

FORMA SEGUNDA DEL EXÁMEN Ó INFORMACION.

Exámen ó informacion oral.

SUMARIO.

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

302. El exámen de los testigos, ante un juez comisario encargado de estender por escrito sus declaraciones, no tiene lugar en ciertas materias civiles, en que se califica de *sumaria* la informacion ó exámen, ni en los debates criminales. Hablemos primero de las informaciones civiles orales, en cuya organizacion han dejado mas huellas las formas de la informacion ordinaria, mientras que el curso mas libre de la prueba testimonial en lo criminal se rige por principios que le son peculiares.

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

SUMARIO.

303. Materias en que se ha introducido la forma sumaria.

304. Todo negocio en última instancia es juzgado sumariamente.

305. Simplificacion del exámen.

306. ¿Debe oirse al testigo tachado?

307. Exámen siempre sumario en el tribunal de comercio y en los juzgados de paz.

308. Curso mas sencillo aun en materia disciplinal y en materia administrativa.

303. El uso de oír á los testigos en la audiencia se ha conservado en las jurisdicciones consulares, libres de las formas técnicas por la naturaleza misma de su institucion. La utilidad incontestable de esta máxima, respecto de los asuntos mas sencillos, indujo á los redactores de la ordenanza de 1667 (tít. XVII, art. 8) á introducir en los tribunales propiamente dichos el exámen oral respecto de las materias sumarias, no obstante las reclamaciones del presidente Lamoignon que, obedeciendo esta vez contra su costumbre á la preocupacion y á la rutina, invocaba para rechazar esta innovacion parcial los mismos motivos que se ha invocado en nuestros

dias para justificar el exámen escrito en los negocios comunes. No ha sido menos favorable la esperiencia á esta disposicion de la ordenanza, reproducida por nuestro Código de procedimiento. Además, la ley de 6 de octubre de 1790, que ha organizado el modo de proceder en los juzgados de paz, ha hecho una tercera aplicacion al exámen ó informacion sumaria. Fuerza es confesar, en este último caso, que hubiese sido difícil seguir otra marcha, puesto que, siendo único el juez, hubiera sido inútil investirle con la cualidad de comisario.

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

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

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

aplazar de oficio el exámen de los testigos (sent. den. de 23 de julio de 1860.).

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

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

306. Aunque simplificadas las informaciones sumarias, no se hallan libres de todas las prescripciones arbitrarias de nuestro antiguo procedimiento. Encuéntrase en ellas (*ibid.*, art. 415), no solamente la prohibicion de oir, ya á los cónyuges de las partes, ya á los parientes consanguíneos ó afines en línea recta, sino hasta la viciosa práctica de las tachas. Suscítase una grave controversia sobre la aplicacion de esta práctica en materia sumaria. Pregúntase si el testigo tachado debe ser, no obstante, oido en la audiencia, como lo seria ante un juez comisario (*ibid.*, art. 284), ó si debe decirse, por el contrario, que no se oirá su declaracion, así como no se lee en materia ordinaria (*ibid.*, art. 291). Invócase en favor de la primera opinion las palabras del art. 411, que prescribe que el testigo declare si es pariente consanguíneo ó afín, servidor ó doméstico de las partes; prueba evidente, se dice, de que puede recibirse en semejante circunstancia su declaracion. Hácese sobre todo observar que en las causas sujetas á apelacion, precisamente aquellas á que se aplica el art. 411, será tal vez imposible oir por segunda vez á los testigos, si se rechaza definitivamente la tacha por el tribunal superior, y que, á lo menos, para este caso, seria conveniente recibir su declaracion, salvo hacer de ella el uso que fuera de derecho. Concebiríamos esta opinion si la declaracion del testigo tachado no debiera considerarse como no prestada por el tribunal que le hace comparecer en la audiencia; pero todo el mundo conviene en que el legislador, que remite aquí á las reglas sobre tachas y sobre el modo de juzgarlas, no ha querido separarse del principio ordinario sobre la exclusion de las declaraciones tachadas. Querer, en su consecuencia, que los jueces reciban la declaracion de un testigo, y que hagan despues completamente abstraccion de la impre-

sion que hubieran causado en su ánimo, es exigir un imposible. Es ya de sentir que el juez comisario sea llamado habitualmente á providenciar despues de haber oido al testigo tachado, sin agravar aun este abuso, poniendo á todo el tribunal en esta falsa posicion. El inconveniente accidental que resultaria de la imposibilidad de reproducir en apelacion ciertos testimonios, no parece de tal naturaleza que pueda entrar en balanza con el vicio permanente de exámen de testigos, cuyas declaraciones no deberian tener influencia alguna. Este vicio será, en verdad, inevitable, cuando no se propongan las tachas sino despues del exámen, pero entonces la parte que tardó en hacerlas valer, solo puede imputarse á sí misma las consecuencias de su negligencia. Esta facultad de no presentar la tacha, hasta despues de tomada la declaracion, ó aun de admitirla, explica la redaccion del art. 411, segun el cual, el testigo debe declarar si es pariente consanguíneo ó afín, etc., de una de las partes. No dejará de ser oido, cualquiera que sea su calidad, si nadie se opone á ello; pero conviene siempre que se conozca su calidad. Finalmente, lo que parece decisivo es, que el exámen en materia sumaria corresponde exactamente á la lectura de la declaracion en materia ordinaria, lectura que se halla espresamente prohibida. El Tribunal de Casacion se ha pronunciado muchas veces en este sentido, especialmente por sentencias de casacion de 26 de junio de 1839 y de 14 de enero de 1853.

