15612

29
215

BIBLIOTECA JURIDICA

DE LA

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

TRATADO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO PENAL

TRATADO

TEÓRICO Y PRÁCTICO

DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL

Y EN DERECHO PENAL

POR

EDUARDO BONNIER,

CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE PARÍS

Traducido al castellano y adicionado con arreglo al derecho español,

POR

D. JOSÉ VICENTE Y CARAVANTES,

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

QUINTA EDICIÓN FRANCESA

REVISADA Y PUESTA AL CORRIENTE CON LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

POR

M. FERNANDO LARNAUDE,

Y SEGUNDA EDICIÓN ESPAÑOLA, ANOTADA CONFORME Á LA LEGISLACIÓN VIGENTE,

por la

Redacción de la Revista de Legislación.

TOMO PRIMERO

HIJOS DE SANTIAGO RODRIGUEZ
LIBRERIA
BURGOS

MADRID

IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN

á cargo de J. M. Sardá.

Ronda de Atocha, núm. 15, centro.

1891

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

La obra que ofrecemos al público es, sin duda alguna, la más importante de cuantas se han publicado hasta el día sobre la difícil é importante materia de la pruebas judiciales.

En ella su autor, elevándose á demostrar que los principios del derecho sobre las pruebas se fundan, no en datos arbitrarios ó puramente tradicionales, sino en las leyes mismas del entendimiento humano, expone las modificaciones que ha experimentado la aplicación de estos principios, tanto en las diferentes épocas de la historia, como en las diversas naciones civilizadas.

Al mismo tiempo que el autor toma de esta suerte ricos materiales á la historia y á la filosofía, no pierde tampoco de vista la utilidad práctica á que debe aspirar una obra de esta naturaleza, puesto que la práctica sobre este punto viene á ser como la piedra de toque de las instituciones y teorías, y como el crisol que las avalora. Con este objeto, expone y examina M. Bonnier cuantas disposiciones antiguas y modernas ofrece la legislación y la jurisprudencia de su país sobre esta parte de la legislación, internándose á veces hasta en el derecho público, para encontrar base y fundamento á profundas resoluciones sobre cuestiones y puntos importantísimos.

Y como si todo esto no bastara para que su obra apareciera completa, no vacila en entrar, asimismo, en la interesante comparación de las legislaciones extranjeras, poniéndonos al corriente de los progresos y adelantos verificados sobre esta materia, no solamente en la Europa culta, sino también en la parte de América más ilustrada.

Teniendo á la vista y examinando M. Bonnier cuanto notable se ha publicado hasta el día sobre pruebas judiciales, puede considerarse su obra, como sirviendo de complemento y perfección á las ya tan celebradas de Bentham, Mittermaier, Le Gentil, Greenleaf y otros escritores de no menor crédito, cuyas más importantes doctrinas y teorías expone y examina nuestro autor con profundo criterio, adoptándolas ó dándoles nuevo grado de utilidad práctica. Recibiendo M. Bonnier, de esta suerte, la luz de donde quiera que viene, y difundiéndola con nuevo brillo, puede considerarse su obra, tanto bajo el punto de vista de la erudición, como de la jurisprudencia práctica, como un precioso conjunto de doctrina para cuantos se consagran con intensidad al estudio de la ciencia del derecho.

Finalmente, con el objeto de contribuir por nuestra parte á que el presente TRATADO ofrezca mayor utilidad á nuestros compatricios, hemos creído conveniente exponer, por medio de notas y adiciones, las principales diferencias y analogías que se advierten entre los principios, prescripciones y reglas adoptadas por el derecho francés y por la legislación española.

ADVERTENCIA

á la quinta y última edición francesa y segunda española.

La importancia del TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE LAS PRUEBAS justificó su publicación por la *Revista*, que correspondió además al mérito de la obra del ilustre Bonnier, encomendando su traducción y anotaciones al distinguido jurisconsulto Sr. Caravantes. Atendiendo ahora las reiteradas instancias de nuestros suscritores y de otras muchas personas dedicadas á la ciencia del derecho, damos á luz la versión castellana de la quinta y última edición francesa de aquella misma obra, conservando, porque el respeto á su autor lo impone y lo aconseja la conveniencia de tener á la vista los preceptos más notables de nuestra legislación antigua, las notas del Sr. Caravantes, con la sola supresión, en gracia de la brevedad, de indicaciones y citas que carecen, ya de oportunidad de momento, y adicionándolas por nuestra parte con las indispensables para recordar las disposiciones, en materia de pruebas, del derecho español vigente.

Este mismo sistema, esencialmente práctico, siguió nuestro digno antecesor y es también el observado por el anotador de la quinta edicion francesa, Mr. Larnaude. Realmente no cabe otro, de no entrar en el terreno de la crítica ó de la polémica, tratándose de una obra cuyo inte-

rés consiste en ser un magistral estudio de la prueba judicial, según las leyes del entendimiento: no está de más, sin embargo, mostrar el acuerdo de éstas con las del derecho positivo, y á ello se dirigen nuestras notas, comprensivas de los preceptos de la novísima legislación civil y penal, y de las reglas de jurisprudencia que mejor determinan el criterio del legislador y de los Tribunales en la aplicación de las teorías expuestas por el autor.

Las adiciones hechas, tanto á la edición francesa como á la española, van señaladas por medio de asteriscos.

La Redacción.

TRATADO DE LAS PRUEBAS

EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO CRIMINAL

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: 1. Qué debe entenderse por *probar* y qué por *pruebas*.—2. Diversos sentidos de la palabra *prueba*.—3. De la prueba del derecho y de la prueba del hecho.—4. Influencia de la teoría de las pruebas en el derecho civil y en el derecho criminal.—5. Curso que se sigue en esta Introducción.

1. Si la ciencia del derecho se dirige á satisfacer la conciencia humana, por su objeto, que no es otro que la consagración de las reglas de la justicia en cuanto interesa á la sociedad su sostenimiento (1), esta ciencia responde igualmente á una necesidad de la humanidad, cuando se propone por objeto, en la esfera que le está señalada, el descubrimiento de la verdad, tan necesario á la inteligencia del hombre como lo es la justicia á su conciencia. Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico ó del orden moral que deseamos conocer. *Probar* es establecer la existencia de esta conformidad (2). Las *pruebas* son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

2. Pero no deben confundirse los medios de prueba con la prueba adquirida. «Esta palabra (dice Bentham, *Pruebas judiciales*, ed. Dumont, lib. 1.°, cap. 6.°) tiene algo engañador, pues parece que lo que se llama así tiene una fuerza suficiente para determinar la creencia; pero no debe entenderse por ello más que un medio de que nos servimos para probar la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno ó malo, completo ó incompleto.» Así es, que se

(1) Dante, en su tratado *De Monarchia*, define el derecho, *realis et personalis hominis ad hominem proportio, quæ servata, servat societatem.*

(2) La prueba, según el diccionario de la Academia, es la que establece la verdad de una proposición, de un hecho; * según el Diccionario de Littré, la que demuestra la verdad de una proposición, la realidad de un hecho. *

puede haber acumulado toda clase de pruebas, es decir, todos los medios de prueba, sin que exista en el ánimo del juez *prueba*, esto es, sin que se haya formado convicción en su ánimo. Finalmente, se entiende también por prueba, la producción misma de los elementos sobre que debe establecerse la convicción, como cuando se pregunta á quién incumbe el cargo de la prueba. «En esta investigación de la verdad (dice Mittermaier, *De la prueba en materia criminal*, trad. de M. Alexandre, pág. 63) puede compararse el entendimiento humano á una balanza puesta en movimiento por circunstancias de afuera, y por las impresiones que el hombre recibe del mundo exterior. En él siempre residen las fuerzas necesarias para pesar los hechos. El impulso que se verifica en nosotros por la prueba y que comunica el movimiento á lo que llamamos el fiel de la balanza de la conciencia, este impulso puede ser más ó menos poderoso. Á veces, poco fuerte, sólo engendra sospechas, sólo produce una presunción pura y simple; otras veces rápido é irresistible, hace descender y sostiene abajo el platillo, por que entonces la certidumbre obra con todo su peso.»

3. En las cuestiones que se someten á los tribunales, puede versar la discusión sobre un punto de hecho ó de derecho. Probar el hecho es consignar ciertas acciones del hombre ó ciertos acontecimientos del orden físico, de naturaleza propia, para provocar el ejercicio de la justicia social. Probar el derecho, es establecer que si se consignan tales hechos, es aplicable á ellos tal ó cual prescripción de la ley. Pero cuando se habla de la teoría de las pruebas, no se entiende que se trata de la prueba del derecho (1). El objeto que entonces nos proponemos es la investigación de los mejores medios que deben emplearse para comprobar los hechos que son objeto de

(1) La prueba del derecho puede degenerar en prueba del hecho, como acontecia con frecuencia en la Edad Media, cuando se consignaba la existencia de una costumbre por atestación *(record)* y como sucede aun á veces en el dia, cuando se trata de consignar la existencia de una ley extranjera. M. Greenleaf *(A Treatise on the law of evidence*, 2.ª edit., Bost., 1854, t. I, pág. 625, nota 2.ª) cita sobre esto el hecho bastante curioso de un abogado francés que en una cuestión que se suscitó en Inglaterra sobre los antiguos derechos feudales de la Alsacia, estableció por medio de su testimonio personal la existencia del famoso decreto de 4 de Agosto de 1789, abolitivo de los derechos feudales. Por lo demás, la violación de una ley extranjera no podria dar lugar entre nosotros al recurso de casación, * á no ser que dicha violación llegara á ser el origen de una infracción de la ley francesa. Ver sobre el sentido de esta fórmula, adoptada por la jurisprudencia, las conclusiones del abogado general Reverchon, Casación, 23 de Febrero de 1874; Sirey, 74, I, página 149, y *sobre la prueba de la ley extranjera en general:* Laurent, *Derecho civil internacional*, t. II, números 269 y siguientes; Brocher, *Curso de derecho internacional privado*, t. I, núm. 51, y Código de procedimiento civil alemán de 1877, § 259. *

los debates judiciales. No es esto decir que la prueba del derecho deba ser extraña á estos debates; así es que no resolveríamos afirmativamente, como Vinio, la cuestión que se propone en sus «*Quæstiones selectæ*»: *An solæ quæstiones, ¿facti sint objectum probationis?* La famosa admonición que ha interrumpido con sobrada frecuencia los informes de antaño y de ogaño: *aténgase el letrado al hecho; el tribunal sabe el derecho,* hace poco honor á las luces de los magistrados que se han permitido semejante interpelación. El deber del abogado es demostrar tanto el derecho como el hecho, ya que no para enseñar la ley á los jueces, al menos para investigar la aplicación, con frecuencia delicadísima, de los principios generales de la legislación al asunto que les está sometido. Mas esta prueba entra en una teoría enteramente especial, origen por sí sola de minuciosos desenvolvimientos: la de la interpretación de las leyes. Por lo demás, esta teoría no se rige, bajo todos conceptos, por las mismas reglas que la que nos ocupa. La interpretación no es efectivamente un trabajo puramente histórico en que se investigue simplemente lo que ha dicho el legislador; es una obra de arte, en la cual es preciso coordinar los resultados para obtener un todo homogéneo, armónico. Debiendo el jurisconsulto hacer prevalecer el espíritu sobre la letra, tiene la misión de llenar ciertos huecos, de recoger ciertos fragmentos ó ripios, ó más bien ciertas apariencias de ripios. No hay duda que no le es permitido rehacer el mecanismo legal; pero debe velar porque obedezca el movimiento del rodaje en los detalles, en cuanto sea posible, al impulso central. Esta facultad incontestable, aunque convenga usar de ella con sobriedad, es enteramente inadmisible cuando se trata de la prueba del hecho. Compréndese que entonces es absolutamente preciso, ó llegar á una demostración positiva, ó abstenerse de fallar.

4. Aplicada así al hecho la teoría de las pruebas, lo cual deja á ésta aún una inmensa latitud, se refiere dicha teoría íntimamente á la ejecución ó aplicación práctica del derecho. Debe tenerse presente sobre este punto, que el derecho, así como todas las ciencias que no son puramente teóricas, encierra dos elementos muy distintos: los principios de fondo, que son el objeto de la ley, es decir, las reglas sobre la propiedad, sobre las obligaciones, etc., y los medios de aplicación, con el auxilio de los cuales estos principios se revisten de un cuerpo: la organización judicial, las formas del procedimiento, etc. Esta distinción se formuló por Bentham con bastante propiedad al dividir las leyes en *leyes sustantivas* y *leyes adjetivas*. La materia de las pruebas entra evidentemente en la se-

gunda de estas categorías. No se trata ya, en efecto, de investigar cuáles serán las consecuencias legales de tales ó cuales hechos, sino más bien, de reconocer cómo se llegará á consignar su existencia. Esto es lo que expone de un modo clarísimo el jurisconsulto Paulo en el texto siguiente (L. 30, *de test. tutel.*): *Duo sunt Titii, pater et filius; datus est tutor Titius, nec apparet de quo sensii testator; quæro quid sit juris? Respondit, is datus est quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio.* El derecho reconoce la tutela testamentaria, y si el hecho del nombramiento de un tutor de ese género fuese una condición impuesta por disposición de un tercero, esta condición se hallaría cumplida, pero sería imposible ejecutar la voluntad del testador, si no se pudiese designar cuál de los dos Ticios tuvo éste en su mente. El derecho existiría, pero no se podría suministrar su prueba.

En Francia se trata, en gran parte, de las pruebas en el Código civil, que debería ser una ley enteramente sustantiva, completamente de fondo; esto no consiste en que el legislador tuviera sobre ello un sistema fijo ó determinado, sino en que quiso imitar ciegamente á Pothier, el cual, al tratar especialmente de las obligaciones, tuvo que examinar al fin de su trabajo cómo se prueban éstas. Si, según dice Bentham, el arte del procedimiento no es otra cosa que el arte de suministrar las pruebas, el lugar natural de éstas era el Código de procedimientos, salvo al menos los casos especiales, en que las reglas sobre la prueba son complemento indispensable de las reglas sobre el fondo, como sucede en punto á filiación según el sistema de las leyes francesas. En materia criminal, como allí el legislador se hallaba desimpresionado de semejantes preocupaciones, ha vuelto al orden racional. El Código penal no hace más que clasificar los actos penados por la ley, y todo lo concerniente á las pruebas, así como lo relativo al modo de proceder, se remite al Codigo de instrucción criminal.

En todos los casos hubiera sido preciso que el Código Napoleón sentase los principios sobre la prueba, salvo tal ó cual materia especial, á fin de no dar ocasión ó suponer, como sucede á veces, que estos principios no son aplicables en materia real lo mismo que en materia personal.

5. Para sentar al presente en una base sólida la clasificación de las pruebas judiciales, conviene investigar de un modo general cómo llega el entendimiento humano á conocer la verdad, es decir, á percibir con claridad los hechos internos ó externos. Dividiremos, pues, esta Introducción en dos partes: en la primera distinguiremos

las diversas clases de prueba que se usan en toda materia; y en la segunda aplicaremos á las pruebas judiciales los principios sentados desde luego de una manera general.

*** Con sintética frase defínese la prueba en la ley 1.ª, tít. 14, Part. 3.ª, *averiguamiento que se face en juicio en razón de alguna cosa que es dubdosa.* Según el sentido material de este concepto, la prueba en juicio se refiere propiamente al hecho. Así también, copiando substancialmente el art. 261 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua, declara el art. 565 de la vigente que la prueba se concretará á *los hechos* fijados definitivamente en los escritos de las partes; y en esta misma inteligencia habla el Código civil cuando, después de consignar en su art. 1088 que toda obligación consiste en dar, hacer ó no hacer alguna cosa, previene en el 1214 que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

La prueba del derecho, en cuanto demostración razonada de ser un precepto legal aplicable á quien la invoca ó interpretación de la ley, no cabe entre las admisibles en juicio, ni su negación ó desconocimiento implica quebrantamiento de las formas procesales que dé lugar por este motivo al recurso de casación. Es más, aquellos medios de defensa, si no se apoyan en la ley misma ó en la jurisprudencia, ni aun tienen virtualidad meramente doctrinal para limitar el criterio judicial ó constreñirle á una determinada solución, de tal suerte que por dictar la contraria proceda el recurso de casación en el fondo.

A este propósito tiene resuelto el Tribunal Supremo: No puede servir de fundamento legal para la casación el invocar principios abstractos de derecho, porque su aplicación ha de combinarse con lo que las leyes y la jurisprudencia tienen establecido para casos concretos. (Sent. de 16 de Abril de 1884).—La práctica de un Tribunal y las opiniones de los escritores de derecho, por respetables y autorizados que sean, no forman doctrina legal cuya infracción dé lugar á la nulidad y casación de los fallos. (Sent. de 9 de Mayo de 1884).—Las doctrinas de los comentaristas no tienen el carácter de doctrina legal, ni puede fundarse en ellas el recurso de casación, que se da solamente por infracción de ley ó de jurisprudencia. (Sent. de 25 de Febrero de 1885).

Otra cosa es la prueba de la existencia del precepto mismo, bien conste éste por costumbre ó fuero, bien por ley general, local ó extranjera.

La ley 5.ª, tít. 2.º, Partida 1.ª, encomienda al juzgador, oídas las razones de las partes, la decisión de la realidad de la costumbre negada en la demanda ó querella. Según la 15, tít. 14, Partida 3.ª, si alguno alega ley ó fuero de otra tierra, no tendrá fuerza de prueba; salvo si fueren de ella los litigantes ó la cosa mueble ó raiz litigiosa ó hubiesen hecho allí el contrato disputado, en cuyos casos puede el juez recibir la prueba de la ley ó fuero de la tierra extraña y librar el pleito por ella. La 3.ª, tít. 2.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación sanciona la prueba en favor ó en contra del uso de las leyes, ordenamientos y pragmáticas. Por último, el Código civil, además de establecer los conocidos principios que informan el estatuto personal, advierte en su art. 6.º, que cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho; lo que supone la posibilidad legal de la prueba de éste en el sentido antes indicado.

Completan esta breve mención de precedentes legales las siguientes sentencias, tomadas entre otras muchas del Tribunal Supremo:

—Según tiene declarado repetidas veces el Tribunal Supremo, es doctrina de derecho internacional privado que al extranjero le acompañan su

estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga los principios de orden público y los intereses de la nación en que haga su reclamación. La doctrina de que los escritores de derecho son incapaces de constituir doctrina jurídica para los efectos de la casación, es inaplicable cuando sólo se trata de tales ó cuales leyes extranjeras, cuestión de hecho sometida á prueba, que los tribunales aprecian en uso de sus facultades. (Sent. de 13 de Enero de 1885.)

—La demostración, con arreglo á la legislación inglesa, de la personalidad de los demandantes para entablar y sostener un litigio, es una cuestión de hecho, según lo ha declarado el Tribunal Supremo, en la cual, aparte del conocimiento que los juzgadores pueden tener de la legislación de otros países, debe tomarse en cuenta el testimonio de los jurisconsultos ingleses presentado en autos. (Sent. de 26 de Mayo de 1887.)

—Si la Sala sentenciadora no estima probada la costumbre de Vizcaya de pactarse en las escrituras matrimoniales la reversión á la familia de cada contrayente de los bienes aportados por cada uno y de la mitad de los gananciales, y antes bien declara que la prueba ha sido contradictoria en este punto, no ha podido infringir la ley 6.ª, tít. 2.º, Partida 1.ª, ni la jurisprudencia según la que la costumbre legalmente acreditada deroga el fuero ó la ley antigua contraria. (Sent. de 5 de Octubre de 1887.)

—El carácter de donatario universal se identifica con el de heredero, también universal, según la costumbre observada en algunos pueblos de las Baleares, en que tales donaciones participan de la naturaleza de las instituciones hereditarias; y afirmando este hecho la Sala sentenciadora, es improcedente el recurso contra esta apreciación, cuando no se acredita que con ella se cometa error de la manera que lo exige el núm. 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil. (Sent. de 14 de Noviembre de 1887.)

La prueba del derecho, así considerada y única legalmente posible en juicio, se reduce á la justificación de un hecho, como expresamente lo dice el Tribunal Supremo en los mencionados fallos de casación.

De acuerdo con lo dispuesto en la Base 19 de las establecidas para su redacción por la ley de 11 de Mayo de 1888, nuestro Código civil dedica el capítulo 5.º, del tít. 1.º, de su libro 4.º, á fijar las clases y eficacia de las pruebas de las obligaciones, con alguna indispensable referencia acerca de sus requisitos formales y de ritualidad, y de acuerdo en lo sustancial con la ley de Enjuiciamiento, salvo la novedad de la introducción expresa de las presunciones entre los medios probatorios.

De las pruebas especiales de la filiación de los hijos legítimos trata el Código en el capítulo 2.º, tít. 5.º del libro 1.º—*(N. de la R.)*

I

De los diversos medios de pruebas en general.

SUMARIO: 6. Distincion de la prueba directa, evidencia, y de la prueba indirecta propiamente dicha.—7. Doble aplicación de la prueba directa.—8. Evidencia interna, base de toda certidumbre.—9. Evidencia externa, menos perfecta. Prueba de la existencia de los cuerpos.—10. Prueba indirecta. Deducción é inducción.—11. Aplicación de estos dos métodos.—12. Refutación del sistema que confunde la inducción con la deducción—13. Aplicación de la inducción á las leyes de la naturaleza física y á las de la naturaleza moral.—14. Bajo el primer punto de vista, base de las verdades científicas.—15. Bajo el segundo, fe en el testimonio.—16. Indicios, otra prueba moral.—17. Clasificación de las pruebas en general.

6. La palabra *prueba,* tomada en el sentido más lato, y así es

como la entendemos aquí, designa todo medio directo ó indirecto de llegar al conocimiento de los hechos. Pero frecuentemente se da á esta expresión un significado más restringido, cuando se distingue lo que es evidente de lo que necesita probarse. Hay ciertos hechos que nos hieren, por decirlo así, inmediatamente, que percibimos sin ningún intermediario, cuya impresión en la inteligencia es tan viva como la de la luz en el órgano de la vista; hay otros que no alcanzamos sino por medio de otros hechos precedentemente percibidos por la vía del raciocinio, que nos conduce de lo conocido á lo desconocido. En el primer caso, la prueba es directa, intuitiva; en el segundo caso, es indirecta, mediata. Siendo esta última prueba la única que exige de la inteligencia una operación más ó menos complicada, es también la única que recibe, en el lenguaje vulgar, el nombre de *prueba*.

7. Tratemos desde luego de la prueba directa, de la evidencia. Esta puede fundarse ó en hechos internos ó en hechos externos (1).

8. La evidencia interna, la que nos advierte de los hechos que se verifican en nosotros mismos, es la base de todo conocimiento, única base que resiste al escepticismo. Sabida es la primera meditación de Descartes, cuando este filósofo, encerrándose en un rincón de Holanda, se desprendió sucesivamente de todas las ideas adquiridas para prestar en cierto modo el oído á la voz que habla en nuestro interior, y redujo toda certidumbre al famoso axioma: *Yo pienso, luego soy*. Kant no hizo más que reproducir esta demostración bajo otra forma, al establecer que toda verdad aparece al hombre como subjetiva. No hay duda que puede censurarse á Descartes el haberse fijado sobrado exclusivamente en el pensamiento, y el haber abierto de esta suerte la vía á los errores de Malebranche y de Spinosa, por no haber hecho resaltar una facultad tan importante como la voluntad, puesto que hubiera debido añadir, para completar su idea: *Yo quiero, luego soy*. Pero no por esto dejó de consignar menos con su método las bases de la verdadera psicología. Los hechos de *conciencia*, para valernos del lenguaje de la metafísica moderna, sólo podrían negarse por quienes llevasen la duda hasta la locura, y llegaran hasta poner en cuestión su propia existencia.

9. La segunda especie de evidencia, menos perfecta, menos di-

---

(1) * A los autores que han escrito sobre la lógica, citados por M. Bonnier, se pueden añadir: Bain, *Lógica;* Lachelier, *Fundamento de la inducción;* Waddington, *Ensayo de lógica;* Liard, *Los lógicos ingleses contemporáneos.* *

recta que la primera, es la que se funda en los hechos exteriores que percibimos por el órgano de nuestros sentidos. La impresión que producen en nosotros estos hechos, entra, sin duda, en la evidencia interna. La realidad de nuestras sensaciones, por ejemplo, del frío ó del calor que experimentamos en tal ó cual circunstancia, es tan incontestable, como la de nuestros pensamientos y de nuestros sentimientos más elevados. Pero si se trata de probar la causa de nuestras sensaciones, la realidad externa del frío ó del calor, lo que Kant llama la verdad *objetiva,* no hay ya evidencia propiamente dicha. ¿No es cierto que en nuestros sueños se manifiestan á nuestra mente las mismas apariencias que habitualmente nos hacen creer en la existencia de objetos externos, apariencias cuya falsedad no tardamos, sin embargo, en reconocer? ¿Quién nos asegura que la vida no es un sueño perpetuo? No obstante, hay un sentido cuyo testimonio nos engaña mucho menos que el de los demás sentidos: tal es el tacto. A este sentido es al que apelamos cuando se nos oponen en sueño imágenes engañosas ó fascinadoras; y en cuanto queremos ponernos en contacto con el fantasma que hería nuestra imaginación, no experimentamos la sensación de resistencia que esperábamos, y queda disipada la ilusión. La resistencia es efectivamente lo que nos revela una fuerza exterior opuesta á la nuestra y obrando en contra de nuestros esfuerzos. Sin embargo, conviene distinguir entre el tacto activo y el tacto pasivo. Este último, por el mero hecho de ser pasivo, no nos instruye más que los otros sentidos, y se presta igualmente á ilusiones. Soñando, creemos con frecuencia sufrir un choque ó dar una caida. A veces, aun despiertos, sentimos en los miembros movimientos semejantes á los que ocasionaría la impresión de objetos exteriores. Sólo el tacto activo pone en juego la voluntad del hombre, y, por consiguiente, su personalidad, saliendo, por decirlo así, al encuentro de los diversos cuerpos con que nos hallamos en contacto (1). Así el

(1) Los trabajos M. Maine de Biran, sobre este interesante problema, se han completado por M. Javary en su *Tratado de la Certidumbre*, que premió el Instituto en 1846. Refutando la famosa hipótesis de la estátua de Condillac, el autor de este tratado se expresa en estos términos: «Si, en efecto, tomando posesión por medio de la atención, de los fenómenos que se producen en nuestro ser, de modo que se les someta á la acción personal y se les reproduzca voluntariamente, no diésemos nosotros mismos origen al desarrollo de esta esfera interior que constituye el yo, nos convertiríamos á cada instante en tal ó cual fenómeno, en virtud de mil influencias, cuya existencia no sospecháramos siquiera; seríamos lo que son los animales, lo que somos nosotros mismos en sueños: la sombra vacilante de una individualidad impotente, el juguete pasivo de las emociones, de las ideas flotantes que experimentaríamos, sin poder preguntarnos ni aun si lo que percibimos es

fenómeno de la resistencia hace resaltar á un tiempo mismo nuestra propia actividad y una fuerza exterior en lucha con ella. No hay duda que no tenemos la conciencia íntima de esta fuerza como de la que sentimos en nosotros; pero una inducción invencible nos persuade que lo que nos opone resistencia debe tener una existencia propia, distinta de la nuestra. Esta inducción es tan rápida, tan instantánea, que se confunde en la práctica con la evidencia misma. Y en definitiva, si puede permitirse á ciertos metafísicos idealistas negar la existencia de los cuerpos, semejante suposición no podría tener lugar en las ciencias positivas que hacen ir de frente la evidencia interna y la evidencia externa. Esta es la ocasión de decir con Bacón: *Multa philosophi proponunt dictu pulchra, sed ab usu remota.*

10. Pero los hechos que un hombre aislado puede percibir directamente, sea por intuición inmediata, sea por el órgano de los sentidos, no son ni muy numerosos, comparados con la masa de los conocimientos humanos, ni de un orden muy elevado. La experiencia personal de cada uno se halla circunscrita á estrechos límites. Si á veces se eleva la intuición, como se nos dice, hasta percibir á primera vista, como la inteligencia suprema, las verdades más sublimes (1), semejante estado, que no nos es posible consignar ni analizar, se halla fuera de todos los datos ó principios de la ciencia. El hombre, en el estado normal, no forma por experimentos directos sino una débil parte de sus conocimientos. En las circunstancias más importantes no podemos apoyarnos en la evidencia, en la percepción inmediata, y nos vemos reducidos á sacar conclusiones de lo conocido á lo desconocido. Estos hechos desconocidos pueden hallarse comprendidos en los hechos conocidos de donde logra separarlos la inteligencia: entonces procedemos por vía de *deducción*. Si los hechos conocidos hacen solamente proba-

---

real ó no, si está en nosotros ó fuera de nosotros, sometido á la acción de nuestra propia voluntad ó independiente de ella; distinción que es la única que puede evidentemente fijar los límites de la personalidad.» A falta de este dato fundamental de la metafísica actual, se sabe que Descartes se hallaba reducido á apoyarse únicamente en la veracidad divina de la creencia en la existencia de los cuerpos, no debiendo inclinarnos Dios tan fuertemente á admitir la realidad de apariencias desprovistas de fundamento.

