

clara á los judíos testigos imperfectos desde que el delito merece una pena superior á cincuenta thalers de multa ó á una prision de seis semanas.

No es menos deplorable la incapacidad de testificar afecta á la diferencia de color en los Estados con esclavos de la Union americana. Segun el Código negro de la Carolina del Sur (M. Eliseo Reclus, *Revista de Ambos Mundos*, tomo 50, página 874), los negros libres no pueden servir de testigos si no es contra los esclavos ú hombres de su casta, y aun entonces sin la formalidad de juramento, demasiado noble para mancharse al pasar por sus labios.

340. En cuanto á la infamia que resulta de una condena, se remonta á la ley Julia, que no permitia oír al que habia sido *judicio publico damnatus* (Callistr. l. 3, §. 4, Dig. de testib.). En el dia se admite á título de noticias, es decir, sin prestacion de juramento, el testimonio de una persona que ha incurrido en degradacion civil, ó bien á quien una sentencia de policia correccional ha privado especialmente del derecho de declarar en juicio. Pero el legislador no ha reproducido aquí la regla que quiere que el juez de instruccion oiga á los menores de edad inferior á quince años, solo por forma de declaracion y sin prestar juramento (*ibid.*, art. 79). No obstante, el tribunal de casacion habia juzgado en pleno acerca de las conclusiones conformes de Merlin, el 5 de diciembre de 1812, que era aplicable el artículo 79, tanto á los debates como á la informacion previa, y que, segun los términos de este artículo, no debia tener lugar la prestacion de juramento. Esta doctrina, autorizada mas recientemente por una sentencia de casacion del 9 de junio de 1831, se ha abandonado en el dia por el tribunal (sent. deneg. de 25 de abril de 1834, 8 de marzo de 1838, 30 de julio de 1847 y 6 de setiembre de 1854) que deja al presidente la facultad de exigir el juramento ó de dispensar de él segun las circunstancias (1). Echamos de menos su primer jurisprudencia, á la vez menos arbitraria y mas conforme con el espíritu del legislador que no ha querido sujetar al juramento las declaraciones aun simplemente preparatorias de los impúberes. ¿Se dirigirá contra ellos una acusacion de falso testimonio? ¿Es difícil admitir esta consecuencia, so-

(1) Véase sobre este punto el §. 621 de la Ordenanza de Baden sobre el procedimiento civil ya citado (núm. 286); segun el art. 248 de la ley de procedimiento penal napolitana, los menores de 14 años deben ser oídos sin prestar juramento.

bre todo cuando dependiera del presidente ponerles ó no bajo esta penalidad. Lo indudable es, que aun ante las jurisdicciones de policia, en que no existe el poder discrecional del presidente, puede ser oído el menor de 15 años sin prestar el juramento (sent. de 2 de marzo de 1855).

Finalmente deben asimilarse á los menores de 15 años las personas cuyo entendimiento se halla bastante alterado para que no sea conveniente hacerles prestar juramento, pero que, no obstante, han asistido á los hechos litigiosos, y pueden dar noticias útiles (V. página 357, not. 1.).

Segun el Derecho español, no puede ser testigo: 1.º Por falta de probidad, el conocido por de mala fama, á no ser para testificar en los delitos de traicion; el que hubiera dicho falso testimonio, ó falseado carta, sello ó moneda del Gobierno; el que faltase á la verdad en su testimonio por precio ó recompensa recibida; el convicto de envenenamiento ó cómplice de aborto voluntario, el homicida alevoso; el amancebado; el forzador ó raptor y el incestuoso; el traidor, tahir ó persona de mala vida; la muger que anduviere fingiendo ser varon; el hombre muy pobre y vil; el de otra religion en causa contra cristiano, á no ser por delito de traicion; el apóstata, la muger prostituta (ley 8, tit. 16, Partida 3.ª). 2.º No puede ser testigo por falta de conocimiento, el demente ó mentecato ó el que de cualquier modo esté destituido de juicio (ley 8 cit.). 3.º Por falta de imparcialidad, el preso mientras permanece en prision; el que tuviere grande enemistad contra el acusado (leyes 8, 10 y 22, tit. 16, Partida 3.ª); el moro, judío ó herege contra los cristianos; el cómplice contra el reo principal, por temor de que culpara á un inocente, bien por venganza, ó por dilatar la causa ó por mezclar en ella á persona poderosa con la esperanza de mejorar el éxito de la misma. Debe tenerse presente respecto del cómplice, de que trata M. Bonnier en el núm. 337, que es doctrina corriente, que cuando en sus indagatorias haya confesado su criminalidad, sin excusas de ninguna especie que se dirijan á su esculpacion, debe ser creído en lo que declare relativamente á los demás encausados, porque si negando se cree con fundamento que la culpa que atribuye á los demás procesados tiene por objeto librarse de la responsabilidad que sobre él puede recaer, cuando se culpa á sí mismo, no debe sospecharse que proceda con malicia.

Respecto de los parientes de que trata M. Bonnier en el núm. 334, disponen nuestras leyes, que no pueden ser apremiados á deponer unos contra otros los ascendientes y descendientes; los parientes dentro del cuarto grado; el yerno y el suegro; el entenado y el padrastro; mas si alguno de ellos se presentare á declarar, puede hacerlo sin obstáculo.

Acerca del menor de que trata M. Bonnier en el núm. 340, por nuestro derecho se requiere para ser testigo en causa criminal, que haya cumplido 20 años; pero no obstante ser menor de esta edad, se admite cuando es necesario por no haber otros testigos presenciales, ó cuando se juzga conveniente, pues su testimonio sirve de gran presuncion, como dice la ley 9, tit. 16, Partida 6.

En cuanto á la parte civil, creemos fundada la doctrina que espone M. Bonnier en el núm. 336. Nuestra ley de Partida (20, tit. 16, Part. 3.^ª) esceptuaba de la prohibicion que imponia al abogado para ser testigo en el pleito que hubiera comenzado á defender por la misma razon que espone M. Bonnier, respecto de la parte civil, á saber, que «lo pidiese por testigo la parte contra quien razonase.»—(A. del T.)