307. En los negocios mercantiles son siempre sumarias las informaciones. Sin embargo, los negocios mercantiles admiten mas sencillez aun que los civiles. En su consecuencia, pueden consentir las partes en adoptar formas menos complicadas para oir á los testigos (Rennes 30 de agosto de 1817.). Se admite igualmente cuando no se ataca la prueba testimonial como sospechosa ante la jurisdiccion consular, que pueda volver á comenzarse la informacion mercantil nula, aun á instancia de la parte ó de su defensor (Orleans 30 de junio de 1819.).

Estas mismas decisiones pueden aplicarse á los juzgados de paz.

308. En materia disciplinal, la misma latitud que permite admitir la prueba testimonial, fuera de las reglas ordinarias (número 298), liberta igualmente á los tribunales de la estricta observancia de las formas, y especialmente de la necesidad de articularse puramente las tachas (sent. deneg. de 3 de enero de 1835).

En materia administrativa, se sigue generalmente la marcha

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

Por derecho español se verifica el exámen de testigos separada y secretamente ó sin asistir á él las partes, según hemos indicado en la nota al número 251, bien se efectúe en juicio plenario ó en juicio sumario, puesto que al adoptarse por nuestras disposiciones legales este sistema, se han fundado en la esencia misma de este modo de declarar, esto es, en dar mayor libertad al testigo y en evitar que las partes pudieran influir en sus declaraciones, fundamento que lo mismo existe en el caso de que el juicio sea plenario, que en el de que sea sumario. Así es, que tanto los juicios verbales con carácter de juicio ordinario, de que tratan los artículos 1162 al 1180 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que se verifican en comparecencia verbal ante el juez, como en los demás juicios ó comparecencias verbales que prescribe la misma ley en los juicios sumarios, como en los interdictos, según se vé en los arts. 702, 714, 734 y 738, el juez deberá examinar á los testigos que presentaren las partes, separadamente y sin estar presentes aquellas, estendiéndose por escrito su declaración en el acta del juicio. Según se previene en los artículos 1170 y siguientes de dicha ley de Enjuiciamiento civil, que versan sobre los juicios verbales con carácter de ordinarios, y cuyas disposiciones sirven de regla para los demás juicios verbales, en cuanto permitan su aplicación la naturaleza del objeto sobre que versen, en la comparecencia verbal, que se celebrará ante el juez y el secretario del juzgado de paz, esponen las partes por su órden lo que á su derecho conduzca, admitiéndose después las pruebas que presentaren; de suerte, que según el espíritu de este artículo, que es el 1172 de la ley, en esta comparecencia debe presentarse la prueba de testigos y tacharse á éstos; pero recibiendo el juez la declaración de los mismos separadamente según hemos dicho y sientan los autores. Para que las partes puedan preparar sus pruebas, se prescribe en el art. 1170 de la ley, que entre la convocación á juicio verbal que hace el juez y la celebración de la comparecencia deberán mediar un término que no pase de seis días.

Por nuestro derecho no tienen lugar los inconvenientes indicados en este pasaje y en otros de la obra de M. Bonnier sobre tomar la declaración verbalmente ó por escrito un juez comisario, pues entre nosotros no se verifica esta delegación, por lo común, ni hay términos hábiles para ello, por no conocer en primera instancia un tribunal colegiado, si no un juez único, el cual toma la declaración por sí, auxiliándose del escribano del juzgado, y solamente, según dispone el artículo 34 de la ley cuando no puedan practicarse las diligencias en el partido en que se sigue el litigio, deberán cometerse precisamente al juez de aquel en que hubieran de ejecutarse, y solo respecto de la segunda instancia de que conocen tribunales colegiados, dispone el art. 33 que los jueces y ministros ponentes recibirán

por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba, pudiendo, sin embargo cometer á los jueces de primera instancia y éstos á los de paz las diligencias, cuando deban practicarse en pueblo que no sea el de su respectiva residencia.

El mismo sistema, de verificarse el exámen de testigos separadamente y sin asistencia de las partes, se sigue entre nosotros en los procedimientos judiciales sobre negocios y causas de comercio, según se deduce de los artículos 148 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento mercantil y se observa en la práctica.

Solamente en el procedimiento contencioso sobre materias administrativas está admitido por nuestras leyes que el exámen de los testigos se verifique en audiencia pública y á presencia de las partes, debiendo aquellos responder sin apuntes ni borradores, y reduciéndose á escritura por el Secretario sus respuestas, que podrá oír la parte contraria, arts 163, 152, al 155 y 134 al 136 del reglamento de 30 de diciembre de 1830. Véase lo que esponemos en la adición inserta á continuación del número 332, respecto al exámen de testigos en el procedimiento criminal (*A. del T.*)

II.—Modo de practicarse la prueba testimonial en lo criminal.

SUMARIO.

309. Información completamente secreta en el antiguo derecho.
310. Secreto de la instrucción ó procedimiento preparatorio solamente, en el derecho actual.
362. Por qué nos fijamos por nuestra parte en la prueba practicada en los debates.

309. En Roma, la prueba testimonial se ha practicado siempre oral y públicamente. En Atenas declaraban los testigos previamente por escrito, y con frecuencia no se hacia mas que leer sus declaraciones en la audiencia (1), salvo pedirles esplicaciones verbales. Ya hemos visto (núms. 248 y 251) como se introdujo en nuestro antiguo derecho la práctica secreta de la prueba testimonial, tanto en lo civil como en lo criminal, habiéndose introducido el uso de juzgar las causas por los relatos de las informaciones, sin oír á los testigos en la audiencia. En lo criminal, el secreto del procedimiento prevaleció del modo mas absoluto á contar desde el siglo XIII, puesto que jamás debia comunicárseles la

