

Mas cierto es que la opinion pública y el sentimiento de honor podrán frecuentemente á falta de la conciencia, detener al testigo en el camino de la mentira.

272. La sancion religiosa consiste en obligar al testigo á prestar juramento, es decir, á llamar sobre sí la venganza de la misma Divinidad, si su declaracion no es sincera. El uso del juramento parece haber sido antiguo en Roma. *De parvula summa judicatur*, dice Séneca (*De ira*, lib II, cap. XIX), *tibi res sine teste non probaretur; testis sine jurejurando non valeret*. La prescripcion del juramento se renovó espresamente por Constantino (l. 9, Cód. *De testib.*). En la práctica francesa parece haberse observado de tiempo inmemorial. Segun Cujacio (*Decret. ad tit. de testib. pr.*), el juramento dá autoridad al testimonio, así como la escritura dá autoridad á los documentos públicos: *Testimonia pública scriptura tue tur, testes jusjurandum*. Lo que diremos mas adelante sobre el grado de eficacia del juramento, en cuanto se refiere á las partes, es igualmente aplicable á los testigos. Tambien trataremos en el lugar de la materia, de las diversas formas de que puede revestirse, y de la dispensa misma del juramento, reclamado por ciertas sectas.

273. Cualquiera que sea la opinion que se tenga sobre la eficacia del juramento, se reconoce que la corrupcion de los hombres no permite considerar esta sancion como suficiente. En Roma, la pena capital, impuesta por la ley de las Doce Tablas (Aulo Gelio, libro XX, cap. 1), y que consistia en ser precipitado el condenado de lo alto de la roca Tarpeya, no se aplicaba probablemente sino en materia criminal (1). Mas adelante, el falso testimonio se consideró como una especie de falsificacion (Modestino l. 27, D. *de leg. Cornel. de fals.*). La pena que en otro tiempo era el destierro ó la relegacion, parece haber llegado á ser enteramente arbitraria, segun el derecho de Justiniano (compárase el texto original de Paulo en el libro V, tit. XV, §. 5, de sus sentencias, con este mismo texto relatado en el Digesto, en la ley 16 *de testib.*). Entre nosotros, muchas ordenanzas contando desde 1551, castigaron indistintamente con pena de muerte el falso testimonio en lo civil y en lo crimi-

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

nal; pero nuestros antiguos criminalistas atestiguan que en lo civil, jamás se ha seguido este rigor en la práctica.

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

274. Independientemente de las sanciones que acabamos de designar, se halla garantizada la verdad del testigo con una precaucion importante que ha justificado há largo tiempo la esperiencia: obligasele á declarar oralmente, á no leer ningun proyecto de declaracion por escrito (Cód. de proc., art. 271). Así le es mucho mas difícil preparar anticipadamente un relato falso. En Inglaterra, se permite fácilmente al acusado *refrescar su memoria* por medio de notas (M. Greenleaf, tom. I, pág. 545 y sigs.). En Escocia no se admiten las notas sino cuando se han redactado en el momento en que han pasado los hechos (Alison, *Practice of the criminal law*, 540-542.

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

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

Hállanse dispensadas, sin embargo, por nuestro derecho de la obligacion de comparecer á declarar en las casas ó sitio del juzgado los mayores de 70 años, las mujeres honradas, los prelados eclesiásticos, los militares

de graduacion y otras personas notables por su dignidad y ministerio, segun prevenia la ley 36 del tit. 16, Part. 3.<sup>a</sup>, la cual, aunque se cree por algunos derogada por la legislacion moderna, se observa en la mayor parte de los casos en la práctica, pasando el juez á la morada de dichos testigos para que en ella den su declaracion.

Tambien tienen prohibicion de declarar respecto de ciertos particulares, y aun se hallan penadas por la ley en caso de revelar lo que sepan sobre ellos, los sacerdotes respecto de las revelaciones que se les hicieren bajo la inviolabilidad del secreto de la confesion, los abogados, médicos cirujanos y demás personas que ejercen alguna de las profesiones que requieren título, en cuanto á los secretos que se les hubieren confiado por razon de ella: la revelacion de dichos secretos, hecha por las personas mencionadas, se castigará con arreglo á la pena establecida en el art. 284 del Código penal reformado, y si hicieron la revelacion con abuso malicioso de su oficio, con arreglo á las impuestas en el art. 273.

