

reproducir la Ordenanza de 1670, castigando á los testigos que no acudian, con una multa, cuyo máximo fija en cien francos, y autorizando á emplear, si es preciso, el apremio ó la fuerza para llevarlos á la Audiencia. La ley corta aquí la cuestion sobre si la negativa de declarar debe ser equivalente á la negativa de comparecer, decidiendo espresamente por la afirmativa (Cód. de instr., artículos 353 y 80), opinion que hemos adoptado igualmente en materia civil (núm. 266). Además, si la declaracion es tan importante que haya sido necesario, por no acudir el testigo, aplazar el negocio para otra sesion, una decision cuya equidad no podría negarse, pone á su cargo todos los gastos ocasionados por su falta (*ibid.*, art. 354 y 355). Finalmente, en lo criminal lo mismo que en lo civil, la alegacion de excusas falsas se castiga con prision de seis dias á dos meses (Cód. pen., art. 256).

324. Ya hemos tenido ocasion de mencionar las posiciones que obligan por su estado á la discrecion, y las funciones ó dignidades que dispensan del testimonio oral. Existe además una ley del 18 praderal año II, que es especial respecto de las materias criminales ó correccionales, la cual ordena, para no entorpecer el servicio, que se reciban por escrito las declaraciones de los militares que fueren citados fuera del lugar de su actual residencia. No obstante, si se reconoce como indispensable el testimonio oral, se suspende la discusion del negocio, hasta que el Ministro de la Guerra (1) haya autorizado á los testigos militares para comparecer en persona. Háse preguntado no obstante, si la ley de praderal debe considerarse como una medida de circunstancias que se refiera, ya al estado revolucionario, ya al estado de guerra general que existia en esta época. Háse sostenido que se halla abrogada, tanto por el art. 317 del Código de procedimiento criminal, que quiere que los testigos declaren oralmente, cuanto por el art. 314, que no dispensa de la comparecencia personal, sino á los *Generales en jefe en actual servicio*. Convenimos en que la ley de praderal, en muchas de sus declaraciones, y especialmente cuando encarga (arts. 12 y 14) al jurado que examine si se halla ó no en estado de resolver, sin oír la declaracion oral del testigo, no está en armonía con el procedimien-

(1) La ley de 18 de praderal año II (art. 17) encargaba al *Comité de salvacion pública*, autorizar la citacion personal de los testigos: hoy el Ministro de Justicia se dirige al Ministro de la Guerra.

to actual. Seria pues, útil reformarla, pero hasta esta reforma, creemos que debe sostenerse su aplicacion en todo lo que no es contrario á las leyes posteriores, puesto que las exigencias del servicio militar no son particulares al estado de guerra general. El principio es que los testigos declaren oralmente; pero este principio era tambien constante en el derecho intermedio, bajo cuyo imperio se dió la ley de praderal. Finalmente, la mencion de los generales en el art. 311 se explica porque su declaracion, así como las de los demás altos funcionarios, se recibe en formas especiales estrañas á los demás militares. Despues de haber aplicado la ley del año II por una sentencia de casacion de 19 de frimario, año XII, el tribunal de casacion ha evitado pronunciarse sobre la cuestion, cuando se le ha sometido por segunda vez, el 14 de abril de 1813.

Fuera de estas posiciones especiales, las declaraciones no deben recibirse por escrito, sino en caso de ser imposible verificarlo oralmente. Y aun cuando la declaracion del testigo se hubiera leído ya en la Audiencia, debe ser oída, si se presenta ulteriormente (Sent. deneg. de 28 de febrero de 1557): el legislador demuestra por otra parte su desconfianza respecto de las declaraciones escritas de los testigos, no permitiendo remitirlas al jurado (C. de instr., art. 34.).

325. La sancion moral es evidentemente la misma en lo criminal que en lo civil. En cuanto á la sancion religiosa, la ley ha establecido dos clases de juramento. Ante los tribunales de simple policia y de policia correccional prestan los testigos en la Audiencia el juramento de *decir toda la verdad y nada mas que la verdad* (C. de instr., art. 153). Ante los tribunales criminales, la fórmula legal es mas complicada, puesto que cada testigo *se empeña á hablar sin odio y sin temor, á decir toda la verdad y nada mas que la verdad* (*ibid.*, art. 317). Esta estraña distincion parecia indicar que la falta de odio y temor no se exige positivamente ante las jurisdicciones inferiores, como si hubiera dos modos de decir la verdad. Vicioso en teoría este sistema, no es menos embarazoso en su aplicacion. Siendo obligatorias las fórmulas indicadas bajo pena de nulidad, una jurisprudencia mas conforme con la letra de la ley que con la razon práctica, quiere que la menor omision produzca nulidad de la declaracion de testigos. Así, por el hecho de hacer el presidente jurar al testigo tan solo *decir toda la verdad*, sin añadir *y nada mas que la verdad*, se supone que el testigo se prevalga de esta omision para mezclar en su declaracion hechos falsos. Pero las reservas casuísti-

cas que se imaginan son sobrado sutiles para que puedan pensar en ellas la mayor parte de los testigos, y las nulidades que en semejantes casos se pronuncian, no tienen casi nunca motivos formales.