(1) Esta peligrosa práctica de escribir los testimonios esplicaría, según M. Cauvet (*Rev. de legislación*, t. XX, pág. 302), las sospechas injuriosas contra los testigos que acudian de la Grecia, de que se hace eco Ciceron, cuando dice (*pro Flacco*): *Testimoniorum religionem et fidem numquam ista natio coluit.*

informacion, además de que debía verificarse sin estar presente el querellante ni el acusado (Muyart de Vouglans, Inst. al derecho criminal, part. V, cap. III.). Solamente, el sistema de la antigua jurisprudencia, en especial desde que fué perfeccionada por la ordenanza de 1670, autorizaba ciertas garantías en favor del acusado. La ratificación de los testigos, es decir, la reiteración de su testimonio, según el reglamento del proceso cuando era por *extraordinario* (1) propendía á asegurarse de la persistencia de su convicción. El careo de los testigos con el acusado, ante el juez instructor, sustituía la audiencia con una especie de debate á puerta cerrada; pero era preciso que se mandara esta última medida, y podía dejar de practicarse por motivos que se reputaban graves, tales como el temor que podía inspirar el acusado á los que declararan contra él (*ibid.*, part. V, cap. XII): «Todos estos procedimientos secretos, dice Voltaire (*Valor de la justicia y de la humanidad*, fragmento ya citado, art. 22, §. 5), se parecen demasiado á la mecha que arde imperceptiblemente para poner fuego á la bomba. ¿Acaso debe ser secreta la justicia? ¡Solo el crimen es lo que debe ocultarse!»

El Código de instruccion ó procedimiento criminal de Austria, del 29 de julio de 1853, cuyo sistema no tardará probablemente en extenderse, adopta una especie de medio término entre el procedimiento secreto y el procedimiento público (§. 223): no dá derecho á acudir á los debates sino á ciertos abogados ó funcionarios, y á diez personas designadas especialmente por mitad por el acusado y por la parte dañada ó perjudicada.

310. Nuestra Asamblea constituyente adoptó con franqueza el debate oral y público que reclamaban los publicistas. La declaración de los testigos en la Audiencia que llevaba consigo necesariamente el careo, se prescribió por la ley de 29 de setiembre de 1791. Sin embargo, vuelve á encontrarse en nuestro derecho criminal (C. de instr. art. 228 y 333) la *informacion*; pero en el día no es otra cosa que el exámen de los testigos en el procedimiento preparatorio ante el juez de instruccion. Los testigos eran oídos de esta

(1) El reglamento del proceso consistía en decidir si se juzgaría por *extraordinario*, es decir, con las formas particulares á la instruccion criminal, ó bien, convirtiéndose en proceso civil, es decir, juzgado en la audiencia.

suerte, según la práctica inglesa, ante el jurado de acusacion bajo el imperio de la ley de 29 de setiembre de 1791. La del 7 lluvioso del año IX, al suprimir que se oyera á los testigos, y al limitar al exámen de las piezas escritas la mision del jurado de acusacion, preparó que se restituyera completamente á la magistratura la instruccion preparatoria, restitucion efectuada por el Código de instruccion criminal. No puede disimularse por otra parte que la institucion del jurado es poco compatible con el secreto tan esencial en las primeras diligencias del sumario. Hoy, pues, no se oye á los testigos sino ante el juez encargado de la instruccion preparatoria, y esta audiencia debe ser secreta (V. cas. 5 de julio de 1835.). Hay igualmente esceso en el sistema que arroja un velo en toda la instruccion, comprendiendo en ella los debates definitivos, y en el sistema diametralmente opuesto que se usa en Inglaterra, que haciendo la acusacion pública desde los primeros actos, se espone á dar la voz de alarma á los co-delinquentes y á los cómplices.

La estension por escrito de las declaraciones, solo tiene por objeto ilustrar á la Sala del Consejo y á la Sala que entiende de las acusaciones sobre la naturaleza de los hechos que hay que perseguir. Estas declaraciones no deben figurar (*ibid.*, art. 514) en el número de elementos sobre los que se forma la convicción del jurado, y se cree generalmente, aun cuando no se explique la ley de un modo tan positivo (*ibid.*, art. 133 y 190) respecto de los tribunales de simple policía (1), y de los de policía correccional, que no se debe admitir igualmente mas que declaraciones orales ante estas jurisdicciones. Así se ha decido, que la declaracion falsa que se hace ante el juez de instruccion, no puede constituir el delito de testimonio falso (sent. de cas. de 14 de diciembre de 1826); doctrina que se halla por otra parte claramente formulada en el informe del orador del cuerpo legislativo sobre esta materia.

311. Siendo aquí nuestro objeto especial, no seguir toda la serie de un procedimiento criminal, sino mas bien investigar las pruebas sobre que debe fundarse la convicción definitiva, solo nos ocupamos de la prueba testimonial oral y pública, practicada antes que se proceda á la sentencia. Esta parte esencial del procedimiento penal, puede considerarse bajo cuatro puntos de vista que corresponden á los cuatro primeros (1) puntos que hemos señalado,

(1) Nada tenemos que añadir en lo concerniente al quinto punto de

al tratar de la informacion ó exámen de los testigos: 1.º el curso general de los debates; 2.º las sanciones de la competencia y de la veracidad de los testigos; 3.º la exclusion de ciertos testigos; 4.º la apreciacion de los testimonios. Para el exámen de estos cuatro puntos atenderémos sobre todo al procedimiento mas importante, al del tribunal (*de assises*) reservándonos hacer observar las diferencias que presenta algunas veces el de los tribunales criminales inferiores.

§. I. Curso general de los debates.

SUMARIO.

312. Discusion oral y pública de los testimonios.
 313. Propension de la jurisprudencia á hacer facultativo ante el juez de apelacion, en materia de policia correccional, el exámen de los testigos.
 314. Esta propension marcada desde la ley de 13 de junio de 1856; consignacion mas exacta de las declaraciones en primera instancia.
 315. Lista de los testigos. ¿Debe citarse necesariamente en policia correccional al testigo?
 316. Citacion de los testigos de descargo á escitacion del ministerio público.
 317. Declaracion separada de los testigos. — Precauciones que deben tomar para este efecto.
 318. Asistencia del acusado á las declaraciones.
 319. Interpelacion directa de los testigos en Roma y en Inglaterra. Sus abusos.
 320. Modo de declarar el testigo.