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

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

Acerca de si el testigo está obligado á hacer su declaracion verbalmente y no por escrito, de que habla M. Bonnier en el núm. 274, sientan nuestros autores que «puede el testigo dictar ó escribir, ó leer por sí su declaracion y rubricar las hojas de la misma como que es produccion y acto suyo, y nadie tiene derecho para impedirselo;» pero esto debe entenderse respecto de la estension por escrito de la declaracion que ya prestó verbalmente, pues la ley 26, tit. 16, Part. 3.<sup>a</sup>, dice terminantemente, que el juzgador debe haber algun escribano entendido consigo que escriba lo que dijere el testigo, y que el juez *debe escucharle, catandol todavia en la cara*. En el decreto de 11 de setiembre de 1820, art. 3.<sup>o</sup>, se dispone terminantemente que toda persona de cualquiera clase que sea, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal, debe dar su testimonio, no por certificacion ó informe sino por declaracion bajo juramento en forma ante el juez de la causa. Sin embargo, se establecen á esta regla las siguientes escepciones: 1.<sup>o</sup> Cuando el juicio es civil y el testigo es autoridad ó persona constituida en dignidad; nota 6, tit. 11, libro 11, Nov. Recop.; 2.<sup>o</sup> Cuando la persona que deba esponer lo que sepa acerca de los hechos que se tratan de indagar, lo hace, no como mero testigo presencial de ellos, sino como autoridad á quien por este concepto consten, en cuyo caso corresponde que informe y no que dé su declaracion ante el juez y bajo juramento (*A. del T.*).

## §. III. Exclusion de ciertos testigos.

## SUMARIO.

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

275. La legislacion romana, así como la de la mayor parte de los pueblos, desechaba completamente el testimonio de ciertas personas. Estas exclusiones parecian haber sido raras en lo civil, puesto que se nos cita como notable la prohibicion de declarar en favor de personas de la misma familia que el testigo: *Etiám jure civili domestici testimonii fides improbatúr* (Val., l. 3, Cód. de testib.). Fuera de estas exclusiones, el grado de fé ó de fuerza que podia merecer tal ó tal testimonio, se dejaba á la apreciacion del juez. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*, dice Papiniano (l. 13, D. cod. tit.). La facultad de reprobar el testimonio se entendia en el sentido de que el juez debia pesar con mas escrupulosa atencion la declaracion de un testigo sospechoso; pero no se encuentra rastro alguno en Roma de un sistema de tachas, que permitiese oponerse al exámen de una persona capaz de declarar, por el solo hecho de que se tuviera algun motivo para dudar de su veracidad.

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

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

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

El Código de procedimiento (art. 268), volviendo á esta innovación mal observada en la práctica, prohíbe solamente citar al pariente consanguíneo ó al afín en línea recta de una de las partes (2) ó á su cónyuge, aunque se halle divorciado (3). El Código, así como la ordenanza, no permite que se cite á un próximo pariente sino en favor de su próximo pariente: *Apud concordés escitamenta caritatis, apud iratos irritamenta odiorum*. Restringida en estos límites, la prohibición puede justificarse. *Parentes et liberi*,

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

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

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

dice Diocleciano (l. 6, Cód. de *testib.*) *adversum se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*; y tal es tambien la disposición del Código de procedimiento austriaco de 1782, §. 206, núm. 1.º Hay, no obstante, alguna estrañeza en recibir, segun veremos en materia criminal, testimonios que serian completamente rechazados en las cuestiones puramente pecuniarias.

