

deben entenderse como limitando á ellas las demás causas por las que no puede ser absolutamente ó en ningun caso testigo la persona en quien concurren, y que se hallan enumeradas en nuestras antiguas leyes (V. la 8, tít. 16, Part. 3.^a), si bien deben entenderse estas modificadas por el espíritu de nuestra legislación moderna y la diversidad de las costumbres del siglo. Entre estas causas á que se refiere M. Bonnier en el número 285, se encuentran el conocido por de mala fama, el que hubiere dicho falso testimonio, el homicida, el traidor ó alevoso, el ladrón, etc.

Respecto al menor de edad, de que trata M. Bonnier en el núm. 286, nuestras leyes previenen también, que no pueda ser testigo por causa de menor edad, en las causas civiles el que todavía no haya cumplido catorce años y en las criminales el que no haya cumplido veinte, bien que antes de llegar á estas edades, puede una persona ser llamada á declarar, y servirá su dicho de presunción: V. la ley 9, tít. 16, Part. 3.^a Adviértase también que según el art. 314 de la nueva ley de Enjuiciamiento, los menores de 14 años no deben prestar juramento.

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

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

poniendo se verificase la prueba después de dicha publicación, de suerte que, aunque se tacharan antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspendía el pleito principal, ni se recibían á prueba, reservando hacerlo en tiempo oportuno después.

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

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

§. 4. Apreciación de los testimonios.

SUMARIO.

289. Debe pesarse y no contarse los testimonios.
 290. Antigua teoría de la prueba legal.
 291. Distinción de la convicción del hombre y de la del juez.
 292. Exclusion del testimonio único.
 293. Fè ó crédito dado al concurso de dos testimonios intachables.
 294. ¿Se puede oír muchas veces al mismo testigo?
 295. Aplicación del cálculo á la prueba testimonial.
 296. De la deposición á título de simple noticia ó instrucción.
 297. *Testimoniometro* de Bentham y del procedimiento de Austria.
 298. La doctrina moderna se limita á aconsejar al juez.
289. Esta verdad de sentido comun, que debe pesarse y no contarse los testimonios, fué proclamada por los jurisconsultos romanos, que como hemos visto, no admitían un sistema de pruebas

legales. Eclipsada durante muchos siglos esta verdad, no ha vuelto á estar en voga entre nosotros hasta fines del siglo último. Ha sido preciso una revolucion completa en la legislacion para que se volviera á las nociones sencillas y puestas en razon, que la fuerza del hábito y de los progresos habia sofocado en los mejores entendimientos.

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

291. De las reglas de la primer clase, trae su origen la máxima tantas veces repetida: *Estoy convencido como hombre, pero no lo estoy como juez*. Esta distincion no tendria nada que no estuviera puesto en razon, si se quisiera decir solamente que tal probabilidad que se admite como prueba en las relaciones ordinarias de la vida, no podria tener la misma fuerza en materia judicial. Pero si se quiere decir, y este es el sentido en que se entendia la máxima en otro tiempo, que á falta de ciertas condiciones determinadas, no debe el juez decidirse á creer, á pesar de la íntima conviccion que experimenta, se pone á la ley en oposicion con el sentido comun.

292. La exclusion mas célebre de las motivadas en que el testimonio se considera insuficiente *à priori*, consiste en la exclusion de un testigo único. La idea en que se apoya esta exclusion es el peligro de referirse á un solo hombre, cuando hay ya tantas probabilidades de fraude ó de error en las declaraciones conformes de muchos. Pero ¿qué puede deducirse de aqui? Que debe acogerse con la mayor circunspeccion una declaracion aislada. Tal parece haber sido tambien la opinion de los Romanos, al menos hasta la época del Bajo Imperio. Valerio Máximo (lib. IV, cap. I, §. 11) nos dice que Q. Scévola (tal vez el jurisconsulto Quinto Mucio) decia, despues de haber declarado en un asuato: «*Ita sibi credi oportere, si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli.*» Y estas palabras se nos han citado como una prueba de modestia: elogio que no tendria sentido, si la exclusion de un testigo único hubiera sido impuesta por la ley. Quintiliano (388 declamat.) invoca igualmente la circunstancia de haber un testigo único, como recurso oratorio, y de ningun modo