326. Aunque se obligue con juramento al testigo á decir toda la verdad, no debe confundirse la simple reticencia con el testimonio falso. Así como lo ha juzgado el Tribunal de Casacion el 20 de mayo de 1808, una reticencia sencilla, cuando no vá ligada á una declaracion cuyo sentido altera, se reduce á una simple negativa de contestar (1). Por eso el Tribunal de los Pares se limitó el 1.º de junio de 1821 á condenar en cien francos de multa á un testigo que se habia negado á nombrar una persona citada en su declaracion. Por el contrario, la reticencia degenera en falso testimonio, si habiéndose imputado un crimen á otro que no era su verdadero autor, interpelado el testigo sobre el nombre del verdadero culpable á quien conoce, persiste en guardar silencio, segun la doctrina consignada igualmente por el Tribunal de Casacion el 1.º de setiembre de 1814 y el 17 de marzo de 1827. Finalmente, no puede obligarse al testigo á responder, si se trata de un hecho, que en caso de acreditarse, le haria cómplice del acusado. El juramento á que estaba obligado el testigo, á diferencia del acusado, constituiria una especie de tormento moral (Burdeos 6 de junio de 1811).

327. Antiguamente se daba gran importancia al juramento de los testigos. Así vemos que la jurisprudencia inglesa, despues de haber rehusado á los acusados, en materia capital, la facultad de hacer oír á los testigos, estableció esta estraña distincion, que los testigos oídos en su favor, no debian prestar juramento, mientras que los testigos de cargo debian prestarlo. Esta práctica viciosa fué abolida por diversos estatutos de Guillermo III y de la reina Ana. Como recuerdo de esta doctrina (Story, *on the Constitution*, §. 1786), la Constitucion de los Estados Unidos (Amend., art. 6), asegura generalmente al acusado el derecho de hacer oír en su favor verdaderos testigos, es decir, testigos juramentados.

328. La sancion penal de la veracidad de los testigos ha sido siempre mas rigurosa en lo criminal que en lo civil. Entre los juicios, incontestablemente, la pena del Talion (Deuteronomio, capitu-

(1) Juana de Arco declaró una vez á un juez que decia lo que sabia, y nada mas que lo que sabia (M. Vallon, *Juana de Arco*, tom. II, página 12).

lo XIX, vers. 21), y probablemente en Roma la de ser precipitado de lo alto de la Roca Tarpeya, no se aplicaba sino respectó del testigo falso en materia penal (núm. 273). En el primer estado del derecho romano variaba la penalidad segun las circunstancias, reservándose la pena de muerte para las declaraciones falsas que venian en apoyo de una acusacion capital (l. 1, §. 1, *D. ad leg. Corn. de Sicar*). La ley Sálica y los Capitulares castigaban con la pérdida de la mano al testigo falso que no podia pagar la composicion á que era condenado (*perdat manum aut redimat*). Los establecimientos de S. Luis (art. 70) no imponian mas que multa arbitraria. Pero la severidad de las leyes romanas fué reproducida y aun superada por las ordenanzas que, á contar del siglo XVI, impusieron hasta la pena de muerte contra todo testimonio falso (núm. 273). No obstante, en lo criminal, lo mismo que en lo civil, se mitigó esta severidad por la jurisprudencia, restringiéndose la aplicacion de la pena de muerte al caso de que se hubiese dado el testimonio contra el acusado, y de que pudiera ocasionar acusacion esta pena. (Muyart de Vouglans, *Leyes criminales*, part. I, lib. III, tit. 3, §. 2.)

No dejando las leyes modernas al juez la misma latitud para la eleccion de las penas, han debido establecer diversos grados de represion, segun la gravedad del testimonio falso. Este cargo se cumplió de un modo muy imperfecto por la legislacion penal de 1791, segun la cual, el falso testimonio en lo criminal se castigaba con veinte años de cadena en los casos ordinarios; y de muerte si habia intervenido condena de muerte contra el acusado (1) (Cód. de 1791, part. II, tit. II, secc. II, art. 48). El Código de 1791 guardaba silencio sobre el falso testimonio en materia correccional ó de policia. En su consecuencia, se aplicaba á este falso testimonio (cas. 7 de enero de 1808) la pena de seis años de prision pronunciada en materia civil (Cód. de 1791, *ibid.*, art. 48). El Código penal de 1810 ha previsto por primera vez de un modo especial el falso testimonio en materia de policia simple ó correccional, castigándolo por otra parte con la pena de reclusion, como el que se hubiera cometido en materia civil (arts. 362 y 363). Esta disposicion

(1) La legislacion revolucionaria fué mas adelante todavía. El procedimiento de la época, hacia eminentemente peligroso el falso testimonio, la ley de 5 lluvioso, año II, lo castigaba con pena de muerte, en materia capital, y pronunciaba la misma pena contra los testigos de descargo, si se trataba de *crimenes revolucionarios*.

era demasiado severa respecto de las simples contravenciones: hoy el art. 362 del Código penal reformado en 1832, se limita, en materia de simple policía á imponer la degradacion civil y una prision de un año á lo menos y cinco á lo mas. El falso testimonio en materia criminal es castigado con trabajos forzosos temporales (1). Si no obstante, ha sido condenado el acusado á una pena mayor, el testigo que declaró contra él, sufre la misma pena (*ibid.*, art. 361). Así, exigense dos condiciones para que se verifique la agravacion: 1.º Que haya habido efectivamente condena. Aquí no se castiga como el homicidio mismo, la tentativa de homicidio moral; se está á la pena ordinaria (2). 2.º Que haya tenido lugar el falso testimonio contra el acusado. No hay agravacion de pena para la declaracion falsa que tuviera por objeto prevenir, y no ocasionar una condenacion á las penas mas graves. Esta distincion deberia generalizarse, pues acaso, ¿debe confundirse á quien, movido por el afecto ó por un sentimiento de humanidad mal entendido, quiera hacer escapar el culpable á la pena, con el que emplea para perder á su enemigo el arma mas vil y mas pérvida, la de la calumnia.? Si las necesidades de la represion social no quieren que la primera quede impune, la conciencia pública no puede colocarla en la misma línea que la última, tan profundamente despreciable. La distincion que ha rechazado tan generalmente nuestro Código (*ibid.*, art. 361 y 362) ha sido autorizada por el art. 370 del Código sardo, por el art. 1412 del Código prusiano y por el art. 169 del Código del Brasil.