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

277. La esclusión de los parientes consanguíneos y afines de las partes lleva consigo con mucha mas razon la de las partes mismas. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, dice Pomponio (l. 10, Dig., *De testib.*). Vemos, no obstante á muchos tribunales de Inglaterra y de América (M Greenleaf, tom. 1.º, pág. 445 y nota 4), autorizar á una parte á declarar sobre los hechos del proceso. Pero esto no es mas, aunque bajo otra forma, que el interrogatorio ó la comparecencia personal, autorizadas en nuestro derecho. Lo que está prohibido entre nosotros, no es que se oiga á la parte de un modo absoluto, sino que se la oiga como testigo, con las formalidades de las informaciones.

278. Es difícil justificar otra clase de prohibiciones. Tal es la que resulta de los arts. 94 y 42 del Código penal, las cuales, refiriendo á ciertas condenas la incapacidad de testificar, consideran el testimonio en juicio como un derecho, mas bien que como un deber. Bentham (*Tratado de las penas*, edicion de Dumont, libro VII, secc. IV) pone con razon esta pretendida pena en el número de las que él llama *fortuitas*, en cuanto que hiriendo al azár, recaen siempre sobre el inocente, en vez de dirigirse contra el culpable. «Yo soy, dice, el hombre mas malo que se puede suponer; aconteceme ver á un hombre atacar á otro; los dos son estraños para mí; el atacado me llama como testigo, como único testigo contra su

«agresor (1). He sido convicto de perjurio, y si se quiere, de veinte perjuros; pero las partes son tan pobres, que ninguna puede ofrecerme la mas pequeña tentacion. ¿Qué es, pues, lo que podría inducirme á dar un falso testimonio? Nada. ¿Qué peligro hay en oírme? Ninguno. ¿Qué resultará si se me rechaza? El triunfo del opresor. Pues bien; nada tiene de extraño ni de improbable un caso de esta naturaleza.» Las consecuencias tan graves que arrastra este sistema deben inclinar tal vez á que se adopte, contra el parecer de Boncenne (*Teoría del procedimiento civil*, cap. XVIII), la idea de que se debe, por lo menos, recibir, tanto en lo civil, como en lo criminal (Cód. pen., arts. 34 y 42), á título de simple instruccion, es decir, sin prestarse juramento, la declaracion de personas á quienes niega el legislador la cualidad de testigos. Esta opinion, que pone la ley civil en armonía con la criminal, puede justificarse, bien por los términos generales de los artículos precitados, que hablan de simples declaraciones, sin distinguir cuál es la jurisdiccion que entiende del negocio, bien por la consideracion de que no se pronuncia ninguna exclusion absoluta bajo este respecto en el título de las informaciones, en que solo se trata de los parientes consanguíneos, afines ó cónyuges. En breve veremos, al tratar de la apreciacion de los testimonios, cuál es la autoridad de estas instrucciones ó noticias. Nuestra opinion, por otra parte, ofrece poco peligro, si no es que lo haya en oír esta clase de declaraciones, puesto que en la mayor parte de los casos (2) serán tachables los que sufrieron condena, y no podrá oírseles, en su consecuencia, sino con el asentimiento de la parte interesada (3).

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

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

(3) Los traductores napolitanos combaten esta asimilacion de las materias civiles con las materias criminales, porque, segun ellos, no procediendo el juez en materia civil de oficio, y segun su conciencia, no puede, como en lo penal, detenerse en indicios, en semi-pruebas, sino que necesita una prueba perfecta para dar una sententia definitiva. En su con-

279. Las tachas de que tenemos ahora que ocuparnos, y que son muy distintas de las exclusiones, no eran conocidas, segun hemos dicho, en la legislacion romana. No es esto decir que no se haya querido sostenerlas con la autoridad de esta legislacion; pero se ha verificado desnaturalizando los textos. Así se ha tomado de un fragmento de Callistrato (l. 5, pr. *Dig. De testib.*) una parte de las causas de tachas admisibles por nuestros autores antiguos. Este jurisconsulto enumera, en efecto, diversas circunstancias que hacen el testimonio mas ó menos sospechoso. Pero ¿cuál es su conclusion? *Testium fides diligenter examinanda est*. En la novela 90 (cap. VII) se halla una escepcion que solo sirve para confirmar la regla. Si hay proceso criminal entre la parte y uno de los testigos, Justiniano rechaza este último, *non adsit ad testimonium*. Pero en los otros casos debe recibirse el testimonio, salvo el discutirlo. *Procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi questiones*.