(1) *Felix quem veritas per se docet, non per figuras et voces transeuntes, sed sicuti se habet.* (*Imit. Christ.*, libro 1.°, cap. 3.°, § 1.) No nos negamos á creer que puedan hallarse almas puras y santas en contacto inmediato con la Divinidad. Pero entonces es para oir, según las expresiones de San Pablo (2.ª Epístola á los Corintios, cap. 12, vers. 4), *arcana verba, quæ non licet homini loqui.* Semejantes revelaciones son enteramente extrañas á la teoría de las pruebas.

bles los hechos desconocidos, la operación por la que partimos de los primeros para remontarnos á los segundos, se llama *inducción*.

11. En la deducción, método puramente lógico, se saca con rigor las consecuencias de una proposición que se supone constante. Aplicado á las ciencias abstractas, este método produce inmensos resultados. Así es, como partiendo de este simple axioma: *La línea recta es la más corta que hay de un punto á otro*, se llega por grados hasta las proposiciones geométricas del orden más elevado. En toda clase de discusiones en que se trata de apreciar la verdad ó la falsedad de una proposición dada, el raciocinio puro tiene una gran parte. Con frecuencia, tal principio que, considerado aisladamente, sólo se nos ofrece con una claridad equívoca, será evidentemente verdadero ó falso, á nuestros ojos, cuando descubramos todas sus consecuencias. Pero la deducción, excelente para hacernos apreciar la transcendencia de tal ó cual hecho conocido, es completamente impotente para hacernos descubrir hechos nuevos. Puede aplicársele lo que decían los jurisconsultos romanos del aechador que separa el grano de la paja en que está encerrado: *Non speciem novam facit, sed quæ est detegit.* En la Edad Media, cuando el silogismo, arma la más poderosa de la deducción, gozaba casi de un favor exclusivo, pudieron hacer progresos las ciencias puramente metafísicas; pero las que se apoyan en la observación, la física, la química, etc., han permanecido estacionarias.

¿Cuál es la época de donde data una nueva era para los descubrimientos científicos? Es aquella en que Bacón batió en brecha el método silogístico para volver á poner en auge la inducción, que, partiendo de ciertos hechos observados con cuidado, generaliza los resultados particulares obtenidos por vía de experiencia. La aplicación más admirable de este procedimiento es el sistema del mundo descubierto por Newton, á consecuencia de observaciones hechas sobre la caída de una manzana.

12. Es verdad que se ha negado en el día esta distinción esencial entre la inducción y la deducción. La inducción, se ha dicho (1), no difiere, en el fondo, de la deducción, puesto que ella misma se apoya en un silogismo. Así, cuando después de haber experimentado en muchos fragmentos de resina, sometidos á ciertas condiciones, una propiedad eléctrica, deducimos que toda re-

(1) La idea de que toda lógica tiene por fundamento la inducción, ha sido desarrollada por M. Stuart. Mill en su *System of Logic ratiocinative and inductive*. Se puede consultar, respecto á esto, la obra de M. Javary, y especialmente el libro 2.°. cap. 3.°

sina posee esta propiedad, ¿quién nos autoriza para generalizar así los resultados de nuestra experiencia, si no es la creencia invencible de la humanidad en la permanencia ó constancia de las leyes de la naturaleza? (1). Propónese, pues, restablecer en estos términos el silogismo oculto en esta aplicación de la inducción: un cuerpo puesto en las mismas condiciones, obra siempre de la misma manera; es así que ciertos fragmentos de resina desarrollan en tal ó cual condición una electricidad de una naturaleza particular, luego la resina, en general, tiene la propiedad de desarrollar esta electricidad.

He aquí, en verdad, un silogismo en forma; pero no es este el fundamento en que descansa la inducción. Es sumamente claro que si las leyes de la naturaleza son constantes, la ley á que se refiere la propiedad eléctrica de la resina será tan constante como todas las otras. Esto es lo que consentirán en admitir con gusto los escépticos más decididos, y, por el contrario, negarán la mayor del silogismo, es decir, la permanencia de las leyes de la naturaleza; permanencia que es también la base de la inducción. Pues bien: esta permanencia no es susceptible de demostrarse matemáticamente, y esta es la diferencia radical que separa la inducción de la deducción, puesto que la una se apoya en una probabilidad que es posible negar sin desviarse de las reglas de la lógica, y la otra se refiere á una verdad geométrica que no podría desconocer la razón humana sin abdicar su imperio. No hay contradicción alguna en suponer una inversión de las leyes de la naturaleza, á no colocarse en el punto de vista falso y limitado de la filosofía fatalista, que niega la posibilidad metafísica de los milagros. Por el contrario, habría contradicción en los términos si se supusiera que dos y dos son cinco (2). Se pueden suponer mundos donde las con-

---

(1) A esta aplicación generalmente admitida, sustituye M. Javary (cap. 3.°, cit.) otra mucho más oscura, que consiste en establecer que una ley irresistible de nuestro espíritu nos obliga á suponer una naturaleza universal de que participan todas las existencias particulares. Pero M. Franck, en su informe al Instituto sobre las memorias relativas á la *teoría de la certidumbre* (pág. 247) contesta con razón que «en todas las aplicaciones de la inducción, tanto en las más humildes como en las más elevadas, cuando afirmamos, por ejemplo, que el sol se levantará mañana, ó que es preciso el aire para que vivan los animales, nuestro pensamiento se refiere inmediatamente á la noción del sér en sí y de la unidad absoluta.» O la explicación de M. Javary no tiene sentido, ó no hace más que reproducir bajo otra forma la doctrina de Reid, según la cual, el espíritu humano se halla invenciblemente inclinado á suponer un orden constante y general en los fenómenos de la naturaleza.

(2) *None but mathematical truth*, dice M. Greenleaft (*A Treatise on the law of evi-*

diciones de la vida sean diferentes de las que existen en nuestro globo; pero en todas partes se debe encontrar forzosamente como principio, base de la lógica: *La misma cosa no puede á la vez ser y dejar de ser.*

Cuando se quiere reducir la inducción á un silogismo, se olvida que todo silogismo, así como toda proposición matemática, no encierra nunca más que una verdad hipotética. La exactitud del raciocinio es en ella enteramente independiente de la exactitud de la proposición que forma la mayor, puesto que el silogismo propende precisamente, como hemos dicho (núm. 11) á comprobar la verdad ó la falsedad de una proposición dada. Así es que M. Stuart Mill hace consistir, con razón, el valor de la forma silogística, en que esta forma, está combinada con perfección para esclarecer el defecto de un razonamiento, si no es concluyente. Por esto la síntesis que procede de lo general á lo particular, ha sido calificada con frecuencia de método de enseñanza ó de discusión, mientras el análisis baconiano ha sido calificado de método de descubrimiento (1).

Además, el mérito de Bacón consiste menos en haber vuelto á poner en auge el método de inducción, expuesto ya claramente por Aristóteles, que en haberse fijado en el estudio de las condiciones de una buena experimentación, en que se apartan todas las circunstancias variables y pasajeras para separar y sacar libre de ellas el elemento permanente de los fenómenos.

13. La relación que en la inducción liga el hecho conocido al desconocido, supone, según el orden de los hechos sobre los cuales se dirigen nuestras observaciones, ó la constancia de las leyes de la naturaleza física, ó la de las leyes de la naturaleza moral.

14. Y desde luego, las nociones más importantes y más usuales á la vez descansan en la primera especie de inducción, es decir, en nuestra fe, en la constancia de las leyes de la naturaleza física. Cuando decimos que un cuerpo goza de tal propiedad física ó química, que el agua, por ejemplo, disuelve ciertas sustancias que se ponen en contacto con ella, ó que hierve á cierta temperatura, nos

---

dence, tomo I, pág. 31), *is susceptible of that high degree of evidence, called demonstration, which excludes all possibility of error, and which, therefore, may reasonably be required in support of every mathematical deduction. Matters of fact are proved by moral evidence alone.*

(1) Reconocidos los servicios prestados por Bacón al estudio de las ciencias, estamos lejos de profesar una admiración ciega respecto de un escritor que manifiesta con sobrada frecuencia propensiones ó tendencias sensualistas, especialmente cuando proscribe la investigación de las causas finales, comparándola á una virgen santa que es estéril.

fundamos en que hemos visto manifestarse siempre en las mismas circunstancias los mismos fenómenos, la disolución, la ebullición. Y lo que nos autoriza á deducir de estos hechos particulares una ley general, una propiedad inherente al agua, es la persuasión en que estamos de que la marcha de la naturaleza es siempre la misma; persuasión en cierto modo irresistible, y corroborada además por la experiencia cotidiana. Multitud de verdades, que se consideran por lo común como evidentes, sólo se apoyan en esta creencia. Así, esta proposición: *Todo hombre es mortal,* aunque admitida universalmente, no es un axioma matemático, sino una gran probabilidad deducida de que habiendo observado que individuos organizados como nosotros, que viven en el mismo círculo social, no han tenido más que una existencia limitada, nos inclina todo á creer que las mismas causas producirán en nosotros los mismos efectos. Esta primera explicación de la inducción es, pues, de una utilidad diaria, así como de un elevado interés científico.

Pero la observación de los hechos de la naturaleza no nos conduce siempre á resultados tan ciertos. Así en la medicina legal, los signos que denotan la existencia de tal ó cual sustancia venenosa en la economía animal, son desgraciadamente equívocos: la cuestión sobre si ha habido muerte natural ó suicidio, después de la inspección del cadáver, es por lo común sumamente delicada. La inducción en semejantes circunstancias no tiene la misma certidumbre, y no nos suministra sino indicios más ó menos graves. No es esto decir que las leyes de la naturaleza física no sean siempre constantes, sino que muchas de estas leyes nos son desconocidas.

15. Una inducción no menos usual es la que se funda en la observación de las leyes de la naturaleza moral. Multitud de puntos no se nos atestiguan sino por la declaración de nuestros semejantes, y como hemos reconocido frecuentemente por la experiencia que el testimonio del hombre en tal ó cual ocasión ha sido conforme á la verdad, nos hallamos inducidos á creer que es igualmente verídico en otras ocasiones en que no nos es permitido comprobar su exactitud. Pero esta inducción no es como la que se apoya en la permanencia de las leyes puramente físicas. El mundo moral no se halla sometido á reglas fijas é invariables. Si los espíritus tienen una propensión natural hacia lo verdadero, así como los cuerpos hacia el centro de la tierra, el hombre, siendo libre, puede obedecer ó no á esta propensión, y con sobrada frecuencia sucede que sean falsas sus declaraciones. Así, pues, esta clase de prueba no puede admitirse sino con reserva. Pero guardémonos del escepti-

cismo que propende á desechar absolutamente la fe del testimonio. Todas las verdades históricas, gran número de verdades científicas no se apoyan en otra base. Deséchese esta base, y no hay ya sociedad, ni civilización posible. «Sin base en el testimonio (dice Bentham, *Pruebas judiciales,* libro 1.°, cap. 7.°) no marcharían los negocios sociales; se paralizaría todo movimiento social; no nos atreveríamos ya á obrar, porque el sin número de hechos que caen bajo la percepción inmediata de cada individuo no es más que una gota en un vaso de agua comparado con los de que no puede informarse sino por referencia de otro.» Después de todo, el número de testimonios verdaderos es incomparablemente superior al de testimonios falsos (1). Y hay un criterio al cual es difícil no conceder una gran confianza; los antecedentes del testigo, el acento con que depone de los hechos que le son conocidos, pueden quitar todo género de duda. La declaración sincera de un hombre honrado, ¿no tiene una fuerza simpática que atrae la convicción de cuantos le escuchan? En suma, sería tan imposible desechar absolutamente la autoridad del testimonio, como peligroso admitirla sin precaución. La apreciación de la fe que merecen los escritos en que se refieren los hechos antiguos, es objeto de una ciencia especial muy importante: la crítica histórica. Pues bien: debemos en el examen de los hechos actuales testificados por nuestros comtemporáneos, emplear precauciones análogas á las que toman los críticos juiciosos cuando estudian lo pasado.

16. Independientemente también de la fe en el testimonio, puede conducirnos en muchas ocasiones al conocimiento de la verdad la observación de las leyes de la naturaleza moral. En el orden moral, tanto como en el orden físico, puede haber *indicios*, que se han llamado algunas veces *testimonios mudos*, en oposición al testimonio verdadero, á la declaración del hombre. Así es como la fuga de un acusado, cuando no parece motivada de ningún modo su partida, hace verosímil su culpabilidad. En este caso y en otros análogos, nuestra inteligencia se apodera de ciertos hechos morales para deducir de ellos la existencia de otros hechos, á la manera que en las ciencias físicas la observación de ciertos fenómenos nos hace creer en la acción de ciertas causas. La fuerza de los indicios morales, así como la de los indicios físicos, variará por lo demás hasta lo infinito, con arreglo á las circunstancias.

(1) Reid (*Inquiry into the human mind*, cap. 6.°, secc. 24) demuestra que hay en la naturaleza humana dos disposiciones nativas que nos inducen, la una á decir la verdad, y la otra á prestar fe al testimonio de nuestros semejantes.

17. En resumen, distribuiremos todo el sistema de las pruebas en tres grandes partes:

1.ª Evidencia, sea interna, sea externa.

2.ª Deducción, separando lo conocido de lo desconocido en que está incluído.

3.ª Inducción, partiendo de lo conocido para suponer lo desconocido; suposición que se funda en la observación de las leyes de la naturaleza física ó de la naturaleza moral.

Según se nos revelen las leyes de la naturaleza física más ó menos completamente por la experiencia, veremos certidumbre ó bien probabilidad más ó menos fuerte.

En cuanto á las leyes de la naturaleza moral, refiérese á ellas íntimamente la más usual de todas las pruebas, la fe en el testimonio. Hay, además, en el orden moral, lo mismo que en el orden físico, simples indicios.

Clasificadas de esta suerte, se ve que las pruebas siguen una progresión decreciente, que tiene por primer término el más alto grado de evidencia interna, el sentimiento de nuestra propia existencia, y por último término, los indicios más ligeros, los que no pueden motivar más que una vaga sospecha.

II

De los diversos medios de prueba en materia judicial.

SUMARIO: 18. Aplicación de los principios sentados.—19. Evidencia interna en primera línea.—20. Evidencia externa que sigue después. Inspección ocular ó reconocimiento judicial.—21. Prueba pericial, auxiliar de la experiencia directa.—22. Pruebas propiamente dichas, que se apoyan en la deducción ó en la inducción.—23. La deducción se refiere á la prueba del derecho.—24. La prueba del hecho se apoya en la inducción.—25. Inducción fundada en las leyes de la naturaleza física. Certidumbre ó simples indicios.—26. Sobre las leyes de la naturaleza moral. Testimonio del hombre. De quién puede emanar.—27. Prueba simple y prueba legal.—28. Indicios tomados de las leyes de la naturaleza moral.—29. Distinción de las pruebas y de las presunciones.—30. Presunciones simples y presunciones legales.—31. Clasificación de las pruebas judiciales.—32. De las pruebas de pruebas.—33. Clasificación práctica adoptada por el legislador.—34. División de esta obra.

18. Intentemos ahora clasificar las pruebas judiciales según el plan que acabamos de adoptar para las pruebas en general.

19. La evidencia interna, que se presenta en primera línea, es necesaria en derecho, como en todo lo demás. ¿Qué se pensaría de un juez que desconociera su propia existencia? Pero semejante suposición es inadmisible; el afán más audaz de embrollarlo todo, no

se atrevería á suscitar semejantes dudas. La evidencia interna es la base de toda certidumbre judicial, así como de toda certidumbre en general; pero es una base incontestada é incontestable.

20. Hemos dicho que la evidencia externa, aunque menos infalible, es casi tan segura en la práctica como la evidencia interna. Es verdad que los sentidos del juez pueden engañarle, como los de cualquier otro hombre. Pero cuando llegan los hechos á su conocimiento por conducto de un tercero, el peligro de errar es triple, puesto que se puede temer á un mismo tiempo un experimento erróneo, una relación inexacta, y finalmente, un relato infiel. En el caso de que tratamos, desaparecen los dos últimos peligros, el juez se halla en frente de la realidad, y cuando tiene la íntima convicción de haber visto los hechos con sus propios ojos, deben suponerse circunstancias muy extraordinarias para que se haya equivocado. Este experimento personal, aunque sólo se presente excepcionalmente en la práctica judicial, tiene todavía en ella grande importancia. Así, puede ser útil, ya en materia civil, ya en materia criminal, que el juez vaya personalmente á tomar conocimiento de los hechos, y esto es lo que acontece con la inspección ocular ó reconocimiento judicial.

21. Hay siempre ciertos datos que, aunque sometidos inmediatamente á la acción de nuestros sentidos, no podrían apreciarse por quien no poseyese luces especiales sobre la materia. Entonces, así como nos servimos de los instrumentos de óptica para suplir la imperfección del órgano de la vista, el juez, que no puede tener conocimientos enciclopédicos, toma de la ciencia preciosos auxiliares, á fin de obtener un análisis exacto de los elementos materiales que tiene á la vista. La prueba ó juicio pericial, á pesar de sus peligros de error que propenden á la naturaleza delicada de las operaciones á que procede, es una rama importante de la teoría de las pruebas, y además es el complemento indispensable del experimento personal á que nos referiremos (1).

22. Pero no se llama al juez sino en casos muy raros á tomar personalmente conocimiento de los hechos; y si se hace más uso de la prueba pericial, debemos confesar que no puede pasar nunca de los elementos puramente materiales, puesto que se escapan de su

---

(1) Esta prueba se refiere igualmente á la inducción, puesto que se apoya en la fe debida á los peritos, fe que supone un mérito probado anteriormente, ó al menos presunto por razón de las garantías que ofrecen los conocimientos del auxiliar llamado por el juez.

escalpelo las intenciones y el resorte de las conciencias. Así, la inmensa mayoría de las causas deberá decidirse, no por la evidencia ó con el auxilio de los peritos que pueden aproximarse á la evidencia, sino recurriendo á las pruebas propiamente dichas, es decir, á medios intermediarios que conducen al descubrimiento de la verdad. Ya hemos visto que estos medios se apoyan todos en la deducción ó en la inducción.

23. El método de deducción, que consiste en sacar de una proposición conocida las consecuencias que encierra, es de gran uso é importancia sin duda alguna en la ciencia del derecho, puesto que se recurre á ella cuando se trata de la prueba del derecho mismo. La aplicación á cada caso de los principios sentados por la ley, es en gran parte un trabajo de lógica, y en este sentido es como ha podido decir Leibnitz respecto de los jurisconsultos romanos, que sus escritos casi alcanzan á la exactitud de las demostraciones matemáticas: *Dixit sæpius post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum romanorum jureconsultorum scriptis comparari possit* (1). Pero, como ya hemos dicho (núm. 3), no siendo nuesto intento tratar en este libro de la prueba del derecho, debemos limitarnos á remitir al lector, en lo concerniente á ella, á las reglas establecidas por los lógicos.

Si, pues, la deducción, en cuanto se refiere á la prueba del derecho, es ajena á nuestro asunto, no tenemos que ocuparnos más de ella sino en cuanto á la prueba del hecho. Y en efecto, á excepción de las cuestiones de cálculo, en que se trata solamente de comprobar ciertas combinaciones de elementos percibidos ya por otras vías, no llegan los hechos al conocimiento del juez por la vía de la deducción. La lógica puede enseñarnos las consecuencias de los hechos, pero no puede revelarnos los hechos mismos. Para instruirnos de los acontecimientos que no nos ha sido posible percibir directamente, será necesario, no ya recurrir al raciocinio abstracto, sino interrogar las circunstancias conocidas para llegar al conocimiento de lo desconocido, es decir, emplear el procedimiento de la inducción.

24. Ya hemos dicho que la inducción, esta base de nuestros conocimientos más importantes, tanto científicos como históricos, se

(1) Si los jurisconsultos clásicos no son tan lógicos como los grandes geómetras, no es porque sean inferiores á ellos, sino porque la ciencia del derecho se halla modificada por los hechos positivos en la aplicación, así como las leyes de la mecánica abstracta lo son por la resistencia del aire atmosférico.

refiere á la persuasión en que estamos de la constancia ó permanencia, ya de las leyes de la naturaleza física, ya de las leyes de la naturaleza moral.

25. No hay duda que la constancia de las leyes de la naturaleza física, de aquellas mismas que atestigua la experiencia universal, no es en manera alguna una verdad lógica (núm. 12), y no implica contradicción suponer, por ejemplo, que puedan suspenderse las leyes de la gravitación. Pero el jurisconsulto que se preocupa mucho más de la certidumbre práctica que de la verdad abstracta, considera como evidente la permanencia ó constancia de estas leyes.

Á quien ofreciera, pues, probar que ha caminado por encima del agua, no se le permitiría abrir una información para justificar la alegación de semejante hecho. En el día no se permitiría ya, como hizo un tribunal escocés en 1754, afirmar á dos testigos bajo juramento que les había revelado un espíritu celestial el nombre del autor de un homicidio. No porque un juez ilustrado deba negar la posibilidad metafísica de un milagro, sino porque generalmente los hechos milagrosos que pueden merecer alguna fe histórica son tan escasos, comparados con los que no se apartan del orden normal, que hay una gran probabilidad de que falta á la verdad ó incurre en error quien formula semejante pretensión. Para que un juez ordene, pues, la prueba de un hecho, no basta que este hecho sea rigurosamente posible, sino que es preciso que sea verosímil.

Si no es permitido negar seriamente en justicia una ley constante de la naturaleza, y si lo que no es para el metafísico más que una remota probabilidad, equivale para el juez á una certidumbre completa, nuestros conocimientos no son desgraciadamente siempre bastante perfectos para que podamos afirmar con entera confianza que tal ó cual fenómeno ha sido producido por tal ó cual causa. Son muy pocas las leyes de la naturaleza que conocemos completamente, en comparación de las que ignoramos, ó de que sólo tenemos una noción imperfecta. Frecuentemente en la práctica judicial, y con especialidad en todo lo que se refiere al mecanismo tan delicado de los cuerpos organizados, no podrá responder la ciencia sino por conjeturas más ó menos fundadas á las preguntas que se le dirijan sobre las causas de ciertos resultados materiales, cuyo origen conviene investigar. Entonces no poseemos ya esta certidumbre moral en que se apoya la inteligencia, cuando puede apoyarse en estos resultados de la experiencia formulados por la teoría, que se ha convenido en llamar *leyes de la naturaleza*. En semejante hipótesis, la base de la inducción llega á ser mucho más

frágil, y la observación de los hechos materiales no suministra más que simples *indicios*. En breve volveremos sobre estos indicios materiales, comparándolos y refiriéndolos á los indicios tomados del orden moral.

26. La especie de inducción que tiene más boga en la jurisprudencia, es la que se funda en la más importante de las leyes de la naturaleza moral, es decir, en la fe que se presta al testimonio del hombre. Aquí entendemos por *testimonio*, no solamente la declaración verbal de testigos propiamente dichos, ó de terceros, sobre los hechos litigiosos, sino toda especie de declaración del hombre, bien sea oral, bien por escrito, relativamente á los hechos pasados. Vamos á ver que las pruebas más usadas en la práctica judicial tienen por base esta especie de inducción, que está lejos de ser infalible, pero cuyo uso es indispensable. Entendido así, el testimonio, en un asunto litigioso, puede emanar del demandado, ó de terceros, ó del mismo demandante.

El testimonio del demandado que se condena á sí mismo en su propia causa, es la confesión, la más grave de las inducciones judiciales; pero que, no obstante, no es siempre infalible, según veremos. Referimos á la confesión el juramento decisorio, recurso extremo empleado con la esperanza de obtener una confesión tácita de la conciencia del adversario, demandante ó demandado que se negara á jurar.

El testimonio de los terceros extraños al litigio constituye la prueba testimonial propiamente dicha.

Por último, la ley permite referirse, respecto de la prueba, al testimonio del mismo demandante, en los casos en que la ley autoriza, bien sea el juramento supletorio, bien ciertas afirmaciones, aunque no vayan acompañadas de juramento.

27. Cada uno de estos testimonios puede recibirse en juicio en la forma ordinaria, ó bien revestido de ciertas condiciones que se exigen imperiosamente para su validez. En el primer caso, la prueba puede llamarse *simple*, puesto que no tiene ningún carácter artificial; en el segundo caso, es *legal* ó *preconstituída*. A esta última clase se refieren los documentos privados, que son confesiones sometidas á ciertas formalidades, los documentos auténticos, testimonios que se rinden de una manera solemne por funcionarios públicos sobre hechos que han pasado á su presencia; y, finalmente, los libros en que los mercaderes ó comerciantes son llamados personalmente, mediante la observancia de las disposiciones legales, á atestiguar sus propios derechos. Empleándose ordinaria-

mente la escritura en los pueblos civilizados, como el medio más común de prueba, se ha acostumbrado á confundir la prueba escrita con la prueba preconstituída. Pero es fácil convencerse de que estas dos expresiones no son sinónimas. Puede convenirse en ciertos signos, tales como las tarjas, de donde resultará una prueba preconstituída, sin escritura; y recíprocamente, un escrito, tal como una carta, podrá no tener ninguno de los caracteres de la prueba preconstituída ó legal (1).

28. La inducción fundada en las leyes de la naturaleza moral, puede referirse á otros datos que al testimonio del hombre. Hay en el orden moral, así como en el orden físico, hechos que hacen más ó menos probable la existencia de los que la justicia se propone comprobar. Así, la fuga del acusado, un cambio completo en sus hábitos, una tentativa de suicidio, serán frecuentemente indicios de culpabilidad no menos significativos que los que se toman de los elementos puramente materiales del sumario. También pertenecen á la clase de indicios morales los antecedentes, á que se da con razón una grande importancia. Pero los indicios, tanto materiales como morales, tienen por lo común menos fuerza que el testimonio del hombre, y antes de sacar de ellos conclusiones siempre más ó menos conjeturales, es preciso estudiar con cuidado todas las circunstancias de la causa.