329. La conducta del testigo falso llega á ser mas vil aun, cuando se ha comprado su declaracion falsa. En otro tiempo, las ordenanzas y las sentencias eran muy severas respecto del soborno de testigos. Cítase una sentencia del Parlamento de París del 7 de fe-

(1) Segun las palabras de una sentencia de casacion, dada en favor de la ley, el 25 de agosto de 1854, hay falso testimonio en materia criminal, aun cuando, á consecuencia del curso de los debates, solo se haya pronunciado una pena correccional: la acriminacion del testigo falso puede agravarse por el resultado del proceso, pero no si depende necesariamente de este resultado, puesto que sobreviviria á la acumulacion misma de los debates (sent. deneg. de 20 de junio de 1856).

(2) En el caso de absolucion, es decir, si se hubiera reconocido que el hecho falsamente imputado no estaba previsto por la ley penal, no habria lugar á acriminar el falso testimonio que hubiera sido legalmente inofensivo. Por eso no alcanza ninguna penalidad al que hubiera tratado de causar un envenenamiento, empleando contra su voluntad substancias no venenosas (C. pen., art. 301).

brero de 1755, que condenó al sobornante y al sobornado (1) á ser quebrantados vivos; es verdad que se trataba de una acusacion de asesinato. Segun la legislacion actual, debe distinguirse en cuanto al testigo si recibió dinero ó una recompensa ó promesas, si se trata de materias de policía ó de materias criminales. En la primera hipótesis, esta circunstancia hace subir un grado la penalidad, bien sea en materia de simple policía, en la que la ley impone en este caso, la reclusion, bien en materia de policía correccional, en que impone trabajos forzosos temporales (*ibid.*, art. 364). En lo criminal, al contrario, se ha juzgado bastante rigurosa la pena ordinaria, para que no fuera necesario agravarla. En cuanto al soborno de testigos, el Código de 1810 desplegaba contra esta infraccion una severidad exagerada, que escedia los límites de la represion, ya sobrado severa, establecida para el falso testimonio. Bajo el imperio de este Código, se agravaba siempre en un grado la penalidad contra el sobornante; así, el sobornante era castigado con pena de muerte, aunque la acusacion no pidiera mas que la pena de trabajos forzosos perpétuos. Hízose observar en 1832, que no era exacto declarar en principio al sobornante mas culpable que al testigo falso; que un padre, por ejemplo, podia ganar testigos para salvar á su hijo. Así es que se adoptó entonces una doctrina á la vez mas exacta y mas moderada, tratando al sobornante solo como cómplice de testimonio falso, y haciéndole en su consecuencia, sufrir la misma pena (nuevo art. 365) como se decidia, en el silencio de la ley, bajo el imperio de la legislacion intermedia. Pero no puede haber complicidad en esto, sino en cuanto se cometió ó intentó cometer el delito principal (Cód. pen., art. 60). Es, pues, preciso que haya por lo menos un principio de declaracion para que pueda perseguirse al sobornante (sent. de 22 de julio de 1843); y esto es lo que decidió ya el tribunal de casacion, aun bajo el imperio del Código de 1810, que castigaba mas severamente el soborno (sent. de cas. de 18 de febrero de 1813). Sin embargo, la absolucion de la instancia del acusado de falso testimonio, no impide que el sobornante pueda ser castigado, puesto que la absolucion de la instancia no destruye la materialidad del hecho, porque puede fundarse en consideraciones personales al principal acusado (cas. 27 de junio

(1) Un segundo testigo igualmente sobornado, pero que habia revelado el soborno, obtuvo, por favor especial, que no se le ahorcara.

de 1846; cas. de 3 de julio de 1851). Observemos, finalmente, que el soborno impropriadamente dicho, que consistia tan solo en comprar el silencio del testigo, no estando previsto por la ley penal, solo daria lugar á reparaciones ó indemnizaciones civiles.

350. Recibiendo en cierto modo por el juramento, tanto el testigo, como el perito y el jurado, la investidura de la funcion que le confiere la sociedad, se considera al testigo falso como perjuro, en el último estado del derecho romano (Zen. l. 49, Cód. *De testib.*) y tambien se castiga por la ley comun (1) en Inglaterra el falso testimonio á título de perjuro (Blackstone, lib. IV, cap. X, núm. 46.). No hay duda que entre nosotros no se prevee el juramento falso como tal por la ley penal (C. pen., art. 366), sino en cuanto lo ha prestado la parte misma en materia civil. Pero siguiendo una doctrina constante, el falso testimonio no era penable sino en cuanto tenia lugar la declaracion bajo la fé del juramento (2). Y no obstante, en nuestro sistema de legislacion, que no admite pruebas legales, puede muy bien una simple declaracion ocasionar una condena, aun la capital. En el derecho antiguo pensaban ciertos autores que convenia aplicar, en este caso, una pena menos grave. Seria de desear, en bien de la justicia, que se modificase la legislacion en este sentido. Pero no há lugar á volverse contra la jurisprudencia (sent. deneg. de 31 de enero de 1859) que no considera merecedoras de la calificacion de falso testimonio las declaraciones, aun juramentadas recibidas por el juez de instruccion, no siendo estas declaraciones mas que preparatorias y pudiendo modificarse siempre en la Audiencia.