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

secuencia, una simple noticia no tiene para él valor alguno legal. Si fuera fundado este sistema, seria necesario reconstruir, en lo civil por lo menos, la doctrina de la antigua jurisprudencia, que produce la conviccion de los magistrados con reglas *á priori*. Por el contrario, es muy sabido que en la apreciacion de una informacion, procede el juez como haria un jurado, y que en su consecuencia, solo hay que hacer una pregunta: ¿Tiene íntima conviccion de la verdad de los hechos? Pues bien, el testimonio de una persona que se reputa infame, pero que no tiene interés en el caso en cuestion, puede evidentemente hacer que nazca esta íntima conviccion.

(1) En apoyo de esta asercion que parece extraña sobre la imbecilidad, se puede citar el ejemplo traído por M. Greenleaf (tom. I, pág. 483, nota 1.ª) de una persona que se creia poseida de 20,000 demonios, y cuyo testimonio fué admitido, habiendo asegurado un médico, que se daba perfectamente cuenta de las transacciones que habian tenido lugar ante ella.

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

280. Nuestro sistema de tachas no es solamente vicioso en su base, sino que lo es igualmente en su ejecución. La exclusión de los testigos, suponiéndola fundada, debía emanar de la justicia, y no del interés ó de las pasiones. Pues bien, la ley deja á la parte atacada la facultad de aceptar ó de rechazar los testigos que presenta el adversario. Mas aun, se les tachará, aun después de su declaración, tal vez entonces, porque hayan dicho sobrado bien la verdad, y porque sea más fácil cerrarles la boca que refutarlos. Es verdad, que para paliar este inconveniente (Cód. de proc., art. 282), se quiere que no se proponga ninguna tacha después de la declaración, sino se justifica por escrito, aun cuando la parte pretendiera no haber sabido la causa de la tacha hasta después de la declaración (Burdeos, 25 de agosto de 1852). Esta es una garantía

contra las tachas que se imaginan por espíritu de recriminación. Pero puesto que el motivo es serio, ¿por qué permitir á la parte que lo tenga reservado? ¿Por qué dejarle la facultad de eliminar tardíamente tal ó cual testimonio? Parece verdaderamente que la supresión de una declaración, que es tal vez fundamental en el proceso, no tenga más importancia que una nulidad de citación, de que se puede desistir según plazca. Finalmente, el postrer vicio, que se refiere á que no se permita al juez comisario establecer ó determinar sobre las tachas, es que el testigo tachado es oído en su declaración (*ibid.*, artículo 284). Pues bien, el juez que lo ha oído, entiende también en la decisión del negocio, y aunque no hay duda que sus colegas no tendrán conocimiento de la declaración, ¿le será posible á aquel borrar completamente de su espíritu la supresión favorable ó desfavorable que habrán dejado en él las palabras del testigo? Véase, pues, que este sistema, cuyo punto de partida es erróneo, no tiene ni aun el mérito de ser consecuente.

281. El antiguo derecho limitaba las tachas. La ordenanza de 1667 (tít. XXIII, art. 1) exigía solamente que fueran circunstancias y pertinentes. La facultad de tachar había adquirido tal extensión, que hubiera podido preguntarse, no ya cuáles eran los testigos tachables, sino cuáles eran los que podían no serlo. Así, se admitía como motivos suficientes: la sospecha de enemistad, alegación sumamente vaga y elástica; la sospecha de soborno, que resultaba de la pobreza, según este triste adagio de Loysel (*Instit. contum.*, título de las pruebas, art. 16). «Pobreza no es vileza, pero en gran pobreza no hay gran lealtad;» la infamia que ocasionaba no solo ciertas condenas, sino también ciertas profesiones, como las de cómico ó cortesana. El Parlamento de Tolosa, juzgó el 14 de octubre de 1865, que debía tacharse al testigo que hubiera pegado á su padre, como si esta mala acción de conducta privada implicara necesariamente que fuese falsa su declaración contra un tercero. Pero en compensación, juzgó el mismo Parlamento, el 18 de marzo de 1667, que la embriaguez no era causa de tacha, porque el vino es sincero, y á veces obliga á decir la verdad á los que quisieran callarla, motivo que si fuera fundado, conduciría á la conclusión de que un buen juez debe hacer beber á los testigos (1).

