plano á un padre acusado de haber hecho inscribir como habiendo nacido vivo un niño ya muerto en el momento de su nacimiento, á fin de verificar la revocacion de una donacion entre vivos (sent. den. de 8 de julio de 1824; V. dos sentencias denegatorias en casos análogos, de 1.º de agosto de 1836 y de 4 de julio de 1840). Aquí tampoco se ponía en duda la filiacion del niño. O habia nacido efectivamente vivo, y entonces no se atacaban sus derechos; ó habia nacido muerto, como lo sostenia la acusacion, y entonces no tenia derecho alguno. Encuéntrase en los monumentos de la jurisprudencia una multitud de decisiones de la misma clase, que declaran inaplicable el art. 327, siempre que no se halla comprometida la filiacion del niño.

232. Pero ¿se deberá avanzar más, y en el caso en que el hecho acriminado se refiriera directamente á una supresion de estado, castigar la falsificacion material, cuando es independiente de la supresion de estado, aun cuando no se haya intentado ninguna accion civil? Así, pues, si se ha preguntado, si es permitido perseguir como crimen especial la alteracion con el auxilio de procedimientos químicos, de registros del estado civil, para hacer desaparecer su contenido, substituyéndole actas falsas que tengan por objeto atribuir á un hijo natural una filiacion legitima. Merlin ha sostenido enérgicamente ante el tribunal de casacion, que se debia hacer abstraccion del estado que no era objeto de ninguna reclamacion civil, para fijarse en la falsificacion, la cual tomada aisladamente, y cualquiera que sea su tenor, ya actas borradas, ya actas substituidas, caia evidentemente bajo la aplicacion de las disposiciones del Código penal. Esta distincion razonable ha sido rechazada por sentencia denegatoria del 30 de marzo de 1813 (1); es de lamentar que se haya así sacado de un mal principio, consecuencias que no se contenian precisamente en él. El mismo tribunal ha juzgado mucho más sabiamente, haciendo prevalecer el espíritu del art. 327 sobre su letra, cuando ha autorizado al ministerio público (sent. de 2 de julio de 1819) á intentar persecuciones, cuando habia llegado á ser imposible la accion civil, por haber fallecido sin dejar herederos la persona cuyo estado habia podido suprimirse.

Por otra parte, se reconoce que el artículo 327 no era un obstáculo para que decidieran los tribunales criminales cuestiones de filiacion, cuando no se presentan sino como puros incidentes, cuya solucion deja intacto el debate en el fondo sobre el estado, si esta cuestion debe suscitarse más adelante. Así, según los términos de una sentencia denegatoria de 15 de enero de 1818, un tribunal criminal no se escude de sus poderes, declarando admisible la intervencion de una parte, por razon de los vínculos de parentesco que le unen á la víctima de un asesinato sometido á este tribunal. Semblante decision no prejuzga sino en lo concerniente al derecho á las reparaciones ó indemnizaciones civiles, el parentesco que bajo otros

(1) Sin embargo no quedarian impunes hechos de esta naturaleza, porque siempre se admitiria subsidiariamente la reclusion, pronunciada por el art. 439 del Código penal contra los que destruyen las actas de la autoridad pública. La pena de falsificacion hubiera sido la de trabajos forzosos temporales (art. 147 *ibid.*).

respetos, puede volver á ponerse en cuestion ante los tribunales. El tribunal de casacion se ha pronunciado en el mismo sentido relativamente al punto mucho más grave, á saber, las relaciones de paternidad y de filiacion, consideradas como circunstancia agravante de la muerte (sent. deneg. de 27 de noviembre de 1812 y de 19 de setiembre de 1839.). El principio de que el juez de lo principal es el juez de lo incidental, principio que no podria destruirse sin exponerse á involucrar procedimientos muy complicados, recobra entonces todo su imperio. Lo mismo procede con mayor razon, si se suscita la cuestion de estado, no en apoyo de una reclamacion formal de filiacion, sino como refiriéndose á la identidad de un acusado de estafa por usar de *nombre falso*. El juicio de esta cuestion de identidad pertenece á la jurisdiccion criminal (sent. deneg. de 14 de octubre de 1853).

