

»cen, por las oposiciones que se les hacen, donde está la dificultad de la persuacion, y van cerrando este hueco con alguna pieza falsa. El error particular constituye primeramente el error público, y á su vez, el error público forma el error particular. Así todo este edificio vá vistiéndose y formándose de mano en mano, de suerte que el testigo mas remoto está mejor informado que el mas próximo, y el último informado se halla mas persuadido que el primero.» Tales el origen de estos adagios de Loysel, que no son mas que la espresion de la razon y del buen sentido (*Inst. consuet.*, lib. V, tit. V, núm. 2.): «Mas crédito debe darse á un solo ojo que á dos oídos, de *audivi*.» Así, jamás se deberá recurrir á las pruebas de segundo grado, cuando pueden emplearse las de primero (1). Por eso el juez, cuando duda de la exactitud de los relatos que se han hecho sobre los indicios que puede presentar el estado de los parajes donde ha ocurrido el hecho, debe trasladarse él mismo á ellos. Asimismo, la ley prescribe en general atenerse al original de una acta ó escritura, mientras exista esta original (Código Nap., art. 1354.). Igual regla debe aplicarse á los testigos. Solamente cuando han muerto los testigos directos ó se hallan en la imposibilidad de declarar, es permitido apelar á segundos testigos para reproducir la declaracion de los primeros. Y además, esta misma circunstancia de no ser posible oír á los primeros, debe inducir al juez á examinar con cuidado si hay algun indicio de fraude; porque evidentemente, el que quiera calumniar sin esponerse á ser desenmascarado, no dejará de prestar un relato falso á una persona de quien no pueda temer que le desmienta. Será, pues, necesario, que sea doblemente digno de fé un testigo para que se pueda dar crédito á su declaracion, cuando no se refiera mas que á un oír decir; con mucha mas razon será la prueba en extremo débil, cuando sea preciso recorrer una fila mas ó menos complicada, para llegar al testimonio directo. Beccaria (*De los delitos y de las penas*, capítulo XIV) hace observar con razon, que las pruebas no se fortifican mutuamente sino cuando son independientes; pero cuando

(1) Esto es una de las aplicaciones del principio general sentado con razon por la jurisprudencia inglesa (Philipis, *on the Law of evidence*; part. 4, lib. I, cap. VII, sec. 6): siempre debe producirse la prueba mejor que permita la causa (*The best evidence of which the nature of the thing is capable*).

se levantan unas sobre otras, su número está muy lejos de aumentar su fuerza.

241. En otro tiempo, cuando se producía la convicción del juez por reglas formuladas *à priori*, se rechazaba pura y simplemente el testimonio *ex auditu alieno*. Segun Pothier (*Oblig.*, núm. 821.), si el testigo digera «que lo sabe por haberlo oído decir á un tercero, no haría prueba su declaracion.» No obstante, podían admitirse en ciertos casos las declaraciones fundadas en haber oído decir, ó de oídas, cuando iban acompañadas de las siguientes condiciones: 1.^a que el testigo supiera el hecho por las personas que estaban allí presentes; 2.^a que nombrase estas personas; 3.^a que estas personas fueran dignas de fé, y dos por lo menos; 4.^a que hubiese imposibilidad de oírlas á ellas mismas (V. Merlin, *Repertorio*, palabra, PRUEBA, secc. II, §. III, art. 2, núm. 8.).

El derecho comun inglés (*common law*) vá mas adelante, puesto que proscribe en principio todo testimonio de oídas (*harsay*), bien se dé este testimonio oralmente ó se consigne por escrito (2). «La debilidad intrínseca de este medio de prueba, dice M. Greenleaf (tomo I, pág. 129); su insuficiencia para convencernos de la existencia del hecho, y los fraudes á que se presta, concurren para hacer prevalecer el principio de que la prueba de oídas es completamente inadmisibles.» Pero hubiera sido muy embarazoso explicar este principio de un modo absoluto; así es, que la práctica inglesa y americana han restringido singularmente su influencia (Philipis, part. 4, lib. 1, cap. VII, sec. VII, M. Greenleaf, tom. 1, part. II, cap. V al X.). En primer lugar, estas prácticas autorizan la prueba, siempre que el objeto mismo de la controversia se dirige sobre disposiciones transitorias transmitidas por terceros, como en el caso de posesion de estado, y en general, de notoriedad pública, puesto que el objeto de la informacion, nos dice M. Greenleaf (tomo I, pág. 131), es precisamente el concurso de opiniones sobre el mismo hecho (*The subject of inquiry being the concurrence of many voices to the same fact*). Además, constituye una escepcion á la regla, cuando se trata de la declaracion de los moribundos, de lo que es de interés público, de una antigua posesion, etc. En Escocia se admite el testimonio en segundo grado, con la condicion de no

(2) Esta prohibicion se encuentra tambien en el procedimiento austriaco (M. Gennari, *Teoria delle prove*, pág. 231.).

existir el testigo directo y de que hubiera sido legalmente admisible su declaracion.