¿Existe aun, rigiendo el Código de procedimiento esta latitud

(1) Las Decretales, por el contrario, prescribían que se interrogase á los testigos cuando estuvieran en ayunas (cap. 1 de *testibus*).

indefinida, que daba lugar á tantos abusos? Autores graves lo han creído así, pero entonces ¿de qué serviría la enumeracion que hace el art. 283 de este mismo Código? Cuando determina la ley las personas que pueden ser tachadas, con la indicacion precisa de las circunstancias requeridas para que sea fundada la tacha ¿es razonable suponer que solo haya querido poner ejemplos? Con semejante sistema de interpretacion, podria tambien sostenerse que los casos en que há lugar á pedir reposicion de una providencia en lo civil, especificados en el art. 480 del Código de procedimiento, solo se indican por vía de demostracion, lo cual jamás se ha atrevido á pretender nadie. Dificilmente conciliable con el texto esta opinion, está además en oposicion evidente con la intencion manifestada por los redactores del Código de procedimiento, de especificar las causas de tachas. Y lo notable que hay en esto es, que muchos tribunales atacaron esta limitacion, contraria á la doctrina de 1667. Así el tribunal de Turin proponia modificar la redaccion, diciendo: Podrán presentarse particularmente como tachas, etc. Pero el Consejo de Estado no tuvo consideracion á estas observaciones. En último resultado, se volverá para los casos omitidos, lo que hubiera debido hacerse para todos los casos, á la lectura pública de la declaracion, salvo hacer resaltar en los informes todas las causas de sospecha legitima. Muchas decisiones judiciales, y especialmente una sentencia de casacion de 23 de julio de 1826 (véase tambien Nancy, 5 de diciembre de 1855; y París, 5 de mayo de 1856), han declarado limitativa la enumeracion hecha por la ley. La verdad es, que sentencias mas recientes, emanadas algunas del Tribunal Supremo (15 de febrero de 1817, 10 y 17 de junio de 1859), sientan por tésis, en sus considerandos, que el art. 289 solo es enunciativo; pero no debe deducirse de esto que la jurisprudencia moderna admita todas las tachas de otro tiempo; la maldad, la enemistad personal, etc. En casi todos los casos sobre que ha habido resolucion, el testigo tachado tenia un interés en la causa (V. Burdeos, 5 de diciembre de 1837 y 10 de enero de 1856). Ahora bien, si el legislador rechaza al heredero presunto, como indirectamente interesado (Cód. de proc. art. 283, 4.º), se comprende que haya lugar para desechar *à fortiori* al que tiene un interés directo é inmediato (1). Debe notarse, que el derecho co-

(1) Pero es necesario que el interés no sea mínimo, como lo seria el de

mun inglés, que no admite la tacha que proviene del parentesco ni del hecho de haber sido doméstico de aquel á cuyo favor se declara, escluye completamente al testigo que tiene un interés directo en el pleito (1). (Philips, part. 1, lib. I, cap. 5).

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

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

membro de una sociedad de seguros mútuos contra incendios, en un negocio concerniente á la compañía. (Orleans, 12 de abril de 1856).

(1) Los estatutos revisados en Nueva-York, y muchos otros Estados americanos (Greenleaf, *ibid.*, tom. I, pág. 507, nota 1.ª), han adoptado el sistema mas racional que admite el exámen del testigo aun interesado en el negocio, salvo tener esto en cuenta segun fuere de razon.