351. La prueba de falso testimonio puede influir, ya en la instruccion ó sumario, ya en la condena misma. Si despues de los debates apareciese falsa la declaracion de un testigo, deberá éste ser arrestado al punto, y puede ordenarse de oficio el aplazamiento del negocio para otra sesion (C. de instr., art. 350.). Recuérdese que uno de los principales argumentos que se invocan en favor del procedimiento civil, es la facilidad que dá para conservar las huellas

(1) La pena de perjuro ha variado en la legislacion inglesa, desde la de muerte á la de prision y multa (Blackstone, *loc. cit.*).

(2) Si se hubiese prestado juramento, aunque no deberá prestarse por un incapáz que hubiese disimulado su cualidad para engañar á la justicia, seria aplicable la pena de falso testimonio (sent. den. de 25 de junio de 1843.).

de las declaraciones que se arguyen de falsedad. Los autores del Código de instruccion criminal (*ibid.*, art. 318), de acuerdo sobre este punto con la legislacion intermedia, han tenido en cuenta esta observacion. El presidente, bien sea espontáneamente, bien á escitacion del procurador de la república ó del acusado, hace que lleve nota el escribano de las adiciones, alteraciones ó variaciones que pueden existir entre la declaracion de un testigo y sus precedentes declaraciones.

Finalmente, aun despues de la condena, cuando se han decretado mandatos de arresto contra los testigos de cargo (1), se suspende la ejecucion. Si se condena á los testigos, el tribunal de casacion, en vista de las dos sentencias, despues de haberse asegurado bien de la identidad de los hechos que ocasionaron la primer condena y que despues fueron reconocidos como falsos, anula la primer sentencia, y remite ante un nuevo tribunal criminal, para que se proceda contra el acusado, subsistiendo el acta de acusacion (*ibid.*, artículo 443.). Sin embargo, no es posible la revision en esta hipótesis, como en la de que se alegase que el número de los condenados es superior al de los autores del hecho, sino en cuanto existe todavía el condenado para el cual se solicita la revision. El Código de instruccion criminal (art. 442) no admite la posibilidad de aliviar la memoria del condenado, sino en uno solo de los tres casos de revision, el en que hay suficientes indicios sobre la existencia de la persona cuya muerte supuesta ha dado lugar á la condena (artículo 444). La comision del cuerpo legislativo habia propuesto autorizar en todos los casos la revision despues de la muerte del condenado; pero el Consejo de Estado no quiso admitir esto sino en el caso en que hay prueba material del error del juez. En las otras hipótesis, y especialmente, cuando ha habido condena de testigos á cargo, son necesarios nuevos debates para llegar al conocimiento de la verdad. Y ¿cómo podria proceder el jurado á un debate esencialmente oral segun el espíritu de nuestras leyes, sin estar presente el primer interesado? Con motivo de una peticion de los herederos de Lesurques, la Asamblea legislativa examinó esta cuestion en

(1) El Tribunal de Grenoble el 18 de julio de 1855, admitió igualmente la accion civil contra el testigo falso de cargo, no obstante la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal. Volverémos á tratar de estas delicadas cuestiones al hablar de la cosa juzgada.

1851, habiéndose inutilizado los proyectos para introducir innovaciones, á consecuencia de un informe de M. de Parieu (Monitor del 5 de junio de 1851) que tenia por objeto reclamar «el sostenimiento de una legislación que despues de más de cuarenta años de existencia, no era atacada en definitiva, sino con ocasion de una sentencia anterior á su promulgacion, y cuyas pretendidas imperfecciones, referentes á las condiciones mismas del problema que habia que resolver, no podrian quedar borradas sino haciendo nacer á su alrededor otros inconvenientes, por lo menos tan graves.»

Si nos atenemos al texto del Código de instruccion que habla constantemente de *crimen* y de tribunal *criminal* (art. 443-445), la revision, en la hipótesis del testimonio falso, como en las otras dos hipótesis, no tiene lugar sino en el caso de condena, ya que no á una pena aflictiva ó infamante, por lo menos á una pena correccional impuesta por crimen (N. cas., 20 de enero de 1851.). Separándose de la letra de la ley, se llega lógicamente á aplicar la vía extraordinaria de la revision á condenas de simple policia, lo cual es inadmisibile. Pero las condenas correccionales pueden tener una gravedad que toca de muy cerca á la de las condenas criminales propiamente dichas. Esta consideracion de equidad ha hecho sensacion al tribunal regulador, tan poco dispuesto sin embargo á desviarse del texto en materia penal, y por sentencia de 10 de mayo de 1850 ha estendido el beneficio de la revision á las materias correccionales. En el sistema contrario no tendria otro recurso el condenado que pedir indulto ó gracia, si bien aquí la gracia solo podria ser justicia.

332. Los testigos tienen derecho á una indemnizacion en lo criminal, lo mismo que en lo civil (*Tarifa criminal*, tit. I, cap. III). Pero háse preguntado muchas veces lo que deberia hacerse si no pudiera revelar el testigo la verdad, sin ocasionarse á sí mismo un perjuicio considerable, mucho mayor que el que prevé la tarifa (1). Por ejemplo, las noticias que está llamado á dar sobre los hechos que se niegan son de tal naturaleza que divulgan un pro-

(1) En cuanto al perjuicio, por otra parte muy grave, que causaria al testigo la necesidad de acusarse él mismo para no faltar á la verdad, no es posible indemnizacion alguna, y ya hemos reconocido que en este caso (núm. 336) el testigo está en el derecho de abstenerse.

cedimiento, que el testigo tiene un inmenso interés en que no se sepa. Algunos han creido que entonces debia estar dispensado de testificar; pero esto es hacer que predomine el interés particular sobre el interés general. Solamente seria equitativo que se le concediera una justa indemnizacion, puesto que hay en esto una especie de expropiacion por causa de utilidad pública. No obstante, este cargo que deberia soportar el tesoro público, si la revelacion fuera en el sentido de la acusacion, no se podria en la hipótesis inversa imponer al acusado que tuviere derecho á la absolucion, y en su consecuencia, no podria ser legalmente obligado á pagar en cierto modo su rescate. Entonces seria preciso referirse á su reconocimiento hácia la persona que hubiera debido sacrificar su interés al de la justicia.