Nuestra legislacion moderna no permite ninguna restriccion de esta naturaleza en cuanto á la admisibilidad de la prueba testimonial. Solamente puede admitir el Juez las condiciones que imponia la antigua doctrina, y que impone aun la práctica escocesa al testimonio de segundo grado, como datos de razon y de esperiencia. Sobre este punto, como en todo lo concerniente á la apreciacion de los testimonios, segun veremos mas adelante, es imposible trazar anticipadamente reglas fijas. ¿Cómo determinar *a priori* el punto exacto en que comienza la verdad ó en que termina el error? En los casos en que se admite la prueba testimonial, pueden evidentemente los testigos declarar *ex auditu proprio aut alieno*, quedando salvo al juez apreciar, en cuanto lo crea razonable, los testimonios de segundo y de tercer grado, etc. Pero si desde el principio no se apoyan los hechos sobre que una parte solicita hacer prueba mas que en testimonios de oidas, no deberán los jueces, en general, declarar esta no admisible. Así, una sentencia de 12 de enero de 1836 autoriza á la jurisdiccion criminal para negarse á oír por citacion del ministerio público á un testigo que acude á declarar solamente de oidas, cuando está terminada la instruccion.

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

(1) Una sentencia de la Audiencia de Lyon, anulada el 5 de marzo de 1853, dedujo de la falta de inventario la violenta consecuencia de que el cónyuge sobreviviente debe representar todos los valores enunciados en el contrato de matrimonio, sin que los herederos del otro cónyuge tuvieran que hacer ninguna prueba, aun por comun fama.

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

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

243. No debe estenderse la prueba por comun fama á los casos en que fuera permitido procurarse una prueba mas formal. Por eso el tribunal de Bourges ha juzgado con razon el 27 de julio de 1823, que no debia admitirse justificar de esta suerte una sociedad tácita que habia existido de antiguo entre dos hermanos. De que se permita hacer oír á testigos para probar sociedades de esta naturaleza, que no estaba en uso probar por escrito, no se sigue en manera alguna que se deba admitir testigos que declaren por rumores vagos, sin tener conocimiento alguno personal de los hechos. Con mas razon se debe rechazar esta prueba en los casos en que exige

el texto de la ley una prueba por escrito. Así, en la comunidad reducida á los gananciales, exigiendo la ley que los muebles que existian al contraer matrimonio consten por inventario ó estado formal (Cód. Nap., art. 1499), no se puede sostener en el día que se pueda admitir á los esposos á justificar lo que aportaron aun por comun fama, como estaban autorizados antiguamente. Si se autoriza á la mujer ó á sus herederos á probar de esta manera el valor que ha tocado á la mujer durante el matrimonio, y de que no hizo el marido estender inventario (*ibid.*, art. 1415), es porque entonces se encuentran precisamente en uno de esos casos escepcionales en que seria preciso proteger los intereses de la mujer; antes del matrimonio, por el contrario, se hallan igualmente defendidos los intereses de ambos esposos, y es indispensable una prueba en forma. Conviene, no obstante, distinguir la posicion de la mujer ó de sus herederos respecto de un tercero, ó bien de un otro conjunto ó de sus herederos. Con relacion á los terceros, especialmente á los acreedores del marido, se aplica la ley en todo su rigor, y la mujer no puede suplir, ni aun por medio de la prueba testimonial ordinaria, la falta de inventario ó de estado formal (Poitiers, 6 de mayo de 1836; sent. deneg. de 19 de junio de 1855.). En las relaciones de los esposos entre sí, por el contrario, aun cuando sea el marido quien reclama, segun la doctrina de una sentencia denegatoria de 3 de agosto de 1841 y otra del tribunal de Orleans de 24 de febrero de 1860, no es absolutamente indispensable un inventario ó estado formal, pero de esto á la admision de la prueba por comun fama, hay gran distancia. Durante el mismo matrimonio, si no se tratase de una donacion ó de una sucesion en favor de la mujer, sino que ésta alegara solamente que el marido habia recibido valores muebles pertenecientes á la misma, no tendrian fundamento suficiente los tribunales para ordenar esta prueba escepcional.