312. La publicidad de los debates en materia crimina fué decretada con entusiasmo por la asamblea constituyente. Pero el modo como debian organizarse estos debates, dió lugar á una grave discusion, en que los errores de una práctica judicial arraigada durante mas de tres siglos, hallaron un hábil defensor de Tronchet (sesion de 5 de enero de 1791). Este jurisconsulto, preocupado con las ventajas que presenta la escritura, ya para dar una base fija al exámen judicial, ya para facilitar que se persiga á los testigos fal-

que hemos tratado con aplicacion á la informacion escrita, la influencia de lo interlocutorio en la sentencia definitiva. La cuestion que puede presentarse aquí, sobre todo, en materia de policia correccional, debe tener la misma solucion que en lo civil.

sos, propuso hacer estender por escrito y leer á los testigos las declaraciones, á medida que se iban tomando. Este sistema parecia reunir las ventajas del debate oral con las del procedimiento escrito. Pero fué refutado por Thuret (sesiones de 11 y 12 de enero de 1791) que defendió siempre con tanto celo y sabiduría á la vez, las innovaciones de la asamblea sobre la organizacion judicial. Thuret demostró que la lentitud de esa forma de instruccion, tolerable para un juez comisario que está habituado á la celeridad por una larga práctica, seria insoportable para los jurados que se verian á cada instante espuestos á perder el hilo de la discusion. ¿No podrian tambien, contando con las piezas escritas, no seguir los debates con una religiosa atencion? ¿No seria de temer que este modo de proceder, habituándoles á subsistir documentos técnicos á los elementos morales de conviccion, hiciera revivir el sistema de las pruebas legales en que se estaba de acuerdo para reclamar su abolicion en lo criminal? Estas graves consideraciones hicieron admitir definitivamente la discusion puramente oral, tal como se ha practicado siempre ante los jurados de Inglaterra ó de los Estados-Unidos; el exámen oral de los testigos, sin redaccion alguna de escrito, tiene pues lugar ante toda clase de jurisdiccion criminal.

315. Ante los tribunales criminales es de derecho el exámen de los testigos presentados, segun lo ha decidido el tribunal de casacion, el 29 de setiembre de 1842. En materia de policia simple ó correccional, aunque el texto de la ley (Cód. de inst. 153 y 190), dice, que se dirá á los testigos *si há lugar* á ello, es constante, en primera instancia, que el juez no puede negarse á oír á los testigos (Cas. 9 de junio de 1857.). Pero en apelacion, desde hace mucho tiempo, la práctica subordina á la autorizacion del tribunal superior la facultad de hacer oír á los testigos que han declarado ya ante los primeros jueces. El tribunal de casacion (Sent de 4 de agosto de 1820, y de 24 de setiembre de 1831, de 20 de noviembre de 1832 y de 15 de noviembre de 1836), se ha fundado en el artículo 175 del Código de instruccion criminal, concebido en estos términos. «Cuando en la apelacion lo requiera el procurador general, ó una de las partes, *podrán* ser oídos de nuevo los testigos, y aun *podrá* tambien oírse á otros nuevos.» Estas espresiones, se dice, indican una simple facultad á favor del tribunal. Mas, para ser consecuente en este sistema de interpretacion, seria preciso dejar tambien al juez un poder discrecional para admitir ó desechar desde

luego los nuevos testigos que quieren citar las partes; porque se dice, igualmente de estos últimos, que *podrán* ser oídos. La jurisprudencia decide no obstante con razón (cas. 14 de octubre de 1826), que no se puede desechar la prueba testimonial que se ofrece por primera vez en apelación, bajo pretexto de no haberse requerido ante los primeros jueces. Pues bien, ¿no puede ser igualmente indispensable un nuevo exámen de testigos? Poner la defensa de las partes á discreción de los jueces de apelación, es abusar del principio constante en todas las jurisdicciones que permite desechar todo lo que se dirige á prolongar los debates, sin que de ello pueda esperarse mas certidumbre en los resultados (C. de instr. art. 270.). Si estas espresiones, «los testigos *podrán* ser oídos de nuevo, y se *podrá* oír á otros,» se refirieran á una facultad legal y no á una simple autorización, sería preciso decidir, en materia de policía, así como en materia criminal, que á la par de la idea de desechar las declaraciones supérfluas, existe el deber de no atacar el libre desarrollo de la acusación y de la defensa; deber que el Tribunal Supremo especialmente tiene la misión de hacer respetar (*ibid.*, art. 408). Las decisiones que criticamos parece haber sido sobre todo dictadas con el deseo de evitar gastos. Por laudable que sea este deseo, nos parece mas precioso aun que el de la economía, el interés de una buena administración de justicia.