233. Las palabras *reclamacion de estado, supresion de estado*, de los artículos 326 y 327 del Código Napoleon tienen un significado particular que no corresponde al *status personarum* en general: solo se refieren á la filiacion. Respecto de las demás cuestiones relativas al estado de las personas, especialmente al matrimonio, no siendo aplicable el motivo erróneo que ha ocasionado la supresion de la accion pública, jamás se ha dudado de que pueden probarse los hechos por medio de testigos, bien sea ante los tribunales criminales, bien ante los civiles. Así el art. 198 quiere, por el contrario, que el asiento en los registros del estado civil de la sentencia criminal que consigna la celebracion del matrimonio, basta para asegurar los derechos de los esposos. Hase, pues, anulado con razon (8 de mayo de 1828) una sentencia, por la cual un tribunal criminal se declaraba incompetente en el silencio de las partes civiles, para juzgar á una persona acusada de haber tomado los nombres y cualidades de otra, en la partida de celebracion de su matrimonio. Esto era desconocer de un modo extraño la verdadera trascendencia de los artículos 326 y 327. Pero el mismo tribunal de casacion no ha estado enteramente al abrigo del error que consiste en generalizar los principios del Código Napoleon en lo relativo á las cuestiones de estado. Nos referimos á su doctrina sobre la bigamia, tal como resulta de su jurisprudencia y de su nota de 1813 sobre las cuestiones prejudiciales. El tribunal admite la competencia de la jurisdiccion criminal para apreciar la validez del segundo matrimonio en donde yace, por decirlo así, el cuerpo

del delito; pero no reconoce en esta jurisdicción el poder de determinar sobre la nulidad (1) del primer matrimonio, cuando se alega como medio de defensa. « Esta clase de nulidad, dice la nota de 1813, no puede juzgarse por los tribunales criminales, porque el estado civil del acusado depende de la sentencia que debe darse, y los tribunales civiles, según el art. 326 del Código de Napoleón, son los únicos que pueden resolver sobre las *cuestiones de estado*. Por otra parte, este argumento prueba demasiado. Si las cuestiones de matrimonio son en efecto cuestiones de estado, ¿ bajo qué título puede conocer la jurisdicción criminal de la validez misma del segundo matrimonio? ¿ No sería preciso entonces aplicar también el art. 527 y suspender la acción pública, mientras no se intente la acción civil? ¿ Se dirá, como se ha hecho, que el Código Napoleón (art. 189) quiere que en todo caso la validez ó la nulidad del primer matrimonio sea juzgada previamente? Pero no hay nada en esta disposición, puramente relativa al orden del procedimiento, que indique la remisión á otra jurisdicción, punto de que no se ocupa en manera alguna el legislador al tratar de las nulidades del matrimonio. Es verdad que el tribunal de casación persiste por lo demás en una doctrina que no descansa en bases muy sólidas. Después de haberse separado de su jurisprudencia precedente, aprobó esta doctrina por unanimidad, cuando se redactó la nota de 1813; posteriormente no ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido mas que una vez, por sentencia denegatoria de 16 de enero de 1826.

234. Puede consultarse sobre las cuestiones prejudiciales relativas á las materias especiales, los autores que se han ocupado particularmente de lo tocante á estas cuestiones (V. sobre todo el tratado de M. Mangin, núms. 226 y siguientes). Citarémos, por ejemplo, la interpretación de los actos de la autoridad administrativa que la ley de 16 de diciembre (fructidor) año III, atribuye exclusivamente á esta autoridad, y las contestaciones sobre el *fondo de los*

(1) Supónese que se trata de una nulidad absoluta; porque el tribunal de casación, al contrario que la antigua jurisprudencia, quiere que las cualidades relativas, dejando subsistir el matrimonio mientras no son propuestas, no puedan destruir la acusación de bigamia, aun cuando se hubiera contraído la segunda unión por uno de los conjuntos que tenía el derecho de prevalerse de esta nulidad. Esta opinión rigurosa es combatida con talento por M. Mangin (*Tratado de la acción pública y de la acción civil*, núm. 196).

*derechos* que solo pueden juzgarse por los tribunales civiles (1) según la ley de 28 ventoso, año XII (tít. V, art. 88).

235. En resumen, siendo los principios sobre la prueba los mismos en todas las jurisdicciones, no há lugar generalmente á remitir el negocio á los tribunales civiles, respecto de una cuestión previa que no es susceptible de prueba por testigos; la jurisdicción criminal debe retener el incidente y juzgarlo según las reglas del derecho civil. Esta decisión se aplica sin dificultad á las convenciones incidentalmente sometidas á los tribunales criminales, especialmente en el caso de que el acusado de abuso de confianza por violación de mandato, invoque la excepción prejudicial sobre el debate de una cuenta entre él y su mandante (sent. den. de 4 de marzo de 1859). En cuanto á la propiedad, si se trata de muebles, no está derogada todavía la regla que quiere que el juez de la acción sea el juez de la excepción; si se trata de inmuebles, la importancia del litigio dá lugar á remitir el negocio al tribunal civil; pero entonces debe ventilarse la cuestión prejudicial en un plazo determinado. En materia de filiación, el temor mal fundado de la admisibilidad indefinida de la prueba testimonial ha hecho suspender la acción pública, mientras que no se intente la acción civil; involucración de los principios generales de nuestro derecho criminal, que conviene no estender mas allá de lo relativo á la *supresión de estado*. Finalmente, respecto del matrimonio, no vemos ningún texto que haga cesar la competencia del juez criminal, proclamada por el contrario por el art. 198 del Código Napoleón. Parece, pues, justo autorizar siempre á este juez para conocer de él, sin distinguir, como quiere hacerse en caso de bigamia, entre el primero y segundo matrimonio.