244. Aun cuando se produzca la prueba testimonial por vía de comun fama, no por eso se halla menos sometida á las formalidades ordinarias de las informaciones; así el tribunal de casacion anuló el 17 de enero de 1838, una sentencia por la que se habia delegado á dos notarios la práctica de la prueba por comun fama. En el fondo, esta prueba no es mas que una variacion de la prueba por testigos, y en una legislacion como la nuestra que no rechaza la prueba testimonial en segundo grado, no hay mas que una dife-

rencia entre la informacion ordinaria y la informacion que se funda en la fama comun.

245. La posesion inmemorial admitida en otro tiempo en ciertas costumbres, especialmente como medio de probar la existencia de las servidumbres, no se fundaba únicamente, como se imagina de ordinario en la fama comun. Era necesario, segun una sentencia del Parlamento de Tolosa de 3 de julio de 1715, que resume la antigua doctrina sobre este punto, que declarasen los testigos haber tenido personalmente conocimiento de los hechos de posesion, durante cuarenta años *de visu*, y haber oido á sus antepasados que éstos habian sido igualmente testigos. Como era preciso tener catorce años para que se reputara haber tenido formalmente conocimiento de los hechos, se sigue, que en una informacion sobre posesion inmemorial, no es admisible un testigo sino de edad de cincuenta y cuatro años. En su consecuencia, muchos tribunales (Agen. 8 de enero de 1833, Pau, 15 de marzo de 1834) han decidido que, en los casos en que el Código Napoleon permite acreditar de esta manera la existencia de antiguas servidumbres (Código Napoleon, art. 691), es preciso por lo comun, que los testigos á quienes se oye, sean ya de edad de cincuenta y cuatro años cuando se promulgó este Código. La prueba de la posesion inmemorial así entendida, merece mas que nunca el nombre de *piscatio anguillarum* que le habian dado los antiguos doctores. Sin embargo, la doctrina del Parlamento de Tolosa, reproducida por estas sentencias, nos parece un vestigio del antiguo sistema de las pruebas legales. ¿Por qué exigir que hayan tenido los testigos conocimiento personalmente de los hechos durante cuarenta años? ¿por qué tambien exigir que se hayan informado personalmente de ellos, si existe tradicion constante? Labeon estaba en lo cierto, cuando decia, sobre tal materia: *Nec utique necesse esse, superesse qui meminissent, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint* (l. 2, §. 8, D. *de aqu. et aqu. pluv. arc. l. 28 ibid. de probat.*). Exigir testigos que hayan tenido conocimiento personal de los hechos de posesion cuando se promulgó el Código, seria hoy exigir un imposible, y el legislador no ha tenido intencion de destruir derechos legalmente existentes, prohibiendo que se prueben. Aun bajo el régimen del mismo derecho comun inglés, que no admite en principio la prueba tradicional (*traditionar y evidence*), la necesidad ha obligado á la práctica americana á recurrir á esta vía para establecer los límites

de las propiedades privadas, que era imposible justificar de otro modo (1) (Greenleaf, tom. I, pág. 192, not. I); con mas razon, bajo el régimen de una ley como la nuestra, que no pone restriccion alguna, debe dejarse al juez toda latitud para la prueba de la posesion inmemorial. Así, el tribunal de casacion ha decidido justamente (sent. deneg. de 9 de nov. de 1826 y de 20 de nov. de 1837 y 1.º de julio de 1859) que la inobservancia de las reglas del antiguo derecho no podria dar lugar á la casacion (2).

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

247. Finalmente, en los casos en que se admite escepcionalmente la prueba por comun fama, llega á ser, en tésis general, un medio tan legal como otro cualquiera, y cuya influencia seria arbitrario restringir. Es preciso, pues, reconocer con el tribunal de Burdeos (sent. del 20 de junio de 1826), que la prueba por comun fama tiene efecto, no solamente con relacion al administrador que descuidó hacer inventario, ó á sus herederos, sino tambien respecto de los terceros. Sin embargo, ya hemos visto (núm. 243) que á veces hay mas severidad para la prueba en lo que toca á un tercero interesado que en las relaciones de los esposos, cuando se trata de acreditar la importancia de sus derechos.

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

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

Segun la ley 28, tit. 16, Part. 3.ª, el testimonio de oídas que se funda en el dicho de un tercero, á que se refiere M. Bonnier en el núm. 239 y siguientes, no tiene fuerza ni hace prueba en juicio, porque el testigo no sabe por sí mismo lo que dice; así es que segun la ley 29, tit. 16, Part. 3.ª solo tiene fuerza sobre sucesos y otras cosas antiguas sobre que los testigos oyeron á sus mayores y éstos á los suyos ó en causas de difícil probanza, y cuando se trata de probar la comun fama.