29. El nombre de *prueba* se reserva ordinariamente á los medios de demostración sencillos ó revestidos de ciertas formas que se apoyan en la fe, en el testimonio. La inducción, que sólo se apoya en indicios, tomados del orden físico ó del orden moral, da lugar á lo que se llama *presunciones*. El art. 1349 del Código de Napoleón define las presunciones, *consecuencias que saca la ley ó el magistrado de un hecho conocido á otro desconocido*. Esta definición, tomada á la letra, comprendería la inducción enteramente, y en su consecuencia las pruebas propiamente dichas, así como las presunciones. En la prueba literal, por ejemplo, se deduce de un hecho conocido, cual es la existencia de un escrito revestido de ciertas formas, un hecho desconocido, á saber, el de haberse celebrado un convenio sobre tal punto entre ciertas personas. No es esto, sin embargo, lo que el Código llama presunción. Aquí el hecho conocido, el escrito, ha tenido precisamente por objeto consignar el hecho desconocido, la convención. No hay, pues, verdaderamente

(1) Por esto, en la distinción del *jus scriptum* y del *jus non scriptum*, la escritura se entiende como refiriéndose á la promulgación.

presunción cuando el hecho conocido se emplea, por decirlo así, en su uso natural. Una vez admitido el principio de la fe en el testimonio, la inducción que nos conduce del escrito á la convención es una operación tan sencilla que pasa casi desapercibida, y el entendimiento la concibe tan fácilmente que la prueba parece directa. No sucede lo mismo cuando deduzco de ciertas huellas que hay en un camino que conduce al sitio donde se cometió el crimen, la culpabilidad de la persona á cuya planta corresponden perfectamente las señales observadas. Estas huellas no tienen absolutamente por objeto consignar lo que yo pretendo probar. Aquí no juega ya la fe en el testimonio, sino que tan sólo se trata de un signo mudo más ó menos equívoco. La operación del entendimiento, por la cual deduzco de la relación de las huellas la culpabilidad, no se apoya en principios comunmente admitidos, sino en una conjetura de mi juicio. Hállase aquí lo que los jurisconsultos ingleses han llamado exactamente una *construcción*. Siendo, pues, aquí el resultado de la operación más dudoso que en la otra especie de inducción, es mucho más notable lo que hay artificial en la conclusión. Entonces se dice que yo saco la consecuencia del hecho conocido al hecho desconocido, y no hay más que presunciones. Impropiamente coloca, pues, el art. 1350 entre las presunciones la confesión de la parte y el juramento, que son, como también los escritos y los testigos, pruebas propiamente dichas. Por lo demás, los redactores del Código no han persistido en esta impropia clasificación, puesto que dedican después á la confesión y al juramento secciones separadas (1).

30. La distinción que hemos establecido entre las pruebas simples y las pruebas legales, se aplica también á las presunciones. Según el art. 1349, éstas son consecuencias que la ley ó el magistrado saca, etc. Hay, pues, presunciones respecto de las cuales queda entregado el juez á sus propias luces, debiendo guiarle su razón en el uso tan delicado de las conjeturas judiciales, como le guiaría en los negocios ordinarios de la vida; y á éstas puede llamárseles *presunciones simples*. Hay otras en que la ley, movida por motivos de interés superior, saca por sí misma imperiosamente la consecuencia, como cuando deduce del matrimonio con una mujer la paternidad de los hijos que nacen de ella. Estas son *presunciones legales*.

---

(1) * *Adde* sobre la noción teórica de la presunción, Demante y Colmet de Santerre, *Curso analítico del Código civil*, tomo v, números 326 y 326 duplicado. *

31. En resumen, he aquí aproximadamente el orden en que trataremos de los diversos modos de prueba que son objeto de esta obra.

Primera categoría.—EXPERIENCIA PERSONAL.

Inspección ocular ó reconocimiento judicial.
Juicio pericial, complemento de la experiencia personal.

Segunda categoría.—FE EN EL TESTIMONIO.

Pruebas propiamente dichas, subdividiéndose en:

Pruebas simples.

Confesión (á la cual se refiere el juramento decisorio).

Prueba testimonial.

Afirmación del demandante (á la cual se refiere el juramento supletorio).

Pruebas preconstituídas.

Documentos privados.
Documentos ó títulos auténticos.
Libros de los mercaderes ó comerciantes.

Tercera categoría.—PRESUNCIONES.

Simples.
Legales.

Vese, pues, que dejamos fuera de nuestro plan la evidencia interna, que es sobrado incontestable; la deducción, que es extraña á la prueba del hecho: finalmente, la inducción, fundada en la permanencia ó constancia de las leyes de la naturaleza, que raras veces dará lugar á dificultades serias.

32. Estos diversos modos de prueba pueden á veces apoyarse unos en otros; y es cuando se necesita salvar muchos intermediarios, antes de llegar al hecho cuya verdad se trata de consignar, y que desde entonces la prueba misma necesita ser probada. Así el reconocimiento judicial ó el juicio de peritos, no llegan á veces sino á consignar la existencia de indicios materiales; así la existencia de un escrito que se perdió, de un testamento, por ejemplo, puede probarse por testigos. Otras veces, la misma prueba se reproduce, por decirlo así, en muchos grados. Así, ya son testigos que refieren los dichos de los primeros testigos que asistieron á los hechos sobre que versa el litigio; así el tenor de un escrito origi-

nal se reproduce más ó menos fielmente por una copia. Finalmente, puede haber prueba de la prueba en tercero ó cuarto grado (1), etc. Tal es el carácter de las copias de copias mencionadas en el art. 1335 del Código Napoleón. Es evidente, además, que la prueba, cuanto más se aleja de su origen, más pierde su fuerza; verdad de que hace aplicación la ley á las diversas clases de copias (art. 1335 citado). Laplace ha comparado oportunamente esta disminución de la probabilidad á la extinción de la claridad de los objetos por medio de la interposición de muchos trozos de vidrio; un número de trozos poco considerable basta para quitar la vista del cuerpo que dejaba percibir de una manera distinta un solo trozo.

Para no fatigar el espíritu con una división sobrado complicada de nuestra materia, pensamos que vale más no hacer una categoría aparte de las pruebas de pruebas, y limitándonos á las que tienen más importancia, referir pura y simplemente á la prueba testimonial lo relativo al testimonio indirecto, y á la prueba escrita lo concerniente á las copias.

33. El legislador francés, ya en el Código Napoleón, ya en el de procedimiento civil, se ha colocado por medio de la clasificación de las pruebas en un punto de vista enteramente distinto bajo el aspecto de la práctica, puesto que clasifica las pruebas siguiendo el uso más ó menos frecuente que puede hacerse de ellas en el procedimiento.

Siguiendo este orden, debía ponerse la primera la prueba literal. Nuestras costumbres judiciales y nuestra legislación, que restringe, según veremos, el uso del testimonio oral, dan preponderancia en los tribunales á la prueba preconstituida que resulta de los documentos auténticos ó de los privados.

En segundo lugar, viene la prueba testimonial. Esta prueba, aunque sometida á graves restricciones, es aun en el día la que está más en uso en la práctica después de la prueba literal.

En tercer lugar, vienen las presunciones, que tienen en general menos fuerza que las pruebas propiamente dichas, porque no se apoyan en el testimonio del hombre, sino en simples indicios.

El legislador coloca en último lugar la prueba que resulta de la confesión de la parte ó del juramento. Y, sin embargo, esta prueba

---

(1) En el famoso procedimiento contra Calas, un indicio grave no llegaba á conocimiento del juez sino por medio de cuatro testigos que se lo habian transmitido nuevamente, según decian.

es la más sólida, pero es también por desgracia la que se obtiene más difícilmente en la práctica, por ser la buena fe lo que más falta á los litigantes (1).

34. Este tratado comprenderá, pues, tres partes, que corresponderán á las tres categorías de pruebas que hemos indicado.

Pero antes de llegar á tratar de cada prueba en particular, conviene exponer algunas ideas generales sobre el curso de la prueba en el procedimiento.

Y, por el contrario, reservaremos para la cuarta parte de este Tratado algunas consideraciones sobre el efecto retroactivo y sobre el derecho internacional en materia de pruebas: consideraciones que no pueden ser bien apreciadas cuando no se han estudiado anteriormente los diversos medios de pruebas judiciales.

---

(1) En la ley de Enjuiciamiento español, publicada en 5 de Octubre de 1855, al tratar en el juicio ordinario, que es el que sirve de norma á los demás, de los medios de prueba, se colocan éstos en el orden siguiente: 1.°, los documentos públicos y solemnes; 2.°, los documentos privados; 3.°, la correspondencia; 4.°, la confesión en juicio; 5.°, el juicio de peritos; 6.°, el reconocimiento judicial; 7.°, los testigos.—*(N. del T.)*

*** En la enumeración que hace de las pruebas el art. 578 de la nueva ley procesal, ocupa el primer lugar la confesión en juicio, porque, aparte de ser aquel medio de convicción «manera de prueba más cierta e más ligera e con menos trabajo e costa de las partes que aducir testigos ó cartas para probar lo que demandan... de manera que non ha menester sobre aquel pleito otra prueba nin otro averiguamiento» (Proemio del tít. 13, de la Partida 3.ª), responde la indicada novedad al valor especial y sentido probatorio que la ley de Enjuiciamiento civil vigente atribuye á la fijación de los hechos en los escritos de las partes, exigida también en la ley antigua, pero no más que para establecer los límites del debate y, consiguientemente, de la prueba y del fallo. (arts. 256 y 261.)

La consecuencia del cumplimiento de aquel requisito era puramente negativa, pues no pasaba de excluir de la litis los puntos de hecho y de derecho no concretados en la réplica y en la dúplica; pero más tarde se acentuó su fuerza por la jurisprudencia, declarándose que, «cuando las partes convienen en la exactitud de un hecho en los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica, si la Sala sentenciadora supone que no está probado tal hecho, traspasa los límites dentro de los cuales las partes han encerrado la cuestión litigiosa é infringe la ley 16, tít. 22, Partida 3.ª, según la cual la sentencia ha de guardar perfecta congruencia con la demanda y las excepciones propuestas por el demandado. (Sent. de 4 de Abril de 1873.)

Inspirándose en esta doctrina, preceptúa la nueva ley de Enjuiciamiento (art. 549) que en los escritos de réplica y dúplica cada parte confesará ó negará llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria, pudiendo estimarse en la sentencia como confesión de los hechos á que se refieren el silencio ó las respuestas evasivas; y limita (art. 565) la prueba que se proponga á los hechos fijados definitivamente en dichos escritos y en los de ampliación, que no hayan sido confe-

sados llanamente por la parte á quien perjudiquen. Por lo mismo que tal virtualidad atribuye á las manifestaciones de los litigantes, hechas en el tiempo y en los términos mencionados, modificando la ley citada el artículo 292 de la anterior, según el cual todo litigante estaba obligado á declarar bajo juramento, contestada que fuese la demanda hasta la citación para sentencia, dispone (art. 579) que esto se entienda desde que se reciba el pleito á prueba.

Resulta de lo expuesto que, por su propio mérito con relación al pleito en que se produce y por ser la primera en cuanto al tiempo en que puede ser prestada y estimada, se justifica el lugar preferente que al enumerar las pruebas admisibles en juicio concede á la confesión la ley procesal vigente.

Concretándose el Código civil en materia de pruebas á la de las obligaciones y no habiendo de consultar conveniencias y sistemas de ritualidad propios de una ley de procedimientos, trata de las pruebas literales preconstituídas antes que de la confesión. Menciona los demás medios probatorios y entre ellos comprende las presunciones (art. 1215).

El lugar que aquéllas, como los demás medios probatorios, ocupan en la enumeración que hacen de los mismos las leyes referidas, no implica razón alguna de superioridad entre ellos. Así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo, declarando repetidamente, que «la ley de Enjuiciamiento se limita á establecer y definir los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, sin determinar su preferencia relativa, no siendo doctrina admitida por la jurisprudencia la de que una prueba deba prevalecer sobre otra» (Sents. de 23 de Noviembre de 1868 y 18 de Octubre de 1873); y que «habiéndose practicado en un juicio por las partes prueba que se compone de documentos, testigos y peritos, si la Sala sentenciadora, usando de las facultades que le competen, las apreció en conjunto, no es permitido descomponerlas al propósito de alegar infracciones en relación al valor que pueda darse aisladamente á uno de sus elementos, rompiendo la cohesión y fuerza que mutuamente se prestan; sino que es necesario, para que el recurso de casación prospere en estos casos, demostrar que la Sala sentenciadora, al apreciar en conjunto esas pruebas, infringe ley ó doctrina legal.» (Sents. de 14 de Marzo de 1876, 11 de Octubre de 1887 y 6 de Febrero de 1889.)

En punto al enjuiciamiento criminal, nuestras leyes tasaban los medios de prueba; pero estas limitaciones han desaparecido gradualmente, hasta el extremo de dejar á los tribunales que aprecien, *según su conciencia,* las pruebas de cualquier clase que se produzcan por la acusación ó por la defensa.

La ley provisional de 18 de Junio de 1870, sobre reformas en el procedimiento criminal, enumeraba los siguientes medios de prueba: inspección ocular, confesión de los acusados, testigos fidedignos, juicio pericial, documentos fehacientes é indicios graves y concluyentes. Además, para que pudiera fundarse la condenación en prueba indiciaria, exigía la misma ley que hubiese más de un indicio, que resultase probado el hecho de que éste se derivaba y que el convencimiento que produjera la combinación de los indicios fuera tal, que no dejase lugar á duda racional de la criminalidad del acusado, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 12 de la citada ley).

Estos preceptos, únicos que limitaban, aunque no ciertamente con exceso, el arbitrio de los tribunales en la admisión y apreciación de los medios probatorios, desaparecieron en la ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872, por ser incompatibles con el espíritu que la informaba. Pero volvieron á consignarse como vigentes en el art. 851 de la Compilación general de 16 de Octubre de 1879, é indudablemente rigen y

habrán de tomarse en cuenta por los tribunales, pero sólo en aquellas causas, si hubiere alguna pendiente, instruídas por delitos anteriores al tiempo en que empezó á regir la novísima ley de Enjuiciamiento criminal.

Con arreglo á esta última, en la actualidad puede afirmarse que no están clasificados ni limitados los medios de prueba utilizables por las partes en los juicios criminales para demostrar la culpabilidad ó la inocencia de los procesados, siempre que los produzcan ó presenten en el tiempo y forma prevenidos al efecto. Son, por tanto, admisibles los medios probatorios mencionados y reconocidos por nuestras leyes anteriores, y á más de ellos puede utilizarse cualquier otro dato, antecedente ó elemento de cargo ó descargo que conduzca al esclarecimiento del hecho justiciable, que pueda influir en la conciencia del juzgador, sea jurado ó tribunal de derecho, y se ofrezca en el término y forma que la ley dispone. El mismo tribunal, sin propuesta ni petición de ninguna de las partes, puede acordar la práctica de cualquiera diligencia de prueba para la mejor demostración de algún hecho que haya sido objeto de los escritos de calificación (arts. 656, 729 y 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal).

Al prudente arbitrio del tribunal queda únicamente el rechazar aquellas pruebas que no considere pertinentes, quedando á salvo, en tal caso, á las partes el recurso de casación (art. 659). — *(N. de la R.)*

NOCIONES GENERALES SOBRE EL CURSO DE LA PRUEBA

SUMARIO: 35. Indicación de las cuatro materias que son objeto de estas nociones generales.

35. Hállanse dos personas en contienda relativamente á un punto. Pregúntase primeramente: ¿cuál de las dos debe probar la verdad de su pretensión? La cuestión no carece de interés. Es mucho más cómodo combatir las alegaciones del adversario que tener que justificar las propias. ¿Quién debe probar? He aquí la primer cuestión que tenemos que examinar.

Pero ¿qué debe hacer el juez á falta de prueba suficiente por parte del que tiene la obligación de probar? Esta es otra segunda cuestión que se refiere íntimamente á la primera.

Por último, ¿qué se puede probar? ¿No hay ciertos hechos cuyo conocimiento oficial no quiere la ley que se adquiera por las vías judiciales? Tal será el tercer objeto de nuestro examen.

En último lugar nos preguntaremos, cuál es la diferencia que presenta la aplicación de las nociones generales sobre la prueba, según que se trate de materias civiles ó de materias criminales.

I

¿Quién debe probar?

SUMARIO: 36. Desarrollo del principio que obliga al demandante á justificar su demanda, y al demandado á justificar su defensa.—37. Temperamento que se aplica á este principio en materia criminal.—37 duplicado. Aplicación referente en cuanto á la fecha del descubrimiento del error ó del dolo.—37 triplicado. ¿Es inútil para el demandado hacer la prueba?—38. Excepción propuesta en el caso de que el demandante articule un hecho negativo.

36. Es un principio de razón y de seguridad social á un tiempo mismo, que el que quiera innovar debe demostrar que es fundada su pretensión. Este principio ha sido siempre admitido en materia personal. Si me considero acreedor, es absolutamente preciso que demuestre la obligación de mi pretendido deudor, ó de lo contrario no puedo obligarle al pago. En materia real, vemos que el derecho romano primitivo, en el procedimiento de las acciones de la ley, colocaba á las dos partes en una misma línea (1). Pero más tarde, el derecho pretorio estableció igualmente una presunción en favor del poseedor, presunción que ha llegado hasta nosotros.

Exprésanse estas dos verdades por medio de una fórmula más general, cuando se dice que la prueba incumbe al demandante, puesto que el no poseedor ó el pretendido acreedor hacen forzosamente el papel de demandantes. Pero cuando una vez hecha la prueba de la demanda, alega la otra parte á su vez, bien una defensa propiamente dicha, tal como el pago, bien una excepción, como el término legal de tres meses, y cuarenta días para hacer inventario y deliberar, esta parte es la que debe justificar el hecho en que se apoya: *Reus in exceptione actor est* (Ulp., l. 1, *De probat*). Si el demandante primitivo replica á su vez, á él le incumbirá probar que es fundada su réplica, y así sucesivamente hasta lo infinito. En una palabra, el que alega un hecho nuevo contrario á la posición que adquirió su adversario, debe probar la verdad de este hecho (2).

---

(1) El magistrado atribuía la posesión provisional á uno de los litigantes. (Gayo, *Inst.*, com. IV, § 16.)

(2) La exposición de estas reglas tan elementales, tan incontestables, basta para patentizar el poco fundamento de la explicación adoptada por sólidos entendimientos, en cuanto á la dificultad que surge acerca del famoso *sane uno casu* del título *De actionibus*, §. 2 de las Instituciones. El caso único (fuera de las acciones confesoria y negatoria) en que estuviese obligado el poseedor á probar, sería la hipótesis de un propietario, que recobrando la posesión de su heredad que es-

Estos principios, que no son otra cosa que la razón y el buen sentido aplicados al procedimiento, son también los mismos que consagra el Código Napoleón al tratar de la prueba de las obligaciones, y es constante, que lo que se ha dicho bajo esta rúbrica debe aplicarse á las pruebas en general: «El que reclama la ejecución de una obligación, dice el art. 1315, debe probarla. Recíprocamente, el que se pretende libre de una obligación, debe justificar el pago ó el hecho que produjo la extinción de ésta.»

37. Añadamos, no obstante, que esta última regla no debe seguirse de una manera absoluta en materia criminal (1). Si en ella se debe aplicar en toda su extensión al que dirige la acusación la

---

taba á punto de usurparle un tercero, se encuentra expuesto á la acción publiciana y reducido á probar que está en el caso de la excepción *justi dominii*, es decir, que es propietario de la finca misma que posee. Pero nada más sencillo que esta pretendida singularidad; nada más fácil de conciliar con los principios que protegen la posesión.

El que intente la acción publiciana, no poseyendo, está obligado á probar que se hallaba con las condiciones requeridas para la usucapión. Ahora, hecha esta prueba, si el demandado quiere probar que es propietario, ¿se le puede creer bajo su palabra cuando ha probado claramente el demandante que tenia la cosa *in bonis?* No, á la verdad, porque se han cambiado forzosamente los papeles de ambos. El demandado invoca un hecho nuevo por el cual se constituye en demandante, y á él es á quien toca justificarlo. La presunción que creaba en su favor la posesión en la primera fase de la instancia, se ha desvanecido en virtud de la prueba hecha por la otra parte. Desde entonces no se considera ya como poseedor, así como la máxima *favorabiliores sunt rei quam actores* pierde toda su fuerza una vez probado el crédito. La anomalia consistiria precisamente en decidir lo contrario: no hay en esto ninguna sutileza particular al derecho romano. En Francia y en todas las legislaciones modernas seria lo mismo en la hipótesis de un depositario que llegara á descubrir que es propietario del objeto depositado. Una vez hecha la prueba del depósito contra él, seria inútil invocar su posesión para dispensarse de probar que le pertenece aquel objeto. Contestariasele que el principio que dispensa de la prueba al poseedor, no se ha entendido nunca sino respecto de la defensiva contra la demanda primitiva, y no de la ofensiva, que constituye el objeto de una demanda reconvencional. No hay, pues, en tal caso, ninguna excepción de los principios constantes sobre la materia, y esta explicación sobrado elogiada no vale casi más que la que consistiese en leer *non uno casu*.

Lo que estariamos más dispuestos á admitir, con la autoridad de muchos manuscritos de Theófilo, es que debe leerse más bien *sane hoc uno casu* y aplicar sencillamente el texto á las acciones posesoria y negatoria, en que el poseedor en Roma podia ser demandante. (V. Paulo, l. 5, §. 6, D., *Si usufr. pet.);* lo cual consiste en las huellas que habia dejado, en materia de servidumbres, el sistema *legis actiones*, en que no se atendia á la posesión anterior al litigio. (V. la tesis de licenciado sostenida el 13 de Agosto de 1836 por M. de Gaslonde, profesor honorario de la Facultad de Derecho en Dijon.) * No es éste, como lo hace justamente notar M. Accarias (*Compendio de derecho romano*, tomo II, pág. 967, nota 2), más que un mero objeto de curiosidad jurídica. «La dificultad no compromete ningún principio y todo se reduce á saber lo que Justiniano quiso decir.» *

(1) Véase sobre este punto á Mr. Mittermaier, *De la prueba en materia criminal*, cap. 17.

máxima: *Onus probandi incumbit actori,* y exigir de él, en su consecuencia, una demostración plena y completa de la culpabilidad del acusado, no puede hacerse igual aplicación en cuanto al acusado de la máxima: *Reus excipiendo fit actor.* El demandado que, perseguido en virtud de un crédito, alega el pago, debe probarlo completamente, y no tan sólo presentarlo como verosímil. Al contrario, el acusado que alega un hecho justificativo ó una excusa, no está obligado á justificarlo de una manera tan precisa, debiendo bastar la probabilidad del hecho alegado para motivar su absolución. Esto es cierto, especialmente en un procedimiento criminal como el francés, en que domina, según veremos, el sistema inquisitorial, mientras que el sistema de acusación, estableciendo una especie de lucha en campo cerrado entre el acusador y el acusado, se aproxima mucho más al curso del procedimiento civil.

La Ordenanza de 1670 (tít. 28, artículos 1 y 2) (1), se separó, pues, de los verdaderos principios, al no autorizar la prueba de los hechos justificativos, aun el de la demencia, sino después de la vista del proceso, y al obligar al acusado á articularlos con precisión bajo pena de caducidad; práctica abolida con razón por la ley de 9 de Octubre de 1789.

37 duplicado. Se ha querido ver también una excepción de los principios sobre la prueba, en la hipótesis de una acción de rescisión fundada sobre el error ó sobre el dolo. El plazo para obrar en justicia no corre entonces más que á contar desde que el error ó el dolo ha sido descubierto (Código civil, art. 1315, 181); ¿pero á quien corresponde hacer la prueba de la fecha en que ha sido descubierto? Al demandante en nulidad, porque se trata aquí de un hecho personal de carácter íntimo, por ser sobre todo verdad el error en la persona alegado en apoyo de una demanda de nulidad de matrimonio. La dificultad de la prueba (lo veremos en el núm. 44) no es motivo suficiente para cambiar los papeles; es que, en resumen, al apoyarse en el descubrimiento posterior que ha hecho del error ó del dolo, el demandante de la nulidad formula una réplica al medio de la prescripción opuesto por el demandado, y el primero está obligado á probar el hecho sobre el cual basa la réplica, la fecha del descubrimiento. Tal es la decisión del Código de procedimientos (art. 488), en un caso de demanda civil motivada por el reconoci-

(1) * Véase, acerca de la Ordenanza de 1670, la *Historia del procedimiento criminal en Francia,* de Mr. A. Esmein, obra premiada por la Academia de Ciencias morales y políticas. *

miento del dolo, ó por el descubrimiento de documentos, cuya decisión es conveniente generalizar, salvo la necesidad de una *prueba por escrito*, que se debe omitir como contraria al derecho común. Una sentencia de casación de 26 de Julio de 1825 ha consagrado esta doctrina, que ha sido admitida por las Audiencias de Besançon (1.º de Marzo de 1821) y de Burdeos (20 de Febrero de 1867). En el caso juzgado por el Tribunal de Burdeos, el demandante en acción de nulidad por error acerca de la persona de su cónyuge, reclamaba al cabo de ocho años de matrimonio y después de la muerte de su mujer.

37 triplicado. Para volver ahora á la máxima *actori incumbit onus probandi*, no se debe deducir fuese inútil la prueba de la propiedad, hecha por el poseedor, y de la cual el juez le hubiera dado certificación.

Si más tarde él se constituye demandante contra un tercero, las justificaciones hechas en el primer juicio podrán servirle de título. Esto es lo que se ha fallado varias veces por el Tribunal Supremo (en sentencia de 22 de Mayo de 1865; Casación, 13 de Julio de 1870). «El fallo que atribuye un derecho real á una persona (dice este Tribunal, fallo de 13 de Julio de 1870), constituye un título susceptible, como cualquier otro, de ser opuesto á todos por el que lo ha obtenido; sin duda alguna la autoridad de la cosa juzgada, estando limitada por el art. 1351 á sólo las partes que están en litigio, semejante fallo no puede ser opuesto á los terceros con la autoridad de la cosa juzgada; pero no por eso deja de ser título, y los terceros contra los cuales es invocado, si pueden atacarle por medio de la tercería, ó aun directamente, no pueden al menos destruir la prueba que resulta sino con la obligación de hacer la prueba contraria y de establecer en su provecho, bien un derecho de propiedad preferente, bien una posesión anterior susceptible de ser legalmente adquirida.» Esta doctrina se halla en armonía con la jurisprudencia acerca de la fe de los actos con relación á los terceros (núm. 508 duplicado).

38. Al admitir los principios generales que acabamos de establecer, se ha tenido por objeto, con frecuencia, limitar su aplicación al caso en que el demandante alegue un hecho positivo; pues si se trata de un hecho negativo, el demandante no puede, según se dice, estar obligado á demostrarlo, y tiene fundamento, en su consecuencia, para rechazar la prueba contra el adversario.

Para combatir esta idea, es preciso desde luego demostrar que no es imposible la prueba de un hecho negativo. Después estable-

ceremos que la carga de la prueba debe siempre incumbir al demandado, bien sea que afirme, ó bien que niegue.

PRIMER PUNTO

¿Es imposible la prueba de un hecho negativo?

SUMARIO: 39. De la posibilidad de probar una negativa.—40. De la negativa de derecho.—41. De la negativa de hecho.—42. Resumen.