como argumento legal. En cuanto á los textos de los jurisconsultos, vuelve á encontrarse sin cesar el principio de que no hay que atenderse al número de los testigos. «*Non ad multitudinem testimonium respici oportet*» dice Arcadio (l. 21, §. 3, D. *de testib.*), «*sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.*» Ahora bien, un testimonio aislado puede ir marcado de un carácter patente de verdad que pudiera faltar á testimonios numerosos, pero sospechosos. Si se lee en un decreto imperial citado por Paulo (l. 20, D. *de quest.*) *unius testimonio non esse credendum*, debe observarse que el testigo de que se trataba en el caso en cuestion, era sospechoso como hijo del liberto de la parte que le presentaba en su favor. Así, pues, dicho decreto puede haber determinado mas bien en hecho que en derecho. Otro texto, de que se ha abusado singularmente, y es la ley 12, D., *de testibus*: «*Ubi numerus testimonium non adjicitur, dice Ulpiano, etiam duo sufficient.*» Luego si pueden ser bastantes dos testigos, se ha exclamado, se necesitan por lo menos dos. Pero la idea del jurisconsulto se halla aclarada por lo que sigue: «*Pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.*» Ulpiano alude manifiestamente á leyes especiales que exigian en plural *testigos*, probablemente en actos extrajudiciales; y decide como se decidiria aun en la actualidad, que bastan dos testigos. Pero no hay en dicho texto ningun principio general sobre el número de testigos que se requiere en juicio.

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

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

Sin embargo, habian prevalecto en nuestra antigua práctica francesa. «En esta clase de pruebas, dice Beaumanoir (cap. XXXIX, §. 5), conviene que haya dos testigos leales por lo menos. Pothier dice igualmente (Oblig. núm. 818): «El testimonio de un solo testigo no puede constituir prueba, por digno de fé que aquel sea, » y cualquiera que fuese la dignidad en que se hallara constituido. «Pero un testigo único hace semi-prueba, ó prueba semi-plena, la cual estando sostenida con el juramento, puede á veces, en materias muy ligeras, completar la prueba. Segun este principio decide nuestra costumbre de Orleans, art. 156, que cuando alguno ha dejado pacer sus ganados en la heredad de otro, y causan daños en ella, la prueba de la obligacion que resulta de este daño puede hacerse por medio de un testigo y del juramento del demandante, con tal que no pretenda mas de veinte sueldos, si se

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

«hizo el daño de dia, y de cuarenta sueldos, si el daño se hizo de «noche.» Véase, pues, que la derogacion es débil y de tal clase, que compromete poco el principio.

En el dia, aunque ningun texto de nuestras leyes civiles reproduce espresamente la máxima *Testis unus, testis nullus*, aunque no se haya reclamado en lo criminal el sistema de íntima conviccion (Cód. de instr. art. 342), nadie ha vacilado en considerar al juez como libre de esta antigua restriccion por el solo hecho de no haberse reproducido. «La declaracion de un testigo único, dice «Philipps (*on the law of evidence*), lib. I, part. 1, cap. 7, sec. 1), «puede ser tan precisa, tan completa, tan imparcial, tan libre de «toda vacilacion, que produzca en el espíritu mas escrupuloso la «conviccion mas fuerte y mas profunda.» Además, esta idea de que se puede hacer todo impunemente en presencia de un solo hombre, se halla enteramente fuera de razon (1). Por lo demás, era menos favorable á la humanidad de lo que se hubiera podido creer á primera vista: á falta de testimonio suficiente, era preciso obtener una confesion, y para obtenerla á toda costa en los casos graves, se recurría al tormento. Así es como una doctrina sobrada relajada terminaba por conducir á un rigor excesivo. En el dia no existe nada semejante: el tribunal que se atuviera con sobrada facilidad á un solo testimonio, podria juzgar mal; pero su decision, no violando ninguna ley, no podria dar motivo á un recurso de casacion (V. una sentencia denegatoria de 22 de noviembre de 1815.).