314. La propensión á oír raras veces á los testigos en apelación, se ha marcado mas todavía desde que la ley de 15 de junio de 1856, con el objeto de facilitar la unidad y la regularidad, en armonía con la mayor facilidad de los medios de comunicaciones, se ha centralizado en la cabeza de partido de cada juzgado ó tribunal imperial, el juicio de las apelaciones de policía correccional, que, segun el Código de procedimiento criminal, se atribuía á veces á un simple tribunal de distrito. El exámen de los testigos en apelación, que eran antes por término medio en número de trescientos, solo han ascendido en 1818 al número de ciento diez y siete (1). Este resultado fué previsto por el legislador en 1856, quien quiso al menos regularizar la prueba de los testimonios recibidos en primera ins-

(1) El mismo número de las apelaciones relativamente es poco considerable, puesto que, de 171.490 juicios correccionales, no habido en 1858 mas que 6,942 apelaciones. La estadística de 1859 no acusa mas que 6,572 apelaciones; pero habiendo disminuido el número de las sentencias correccionales, permanece la proporción de la misma.

tancia, respecto de los cuales, las notas de audiencia redactadas sin comprobación por el escribano dejan mucho que desear. Hase añadido, en su consecuencia, al artículo 200 del Código de procedimiento criminal, la siguiente declaración: «El escribano llevará nota de las declaraciones de los testigos y de las respuestas del acusado. Las notas del escribano serán visadas por el presidente en los tres dias siguientes al pronunciamiento de la sentencia.» Esta innovación, como hace notar la exposición de motivos, se refiere al pensamiento de la ley, puesto que las medidas que se toman para hacer mas exacta la reproducción de los testimonios propenden á hacer disminuir el número de negocios en que son oídos nuevamente los testigos.

315. Ante los tribunales criminales, se lee por el escribano (Cód. de instr., art. 315) la lista de los testigos, tanto de cargo como de descargo, despues de leerse la providencia de remisión del negocio del tribunal real al tribunal criminal y del acta de acusación, y despues de cumplir ciertas formalidades previas. Los nombres, profesion y residencia de los testigos han debido notificarse veinticuatro horas antes del exámen al acusado por el procurador general ó por la parte civil, y al procurador general por el acusado. Conviene en efecto dejar á los que tienen interés en combatir tal ó tal declaración, tiempo suficiente para poder, con conocimiento de causa, presentarla como sospechosa, y á veces hasta impedir que se reciba (*ibid.*, art. 322). No obstante, la falta de notificación ó de designación precisa de los testigos, dá solamente á la parte contraria el derecho de oponerse al exámen; si los testigos respecto de los cuales no se han cumplido estas formalidades, han sido oídos sin oposición, se halla cubierta la nulidad (sent. den. de 5 de marzo de 1852 y de 3 de agosto de 1854), á diferencia de lo que se verificaba rigiendo el Código de brumario, año IV (art. 546 del Cód.). Por lo demás, cuando ha habido notificación en forma é inserción en la lista (1), no se puede rehusar el oír á un testigo (C. de instr., artículo 324), porque no hubiera sido citado anticipadamente. La citación, que no tenia otro fin que avisarle, carece de objeto en cuanto se presenta voluntariamente.

(1) Aun cuando no ha habido notificación, si se juzga útil oír al testigo, es llamado á declarar, sin prestar juramento, en virtud del poder discrecional del presidente (*ibid.*, art. 269).

¿Debe aplicarse, por identidad de motivo esta justa decision, en policia correccional? Invócase, en apoyo de la negativa, adoptada por el tribunal de casacion el 15 de abril de 1845: 1.º las disposiciones del derecho romano que quieren testigos *rogati, non fortuiti vel transeuntes* (Auth. *ad leg.*, 18, Cód. de *testib.*): 2.º el artículo 4 del título 6 de la ordenanza de 1670, concebido en estos términos: «Los testigos antes de ser oídos, presentarán la citacion que se les ha hecho para declarar:» 3.º la circunstancia de que el art. 153 del Código de instruccion, que autoriza á las partes en simple policia á traer testigos, no ha sido reproducida ni teniéndose en cuenta en policia correccional.

Parécenos preferible la opinion contraria, admitida por el tribunal de Poitiers (14 de febrero de 1867) y de Grenoble (31 de diciembre de 1847). Los textos del derecho romano que se invocan, solo pueden referirse á los actos solemnes como los testamentos; mas de ninguna manera á los procedimientos penales. El argumento sacado de la ordenanza de 1670 está refutado por el art. 324 del Código de instruccion, que prueba, que en las materias mas graves, el legislador moderno, menos estrictamente sujeto á las formas, considera la citacion como no teniendo importancia sino en cuanto no puede acusarse de rebeldía ni emplearse medios coercitivos contra los testigos no citados. Finalmente, lejos de sacar un argumento á contrario sensu del art. 153, dirémos, con el tribunal de Poitiers, que la combinacion de los arts. 153 y 324, colocados cada uno de ellos á un extremo del procedimiento criminal, autoriza á creer que el legislador no ha supuesto en el testigo que comparece voluntariamente esas disposiciones complacientes, que hubiera sido por lo demás muy fácil á la parte descubrir con una citacion.

316. El art. 321 del Código de procedimiento criminal, quiere que las citas hechas á instancia de los acusados sean á su costa, así como las dietas de los testigos de descargo. De haberse resuelto así, hubiera sido casi siempre imposible la defensa, atendida la insolencia notoria de la mayor parte de los acusados. Afortunadamente, añade el artículo, el procurador general puede hacer citar á escitacion suya, á los testigos que se le indiquen por el acusado, en los casos en que juzgue que puede ser útil su declaracion para que se descubra la verdad; y nunca se niega en la práctica el ministerio público á aplicar esta disposicion. Los acusados indigentes tienen además, segun la ley de 22 de enero de 1851 (art. 30) la facultad

de dirigirse al presidente, quien puede, aun antes del dia fijado para la audiencia, ordenar la citacion de los mismos. Esta última facultad presenta sobre todo interés en los asuntos de policia correccional, sobre los cuales guarda silencio el art. 311, y que comprende formalmente, por el contrario, el texto de la ley de 1851.