§. 4. Apreciacion de los testimonios.

SUMARIO.

341. Admision en otro tiempo en lo criminal, de dos reglas antiguas sobre el testimonio.

342. Abrogacion de la regla: *Testis unus, testis nullus*.

343. La segunda regla igualmente en vigor hasta 1789.

344. Importancia de la declaracion oral de los testigos.

341. Las dos reglas tan arbitrarias de la exclusion del testigo único y la fuerza invencible que se atribuye á dos testimonios conformes y no sospechosos, eran admitidos en lo criminal lo mismo que en lo civil.

342. La primera de estas dos reglas ha ocasionado algunas veces resultados muy singulares. Así, Bentham, nos refiere (*Pruebas judiciales*, lib. VII, cap. XIV) segun las memorias del tiempo (1), que un estatuto de Guillermo III (stat. 7 y 8, cap. 5) que exige en los delitos de alta traicion la declaracion de dos testigos, fué utilizado por grandes personajes, que mantenian correspondencia con el rey desterrado, pero sin correr peligro alguno, porque tenian cuidado de servirse de un solo *emisario* (2). Sin embargo, considerado este estatuto como una proteccion contra el peligro de las acusaciones politicas, se ha conservado en Inglaterra y se ha reproducido por el artículo 5 (sec. 2, núm. 3) de la Constitucion de los Estados Unidos, concebida en estos términos: *No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses*. Entre

(1) Los juriconsultos ingleses no están de acuerdo sobre si existia esta regla en todo tiempo en el *common law*, ó si se introdujo por un estatuto de Eduardo XVI.

(2) Macaulay, en su Historia de Guillermo III, refiere una curiosa discusion de la Cámara de los comunes en 1696, en que los *Tories* presentan como un principio de moral y de religion, la necesidad de que concurren dos testigos, y en que los *wigs* refutan enérgicamente esta doctrina.

nosotros se concluyó por restringir á los crímenes merecedores de pena capital el principio de la exclusion de un testigo único. Este principio, consagrado aun en el dia en Austria por el Código de procedimiento penal de 1835 (1), §. 269, tiene en su favor la autoridad de Montesquieu (2) (*Espiritu de las leyes*, lib. XII, capítulo III): «Las leyes que hacen perecer á un hombre por la declaracion de un solo testigo, son fatales á la libertad. La razon exige dos, porque un testigo que afirma y un acusado que niega, hacen empate y se necesita un tercero para dirimir la discordia.» Pero es fácil responder á este raciocinio. Si el testigo que afirma es un hombre digno de toda confianza, y es preciso suponerlo para que pueda estarse á su testimonio, ¿puede ponerse en balanza con su declaracion la denegacion interesada del acusado? Montesquieu tendria razon si se tratase del conflicto de dos testigos, el uno de cargo y el otro de descargo; porque entonces habria en efecto una discordia que dirimir; pero no puede considerarse al acusado como valiendo él solo por un testigo de descargo. Este gran escritor necesitaba sin duda, al atenerse á este principio restrictivo, mantener ciertas garantias contra el rigor tan exagerado de la jurisprudencia criminal de su tiempo, cuyos deplorables errores son demasiado célebres. Por lo demás, ya hemos observado que la máxima *Testis unus, testis nullus*, no era en la práctica tan favorable al acusado como se podria creer. Si la declaracion del testigo único fuese fortificada con algun adminículo, podia dar ocasion al tormento, obteniéndose así por un medio tan atroz como facticio, el suplemento de prueba necesario para ocasionar la condena.

En vista del art. 242 del Código de instruccion, no es posible ya dudar, que nuestro derecho criminal haya separado todas estas reglas arbitrarias para atenerse á la íntima conviccion. Solamente se habian suscitado dudas en materia de caza por razon del art. 41 de la ley del 50 de abril de 1790, que permitia suplir el proceso

(1) En Italia el Código de Parma y de Plasencia (art. 2302) es el único que reproducia la regla: *Testis unus, testis nullus*.

(2) Véase en el mismo sentido á d'Aguesseau, carta 108. Montesquieu reproduce sin duda, sin saberlo, el raciocinio del antiguo criminalista Soto (Mascardo, concl. 858, núm. 4.). Esta teoría ha tenido tambien por defensor á Filangieri (*Scienza della legislazione*, lib. 3, cap. 15), cuya opinion está hoy abandonada por la doctrina italiana.

verbal de los guardas de campo con la declaracion de dos testigos (1).

Pero el tribunal de casacion habia decidido con razon, y especialmente por sentencia de 7 de febrero de 1833, que no era preciso ver en este artículo mas que un vestigio de las antiguas ideas, el cual no habia podido sobrevivir al procedimiento criminal. En el dia no puede suscitarse dificultad alguna, puesto que la legislacion actual sobre caza autoriza de un modo general la prueba *por testigos* (ley de 3 de mayo de 1814, art. 21).

543. En cuanto á la segunda regla, mucho mas exagerada que la primera, no debe creerse, como se ha sostenido algunas veces, que cayó en desuso en el último estado de nuestra antigua jurisprudencia. En la víspera misma de la revolucion francesa recibió esta doctrina deplorable la sancion mas ostensible. En 1786 se combatió fuertemente con motivo de un proceso escandaloso á una memoria de Dupaty (autor de las Cartas sobre Italia), conocida con el nombre de *Memoria para tres hombres condenados á muerte*, contra los abusos de la marcha seguida entonces en lo criminal, y especialmente contra la máxima que la declaracion conteste de dos testigos debe ocasionar la condena. Esta memoria que el público recibió con gran favor, escitó la indignacion de la magistratura. El abogado general Seguier pidió su supresion ante el parlamento de París. Léese en su requisitoria (V. la requisitoria así como la Memoria de Dupaty en el *Foro francés* (coleccion de Clair y de Clapier, 4.ª série, tomo III): «La declaracion de dos testigos no es una presuncion, es una prueba, y si la rechazo, todos los ciudadanos confiados á mi custodia estarán espuestos á ser degollados impunemente. Este es, pues, el caso decir *con la ley de las Doce Tablas: Salus populi suprema lex esto* (2). La declaracion de dos testigos conformes, tachados indebidamente, debe considerarse como una prueba completa, segun todas las leyes divinas y humanas. Sin embargo, está en la naturaleza de las cosas que se hayan en-

(1) Todavía se procedió mejor en Roma. Cuando parecia que el testigo no presentaba garantías suficientes, era puesto en tormento: «Si ea rei conditio sit, dice Arcadio (l. 21, §. 2, D. de testibus), ubi arenarium testum vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est.»