293. Si la regla de la exclusion de un testigo único, no era perfectamente conforme á razon, existia un principio mucho mas peligroso, á saber, el que, creando una conviccion legal enteramente facticia, quería por el contrario, que la declaracion conforme de dos testigos no sospechosos ocasionara forzosamente condena. Aquí se hallaba completamente falseada la aplicacion de los textos del *Corpus juris*, porque jamás se profesó en Roma, ni aun en Constanti-

(1) Vuelve á encontrarse aun, no obstante, la exclusion de un testigo único, no solamente en las legislaciones alemanas, siempre tan apegadas á las precedentes, sino tambien en el Código holandés de 1838, calcado en gran parte en nuestro Código civil. «La declaracion de un solo testigo dice el art. 1342 de este Código; desnuda de todo otro medio de prueba, no hace fé en juicio. En Inglaterra, el principio *Responsio unius omnino non audiatur*, admitido en otro tiempo en tésis general, ha dejado marcados hechos aun en los tribunales laicales, pero diariamente propende á eclipsarse (M. Greenleaf, tom. I, pág. 335 y sigs.).

nopla semejante error lógico. Si se quisiera aplicar á los testigos judiciales (núm. 292) la ley 12 D., *de testibus*, según la cual bastan dos testigos, *etiam duo sufficient*, resultaría de aquí la posibilidad de condenar por el dicho de dos testigos, pero de ningún modo la obligación de hacer dicha condena. Nunca es para los juriscultos romanos el número de testigos, mas que un medio de apreciación: *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem* (Callistr. l. 3, §. 3, D. *de testib.*). En cuanto á la Sagrada Escritura, cuya interpretación tuvo aun aquí una influencia sensible en nuestro antiguo procedimiento, tomado en gran parte del derecho canónico, el texto del Deuteronomio que hemos citado, excluye un testigo único, pero no parece imponer en manera alguna la obligación de sentenciar conforme á la declaración de cierto número de testigos. Aunque se tomara á la letra, las expresiones *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum*, habrían exigido por lo menos que se llegase hasta el número de tres, antes de proclamar un resultado tan violento como que se diera fé forzosamente al testimonio (1). Pothier tan juicioso por lo comun, admite no obstante, también sin vacilar esta singular doctrina que pone la infalibilidad en el testimonio de dos hombres, al mismo tiempo que solo vé error en el testimonio de uno solo. Supone (Oblig. núms. 818 y 819) que declaran dos personas, la una haber visto prestar una suma de dinero, la otra haber oído confesar el préstamo. «El préstamo, se halla pues, atestiguado por dos testigos, y por consiguiente, plenamente probado (2). Aunque dos testigos, añade, basten para constituir la prueba de un hecho, sin embargo, como la parte que ha sido admitida á la prueba, no está segura de lo que declararán los testigos, puede hacer que se oiga hasta diez sobre un mismo hecho; el exámen de los que esta hubiera hecho oír que escudiesen de este número, no debe comprenderse en el importe de los gas-

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

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

«tos ó costas que se le hubieran adjudicado» (Orden. de 1667, título XXII, art. 21). Lo mismo sucede en el día respecto de los que pasan del número de cinco. El Código de procedimiento (art. 281), temiendo que la multiplicidad de los hechos que hay que probar, impusiera gastos demasiado onerosos á la parte contraria, ha sido aun mas sóbrio en su abono que la Ordenanza de 1667. Pero es claro, que la parte puede siempre citar á su costa mayor número de testigos. El tribunal de Agen, por sentencia de 14 de febrero de 1853, ha invalidado un fallo que, concediendo una próroga para la información, limitó á dos el número de testigos que podían oírse. En el día, esta cuestión de tarifa es la única de que hay que preocuparse, en lo relativo al número de declaraciones. Porque si la exclusión de un testigo único se halla suficientemente abolida por el silencio de nuestros Códigos, lo mismo sucede con mucha mayor razón respecto de la fé ó del crédito enteramente artificial que daba una falsa interpretación de los textos al relato de dos hombres. En el derecho comun alemán, si el primero de estos principios se halla aun en vigor, el segundo á lo menos está hoy abandonado, si es que se ha seguido alguna vez (1) (V. Mittermaier, *De la prueba en materia criminal*, cap. 45), y se puede considerar como la expresión de la doctrina alemana actual la enmienda presentada por Robespierre en la Asamblea constituyente (sesión de 4 de enero de 1791), concebida en estos términos. «No podrá declararse al acusado convicto, cuando no existan las pruebas que determina la ley. El acusado no podrá ser condenado conforme á las pruebas legales, si son contrarias al conocimiento y á la convicción íntima de los jueces.»

294. ¿Puede oírse muchas veces á un mismo testigo en la misma información? En pró de la afirmativa, puede decirse que, guardando silencio la ley, debe permitirse al juez que ordene que se cite segunda vez al testigo, si se creen necesarias nuevas noticias, como se verificaría en materia criminal. Pero no debe perderse de vista, que el Código de procedimiento ha establecido una marcha enteramente especial, fundado en el peligro del soborno de los testigos.