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

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

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

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

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

Respecto de la posesion inmemorial á que se refiere M. Bonnier en el número 245, como medio de prueba, la admite tambien nuestro derecho. Esta posesion puede alegarse para adquirir todo lo que no es imprescriptible, pues hace veces de título á falta de éste, si se perdió sin culpa del que produce esta prueba. Tambien exige nuestro derecho la posesion inmemorial para probar la constitucion de las servidumbres discontinuas. V. la ley 15, tit. 34, Part. 3. Para probar la posesion inmemorial respecto de los mayorazgos y señoríos y jurisdicciones civiles y criminales de las ciudades, villas y lugares, se requeria por nuestras leyes la presentacion de testigos que dijeran que así lo vieron ellos por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, quienes tambien lo habian visto y oído sin cosa en contrario, siendo tal la pública voz y fama y

comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. V. las leyes 1, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Recop., y la 7, tít. 29, Part. 3.^a. Mas respecto de los demás asuntos, sientan los autores, no ser necesario ni estar admitido en la práctica el que digan los testigos que así lo oyeron á sus mayores y ancianos. V. Acev. en la ley 1, tít. 7, lib. 5 de la Recop. No se exigen, pues, por nuestro derecho estas circunstancias, ni las á que se refiere M. Bonnier en el núm. 243 citado, en la prueba por posesion inmemorial de las servidumbres discontinuas.—(A. del T.)

SECCION SEGUNDA.

MODO DE PRACTICARSE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

SUMARIO.

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

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

La produccion secreta de la prueba testimonial se introdujo en la Edad media, tan solo lentamente y á consecuencia de circunstancias particulares. Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, lib. 28, cap. 34), piensa que la reaccion contra el combate judicial, que era esencialmente público, ocasionó el secreto de las informaciones para proteger á los testigos contra las provocaciones de las partes. La necesidad de delegar las funciones del tribunal á un comisario, en caso de hallarse distantes los testigos (núm. 251), la institucion de

la apelacion que contribuyó á fortificar el hábito de juzgar, atendiendo á los méritos del proceso, deben figurar igualmente entre las causas de este memorable cambio en las costumbres judiciales. El ejemplo de los tribunales eclesiásticos, que renunciaron de muy temprano á la publicidad, parece haber influido tambien en los hábitos de nuestros jueces, especialmente durante la residencia de los Papas en Avignon (1). Como quiera que sea, solo en tiempo de Francisco I en 1539, se estableció completamente el principio del secreto de la informacion testifical sobre toda clase de materias. Y como se queria á toda costa en esta época apoyar en las leyes romanas las doctrinas mas estrañas á las ideas de los jurisconsultos romanos, se pretendió volver á encontrar el secreto de las informaciones en una constitucion de Zenon (l. 14, *Cód., de testib.*). Pero las expresiones *judicantis, intrare secretum*, que emplea el emperador, se refieren solamente al local separado donde está el juez, y de ningun modo á un procedimiento oculto de que no hay rastro alguno, aun en el Bajo Imperio (V. Nov. 90, cap. IX.).

Este estado de cosas fué probablemente útil en su origen. La introduccion de un procedimiento técnico y de sus sutiles formas propendia á alejar de la administracion de justicia á los hombres de espada para concentrarla en manos de los hombres de ley ó legislatas. Pero los inconvenientes del nuevo método subsistieron largo tiempo despues que cesó su utilidad. Las ordenanzas de 1667 y de 1670 conservaron el secreto, tanto en lo civil como en lo criminal. Habia, no obstante, la diferencia esencial entre las dos jurisdicciones, que en materia civil habia secreto en el solo sentido de que los testigos no declarasen en la audiencia, mientras que en materia criminal estaba espresamente prohibido á los escribanos comunicar las informaciones (Ord. de 1670, tít. VI, art. 15.). Por último, la Asamblea constituyente decidió por la ley de 29 de setiembre de 1791, que en materia criminal se oyera á los testigos en la audiencia. El 7 de *fructidor*, año III, dió la Convencion un decreto que introdujo la misma innovacion en materia civil. Desgraciadamente este decreto se contentó con sentar el principio, sin establecer re-

(1) En Inglaterra se ha producido siempre la prueba testimonial, oral y públicamente, á no ser en los tribunales de equidad, donde por tradicion de los usos canónicos se preguntaba á los testigos y respondian éstos por medio de escrito, hasta un estatuto reciente (Stat. 15 y 16, Vict., capitulo 86) que sometió al derecho comun el exámen de los testigos.

glas fijas para ejecutarlo, y se originó una gran confusion en las informaciones. Así, por sentencia consular de 18 de fructidor del año VIII, se volvió pura y simplemente á la ordenanza de 1667. El Código de procedimiento, aunque con bastantes importantes modificaciones, se atuvo igualmente al sistema de la informacion sin publicidad. Por el contrario, ante los tribunales criminales, jamás cesó desde 1791 el exámen público de los testigos.