(2) La erudicion del abogado general, está aquí al nivel de su doctrina. Nada prueba que este adagio vulgar se formulase en la ley de las Doce Tablas.

«gañado dos testigos intachables, y hayan engañado á los jueces; el magistrado mas íntegro puede ser sorprendido, pero no pierde nada de su dignidad, cuando se ha conformado á la voluntad de la ley, regla única de sus fallos.» Estas estrañas doctrinas fueron autorizadas por el Parlamento como verdaderos artículos de fé, y la memoria de Dupaty esperiméntó la misma suerte que muchos escritos religiosos del último siglo. Por sentencia del 11 de febrero de 1786, se mandó que fuese rasgada y quemada en el patio de palacio, al pié de la escalera principal por el ejecutor de la alta justicia como «injurioso á los magistrados, y propenso á desnaturalizar los mas sagrados principios, destructor de toda confianza en la legislacion y en la magistratura, etc.» Se vé que la asamblea constituyente se fijaba en abusos todavía en pleno vigor, cuando proclamaba el principio de la íntima conviccion, en su instruccion de 1791 sobre el procedimiento criminal; instruccion reproducida casi literalmente en este punto por el art. 942 del Código que rige actualmente la materia. En el dia, si consagran aun ciertas legislaciones la exclusion de un testigo único (1) por lo menos, la máxima que daba una fé absoluta al dicho de dos testigos se abandonó universalmente. Sabido es, que Napoleon, despues de la conquista de las provincias rinianas, en que estaban en vigor las dos máximas, las condenó á ambas, diciendo; «Así, pues, un hombre honrado no podrá hacer condenar con su testimonio á un bribon, mientras que dos bribones podrán hacer condenar á un hombre honrado;»

544. Por lo mismo que la apreciacion de los testimonios no está sometida á reglas técnicas, sino que es enteramente moral, conviene que se presenten las declaraciones bajo la forma mas verdadera, es decir, que se verifiquen oralmente (C. de instr. art. 317). Así, no se puede leer en los debates, antes de la declaracion oral de un testigo, su declaracion escrita en la instruccion (2) (Cas. 7 de abril de 1836). Despues de la declaracion oral, por el contrario,

(1) Los mas recientes que han llegado á nuestro conocimiento son el estatuto del *Connecticut*, revisado en 1849 (tit. 6, §. 159) que exige dos testigos para producir conviccion cuando la acusacion es de tal naturaleza que envuelva la pena de muerte, y el Código de procedimiento penal de Austria de 1853 (§. 269) que espresa la misma exigencia de un modo general.

(2) Este principio se ha establecido bajo pena de nulidad por el artículo 251 del Código de procedimiento penal de Napoles.

se ha admitido siempre que podía leerse la declaración escrita para consignar las variaciones del testigo (Cód. de bruns. año IV, artículo 366; Cód. de instr., art. 317). Esta escepcion no es ya la única en el día. Independientemente de las personas á quienes sus funciones ó sus dignidades dispensan del testimonio oral, la jurisprudencia admite á título de noticias, en virtud del poder discrecional, la lectura de la declaración de un testigo no presente á los debates; semejante lectura estaba prohibida rigiendo el Código de brumario año IV que, esceptuado el caso en que hubiera lugar á hacer resaltar las variaciones de los testigos, prohibía de un modo absoluto (art. 365) leer á los jurados ninguna declaración escrita de los testigos no presentes en el auditorio. De que el Código de instruccion criminal no haya reproducido esta prohibicion absoluta se puede deducir, que ha lugar á aplicar, por identidad de razon, en el debate contradictorio, lo que dice el artículo 477 de la instruccion por contumacia. «Si por alguna causa cualquiera que sea, no pueden presentarse testigos en los debates, se leerán sus declaraciones en la audiencia.» Es preciso, pues, contentarse con las declaraciones escritas, cuando es imposible obtener declaraciones orales, y seria poco puesto en razon desechar un testimonio, porque hubiera muerto el testigo despues de haber declarado ante el juez instructor, como se efectuaba rigiendo el Código de brumario. Pero la jurisprudencia actual incurre en el extremo opuesto, cuando permite sustituir declaraciones orales á las declaraciones escritas, en el caso en que no haya sido citado ó no haya comparecido el testigo (sent. deneg. de 23 de agosto y 14 de setiembre de 1826; 9 de febrero y 16 de junio de 1843, y 18 de setiembre de 1852). Entonces ó es esencial la declaración, y en tal caso, debe reiterarse oralmente, no pudiendo entrar en balanza la importancia de los gastos que ocasiona la remision del negocio á otra sesion con el interés de la justicia, ó la declaración solo tiene un valor secundario, y entonces debe pasarse adelante. «Las declaraciones escritas,» dice combatiendo esta jurisprudencia M. Faustin Helié (*Revisita de legislacion*, t. XVII, pág. 368), «no ofrecen las garantías que las declaraciones orales. Han sido recogidas para servir de elemento á la acusacion y no á la sentencia; son redactadas por el juez, á veces por un escribano poco inteligente, y no por el testigo mismo; espresan la substancia y el sentido de la declaración, pero no sus palabras y su texto; finalmente, son recibidas