(2) Añadimos en línea colateral, porque en línea recta, como hemos hecho ya notar, no se trata de una tacha, sino de una exclusion absoluta (Cód. de proc. art. 268).

(3) La ley de Ginebra se ha detenido en el grado tercero (V. número 279), el Código de procedimiento de Austria en el cuarto (§. 257, núm. 1.ª).

afines, sino tambien á los afines de este cónyuge que no sean sin embargo, afines de la parte. Se puede criticar esta estension é invocar el principio que prevaleció en el Concilio de Letran en el siglo XIII, respecto de las prohibiciones de matrimonio. *Affinitas non parit affinitatem* (V. no obstante Modestino, l. 4, §. 3, D. de grad. et afin). Pero las espresiones de la ley son demasiado explicitas para ser susceptibles de otra interpretacion. Distinguese en ella, efectivamente, si el cónyuge de la parte ha muerto ó no sin dejar hijos, y declara tachables, en uno y otro caso, los *afines* del cónyuge, haciendo variacion solamente en el grado en que se tiene la facultad de tachar á los testigos. Es casi inútil añadir, que nada debe impedir la admision de los consaguíneos ó afines, en el caso en que cesa hasta la exclusion por causa de consaguinidad ó afinidad, es decir, cuando es necesario el testimonio doméstico, como en materia de separacion de cuerpos.

284. Bajo el segundo punto de vista, se puede tachar: 1.º Al testigo heredero presunto ó donatario, puesto que el interés ó el reconocimiento le encadena al buen éxito de la causa de la parte que le hace citar. 2.º Al comensal de la parte ó que comió o bebió con y á costa de ella, despues que se dió la providencia que mandó la informacion. Este motivo es vivamente criticado por Boitard (sobre el art. 283) como injurioso al honor de los testigos. Desgraciadamente la esperiencia diaria no viene en apoyo de esta generosa reclamacion, porque las seducciones de esta naturaleza hacen sobradamente presa, aun en la esfera en que se agitan los intereses mas elevados. No hay duda, que la sospecha valdrá mas que la exclusion negativa; pero esto es atenerse al conjunto del sistema que estamos lejos de justificar. Una vez admitido dicho sistema, está lejos de ser inútil esta causa de tacha, aunque poco honrosa. Si alguna vez conviene tomar á los hombres tales como son, y no tales como deberian ser, es en los casos de procedimiento judiciales. 3.º El que haya dado certificados sobre hechos relativos al proceso, porque entonces puede temerse, bien sea una resolucion anticipada en favor del consultante, bien la obstinacion del amor propio, que se niega á retractarse. Cuando los miembros de un consejo de familia ó de un consejo municipal, aunque obrando en el ejercicio de sus funciones, han atestiguado personalmente los hechos en litigio, no se encuentran ya en las condiciones de independencia de espíritu necesarias para declarar en juicio segun el

sistema de la ley, y llegan á ser tachables desde entonces (sent. deneg. de 2 de julio de 1835, Montpellier 13 de julio de 1847). De otro modo seria, si hubieran emitido solamente su parecer sobre la cuestion, sin atestiguar nada personalmente (cas. 23 de julio de 1826; Douai 1.º febrero de 1847). Háse igualmente rehusado, y con razon, considerar como habiendo dado un certificado al oficial público que recibió, en el ejercicio de sus funciones, el acta relativamente á la cual se ordena la informacion; por ejemplo, el notario que estendió un testamento (cas. 23 de noviembre de 1812). 4.º Los criados, servidores y domésticos. «Los que están á mi pan ó á mi plato» dice Beaumanoir (cap. XXXIX, 634), «no deben ser oidos como testigos en favor mio.» Llámanse propiamente *servidores* los que prestan servicios materiales como los criados, doncellas, etc., y *domésticos* ó *dependientes* los que prestan servicios de orden mas elevado, como los secretarios, bibliotecarios, etc. Tal era al menos el lenguaje antiguo. Pero, si es verdad que en una y en otra hipótesis, hay relacion íntima con la persona, y en su consecuencia, presuncion de parcialidad, esta presuncion tiene menos fuerza cuando los servicios prestados pertenecen al orden intelectual. Así es, que ha admitido la jurisprudencia la facultad de tachar á un comisionista (Rennes, 30 de julio de 1848; Douai, 20 de mayo de 1847), pero no al preceptor del hijo de una de las partes, ó al escribiente de un notario interesado en la causa (Bourges, 6 de junio de 1825; Riom, 28 de noviembre de 1828). «Respecto de los artesanos que trabajan para nosotros» dice Pothier (*Proc. civ.*, parte 1.ª, cap. 3.º, art. 4.º, §. 3.º), «nuestros servidores, nuestros colonos, pueden declarar en pro y contra nosotros.» En esto hay, por lo demás, una cuestion de apreciacion, en la que el tribunal regulador podrá difícilmente revocar las decisiones del juez del hecho. Añadamos que en materia de separacion de cuerpos, la misma necesidad que hace admitir los consanguíneos, impide tachar á los domésticos (Cód. Nap., art. 251); lo cual debe entenderse aun respecto de los servidores. *Hujusmodi delicta*, dice Mascardo (concl. 60, núm. 20), *probari possunt per ipsos testes domesticos, quia solent fieri clam et occulte et non coram multis.*