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

Ahora bien, es muy de temer que el testigo que ha declarado la primera vez, sea seducido por las partes, si se le autoriza para volver á declarar. Así es que se ha consignado por el derecho moderno (1) la negativa que se admitió rigiendo la ordenanza de 1667 (Serpillon, sobre el tít. 24, art. 16) (Limoges, 11 de enero de 1834; Caen, 23 de marzo de 1834).

295. Pero no debe volverse á las reglas del antiguo derecho respecto á la aplicacion del cálculo á la prueba testimonial. Además de las dos reglas principales, muy sencillas en la práctica, puesto que se rechazaba un solo testimonio, mientras que dos constituían prueba plena, admitían algunos tambien un cálculo de fracciones. Así, el Parlamento de Tolosa queria, contra lo prescrito por la ordenanza de 1667, que tomase el tribunal conocimiento de las declaraciones de los testigos tachados; pero en vez de llegar con esto á la libre apreciacion del juez, única consecuencia puesta en razon de este sistema, establecia una evaluacion matemática del valor de cada testimonio sospechoso, considerado como parte alcuota de un testimonio intachable. «El Parlamento de Tolosa», dice Rodier (sobre la ordenanza de 1667, tít. XXIII), «tiene un modo particular de juzgar las tachas y las objeciones (2): las admite á veces segun su diferente calidad, de modo que no destruyan la declaracion del testigo por completo, sino que ésta subsista por una octava parte, por una cuarta, por la mitad, por tres cuartas partes; y una declaracion reducida de esta suerte en su valor necesita el auxilio de otra para llegar á ser entera; por ejemplo, si de las declaraciones de cuatro testigos á quienes se ha hecho objeciones, se reducen dos á la mitad, esto constituye un testigo; si se reduce la tercera declaracion á una cuarta parte, y la cuarta declaracion á tres cuartas partes, esto forma otro testigo, y por consiguiente se encuentra una prueba suficiente de testigos, aunque á todos se haya hecho objeciones y todos hayan sufrido alguna lesion en su crédito con las objeciones propuestas.» Asimismo cuando fueron admitidas las mujeres á testificar por una ordenanza de Carlos VI, del 15 de noviembre de 1394 (3), trascurrió mucho tiempo antes

(1) No obstante, un testigo que ha declarado en la informacion, puede tambien declarar en la contra-informacion si se trata de hechos distintos (Bastia, 22 de julio de 1837).

(2) Aquí la palabra objeciones es sinónima de tachas.

(3) Beaumanoir nos dice, en efecto (cap. XXXIX, §. 31), que en su

que se considerase su declaracion como equivalente á la de un hombre. Bruneau (*Observat. crim.*, tít. VIII, núm. 40), aunque contemporáneo de M.^{me} de Seigné, no temia escribir en 1686, que la declaracion de tres mujeres no vale la de dos hombres. En Berna, hasta 1821, y en el Canton de Vaud hasta 1824, se necesitaba el testimonio de dos mujeres para contrabalancear el de un hombre. Y aun no hacemos caso de las subdistinciones que venian á complicar el sistema, por ejemplo, el principio de que una vírgen merecia mas confianza que una viuda: *Magis creditur virgini quam viduæ* (Farinacio, *de opp. contra dicta testium*, quæst. 63, §. 180). M. Mittermaier hace notar, al contrario (trad. de M. Alexandre, pág. 339), que en un caso dado, la mujer observará con mas atencion que el hombre, si se trata de objetos que entran mas naturalmente en el círculo de las cosas que la interesan, por ejemplo, si se trata de un embarazo, de pormenores de trajes, etc. Finalmente, en otro tiempo se tenia cuenta de la edad, de un modo no menos arbitrario, cuando se decidia (Mascardo, concl. 1301, números 3 y 4) que en caso de conflicto ó empate de testigos, debian preferirse los de mas edad á los mas jóvenes, ó que por lo menos, para establecer lo contrario, se necesitaban quince testigos. Los hechos han desmentido estas prescripciones dictadas *à priori* (1).

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

tiempo no podia tacharse á las mujeres. «Las señoras que se presentan como testigos no deben ser tachadas por el contrario del que las presentó, bien sean viudas, casadas ó solteras.»