en el gabinete del juez, sin debates, sin contradiccion, sin publicidad. ¿Cómo asegurarse de que son la expresion del testigo? ¿Puede la declaración escrita hacer constar esas vacilaciones, esas largas reticencias, las sugerencias que se emplean para obtener la declaración del testigo? ¿Puede pintar su turbacion, su emocion, su acento? Solo puede dar un análisis seco y rápido de la declaración, ¿si es incompleta ó ambigua, dónde podrá buscarse su complemento? Y además, aunque fuera esta declaración clara y terminante, ¿quién puede saber si la hubiera sostenido el testigo en medio de los debates; si no hubiese vacilado en presencia del ministerio público ó del acusado, si, turbado por la magestad de la audiencia, hubiera perseverado en una declaración irreflexiva? Finalmente, la falsa declaración hecha ante el juez de instruccion, no tiene sancion, no tiene pena alguna; solo cuando se repite en los debates, se puede incurrir en las penas de testimonio falso; no tiene pues las mismas prendas de sinceridad.» Pero es preciso reconocer con el mismo criminalista (*Instr. crim.* tom. V, §. 609), que el principio implicitamente contenido en los textos de la ley, se encuentra confiado por la indecision de estos textos á la sabiduría del presidente y que no se puede inducir de su violacion la nulidad del procedimiento.

Como quiera que sea, está prohibido remitir al jurado, cuando se retira á la sala para deliberar, las declaraciones escritas de los testigos (Cód. de instr. art. 341). Y esto debe entenderse, no solamente de las declaraciones hechas ante el juez de instruccion, que no figuran en los elementos del debate definitivo, sino tambien de las declaraciones de los testigos no presentes leídas en la audiencia en virtud del poder discrecional. Si se remitieran estas declaraciones al jurado, como serian las únicas que tendria á la vista, podrian tener una influencia demasiado directa sobre su determinacion, y hacer prevalecer, contra el espíritu de la ley, los documentos escritos sobre los testimonios orales.

Segun nuestras antiguas leyes de Partida, que rigen en la actualidad, las reglas que deben tenerse presentes para la apreciacion de la prueba de testigos en materia criminal, son las siguientes: 1.ª Dos testigos mayores de toda escepcion (esto es, que concuerden en la persona, hecho ó caso, tiempo y lugar y demás circunstancias esenciales del delito), que no tengan ninguna de las tachas ó defectos legales que hemos reseñado en las adiciones anteriores (v. la inserta despues del núm. 340) y que espresen

el motivo ó fundamento por el cual saben lo que esponen ó aseguran, forman una prueba plena y completa (v. las leyes 16 y 32, tit. 16, Part. 3.^a). 2.^a Un sólo testigo no es suficiente en ningun caso para producir la evidencia legal (ley 32 citada), ni se produce cuando siendo dos ó mas de dos *testigos singulares*, esto es, que declaran cada uno acerca de un hecho diferente y no están acordes y conformes en él y sus circunstancias; pues como dice la ley 12, tit. 14, Part. 3.^a (cuya disposicion debe tenerse muy presente en esta delicadísima materia de la apreciación de la prueba en materia criminal), es preciso para producir la evidencia legal, que las pruebas en las causas criminales sean claras como la luz en que *non venga ninguna dubda*. Véase la nota inserta al final del núm. 52 de esta obra, y la adición que sigue al núm. 298.

Respecto á las advertencias que hace M. Bonnier, sobre el procedimiento ó juicio por jurados, creemos inútil advertir, que no tienen aplicación entre nosotros, puesto que en España no se ha establecido esta institución para ninguna clase de delitos ni instancias, conociendo en todo género de delitos y en toda clase de instancias jueces letrados.—(A. del T.)

SEGUNDO MEDIO DE PRUEBA ORAL.

DECLARACION DEL DEMANDADO.—CONFESION ESPRESA Ó TÁCITA.

SUMARIO.

345. Confesion. Sus diversas formas.

345. La declaracion del hombre sobre los hechos litigiosos, que emanan ordinariamente de terceros estraños al proceso, puede ser obra de las mismas partes. Reservamos para la tercera parte de este libro los casos bastante raros en que hace fé en juicio la declaracion del demandante; y vamos á tratar aquí de la prueba llamada por los antiguos autores la prueba por escelencia (1) *probatio*

(1) Es un juego de palabras reproducir, al contrario, como hacen Zachariæ y sus anotadores MM. Ambry y Rau (§. 749 y nota 22 sobre este §.), la opinion de los autores antiguos, segun los cuales, no es la confesion una prueba, puesto que dispensa de toda prueba á la persona en cuyo favor interviene. *Potius ab onere probandi relevationem quam probationem* (Mascard. prelim. quæst. 7). En primer lugar, esta fuerza absoluta de la confesion no existe en materia criminal, ni aun en todos los casos, en materia civil. Y aun cuando existe, la confesion es siempre una prueba en el sentido lato de la palabra, puesto que es un medio de llegar al conocimiento de la verdad. Los primeros traductores italianos de nuestro tratado, llaman tambien á la confesion *probatio impropria*, considerando al juez que la recibe como estableciendo *de presentí*, y no de *præterito*, por razon de la fuerza invencible de la confesion. Pero esta fuerza invencible

probatisima, de la confesion, es decir, del testimonio del demandado mismo, reconociendo contra su propio interés la verdad de los hechos alegados por el adversario.

La confesion puede ser espresa; y esta es la confesion propiamente dicha; puede ser tácita y resultar de ciertas circunstancias determinadas. La negativa de prestar ó de rehusar el juramento decisorio es la mas notable de estas circunstancias (1).

PRIMERA ESPECIE DE CONFESION.

Confesion espresa, ó confesion propiamente dicha.

SUMARIO.

246. Division.

346. Principiarémos segun nuestra costumbre, examinando cuál es la fuerza de la confesion, y despues nos ocuparémos del procedimiento por el que se trata de obtenerla.