249. ¿Hay razones fundadas para establecer entre ambas jurisdicciones una línea de demarcacion tan señalada? Es bastante difícil justificar, en principio, esta distincion. Hásela combatido, no solamente por teóricos á veces sospechosos, tales como Bentham, sino tambien por Boncenne, siempre tan preocupado de lo que requiere la práctica; por Boitard, este espíritu tan sábio y tan elevado á un tiempo mismo; mas recientemente aun, un eminente consejero del tribunal de casacion, M. Lavielle, vino á unir á las reclamaciones de la doctrina, la autoridad de su esperiencia (1). (*Estudios sobre la administracion de la justicia civil.*—(*Revista crítica*, tomo XII, pág. 518 y sigs.). Las ventajas que ofrece la publicidad, ya por permitir al juez averiguar la verdad observando el acento de los testigos y todo su continente (2), ya para garantizar la veracidad de los testigos con la comprobacion de un auditorio que puede con frecuencia desmentirlos, son absolutamente los mismos en una y en otra hipótesis. Las censuras que se han dirigido al sistema de la ley de 7 de fructidor, año III, por el orador del Tribunado, cuando se presentó el Código de procedimiento al Cuerpo legislativo, se reducen á tres: el temor de que se vean intimidados los testigos con el aparato de la audiencia; el temor de disgustos ó altercados que puedan comprometer la dignidad del tribunal; finalmente, el inconveniente de ocupar á todo el tribunal y no á un solo juez. Las dos primeras objeciones prueban demasiado, porque propenden á hacer creer que la publicidad es sumamente peligrosa en lo criminal, donde conviene mas que los testigos se hallen al abrigo de amenazas, y en que las pasiones cuya esplosion se teme, se hallan mas vi-

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

(2) Este es el sentido en que decia Adriano (l. 3, §. 3, *Dig. de testib.*). *Testibus se non testimonis crediturum.* Es tan necesario, dice M. Lavielle *ver la informacion como oírla.*

vamente escitadas. Y no obstante, la esperiencia ha hecho justicia sobre estos temores, que se han realizado raras veces, en los casos en que se ha suministrado en la Audiencia la prueba testimonial. La tercer crítica es mas grave, bajo el punto de vista práctico. La necesidad de emplear tres jueces en vez de uno solo para el mismo servicio, podria embarazar bastante á muchos tribunales ya sobrecargados de negocios. Es verdad que se responde á esta objecion, que entonces la ley se contradice á sí misma, puesto que prescribe la audiencia pública de los testigos en materia criminal. Pero ¿quién no vé, que cuando se trata de un pequeño número de testigos, es mas fácil oírles en seguida que enviarles ante un juez comisario para tomar después conocimiento de las diligencias de exámen, mientras que si el exámen ó informacion ha de ser muy larga, la remision al juez comisario hará ganar al tribunal un tiempo considerable? No hay duda que el procedimiento escrito ofrece tambien dilaciones por razon de las nulidades que pueden invocarse contra él, pero estos incidentes que en último resultado son eventuales, ¿absorben ni aun la mitad del tiempo que seria necesario para el exámen público de los testigos? Lo dudamos. La esperiencia del Cantón de Ginebra, en que se ha restablecido la publicidad de la informacion en lo civil por la ley de procedimiento de 1819, no puede ser decisiva para nosotros (1). En efecto, segun la esposicion de los motivos de M. Bellot, el término medio de las informaciones que se practicaban en el tribunal civil de Ginebra, no pasaba de cinco por año, y donde era tan ligera la carga, no ha podido ser el recargo muy sensible. Por nuestra parte, nos inclinariamos á creer, no que el exámen público no vale mas que el exámen secreto, sino que no puede improvisarse un cambio de legislacion sobre esta materia, y que debe combinarse con una modificacion de la organizacion judicial que la adaptase á esta importante reforma.

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

(1) Véase la nota al número 251.—(*N. del T.*)

PRIMERA FORMA DE EXÁMEN.

Exámen ó informacion escrita.

(Materias civiles ordinarias).

SUMARIO.