(1) Lo mismo debe decirse de la antigua máxima *Falsus in uno, falsus in omnibus*, que se sigue todavia por la chancilleria inglesa (M. Greenleaf, tomo III, pág. 398), como si el que ha mentado una vez, no pudiera decir verdad en una segunda ocasion, si no tiene motivo alguno para apartarse de lo cierto.

el menor de quince años dice la verdad, nada le impide decidirse por su declaracion, aunque fuera aislada.

297. Bentham, que critica con tanta energía estos deplorables procedimientos de nuestros antiguos legistas, propone, para apreciar la fuerza de los testimonios, un espediente al cual hay fundamento para dirigir las mismas censuras. «Representaos, dice (Pruebas judiciales, lib. I, cap. XVII) la imagen de una escala dividida en diez gradas: esta escala tiene un lado *positivo*, en el cual se inscriben los grados de persuasion positiva, es decir, que afirman la existencia del hecho en cuestion, y otro lado *negativo*, en el cual se inscriben los grados de persuasion negativa, es decir, que niegan la existencia del mismo hecho; debajo de la escala hay un cero, con el cual se denota la falta de toda persuasion en pró ó en contra. El testigo dice: Mi persuasion es de cinco grados ó de diez grados por el lado positivo, de diez grados ó de cinco grados por el lado negativo, á la manera que se dice hablando de la temperatura que señala el termómetro: El mercurio está á diez grados sobre ó bajo cero..... Siganse los progresos del espíritu humano, y se verá que en todo se busca dar á antiguas medidas un grado adicional de perfeccion. El electrómetro, el calorímetro, el fotómetro son obra de nuestros dias. ¿Requiere la justicia menos exactitud que la química?» Este descubrimiento de Bentham ha escitado muy poco entusiasmo; pues se ha comprendido que su *testimoniómetro* no era menos arbitrario que el cálculo de fracciones empleado en otro tiempo. M. Willis (*Circumstantial evidence*, cap. I, sec. 3) ha contestado á Bentham, que no se prueba un acontecimiento histórico, como se prueba la igualdad de dos triángulos que tienen un ángulo igual comprendido entre dos lados iguales. Y no obstante, el procedimiento civil de Austria parece haber querido realizar la teoría de Bentham. Segun el testimonio del profesor Beidtel (*Proc. ordin.*, §. 133) sobre el centro de la escala de verosimilitud, la ley coloca un punto de descanso. Sobre este punto de descanso, la prueba jurídica es una segunda semi-prueba. Debajo de este punto de descanso se llama una primera semi-prueba, etc. La persuasion positiva ó negativa no es susceptible de resolverse de esta suerte en guarismos. Sometida al escalpelo del análisis, la íntima conviccion se aja, se mística, si es permitido hablar así, á la manera que las flores de un invernáculo se secan y pierden sus vivos colores.

298. En el dia, en que no puede haber cuestion sino acerca de la certidumbre moral, los consejos que conviene dar al juez, en caso de colision de los testimonios, se fundan, como en Roma, únicamente en el buen sentido y en la observacion. Así es que los testigos que declaran *de visu* merecen mas confianza que los que declaran solamente *ex auditu*. «Un solo ojo, dice Loysel (*Inst. cout.*, titulo de las pruebas, §. 3) tiene mas crédito que dos oidos tienen *audivi*.» Con mas motivo se deberá admitir con suma circunspeccion las declaraciones que solo se apoyan en oidas. Ya hemos hecho resaltar, al tratar de la prueba testimonial en segundo grado (núm. 240), el peligro que presentan las declaraciones así basadas en la simple fama. Se han hecho multitud de observaciones de esta clase; pero no son, en último resultado, mas que indicaciones y no preceptos positivos. Los que quisieren mas amplios pormenores pueden consultar en Toullier (al fin del tomo IX) el capítulo de la *colision de los testimonios*, en el que hallarán un resumen bastante completo de observaciones; por lo comun mas morales que científicas, hechas por nuestros antiguos autores sobre la credibilidad de los testigos.