285. Las tachas de que nos hemos ocupado hasta aquí, tienen un carácter puramente relativo. Las de que nos resta que hablar, suponen por el contrario, que puede ser rechazado el testigo en toda clase de negocios, á causa de una especie de infamia que vá adherida á su

persona. Aquí se aplican también en toda su fuerza las observaciones de Bentham, sobre lo que tiene de contrario á la verdad y á la razón esta presunción absoluta de falsedad (1). Son tachables, bajo este punto de vista, el condenado á una pena aflictiva ó infamante (2) y aun á una pena correccional por causa de robo; mucho más los que se hallan en estado de acusación, es decir, que han sido enviados ante el tribunal criminal por la sala que entiende de las acusaciones. Se ha preguntado, si la rehabilitación del condenado hace cesar la facultad de tacharlo. Parecía natural decidir que, una vez borrada la incapacidad natural, desaparece la especie de infamia que motiva la tacha. Pero nada indica, en las expresiones de la ley, la intención de poner un término á esta facultad (Caen, 23 de julio de 1840). Otra cosa es la incapacidad de declarar (salvo, en nuestro juicio, las simples declaraciones) que hace cesar efectivamente la rehabilitación, y que aun á veces, especialmente en los casos de condena por robo (Cód. pen., art. 401), cesa de derecho al cabo de cierto tiempo; otra cosa es la posibilidad de ser tachado, que no es una pérdida del derecho de testificar en que incurre el testigo, sino solamente una garantía para la parte contraria, garantía á la cual no fija término alguno la ley.

286. Los testigos de edad de menos de 15 años no son tachables (Cód. de proc., art. 285). Son pues oídos, teniendo el tribunal en consideración su corta edad. No obstante las dudas que se han suscitado sobre este punto por muchos autores, creemos que debe aplicarse aquí, por identidad de razón, el art. 79 del Código de procedimiento criminal, que no requiere se preste juramento. Esta formalidad, demasiado prodigada ya entre nosotros, es verdaderamente irrisoria, cuando se impone á los menores que no comprenden su importancia. Según los términos de la ordenanza de Baden sobre el procedimiento civil (§. 621), los testigos de 14 á 16 años deben ser sometidos á un exámen preliminar, para acre-

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

(2) El condenado por crimen, si no incurre más que en pena correccional á consecuencia de admitirse circunstancias atenuantes, no puede en el silencio de la ley, ser considerado como tachable (sent. deneg. de 18 de febrero de 1845; Burdeos, 3 de diciembre de 1857).