39. No se necesitan muy profundas reflexiones para convencerse de la posibilidad de probar una negativa. ¿No se adquiere diariamente la demostración clara é indiscutible de una proposición negativa, de ésta, por ejemplo: una servidumbre de paso, no es susceptible de prestación parcial? La opinión contraria llevaría á la consecuencia, que basta enunciar para que quede refutada, de que quien quisiera negar una máxima recibida, debería ser rechazado *à priori* como si intentara una prueba imposible. Pero, ¿quién no ve que lo más frecuente en una discusión, en que una parte sostiene la afirmativa y otra la negativa, y hay por parte de ambas una alegación positiva y muy susceptible de ser claramente demostrada, que toda la diferencia consiste en la forma, en el modo de fijar la cuestión? Yo afirmo que Pablo es rico, y me lo niega otro. En este caso, es fácil comprobar cuál de nosotros tiene razón, y el que negó se halla tan embarazado para hacer la prueba como si hubiera afirmado que era pobre y yo hubiera negado su aserción. Así es como se convierte en afirmativa esta proposición, al parecer enteramente negativa. Una servidumbre de senda no es susceptible de prestación parcial. Con sólo probar la naturaleza positiva y precisa de la senda, se llega á reconocer que es esencial que se efectúe en su totalidad, lo cual conduce á rechazar la proposición que la considera como divisible. Así, bajo el velo de una negativa, se oculta una afirmación decisiva ó terminante; y esto es lo que llamaron los antiguos doctores, en su enérgico lenguaje, una negativa generadora, *negativam prægnantem*. Esta negativa consiste en alegar un hecho á todas luces incompatible con otro hecho alegado anteriormente, hecho que no es menos positivo porque se articule en forma negativa (1).

---

(1) Es lo que explica muy bien Beaumanoir, (*Práctica de Beauvoisis*, cap. 39, número 50): «Se entiende que la negativa no se puede probar cuando se limita uno á formularla sencillamente, pero se pueden agregar tales detalles á esa negativa, que dimana de la prueba que el demandado presenta el justificar que es cierta: por

40. En esta clase se comprenden las negativas que se llaman *negativas de cualidad* y *negativas de derecho*. Hay negativa de cualidad cuando, por ejemplo, se niega á alguno la cualidad de francés, lo que equivale á decir que es extranjero; proposición susceptible de prueba directa. La negativa de derecho que se refiere á la misma idea, consistirá, por ejemplo, en negar de hecho la existencia de una de las condiciones requeridas para la validez de un testamento, lo que equivale á decir que el testamento contiene un vicio material, vicio que es fácil reconocer si existe. Por eso ha decidido el Tribunal de Casación, por sentencia denegatoria de 21 de Noviembre de 1826, que el que pretende que su adversario ha incurrido en caducidad por no haber producido sus títulos en cierto plazo, puede y debe probarlo, puesto que se puede consignar la falta de haberlos producido tan claramente como el haberlos presentado, comprobando el acta verbal del juez encargado de dirigir la diligencia.

41. Pero si es cierto que siempre que niego una cualidad afirmo forzosamente la cualidad contraria; que siempre que niego el cumplimiento de condiciones legales afirmo virtualmente la existencia material de un estado de cosas contrario á la ley, se ofrece más dificultad respecto de la *negativa de hecho*. Cuando se anticipa un hecho preciso, determinado, parece tener la negación de este hecho algo impalpable que se escapa al análisis. De aquí, la antigua máxima: *Magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus*. Sin embargo, no es dudoso que la negativa de hecho sea igualmente susceptible de una prueba directa. Esto acontecerá si aquélla consiste en la alegación de otro hecho positivo, cuya existencia no sea compatible con la del hecho alegado desde luego, por ejemplo, si un acusado invoca una coartada. Entonces se recae en la negativa generadora de los doctores, y desaparece la dificultad. Si no existen en favor de la negativa argumentos de naturaleza tan decisiva, entonces es menos fácil de probar que la afirmativa. Pero, ¿en qué consiste esto? No consiste, como se imagina ordinariamente, en que haya imposibilidad de probar una proposición negativa, puesto que acabamos de ver que esta prueba es sumamente practicable en infinidad de circunstancias. Consiste en que aquí la negativa es indefinida. Circunscríbasela: opóngase á los testigos que declaran ha-

---

ejemplo, si una persona me pide 20 pesetas y le niego que se las debo, porque se las he pagado ó él me las ha vuelto á coger, en tal caso, y con todo mi derecho, mi negativa arranca de una afirmativa, pues si pruebo el pago, es que he probado perfectamente que no le debía nada.»

ber visto cometer el crimen, otros testigos que, estando presentes en el mismo lugar y en la misma hora, depongan no haber visto nada, y tendrá la segunda tanto peso como la primera. Pero esto ocurre varias veces; el que niega se ve con sobrada frecuencia obligado á recurrir á inducciones, y entonces su posición es menos favorable, no porque niegue, sino porque apoya su prueba negativa en hechos más ó menos vagos. *Si negativa indefinita probari non potest*, dice Coceyo (1), *id non inde est, quia negativa, sed quia indefinita; nec affirmativa indefinita potest.* Así, pues, si afirmo en general que uno ha sido sobornado ó que ha malversado caudales, sin poder precisar en qué ni cómo, será ésta una proposición afirmativa que tampoco será susceptible de prueba. ¿Y por qué? Porque es indefinida.

Vayamos más lejos: tratemos de penetrar en el fondo de las cosas. Toda proposición alegada está desnuda de pruebas ó apoyada en éstas. En el primer caso, es evidente que la afirmación ó la negación no tienen otro valor que la autoridad personal del que la enuncia. En el segundo caso, ya se afirme ó se niegue, puesto que se invocan argumentos, se alegan hechos más ó menos precisos que se trata de demostrar. Así, el acusado que defiende su inculpabilidad, no puede apoyar su denegación sino en los hechos justificativos que afirma. Toda negación seria implica, pues, afirmación. *Certe, si diligenter attendas*, dice la glosa, *non est aliqua negativa, quæ tacitam non habeat affirmativam.* Si la proposición negativa del acusado no se apoya algunas veces sino en débiles inducciones *(probat per obliquum negativa)*, ¿no sucede con sobrada frecuencia lo mismo respecto de la proposición afirmativa del acusador? Los hechos alegados, tanto por una como por otra parte, pueden ser ó no enteramente precisos, ó enteramente inapreciables, ó de tal naturaleza que presenten una de las diferencias ó matices que separan estos dos extremos. Pero no debemos pensar que sean inapreciables por el mero hecho de servir de apoyo á una proposición negativa. ¿Qué cosa más precisa que una coartada? ¿Qué más vago que una acusación fundada únicamente en los malos antecedentes del acusado? Pero, se dirá, hay negaciones que por su naturaleza se resisten enteramente á la prueba, tales como éstas: «Jamás he

(1) Coceyo publicó en 1698 su disertación *De directa probatione negativæ*. Esta doctrina, cuya historia presenta M. Gennari (*Teoria della prove*, prelim., § 7., de una manera interesante, ha sido sostenida en primer lugar por Bartolo contra Irnerio, y en nuestros días la ha hecho prevalecer en Alemania la obra clásica de Weber, *Sobre la obligación de suministrar la prueba*, publicada en 1804.

encontrado á Ticio.» Esta excepción aparente, entra en la regla general, que ve en toda negativa una afirmación virtual. Para probar que jamás he encontrado á Ticio, sería necesario que tuviera testigos que no me hubiesen perdido de vista en toda mi vida, y que dieran cuenta de todos mis pasos; prueba positiva, pero moralmente imposible. Aquí la negativa se analiza en un número infinito de proposiciones afirmativas, así como la línea curva se descompone en líneas rectas. Los hechos tomados aisladamente no tienen nada que no sea positivo, consistiendo la dificultad en su multiplicidad. Pues bien: proviniendo la misma imposibilidad moral de la naturaleza compleja de una proposición simple en apariencia, puede encontrarse en una proposición afirmativa, tal como ésta: «Siempre he llevado en el dedo tal anillo.»

42. En resumen, toda prueba de una negativa, si ha de merecer el nombre de prueba, supone la afirmación de ciertos hechos. O estos hechos son precisos, directamente opuestos á los que puede invocar el adversario, lo cual sucede siempre en las negativas de derecho ó de cualidad, y entonces la negativa es generadora y conduce á una afirmación palpable y positiva, ó bien, lo que sucede con frecuencia en la negativa de hecho, los hechos invocados en apoyo de la negativa son indefinidos; y entonces, aunque es cierto que la prueba será difícil, y algunas veces moralmente imposible, lo mismo acontecerá respecto de una proposición afirmativa compuesta de los mismos elementos: *non quia negativa, sed quia indefinita.*

SEGUNDO PUNTO

La carga de la prueba, ¿incumbe en todos los casos al que afirma?

SUMARIO: 43. Razones alegadas en apoyo de esta proposición.—44. Examen de la cuestión bajo el punto de vista lógico.—45. Discusión de los textos invocados.—46. De la prueba en la excepción *non numeratæ pecuniæ.*—47. Dificultad especial en las acciones negativas.—47 duplicado. Quién debe hacer la prueba en lo que se refiere al no disfrute de las servidumbres.—48. Temperamentos prácticos en la aplicación de nuestra doctrina.—49. Resumen.

43. El sistema que quiere sustituir á la máxima que la prueba incumbe al demandante, la de que la prueba incumbe en todos los casos al que afirma y nunca al que niega, puede apoyarse en ciertas consideraciones abstractas y en la autoridad de algunos textos del derecho romano. Probemos á apreciar la transcendencia de los argumentos que toma de estos dos órdenes de ideas.

44. En primer lugar se coloca en el terreno de la lógica, y dice:

la prueba de un hecho negativo es casi imposible de practicar; la de una proposición afirmativa es muy fácil. La justicia debe elegir el camino que la conduce con seguridad al objeto, más bien que la que conduce á un callejón sin salida. Es también tan conforme á la razón, como á la utilidad práctica de siempre, imponer la prueba al que afirma más bien que al que niega. Ya hemos destruído la base de esta argumentación, estableciendo que la prueba de una negativa es sumamente practicable. Pero vayamos más lejos: supongamos que no ocurra lo que creemos haber demostrado hasta la evidencia, que toda negativa seria se resuelve en afirmativa y recae por esto mismo en el dominio de la prueba; admitamos por un instante que no se pueda probar sino una proposición afirmativa en lá forma: ¿ganará por esto el pleito el sistema opuesto? La máxima de que ninguno está obligado á lo imposible es perfectamente aplicable cuando se trata de una obligación legal que soportamos sin que tenga la menor parte nuestra voluntad. Pero no debe perderse de vista la regla fundamental de esta materia, establecida por el art. 1315 del Código Napoleón. El que reclama alguna cosa en juicio, quiere innovar puesto que ataca, ó bien la posesión positiva de su adversario, si se trata de un derecho real, ó bien en materia personal, esa especie de posesión de su libertad en que se halla colocado todo hombre, cuya dependencia con respecto á otro no está probada. Él es, pues, quien debe justificar su aserto, puesto que nada se presume fuera de las presunciones establecidas por la ley. ¿En qué se apoya, pues, para rechazar la carga de la prueba sobre el adversario? En que le es imposible probar lo que sostiene. Pero, entonces, ¿por qué viene á ocupar á la justicia con su reclamación? ¡Cómo! ¿reconoce en principio que él es quien debe probar su derecho, y porque no puede conseguirlo, quiere imponer el papel activo en el procedimiento á la otra parte, que sólo reclama que se mantenga el *statu quo?* Por esta cuenta, las proposiciones más insostenibles serían las más cómodas de alegar, puesto que la misma imposibilidad de probarlas pondría la prueba del contrario á cargo del demandado. Precisa es verdaderamente toda la fuerza de las tradiciones y de la rutina para que se pueda concebir que semejantes argumentos hayan hecho impresión alguna en los espíritus serios.

45. Insostenible á los ojos de la razón el sistema que dispensa al demandante de probar una negativa, ¿es al menos fundado para invocar la autoridad de los jurisconsultos romanos? Este sistema, se dice, lo formuló Paulo en la ley 2.ª, D., *De probat: Ei incumbit*

probatio quid dicit, non qui negat. Pero en primer lugar, las pretendidas reglas de derecho sentadas por Triboniano, no son frecuentemente más que observaciones aisladas de los antiguos jurisconsultos, á las cuales se atribuye una transcendencia exagerada, separándolas de lo que precede y de lo que sigue. Y aun tomando el texto de Paulo en sentido general, no significa necesariamente que el demandante no está obligado á probar sino en cuanto enuncia una proposición afirmativa; sino que puede querer decir simplemente, que la prueba incumbe al que emite una proposición, y no al que se contenta con negarla; lo cual entraría en la regla general que impone la carga de la prueba á todo el que, bien sea en la demanda, bien sea en la defensa, alega un hecho nuevo. Y esta interpretación es tanto más fundada, cuanto que tal es el sentido manifiesto de otro texto que se invoca á *contrario sensu* por la opinión vulgar. ¿Quién no ha oido repetir este adagio: *Factum negantis probatio nulla est,* como expresión de la imposibilidad de probar una negativa? Pues bien: este adagio se vuelve á encontrar, en efecto, en el *Corpus juris,* pero en otro sentido enteramente distinto que el que se le presta comunmente. Un rescripto de Diocleciano y de Maximiano, que forma la ley 23 en el Código, *De probationibus,* se halla concebido en estos términos: *Actor quod adserverat probare se non posse profitendo reum necessitate mostrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* ¿Se trata aquí de un hecho negativo, cuya prueba rechazara el demandante sobre la parte contraria? Nada menos que eso. El rescripto tiene por objeto, al contrario, proteger al demandado contra las pretensiones de un demandante, que desesperando de hacer prueba, quisiera imponer esta obligación al adversario; ¿y cuál es el motivo de esta decisión? Es que el que se limita á negar las alegaciones producidas contra él, no tiene nada que probar. Los emperadores deciden, pues, que el demandante debe producir la prueba por difícil que sea. Así bien, lejos de adoptar el sistema que autoriza el cambio de papeles, autorizan del modo más formal el principio que obliga al demandante á justificar su derecho. *Factum negantis probatio nulla est,* significa evidentemente aquí, que no tiene obligación de probar el que se encierra en una negación. ¿Cuándo es, pues, permitido encerrarse en una simple denegación? Cuando se está á la defensiva, es decir, cuando es uno el demandado, bien se trate de una demanda, bien de una excepción. Esto es probablemente también cuanto quiso decir el texto de Paulo: *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat.*

A la misma consecuencia se llega cuando se investiga la transcendencia de esta regla del derecho común inglés *(common law)*, sobre que la obligación de probar incumbe siempre á la parte que sostiene la afirmativa. M. Greenleaf, al reproducir esta regla (tomo I, página 99), reconoce que no se refiere en manera alguna á la imposibilidad que hubiera de probar una negativa, y admite que, después de todo, el verdadero criterio consiste en investigar contra cuál de las partes, á falta de toda prueba, deberá dictarse la providencia, cargando á esta parte con el peso de la prueba (1). Lo cual es decir en otros términos: *Onus probandi incumbit actori.*

46. Es verdad que había un caso en Roma en el cual el que tenía que probar una negativa, estaba autorizado para rechazar la prueba sobre el adversario. Este caso era aquel en que el demandado, en virtud de un escrito ó de una estipulación de que nacía directamente la obligación de pagar cierta suma, invocaba la excepción *non numeratæ pecuniæ*. Aunque por esta excepción el demandado se constituía en demandante, tenía el derecho de exigir del presunto acreedor la prueba de que se había numerado el dinero. Pero esta es una decisión enteramente especial y excepcional, que se refiere á dos causas: en primer lugar, á la frecuencia de esta clase de fraude en Roma, frecuencia atestiguada por el gran número de textos que lo mencionan; en segundo lugar, á la propensión de la jurisprudencia romana á separarse de las formas rigurosas de la estipulación y de la obligación literal. (V. *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano*, por M. Ortolán, en el título *De litterarum obligatione*). Estos dos motivos son enteramente inaplicables en el día. Así es que esta doctrina fué desde hace largo tiempo desechada en Francia. «No tiene lugar la excepción de dinero no numerado», dice Loisel (2) *(Inst. cout.*, libro 5.°, tit. 2.°, § 6). Por lo demás, este caso era el único en que se cambiaron en Roma los principios de la prueba. La regla que la pone en todo caso á cargo del demandante, se halla formulada claramente por Africano en la ley 15, D., *De op. nov. nuntiat.* Después de haber supuesto que la

---

(1) *Consider which party would be entitled to the verdict, if no evidence were offered in other side; for the burden of proof lies on the party against whom, in such case, the verdict ought to be given* (Ibid., not. 3.ª).

(2) * La excepción del dinero no especificado fué restablecida durante un periodo de diez años en contra de los judíos de ciertas regiones de la Francia. (Decreto de 16 de Marzo de 1808.) Acerca de las medidas que dictó Napoleón I contra los israelitas de las provincias del Este, véase *La cuestión judía en Francia bajo el primer Imperio*, según documentos inéditos, por Mr. Pablo Fauchille. *

parte contra quien se dirige la acción rehusa defenderse, ya en una acción confesoria, ya en una negatoria, dice el jurisconsulto, sin hacer distinción alguna: *Hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.* Así, pues, ya se trate de una afirmación ó de una negación, se obliga á la parte que no quiere defenderse á ser demandante, es decir, á probar. El demandante es, pues, quien debe hacer la prueba, aun en caso de una acción negativa (1). Este sistema ha sido autorizado por una sentencia de casación del 16 de Octubre de 1848, como veremos al hablar de los documentos privados, en lo concerniente á la prueba de la causa no enunciada en un pagaré.

47. Sin embargo, se presenta, respecto á las acciones negatorias, una dificultad especial que no podemos omitir. Independientemente de lo relativo á la prueba de la negativa, se invoca el principio que toda heredad se presume libre hasta que se pruebe lo contrario. En su consecuencia, se dice, el que reclama un usufructo ó una servidumbre, reivindica un derecho enteramente excepcional, y debe probar su existencia. En vano habrá triunfado el demandado en la vía posesoria (2), porque esto no es más que una cuasi posesión que no puede ejercer influencia sobre la prueba. *Quasi possessio*, dice Dumoulin (*Comm. sur la Cout. de París*, § 3, glos. 6, núm. 4.°), *non relevat ab onere probandi in servitute reali.* «Si la posesión anual (dice la Audiencia de Limoges en una sentencia de 28 de Julio de 1842), cuando se trata de la propiedad de una finca, procura al que la hace declarar, no solamente la ventaja de continuar en su goce durante la instancia en lo petitorio, sino también la de obligar á su adversario, que pretende la propiedad, á producir un título ó justificar una posesión de treinta años, no puede suceder lo mismo cuando se trata de servidumbres, en cuanto á la obligación de producir la prueba; pues, en efecto, es un principio, que todas las tierras son libres hasta que se pruebe lo contrario, y esta

---

(1) «Atendiendo (dice la sentencia del 21 de Noviembre de 1826 citada más arriba) á que la misma imposibilidad de probar no desnaturaliza las cualidades de las partes, y no hace que caiga en el demandado la obligación de una prueba que, formando la base de la demanda, es esencialmente de cargo del demandante: *Frustra verearini, ne ab eo, qui lite pulsatur probatio exigatur.*» (L. 8., Cod. *De probat.*)

(2) Según la jurisprudencia del Tribunal de Casación, conforme con la doctrina de Pothier (*Possesion.*, n. 90), aun cuando la servidumbre no sea continua y aparente, si se funda en un título que evite la presunción de que es precaria, da lugar al ejercicio de la acción posesoria: * así ha sido sentenciado (Tribunal Supremo, 15 de Febrero de 1841), aun respecto de una servidumbre negativa, la de conservar un terreno en estado inculto. *

presunción legal dejaría de existir si el propietario de la heredad sobre que se trata de imponer servidumbre, estuviera obligado á probar que no existe ésta.» (V. también la sentencia del tribunal de Grenoble de 14 de Julio de 1832, y de Agen de 30 de Noviembre de 1852.)

No hay duda que se presume libre toda heredad; pero esto no es presunción *juris et de jure*, es una simple presunción de hecho, que admite perfectamente la prueba contraria. Bajo este concepto se pueden oponer ventajosamente las sentencias de la Audiencia de Limoges, que se ha pronunciado dos veces (el 15 de Febrero de 1837 y el 20 de Noviembre de 1843) en un sentido opuesto á su decisión de 1842, adoptando los motivos de un fallo del tribunal de San Irieix, el cual dice «que no debe distinguirse donde la ley no distingue; que el que tiene en su favor una presunción legal se considera propietario hasta que se pruebe lo contrario; que la ley no distingue entre el poseedor de una servidumbre y el poseedor de una heredad; que la presunción de libertad debe ceder ante una presunción más fuerte, la de propiedad, que resulta de la posesión con todos los caracteres que exige la ley; que, en efecto, hay ya una gran presunción de que existe la propiedad, cuando se ha adquirido ya certeza de que se ha gozado de ella durante un año sin perturbación alguna, pacífica y públicamente.»

Es tradición que remonta al derecho romano, la distinción de la posesión en materia de propiedad y de la cuasi posesión en materia de servidumbre. Pero esta distinción no ha tenido jamás la transcendencia que la han prestado ciertos intérpretes modernos. Desde que ha sido admitida la *quasi possesio*, se le ha atribuído los mismos efectos que á la posesión. *Si quæritur*, dice Ulpiano (l. 8, § 3, D., *Si serv. vind.*), á propósito de la carga de la prueba con relación á la servidumbre, *tigni immittendi, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt, eum qui sibi servitutem debere ait; si vero non sunt immissa eum qui negat.* Asimismo Pothier (*Posesión*, n. 38), asimila la cuasi posesión á la posesión propiamente dicha; y lo que sienta Dumoulin sobre la carga de la prueba, relativamente á la *quassi possesio*, se refiere á las materias feudales, y á casos en que, por otra parte, el señor no hubiera sido admitido al juicio posesorio (1), lo cual es contrario á la hipótesis que discutimos. Dunod,

(1) *Etiam in simplici possessorio non sufficeret patrono sola quasi possessio, nisi esset immemorialis.* (Com. sobre la costumbre de París, loc. cit.)

que trata de esta cuestión bajo el aspecto del derecho común, se expresa del modo siguiente:

«Presumiéndose de derecho la libertad, y teniendo á su favor esta presunción el que obra por acción negatoria, no debe estar encargado de prueba alguna, pues incumbe á la parte que pretende la servidumbre probar que se ha constituído ó se ha prescrito, *á no ser que se reconozca á ésta hallarse en posesión, porque su posesión destruiría la presunción de la libertad.*»

47 duplicado. Igualmente á la posesión se refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se trata de saber quién debe hacer la prueba en lo que atañe á la extinción de la servidumbre por el no uso. Según ciertos fallos (París, 2 de Julio de 1836; Rouén, 20 de Mayo de 1868), el que produce en apoyo de la servidumbre que reclama un título aun más antiguo de treinta años, tiene derecho, según la máxima *reus excipiendo fit actor*, á exigir del adversario la prueba del no uso. Pero entonces esta forma de extinguirse las servidumbres vendría á ser ilusoria, porque bastaría producir un título que alcanzara tal vez más de un siglo para hacer revivir una servidumbre que hubiera cesado desde mucho tiempo, imponiendo al adversario la difícil prueba de la falta de ejercicio durante treinta años. Según la doctrina de Merlín, *Cuestiones de derecho* (véase *Uso*, § 9, núm. 3), consagrada por el Tribunal regulador (sentencias de 3 de Junio de 1835 y 15 de Febrero de 1842), es preciso distinguir si el que reclama la servidumbre, está ó no en posesión del derecho. Si posee actualmente, el título hace presumir la posesión en la época de su fecha, y de los términos del art. 2234 del Código civil, existe la presunción de la posesión dentro del tiempo intermedio, salvo la prueba en contrario. Pero si el reclamante no está actualmente en posesión, el título que invoca es un título prescrito, pues el título de servidumbre, á diferencia del de propiedad, tiene necesidad de ser vivificado por el uso; á él, pues, le corresponde justificar actos de posesión que alcanzan á menos de treinta años. Es en ese mismo sentido en el que el Tribunal de Casación, por sentencia de 18 de Noviembre de 1845, con motivo de una renta establecida por un título que tenía una fecha superior á treinta años, ha fallado que «la prescripción de treinta años, al destruir todas las acciones reales ó personales, destruye el efecto de los títulos sobre los cuales hubieran sido fundadas dichas acciones; y que la presentación de esos títulos por la persona en cuyo provecho estaban suscritos, prueba sólo la existencia de la obligación original, sin que nada pueda oponerse en contra de la pre-

sunción legal de liberación que resulta del mucho tiempo transcurrido.»

48. Resta examinar cómo puedo yo probar que no existe servidumbre sobre el fundo que poseo, puesto que esto es una negación indefinida que resiste á la demostración. En casos semejantes se ha adoptado un temperamento por los partidarios de la doctrina que sostenemos aquí: temperamento que consiste en obligar al demandado, no á probar su derecho, sino á alegar el título á que se refiere, por ejemplo, una donación, un testamento (1).

Entonces se hallará colocada la cuestión en un terreno positivo y será posible al demandante probar que no existe dicho título. Si no lo consigue, se le negará su pretensión; si, por el contrario, logra probarlo, estará la presunción en su favor y corresponderá al demandado, que ha sucumbido ya una vez, justificar, si puede, la existencia de otro título. Este temperamento no es solamente cuestión de práctica, sino que se halla perfectamente conforme con los principios que hemos sentado en la primera parte de este artículo, en que hemos reconocido que cuando no puede probarse una proposición negativa, consiste en que es indefinida, de suerte que si se la hace definida, concentrándola en un punto, nada más fácil que salir del embarazo respecto de su prueba (2).

Otro temperamento admitido en la práctica inglesa (M. Greenleaf, tomo I, págs. 105-106), consiste en mostrarse menos riguroso para la prueba, con respecto al que se ve en el caso de probar una negativa; entonces basta que se funde su alegación en una presunción razonable, á falta de todo testimonio. Así, cuando se trata, en virtud de la ley de 3 de Mayo de 1844, que prohibe (artículo 1.º) cazar en tierras de otro *sin su consentimiento,* no necesita demostrarse la falta de consentimiento de un modo preciso, sino que basta probarlo valiéndose de las circunstancias del caso.

49. En resumen, para reducir la cuestión á su más sencilla expresión, valiéndonos de las formas de la lógica, la opinión que hemos tratado de combatir puede reducirse á este silogismo. No es susceptible de prueba una proposición negativa; es así que el que alega una proposición que no es susceptible de prueba, puede echar

---

(1) En Roma se seguía una marcha análoga en la *interrogatio in jure.* (V. en el Digesto el título *De interrogationibus in jure faciendis.)*

(2) «Atendiendo (dice dicha sentencia de 1826) á que la prueba negativa se considera afirmativa siempre que, revestida y circunscrita por hechos positivos de tiempo ó de lugar, resulte ella misma perfecta y completa de la sola prueba de estos hechos.»

la prueba sobre su adversario; luego el que alega una proposición negativa puede echar la prueba sobre su adversario. Ya hemos consignado que toda negativa formal es susceptible de demostración, lo cual destruye la mayor de este silogismo. La menor está en oposición con los principios más constantes sobre las reglas de un buen procedimiento, puesto que dicha menor se apoya falsamente en el derecho romano, que la rechaza en los casos ordinarios y no la autoriza en caso particular, sino bajo la influencia de ideas que no tienen curso en el día. Así, pues, hay que llegar forzosamente á la conclusión, de que entre nosotros incumbe siempre la prueba al demandante, y que puede hacerla, aun cuando se trate de un hecho negativo; lo cual conseguirá mucho más fácilmente, si se admite esta prudente restricción, que para hacerla negativa definida, es permitido obligar á la parte contraria á precisar sus pretensiones.

*** *Naturalmente,* dice la ley 1.ª, tít. 14, Part. 3.ª, *pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda ó la cosa ó el fecho sobre que le face la pregunta.* Este precepto de nuestro antiguo derecho implica la conciliación, después constantemente observada en la práctica, de la máxima que impone la carga de la prueba al demandante y de la que atribuye aquella obligación á la parte que afirma. Fúndase la primera en la situación generalmente ocupada por el actor, en cuanto es de afirmación de una proposición ó de un hecho dirigida á obtener la declaración de una cualidad ó de un derecho, ó á innovar y contradecir en beneficio propio la posición jurídica ó materialmente adquirida por el demandado, al cual, con arreglo al mismo principio obliga, como también al demandante, la prueba de la negativa si ésta entraña una afirmación; caso igualmente previsto en la ley 2.ª del título y Partida citados, cuando habla *de cosas señaladas en que la parte que las niega es tenuda de dar prueba sobre ellas; et esto serie cuando alguno razona ó dice en juicio contra su contendor que non puede ser abogado... testigo... juez,* porque esta negación envuelve la afirmación de un impedimento para ostentar aquellos conceptos.