Por derecho español, es regla general, que toda persona, de cualquiera clase, fuero y condicion que sea, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal, está obligada á comparecer ante el juez que conozca de ella, luego que sea citada por éste, sin necesidad de previo permiso del jefe ó superior respectivo, y lo mismo está prevenido respecto de cualquiera persona del fuero comun que tenga que declarar ante un juez militar ó eclesiástico, debiendo en tales casos prestarse el testimonio, no por certificacion ó informe, sino por declaracion bajo juramento en forma: ley de 11 de setiembre de 1811, art. 2.º y 3.º Sin embargo, estas reglas tienen varias escepciones. Sin trasladar aquí las ya espuestas en la adiccion inserta á continuacion del número 274 de esta obra, y limitándonos á las referentes á la clase militar de que trata aquí M. Bonnier, advertiremos, que cuando hayan de declarar los militares, cualquiera que sea su clase ó graduacion, es necesario que los juzgados ó tribunales den aviso á los jefes de los cuerpos ó comandantes de que aquellos dependan, para que dispongan su presentacion en el día y hora que hubiesen señalado: real orden de 3 de febrero de 1857. Asimismo, cuando los que hayan de declarar son militares graduados de comandantes, ó con empleo efectivo de tales, ó superiores á éstos, deben concurrir para declarar con el juez á la Sala primera de la audiencia respectiva, en horas en que se halle disuelto el tribunal, ó á las casas consistoriales en los pueblos en que no hubiere audiencia: reales órdenes de 12 de octubre de 1839 y de 22 de febrero de 1845.

Asimismo, se hallan esceptuados de presentarse á declarar personalmente ante el juez, y de prestar sus declaraciones verbalmente los comisarios y demás empleados de vigilancia pública y los jefes de division de los caminos de hierro, pues el juez debe cometer á la autoridad respectiva de la residencia de aquellos, para que ante ella presten sus declaraciones, á no ser en casos graves y escepcionales; y cuando dichos jefes tengan que suministrar antecedentes ó datos facultativos ó emitir su opinion en asuntos relativos á su cargo, puede escusarse su comparecencia en los tribunales, bastando que suministren aquellos datos ó que espongan su dictámen por medio de certificacion ó informe segun los casos: reales órdenes de 4, 6 y 8 de setiembre de 1860.

El testigo que se negare á comparecer para declarar judicialmente, puede ser apremiado á ello por el juez con multa, embargo de bienes y aun arresto: ley 1.^a, tít. 2.^o, lib. 11, Nov. Recop.

Respecto á la fórmula del juramento que debe tomarse á los testigos, y á que se refiere M. Bonnier en el número 325, en España se consigna del modo siguiente. La fórmula comun de los católicos seglares es esta: ¿Jurais á Dios y á esta señal de la cruz decir verdad en cuanto supiereis y fuéreis preguntado? á lo que contesta el testigo: sí juro, y el juez añade: si así lo hiciéreis, Dios os lo premie, y si no, os lo demande; «y á esto replica el testigo: amen ó así sea.» Los eclesiásticos juran *in verbo sacerdotis* por las sagradas órdenes que han recibido y segun su estado, poniendo la mano derecha sobre el pecho, y en las causas criminales protestando además por que no se imponga por su declaracion pena de sangre. Los arzobispos y obispos juran como los anteriores, pero teniendo delante los Santos Evangelios. Los caballeros de las órdenes militares juran por Dios y por la cruz de su hábito que llevan al pecho, tocándola al mismo tiempo con la mano derecha. Los militares juran poniendo la mano derecha sobre la cruz de su espada. Los judíos, moros y demás sectarios hacen juramento por la divinidad pagana ó fingida en quien creen. (V. las leyes 24, tít. 16 y 20, 21 y 24, tít. II, Part. 3.). Además, aunque no lo previene la ley, suele advertirse á los testigos la obligacion que tienen de decir verdad y las penas en que incurrén los que dan falso testimonio, con arreglo á los artículos 241 al 249 del Código penal que las enumeran, y donde pueden verse las diferencias que hay entre esta penalidad y la que impone el Código penal francés y que espone M. Bonnier en el número 228 y siguientes.

Respecto á la indemnizacion que se debe á los testigos, de que trata M. Bonnier en el núm. 332, ya hemos dicho que se la concede tambien nuestro derecho (V. la adición inscrita á continuacion del núm. 274.).— (A. del T.)

§. 3. Exclusion de ciertos testimonios.

SUMARIO.

- 333. Derecho romano, y antiguo derecho francés.
- 334. Tachas que autoriza el Código de instruccion.
- 335. ¿Qué debe decirse respecto de los parientes consanguíneos y afines de la parte civil?
- 336. ¿Qué de la parte civil?
- 337. ¿Qué del coacusado?
- 338. Exámen sin juramento en virtud de poder discrecional.
- 339. Exclusion por diferencia de religion y de color.
- 340. Condenaciones penales. Menores de quince años.