236. Independientemente de las cuestiones prejudiciales, debemos para terminar lo relativo á la admisión de testigos en lo criminal, señalar la importancia enteramente particular que tienen los procesos verbales ó sumarios en ciertas materias, tales como las de aduanas y contribuciones indirectas (2). Habitualmente, según la

(1) Sin embargo, una simple contestación incidental á un proceso verbal de contravención ó de embargo, puede ventilarse ante el tribunal correccional (Sent. den. de 11 de mayo de 1839.).

(2) V. el capítulo II del *Tratado de los procesos verbales en materia de delitos y de contravenciones* por M. Mangin, obra que aunque inferior al *Tratado de la acción pública y de la acción civil*, es aun fecunda en noticias útiles.

letra de los arts. 154, 189 y 212 del Código de procedimiento criminal, se puede probar por medio de testigos, á falta de proceso ó sumaria, verbal, cuando se trata de infracciones de que debiera haberse redactado acta, por ejemplo, de las que versan sobre propiedades rurales, ó bien sobre reglamentos de transporte (V. la sent. de cas. de 18 de marzo de 1836 y de 18 de marzo de 1854). Pero la importacion de mercancías, la circulacion de géneros, en contravencion á las leyes fiscales, son hechos tan fugitivos ó poco permanentes que se ha comprendido la necesidad de no autorizar la persecucion en semejante caso, sino en cuanto hay un proceso verbal en forma (1). En este sentido interpreta constantemente la jurisprudencia (sent. den. de 28 de abril de 1835) las leyes de 19 de brumario año VI y del 9 floreal año VII, así como el decreto de 1.º germinal del año XII. Admítase solamente la prueba testimonial, segun una distincion que resulta de la combinacion de los textos, para permitir la confiscacion de los objetos embargados que seria sobrado peligroso volver á los acusados, á falta de un proceso verbal en forma (2). En cuanto á la multa y á la prision se reconoce generalmente la necesidad absoluta de un proceso verbal para justificar la condena. Es verdad que se ha querido asimilar esta obligacion legal (Bourquiquon sobre el art. 16 del Cód. de inst. crim.) á la que se establece por los arts. 1141 del Código Napoleon en el caso en que hubiera principio de prueba por escrito contra el acusado. Pero siempre que se trata de delitos especiales, es preciso atenderse estrictamente á la regla adoptada por el legislador para dar una base fija á persecuciones cuyo ejercicio, con frecuencia vejatorio, suscita vivas reclamaciones en la práctica.

237. La admision de la prueba testimonial cuando no se aplica el principio sentado por la ordenanza de Moulins, padece aun una notable escepcion, tanto en lo criminal como en lo civil, cuando se trata de acreditar la verdad de las imputaciones dirigidas contra los funcionarios públicos. El art. 28 del decreto de 17 de febrero

(1) Pero no es indispensable el embargo efectivo, como lo prueba M. Faustin Helie (*Inst. crim.*, tomo IV, pág. 260.)

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

de 1852, al reproducir el sistema de la ley de 25 de marzo de 1822, prohíbe probar *por medio de testigos* la verdad de estos hechos. Mas para no dividir lo que es relativo á la difamacion, hemos tratado de este punto (núm. 76) al sentar los principios que rigen la prueba en esta materia.