Las mencionadas reglas generales se encuentran consignadas en las siguientes, entre otras muchas sentencias de casación:

—La prueba incumbe al demandante, según la ley 1.ª, tít. 14, Partida 3.ª (Sent. de 28 de Junio de 1858.)

—La prueba incumbe al demandante, á excepción de los hechos negados por el mismo. (Sent. de 28 de Junio de 1860.)

—La prueba no incumbe al que niega sino al que afirma un hecho ó tacha de vicioso un documento. (Sent. de 1.º de Febrero de 1862.)

La obligación de probar incumbe al que afirma. (Sent. de 2 de Julio de 1868.)

—Aun que el demandante deba probar su acción, incumbe también al demandado probar sus excepciones. (Sent. de 16 de Diciembre de 1859.)

—El demandado que excepciona hechos afirmándolos, tiene el deber de probarlos para dejar sin valor ni eficacia la demanda en lo que es contradicha con las excepciones afirmativas. (Sent. de 20 de Junio de 1872.)

—Cuando la negativa del demandado envuelve una afirmación, á él incumbe probarla, con arreglo á la ley 2.ª, tít. 14, Partida 3.ª (Sent. de 11 de Mayo de 1887.)

El Código civil condensa los mismos principios, declarando en su artículo 1214 que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

En rigor no es una excepción de las reglas precedentes la que arroja sobre el demandado la obligación de probar, tratándose de una acción negatoria de servidumbre: Primero, porque la relevación de prueba por parte del actor no es absoluta, puesto que, según tiene confirmado el Tribunal Supremo, «para que tenga lugar la acción negatoria de servidumbre, ha de pertenecer por un título legal al que la ejercita la finca que se pretende no deberla». (Sentencias de 1.º de Abril de 1862, 24 de Enero de 1867 y 19 de Enero de 1883): Segundo, porque ni aun concretamente á la servidumbre se prescinde de la afirmación que aquélla presupone de estar la finca libre de aquel gravamen, sino que, como equivalencia y sustitución de aquella prueba, tiene á su favor el demandante la presunción de derecho de que «la libertad de un predio se presume mientras no conste lo contrario». (Sent. de 7 de Abril de 1864.)

Acerca de esta materia de las presunciones, dispone el Código civil (artículos 1250 y 1251) que las que la ley establece dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas; pero pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohiba.

En su lugar oportuno hablaremos de las presunciones como medio de prueba, que tal es el concepto en que el Código civil las sanciona. Por ahora basta recordar que fueron en nuestro antiguo derecho y son actualmente motivos que excusan de la prueba á la parte á quien favorecen. Así, por ejemplo, prevenían las Partidas que, reclamándose la herencia en virtud de testamento, incumbía la prueba al demandado si éste remitía la demanda alegando la demencia del testador, *porque sospecharon los sabios que todo home es cuerdo fasta que se pruebe lo contrario:* que demandadas á la mujer cosas que dejó el marido, si aquélla negase ser de éste dichas cosas, la obliga la prueba, *porque sospecharon los sabios antiguos que toda cosa que hallasen en poder de la mujer era de los bienes del marido fasta que ella muestre lo contrario;* que si padre ó madre dijesen que un hijo no es suyo, no deben ser creídos si pudiere probarse por los vecinos del lugar que el hijo nació de la mujer siendo casada con su marido y no habiendo estado éste separado de ella tanto tiempo que pudiera sospecharse, según la naturaleza, que el hijo era de otro; que sospechan los sabios que todo hombre que en alguna sazón fué señor de la cosa, lo es aún hasta que sea probado lo contrario, correspondiendo también la prueba á quien niega que tiene la cosa en su poder, si la recibió en depósito, préstamo ó guarda. (Leyes 2.ª, 9.ª y 10, tít. 14, Partida 3.ª)

Por presunciones que requieren la prueba en contrario decide el Código civil á favor de quiénes en aquéllas se encuentran comprendidos, entre otros puntos, la simultaneidad de la muerte de dos ó más personas llamadas á sucederse, cuando se ignora quién de ellas murió primero; la filiación de los hijos legítimos; la muerte del ausente; la buena fe; el justo título de quien posee en concepto de dueño, y la posesión en el tiempo intermedio de quien la tiene en el actual y demuestra que la tuvo en la época anterior. (Arts. 33, 108, 191 á 195, 434, 448 y 459.)

En estos y en los demás casos á que las leyes se refieren, representa la presunción un estado de derecho, y, en su consecuencia, toca la prueba á quien por acción ó excepción pretende innovarlo; obligación que, por lo tanto, encaja en las reglas expuestas en el comienzo de esta nota. A presunciones tácitas responde el Código civil en alguna de sus disposiciones, como cuando impone al heredero la prueba de ser cierta la causa de la desheredación, si el desheredado la negare, y al legatario la de que el testador sabía que la cosa legada era ajena. (Arts. 850 y 861.)

A dichas reglas se acomodan igualmente los casos que como especiales menciona el autor. Del dolo ó el engaño ha declarado el Tribunal Supremo que no se presume, por regla general, y es necesario probarlo, según dispone la ley 3.ª, tít. 14, Partida 7.ª (Sent. de 3 de Marzo de 1884). Relativamente á la excepción *non numerata pecuniæ*, es jurisprudencia del propio Tribunal, ajustada al precepto de la ley 9.ª, tít. 1.º, Partida 5.ª, que «opuesta oportunamente contra el tenedor de un vale, impone á éste á la obligación de probar la nulidad de la entrega ó préstamo en el mismo documento consignado» (Sent. de 3 de Julio de 1869). En ambos supuestos, como en el de la extinción de la servidumbre por el no uso, determina la obligación de la prueba la regla general que la atribuye á quien por deducir una acción necesita justificar los fundamentos de la misma, si la negase la parte contra quien se dirija. Lo que dice el autor á propósito del título judicial de propiedad obtenido por un poseedor y utilizado después por éste contra un tercero, atañe más propiamente que á la materia que nos ocupa, á la fuerza de la cosa juzgada.

Como en lo civil, la prueba en lo criminal corresponde en primer término al acusador y con éste la comparte el acusado si formula proposiciones afirmativas ó negaciones no indefinidas.—*(N. de la R.)*

II

¿Qué debe decidirse á falta de pruebas suficientes?

SUMARIO: 50. Manera como se relaciona esta cuestión con la precedente.—51. Justificación del principio que decide sin duda alguna en favor del demandado.—52. Violación de este principio en lo criminal, por medio de la institución de la *pena extraordinaria*.—53. Conforme á este mismo espíritu, variaciones de la antigua absolución *(acquittement)* ó término medio entre la absolución *(acquittement)* y la condena.—54. Salida por la galería.—55. Simple apertura de las prisiones.—56. Sobreseimiento.—57. A más amplio informe.—58. No debe confundirse la providencia de no ha lugar con la absolución *(acquittement)*.—59. Diferencia entre lo civil y lo criminal en esta materia.

50. Ya hemos dicho que esta cuestión se refiere íntimamente á la precedente. De la solución de esta cuestión depende, en efecto, en gran manera el interés de las dificultades relativas á la parte que corresponde á cada litigante respecto de la prueba en el procedimiento; porque no debemos imaginarnos que porque tenga contra sí una parte la carga de la prueba, pueda la otra atrincherarse impunemente en un silencio sistemático. Siempre se procederá indebidamente negándose á ilustrar á la justicia, y además, raras veces dejará de haber peligro en abstenerse de responder á las alegaciones del adversario. Pero la importancia de la atribución de la parte que á cada litigante corresponde respecto de la prueba en el procedimiento, consiste sobre todo en que la insuficiencia de la prueba, de parte del que está encargado de producirla, lleva consigo la denegación de su pretensión. *Actore non probante, reus absolvitur.*

Esta es la gran ventaja de la situación del demandado, desde

que se admite con nosotros, que incumbe siempre la prueba al demandante. Las consideraciones que militan en favor de esta decisión conducen á reconocer que el demandante que no prueba su pretensión, debe sucumbir respecto de ella. La prueba no sería una carga *(onus probandi)* si el no verificarla no debiera ser fatal á la parte que debe probar. Sin razón se ha creído ver una derogación de este principio en la doctrina, profesada por Pothier *(Possessión,* núm. 105), y reproducida en sentencias de casación denegatorias de 5 de Noviembre de 1860 y 22 de Julio de 1868, que autorizan al juez dé posesión, cuando las pruebas de ambas partes se equilibran, á enviar las partes al juicio de propiedad. Si pretendiese sólo el demandante la posesión y no pudiera conseguir hacer la prueba, entonces tendrá, respecto de él, aplicación la máxima *actore non probante*, aun cuando la posesión del demandado no quedase comprobada (Sent. deneg. de 24 de Marzo de 1854). Pero suponiendo, dentro de la doctrina de Pothier, que el demandante y demandado presenten igualmente hechos de posesión, y que ninguno de ellos lleve ventaja á su adversario, habrá necesidad entonces, para obtener una solución, de acudir al juicio de propiedad.

51. Sin embargo, el principio que requiere que el demandante deba sucumbir á falta de prueba, no se ha observado siempre; los Romanos, que nos lo han transmitido, no han sido fieles á él. Así, Aulo Gelio *(Noches Áticas,* lib. 14, cap. 2.º), nos dice, que teniendo que decidir sobre la existencia de un crédito, en un negocio en que el demandante no tenía pruebas suficientes, pero en que era de una reputación intachable, mientras que la del demandado era detestable, salió del compromiso jurando que no veía claro en el negocio, *sibi non liquere* (1), lo cual hoy se consideraría como una denegación de justicia. Nuestros autores antiguos, por su parte, han propuesto diversos expedientes para resolver las cuestiones dudosas. Unos quieren que se corte la diferencia por la mitad, lo cual llama Cujacio, con razón, *anile judicium*. Otros proponen que se eche suertes, lo cual se ha realizado efectivamente en 1644, en la famosa *sentencia de las támaras ó pajillas* (2). Lo arbitrario y ridículo que resulta

(1) Paul (l. 36, D. *de rejudic.*) menciona el mismo juramento, *sibi non liquere*. Pero esta era una declaración individual y no una fórmula judicial. El juramento de Aulo Gelio no tuvo otro efecto que el de hacerle reemplazar por otro *judex: adque ita judicatu illo solutus sum.*

(2) Esta sentencia se dió por un juez de Melle que hizo sacar á los litigantes pajillas ó *támaras* que tenía entre los dedos. Afortunadamente, para honor de la justicia, fué reformada por el Parlamento de París.

del uso de tales medios, prueba cuán prudente es sentenciar pura y simplemente en favor del demandado.

Es verdad que un novador intrépido, que hemos tenido ocasión de encontrarnos al paso, Bentham, propone echar abajo la antigua máxima *actore non probante*, etc. Entre el demandante y el demandado, *la presunción antejudicial*, para valernos de sus expresiones, debe estar en favor del primero (V. *Pruebas judiciales*, edic. de Dumond, tomo 2.°, lib. 2.°, cap. 2.°). Las causas ganadas por los demandantes, dice, están en proporción muy superior á las causas ganadas por los demandados. Pero esto es sacar de su sitio la cuestión. Aquí no se trata de saber si en todos los procesos, considerados en conjunto, tiene razón la mayoría de los demandantes, lo cual puede ser cierto: se trata de examinar si puede presumirse que un demandante, que no ha probado suficientemente su derecho, está fundado en su pretensión. No hay duda que la mayor parte de los demandantes triunfan, pero es porque consiguen probar su derecho. ¿Pero hay en este resultado nada que nos autorice á suponer que los que no consiguieron probar, tenían razón en el fondo? ¿Quién no ve que, si se admitiera semejante presunción, se abriría la puerta á los litigios más escandalosos, á las más intolerables vejaciones? Atengámonos á la máxima, tan antigua como sabia, que protege el *statu quo*, la presunción de propiedad ó de libertad que surja en favor del demandado (1).

52. Esta máxima debe considerarse sagrada, sobre todo en materia criminal: siempre que no se prueba bien la culpabilidad, sería monstruoso imponer una pena. En otro tiempo se admitía en Francia un término medio, que hallamos también en ciertas legislaciones contemporáneas. «Los jueces, dice Papón (lib. 24, tít. 8.°, núm. 1.° de su colección de sentencias), que no tienen á mano en la prueba del delito otra cosa que indicios y presunciones, á menos que sean indubitables y vehementes, si bien no deben imponer la verdadera y última pena, como si hubiera testigos que declarasen haber visto su perpetración, deben inclinarse á imponer alguna condena extraordinaria ó arbitraria *(gracieuse)*». Dejando aparte este error, frecuente en todo tiempo, que propende á confundir una culpabilidad imperfectamente probada, con una culpa-

(1) Véanse las notas de M. Rossi sobre este pasaje de Bentham en la edición de Dumont, en el lugar citado. Los traductores italianos de nuestro *Tratado de las pruebas* rechazan la idea de toda presunción antejudicial en favor, ya del demandante, ya del demandado; pero llegan al mismo resultado que nosotros, ateniéndose á la idea de que, en caso de duda, no ha presentado prueba el demandante.

bilidad menor, la pena *arbitraria ó extraordinaria* se refería íntimamente á las doctrinas de nuestra antigua jurisprudencia sobre la prueba. Este sistema parece haber prevalecido, sobre todo en la época en que propendiendo el procedimiento inquisitorial á sustituirse á la acusación privada, se desconfiaba, no obstante, aún del nuevo procedimiento, y no se imponía, cuando se había hecho uso de éste, la pena más grave, sino una pena inferior. Aun en tiempo en que la forma inquisitorial dominó completamente, estuvieron avasallados los tribunales, como veremos más adelante, por la teoría de las pruebas legales, que no permitían condenar á falta de ciertas condiciones. Así, valiéndonos del ejemplo citado por Papón, no podía pronunciarse una sentencia capital por meros indicios. Impedido el juez con esta prohibición, se acogía á la pena extraordinaria, si se hallaba moralmente convencido de la culpabilidad. Así se procedió en Toscana en 1838, y en Prusia hasta la ordenanza del 3 de Enero de 1849, que sirvió de introducción á la ley de la misma fecha, que estableció el procedimiento público y oral con el jurado. Esta última ordenanza (§. 23 y 118) prescribe, que se aplique la pena legal, plena y completa en el caso en que se declare la culpabilidad del procesado, y no declarándose ésta, que se ponga á éste en libertad. En Austria, las cartas patentes de 31 de Diciembre de 1851 (art. 29 y siguientes), habían vuelto á poner en vigor la pena extraordinaria (V. *Cód. de jur. pen. de 1853*, §. 2.º). Pero la ley de 15 de Noviembre de 1867 (pág. 39, nota 2.ª) está concebida con distinta tendencia, por lo que creemos que esta antigua institución, tan combatida por M. Mittermaier *(Prueba en materia criminal,* cap. 69), no alcanzará una larga existencia, aun en Alemania (1).

---

(1) Véase pág. 39, nota segunda. El antiguo derecho y jurisprudencia española sobre esta importante materia, daban ocasión á cuestiones y dudas, cuya exposición excedería los límites propios de unas anotaciones, por lo que juzgamos conveniente limitarnos á hacernos cargo de las últimas disposiciones contenidas en la ley provisional prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código promulgado en 1848 y reformado por varios decretos posteriores.

Según la regla 2.ª de dicha ley provisional agregada al Código, publicado en 1848, en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquirieran los tribunales la certeza de la criminalidad del acusado, pero faltase alguna de las circunstancias que constituyen plena probanza según la legislación actual, debían imponer en su grado mínimo la pena señalada en el Código, á menos que ésta fuese la de muerte ó alguna de las perpetuas, en cuyo caso debían imponer la inmediatamente inferior. Mas la aplicación de esta regla daba ocasión á graves y numerosas dificultades, porque refiriéndose en general á la certeza de la criminalidad del acusado, no se sabía si esta certeza había de ser moral ó legal; y aun en caso de entenderse lo primero, que era lo que se quería decir en esta regla,

Condenar así á una pena menor al que, después de todo, puede ser inocente, es un procedimiento que había ya reprobado enérgicamente el ilustrado juicio de D'Aguesseau: «Este uso, dice en una carta de 4 de Enero de 1739, es un abuso que no se puede tolerar,

---

como se refería la misma á la falta de las circunstancias que constituyen plena probanza, según la legislación actual, y como éstas eran de muy diversa índole, según las diferentes clases de pruebas y las diversas leyes que tratan de ellas, no se sabía á cuáles atender. Así fué que esta regla fué reformada y sustituída por otra que forma actualmente la 45 de la mencionada ley provisional, y que se halla concebida en estos términos: «En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquiriesen los tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 12, tit. 14, Part. 3.ª, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código. Si ésta fuese una sola indivisible ó se compusiere de dos igualmente indivisibles, los Tribunales procederán con sujeción á lo que disponen las reglas 1.ª y 2.ª del art. 66, respecto á los autores del delito frustrado y cómplices del consumado.»

Por esta nueva reforma se han resuelto las dificultades que ofrecía la regla antigua, puesto que dicha nueva regla se refiere, al tratar del convencimiento de la criminalidad del acusado, al que producen las reglas ordinarias de la crítica racional, y respecto de la falta de evidencia, se refiere á la evidencia moral que exige la ley 12, tít. 14, Partida 3.ª Esta ley dice lo siguiente: «Criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusación ó de riepto, debe ser probado abiertamente por testigos ó por cartas ó por conoscencia del acusado, é non por sospechas tan solamente, ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona del ome ó contra su fama, que sea probado é averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna duda.» De manera que la regla 45 nueva, sin disminuir los requisitos que exigen nuestras antiguas leyes para constituir la prueba plena necesaria para la imposición de la pena que se marca al delito, deja á los tribunales la apreciación, según las reglas ordinarias de la crítica racional, de la forma ó circunstancias exteriores de dichas pruebas, facultándoles para imponer el grado mínimo de la pena, cuando exista prueba de tal fuerza, moralmente considerada, que produzca el convencimiento de la criminalidad del acusado, pero que no constituya prueba plena por falta de algún requisito de importancia. Si se probase, pues, un delito por testigos presenciales, pero éstos se hallasen presos en la misma cárcel donde se perpetró el delito, y no hubiese otros idóneos, apareciendo esta prueba clara en sí, aquella falta en la prueba influirá sólo para que no se impusiera la pena marcada en el Código, sino en su grado mínimo. «Deber era del legislador, dice un ilustrado comentarista del mismo, en su nota á esta regla, prevenir los inmensos males de esa impunidad legal, que á veces rayaba en un escándalo inaudito para toda una población que tenía evidencia de la comisión de un delito atroz, no presenciado por dos testigos ó presenciado si se quiere por tres, pero faltando alguna de las escolásticas circunstancias que requiere una ley de Partida. Hemos visto pruebas moralmente robustísimas, invalidadas por derecho á causa de faltar los requisitos legales secundarios de todo punto indiferentes á los ojos de una sana crítica. De hoy más, cesarán estos inconvenientes. Las pruebas han de ser claras como la luz; mas la ley no se entromete á delinear su forma, y deja en todo caso la calificación de su suficiencia al recto juicio y buen sentido de los tribunales.»

Respecto de la pena que debe aplicarse en este caso, la antigua regla daba ocasión á dudar, si en el caso de prescribirse la pena de muerte, debería aplicarse la de cadena perpetua ó la de cadena temporal, puesto que diciendo la regla citada que «si la pena impuesta al delito fuera la de muerte, ó alguna de las por-

y que yo tratare de reprimir. O es plena y completa la prueba de un crimen, ó no lo es; en el primer caso, no es dudoso que debe imponerse la pena que marcan las ordenanzas; pero en el último caso es también indudable que no se debe imponer ninguna pena.» Y no obstante, Jousse *(Inst. crim.*, parte 3.ª, lib. 2.º, tít. 25, núm. 194) nos refiere haber visto aún en 1740 dictar el presidial de Orleans contra un tal Barberousse una sentencia que le declaraba *violentamente sospechoso* de asesinato, y condenarle *por vía de reparación* á presidio perpetuo. Los jurados, que en nuestros días declaran en semejante hipótesis la culpabilidad *con circunstancias atenuantes*, recaen por otro camino en el mismo abuso (1). Ni la razón ni la conciencia admiten semejantes transacciones.

53. Igual espíritu sirvió de guía á la antigua jurisprudencia para establecer desde luego la absolución de diversos grados de

---

petuas, se impusiera la inmediatamente inferior, creían algunos que la ley no quería se impusiera nunca en tales casos penas perpetuas, por lo que al hallarse con que la pena inferior á la de muerte era la de cadena perpetua, bajaban á la temporal.

La nueva reforma trató de resolver estas dudas. Así, pues, según lo dispuesto en ella, si la pena impuesta es una sola indivisible, se aplicará, no habiendo la prueba mencionada, la pena inmediatamente inferior en grado, ya sea divisible, ya indivisible; v. g., si fuese aquélla la de muerte, se impondrá la de cadena perpetua; si de cadena perpetua, la de cadena temporal, etc. Si la pena se compusiere de dos indivisibles, se impondrá la más baja de éstas y la inmediata inferior en grado á la misma en sus grados máximo y medio; v. g., si fuera la pena impuesta cadena perpetua ó muerte, se impondrá la de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua.—*(N. del T.)*

*** Véase la nota inserta en la pág. 24, en cuanto se refiere al Enjuiciamiento criminal. Concretamente al mismo y sin subordinar ya el grado de la pena imponible á la plenitud de la prueba y á la impresión de ésta en el ánimo del juzgador, dispone la ley de 15 de Septiembre de 1882, en sus artículos 741 y 472, reproduciendo lo preceptuado en el 653 de la ley de 22 de Diciembre de 1872, que el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en la ley. En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando ó absolviendo á los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas de que se haya conocido en la causa.—*(N. de la R.)*

(1) Barbacovi, en un opúsculo que publicó cuando se estableció el reino Lombardo-Véneto en Italia, pedía también que el número de votos sobre la culpabilidad influyera en la especie y calidad de las penas (M. Parattoni, *Rev. crit. de legisl.*, tomo 16, pág. 227). Más recientemente *(Gaceta de los Tribunales* del 3 de Julio de 1842), el Tribunal Supremo de Berna condenó á un hombre, acusado de envenenamiento, á seis años de detención en una casa de corrección por recaer sobre él *sospechas vehementes*. La decisión es del 28 de Mayo de 1842.

pena, y después un término medio entre la absolución y la condena (1).

54. El modo de absolución más honroso era el llamado la *salida á la galería*. Sólo podía pronunciarse por los tribunales superiores cuando reconocían la injusticia de la acusación. Entonces el acusado salía *por la galería*, es decir, era puesto inmediatamente en libertad al salir de la sala del consejo, sin que volvieran á llevarlo á la cárcel para oir en ella la lectura de la sentencia, como en el caso de absolución ordinaria (Jousse, ibid., núm. 103).

55. Se comprende hasta cierto punto que en circunstancias particulares en que se reconoce completamente la inocencia del acusado, se quiera darle una satisfacción honrosa, según la opinión de varios criminalistas. Lo que es mucho menos admisible es la práctica que consistía en poner, por el contrario, al acusado en libertad, pero sin librarle precisamente de la acusación. «A veces, dice Jousse (ibid., pág. 104), los jueces, en lugar de soltar ó dar libertad á un acusado, mandan sencillamente que se le abran las prisiones, sin añadir nada más. El efecto de este juicio es que el acusado no puede volver á ser encarcelado por el mismo hecho. Sólo los tribunales superiores pueden providenciar en esta forma, que á la verdad no imprime nota en el acusado, pero que parece no obstante contener una admonición ó advertencia de no reincidir; y en el Parlamento no se hace uso comunmente de esta clase de pronunciamientos sino en el caso de ser muy joven el acusado ó por recomendación de parientes muy distinguidos.

56. La presunción desfavorable al acusado daba un paso más cuando se pronunciaba respecto á él *el sobreseimiento* (2). «Si hay, dice Jousse (ibid., núm. 84) algunas pruebas aunque ligeras contra el acusado, no se debe absolverle de la acusación, sino solamente sobreseer en el procedimiento sobre la querella ó acusación. Esta providencia no encierra en verdad la justificación de la inocencia del acusado á los ojos del público, á diferencia de la providencia que libra de la acusación, pero contiene no obstante una absolu-

---

(1) Encuéntranse sobre este punto pormenores interesantes en un artículo de M. Paringault sobre la *condenación en costas* en las causas criminales en los casos en que no interviene represión (*Rev. hist.*, tomo 5.°, pág. 408).

(2) En materia civil el sobreseimiento suponía á veces una demanda poco digna de la atención de la justicia, (Merlín, *Repertorio;* V. *Hors de cour*). Algunas veces suponía haberse incurrido en calucidad (V. *Ordenanza de 1737*, tít. 1.°, artículo 40, y *Cód. de proc.*, art. 247).

ción (1) completa á los ojos de la justicia.» Los antiguos criminalistas calificaban el sobreseimiento de *infamante de hecho,* porque causaba en el honor del penado, dice Muyart de Vouglans *(Leyes criminales de Francia*, lib. 2.°, tít. 4.°, cap. 5.°, núm. 1), ciertas impresiones que, sin deshonrarle enteramente, no dejaban de ajarle de modo que perdiera notablemente la estimación de la gente honrada. No obstante, el sobreseimiento podía concebirse en términos tales que no lastimase en nada el honor y la delicadeza del que era objeto de él, como resulta de un dictamen del Colegio de Abogados en el Parlamento de París de 21 de Abril de 1777, y de una carta del guarda sellos del 27 de Julio de 1778 (V. Merlin, *Repert.; Sobreseimiento*, §. 3). En nuestros códigos no se encuentra afortunadamente nada semejante. Así, el Tribunal de Casación casó el 18 germinal, año x, una sentencia del tribunal de justicia criminal del Sena que condenó á los acusados, que habían sido absueltos, á pagar la mitad de las costas (2) *por no haber destruído de un modo suficiente las imputaciones de la acusación*. No se puede disimular, no obstante, que una sentencia del mismo tribunal de 22 de Diciembre de 1831 indica cierto recuerdo de las tendencias antiguas, en cuanto autoriza á la justicia criminal para condenar en costas al acusado absuelto, si dió lugar á ello con su conducta. Una sentencia de 10 de Enero de 1851 restableció los verdaderos principios, declarando que al acusado absuelto no debía considerársele como habiendo *sucumbido*, según la letra del art. 368 del Código de procedimiento criminal, rectamente entendida.

57. Finalmente, el abuso más grave en esta materia, abuso que

---

(1) Antiguamente no se distinguía como hoy la absolución del *acquittement* (1). Esta distinción se refiere á la separación de los poderes de la magistratura y del jurado en la organización criminal moderna. Las Ordenanzas de 1539 y 1670, emplean siempre la palabra *absolución*.

(2) D'Aguesseau (cartas de 15 de Febrero de 1730 y del 18 de Septiembre de 1734) habia igualmente reprobado el antiguo uso de condenar en costas á un acusado respecto del cual se habia sobreseído.

---

(1) Para que nuestros lectores puedan comprender perfectamente la diferencia entre estas dos palabras del derecho francés, creemos conveniente trasladar aquí lo que sobre ellas dice Dalloz en su *Repertorio de Jurisprudencia*, artículos *Absolution, Acquittement*.