251. Origen de nuestras informaciones.
252. Curso que seguiremos en el estudio de la informacion.

251. La delegacion de ciertos magistrados para ir á tomar las declaraciones, delegacion motivada en su origen por la distancia á que se hallaban los testigos, es muy antigua en nuestra práctica francesa: «Las clases de gentes, dice Beaumanoir (cap. XL), que comisionadas para oír á los testigos, se llaman *oidores*, porque deben oír lo que dicen los testigos, y hacer escribir sus dichos, y sellarlos con su sello y traer los dichos de los testigos escritos y sellados al juicio ante los jueces á quienes corresponde decidir la querrela.» Hallamos en efecto, en los *Olim* (1) que consignan las decisiones del Parlamento de París, desde la época de San Luis, un considerable número de sentencias dadas á consecuencia de las informaciones (V. los curiosos pormenores que dá el conde de Beugnot sobre las informaciones mas antiguas en la nota primera de su trabajo sobre los *Olim*. Tambien tenemos muchas informaciones originales que se remontan al tiempo de Felipe Augusto (V. estos textos al fin de la nota citada.). Los oidores ó examinadores procedian en un principio públicamente (2), es decir, en presencia de los interesados. Pero en breve se introdujo el uso de hacer solamente asistir á las partes al juramento de los testigos, para que pudiesen proponer sus tachas. Despues de terminado el exámen, se procedia á la comunicacion (*peuplement*) del exámen ó informacion. Tal fué la marcha que estuvo en vigor en el procedimiento civil, en el cual se notificaba la informacion y despues se debatía en la audiencia. En el procedimiento criminal se fué todavía mas adelante; habiendo hecho el sistema que se generalizó en 1579, desaparecer la publici-

(1) Llamábanse así los registros del Parlamento.—(N. del T.)

(2) La *inquisicion*, especie de informacion especial (*inquisitio*), era tambien pública en su origen. El Papa Bonifacio VIII, fué quien introdujo en ella el secreto, bajo pretexto del peligro que podian correr los testigos.

dad misma de la audiencia, la *informacion*, es decir, el exámen de los testigos llegó á ser enteramente secreto (1). En toda materia, habituando la delegacion del exámen á los tribunales á juzgar segun las actuaciones, contribuyó poderosamente á trasformar el procedimiento. Estableciéronse en los Parlamentos salas especiales, conocidas con el nombre de *salas de exámen*, para decidir los negocios en que habia lugar á la prueba por medio de testigos: *Pro audiendis et decidendis inquestis*, dice una ordenanza de 1291, *sedeant quatuor personæ de consilio*. La forma del exámen por escrito se hallaba arreglada en la antigua jurisprudencia por la ordenanza de 1667. Vamos á ver que la marcha seguida por esta ordenanza, ya preferible á la del derecho anterior, ha sido notablemente mejorada por el Código de procedimiento civil.

252. Echemos desde luego una ojeada sobre el conjunto de la informacion. En seguida nos preguntaremos con qué sanciones ha garantizado la ley la asistencia y la veracidad de los testigos, despues, cuáles son las personas cuya declaracion se rechaza de un modo mas ó menos absoluto; terminando, con la apreciacion de los testimonios y el exámen de la influencia de la informacion sobre la decision definitiva.

§. I. Curso general de la informacion ó exámen de testigos.

SUMARIO.

253. La informacion encerrada en plazos rigurosos.
254. Admisibilidad de la informacion de exámen para lo futuro.
255. De las acciones *provocatorias* en general.
256. Articulacion de los hechos.
257. Admision de la informacion ó exámen y de la contra informacion ó contra exámen.
258. Términos ó plazos para principiar la informacion.
259. Remision al procedimiento para las nulidades.

(1) En España se ha seguido el sistema de verificar el exámen de testigos en secreto, esto es, oyendo un juez con su escribano á los testigos separadamente, uno despues de otro, sin que pueda asistir el interesado. Sin embargo, en el proyecto de ley de 1868, para formar la organizacion de tribunales y la del procedimiento en materia criminal, se establecia como base para el exámen de testigos que el juicio fuese oral y público. V. el art. 3.º—(N. del T.)

260. Sistema del Código de procedimiento sobre los plazos de la informacion, comparado al de la ordenanza.

261. Admision de las partes.

262. Vicio en el modo de citarse á los testigos.

263. Facultad para volver á comenzar la informacion.

253. La misma desconfianza que ha hecho restringir singularmente la admisibilidad de la prueba testimonial, ha inducido al legislador á imponer á las informaciones formalidades rigurosas, cuya inobservancia ocasiona la nulidad. Parece que, aun en los casos en que se ha recibido la prueba en materia civil, se quiere encerrarla en una especie de círculo de Popilio, fuera del cual le está prohibido moverse. ¿Alcanza este rigor el objeto que se ha propuesto la ley? Esto es lo que examinaremos en breve, cuando tengamos elementos suficientes para poder pronunciarlos con conocimiento de causa.