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

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

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

Respecto á si puede oírse á un testigo dos veces, de que trata M. Bonnier en el núm. 294, la ley 30, tít. 16, Part. 3, faculta al juez para llamar de nuevo y de oficio al testigo, «cuando fallase alguna palabra dudosa ó encubierta en su dicho, de manera que non pudiese tomar ende sano entendimiento,» para que declare aquella duda, aunque el testigo hubiese hablado con las partes, á lo que los autores añaden el caso de que el testigo no hubiera dado razón de su dicho y el de que hubiese omitido el juez en el exámen algunas preguntas del interrogatorio. La misma ley de Partida previene también, que cuando las partes vieren que no ha sido examinado el testigo al tenor de todas las preguntas del interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito, es decir, fueron admitidas por el juez, pueden pedir á éste que haga comparecer de nuevo al testigo y que le pregunte sobre ellas, á lo que deberá accederse; y por último, dispone la misma ley, que si el testigo, después de haber firmado su declaración y separándose de la presencia del juez que le examinó, quisiere añadirla ó quitar ó corregirla, podrá hacerlo, siempre que no haya hablado con las partes, para evitar que las mismas le instruyan sobre el modo de dar su declaración.

Acerca de las circunstancias que concurren en los testigos á que deberá darse preferencia por el juez, de que trata M. Bonnier en el número 295 y siguientes, encuéntrase en nuestras leyes y autores, disposiciones y doctrinas especiales en que se prefiere en general el noble al plebeyo, el anciano al jóven, el varón á la hembra. La ley 3, tít. 4, libro 2 del Fuero Juzgo, dice que el juez debe catar si los testimonios son de buen linaje y si son ricos omes, ca mucho debe guardar el juez que la testimonia que es pobre, por la coyta que há, por ventura no venga á decir mentira, y la ley 32, tít. 7, lib. 7 del Espéculo funda dichas preferencias en estos términos: «Otro sí decimos que los ancianos deben ser mas creídos que los mancebos, porque vieron mas é pasaron mas por las cosas, é deben mas saber en los fechos. Otro sí decimos que mas debe ser creído el fidalgo que el villano, que bien semeja que mas ayna erraria el villano en lo que oviese á decir por miedo nin por premio, que el fi-

dalgo, ca mas tenuto es de fazer cosa porque cayese en vergüenza por si é por su linage el fidalgo que el otro. E mas deven creer al rico que al pobre, porque bien semeja que el pobre mas ayna derie mentira por codicia ó por promesa que el rico; é mas creído deve ser el varon que la muger, porque ha el seso mas cierto é mas firme.» Sin embargo, esta doctrina no parece aceptable de un modo, absoluto sino relativamente al objeto sobre que versan las declaraciones, puesto que, por ejemplo, en las cosas, que requieran grande esperiencia, será preferible el testimonio de un anciano al de un jóven, pero deberá preferirse el de éste sobre hechos que requieran para su percepción gran fuerza y vivacidad de sentidos y una memoria feliz y no gastada por la edad, etc.—(A. del T.)

§. 5. Influencia de la informacion ó exámen de testigos sobre la decisión definitiva.

SUMARIO.

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

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

301. Exámen de la cuestion.

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

300. Observemos primeramente que no se trata de sostener lo que jamás se ha admitido en la jurisprudencia, que tenga derecho el tribunal para revocar por una especie de capricho una sentencia interlocutoria. Es verdad que en Roma se decia (Cels. l. 13 D. *De re judic*): *Quod jussit vetuitve iudex, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra*. Pero este texto no se aplicaba, como lo indica suficientemente la reserva hecha respecto de las sentencias, sino á las órdenes que se daban incidentalmente cuando era la accion arbitraria; órdenes que, así como nuestros autos preparatorios, no tenían carácter alguno irrevocable. Cuando, al contrario, prejuzga el fondo una decisión pronunciada contradictoriamente, es claro que el tribunal que la dictó con conocimiento de causa está lo mismo que las partes obligado á ejecutarla. A lo más, podría aplicarse la ley 13 *de re judicata* á las decisiones que

prescribían de oficio suministrar tal ó cual prueba. Pero, cuando habiendo que probar una articulacion de hechos el tribunal ordena una informacion ó exámen, y la parte contra cuyas conclusiones se ha dado la sentencia interlocutoria, no la ha atacado, ó la ha atacado en vano por medio de recursos legales, no se puede volver á poner en cuestion la admisibilidad de la informacion, sino solamente controvertir sus resultados (sent. deneg. de 8 de enero de 1829; cas. de 28 de mayo de 1836). Si se encuentra á veces en autores antiguos la regla que lo interlocutorio no sujeta al juez, aplicada en el sentido de la ley 15 de *re judicata*, es porque antiguamente no estaba bien determinada la significacion de las palabras *interlocutorio* y *preparatorio*, empleándose la una por la otra. La idea de estos autores, por equivocac que fuesen sus expresiones, no pasaba de las decisiones puramente preparatorias.