SECCION PRIMERA.

FUERZA DE LA CONFESION.

SUMARIO.

347. Qué declaraciones constituyen la confesion.

348. La confesion tiene mas fuerza en lo civil.

347. La confesion es la declaracion por la que una persona reconoce por verdadero un hecho propio para producir contra ella consecuencias jurídicas. Debe versar sobre el hecho, y no sobre el derecho; así es, que la declaracion por la que se reconociese que se halla sometida la controversia á las disposiciones de tal ó cual ley estrañera, no constituiria una confesion, y no seria en nada

puede existir en otros medios de prueba, aun en la prueba testimonial, si la cualidad y la inteligencia de los testigos son superiores á toda sospecha. Seria singular, despues de todo, que dejara de ser practicable una prueba porque produjera una conviccion mas completa para el juez.

(1) Véase, respecto al derecho español, la adición inserta á continuación del núm. 361 (N. del T.)

obligatoria para el juez. Aun cuando versara sobre el hecho, no toda especie de declaracion es una confesion; para esto es necesario que haya habido intencion formal de reconocer la verdad de las declaraciones de la parte contraria; y no podria hallarse este carácter en simples alegaciones en apoyo de los fundamentos en que se apoya la demanda ó la defensa; ni con mayor razon, en simples cartas escritas durante la instruccion (sent. de 7 de noviembre de 1827).

348. En toda clase de materias tiene la confesion una gran importancia; pero esta importancia es mayor aun en lo civil que en lo criminal (1). Cuando no se trata mas que de cuestiones pecuniarias, la confesion tiene en general una fuerza absoluta, lo cual es tanto peor para la persona capaz que reconociera á sabiendas una deuda que no es cierta; pues la sociedad no debe proteger los intereses privados que juzgan apropósito sacrificarse por sí mismos. Al contrario, ante las jurisdicciones criminales, la fé de la confesion no es tan completa, pues no basta que consienta un acusado en que se le condene para que sea legítima su condena; sino que es preciso que su culpabilidad sea por otra parte verosímil. Aquí se aplican los principios que hemos sentado sobre el diferente espíritu que dirige la prueba en materia civil y en materia criminal (número 99) (2).

PRIMERA DIVISION.

Fuerza de la confesion en materia civil.

SUMARIO.

349. Distincion de la confesion judicial y de la confesion extrajudicial.

349. La confesion de que podemos prevalernos contra nuestro adversario, es segun la letra del artículo 1354, del Código Napoleón judicial ó extrajudicial. La ley se ha referido especialmente á la confesion judicial, ya porque se halla consignada siempre en debida forma, ya porque las circunstancias en que interviene no per-

(1) Los ingleses llaman á la confesion *admission* en materia civil, y *confesion* en materia criminal.

(2) Véase respecto del derecho español, la adiccion inserta á continuacion del núm. 36.—(N. del T.)

miten que se la considere como hecha ligeramente y sin reflexion. Vamos á examinar los principios establecidos por el Código respecto de esta primera especie de confesion, y despues veremos hasta qué punto son aplicables estos principios á la confesion extrajudicial (1).

§. I. Confesion judicial.

SUMARIO.

- 350. Carácter de la confesion judicial.
- 351. Capacidad que se requiere para la confesion.
- 352. Casos en que la confesion no hace fé.
- 353. Condiciones de la validez de la confesion.
- 354. ¿Se requiere la aceptacion de la parte contraria?
- 355. ¿Cómo debe explicarse la prohibicion de retractar la confesion por error de derecho?
- 356. Indivisibilidad de la confesion judicial.

350. La confesion judicial se define (art. 1356, *ibid.*): la declaracion que hace en juicio la parte ó su apoderado especial. Mas para que sea judicial la confesion, es necesario que se verifique en el curso de la instancia actual; pues la confesion hecha en otra instancia debe considerarse como extrajudicial (2). Lo mismo seria, y con mas razon, respecto de una confesion que se hiciera ante la autoridad administrativa (Sent. deneg. de 9 de enero de 1859.).

351. Para que haga fé la confesion, debe emanar de una parte capaz de disponer sus cosas, puesto que de ella puede resultar una verdadera enagenacion. Así la confesion de un menor no obliga á éste, á menos que verse sobre un delito ó sobre un cuasi delito (*ibid.*, art. 1310). Lo mismo debe decirse de la confesion de una mujer casada que no tiene autorizacion competente. Sin embargo, la autorizacion de responder en juicio, envuelve la de responder en una comparecencia personal ó en un interrogatorio sobre hechos y artículos (sent. deneg. de 22 de abril de 1828). Pues

(1) Véase respecto del derecho español, la adiccion inserta á continuacion del núm. 361.

(2) La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Nápoles (*trad. siciliana de este tratado*, pág. 212, nota) considera como judicial la confesion que interviene en una demanda.

si existiera una incapacidad de dar ó de recibir entre las partes, por ejemplo, si un padre hubiera hecho una confesion en un proceso con un hijo natural, el juez seria quien deberia examinar si es formal la confesion, ó bien si implica una liberalidad disfrazada. Este era el sentido en que decian los antiguos intérpretes: *Qui non potest donare, non potest confiteri*. Por el mismo motivo, no puede tener lugar la confesion en detrimento de terceros que adquirieron un derecho sobre el objeto de la controversia; así, la confesion del vendedor, no podria perjudicar al comprador, ni la del quebrado á sus acreedores, al menos cuando es posterior á la quiebra.