254. ¿Cuándo puede ordenarse una informacion? ¿Es preciso suponer necesariamente un procedimiento ya comenzado, del que fuera un incidente la informacion, segun los términos del artículo 252 del Código de procedimientos que prescribe que se articulen los hechos por un simple escrito de conclusion de abogado á abogado? ¿O bien debe decirse, que este artículo establece solamente *de eo quod plerumque fit*, y admitir las informaciones *in futurum*, abolidas por la ordenanza de 1667 (título XIII, art. 1.º) ¿No es dudoso, de hecho, que estas informaciones pueden ofrecer utilidad, puesto que puede temerse el hallarse privado, al vencer la obligacion de un testigo esencial, si es de edad, está enfermo, ó se halla dispuesto á emprender un viaje. La parte que pide se practique á su costa una informacion que en breve seria imposible, tiene mucho á su favor, y la oposicion de la parte contraria en semejante circunstancia se asemeja mucho á la mala fé (1). Este procedimiento se tomó por el derecho canónico de un texto de Ulpiano (l. 9, §. 5, Digesto de *Carbon. edict.*) donde decide, que la aplicacion del edicto Carboniano, que remitia á la época de la pubertad de un niño el juicio de las cuestiones de estado concernientes á éste, debe cesar, cuando hay justo motivo para temer que lleguen á faltar los testigos; *aut*

(1) Entiéndase bien, que los gastos de la informacion son de cuenta del que la provoca, segun ha juzgado el tribunal de Besançon, el 31 de agosto de 1844.

stulti aut iniqui prætoris erit rem differre. (V. tambien Paulo, l. 40 Dig. *ad leg. Aquil.*). ¿Qué motivo indujo pues, á los redactores de la ordenanza de 1667 á abolir las informaciones? El abuso que de ellas se habia hecho en la práctica. No hay duda, que nuestros antiguos jurisconsultos habian sentado como principio, que la informacion ó *exámen para lo futuro*, debia, como cualquier otra, verificarse contradictoriamente. *Etiám si testes*, dice Mascardo (*De probat. concl.* 1522, núm. 3), *extraordinarie examinarentur, veluti ad æternam rei memoriam, adhuc parte citata deponere debent.* Pero esta regla era mal observada. Obténíase de la cancellería, á la simple alegacion de la enfermedad ó del próximo viaje, de un testigo importante, el permiso de hacer una informacion de esta clase; y cuando se habia terminado ésta, recobraba la salud el testigo moribundo, ó el que proyectaba el viaje, renunciaba á dejar su país. Estos abusos parecieron tan inveterados en el siglo XVII, que se desesperó de corregirlos, y se prefirió suprimir la institucion. En el dia no pueden casi reproducirse tales abusos. La cancellería no tiene ya poder para ordenar por su propia autoridad, la produccion de una prueba que no se permitiera por los tribunales, de suerte que nunca se procederá sino con conocimiento de causa. Las formalidades de la informacion, exigen que esta se comunique á la otra parte. Su prohibicion no tendrá pues hoy motivo formal; por otra parte, la abrogacion pronunciada por la ordenanza no se reproduce por el Código de procedimiento, que no suministra, en favor de la prohibicion mas que un argumento *á contrario*. Con razon pues los tribunales de Nimes (Sent. de 6 de enero y 29 de marzo de 1808), y de Rennes (Sent. de 31 de diciembre de 1809) han validado, por causa de urgencia, la ejecucion provisional de una informacion, mandada en primera instancia, no obstante que se apelara, fuera de los casos en que se autoriza esta ejecucion. El tribunal de Besançon (31 de agosto de 1844), ha autorizado un juicio pericial y una informacion *in futurum*; el de París (20 de marzo de 1835 y 27 de diciembre de 1856), un juicio pericial de la misma naturaleza (en sentido inverso, Rennes, 18 de marzo de 1829). Y no podria sostenerse que baste, en semejante caso, hacer declarar á los testigos ante un notario. Una informacion que no es contradictoria, no puede suministrar una garantía formal contra la mala fé del adversario. La admision de este procedimiento tiene la ventaja de poner las reglas sobre la prueba testimonial en perfecta armonía con las

disposiciones de la ley sobre la prueba literal que autorizan la demanda para que se reconozca la escritura antes del vencimiento (1).