Aunque sinónimas en el lenguaje social las palabras *Aquittement* y *Absolution*, tienen significado distinto en el lenguaje del derecho criminal. Ha lugar á *Aquittement* cuando se declara al acusado pura y simplemente no culpable, y á la absolución, cuando reconocido culpable ó autor del hecho acriminado, no se halla castigado este hecho por la ley, ó se declara al acusado haber obrado sin intención criminal ó sin discernimiento. El acusado absuelto puede ser condenado en costas el *acquitte* no debe serlo, porque el *acquittement* no deja subsistir nada de la acusación ni de sus consecuencias. El efecto del *acquittement* es tal, que la persona *acquitte* no puede volver á ser aprisionada ni acusada por razón del mismo delito, debiendo ponérsela al punto en libertad, si no hay contra ella otro proceso que la retenga en la cárcel.—*(N. del T.)*

vuelve á hallarse aun en el derecho común de Alemania (1), es el que consiste en tener al acusado *in reatu*, sin determinar sobre su suerte. Esto es lo que se llamaba el *más amplio informe*, institución que no se menciona ni en la Ordenanza de 1539, ni en la de 1670, pero que introdujo la práctica en el caso de prueba imperfecta (2), cuando intervenía en el asunto una parte pública, pues el sobreseimiento debía reservarse para el caso en que no interviniera más que la parte civil (Jousse, ibid., núm. 87).

Había *el más amplio informe á su tiempo*, que obligaba al acusado á seguir en la cárcel, variando el espacio de tiempo por lo regular de tres meses á dos años.

El *más amplio informe, usque quo*, daba libertad provisionalmente al acusado, pero dejaba subsistir indefinidamente la acusación: «Se pronuncia siempre en las causas graves, dice Jousse (ibid., número 89), por pocos indicios que haya contra el acusado.»

El *más amplio informe indefinido* tenía, en cierto modo, el carácter de una pena infamatoria, puesto que imponía al acusado, no obstante hallarse en libertad, todas las incapacidades que resultaban del decreto de aplazamiento personal, y á veces también de la incapacidad de adquirir (Jousse, parte 1.ª, tít. 3.º, números 132 y 133). Servan, en sus observaciones sobre la reforma del procedimiento criminal (citados por Merlin, *Repert.; Más amplio informe*) quería solamente que el más amplio informe se pronunciara sólo mediante ciertas precauciones. Pero este abuso fué abolido completamente por la legislación de 1791, y sólo se encuentran vestigios de él en el decreto de 3 de Marzo de 1810 sobre las prisiones de Estado, respecto á cierta clase de sospechosos que no era

(1) A diferencia de nuestro sobreseimiento, la *absolutio ab instantia*, que sólo tiene efecto *de rebus sic stantibus*, permite reproducir la instancia contra el acusado (V. Mittermaier, *Prueba en materia criminal*, cap. 65). Abolida en el gran ducado de Baden en 1845, lo fué también en Austria á consecuencia del movimiento de 1848, pero fué restablecida por las cédulas del 31 de Diciembre, que dicen en el art. 29: «Las sentencias no serán dictadas más que por los jueces. En las causas criminales se usará la fórmula *culpable, no culpable ó absuelto de la acusación.*» Se ha suprimido allí definitivamente, según esperamos, por la ley del 15 de Noviembre de 1867. En Prusia fué abolida por la Ordenanza del 3 de Enero de 1849 (§ 22). * El nuevo Código de procedimiento penal alemán de 1877, que ha sustituido, á partir desde 1.º de Octubre de 1879, las diversas legislaciones que regían en los diferentes Estados que componen hoy el Imperio alemán, no ha reproducido la práctica de... *absolutio ab instantia* (V. *Código de procedimiento penal alemán*, traducido y anotado por Fernando Daguin; Introducción). *

(2) Mr. Wladimirow, «Estudio sobre la institución del Jurado en Rusia»; *Revista de Derecho internacional*, 1871, pág. 252, compara ingeniosamente la *absolutio ab instantia*, con la suspensión de sentencia en el estudio de los problemas históricos.

conveniente, dicen los motivos del decreto, «ni llevar ante los tribunales, ni poner en libertad.»

58. Sin embargo, el principio de que no puede volverse á prender á la misma persona por el mismo hecho, no se aplica sino al caso en que hubiera liberación ó absolución. Una providencia de no ha lugar dada por la sala del tribunal encargada de declarar las acusaciones, no impide volver á prender al presunto culpable ó reo, si se presentan nuevos cargos (art. 246 del Cód. de procedimiento crim.). El sistema contrario sería muy desfavorable á la acusación, que por el mero hecho de haber seguido por algún tiempo una falsa vía, se hallaría para siempre paralizada. Solamente cuando ha seguido el procedimiento todas sus fases, tiene derecho el acusado á una decisión definitiva que no deje lugar á suposición alguna equívoca sobre su posicion.

59. Observaremos, para terminar este punto, que hay una diferencia muy marcada entre lo civil y lo criminal, en lo relativo á la falta de prueba suficiente. En lo criminal, basta para la liberación (*aquittement*) que el juez ó el jurado no tenga una completa convicción de la culpabilidad del acusado. Nada puede suplir esta convicción si no es perfecta. Al contrario, en lo civil, donde sólo se ventilan intereses puramente pecuniarios, la máxima *actore non probante reus absolvitur*, no se aplica con el mismo rigor. No se entiende para el caso en que la prueba que hace el demandante, sin ser completa, presente cierta gravedad, pues entonces se autoriza para completar la prueba por medio del juramento supletorio. El uso de este juramento, ya criticable en materia civil, sería más peligroso aún en materia penal; así es que no ha sido admitido por nuestras leyes.

*** Haciendo el autor en este párrafo repetidas referencias á la clase de providencias que dicta el juez en Francia, según que es más ó menos imperfecta la prueba, y á los efectos que tienen dichas providencias con relación al acusado, hemos creido oportuno reunir en una sola nota, para evitar repeticiones, la diversa clase de providencias que el derecho y jurisprudencia de España admiten tanto en lo civil como en lo criminal, y sus diferentes efectos.

En materia civil, prescribiéndose por el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento, que las sentencias sean claras y precisas, *declarando*, *condenando* ó *absolviendo* de la demanda, las fórmulas de la sentencia deben atemperarse á esta prescripción, condenando, absolviendo ó declarando sobre los puntos concretos de la demanda. El efecto de estas sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, es que el pleito quede definitiva é irrevocablemente decidido, sin que pueda volver á promoverse nuevo juicio sobre el mismo objeto ó derecho decidido por ellas por la misma acción.

Anteriormente, además de la absolución de la demanda, se conocía entre nosotros la absolución de la instancia, esto es, la absolución, no de la reclamación que se hacia al demandado ó de la cosa que se le pedía, absoluta y perpetuamente,

sino tan sólo del pleito ó procedimiento á la sazón promovidos. Esto se verificaba cuando no aparecían méritos bastantes de las pruebas practicadas para condenarle ni absolverle libremente, y no obstante, arrojaban los autos los necesarios para persuadirse el juez de la justicia de las reclamaciones del demandante ó de la injusticia de las defensas del demandado, aunque no por un pleno convencimiento. En estos casos podía el demandante volver á entablar nuevo pleito contra el mismo demandado, ó reclamarle la misma cosa que le pidió en el primero, si había encontrado nuevas pruebas en que fundar su acción. En el día se duda y controvierte entre los intérpretes sobre si subsiste este modo de providenciar. Los que opinan por la afirmativa se apoyan en la ley 9.ª, tit. 22, Partida 3.ª, que dice, «que si el juez fallare en los autos quel demandado non oviera plazos guisados en que pudiesse probar su intención, *ó entendiesse otra dubda en ellos porque no se atreviese á dar el juicio*, entonce puede quitar al demandado que no sea tenudo de responder al demandador *en razón* de aquellos actos que pasaron por este pleito, más non le debe dar por quito de aquella cosa quel demandaba.» Véanse Gregorio López en la glosa á esta ley; Hevia Bolaños, *Curia Filípica*, parte 1.ª, §. 18, núm. 7, y los Sres. Laserna y Montalbán en su *Tratado de los procedimientos judiciales*. Sin embargo, habiéndose declarado por el Tribunal Supremo de Justicia como ilegal la absolución de la instancia, por varias sentencias, entre las que merece particular mención la de 17 de Noviembre de 1849, en que declara haber lugar al recurso de casación por no haberse absuelto de la demanda, sino sólo de la instancia, fundándose en que, según la ley 15, tít. 22, Part. 3.ª, no es válido el juicio en que no se absuelve ó condena al demandado, la práctica ya vacilante en esta materia se vigorizó con dicha sentencia, para declararse contra la absolución de la instancia. Las mencionadas sentencias y la nueva prescripción de la ley de Enjuiciamiento civil, que parece querer se ponga término al litigio y se fije clara y expresamente el derecho de las partes sobre los puntos controvertidos, han ratificado la práctica anterior, y tal es la opinión general de los intérpretes.

Otra fórmula ha solido emplearse en los fallos, absolviendo de la demanda en la forma en que está propuesta, ó absolviendo con la limitación de dejar á salvo los derechos del demandante para reclamarlos de nuevo en otro juicio; pero esto viene á ser una especie de absolución de la instancia, por lo que se considera en el día como poco legal, atendido lo dispuesto en el art. 61 citado de la ley de Enjuiciamiento civil.

En materia criminal el fallo se formula de uno de los modos siguientes: 1.º Absolviendo libremente al acusado, lo cual se verifica cuando resulta su inocencia de la causa (véase la ley 9.ª, tit. 31, Part. 7.ª). 2.º Absolviéndole de la instancia, lo que tiene lugar cuando el procesado no probó de un modo evidente su inocencia, en cuyo caso, si se reunen nuevas pruebas, puede volver á ser juzgado sobre el mismo delito. Este medio, establecido por la jurisprudencia fundada en el espíritu de nuestras antiguas leyes, no se opone, como opinan algunos, á lo prescrito por el art. 45 de la ley provisional para la aplicación del Código penal, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia publicada en 5 de Febrero de 1855. 3.º Condenando al acusado á sufrir la pena ordinaria que marca la ley, lo cual se verifica cuando aparece completamente comprobado el delito y el juez adquiere el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, encontrando la evidencia moral que requiere la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª. 4.º Condenando á la pena que impone la ley, pero sólo en su grado mínimo, lo cual tiene lugar en el caso de que examinadas por el juez las pruebas y graduado su valor, adquiriese el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontrare la evidencia moral que requiere la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª. Estas dos últimas formas de condena se hallan prescritas por el art. 45 de la ley provisional para la aplicación del Código penal, que hemos expuesto y aplicado en la nota al número 52 de esta obra.

Otra providencia, que tiene también lugar en las causas criminales, y que

aunque no termina definitivamente la causa, la resuelve respecto del procedimiento y provisionalmente, es la providencia de sobreseimiento, de la cual creemos oportuno exponer aquí algunas noticias, puesto que M. Bonnier hace algunas referencias á ella en el presente párrafo.

La providencia de *sobreseimiento* es aquella en que se manda terminar el procedimiento en cualquiera estado en que se halle, ó suspenderlo, sin perjuicio de continuarlo más adelante cuando hubiese motivo para ello. En cualquiera estado en que aparezca inocente el procesado, se sobreseerá desde luego respecto á él, declarando que no le pare ningún perjuicio en su reputación, y sobreseerá asimismo el juez, si terminado el sumario, viere que no hay mérito para pasar más adelante, ó que el procesado no resulta acreedor sino á alguna pena leve. Se sobresee asimismo en el juicio criminal cuando el acusado es demente ó menor de edad, y sólo se sigue en la parte civil relativa á la indemnización de daños al perjudicado; y cuando el procedimiento se ha comenzado en virtud de una acción personal por delito privado, y el acusador desiste de ella ó da motivo á que esta acción cese, como si la causa se sigue por calumnia ó injuria y perdona al reo la parte agraviada, y en los demás casos mencionados en los artículos 360, 362, 371 y 391 del Código penal.

Son comunes á los juicios civiles y criminales los autos para mejor proveer, á que también hace referencia M. Bonnier en este párrafo.

El auto para mejor proveer es el que da el juez de oficio cuando encuentra un hecho oscuro ó dudoso al ver un proceso, mandando practicar alguna diligencia indagatoria para ilustrarse y averiguar la verdad. En lo civil, puede el juez con este objeto decretar que se traiga á la vista cualquier documento; exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que se refieran á la cuestión y no estén probados; decretar que se practique cualquier reconocimiento ó avalúo que juzgue necesario; traer á la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito (art. 48 de la ley de Enjuiciamiento civil). En lo criminal, según previene la regla 12, art. 51 del reglamento provisional para la administración de justicia, si dentro de los tres días de concluída la causa, el juez hallase en ella defectos sustanciales que subsanar, ó faltaren algunas diligencias precisas para el cabal conocimiento de la verdad, acordará que, para determinar mejor, se practiquen sin pérdida de momento todas las que fueren indispensables; pero entendiéndose bajo su responsabilidad, en el caso de dar margen con esto á diligencias innecesarias.—(*N. del T.*)

* * * Relativamente al procedimiento civil, previene la ley de Enjuiciamiento vigente, en su art. 359, que las sentencias deben ser claras, precisas y congruente con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando ó absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate; y añade en el 361 que los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito. A este propósito advierte el art. 6.º del Código civil, que el tribunal que rehuse fallar, á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Según el art. 368 del Código penal, el juez que tal cosa hiciere será castigado con la pena de suspensión.

Es jurisprudencia reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo, que las reservas que contengan los fallos no crean derechos ni autorizan para volver sobre lo ya ejecutoriamente resuelto. Esto último sólo es posible utilizando el recurso de revisión en los casos y forma que menciona el libro 2.º, tít. 22 de la citada ley de Enjuiciamiento civil. Esta misma determina en su art. 340 las diligencias que para mejor proveer pueden ordenar los jueces y tribunales después de la vista ó de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo.

En materia criminal no existe ya la absolución de la instancia; fué ex-

presamente suprimida por el art. 89 de la ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872 y fué también proscrita del procedimiento por la de 14 de Septiembre de 1882, en cuya exposición de motivos se considera aquella forma de fallo como una corruptela que hacía del ciudadano á quien el Estado no había podido convencer de culpable, una especie de *liberto* de por vida, verdadero *siervo* de la curia, marcado con el estigma del deshonor.

Según el art. 99 de la ley de 20 de Abril de 1888 estableciendo el juicio por jurados, ni éstos ni el tribunal podrán abstenerse de pronunciar, respectivamente, veredicto y sentencia, aun cuando las declaraciones del veredicto se refieran á delitos que no sean de la competencia del Tribunal del Jurado.

Recuérdese aquí también el precepto del art. 368 del Código penal antes citado, pero teniendo en cuenta que, conforme al art. 2.º, en el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

La ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de Septiembre de 1882, reproduciendo sustancialmente lo prescrito por la de 22 de Diciembre de 1872, dispone que procede el sobreseimiento libre:

1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo á la formación de la causa.

2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices ó encubridores (art. 637).

Y prescribe que procederá el sobreseimiento provisional:

1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo á la formación de la causa.

2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivo suficiente para acusar á determinada ó determinadas personas como autores, cómplices ó encubridores (art. 641).—*(N. de la R.)*

III.

¿Qué se puede probar?

§. I. Principios generales sobre los hechos susceptibles de prueba.

SUMARIO: 60. Condiciones para la admisibilidad de la prueba.—61. Necesidad de que los hechos sean concluyentes.—62. Necesidad de que la prueba no sea imposible ó prohibida por la ley.—63. Imposibilidad física ó moral.—64. Prohibición de la ley.

60. Los tribunales no deben mandar sin discernimiento la prueba de todos los hechos que un litigante afirma va á probar. Los hechos propuestos deben ser examinados antes bajo dos puntos de vista: relativamente á la causa en cuestión, y después en sí mismos.

61. Considerados en su relación con la causa los hechos alegados, deben ser *concluyentes*.

Esta condición de admisibilidad indicada por la ley, respecto

de las informaciones (*Cód. de proced.*, art. 254) debe evidentemente generalizarse; porque si el hecho alegado no es, aun suponiéndolo cierto, de tal naturaleza que haga triunfar á la parte que lo alega, sería superfluo mandar que se probara: *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Dícese comunmente que los hechos deben ser *pertinentes* y *concluyentes*. Pero la primera de estas condiciones entra evidentemente en la segunda. Es claro que se debe rechazar como no concluyentes las alegaciones extrañas al litigio; mas sólo cuando se trate de pertinencia será generalmente fácil decidir, al paso que se deberá proceder con mucha reserva cuando se trate de apreciar la gravedad de hechos por otra parte pertinentes. Antes de denegar ó desechar la prueba, deberá examinarse con cuidado á qué resultados puede conducir, considerando estos hechos, no aisladamente, sino en su conjunto; porque hay tales circunstancias que, aunque insignificantes, si se las considera por separado pueden por su concurrencia producir la convicción, así como se origina el fuego del contacto de diversas sustancias que, puestas separadamente, no serían susceptibles de producir este fenómeno. Es, sobre todo, á los jueces de hecho á quienes corresponde la apreciación de la utilidad de la prueba (Sentencias de 13 de Junio de 1864, 20 de Febrero de 1866, 20 de Enero, 2 de Julio y 18 de Noviembre de 1880).

62. Supongamos ahora que los hechos son concluyentes; quedará por saber si deberán ser desechados desde luego, ya por ser imposibles en sí mismos, ya porque la ley no admita su prueba.

63. La imposibilidad matemática no puede ocasionar dificultad alguna. En cuanto á la imposibilidad física, que no es otra cosa que una improbabilidad extrema, ya hemos reconocido (núm. 25) que los hechos que presentan este carácter deben desecharse desde luego, pues un litigante no puede sostener seriamente que acaba de verificarse un milagro en su favor; pero no deben confundirse con los hechos físicamente imposibles, los que, sin contrariar las leyes de la naturaleza, se desviasen solamente de su marcha ordinaria.

Así hay ejemplos innegables (V. Bentham, *Pruebas judiciales*, tom. 2.º, lib. 8.º, cap. 7.º) de hechos que mira el vulgo como imposibles. La prolongación de la existencia por largo espacio de tiempo, con abstinencia de todo alimento; la concepción de la mujer de una edad avanzada, etc., son acontecimientos que parecen milagrosos, pero que sólo son desviaciones del curso ordinario de la

Naturaleza. Deberá procederse con mucha circunspección cuando se trate de admitir la prueba de hechos semejantes; pero no es permitido desecharlos sin examen. Tan razonable como es no admitir en la práctica ordinaria de la vida la existencia de hechos milagrosos, tan prudente es no declarar á primera vista imposible un hecho, por sólo parecer extraordinario, cuando en nada es físicamente imposible (1).

64. Finalmente, los hechos pueden ser concluyentes y muy verosímiles en sí mismos, pero de tal naturaleza que la ley no permita su prueba. No nos referimos aquí á los hechos contrarios á una presunción legal, como si se quisiera hacer cesar la interdicción estableciendo que la persona que la sufría se hallaba en su sano juicio cuando verificó tal ó cual acto. Estos pormenores, que nos obligarían á anticiparnos sobre la materia de presunciones, no son por otra parte de nuestro actual objeto. Ahora no se trata de los impedimentos extrínsecos que pueden oponerse á la admisión de la prueba, sino de la naturaleza misma de los hechos que hay que probar. Y sabido es que existen ciertos hechos cuya prueba oficial no puede permitir la ley, por verdaderos que por otra parte sean.

En materia civil, rechaza nuestro Código frecuentemente la prueba de hechos que lastiman la moral. Por eso prohibe la investigación de la filiación incestuosa ó adulterina, y también la paternidad natural en casi todos los casos. No puede menos de confesarse que el legislador ha hecho en esto un gran sacrificio, temiendo abrir la puerta á procesos escandalosos. Por una parte priva de todo recurso á los hijos procreados de semejantes uniones, los cuales no pueden probar quiénes son sus padres; por otra, abre la vía á las más exageradas liberalidades voluntarias en su favor, puesto que, no reconociéndolos, se elude toda clase de prohibiciones. Parece que se preocupa más de las apariencias que de las reglas de fondo que ha establecido en interés de la sociedad. «No estoy lejos de pensar, dice nuestro digno colega M. Demolombe (*Paternidad y Filiación*, 2.ª ed., núm. 561), que lo mejor en legislación y cuando se trata de gobernar á los hombres, es, si me atrevo á decirlo, considerarlos tales como son. Me parece muy dudoso que

(1) La prueba, sin ser imposible, podrá ser muy difícil de producir, como, por ejemplo, la del estado de embriaguez alegada para destruir el reconocimiento de un hijo natural, diecisiete años después de la fecha de la unión ilegítima (Tolosa 25 de Julio de 1863).

haya muchas ventajas en no ver lo que todo el mundo ve, y en negar lo que es cierto; así nos exponemos á resultados chocantes, que ponen esta ignorancia afectada de la ley en contradicción con la evidencia de los hechos, y que producen un escándalo con frecuencia mayor que la verdad misma, que no se ha querido reconocer y que no se ha podido disimular.» Este sistema tan impugnable es enteramente moderno, y no se encuentran vestigios de él ni en el derecho romano ni en la antigua jurisprudencia.

En materia criminal se reproduce algunas veces el mismo espíritu. Por eso queda impune el incesto, y no puede probarse el adulterio sino por delito flagrante ó por correspondencia de las partes (*Cód. pen.*, art. 338).

Lo que no es dudoso y lo que está admitido respecto de la prueba de hechos inmorales por legislaciones menos severas que la nuestra, como la ley inglesa (M. Greenleaf, tom. 1.°, págs. 332 y 333), es, que en el caso de que no interese á la sociedad la revelación de semejantes hechos, sino que sea provocada simplemente por la maligna curiosidad de un tercero, se la debe rechazar sin vacilación alguna. Así, pues, el juez rehusará dar importancia á un contrato cuya condición fuera la de averiguar el embarazo de una mujer no casada.

*** Según la ley de Enjuiciamiento civil vigente (art. 566), los jueces repelerán de oficio las pruebas que sean á su juicio impertinentes ó inútiles, y habrá lugar al recurso de casación en la forma (art. 1693, núm. 5.º) por denegación de cualquiera diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión.

En punto á presunciones, dispone el art. 1251 del Código civil que las establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohiba. Por regla general está permitida la prueba en contra de las presunciones *juris tantum*, y no procede contra las que son *juris et de jure*.

En algunos casos esta prohibición se refiere á los medios de prueba admisibles; así, por ejemplo, el mismo Código declara (art. 108) que contra la presunción de legitimidad de los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges, no se admitirá otra prueba que la de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo; así también contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad (art. 1251), sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión.

En el pasaje de esta obra dedicado á la prueba en las cuestiones de estado, anotaremos las referencias al derecho español en materia de filiación. —*(N. de la R.)*

§. II.—De la prueba en materia de difamación (1).

SUMARIO: 65. Distinción de la difamación y de la injuria.—66. ¿Debe penarse la maledicencia, así como se pena la calumnia?—67. Doctrina de la antigüedad sobre este punto.—68. Doctrina de nuestra antigua jurisprudencia.—69. Legislación de Inglaterra y de los Estados Unidos.—70. Derecho intermedio en Francia.—71. Sistema del Código penal de 1810.—72. Sistema de la legislación de 1819.—73. Prohibición de la prueba sobre hechos de la vida privada.—74. Reglas particulares á los actos de la vida pública.—75. Inmunidad completa en ciertos casos.—76. Facultad de probar la verdad de los hechos; variaciones de la legislación sobre este punto.—77. ¿Existe esta facultad en el caso de difamación puramente verbal?—78. Prueba de la falsedad de los hechos alegados. * 78 duplicado. De la prueba de los hechos difamatorios desde la ley de 29 de Julio de 1881. *

65. Conviene detenernos más en una materia que ha dado lugar en la antigua jurisprudencia y en el derecho moderno á vivas controversias: en la admisibilidad de la prueba de los hechos alegados por parte del que es acusado de difamación.

Fijemos bien el punto en que estriba la dificultad. En el sistema autorizado por el art. 13 de la ley de 17 de Mayo de 1819, debe distinguirse la alegación ó imputación (2) de un hecho que afecta al honor y á la consideración de la persona ó de la corporación á que se imputa el hecho, lo cual constituye la *difamación*, y la expresión injuriosa, el término despreciativo ó la invectiva que no contiene imputación de hecho alguno, lo cual constituye la injuria propiamente dicha. Esta distinción (3) importante por otra parte bajo el punto de vista de la penalidad (4) (ley de 17 de Mayo de 1819, artículos 16-19), es capital en lo relativo á la admisibilidad de la prueba. Según se advirtió en la Exposición de los motivos del Código penal, cuyos principios se han sostenido bajo este respecto

---

(1) * Hemos dejado subsistir sin modificar en nada las ampliaciones dadas por M. Bonnier en lo que ha expuesto sobre la legislación que regía la prueba en materia de difamación en 1874. Constituyen la mejor introducción histórica al estado actual de la legislación tal como resulta de la ley de 29 de Julio de 1881 sobre la libertad de la prensa (véanse los números 78 duplicado y siguientes). *

(2) «*Imputer*, dice M. de Courvoisier en su dictamen sobre esta ley, es afirmar, *alejar*; es anunciar bajo la fe de otro, ó dejar á la imputación la sombra de una duda.»

(3) Esta distinción es muy antigua en lo relativo á libelos infamatorios, puesto que Vinio nos dice (en el §. 1.° *Inst. de injur.*): *Pro famoso libello eam solam scripturam haberi in qua objicitur speciale, certum, et capitale crimen.*

(4) Conviene también, pero solamente bajo el punto de vista de la penalidad y de la competencia, examinar si la injuria, aunque no sea determinada, envuelve ó no la imputación de un vicio determinado (la misma ley, art. 20).

por la legislación de 1819, una vez probada la injuria, el acusado no tiene medio alguno de librarse de la pena. No puede admitírsele ni á probar ni á denunciar á la autoridad judicial hechos que no son precisos y calificados, por ejemplo, la embriaguez ó el libertinaje, sin que importe sobre esto que la persona injuriada sea un funcionario público. Esta circunstancia agrava la penalidad (ibid., art. 19), sin permitir librarse de ella con una prueba que excluya el carácter vago de semejantes invectivas. Es regla común á la difamación y á la injuria, que ni una ni otra pueden ser perseguidas sinò á querella de la parte agraviada (ley de 26 de Mayo de 1819, artículos 4.º y 5.º). Esta restricción, fundada en el mismo motivo que el art. 336 del Código penal, que limita al marido la facultad de denunciar el adulterio de la mujer (1), deja á la parte interesada el cuidado de investigar en estas delicadas materias, si ofrece el juicio sobre este punto más peligro que el delito mismo. Finalmente, se ve de nuevo el objeto de evitar el escándalo en una disposición de la ley de 9 de Septiembre de 1835 sobre la prensa, que prohibe á los diarios y publicaciones periódicas dar cuenta de las causas por ultrajes é injurias, y de los procesos por difamación, en que no se admite por la ley la prueba de los hechos difamatorios; esta prohibición, que fué abrrogada por el decreto del 6 de Mayo de 1848, ha sido reproducida por el art. 11 de la ley de 27 de Julio de 1849.

66. Ahora debemos ocuparnos en especial de la hipótesis en que es regularmente posible la prueba, es decir, en que se han articulado hechos precisos que ataquen el honor y la consideración del querellante. En tal caso, ¿debe el legislador castigar solamente la calumnia? ó en otros términos: ¿será admitido el querellante á justificarse, probando la realidad de los hechos por él alegados?

Cuestión es esta muy antigua, y sobre cuya solución han ejercido necesariamente una grande influencia las costumbres y las instituciones políticas de las diversas épocas.