317. No se exige en manera alguna la asistencia de los testigos á las formalidades que preceden á los debates propiamente dichos, especialmente á la lectura de la providencia de remision y del acta de acusacion. Basta que respondan cuando se les nombre, y aun es de desear que no hayan tenido conocimiento de estos documentos para que lleguen á los debates con el ánimo virgen ó exento de toda impresion que pueda borrar sus recuerdos personales. Deben declarar por separado (*ibid.*, art. 317); pues así se hacen mas difíciles las colusiones fraudulentas (1), y se evita esa propension á la imitacion, tan contagiosa en los ánimos apocados, que ocasionaria con harta frecuencia una desconsoladora uniformidad en los testimonios. Así, el presidente manda á los testigos (*ibid.*, art. 316), despues de llamarlos por sus nombres, que se retiren al cuarto que les está destinado para evitar que conferencien entre sí sobre el delito y el acusado. Esta medida tan sábia no se observa en Inglaterra, sino en cuanto lo reclaman las partes. Añadamos, no obstante, que, si son útiles estas precauciones, no las prescribe menos el Código de instruccion bajo pena de nulidad (*sent. deneg.* de 7 de noviembre de 1847 y 8 de marzo de 1855). Si el testigo ha permanecido en la audiencia, á pesar de la prohibicion que se le ha hecho, el tribunal criminal es quien debe decidir, con arreglo á las circunstancias, si debe ser oído ó no, y en todos los casos, el jurado debe ser advertido del hecho. En Inglaterra se puede escluir al testigo que ha desobedecido así la orden del juez; en América se contenta la ley habitualmente con imponerle una pena (M. Greenleaf, tom. 1, página 460 y sigs.).

318. El exámen debe verificarse, en principio estando presente el acusado, puesto que en nuestro derecho es esencial la confrontacion;

(1) Sabido es que Daniel confundió la calumnia de los dos ancianos que acusaban á Susana, preguntando separadamente á cada uno de ellos el nombre del árbol, bajo el cual decian haberla sorprendido con un joven, obligándoles de esta suerte á contradecirse el uno al otro (Proph. de Daniel, cap. XII, vers. 51 y sigs.).

pero puede ser conveniente que falte el acusado momentáneamente durante ciertas declaraciones, por temor de debilidad en un testigo á cargo, ó de colusion respecto de un testigo á descargo. Puede ordenar dicho exámen el presidente segun le plazca (*ibid.*, art. 527); pero entonces no se pueden continuar los debates sino despues de haber instruido al acusado de todo lo que pasó en ausencia suya, y el defensor del acusado tiene el derecho de permanecer en la audiencia y de dirigir, si há lugar, preguntas á los testigos (sent. de casac. de 28 de enero de 1830).

319. El órden en que deben hacerse las declaraciones, se determina por el procurador general (*ibid.*, art. 317). Sin embargo, no es dudoso, que el presidente que tiene la alta direccion de los debates, no pueda modificar este órden, en virtud de su poder discrecional. Este magistrado pregunta á los testigos despues de prestar juramento (sobre lo cual volverémos á tratar en el párrafo siguiente), sus nombres, apellidos, edad, profesion, domicilio ó residencia; si conocian al acusado antes del hecho mencionado en el acta de acusacion; si son parientes consanguíneos ó afines, bien del acusado, bien de la parte civil; finalmente, si no están en servicio del uno ó del otro. Pero estas diversas interpelaciones llamadas en la práctica escocesa *in initialibus*, aunque son útiles y se observan generalmente, no se consideran en la jurisprudencia como prescritas bajo pena de nulidad. Su omision, en último resultado, no podria ser una falta grave ó una injusticia formal, puesto que el acusado y el procurador general tienen siempre la facultad de suplir lo que aparezca en la interrogacion del presidente al dirigir las preguntas al testigo. Solamente el procurador general puede interpelar directamente al testigo, y lo mismo pueden hacer los jueces y los jurados, mientras que el acusado ó su defensor, así como la parte civil, no pueden preguntarle sino por órgano de su presidente (*ibid.*, artículo 319). Esta última prescripcion no se ejecuta á la letra. El presidente se contenta por lo comun, con decir al testigo, despues que se le ha dirigido la pregunta: *Contestad á la pregunta que se os ha hecho*. El objeto que se propone el legislador no es obligar al magistrado á reproducir el interrogatorio, como hacen los mensajeros de Homero (V. especialmente el principio del segundo libro de la Iliada) con las órdenes que se les transmiten; lo cual seria tan enojoso como inútil. Todo lo que se ha querido, ha sido que se comprueben estas interpelaciones por el poder discrecional; y la espe-

riencia ha demostrado suficientemente la utilidad de esta comprobacion.

En los países en que se dirige la acusacion por el interés privado, se deja toda latitud á los abogados para interrogar á los testigos, segun mejor les parece. Esta facultad concedida á hombres hábiles y apasionados, llega á ser una arma peligrosa en sus manos. En Roma vemos que sucedia así, segun lo que nos refiere Quintiliano, y su testimonio es tanto mas precioso cuanto que los abusos que nos dá á conocer no son á sus ojos abusos, sino mas bien recursos del arte oratorio, que recomienda á los abogados: «*Maximus patronis*» dice (Inst. orat. lib. V, cap. VII), «*circa testimonia sudor est....*» «*Primum est nosse testem; nam timidus terri, stultus decipi, iracundus concitari, ambitiosus inflari, longus protrahi potest; prudens vero et constans vel tamquam inimicus et pervicax dimittendus statim vel non interrogatione, sed brevi interlocutione patroni refutandus est; aut aliquo, si continget, urbane dicto refrigerandus; aut, si quid in vitam ejus dici poterit, infamia criminum destruendus*» (1). Es necesario confesar, que semejante modo de practicar la prueba testimonial es eminentemente propia para impedir que se descubra la verdad. Encuéntrase sin embargo abandonada á la discrecion del abogado, en la práctica inglesa, y tal es el imperio de los hábitos, que un talento distinguido como el de M. Greenleaf no teme reproducir como instruccion para los abogados (tom. I, pág. 582, nota 1.^a) el pasaje de Quintiliano que acabamos de citar. Es verdad que añade á esta cita la de la doctrina escocesa sobre este punto (Ali *sous Practice of the criminal law*, pág. 546—547), mucho mas razonable y mas moderada. En Inglaterra, este libre exámen de los testigos ocasiona con frecuencia sensibles efectos. «Debo hacer observar,» dice M. Rey en su curioso trabajo sobre las instituciones judiciales de Inglaterra (2.^a edic., t. II, pág. 344), «un abuso general de parte de los abogados ingleses. Con frecuencia hacen sufrir un verdadero tormento moral á los testigos con preguntas capciosas ó inconvenien-