255. Pregúntase además, si generalmente conviene admitir en nuestra legislación las acciones llamadas provocatorias (*provocatio ad agendum*), que los antiguos intérpretes habían referido á la ley *si contendat* y á la ley *diffamari*. La primera de estas leyes es relativa al beneficio de division reclamado por la caucion. «*Si contendat fidejussor,*» dice Paulo (l. 28, *D. de fidej.*), «*cæteros solvendo esse, etiam, exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint.*» Teniendo el fiador accion para obligar al acreedor á intentar igualmente una accion contra los otros fiadores, han deducido los intérpretes alemanes, que siempre es permitido obligar al demandante presunto á intentar su demanda en un plazo determinado, cuando puede temerse que se pierdan ciertos medios de defensa, si se difriese la demanda. El otro texto, el mismo en que se ha apoyado especialmente la jurisprudencia francesa, es una constitucion de Diocleciano (l. 5, *Cód. de ing. manum.*), concebida en estos términos: «*Diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorundam periniquum est; præsertim quum affirmes, diu præsidem unum atque alterum interpellatum à te vocitasse alteram partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret; unde constat merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc adversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab injuria temperari præcipiet.*» Esta decision, á pesar de la reclamacion de ciertos jurisconsultos, se ha generalizado por la antigua jurisprudencia francesa (Merlin, *Repert.*, V. *DIFFAMARI*). Apoyándose en otro texto (Diocl., l. 4, *Código de usur. pupill.*) permitan nuestros parlamentos á aquel con-

(1) El Código de procedimiento neerlandés (lib. III, tít. VI, seccion XI), ha autorizado el sistema de la *informacion provisional* conocida en los antiguos usos de la Holanda con el nombre de *informacion valetudinaria*, por razon de los temores referentes á la salud de los testigos que motivan frecuentemente este procedimiento especial. El acta judicial de los Estados Unidos (Stat. de 1787, cap. 20, §. 30), cuyas disposiciones han reproducido muchos Estados en sus estatutos, autoriza la facultad de oír á los testigos *in perpetuam rei memoriam* (M. Greenleaf, tom. 1, pág. 432 y sigs.), facultad que vuelve á encontrarse igualmente en el procedimiento de Austria (Código de 1782, §. 241 y sigs.).

tra quien se jactaba otro de tener que ejercitar ciertas acciones, que obligase á éste á ejercitar sus acciones en cierto plazo, bajo pena de caducidad.

Si fuéramos á examinar aquí la cuestion en derecho romano, no nos seria difícil establecer, que las disposiciones de las leyes *si contendat* y *diffamari*, tienen un carácter enteramente escepcional, y que segun el rigor de los principios, al demandante solo corresponde determinar cuándo le conviene obrar (1) (Paulo, l. 5, §. 6, *D. de dol. mal. except.*). No es menos cierto que la doctrina tomada de estas leyes, con tal que no se abuse de ella, dando importancia á conversaciones insignificantes, propende á reprimir un verdadero abuso; porque el que tiene medios de defensa y está amenazado de perderlos, debe poder ponerse en estado de conservarlos, y no es menos necesario hacer que cesen dichas conversaciones que pueden comprometer la reputacion de un pretendido deudor. Por eso muchas legislaciones europeas aplican todavia actualmente estos textos de la ley romana (V. Félix, *Derecho internacional privado*, 3.^a edic., núm. 489, con las notas de M. Demangeat). Entre nosotros, es evidente desde luego, que siempre que las conversaciones alegadas presenten un carácter injurioso, habrá lugar á aplicar la legislación especial sobre la difamacion y sobre la injuria, cuyos principios hemos espuesto (núms. 65 y sigs.). Aun cuando no haya injuria, si hay perjuicio, há lugar á una accion de indemnizacion, segun el texto del art. 1382 del Código Napoleon. Esto en lo concerniente á la ley *diffamari*. Respecto de la ley *si contendat*, nos parece imposible generalizar su aplicacion y obligar al acreedor, bajo pena de que se le condene á perpétuo silencio, como lo ha juzgado el tribunal de Aix, el 19 de julio de 1863, á intentar una accion para lo cual puede serle indispensable preparar maduramente sus medios de apoyarla. Estaríamos desde luego dispuestos á conceder solamente al demandado eventual, en ciertos casos de urgencia bien demostrada, la facultad de hacer que se pronunciara contradictoriamente sobre el valor de los medios que éste invoca, sin obligar por ello al pretendido acreedor á ejercitar la accion

(1) Este mismo es el origen de la máxima: *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, puesto que el que tenía una escepcion, podia hacer uso de ella sin plazo determinado.