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



No prescribiéndose por el derecho español que rige en la actualidad, la mayor parte de las reglas y prohibiciones que espone M. Bonnier en los números precedentes y que contiene la legislación francesa respecto de la admisión de la prueba de testigos en ciertos casos y materias, dando lugar en su consecuencia á dudas sobre si deberán conocer en aquellos casos los tribunales civiles ó los criminales, ó segun las reglas establecidas para los procedimientos en lo civil ó en lo criminal, y no teniendo por lo tanto aplicacion á nuestros tribunales aquellas reglas y prohibiciones, segun hemos indicado en las adiciones anteriores, no tienen lugar entre nosotros gran parte de aquellas dudas y dificultades. En nuestro derecho, no afecta en nada á las diversas jurisdicciones, ni la competencia judicial, la circunstancia de que sea admisible ó no en un asunto la prueba de testigos; la regla general que nuestras leyes establecen para determinar sobre cuándo debe entenderse en juicio civil y cuándo en juicio criminal, es atender á la naturaleza del negocio objeto del juicio, correspondiendo conocer en juicio criminal cuando se trate de la averiguacion y castigo de un delito ó falta, y en juicio civil cuando se trata de reclamar una cosa ó derecho perteneciente al patrimonio de cada uno, del cumplimiento de obligaciones ó de indemnizacion de perjuicios, en cuyos derechos se comprende naturalmente el estado civil como uno de los mas importantes del hombre, puesto que constituye su personalidad, y que es la fuente y origen de todos sus demás derechos. No obstante esta regla general, nuestro derecho admite naturalmente el fuero de atraccion en ciertos casos, el principio de que el juez de la accion lo es de la excepcion, la facultad respecto de un mismo juez para conocer de la accion pública y de la privada, de la accion penal y de la civil que proviene de los delitos, las cuales pueden tambien proponerse juntamente. Además, no habiéndose admitido en España el jurado para conocer de las causas criminales, entienden de éstas siempre jueces letrados, hallándose asimismo facultados para conocer unos mismos jueces, tanto de lo civil como de lo penal, lo cual facilita en estremo la aplicacion de las reglas del fuero de atraccion. Así, pues, cuando con ocasion de un delito se presenten cuestiones incidentales de naturaleza civil, podrá en general conocer el mismo juez que entendia de lo penal de estas cuestiones civiles, si bien deberá atenderse para ellas á las reglas del procedimiento civil, y aun deberá cuando la cuestion incidental de naturaleza civil pueda influir notoriamente en la decision del juicio criminal, de modo que no pueda determinarse éste con arreglo á justicia, hasta resolver aquella cuestion, suspender el procedimiento criminal hasta la resolution de la cuestion civil, á la manera que para el caso inverso lo establece la nueva ley de enjuiciamiento civil, en cuyo art. 291 se previene, que «en el caso de que sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que puede ser de influencia notoria en el pleito, entablase la accion criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal.»

Mas en el proyecto de Código civil español de 1851, se admiten las reglas y prohibiciones enunciadas por M. Bonnier en los números anteriores, y asimismo se determinan por disposicion expresa algunos de los casos de naturaleza civil en que debe conocerse ó no por el procedimiento civil ó por el criminal. Así, en el art. 116, concordante con el 326 del Código Napoleon, que espone M. Bennier en el núm. 229 y siguientes, se declara que á los tribunales civiles compete exclusivamente el conocimiento de las contestaciones sobre el estado de los hijos legítimos. Asimismo

en el art. 361, se contiene una disposicion análoga á la del 198 del Código Napoleon, que espone M. Bonnier en el número 233, puesto que se previene en aquel, que cuando en un juicio civil ó criminal resulte la celebracion legal de un matrimonio, que no se hallase registrado ó lo hubiese sido con inexactitud en el libro parroquial, se pondrá en él copia de la ejecutoria que servirá de prueba del casamiento,» disposicion por la cual, se reconoce la competencia del juez que entiende de lo criminal para conocer sobre cuestiones de estado respecto del matrimonio, si bien esto debe entenderse cuando son incidentales de una causa criminal (*A. del T.*)

#### APENDICE DE LA PRIMERA SECCION.

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

###### SUMARIO.

- 239. Prueba testimonial en segundo grado.
- 240. Peligro de esta prueba.
- 241. Restricciones á que está sometida.
- 242. Prueba por fama pública.
- 243. Casos en que no es admisible esta prueba.
- 244. Forma en que se debe suministrar.
- 245. Con qué condiciones puede someterse la prueba de la posesion inmemorial.
- 246. La prueba de pública voz y fama, es de derecho comun en materia de posesion de estado.
- 247. ¿Es admisible contra terceros?

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

240. Es evidente, que la prueba se debilita á medida que se aleja de su origen. Quintiliano (*Inst. orat.*, lib. 5, cap. 7.) rehusaba el nombre de testigos á los que declaraban solamente *de auditibus; non enim ipsos esse testis sed injuratorum adferre voces.* Montaigne hace sobre este punto una observacion que ha popularizado la fábula bien conocida de La Fontaine: «Los primeros, dice (lib. III, cap. 2), como que vienen á referir su historia, cono-