Otra consecuencia del principio, sobre que confesar equivale á veces á enagenar es, que está prohibida la confesion, así como la enagenacion á un mandatario que no se halla especialmente autorizado al efecto (*ibid.*, art. 1998). Sin embargo, la confesion hecha sin poder, puede comprometer al mandante. No hay duda que cuando mi mandatario fuese un simple particular que no tuviera carácter público, la confesion que hubiera hecho en mi nombre sin estar autorizado á ello, seria radicalmente nula por esceder los límites de su mandato (*ibid.*). Pero cuando estoy representado por un oficial público procurador *ad lites*, por un procurador ó por un escribano, se consideran sus actos como actos míos propios, y me obligan á lo menos hasta prueba en contrario. Si quiero desvirtuarlos, estoy obligado á seguir un procedimiento particular, el establecido para el caso de no reconocerlos (C. de proced., art. 352 y siguientes), lo cual seria completamente inútil con relacion á un mandatario comun. En cuanto al abogado, no siendo el representante inmediato de la parte, no la compromete directamente con las confesiones que se le escapan; así es constante, que no habria lugar al caso de no reconocer la confesion así hecha respecto de un abogado. Sin embargo, si el procurador no retracta la confesion hecha por el abogado, se considera apropiársela, y entonces la parte perjudicada está autorizada para desmentir, no al procurador, sino solamente al que confesó (sent. deneg. de 8 de diciembre de 1829 y de 15 de abril de 1838).

352. La confesion hace plena fé contra aquel que la hizo (C. Napoleon, art. 1356). Pero esta proposicion no es verdadera sino en cuanto no se litiga de intereses de orden superior. Por eso, el Código de procedimiento (art. 830) decide, respecto de la sepa-

racion de bienes, que la confesion del marido no hace prueba. Esta decision se aplica con mas motivo á la separacion de cuerpos y á las cualidades del matrimonio. *Favor matrimonii efficit*, dice Mascardo (*de probat. prælim.*, quæst 7), *ut nulla confessio conjugum contra matrimonium publice contractum ei præjudicare possit*. Si en los casos en que requiere el interés general que el juez no providencie sino con conocimiento de causa, no es permitido atenerse á la confesion, ¿deberá dudarse en rehusarle toda fuerza, cuando se dirige á acreditar ciertos hechos cuyo reconocimiento prohibe la ley, por ejemplo, una filiacion incestuosa ó adulterina? Aprobamos pues, contra la opinion de ciertos autores, una sentencia denegatoria de 28 de junio de 1815, que rehusó reconocer una filiacion adulterina, á pesar de la confesion que emanaba de las partes interesadas hecha contradictoriamente con sus adversarios. La cuestion no es si se tiene certidumbre moral de los hechos así confesados, puesto que no se admite el reconocimiento, aunque se verifique por acta ó escritura auténtica, sino cuando estos hechos no son á los ojos de la ley de tal naturaleza que se deba rechazar su prueba, á menos que la prueba resulte de la naturaleza misma de las cosas (núm. 214), por ejemplo, la de la maternidad adulterina en caso de desconocerse al hijo. Y en efecto, ¿cómo se habia de permitir confesar una filiacion que está prohibido investigar ó reconocer? Finalmente, con mucha mas razon, seria impotente la confesion para modificar las reglas de derecho de que depende el resultado de la controversia (V. la sent. de 8 de agosto de 1808.).

353. Cualesquiera que sean los puntos sobre que verse la confesion, es claro que, para que produzca condena, debe ser terminante y completa. De otra suerte, solo produciria á lo mas un principio de prueba, que deberia completarse por otros medios de demostracion. Los juriconsultos romanos no han hecho mas que proclamar una verdad de todo tiempo, cuando han dicho (Ulp., l. 6, pr. D. *de confess.*): *Certum confessus pro judicato erit; incertum, non erit*. Además, para que haya confesion, es preciso que una parte reconozca como verdadero y como debiendo tenerse por acreditado respecto á ella, un hecho alegado por la parte contraria. Simples alegaciones ó afirmaciones en apoyo de un sistema de defensa, no podrian constituir una confesion judicial (núm. 347) aun cuando se reiterasen en un interrogatorio sobre hechos y artículos, pues á lo mas podria verse en ella un principio de prueba. Además,

los jueces de hecho tienen un poder discrecional para apreciar el carácter de la declaración según los hechos y los documentos del proceso (sent. den. de 3 de junio de 1829, de 23 de febrero de 1856 y de 5 de diciembre de 1842); y no deberá deducirse de aquí, siguiendo la doctrina de la sentencia de 3 de junio de 1829, que para tener fuerza completa la confesión, debe hacerse en cierto modo contradictoriamente, es decir, ser aceptada por la parte contraria.

534. Para sostener que no puede retractarse la confesión, aunque no haya sido aceptada por el adversario, se dice (Solon, adición al *Ensayo sobre las pruebas* de Gabriel, §. 128), que no debe confundirse con una convención la simple declaración de un hecho. Un convenio exige el concurso de dos voluntades, y en su consecuencia no puede producir efecto en favor de una persona que no está presente (Cód. Nap., art. 1121), sino en cuanto esta persona ha declarado querer aprovecharse de él. Pero la declaración de un hecho, cuando se verifica un juicio, debe presumirse verdadera, si es libre y espontánea, aun cuando el adversario no hiciera que le diesen acta de ella, pues esta circunstancia posterior parece extraña á la validez intrínseca de la confesión, validez que debería existir en el momento mismo en que tiene lugar. Aunque estas consideraciones no carecen de gravedad, la utilidad práctica ha hecho durante largo tiempo prevalecer la opinión contraria. Se ha juzgado sobrado peligroso permitir desdecirse inmediatamente de palabras proferidas á la ligera por la parte, y muchas veces por su representante, ó de expresiones de una información, que se escaparon á la inesperienza de un joven escribiente, cuando no había adquirido aun ningún derecho la parte contraria (1). Esto se hallaba tan perfectamente consignado en nuestra antigua jurisprudencia que Pothier (Oblig., número 581) define la confesión judicial, el reconocimiento que hace una parte ante el juez de un hecho sobre el que se le interroga, y de que el juez dá acta. Si los redactores del Código no han reproducido estas expresiones de Pothier, es porque no han pensado sobre este punto; pero nada indica que tuvieran intención de hacer in-