327. TRATADO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y CRIMINAL. INFORMACION. ESCRITA. 327.  
 ditar si la inteligencia y el sentimiento religioso se hallan suficientemente desarrollados en ellos. En Inglaterra y en América se vá mas adelante, admitiéndose á prestar juramento, previo exámen, á los niños de siete años y aun de cinco (M. Greenleaf, tomo I, páginas 481 y 485). Esto consiste en que se admite en dichos países las declaraciones no juramentadas. Pero es preciso convenir en que este exámen, si se hace sumariamente, ofrece pocas garantías, y que, si se profundiza en él, ocasiona una lentitud sensible, sobre todo en lo criminal. La ley de procedimiento austriaco (§. 204) excluye completamente en lo civil á los menores de 15 años (1).

287. En los casos previstos por la ley, ¿puede admitirse ó desecharse la tacha al arbitrio del juez? La opinión que quiere que las tachas sean ilimitadas, admite por vía de consecuencia (v. sent. deneg. de 2 de enero de 1845 y muchas sentencias del tribunal de apelación, especialmente de Riom de 50 de mayo de 1844; y Poitiers 25 de abril de 1850), como hace el art. 379 de la ley de procedimiento de Nápoles, que el tribunal tiene un poder discrecional relativamente á las tachas propuestas; de otra suerte, imaginarian las partes diariamente nuevas causas de tachas de testigos. Pero los que creen como nosotros, que el art. 285 es limitativo, no tienen que temer este peligro de arbitrariedad, que la opinión contraria se crea á su placer. No hay duda que valdría más dejar al juez un poder discrecional; pero desgraciadamente esta opinión no nos parece compatible con el art. 291, según el cual, si se admiten las tachas, no debe leerse la declaración del testigo tachado. Admitir las tachas sin saber la declaración de los testigos es evidentemente pronunciarse *à priori*, según una regla general y no según el exámen de los hechos. Así fué como el tribunal de apelación de Turin comprendía el proyecto, cuando decía en sus observaciones: «Creemos, contra los autores del proyecto, que debe leerse y apreciarse por los jueces en su sabiduría la declaración de todos los testigos. Ahora

(1) Entre nosotros no há lugar á exigir, como se hacia en otro tiempo en materia de posesión inmemorial (núm. 245), la edad de 14 años en los testigos, en el momento en que han tenido conocimiento de los hechos. No hay límite legal alguno que coarte la apreciación del juez, y como decidió el tribunal de Pau el 18 de agosto de 1834, no hay motivos racionales para rehusar que se tengan en cuenta recuerdos más duraderos en la primera edad, en que son más vivas las impresiones y está menos turbada por distracciones y cuidados.



bien; el proyecto no experimentó ninguna modificación en este sentido en el Consejo de Estado. No debe, pues, vacilarse en reconocer, que al reducir las tachas á casos determinados, el artículo ha querido establecer una obligación y no una facultad á favor del juez. Hânse pronunciado en este sentido numerosas sentencias de tribunales de apelación y una sentencia denegatoria por la Sala civil el 12 de enero de 1848.

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

Las leyes de España no prohiben de un modo absoluto comparecer como testigos en los pleitos civiles á los parientes de las partes. Las leyes 10, 11 y 15, tit. 16, Part. 3.<sup>a</sup>, y la final, tit. 30, Part. 7.<sup>a</sup>, previenen tan solo que nadie puede ser apremiado á declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno contra su suegro, ni éste contra aquel, ni el

padrastro contra su entenado, ni al contrario; mas si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho. Pueden ser testigos viviendo independientes y con peculio propio, los hermanos entre sí; y asimismo el padre y el abuelo en favor de sus hijos ó nietos, y los descendientes en favor de los ascendientes, cuando el hecho cuestionable sea relativo á la edad de alguno de los descendientes, ó en razon de parentesco: leyes 14 y 15, tit. 16, Partida 3.<sup>a</sup>

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

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

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

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

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

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

4.<sup>a</sup> Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.

5.<sup>a</sup> Ser amigo ó enemigo manifiesto de uno de los litigantes.

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

A estas causas de tachas ha reducido la nueva ley de Enjuiciamiento las enumeradas en nuestras antiguas leyes con el objeto de dejar campo mas vasto lá prueba testifical. Mas estas disposiciones de la nueva ley no