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

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

Otra cosa es respecto de la admisibilidad de los hechos. Aquí se ha aplicado la máxima, y han decidido constantemente nuestros antiguos autores, que el juez, al ordenar la prueba de ciertos he-

chos, no se empeña por esto á subordinar su sentencia definitiva al resultado de la informacion ó exámen (1). «En todo tiempo y lugar, dice Merlin (*Repert.* V.º JUGEMENT §. III), se ha tenido constantemente por máxima, que despues de haber ordenado la prueba de un hecho que le parecia decisivo, el juez que reconoce que este hecho es indiferente, puede sentenciar contra la parte misma que hizo la prueba.» «En efecto, dice Duparc Poullain (*Principios de derecho*, tom. IX, pág. 494), siempre se presume que todo juez que ordena una clase de instruccion se ha reservado la libertad de juzgar entre las partes conforme la equidad, y en su consecuencia, de conservar todos sus derechos hasta la sentencia definitiva. Solo un procedimiento perfecto puede desarrollar ante el juez el verdadero punto de la decision; y si se le quitára la libertad de separarse de lo que parece haber prejuzgado por una sentencia interlocutoria, se le pondria en la necesidad de cometer una injusticia, por muy puras que hubieran sido sus intenciones cuando la dictó.»

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

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

la prueba que resultó de la informacion (sent. deneg. de 16 de abril de 1860). Otra segunda consecuencia, señalada por Merlin, del principio de la libre apreciacion del juez, es que puede llegar hasta desechar definitivamente los hechos á que atribuia *prima facie* una importancia, que no presentan ya despues de un exámen profundo. Así, se ha juzgado, en materia criminal (cas. 28 de mayo de 1836), que podia muy bien un acusado, á quien se hubiera admitido la prueba de un hecho justificativo del delito, aun cuando hubiera acreditado el hecho, ser condenado por el juez si se reconocia despues de un maduro exámen, que el hecho no era justificativo. En este sentido se han dictado multitud de decisiones. Y no se diga que esta doctrina propende á confundir las sentencias interlocutorias con las que solo son preparatorias, puesto que no se prejuzgaria el fondo, contra la disposicion del art. 452 del Código de procedimientos. Desde luego se prejuzga siempre la cuestion de derecho, y además, basta que tenga de hecho la informacion una influencia considerable sobre el resultado del proceso, aun cuando esta influencia no sea absoluta, para que la sentencia que la ordena tenga un carácter aparte, y pueda en su consecuencia apelarse de ella (Cód. de proc., art. 431). En último resultado, el tribunal, al ordenar una medida que juzga útil para que aparezca la verdad, puede dar esperanzas á la parte que reclamó esta medida, pero no contrae ni puede contraer ningun empeño hácia ella. Una cosa es declarar legal y admisible una informacion, y otra cosa es sujetarse á sentenciar ciegamente, segun los datos ó resultados de la informacion, no obstante las luces que pueda arrojar por otra parte un exámen mas profundo de la causa. Entendida de esta manera la máxima que lo interlocutorio no sujeta al juez, está lejos de merecer el desden con que ha sido acogida por quienes no han comprendido bien su sentido práctico. Hoy, los hombres mas ilustrados de Alemania, piden la reforma del principio contrario, autorizado en ciertos paises, y especialmente en Baviera (*Revista crítica*, tomo XVIII, pág. 63, nota de M. Becker) bajo el nombre de *eventual maxime*. En este sistema el juez se ata las manos anticipadamente, diciendo con gravedad: Si el demandante prueba contra el demandado, por tal ó tal vía determinada, que le prestó quinientos florines, sea este último desde ahora condenado á pagarlos. Debe observarse, por lo demás, que en Austria por resolucion suprema de 30 de mayo de 1835 se ha abolido esta clase

de condenas condicionales (V. tambien el Cód. de proc. de Nápoles, artículo 515). La mejor marcha jno es la que en vez de encadenar al juez en una sola vía de informacion, le conserva el tiempo mas largo posible su independenciam: *Non ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere* (Callistr., l. 3.º, §. 2, D. de testib.)?

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

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