(1) Entiéndase bien, que todo lo que se exige es un concurso de voluntades; así, la aceptación puede preceder, lo mismo que seguir, á la confesión, lo que sucederá frecuentemente, cuando haya comparecencia personal, y una de las partes estreche á la otra para que se explique sobre un punto controvertido.

novación alguna en vista de una práctica constante. Por sentencia del tribunal de Colmar de 21 de abril de 1828 se ha autorizado espresamente esta decisión, poco dudosa en el foro (V. también la sent. de 13 de mayo de 1824). Pero cuando se trata de hacer valer la confesión, no como decisiva contra la parte que la articuló, sino simplemente como interrumpiendo la prescripción, hay conformidad en que no es necesaria la aceptación. Si no puede servir de base una declaración prontamente retractada para condenar al deudor, puede bastar á lo menos para hacer equívoca su liberación, y para restituir al acreedor el derecho de probar su crédito, relevándole de una caducidad rigurosa. Pothier, que nos enseña la regla, nos enseña también la excepción (*ibid.*, n.º 693), la cual ha pasado á la jurisprudencia moderna (sent. deneg. de 24 de mayo de 1832 y de 22 de agosto de 1837).

535. La confesión, que presenta cierta analogía con el pago, puede retractarse, en principio, así como puede repetirse el pago, por error, violencia ó dolo. Si el Código no dijera nada especial sobre la retractación de la confesión, se decidiría, que así como el pago puede repetirse por causa de error (*ibid.*, arts. 1255 y 1377), sin que haya lugar á distinguir entre el error de hecho y el error de derecho, según la doctrina universalmente admitida, puede retractarse la confesión cuando solo se funda en error (1). Pero el art. 1556 reproduce la proposición de Ulpiano (l. 2, D., *de confess.*), que había pasado á nuestra antigua jurisprudencia: *Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit*. «La confesión, dice el Código, no puede revocarse, á menos que se pruebe que fué consecuencia de un error de hecho. No podría revocarse bajo pretexto de un error de derecho.»

Si el legislador ha querido decir solamente con esto, que el error de derecho sobre las consecuencias de la confesión, no es de naturaleza que altere su sinceridad, no hay en su decisión nada que no sea perfectamente conforme á la razón. Así, pues, si yo confieso haber hecho actos de heredero respecto de la sucesión de un tío mío, ignorando que esta confesión me obligaba á pagar sus deudas, aun *ultra vires successionis*, procedí tal vez imprudentemente;

(1) El Código de Parma y Plasencia (art. 2296) admite la retractación de la confesión por error de derecho, cuando la parte *certat de damno vitando*.

pero, de que me sea perjudicial la verdad, no se sigue en manera alguna que no haya dicho la verdad.

Esta esplicacion nos pareció tan natural, que no pensamos en dar otra aplicacion al principio sentado por el art. 1336; pero si nos atenemos á la doctrina de Pothier, á la cual se referia el orador del Tribunado, debe seguirse mas adelante y escluir la revocacion en el caso en que la confesion misma fuera solo el resultado de un error de derecho.

«Esta distincion entre el error de derecho y el error de hecho, dice Pothier (Oblig., núm 834), aparecerá claramente con el ejemplo que sigue: Supongamos que un menor, en edad de testar, lega una suma considerable á su preceptor (1), y que el heredero nombrado conviene en que debe á este preceptor la suma que espresa el testamento. Si despues, este heredero recobra un codicilo revocando el legado, quedará destruida su confesion, á la que dió lugar la ignorancia de este codicilo, que es un error de hecho; pero si no se revocó el legado, y el heredero dice solamente que confesó por error deber la suma que espresaba el testamento, porque ignoraba entonces la ley que prohibe á los menores hacer legados á sus preceptores, siendo este error un error de derecho, no se admitirá que lo proponga el heredero, y subsistirá la prueba que resulte de su confesion.»

El motivo que dá Pothier (*ibid.*), es que es culpa suya no haberse hecho instruir de ello anticipadamente. Pero este motivo prueba demasiado, porque deberia sacarse deducciones de él contra el texto de la ley, que no hace distincion alguna, y contra la opinion universalmente recibida de que no puede repetirse el pago por error de derecho. Si es cierto que el legado hecho á una persona incapaz de recibirlo, ó bien nulo en la forma, está sujeto á repeticion, cuando no lo ha pagado el heredero sino por error de derecho, ¿cómo habia de tener mas fuerza la simple confesion que el pago efectivo? ¿No hay en esto motivo para sorprenderse, y al confesar el heredero el legado, habrá querido confesar otra cosa mas que la existencia del testamento, sin pensar en su validez legal? Pero se dirá, la misma distincion hace el Código Napoleon (art. 2032) respecto de las transacciones. A esto es fácil contestar que, segun

(1) Para aplicar este ejemplo á la legislacion moderna, seria preciso decir hoy á su tutor (C. Nap., art. 907.).

el objeto mismo de la transaccion, el que transige se reputa renunciar á suscitar toda clase de dificultades, tanto de hecho como de derecho. Comprenderiase que fuera lo mismo si no se verificara la confesion judicial sino en actos en que se aconseja la parte de un abogado ó procurador; pero ¿cómo dar el mismo efecto á la confesion hecha en un interrogatorio á que contesta el litigante sin aconsejarse de nadie? Es verdad que puede confirmarse una disposicion irregular, bien por quien la hace (1), bien por sus herederos; pero esta confirmacion exige (*ibid.*, art. 1338) condiciones especiales, á falta de las cuales no se reputa hecha con conocimiento de causa. Pues bien; ¿de qué servirian estas precauciones, si no pudiera retractarse una simple confesion, aun cuando proviniera del error mas manifesto?