67. Las leyes de Solón tan sólo castigaban al detractor cuando no probaba la verdad de sus alegaciones. Pueden invocarse graves motivos en apoyo de esta decisión. «El sistema de la prueba (decía M. de Serre en la Exposición de los motivos de la ley de 17 de

(1) La misma restricción se encuentra en el art. 11 de la ley de 11 de Mayo de 1868, que prohibe, bajo la pena de 500 francos de multa, toda publicación en un escrito periódico de un hecho relativo á la vida privada, añadiendo que la persecución sólo podrá tener lugar por queja de la parte lesionada.

Mayo), es á la verdad el único capaz de satisfacer completamente al calumniado. El calumniador, desafiado inútilmente á probar sus imputaciones, no tiene ya el recurso de sus subterfugios ordinarios; no puede ya decir que ha cedido sobrado inconsideradamente á la fuerza de la verdad, á un justo sentimiento de indignación, y que si dependiera el juicio de la exactitud de los hechos, le sería fácil demostrar su inocencia, probando ante los jueces mucho más de lo que había dicho contra la parte que le persigue. No puede alegar mil presunciones, cuya malignidad jamás deja de apoderarse del ánimo y de obrar en favor suyo. En una palabra, acosado en sus últimos atrincheramientos, la justicia patente y no equívoca de su condenación purifica enteramente el honor del ofendido, en vez de lastimarlo de nuevo, como sucede con sobrada frecuencia en esta clase de causas.» El ilustre orador añade, no obstante, que este sistema supone costumbres más varoniles que las nuestras, verdaderas costumbres políticas. Es preciso también reconocer, para ser justo, que si los Atenienses soportaban más fácilmente que nosotros la difamación, era porque no tenían, como lo prueba la extraña libertad del teatro de Aristófanes, esa delicadeza que se ha desarrollado en los pueblos modernos á influjo del cristianismo.

Cicerón (*De República*, lib. 4.°, cap. 10) advierte, que los Romanos jamás soportaron semejante licencia (1) y cita una disposición de la ley de las Doce Tablas, que imponía la pena de flagelación (2) contra la difamación pública, y especialmente contra la publicación de poesías con carácter injurioso. *Si quis occentavisset, sive carmen* (3) *condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri.* En cuanto á la injuria verbal, *convicium*, que se refiere mucho más á la injuria en el sentido moderno de la palabra, sabido es que era castigada con penas pecuniarias. En todos los textos de los autores clásicos relativos á la *actio injuriarum*, no hay nada que indique se reserve prueba en provecho del autor de la injuria. Y esta reserva, en oposición con el espíritu del pasaje de Cicerón que acaba-

(1) Véase sobre la difamación en derecho romano los interesantes pormenores que da M. Grellet-Dumazeau, en su *Tratado de la difamación, de la injuria y del ultraje.*

(2) *Formidine fustis*
Ad bene dicendum delectandum que redacti,
dice un pasaje de Horacio (*Epist.*, lib. 2.°, epist. 1.ª), que hace pensar en la ley *inmanis* propuesta por Chateaubriand, como contrapeso á la libertad de la prensa.

(3) El castigo del *carmen famosum* fué extendido por la jurisprudencia á todos los escritos difamatorios (Paulo, *Sent.*, lib. 5.°, tit. 4.°, §. 15). De aquí la rúbrica del tit. 10, del lib. 47, del Digesto *De injuris famosis libellis.*

mos de citar, se halla igualmente desmentida por estos versos de Horacio, bien conocidos (*Sat.*, lib. 2.°, sat. 1.ª al fin):

Si mala condiderit in quem quis carmina, jus est
Judiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis
Judici condiderit laudatus Cæssare! Si quis
Opprobriis dignum latraverit integer ipse!
Solventur risu tabulæ: tu missus abibis.

Estas últimas expresiones, *solventur risu tabulæ*, indican suficientemente una absolución extraordinaria, motivada por la buena fama del detractor, cuando el querellante tenía una reputación detestable; en una palabra, una excepción que sólo sirve para confirmar la regla. Era, pues, en Roma principio riguroso en su origen, el castigo de la maledicencia lo mismo que de la calumnia (1). Pero los jurisconsultos romanos eran demasiado ilustrados para no concluir por reconocer que hay hechos cuya revelación interesa á la sociedad. De aquí este famoso texto de Paulo (§ 18, pr., D. *de injur.*): *Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et æquum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*

Los comentaristas no han visto en este texto la reproducción del principio absoluto sentado por las leyes de Solón, restringiéndolo al caso en que, como dice Vinio (sobre el §. 1.°, Inst. *de injur*): *Id quod objicitur tale est ut publice intersit illud sciri.* Así resulta implícitamente de un texto de Ulpiano (l. 15, § 13, D. *de injur.*), según el cual, no se cometía injuria tratando de ladrón al que lo era efectivamente. Gordiano responde asimismo, en lo concerniente á la imputación de la cualidad de delator (l. 3.°, Cód. *De injur.*): *Si non est nunciator, vereri non debes, ne ea propter, quod injuriæ faciendæ gratia, quidam te veluti delatorem esse dixerunt, opinio tua maculata sit.* Pero la regla primitiva permanecería en vigor, respecto de las imputaciones malignas que no suponen en el infamado una culpabilidad verdadera, y que, por consiguiente, no interesan al orden general de la sociedad. Ciertos interpretes mantienen, no obstante, aun en el último estado del derecho romano, la aplicación general de la antigua regla, que formulan en estos términos: *Veri-*

(1) No debe aplicarse á la calumnia, como la entendemos en el día, los numerosos textos en que se trata *de calumnia*. Porque esta palabra se tomaba en un sentido muy especial para designar la acción de intentar un proceso de mala fe; lo que daba lugar á penas severas, tanto en lo civil como en lo criminal (Gaïus, *Inst. comm.*, 4.°, §. 174 y sigs.; Valent, y Valens, l. 7, Cod. *de calumniat*). El acusador no incurría en la pena del Talión como *calumniador*, por el mero hecho de no haber podido probar la acusación, si había tenido justas causas para hacerla.

tas convicii non excusat; y se fundan en un rescripto de Diocleciano, que forma la ley 5.ª del Código de Justiniano, *De injuriis,* y cuyo principio se halla concebido en estos términos: *Si non convicii consilio te aliquit injuriosum dixisse probaturus est, fides veri á calumnia te defendit.* Entienden que estas últimas expresiones se refieren á la prueba de los hechos injuriosos, y deducen de aquí, que para librarse de la pena de injuria, no bastaba probar la verdad de las alegaciones, sino que era preciso probar que no se había tenido intención de insultar al reclamante. Y como el rescripto habla después del homicidio *(homicidium),* si se interpretara de esta suerte, se aplicaría evidentemente á los delitos previstos por la ley *Eum qui nocentem,* delitos cuya revelación interesa á la sociedad. Pero esta interpretación, rechazada por sólidos entendimientos, da un sentido poco natural á la decisión de Diocleciano. La idea dominante del rescripto es saber si las palabras injuriosas se han proferido sin intención, *si probaturus es non convicii consilio dixisse.* Todo induce á creer que la respuesta corresponde á la pregunta, y que estas palabras *fides veri* suponen solamente que el consultante ha conseguido probar lo que articuló, es decir, la falta de intención injuriosa por parte suya. Creemos, pues, que esta ley no contiene alusión alguna á la cuestión sobre la verdad ó la falsedad de las alegaciones difamatorias, y que se limita á aplicar el principio incontestable *Injuria in affectu consistit.* (V. Ulp., l. 3.°, § 1.°, D. h, t.) Otro texto, mucho más terminante que el de Diocleciano, es la ley 1.ª del Cód. Teodosiano, *De famosis libellis,* en que Constantino dice formalmente: *Si quando famosi libelli reperiantur, nullas exinde calumnias patiantur ii quorum de factis vel moribus aliquid continebunt; sed scriptionis auctor potius requiratur, et repertus cum omni vigore cogatur his de rebus quas proponendas credidit, como probare; nec tamen supplicio, etiam si aliquid ostenderit, subtrahatur.* Voet ha tratado de conciliar esta constitución con la decisión de Paulo, observando que no determina sino sobre los libelos difamatorios, respecto de los cuales, tanto la legislación romana como la inglesa, han desplegado siempre una severidad enteramente especial (1). Pero es más sencillo considerar con Godofredo esta ley de Constantino, como una medida de circunstancias, dirigida contra ciertos cismáticos que perseguían con sus difamaciones á los cris-

(1) En tiempo de Paulo (libro 5.°, tít. 4.°, § 17), se imponía á los autores de libelos una pena extraordinaria, que no excedía de la relegación; en el Bajo Imperio fueron castigados con pena capital.

tianos ortodoxos. Así es que no se encuentra ya esta constitución en el Código de Justiniano, cuyo título, *De famosis libellis,* se compone de una constitución única, dada por Valentiniano y Valense, que, por el contrario, promete honor y recompensa al autor del libelo que justificase la verdad de sus aserciones. Pero debe siempre suponerse una revelación que interese á la sociedad. *Si quis salutis publicæ custodiam gerit,* dicen los emperadores. Se puede, pues, considerar como habiendo prevalecido en el último estado del derecho romano la distinción establecida por los intérpretes sobre la ley *Eum qui nocentem.*

68. La ruda franqueza de las costumbres germánicas debía aproximarse más á la legislación ateniense. En efecto, la ley sálica (tít. 32), después de haber previsto el caso en que se hubieran dirigido á otro injurias vagas, tales como las calificaciones de *zorro, liebre (vulpiculum, leporem),* añade: *Si meretricem, et non poterit adprobare; si delatorem, et non poterit adprobare; si falsatorem, et non poterit comprobare.* Así se halla autorizado el derecho de probar las imputaciones que tienen un carácter determinado, aun las que se refieren solo á las costumbres privadas.

Por otra parte, nuestra antigua jurisprudencia ha estado sometida á una influencia diametralmente opuesta á la de las costumbres bárbaras, á la influencia del derecho canónico. Movidos por el espíritu de caridad que inspira el cristianismo, los canonistas condenan indistintamente la maledicencia, así como la calumnia. De suerte que, después de haber recordado la interpretación generalmente admitida de la ley *Eum qui nocentem,* Schneidewinus añade: *(Inst. comm.,* tít. 4.º, *de injur.): Licet canonistæ teneant regulariter injuriantem, sive verum, sive falsum dicat, sive intersit reipublicæ, sive non, teneri.* Esta última tendencia parece haber dominado decididamente en la práctica. No hay duda que los intérpretes del derecho romano establecían constantemente por principio la distinción fundada en el texto de Paulo; Carpzovio *(Nov. pract. rer. crimin.,* quest. 96, núm. 76) dice formalmente: *Quod ipsum tamen limitatur, si reipublicæ espediat convicium manifestari:* algunos llegaban á dar una singular extensión á la justificación fundada en el interés público, enseñando, que convenia divulgar, bien fuera el adulterio, cuya represión interesa al órden social, bien las enfermedades contagiosas, cuya propagación es muy de temer (1). Pero en

(1) Hállanse curiosos pormenores sobre este punto en la obra de Mr. Grellet-Dumazeau, núm. 560.

los últimos siglos, no se atenían generalmente al adagio: *veritas convicii non escusat*. Así Domat, que habitualmente se limita á reproducir las decisiones de las leyes romanas, no menciona en manera alguna la ley *Eum qui nocentem*, y dice tan sólo (*Derecho público*, lib. 3.º, tít. 11, § 13): «Aunque las palabras injuriosas no contengan nada que no sea conforme á la verdad, aun de público, no por esto hay exención de la pena de injuria.» Dareau, en el Tratado especial que publicó en el último siglo sobre las injurias, se expresa en estos términos (cap. 1.º, sec. 1.ª, núm. 5): «La justicia afecta prudentemente considerar las imputaciones, aún las más ciertas, como otras tantas calumnias, y sin explicarse más, las castiga, según aparece más ó menos la verdad por sí misma, sin permitir al acusado, sino muy raras veces, probar la realidad de las imputaciones por vía de escusa.» En su consecuencia, se ha declarado, por sentencia del Tribunal de París de 16 de Abril de 1670, punible la imputación de *falsario* hecha á un escribano, no obstante ser cierta; y por sentencia de 15 de Diciembre de 1679 (1) un particular que llamó á otro quebrado, fué condenado, no obstante ser cierto el hecho, á pedir perdon al ofendido (2). El único caso en que autoriza Dareau la prueba, es aquél en que se trata de hechos denunciados por medio de una memoria á la autoridad superior (ibid., cap. 10, sec. 2.ª, núm. 11), lo cual se comprende hasta cierto punto en la facultad de intentar una acción judicial, facultad que jamás ha podido negarse. Finalmente, la antigua jurisprudencia había ya autorizado, respecto del foro, el derecho de expresarse con una libertad, sin la cual llegaría á ser imposible el ministerio del abogado. «Hay casos (decía en 1707 el abogado Portal) en que no se puede defender la causa sin ofender á

(1) Dareau señala, no obstante, como singular un fallo de 8 de Octubre de 1610, decretando el sobreseimiento en una causa en que se querellaba un hijo de un ahorcado de haber sido calificado de tal.

(2) Las injurias verbales no eran penadas generalmente sino con multa é indemnizaciones. En cuanto á los libelos difamatorios, las ordenanzas de nuestros reyes los castigaban con rigor excesivo. Conocida es la sentencia de 7 de Abril de 1712, que condenó á Juan Bautista Rousseau á destierro perpetuo por habérsele imputado haber escrito versos escandalosos y difamatorios. En virtud de otras sentencias dadas también por el Parlamento de París en 1584 y en 1586, los autores de libelos contra el Rey fueron quemados con sus escritos en las gradas del Palacio de justicia. El mero hecho de haber *fijado, divulgado* ó *vendido* libelos difamatorios, se castigaba, según la declaración de 17 de Enero de 1561, con pena de azotes y de muerte en caso de reincidencia; el edicto de Enero de 1556 pronunciaba inmediatamente la pena de muerte. Esta terrible sanción se encontraba todavía en el Código penal publicado en 1723 por Victor Amadeo, fundador de la Monarquía sarda.

la persona, ni atacar la injusticia sin deshonrar á la parte, ni explicar los hechos sin valerse de términos duros, únicos capaces de darlos á conocer y de representarlos á los ojos de los jueces. En tales casos, los hechos injuriosos, desde que se hallan exentos de calumnia, constituyen la causa misma, lejos de ser puramente hechos exteriores, y la parte que de ellos se querella debe más bien quejarse de su conducta desarreglada que de la indiscreción del abogado.»

69. Según la legislación inglesa, debe distinguirse, en cuanto á la facultad de probar la verdad de las alegaciones injuriosas, entre la difamación verbal *(slander)* y el libelo. En el primer caso, cuando ha lugar sólo á la acción civil, según el antiguo derecho germánico, sólo se castiga la calumnia. «Si puedo probar, dice Blakstone (V. la traducción de M. Chompré, lib. 3.°, cap. 8.°, con las notas de M. Christian), que el comerciante es un quebrado, el médico un charlatán, el legista un bribón y el teólogo un hereje, las acciones respectivas que ellos intentaran no producirían efecto, porque, aunque pueda resultar de la imputación un perjuicio notable, no obstante, si el hecho es cierto, hay *damnum absque injuria,* y cuando no hay injuria, la ley no concede reparación.»

En el caso de libelo (1), el derecho común inglés no admitía, si se entablaba la acción criminal, la prueba de la realidad de los hechos, porque esta realidad no hacía cesar el ataque que dirigía el libelo al orden público, y de aquí la máxima de lord Mansfield: «Cuanto más cierto es el hecho, más injurioso es el libelo» *(tre more the truth, the more the libel).* Pero un estatuto reciente (Stats. 6 y 7, *Vict.,* cap. 96, § 6) permite al inculpado justificar ante el jurado la verdad de los hechos que alega. En América (M. Greenleaf, t. 3.°, págs. 180 y sigs.) se ha partido del antiguo principio inglés; pero poco á poco se ha modificado ó abrrogado por los estatutos particulares de los diversos Estados de la Unión. Un punto sobre el cual se está de acuerdo es, que la prueba de la verdad de las imputaciones es siempre admisible cuando se trata de un interés público, *where, the matter is propter for public information,* como lo admite, según vamos á ver, la legislación francesa de 1819. El acta del Congreso de 14 de Julio de 1798, que consagra este principio, á

(1) El libelo en Inglaterra y en América se entiende de toda clase de publicación, por escrito, impreso ó no, pintura, etc. (véanse los estatutos revisados por Maine, cap. 165, § 1.°), lo cual ofrece una gran analogía con las clases señaladas por el art. 1.° de la ley de 1.° de Mayo de 1819.

pesar de haber tenido sólo una aplicación transitoria, tiene autoridad sobre este punto, como razón escrita (1).

70. Lleguemos á nuestra legislación moderna. En el derecho intermedio no había ninguna disposición represiva, bien de la difamación, á no ser que degenerase en insulto (2) (ley de 22 de Julio de 1791, tít. 2.º, art. 7.º, 3.º); bien de la calumnia, á no ser que degenerase en falso testimonio, crimen previsto por el Código penal de 1791, así como por el Código penal actual, ó que consista en cartas anónimas acusando á ciertas personas de atentado contra la seguridad del Estado (decreto del 6 floreal, año II). Salvo estos casos excepcionales, no podía haber lugar, aun respecto de la calumnia, sino á la acción civil; y sabido es que nuestras costumbres repugnan reclamar una reparación puramente pecuniaria respecto de delitos que atacan el honor. «De aquí ha resultado (dice M. Faure en la Exposición de motivos del Código penal) que la calumnia no haya sido suficientemente reprimida, y que no hayan temido la envidia ó el odio atacar la reputación de los sujetos más recomendables. Ha largo tiempo que se deseaba que el legislador pusiera un freno á tales excesos.»

71. El sistema del Código penal de 1810 consistía en reprimir nominativamente sólo la calumnia; pero comprendía con el nombre de calumnia la mayor parte de casos de maledicencia. Y en efecto, el art. 368 del Código reputaba falsa toda imputación en apoyo de la cual no se hubiera producido prueba legal, y el art. 370 no permitía admitir como prueba legal más que la que resultaba de una sentencia ó de cualquiera acta ó documento auténtico (3). Finalmente, los artículos 372 y 373 reservaban al acusado la facultad de denunciar los hechos imputados, si eran punibles, según la ley, salvo sufrir la pena de la *denuncia calumniosa* (4), en el caso de que hubiera tratado á ciencia cierta de inducir en error á la justicia.

Este sistema carecía de franqueza, en cuanto penaba como ca-

---

(1) * Véanse la Constitución para la Luisiana de Diciembre de 1879, art. 168, y la Constitución para la California de 7 de Mayo de 1879, art. 1.º, sección 9.ª La prueba de los hechos difamatorios está permitida sin distinción. (Véase *Anuario de legislación extranjera*, 1880, págs. 818 y 835; noticias, traducción y notas de M. Alfonso Gourd.) *

(2) No hablamos de la simple injuria verbal, castigada entonces como en el día con penas de simple policía. (Cód. del 3 brumario, año IV, art. 605.)

(3) Acerca de los diversos sentidos que tienen en el derecho francés las palabras, *actas* y *títulos* ó *documentos*, véase lo que se dice en los núms. 458 y siguientes de esta obra.—*(N. del T.)*

(4) Aquí la calificación de *calumniosa* se entendía también en el mismo sentido que la *calumnia* del derecho romano.

lumnia la divulgación de hechos, aun notorios (art. 368), si no se probaban legalmente. Por la inversa, iba demasiado lejos, en cuanto no distinguía entre los actos auténticos destinados á la publicidad, de los que deben permanecer secretos, como decía al Consejo de Estado el Conde de Segur, al pedir la represión de la simple maledicencia: «La ley no debe permitir que se produzcan las actas del estado civil para revelar el deshonor ó la vergüenza de una desdichada que ha tenido un momento de debilidad.» Sobrado extensiva en cuanto á la prueba de los hechos de la vida privada (1), la legislación de 1810 era, por el contrario, de un rigor intolerable en lo concerniente á los actos de los funcionarios públicos, puesto que no permitía dar aviso de las malversaciones, concusiones, abusos de autoridad más evidentes, si no se podía cumplir la condición verdaderamente irrisoria de justificarlos por medio de un acta auténtica. Y, sin embargo, respecto de hechos de esta naturaleza es de los que debe decirse con Paulo: *Peccata nocentium nota esse et expedire et oportere*. En esto se reconoce de un modo muy notable la propensión recelosa del Gobierno imperial, poco favorable á la libertad de la prensa.

72. La legislación de 1819 ha verificado en esta materia una importante reforma. La ley de 17 de Mayo de 1819 (art. 13), califica, como ya hemos dicho, de *difamación*, toda imputación de un hecho que ataca el honor y la consideración de la persona ó de la corporación á que se imputa el hecho. Sin embargo, la difamación, según la etimología de esta palabra, supone publicidad; en su consecuencia, la imputación más determinada, en el mero hecho de no ser pública, se considera como una injuria de naturaleza menos grave y es castigada con penas de simple policía (2) (ibid., art. 13; *Cód. pen.*, arts. 375 y 376). Pero en semejante hipótesis, la injuria difamatoria, así como la injuria propiamente dicha (n. 65), excluye

---

(1) En Bélgica, para los actos de la vida privada, el Código penal de 1867 (artículo 443 y siguientes) distingue la calumnia de la difamación propiamente dicha, que supone la prueba del hecho consignado por un documento auténtico, y que no está castigada sino cuando el autor de la divulgación ha obrado sin ningún motivo de interés público ó privado y con el único objeto de perjudicar.

(2) Cesaría también toda pena si hubiera sido provocada la injuria verbal (*Código penal*, art. 471, 11): esto es lo que decide para cualquier ofensa el nuevo Código penal del Imperio alemán (art. 199). Dareau (*Tratado de las injurias*, cap. 10, sección 10, núm. 13) quería que la provocación, en caso de injurias verbales, permitiera consignar que los hechos alegados eran notorios ó al menos estaban probados por escrito. En el día, fuera de este caso, la provocación puede considerarse solamente como una circunstancia atenuante.

la prueba de la veracidad de los hechos injuriosos, aun respecto de un funcionario público, porque si es permitido criticar la conducta de los agentes de la autoridad, es solamente cuando se verifica de una manera franca y leal. Es preciso, pues, suponer difamación pública, sea para aplicar las penas dictadas contra la difamación (Cas. sec., reun. 11 de Febrero de 1839), sea para examinar si debe admitirse al acusado prueba sobre la verdad de los hechos difamatorios. Sobre esta grave cuestión de la admisibilidad de la prueba, la legislación de 1819 fijó una línea de demarcación bien terminante entre los hechos de la vida privada y los concernientes á las personas que obraron con carácter público. Tratemos ahora de la difamación puramente privada, que ofrece menos dificultades.

73. A esta difamación se aplica en toda su fuerza el art. 20 de la ley de 26 de Mayo de 1819, que dice: «Nadie será admitido á probar la verdad de los hechos difamatorios.» Bien mirado, este sistema es el más conforme á nuestras costumbres (1). «A pesar de toda la atención más escrupulosa que se tenga sobre sí mismo (dice Dareau, *Tratado de las injurias,* cap. 1.º, sec. 1.ª, núm. 4.º), no hay nadie que no sucumba algunas veces á debilidades particulares, nadie á quien no se puedan hacer imputaciones que le mortifiquen. El interés de la sociedad exige, pues, no cuidarse de la conducta de su semejante, y pensar en su propia reputación, sin destruir la del prójimo.» No es, pues, hoy permitido revelar malas acciones ó desgracias privadas, aun cuando se prueben del modo más auténtico. Así el Tribunal correccional del Sena juzgó, con fecha 17 de Diciembre de 1831, difamatoria la calificación de *antiguo presidiario* que se dirigió á un individuo para recordar que había sufrido una condena en presidio; porque el interés social prohibe volver á abrir tales heridas, que, por el contrario, conviene cicatrizar. Así, pues, según la doctrina que profesaba el informante de la ley de 17 de Mayo de 1819, la alegación maliciosa de pérdidas sufridas por un negociante puede perseguirse como atentatoria, si no á su honor, al menos á su consideración y crédito. Estamos lejos del sistema de la legislación prusiana, que admite en todo caso (*Código*

(1) Sin embargo, no ha sido profesado de un modo tan absoluto por el ilustre M. Royer Collard, al discutirse la ley de 26 de Mayo de 1819, como se piensa generalmente. El orador no profesó como opinión personal suya la doctrina de que *debe amurallarse la vida privada,* pues solamente dijo, consignando la teoría de la ley (Cams. de Diput. de 28 de Abril de 1819): «He aquí *amurallada* la vida, si puedo servirme de esta expresión; se la ha declarado invisible, se halla encerrada en el interior de las casas.»

penal de 1851, § 157) la prueba de la verdad de los hechos reputados difamatorios, con tal que estos hechos estén bien articulados, y que el tribunal los reconozca pertinentes y propios para excluir ó atenuar la culpabilidad del acusado: hoy día el Código penal del Imperio alemán (art. 192) reconoce que la ofensa puede en todo caso dimanar de las circunstancias de la causa.

Sin embargo, por riguroso que sea el sistema de nuestra legislación, no debe exagerarse su transcendencia, y autorizar, por ejemplo, la acción difamatoria contra el que llama *ladrón* al hombre que acaba de ser condenado por robo, ó *cortesana* á la mujer inscrita en los registros de policía (1). No fué tal el pensamiento de los autores de la ley del 17 de Mayo, los cuales sólo quisieron, según la Exposición de los motivos presentada por M. de Serre, «impedir la divulgación de los hechos cuya publicación causaría un perjuicio real, aunque por otra parte fueran ciertos». Si no reprodujeron la disposición del art. 367 del Código penal, en cuanto á los hechos *cuya publicidad autoriza la ley*, fué porque temieron que se abusara de ella para revelar maliciosamente condenas ya expiadas, contra la doctrina de Vinio (sobre el §. 1. Inst. *de injur.*), y la antigua práctica (n. 68). Pero no pudieron considerar como difamación, la alegación de hechos patentes, tales como los que acabamos de indicar. Según los principios generales del derecho penal, recordados en la discusión de 1819, la difamación, así como todo delito caracterizado, supone á un tiempo mismo intención de perjudicar y perjuicio causado á otro (2). Pues bién: la calificación de *ladrón* dirigida á un hombre que acaba de ser condenado por robo, no es de tal naturaleza que le ocasione perjuicio alguno. En este sentido, decía M. de Serre en la citada Exposición de motivos: «No hay difamación, según la definición de la ley penal, en repetir un hecho público y notorio, y mucho menos cuando esta notoriedad se funda en la publicidad de actos de la autoridad.» Añadamos, por fin, que en el caso mismo en que hay difamación punible, la verdad ó la falsedad de los hechos imputados está lejos de

(1) Se prohibe dirigir semejante calificación solamente á las mujeres de virtud equívoca, según el antiguo adagio: *Mulieri quæ non palam et passim, sed paucis sui facit copiam, competit injuriarum actio adversus eum qui eam meretricem vocavit* (Boerius, decis. 125).

(2) A este efecto, la apreciación corresponde exclusivamente á los jueces de hecho; así lo ha decidido la sentencia denegatoria de 17 de Mayo de 1858 relativa al famoso asunto del *milagro de la Saleta* (Véase también Sent. deneg. de 29 de Febrero de 1870).

ser una circunstancia indiferente, según lo reconoció M. de Broglie en su informe á la Cámara de los Pares sobre la ley de 17 de Mayo: cuando los jueces estén íntimamente convencidos de que hay calumnia, aplicarán el máximun de las penas legales, un año de prisión y 2.000 francos de multa, mientras que una ligera maledicencia será solamente penada con una multa de 25 francos (ley de 17 de Mayo de 1819, art. 18).