333. Raras en lo civil, las exclusiones de la facultad de testificar, estaban bastante multiplicadas en Roma en lo criminal (1)

(1) En Inglaterra los casos en que hay exclusion de testimonio *incom-*

(V. en el Digesto el título de *testibus*). *Quidam propter reverentiam personarum*, dice Calistrato (l. 5, §. 5, D. de *testib.*), *quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vite suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem*. Así debia ser en un país en que se dejaba á los particulares el derecho de intentar las acusaciones. Llegando á ser los testimonios armas en manos de las partes, puesto que las declaraciones se ponian en juego por las pasiones, en vez de analizarse á sangre fria, importaba á lo menos impedir que estas armas fueran mortales. En los países, al contrario, como el nuestro, en que prevalece el sistema *inquisitorial*, en el sentido favorable de la palabra, donde la persecucion se dirige por la autoridad pública, y no por las pasiones privadas, se puede ser sóbrio de exclusiones sin peligro. Los testigos no reciben ya anticipadamente las instrucciones del acusador ó del acusado. ¿Quién se atreveria hoy á dar, respecto á éste, el consejo que dá Quintiliano á los abogados de su tiempo (*Inst. orat.*, libro V, cap. XII): *Multum domi ante versandi, variis percontationibus explorandi?* Las restricciones que podrian ser útiles, cuando los testigos solo eran instrumentos en manos de las partes, no serian ya mas que trabas peligrosas en un sistema en que son libres y espontáneas las declaraciones. Por otra parte, como dice Bentham, los testigos en este sistema son los ojos y los oídos de la justicia; no se comprenderia, pues, que se quisiera cerrar estos ojos y estos oídos.

Así, nuestra antigua jurisprudencia, que admitia el sistema inquisitorial, ha sido más amplia para admitir testigos en materia criminal, que en materia civil. «El peligro de dejar impunes los crímenes que turban el orden de la sociedad,» dice Merlin (*Repert. v.º TEMORIS JUDICIAIRE, F. I, art. 7*), «ha parecido á los tribunales supremos mayor y mas temible que el de esponer á algunos testigos al perjurio.» Así, mientras que la ordenanza de 1667 prohibia, como hemos visto, oír á los consanguíneos ó afines hasta el octavo grado inclusive, la de 1670 guardaba completo silencio sobre las

petency of witnesses, son igualmente muy numerosos (Philips, *on the law of evidence*, lib. I, part. I, cap. II y sigs.). Pero la legislación actual propende á hacer estas exclusiones menos frecuentes. Así es que una acta del Parlamento de 27 de junio de 1828, hizo cesar la incapacidad de declarar por causa de infamia, en cuanto á los condenados por simples delitos (*misdeameours*).

relaciones de consanguinidad ó afinidad. «Los consanguíneos y afines de las partes, dice Pothier (*Proc. crim. secc. 2, art. 3, §. 1*), pueden ser testigos en materia criminal, puesto que la ordenanza de 1670, tit. 6, art. 3, dice indistintamente: *toda clase de personas, etc.* Por lo demás, se deja á la prudencia del juez el tener en cuenta el parentesco del testigo, al apreciar su declaracion.» No hay duda que se podia tachar á los testigos en las informaciones lo mismo que en el exámen; pero se ha observado generalmente la antigua máxima que nos cita Loysel (*Instil. coutum., titulo de las Pruebas, §. 17.*). En lo criminal las tachas dependen del arbitrio de los jueces. Solamente en caso de parentesco de consanguinidad ó afinidad muy próximo se permitia que no declarase el testigo (Merlin Loc. cit.). En la línea colateral, se esceptuaban únicamente los hermanos ó hermanas. Y aun podia oirse á las personas mas próximas cuando compelia al juez á ello la fuerza de las cosas, es decir, cuando eran testigos necesarios. Por eso, un fallo del Parlamento de Burdeos, de 26 de febrero de 1628, confirmó una sentencia que mandaba que un particular á quien se acusaba de haber arrojado a su mujer en un pozo, estando sacando agua, fuese aplicado al tormento, aun cuando solo declarasen contra él dos de sus hijos. Véase, pues, que eran raras en la antigua jurisprudencia las incapacidades absolutas. Sin embargo, cuando habia contra los testigos algun motivo de sospecha, dejaban de ser estos testigos clásicos, *omni exceptioni majores*, cuya declaracion conteste, cuando eran en número de dos á lo menos, producía el convencimiento del juez. Las personas sospechosas no podian dar mas que simples noticias, y no un testimonio propiamente dicho, distincion mucho mas formal entonces que lo es en el dia.

334. El Código de instruccion criminal fiel á los procedimientos de esta jurisprudencia no pronuncia igualmente ninguna exclusion absoluta de la facultad de testificar. Solamente permite (art. 322) al acusado, al procurador general y á la parte civil, que se opongán al exámen:

1.º Del padre, de la madre, del abuelo, de la abuela, ó de todo otro ascendiente del acusado, ó de uno de los acusados presentes y sometidos al mismo debate.

2.º De los hijos, hijas, nietos, nietas, ó de cualquier otro descendiente.

3.º De los hermanos y hermanas.

4.º De los afines en los mismos grados.

5.º Del marido ó de la mujer (1).

6.º De los denunciadores cuya denuncia es recompensada por la ley.

Los denunciadores que no tienen esta recompensa son tambien admitidos á declarar, pero se advierte al jurado (2), su cualidad de denunciadores (*ibid* art. 323). Por lo demás, dificilmente se hallan hoy ejemplos (3) de denunciadores que sean recompensados pecuniariamente. Puede citarse la ley de 4 de germinal año II, que remite ó perdona la multa y la confiscacion al que denuncia la prevaricacion de un comisionado de aduanas. Y como solo se trata de un delito en esta ley y en otras que contienen disposiciones semejantes, solo en casos escepcionales, por ejemplo, cuando se haya planteado una cuestion subsidiaria por el presidente, era cuando podia aplicarse esta disposicion por un tribunal criminal. Es bastante notable, que la jurisprudencia inglesa, que en lo criminal, lo mismo que en lo civil, desecha *a priori* los testigos que tienen interés en la causa, admite la declaracion de los denunciadores recompensados pecuniariamente (Mr. Greenleaf, tom. I, pág. 535), fundándose en el motivo de que la recompensa se ha establecido por la autoridad para facilitar la averiguacion de los crímenes y en que no se alcanzaria el objeto propuesto si no se permitiera oír al denunciador.