(1) Vemos igualmente á Ciceron, en su oracion *pro Flacco* (t. 10), quejarse de que los testigos pagados por la acusacion, no se prestan al talento de los abogados para la interrogacion: *Ubi est enim illa laus oratoris, quæ vel in accusatore antea, vel in patrono spectari solebat? Callide testem interro gavit; callide accessit; reprehendit, quo voluit adduxit; convicit et elinguem reddidit.*

tes, con chanzas inoportunas, con insinuaciones malignas y muchas veces insultantes. Los que asisten á los debates de los tribunales ingleses se sublevan á cada instante al ver la cruel posición en que se halla colocado un testigo tímido, por la licencia de los abogados sobre este punto. » Mucha mayor dignidad hay en nuestro modo de proceder, conforme por otra parte con los procedimientos de la antigua práctica. *In capitalibus*, dice Boiceau (Præfat. §. 5.º), *sæpe visum fuit accusatum, cum ei testis præsentatur post testem objectionibus elevatum et refutatam, supplicare judicem, perlecto testimonio, ut liceat ei testem interrogare.... vel petit a judice, eo præsentate, per eum interrogata fieri, ut videatur titubet testis, necne*. En el día, no obstante, no sería preciso considerar como una *súplica*, sino como el ejercicio de un derecho, la facultad conferida al acusado ó á su abogado de decir contra el testigo *todo cuanto puede ser útil á la defensa* (C. de inst., art. 319). Así, pues, se ha anulado el 18 de setiembre de 1824, una sentencia que rehusó plantear la cuestión, de si el principal testigo á cargo, en un caso de incendio, había puesto él mismo fuego á su casa. Siempre que se han puesto trabas á la defensa, há lugar á casación. Y aun cuando no se tratara de una articulación precisa contra el testigo, sino de recriminaciones producidas por el calor de la discusión, serían excusadas por el derecho de defensa, como lo ha decidido una sentencia denegatoria del 5 de marzo de 1838, relativamente á las imputaciones de *invencion* y de *falsedad* dirigidas á un testigo.

320. Se pregunta á cada testigo, despues de su declaración (*ibid.*, art. 319), si se ha referido en ella al acusado presente. Esto se llamaba en otro tiempo la *confrontacion* y tener lugar igualmente ante el juez de instrucción. Pero en el día, en que debe ponerse al testigo en relación con el acusado cuando haya lugar á los debates, es puramente facultativa la confrontacion preparatoria. El presidente pregunta en seguida al acusado si quiere responder á lo que se acaba de decir. Nuestras leyes no hablan espresamente de lo que se llamaba en otro tiempo la *afrentacion*, es decir, el acto de ponerse en relación los acusados unos con otros. Esta especie de testimonio mútuo no se usa con menos frecuencia, sea en la instrucción, sea en los debates.

El testigo que ha declarado debe, si no se ordena otra cosa, permanecer en la Sala de audiencia (*ibid.*, art. 320). Puede haber necesidad de preguntarle mas adelante nuevas noticias. El acusa-

do, ó bien el procurador general, pueden provocar, y el presidente puede ordenar este exámen, en ausencia de los testigos que han declarado despues de él. Pero los mismos motivos de decoro que hacen someter al presidente las interpelaciones del acusado á los testigos, hacen prohibir á los testigos que se interpielen unos á otros (*ibid.*, arts. 325 y 326).

Segun el derecho español, el exámen de testigos en los juicios criminales se efectúa separada y secretamente por el juez asistido del escribano del juzgado y sin la presencia de los interesados. Estas declaraciones se reciben sin citacion de la parte á quien perjudican, y en su consecuencia, sin que pueda presenciárselas ni rebatir lo que digan los testigos, ni tacharlos, ni repreguntarlos. Solamente cuando concluido el sumario se procede al plenario, por no conformarse el acusado ó el acusador ó promotor fiscal con las declaraciones del sumario, há lugar á las ratificaciones de los testigos ó segundas declaraciones, y para ello se cita á las partes á quienes perjudican para que puedan repreguntar á los testigos reconvenirlos ó replicarles sobre sus dichos, celebrándose un juicio público de pruebas y de repreguntas á presencia de las partes ó de sus defensores.

Sin embargo, en el procedimiento especial, sancionado para conocer por delito de pena correccional en el tribunal creado en Madrid para este objeto, se ha introducido el juicio público por el real decreto de 23 de junio de 1854 y reglamento de la misma fecha. Y en efecto, segun el artículo 13 de dicho reglamento, los juicios del tribunal serán siempre públicos para todas las partes y sus legítimos representantes, verificándose sin embargo á puerta cerrada aquellos juicios que lo requieran por razon del decoro público. Segun el artículo 17, la vista principiará por la relación del proceso que hace de la causa el secretario, leyéndose íntegra y literalmente las declaraciones de los testigos y diligencias y documentos mas importantes, y las de igual clase del procesado. En seguida se hará á éste por el presidente el interrogatorio que estime oportuno, con arreglo á las circunstancias del proceso. Despues se procederá al juramento y exámen ó ratificación de los testigos, empezándose por los del actor ó fiscal y haciéndoseles á todos por conducto del presidente y no en otra forma las preguntas y repreguntas que se estimen pertinentes por el tribunal. Segun previene el art. 18, los testigos antes de declarar no deben oír las declaraciones que vayan prestando los demás, á cuyo efecto el presidente tomará las precauciones convenientes: tampoco se permitirá á los testigos que rindan sus declaraciones por escrito sino verbalmente. Por último, el art. 9 dispone que á cada una de las partes se pasará anticipadamente copia de la lista de los testigos para que puedan proponer en juicio las tachas legales que les convengan.