Esta observacion nos conduce á una solucion ingeniosa propuesta por M. Larombiere (*Teoría de las obligaciones*, tom. 3, página 422.). Es imposible admitir que la ley se contradiga á si misma y se desdiga sobre el principio esencial que los actos confirmatorios deben hallarse exentos de todo error. En su consecuencia, seria necesario distinguir, en la práctica, si se trata de una simple confesion de un hecho ó de la confirmacion del vicio de una obligacion, confirmacion que debe ser siempre voluntaria, como lo repite el Código en muchas ocasiones (arts. 1338 y 1340). La confesion de un hecho no podrá retractarse cuando solo provenga de un error de derecho; pero se podrá retractar la confirmacion que tiene el vicio de semejante error, porque esta confirmacion dejará de ser voluntaria, á no ser que hayan manifestado las partes la intencion de transigir, lo cual haria que fuese aplicable el art. 2032. Poco importa que se haya calificado como confesion la confirmacion, pues á los tribunales corresponde restituir á un acto su verdadero carácter, y no es suficiente un pasaje de Pothier para destruir los principios mejor consignados.

Esta es tambien una de las hipótesis en que Pothier ha reproducido demasiado servilmente los principios de la legislacion romana. Pero debe observarse, en primer lugar, que en Roma no se habia sometido como entre nosotros á condiciones especiales la confirmacion de las obligaciones viciadas de nulidad. Además, se

(1) Salvo la donacion entre vivos, si es nula en la forma (*ibid.*, artículo 1339.).

admita de un modo mas lato que en el día la distincion del error de derecho y del error de hecho. Así Africano, en un texto (l. 7, D. *De confess.*), que probablemente ha servido de base á la doctrina de Pothier, enseña que la confesion de un fideicomiso no puede revocarse por error de derecho; porque, segun un rescripto de Antonino, reproducido por Paulo (l. 9, §. 3, D. *De jur. et fact. ign.*), el error de derecho no era motivo para la repeticion del pago.

336. Finalmente, la confesion (art. cit. 1336) no puede dividirse contra el que la hizo. Esta indivisibilidad es sumamente justa. Cuando me refiero á la declaracion de mi adversario, debo tomarla tal cual es, no puedo dividirla á mi arbitrio para tomar de ella solamente lo que me es favorable. De otro modo le presto un lenguaje que no ha tenido ni querido tener; porque sabido es la facilidad con que, aislando ciertas espresiones, puede darse un sentido manifiestamente contrario á la intencion del que las pronunció. La confesion puede aceptarse ó desecharse, però no es permitido desnaturalizarla. Así, aun cuando no tuviese ninguna otra prueba de mi préstamo que la confesion de la persona á cuyo favor lo hice, y ésta hubiera dicho que se habia obligado á volverme la suma en que consistia sin intereses, no se me admitiria á sostener que se habian estipulado intereses, invocando, por ejemplo, presunciones, si dicha suma no excede de 150 francos. Llámase la confesion *cualesificada*, cuando contiene el reconocimiento de un hecho bajo ciertas modificaciones. Dúdase mas, en cuanto á la indivisibilidad, cuando la confesion es *compleja*, es decir, cuando la declaracion que modifica la confesion versa sobre un hecho distinto y posterior, por ejemplo, sobre un pago que mi deudor declarase haber efectuado al mismo tiempo que reconocia la deuda. Sobre esto pudiera sostenerse con Weber, que no está prohibido separar dos declaraciones que están lejos de confundirse, puesto que la una es la confesion de un primer hecho, mientras que la otra es la alegacion de un segundo hecho enteramente favorable al que se prevale de él y refiriéndose á otra época. Sin embargo, este caso se ha confundido siempre con el anterior. Puesto que no me he procurado otras pruebas, he tenido confianza en la buena fé de mi adversario; y á esta buena fé es á la que debo referirme para todo lo concerniente á la deuda. «Cuando el depósito, dice el art. 1924, que pasa de los 150 francos no se probó por escrito, al que es demandado como depositario se le cree por su declaracion, tanto respecto del hecho

mismo del depósito, como de la cosa que se dice depositada, y respecto del hecho de su restitucion.» Esta decision debe generalizarse, habiendo tambien motivo para referirla completamente al deudor, en toda circunstancia análoga.

Però no será así, cuando el que hizo la confesion, alega, para destruir su efecto, un hecho enteramente nuevo, por ejemplo, un crédito en su favor, que se compensaria con la deuda confesada. Quiero estar á la buena fé de mi deudor, en lo concerniente á la deuda, pero jamás he tenido intencion de autorizarle á declararse acreedor mio. De otra suerte, estrechando las consecuencias del principio de la indivisibilidad, se llegaria al punto, de que si el crédito alegado por el deudor excediese el montante de su deuda, como seria imposible dividir su declaracion, la pretendida confesion concluiria por invertir las posiciones y por convertir en último análisis al acreedor en deudor, lo cual es evidentemente inadmisibile. En Roma, era posible la division en semejante hipótesis. Hé aquí, en efecto, el caso que trae Scevola (l. 26, §. 2 D. *deposit.*): «Titius »Sempronius salutem: habere me à vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem quos apud Titium deposuistis, item, quos Trophimati decem, »item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. Quæro an ex »hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad so- »lam pecuniæ causam attinet. Respondit, ex epistola, de qua quæri- »tur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem »depositorum rerum impleri posse. An autem is quoque, qui debe- »ri sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc quod »scripsit, judicem æstimaturum.» Esta doctrina se halla perfectamente espuesta por Voet, autor poco versado, sin duda, en el conocimiento histórico del derecho romano, pero que desarrolla á veces con exactitud los principios fundados en la razon que toman los modernos de esta legislacion. En su comentario sobre el título *de confessis*, núm. 5, se lee lo siguiente: «Equidem si plura sint capi- »ta confessionis separata, quorum unum haut dependet ab altero, »nihil vetat quominus divisio confessionis admitatur, et accipiatur »pars altera, altera rejiciatur; sicut unam partem sententiæ, quæ »confessionis similis, admitere potest, qui succumbit, et ei acquies- »cere, ab altera verò appellare. Sin omnia confessione comprehensa »inter se conexa, et unius quasi actus continui factum contineant, »non videtur circa eundem actum admittenda separatio, et proin-