A falta de oposicion, ya del ministerio público, ya del acusado, el presidente, y en caso de controversia, el tribunal criminal, pueden desechar de oficio las declaraciones que segun los términos del artículo 322, *no puedan ser recibidas* (Sent. de neg. de 30 de marzo de 1856.).

335. Las causas de tachas formuladas por la ley no pueden entenderse, de donde se deduce la consecuencia, que pueden declarar los consanguíneos y afines de la parte civil. Si eran desecha-

(1) Es punto controvertido entre los jurisconsultos ingleses (*M. Greenleaf*, tom. I, pág. 445), el saber si la mujer puede, aun con el consentimiento de su marido declarar contra él. Pero es admitida *de plano* á hacerlo, si se queja de violencia ó de ultrajes personales.

(2) Esta advertencia, no obstante, no se prescribe bajo pena de nulidad (sent. den. de 16 de abril y 24 de diciembre de 1849).

(3) En los asignados se hallaba escrito que la nacion recompensaba al denunciador. Nada hay en el dia parecido á esto respecto de los billetes falsos de banco ó á la moneda falsa.

dos en el antiguo derecho, era solamente bajo el punto de vista de la accion de la parte civil. «Cuando se trata, dice Jousse (*Justicia criminal*, Part. III, lib. I, tít. III, núm. 417), de un crimen que se persigue, tanto á instancia de la parte civil, como de la parte pública, no deben tener consideracion los jueces á la declaracion de los testigos consanguíneos ó afines de la parte civil, en lo concerniente á indemnizacion de daños y perjuicios, y debe seguirse respecto á esto, lo que se observa en materia civil; pero en cuanto á la pena pública, nada impide que se tenga consideracion á la declaracion de estos mismos testigos. En efecto, en el asunto del señor de Langlade, condenado á galeras en 1688, por robo con fractura, se oyó como testigo á la hermana y á la cuñada del conde de Montgommery, parte civil.» En el dia en que no existe prohibicion alguna en la ley, estos consanguíneos y afines deben ser oidos sin ninguna restriccion (sent. deneg. de 8 de agosto de 1851). Si se interroga á los testigos sobre sus relaciones con la parte civil (*ibid.*, art. 317) no es para poner obstáculo al exámen de los parientes consanguíneos ó de los afines ó servidores, sino únicamente para advertir al jurado de su cualidad.

336. Pero ¿puede hacerse declarar á la parte civil misma, á título de testigo, es decir, con prestacion de juramento (1), porque no haya duda en el dia (núm. 338) que toda persona (C. de instr., art. 269) puede ser oida, en virtud del poder discrecional, á título de simple declaracion? La negativa, admitida en la época en que la parte civil no era otra cosa que un acusador, solo ha prevalecido, bajo el punto de vista del interés civil, cuando se han proseguido los procesos criminales por el ministerio público. Segun Jousse (*ibid.*, núm. 416) la declaracion de la parte civil no puede hacer que se le concedan daños é intereses, mas la prueba, aunque fundada en parte en esta declaracion, puede ser suficiente bajo el punto de vista de la accion pública. En el derecho moderno, varía la juris-

(1) El Código bávaro (art. 282) autoriza sobre este punto una distincion bastante estraña. El testimonio de la parte perjudicada hace plena fé sobre el hecho mismo del delito, y de ningun modo en lo relativo á la persona del agente (V. tambien las distinciones que hace M. Mittermaier, cap. 42). La jurisprudencia inglesa (M. Greenleaf, tom. I, págs. 478, 479 y 536 y 537) admite en el dia á la parte perjudicada; pero esto se refiere á los principios particulares de la ley inglesa sobre la influencia de lo criminal en lo civil, como veremos al tratar de esta materia.

prudencia. Segun las sentencias denegatorias de 10 de febrero de 1833 y de 10 de marzo de 1843, seria contrario á las reglas mas comunes del derecho, á los principios de la moral y de la sana razon, que acudiese una parte civil, bajo la fé del juramento, á declarar en su propia causa. Por otra parte, una exclusion absoluta estaria en oposicion con el principio fundamental del derecho moderno, segun el cual, la parte civil movida por un interés puramente pecuniario, solo hace un papel accesorio en los procesos criminales: por esto el artículo 322 no habla mas que de los consanguíneos y afines del *acusado*. Por lo mismo, el tribunal de casacion asimiló definitivamente con la parte civil al denunciador cuya denuncia es recompensada, y autorizó en su consecuencia, su exámen á título de testigo (1), si no hay oposicion por parte del acusado ó del ministerio público (sent. deneg. de 18 de noviembre de 1844 y de 12 de noviembre de 1846 y de 28 de marzo de 1852).

Pero la declaracion del querellante que no se ha mostrado aun parte civil, hecha prestando juramento, no debe desecharse aun cuando se muestre ulteriormente parte civil (C. de instr. crim., artículo 67); solamente, conviene advertir al jurado de este cambio de posicion del testigo (sent. deneg. de 3 de mayo de 1854.)