Este sistema de verificarse el exámen de testigos separadamente y sin la asistencia de los interesados, se observa lo mismo en primera que en segunda instancia. En esta, al esponer el fiscal su dictámen, si al hacer el reo su defensa, ó al presentar la parte actora su acusación alegaren nuevos hechos y solicitaren probanzas, puede recibirse la causa á prueba, pero siempre con calidad de todos cargos, con tal que los hechos sobre que se articula ésta, sean de aquellos que sin malicia se dejaron de proponer en la primera instancia, ó que propuestos no fueron admitidos: ar-

titulos 12, 13 y 17 del decreto de 11 de setiembre de 1820. La prueba se practica por el ministro mas antiguo de la Sala, el cual recibe las declaraciones de los testigos separadamente y sin asistencia de los interesados, reduciéndolas á escrito el escribano de cámara que entiende en la causa. V. la regla 4.ª del art. 73 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

Respecto de la primera instancia, debe tambien citarse á las partes para la prueba de tachas, respecto de los testigos presentados en el plenario por la parte adversaria: regla 9, art. 51 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

El juez debe preguntar á los testigos por su nombre, apellido, edad, estado, profesion y domicilio, pregunta necesaria, cualquiera que sea la declaracion que hayan de dar; pero cuando se presenten para una prueba á instancia de parte, deben además ser interrogados: 1.º Si son parientes consaguíneos ó afines de cualquiera de las partes, y en qué grado; 2.º Si tienen interés directo ó indirecto en el asunto ó en otro semejante; 3.º Si son amigos íntimos ó enemigos de alguno de los interesados. Véase las adiciones insertas despues de los números 263 y 308.—(A. del T.)

§. II. Sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos.

SUMARIO.

- 321. Doble objeto que hay que obtener.
- 322. Conocimiento de los testigos. Antiguo uso de los *monitorios*.
- 323. Obligacion de declarar en lo criminal.
- 324. Dispensa de declarar en persona: ley de 18 praderal, año II.
- 325. Juramento. Fórmulas diversas.
- 326. Distincion de la reticencia y del falso testimonio.
- 327. Antigua práctica inglesa sobre el exámen de los testigos de descargo.
- 328. Pena del testimonio falso.
- 329. Pena del soborno de testigos.
- 330. El falso testimonio supone el juramento.
- 331. Efecto de la prueba del falso testimonio en el resultado del proceso.
- 332. Indemnizacion que se debe á los testigos.

521. Conviene desde luego que los testigos de los hechos que hay que acreditar sean conocidos, puesto que vienen á declarar en juicio.

322. En cuanto al primer punto, ya hemos hablado de los *monitorios*, advertencias que dan los curas á sus feligreses para empeñarles á dar á conocer á la autoridad lo que supieran respecto de un crimen cuyos autores fueran desconocidos. Se dice que el gobierno,

por acto de 10 de setiembre, ha restablecido (1) el uso de los *monitorios*. Una ordenanza, dada por el Ministerio de justicia á escitacion del procurador general, podria autorizar las publicaciones en las pláticas, y determinar los distritos en que debieran verificarse. Sin embargo, seria difícil que una orden, que no se apoyara ni en el concordato ni en el texto de nuestras leyes pudiera ser obligatoria respecto del obispo diocesano, como parece suponerlo el acto de 1806. No obstante, si el obispo, de acuerdo con el gobierno, autorizase las publicaciones, no se podria considerar la marcha que siguiera como teniendo nada de ilegal, como propia para comprometer, en lo que quiera que fuese, la validez de la instruccion ulterior. Pero entonces todo se reduce á un acuerdo puramente benévolo entre el poder espiritual y el poder temporal. El *monitorio* no puede ser obligatorio para la autoridad eclesiástica, como lo era en otro tiempo. Parece, á lo mas, que el auto de 1806 solo ha recibido dos aplicaciones bajo el imperio, y que en 1814 el canceller Dambrey se negó á ordenar medidas de esta naturaleza, considerándolas con razon como susceptibles de disminuir el respeto debido á los ministros de la religion (2). Desde esta época los *monitorios* han caido en desuso, y es poco probable que se piense ahora en restablecerlos. En todo caso, el acto de 1806, que no se ha insertado en el *Boletin de las leyes*, y cuyo texto original seria difícil encontrar, no podria tener fuerza en el dia, y á falta de disposiciones legales sobre este punto, la comunicacion que podria establecerse entre los dos poderes, para provocar revelaciones sobre los crímenes mas graves, tendria un carácter puramente oficioso.

325. En Atenas, los testigos, aunque fuera uso declarar por escrito aun en lo criminal, debian, si eran requeridos, declarar oralmente, bajo pena de pagar una multa de mil dracmas. Ya hemos visto que en Roma asegura Quintiniano que habia obligacion de declarar en lo criminal. (V. tambien Arcadio, l. 21, p. 1. *D. de testib.*). Entre nosotros, jamás ha sido dudoso que se pudiese obligar á los testigos á acudir á declarar en lo criminal, lo mismo que en materia civil. El Código de instruccion criminal no ha hecho mas que

(1) Este acto no se insertó en el *Boletin de las leyes*; encuéntrase su sustancia en el *Tratado de legislacion criminal* de Legraverend, cap. VII, seccion II.

(2) Véase el *Tratado de la legislacion criminal* de Legraverend en el mismo capitulo y seccion.