337. Háse preguntado, á la inversa, si el que ha confesado su propia culpabilidad puede ser oido como testigo contra aquellos á quienes declara cómplices. Prohibíase en Roma, conforme á una sentencia de Antonino, dar tormento para hacer que declarara los crímenes de otro al que se encontraba en semejante posicion: *Is qui de se confessus est, dice Modestino, in caput aliorum non torquetur*. Y al reproducir esta prescripcion Arcadio y Honorio hacen notar que el acusado puede, haciendo declaraciones falsas, esperar su gracia, ó querer arrastrar á su enemigo á su pérdida. *Veniam sperans, aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandus* (l. 17, *Cod. de accus.*) Pero una cosa es la prohibicion de dar tormento al acusado, otra es escluir absolutamente su testimonio. Por derecho comun aleman, la declaracion, aun imperfectamente concorde de dos coacusados, no puede llevar consigo condena; esto se comprende en el sistema de los testigos clásicos, puesto que los acusados no prestan juramento. Pero esta prescripcion, de

(1) En el sistema de las acusaciones privadas, decia Pomponio con razon (l. 10 D. *de testib.*). *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*.

que se ha separado el derecho comun inglés, no es admisible de un modo absoluto (1). No hay duda que deberán tenerse por sospechosas semejantes declaraciones, y decir con Papiniano, en las legislaciones que guardan silencio, como la nuestra, sobre este punto: *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium.* Pero puede haber circunstancias en que tenga gran fuerza el testimonio de un coacusado, si es de buenos antecedentes, si no tiene enemistad alguna contra aquel á quien denuncia, y si las circunstancias de la causa vienen en apoyo de la denuncia.

558. El número de las exclusiones facultativas es ya poco considerable, si se compara con el de las tachas que hemos enumerado en materia civil. Pero la jurisprudencia vá aun mas adelante autorizando, en virtud del poder discrecional, el exámen de toda clase de personas, aun de los parientes mas próximos (V. especialmente la sent. deneg. de 22 de mayo de 1846, 16 de diciembre y 22 de noviembre de 1855) que por otra parte han podido incontestablemente ser oídos en la instruccion escrita. Esta decision se apoya en el art. 269 del Código de instruccion que permite al presidente hacer oír á toda clase de personas cuya declaracion parezca poder dar luz sobre los hechos controvertidos, añadiendo, que los testigos así llamados no prestarán juramento, y que sus declaraciones no se considerarán sino como noticias. La primer parte de este artículo no hace distincion alguna, y autoriza, en virtud del poder discrecional, para investigar la verdad por todos los medios posibles. La segunda parte, descartando la prestacion del juramento, traza una línea de demarcacion sensible entre las declaraciones hechas de esta suerte y los testimonios propiamente dichos, que rechaza el artículo 322. Táchase á esta jurisprudencia de introducir entre los testimonios propiamente dichos y las simples noticias una distincion sutil, que no tiene objeto hoy que es permitido condenar con arreglo á toda clase de documentos; pero no es verdad que las personas llamadas así por el presidente se hallen en la misma disposicion que los testigos ordinarios. En primer lugar, ni el espíritu ni la letra de la ley les obliga á declarar. Las disposiciones contra los testigos re-

(1) En la práctica inglesa, el juez advierte simplemente á los jurados que no condenen por la simple declaracion de un cómplice (Philipps, parte I, cap. IV, n. 2); advertencia tanto mas necesaria, cuanto que los cómplices se hallan empeñados por la esperanza del perdon á hacer declaraciones contra sus coacusados.

fractarios no podrian alcanzar al hijo que se negase á testificar contra su padre, ni á la mujer que rehusara testificar contra su marido. Además, lo que reconcilia hasta cierto punto la jurisprudencia con la moral, es que no estando las simples noticias garantizadas por la fé del juramento, no constituyen un testimonio propiamente dicho, y en su consecuencia las declaraciones falsas en semejantes circunstancias no podrian atraer contra sí las penas impuestas al falso testimonio (1) (núm. 550). Con estas sábias restricciones, nos parece que la interpretacion que se dá en la práctica al art. 269, no tiene nada que no sea conforme á nuestro sistema de instruccion, que consiste en averiguar á toda costa la verdad. No se debe exigir la declaracion de los próximos parientes, pero puede ser necesario dirigirse á ellos para conocer los hechos. El sistema contrario llevaria á la impunidad de todo crimen cometido por un padre en la persona de uno de sus hijos en presencia solamente de la madre, de un hermano ó de una hermana.

Pero la represion de los delitos no afecta al interés social en el mismo grado que la de los crímenes. Así, no se ha concedido el poder discrecional ni al juez de simple policia, ni aun al presidente del tribunal de policia correccional (Cas. de 4 de noviembre de 1848; sent. de 8 de marzo de 1855). En su consecuencia, los parientes del acusado (Cód. de instr., art. 156) que pudieran hacer simples declaraciones ante el tribunal criminal, están completamente excluidos ante las demás jurisdicciones, cuando se opone una de las partes á su exámen. Lo mismo sucede con mucha mas razon, respecto de la parte civil, que hace un papel mucho mas importante en materia de policia que en materia criminal.

559. La diferencia de religion era en otro tiempo un motivo de exclusion. Sabida es la constitucion de Justiniano (l. 21, Cód. de testibus), que rechaza completamente el testimonio de los herejes ó de los judíos en las causas concernientes á los ortodoxos. Es de lamentar que se encuentren semejantes restricciones en el Código de procedimiento de Austria (§. 207, 4.º), que permite desechár al judío que declara á favor de un judío contra un cristiano, y en la ordenanza criminal de Prusia (art. 357, núm. 8) que de-

(1) El Código penal de Nápoles (art. 195) ha entrado en la via razonable que hemos señalado mas arriba (núm. 330), castigando con la pena del grado inferior el falso testimonio no juramentado.