Pero ninguna distinción puede hacerse para la aplicación del art. 11 de la ley de 11 de Mayo de 1868, que prohibe (véase pág. 60, nota 2) toda publicación en un escrito diario, relativa á un acto de la vida privada. La redacción primitiva, *que no consideraba penables más que las alegaciones malévolas,* ha sido rechazada porque dejaba demasiado lugar á la arbitrariedad. Felizmente, esta disposición, que no puede ser invocada más que por la parte interesada, es muy poco aplicada en la práctica. Hay en ella una contravención material, independiente de la mayor ó menor verdad de los hechos alegados. En cuanto á la difamación, la prohibición de la prueba no puede destruirse, por ser de orden público, ni aun por consentimiento del querellante (Trib. civil del Sena, 27 de Diciembre de 1843 y 7 de Febrero de 1846).

Además, el legislador de 1819, como el de 1810, reserva al autor de la imputación la facultad de denunciar los hechos punibles según la ley, y una vez formada esta denuncia, se sobresee en la persecución y en el juicio del delito de difamación (ley de 26 de Mayo de 1819, art. 25). No se aplica solo en este caso el principio de derecho común, según el cual, se suspende el ejercicio de la acción civil por el de la acción pública *(C. de Inst.,* artículo 3.º). Aun cuando declarase el Ministerio público que no quería dar curso á la denuncia, el acusado, por el mero hecho de constituirse en denunciador, se coloca bajo el imperio del principio que dictó la ley *Eum qui nocentem,* y si se expone á sufrir la pena de denuncia calumniosa, tiene, por el contrario, la ventaja de no poder ser perseguido por simple difamación. Esto es lo que resulta del texto general y absoluto del art. 25 de la ley de 26 de Mayo de 1819, como juzgó el Tribunal de Casación el 8 de Diciembre de 1837 y el 5 de Julio de 1844. Pero si se trata de una acusación criminal, sobre la que no puede el autor de la imputación hacer que conozca el tribunal criminal, ¿quedará indefinidamente paralizada la acción por difamación á causa del sobreseimiento? Tal sería, sin duda, la consecuencia de los principios generales que autorizan la independencia de la acción pública. Y no obstante, el

querellante tiene derecho á obtener justicia; y respecto del acusado, por otra parte, el procedimiento sobre la denuncia es, como dice la sentencia de 1844, un medio de defensa. Es, pues, preciso reconocer que el Ministerio público está en este caso obligado excepcionalmente á hacer que conozca del negocio el juez de instrucción y después la Sala que resuelve sobre las acusaciones, salvo proceder según juzgue conveniente. No obstante, parece haberse decidido lo contrario por una sentencia de casación, fecha 11 de Diciembre de 1842; pero resolvió sobre una hipótesis particular, en que pertenecía la iniciativa exclusivamente al fiscal del Tribunal Supremo, por lo que no debe esto considerarse sino como una excepción que confirma la regla.

74. Lleguemos á lo concerniente á la vida pública. Bajo este respecto conviene distinguir el caso en que el ejercicio, bien sea de los derechos constitucionales, bien de la libre defensa ante los tribunales, tiene inmunidad completa respecto de los discursos y escritos, cualquiera que sea, por otra parte, la verdad más ó menos probada de los hechos alegados, y el caso en que es admitido el acusado á justificarse probando la verdad de estos hechos.

75. Bajo el primer punto de vista, ni los discursos pronunciados en las Asambleas legislativas (Decreto de Febrero de 1852, artículo 9.º), ni los informes ó documentos publicados por orden de estas Asambleas, pueden dar lugar á acción alguna, salvo en caso de exceso, que autorizan el ejercicio del poder disciplinal confiado al presidente. La misma inmunidad no se hace extensiva á las deliberaciones de las Diputaciones provinciales y Municipios (1), porque teniendo estas deliberaciones por objeto intereses de un orden más positivo, no admiten las recriminaciones apasionadas que la libertad de discusión nos obliga á tolerar en las discusiones puramente políticas; así lo ha juzgado el Tribunal de Casación,

(1) Para los Ayuntamientos habría una especie de inmunidad, según los términos del art. 60 de la ley de 22 de Diciembre de 1789, si se interpretase dicho artículo como lo verifica el Consejo de Estado (Sents. de 18 de Mayo de 1854, de 17 de Agosto de 1866 y de 25 de Mayo de 1870), en el sentido que sólo el Gobernador tiene competencia para anular las deliberaciones de los Municipios.

Pero semejante doctrina, rechazada por el Tribunal Supremo (Sent. de casación de 22 de Enero de 1863), se encuentra combatida por la mayor parte de los autores. (Véase M. Reverchon, *Revista crítica de 1867*, pág. 112.)

*La doctrina del Tribunal de Casación ha sido adoptada por el Consejo de Estado (7 de Mayo de 1871, Taxil). Ha sido confirmada también por el Tribunal de conflictos (22 de Marzo de 1884, Berault, Cpr. Ducrocq, *Curso de derecho administrativo*, 6.ª edición, pág. 669, y E. Laferrière, *Tratado de la jurisdicción administrativa*, t. 1.º, pág. 578). *

especialmente por sentencias de 8 de Noviembre de 1844, de 17 de Mayo de 1845 y del 22 de Enero de 1863. En cuanto á las reuniones preparatorias en que examinan los electores los títulos de los candidatos, es cierto que ningún texto concede inmunidad absoluta á los discursos que se pronuncian en ellas. Pero sería evidentemente poner un obstáculo al pleno y completo ejercicio del derecho electoral, no admitir en el seno de estas reuniones la discusión de todas las circunstancias desfavorables á los candidatos que se presentan en ellas; la libertad de elogiar lleva consigo la de vituperar. Podrá ser esto funesto para el comerciante quebrado á quien se le echen en cara las pérdidas sufridas por sus acreedores, y para el penado cuyos antecedentes judiciales se revelen; mas, para evitarlo, no tenían más que no descubrirse, en cierto modo, presentándose á solicitar los votos de sus conciudadanos. No sería así respecto á las alegaciones que no atacasen directamente á la persona del candidato, como si se difamara á su mujer ó á su hija: en tal caso, no podría invocarse excusa alguna fundada en el interés general. Por lo demás, no debe perderse de vista que no habiéndose establecido en nuestras leyes ningún principio sobre este punto, los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar si la discusión se encierra en un justo límite (Sent. de 11 de Mayo de 1843). Atendiendo al hecho, cuando se pruebe la falsedad de la imputación, será fácil al candidáto obtener una condena, porque la mentira y el fraude no tienen derecho á inmunidad alguna. Por eso, en 1832, se justificó de una manera brillante, é hizo condenar á un elector que le había calumniado, M. Duncombe, miembro de la oposición radical en Inglaterra, calificado en el *Morning-Post* de hallarse *convicto de estafa*. Pueden aplicarse á nuestro derecho las palabras pronunciadas por lord Denmann, en el Tribunal del Banco de la Reina: «Sé bien, que si se debe conceder á la prensa alguna libertad sobre las personas, es cuando estas personas aspiran á ser miembros del Parlamento; entonces es preciso tolerar revelaciones de la vida privada, que en otro caso serían punibles. Pero en este caso es preciso convenir en que el querellante ha justificado sus acciones más de lo que estaba obligado: no solamente ha probado que las alegaciones insertas en el *Morning-Post* atacaban su honor, sino también que los hechos eran enteramente falsos.»

Una inmunidad más antigua (núm. 68) se concede al foro, salvo el ejercicio del poder disciplinal del tribunal que conoce del asunto, poder que corresponde al del presidente de una Asamblea legislativa para con los miembros de esta Asamblea. La legislación del

Imperio, poco favorable á los abogados, reservó una acción para los casos de *Calumnia grave* (1). (*Cód. pen.*, art. 477.) Más liberal la de 1819, sólo hizo esta reserva en lo relativo á hechos difamatorios extraños á la causa, ó que se refirieran al derecho de tercero (ley de 17 de Mayo de 1819, art. 23). Las dificultades á que puede dar lugar la aplicación de esta disposición son ajenas á nuestro asunto.

76. Lleguemos á la hipótesis que ha suscitado las cuestiones más delicadas, á la en que se admite la prueba al acusado, de cuya materia trata el art. 20 de la ley de 26 de Mayo de 1819, concebido en estos términos:

«A nadie se admitirá prueba sobre la verdad de los hechos difamatorios, sino en el caso de imputación contra los depositarios ó agentes de la autoridad, ó contra toda persona que ha obrado con carácter público, sobre hechos relativos á sus funciones. En este caso, podrán probarse los hechos ante el tribunal criminal por todas las vías ordinarias, salvo la prueba en contrario por las mismas vías. La prueba de los hechos imputados pone al autor de la imputación al abrigo de toda pena, sin perjuicio de las pronunciadas contra toda injuria que no dependa necesariamente de los mismos hechos.»

Téngase muy en cuenta, como lo indica suficientemente el texto, que la facultad de la prueba se refiere á la naturaleza de los actos, y no á la cualidad de las personas; que, en su consecuencia, se halla protegida contra la difamación la vida privada de los funcionarios, lo mismo que la de los particulares, y que, en sentido inverso, se considera como funcionario al particular que obra con carácter público, aunque sea un simple miliciano nacional (Sentencia den. de 5 de Agosto de 1831) (2). Esta distinción era igualmente importante bajo el imperio de la legislación de 1819, en cuanto á la competencia, restablecida, como luego lo vamos á ver, en 1871, puesto que conocía el tribunal del jurado de la difamación relativa á los hechos de la vida pública, al menos cuando se cometía por la prensa ó por otro medio de publicación, siendo así que han conocido siempre de la difamación puramente privada los

---

(1) Aun en el dia no puede aplicarse la inmunidad á la *denuncia calumniosa*, delito mucho más grave que la difamación, y á que no es necesario recurrir para la defensa del negocio (Sent. de 1.° de Marzo de 1860). Pero se le puede aplicar á los discursos y escritos presentados en la oficina de conciliación (Sents. denegs. de 9 de Noviembre de 1868 y 4 de Marzo de 1869).

(2) Pero el perito, aun cuando está nombrado por el juez de instrucción, no ejerce funciones con *carácter público* (Trib. del Sena, 26 de Enero de 1870).

tribunales correccionales (ley de 26 de Mayo de 1819, artículos 13 y 14).

Esta doble garantía de la facultad de la prueba y de la competencia del jurado, concedida á la libertad de la prensa, no se ha aceptado fácilmente por los funcionarios públicos. En primer lugar, obrando contra el movimiento liberal que ocasionó la legislación de 1819, la ley de 25 de Marzo de 1822 (artículos 17 y 18) restableció la jurisdicción correccional respecto de toda difamación, y prohibió que jamás se probara con testigos la realidad de los hechos difamatorios; sistema algo más amplio que el del Código penal, puesto que no exige una acta ó documento auténtico (número 71), sino que para muchos hechos, cuya prueba no puede hacerse por escrito, hace ilusoria la facultad de probar. En segundo lugar, cuando se puso en vigor el sistema de 1819 por el art. 5.º de la ley de 8 de Octubre de 1830, se trató de eludir este sistema, aunque sin atacarlo directamente.

A fin de sustraer de la competencia del jurado la acción de difamación, cuando se dirigen ataques contra los funcionarios por la vía de la prensa, se invocó el principio, autorizado por el Código de procedimiento criminal (art. 3.º), que permite ejercer la acción civil á elección de la parte, ya sea ante el jurado que conoce de la acción pública, ya sea separadamente. Ahora bien, se dice, siendo la difamación un hecho perjudicial para el funcionario *(Cód. civil,* art. 1382), da lugar á una acción civil, lo cual es tan exacto que la misma ley de 26 de Mayo de 1819 (art. 29) fijó en seis meses la prescripción de la acción pública, y en tres años la prescripción de la acción civil contra los delitos cometidos por la prensa ó por otro medio de publicación. En su consecuencia, el Tribunal de Casación decidió por numerosas sentencias, que el funcionario difamado podía, en vez de acudir al tribunal del jurado, presentarse á los tribunales civiles en reclamación de daños y perjuicios. Y como los magistrados del tribunal criminal *(de Assises)* representan la jurisdicción civil, juzgó el mismo tribunal, con aplicación á las reglas del procedimiento *(Cód. de proc. crim.,* artículos 358 y 359), que después de un veredicto, aunque fuera negativo, del jurado, el tribunal, fallando en justicia sobre la acción civil, podía conceder al querellante indemnización de daños y perjuicios, y hasta providenciar la anulación del escrito. Si tal era la consecuencia de los principios generales del derecho penal, debe confesarse que semejante jurisprudencia estaba en oposición manifiesta con la voluntad expresada por el legislador en la discusión de 1819, de

no atribuir á la magistratura más que el conocimiento de la difamación privada, ó al menos de la difamación verbal, y de reservar á una jurisdicción que tiene un carácter más liberal, á la del jurado, el conocimiento de las difamaciones relativas á la vida pública, cuando se cometían por cualquier medio de publicación. Este conflicto entre los principios generales de la penalidad y el espíritu de la legislación especial, se complicaba también por las dificultades que presentaba en su aplicación el sistema admitido por la jurisprudencia. La acción civil, aun entablada ante los tribunales civiles, hacía que el acusado tuviese facultad para probar la verdad de los hechos que había alegado. Pero ¿cómo suministrar esta prueba? No ofreciendo al acusado la información no pública ante un juez comisario, las mismas garantías que la información pública ante el tribunal criminal, tal como la había organizado la ley de 26 de Mayo (artículos 21 y 22), venía á decidirse que debía hacerse una información sumaria en la audiencia. Todo esto era bastante arbitrario, y los sistemas, más ó menos ingeniosos, imaginados por los autores para resolver el problema, sólo servían para hacer más sensible la necesidad de que interviniera el legislador. Pues bien: mientras el Tribunal de Casación perseveraba, contra el dictamen del fiscal, en su jurisprudencia, poco favorable á la libertad de los escritores, los acontecimientos de 1848 vinieron á dar momentáneamente la razón á la prensa, y se decidió la cuestión de competencia á su favor por un decreto del Gobierno provisional, de 23 de Marzo de 1848 (1), concebido en estos términos:

«Los tribunales civiles son incompetentes para conocer de las difamaciones, injurias ú otros ataques dirigidos por medio de la prensa ó cualquier otro medio de publicación contra los funcionarios ó contra todo ciudadano revestido con carácter público, por razón de sus funciones ó de su cualidad. Estos tribunales deben providenciar, á quien por derecho corresponda, en toda acción sobre indemnización de daños y perjuicios fundada en hechos de esta naturaleza. La acción civil que resulta de delitos cometidos por medio de la prensa ú otro medio de publicación contra los funcio-

(1) Los artículos 83 y 84 de la Constitución de 1848 se hallaban concebidos según el mismo espíritu. El proyecto de Constitución iba más lejos, puesto que atribuía al Jurado el conocimiento de todo delito cometido por la prensa ú otro medio de publicación. Pero no había un interés grave en someter al Jurado las cuestiones de difamación puramente privada, en que no se admite la prueba de los hechos difamatorios. Así, pues, se había conservado implícitamente la legislación de 1819, por la remisión que hacía el art. 83 á las leyes orgánicas para determinar la competencia en los delitos de injuria y difamación contra los particulares.

narios ó contra todo ciudadano revestido con carácter público, no podrá en ningún caso perseguirse con separación de la acción pública. Dicha acción civil se extinguirá de pleno derecho por el sólo hecho de extinguirse la acción pública.»

Conviene observar, no obstante, que el legislador de 1848 no autorizó la opinión absoluta que llegaba hasta á suprimir la acción civil. Esta acción no fué destruída, sino que únicamente debía entablarse ante el tribunal del jurado, que era entonces directamente competente, en virtud de querella de la parte perjudicada; de otra suerte, se hubiera hallado expuesta esta parte á una verdadera denegación de justicia. Queda, pues, consignado que el querellante puede obtener, pero sólo por el jurado, indemnización de daños y perjuicios, aun cuando se haya resuelto negativamente la cuestión de culpabilidad; porque puede haber en ella una difamación bastante censurable para dar lugar á reparaciones civiles, sin ser bastante grave para ocasionar una condena penal.

La Constitución de 1852 no reprodujo las disposiciones de la Constitución precedente en favor de la libertad de la prensa, y especialmente la que, transformando el jurado en jurisdicción civil, le llamaba sólo en los hechos ó delitos de la prensa á resolver sobre los daños y perjuicios (*Const. de 1848*, art. 84). El régimen imperial, que propendía, por el contrario, á rodear á los funcionarios públicos de una protección enteramente especial, debía tener como consecuencia lógica el restablecimiento, en esta materia, de la legislación de 1822. Así, pues, el decreto de 13 de Febrero de 1852 (art. 28) suprimió nuevamente la facultad de probar con testigos la realidad de los hechos difamatorios, al mismo tiempo que restableció (art. 25) para todos los delitos cometidos por medio de la prensa ú otro medio de publicación, la competencia de los tribunales de policía correccional, abolida primeramente en 1819 y después en 1830. La caída del régimen imperial trajo por una reacción saludable la vuelta de la legislación liberal de 1819, 1830 y 1848.

La ley de 15 de Abril de 1871 ha restablecido para los delitos de la prensa la competencia de los tribunales del jurado, según los términos de la ley de 1819. Admite en consecuencia ante el jurado (art. 3.°) la prueba de la verdad de los hechos difamatorios (1), cuando tiene lugar contra los depositarios ó agentes de la autoridad

(1) Pero no de los hechos injuriosos, aunque dicha ley (art. 2, 2.° y 3.°) reconoce la competencia del tribunal del jurado respecto de la injuria pública, así como de la difamación para con los funcionarios.

con motivo de actos relacionados con sus funciones, ó contra cualquier persona que hubiese obrado con un carácter público y con ocasión de sus actos. Queriendo igualmente impedir que el funcionario eluda la competencia del tribunal del jurado, la ley de 1871 vuelve á hablar (art. 4.º) del principio sentado por el decreto de 23 de Marzo de 1848; con este fin declara, que la acción civil que resultase de los delitos con motivo de los cuales se permite la prueba, no podrá entablarse separadamente de la acción pública, y se extinguirá de derecho en el mero hecho de extinguirse aquélla. Pero el legislador de 1871 añade la restricción equitativa (art. 4.º) de que si la acción pública llega á ser imposible en caso de fallecimiento del autor del hecho acriminado, ó en caso de amnistía, la persona difamada recuperará el ejercicio de la acción civil.

77. Tales son las reglas sobre la prueba de los hechos difamatorios en lo concerniente á la acción civil que se intenta con motivo de la difamación cometida por cualquier medio de publicación. Pero ¿qué debe decidirse en cuanto á la difamación cometida igualmente contra funcionarios, pero puramente verbal? No hay duda que su conocimiento corresponde á la jurisdicción correccional, según los términos del art. 14 de la ley de 26 de Mayo de 1819, reproducidos por el art. 2.º de la ley de 15 de Abril de 1871. ¿Pero debe la jurisdicción correccional comprender la prohibición de la prueba respecto del acusado? Habíamos admitido la negativa bajo el imperio de las legislaciones anteriores. Creíamos que debía distinguirse en la ley de 1819 entre las reglas acerca de la prueba, que eran absolutas, y aquellas sobre la competencia, que variaban según el carácter de la difamación. Hacíamos observar que en la sesión del 27 de Abril de 1819, después de haber recordado Royer Collard que, según el sistema de la ley, estaba amurallada la vida privada, añadía: «Si amuralláis la vida pública, reconoceréis que el poder público es el dominio del funcionario, un campo que puede labrar como quiera, sin que el campo pueda *murmurar*, puesto que es propiedad de quien lo labra.» Pues bien: el derecho de *murmurar*, ¿no lleva consigo el de atacar, aunque sea verbalmente, los actos de los funcionarios? Creemos, pues, que la prueba de los hechos difamatorios, en tal caso, debe admitirse igualmente ante la jurisdicción correccional, lo cual ofrece menos dificultad en el día, puesto que, según los términos del art. 28 del decreto de 17 de Febrero de 1852, los hechos difamatorios no pueden probarse por testigos, disipándose así las dificultades que originaba el tener que practicarse la prueba testimonial ante los jueces correccionales.

Pero el Tribunal Supremo ha rechazado nuestra opinión, aun teniendo á la vista la legislación del año 1848, que es esencialmente favorable al principio de la libre discusión de los actos de la autoridad (Sents. de 31 de Enero, 9 de Marzo y 12 de Agosto de 1850), cuya jurisprudencia, bajo el régimen imperial, se halla confirmada por un fallo del Tribunal Supremo en pleno, dado el 28 de Diciembre de 1868. Además del argumento sacado de la ley de 1819, así como de la de 1871 (art. 3.º), las cuales no autorizan la prueba de la verdad de los hechos sino ante el tribunal del jurado, el Supremo sienta como principio, «que la difamación verbal, originada las más veces por un movimiento de arrebato, y que generalmente no sale de un círculo estrecho en un pueblo de pocos vecinos, no solamente tiene menos gravedad bajo el doble concepto de la intención de su autor y del perjuicio que puede causar, sino que además no ofrece ningún interés político en la mayor parte de los casos». Creemos hoy, que la ley de 1871 (art. 2, 3.º), al sustituir respecto de la competencia de los tribunales correccionales el significado de *injuria grave* por el de *difamación* contenido en el proyecto de ley, ha tenido el ánimo de prohibir la prueba, la cual jamás se admite en materia de injurias (núm. 65); y por consiguiente, ha dado autoridad legislativa á la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En lo que no cabe duda es que siempre que se ultraja públicamente, de cualquier modo que sea, á uno de estos agentes, por razón de sus funciones ó de su cualidad, por ejemplo, si ha sido insultado un magistrado en su tribunal, el autor del ultraje incurre en una penalidad especial, que establece el art. 6.º de la ley de 25 de Marzo de 1822, y no puede justificarse por medio de prueba alguna. La legislación especial sobre la difamación sólo es aplicable en cuanto las imputaciones dirigidas contra los funcionarios, que no han ido acompañadas de ninguna apreciación injuriosa, de término alguno despreciativo, de ningún ademán que las haga degenerar en ultraje; circunstancias que se presentan frecuentemente en una difamación puramente verbal. Así debe reconocerse que, de hecho, en muchos casos en que la jurisprudencia ha rehusado admitir la prueba, había justos motivos para no autorizarla, según los términos de la ley de 1822, cualquiera que fuese la interpretación que por otra parte se diera á la de 26 de Mayo de 1819.

78. Cuando la ley autoriza la prueba de los hechos alegados, no hay duda que el querellante puede probar su falsedad, así como el acusado puede probar su verdad. Pero se ha querido que cuando se trata de hechos cuya prueba prohibe la ley al acusado, se ad-

mita al querellante justificar que se le calumnió, puesto que no debe volverse contra él la prohibición de la prueba que se admitió en su favor. Por sentencia denegatoria de 2 Febrero de 1827, se ha desechado esta pretensión, aunque bastante equitativa, por no ser admisible en juicio una prueba acerca de la que no se permita contradicción.

* 78 duplicado. En la ley de 29 de Julio de 1881 sobre la libertad de la prensa, es en donde se encuentran las disposiciones que rigen hoy día acerca de la prueba de los hechos difamatorios. Los principios sentados en 1819 han sido muy poco modificados por el legislador en 1881. Ha rechazado un sistema muy radical que han admitido ciertas constituciones de los Estados de la América del Norte (V. *supra*, pág. 50, nota 2.ª), y según cuyos términos la verdad del hecho difamatorio puede siempre ser consignada (1).

Tampoco admitió que la prueba pudiera verificarse cuando el querellante hubiese autorizado al acusado á presentarla (2). Ambas teorías le han parecido igualmente peligrosas.

El sistema que ha adoptado es igual al que sirve de base á la ley de 1819. Cuando se trate de hechos difamatorios referentes á la vida privada de una persona cualquiera, jamás será posible establecer la prueba. Con efecto, ningún interés tiene la sociedad por conocer hechos de esta naturaleza. Al revelarlos públicamente no se hace nada en provecho del interés general, sólo se alimenta la curiosidad y la malicia de las gentes; pero cambia la cuestión si se dirige la difamación contra una corporación ó una persona que ejerza funciones ó que realice servicios públicos. En este caso, la sociedad está interesada en conocer todo lo que se refiere á los actos de dichos depositarios de una parte de la autoridad pública, por mínima que sea. Inútil es hacer observar que los actos de que hablamos deben referirse precisamente al ejercicio de la función ó del servicio público. Se autorizará, pues, la prueba del hecho difamatorio, y si ésta fuese abandonada, se sobreseerá en la causa respecto del acusado. (Arts. 30, 31, 32 y 35.)

¿Pero cuáles son esas corporaciones, esas personas que ejercen una función ó que desempeñan un servicio público? Se había limi-

---

(1) Enmienda propuesta por M. Ballue en la segunda deliberación ante la Cámara de los Diputados, sesión del 15 de Febrero de 1885. (Periódico oficial del 16, página 266.)

(2) Enmienda propuesta al Senado por Mr. Bozérian y rechazada en la sesión del 11 de Julio de 1881. (Periódico oficial del 12, pág. 1114.)

tado la ley de 1819 á decir: «Cualquier depositario ó agente de la autoridad pública por hechos relativos á sus funciones.» No adoptó una fórmula tan concisa la ley de 1881. Trató de hacer una clasificación. Por eso nombra en sus arts. 30 y 31 las Audiencias, Tribunales, ejércitosó armadas, corporaciones constituídas, administraciones públicas, ministros, individuos de las Cortes, funcionarios públicos, depositarios ó agentes de la autoridad pública, ministros de uno de los cultos pagados por el Estado, ciudadanos encargados de un servicio público, de carácter temporal ó pormanente, jurados y testigos con relación á sus declaraciones. Aun hay más: en el artículo 35 incluye á los directores ó administradores de cualquier empresa industrial, mercantil ó financiera, que se dediquen públicamente á establecer cajas de ahorros ó negocios de crédito. Una base distinta tiene esta regla. En su informe al Senado, M. Pelletan ha querido sin duda que esos directores ó administradores tengan en cierto modo un carácter público, puesto que hacen un llamamiento á la pública fortuna. Pero esta es una asimilación algo violenta, siendo el verdadero motivo el que expone después: «poner la credulidad al abrigo de la explotación;» ó según dijo M. Laboulaye: «introducir en lo posible la honradez en las mencionadas empresas» (1). Puede suscitarse una dificultad respecto de la decisión de la ley referente á las personas que se nombran en los artículos 30, 31 y 35. No siempre será fácil establecer una diferencia entre la persona privada y la pública. Pues bien: una imputación difamatoria podrá atacar á la vez la vida pública y la privada. En principio, no se podrá probar la verdad de la imputación difamatoria más que para la vida pública; pero con mucha frecuencia ocurrirá una indivisibilidad y una conexión tales, que será muy difícil conocer la diferencia. A los tribunales les tocará hacer sus apreciaciones según los casos diversos que tengan que resolver; pero les incumbe la mayor circunspección y reserva acerca de la admisión de la prueba; de lo contrario, se aniquilaría inmediatamente la prohibición de la prueba del hecho difamatorio respecto de la vida privada, siempre que se tratase de una persona revestida de una función ó de un cargo público.

Finalmente, para decir la última palabra sobre esta cuestión de la prueba de los hechos difamatorios, haremos observar que, á pesar de la oscuridad é incoherencia de las discusiones de las Cá-

(1) Senado, sesión del 11 de Julio de 1881. (*J. off.* del 12, pág. 1115.)

maras de Diputados sobre esta materia (1), no cabe duda que la prohibición de la prueba debe tener lugar cualquiera que sea el tribunal llamado á sentenciar. Con efecto, bien se trate de la jurisdicción civil ó de cualquiera otra, al prohibir la prueba, el peligro que se ha querido evitar queda tan manifiesto como antes.

78 duplicado. I.—Hasta ahora yo no he hablado más que de la difamación, es decir, de la imputación ó alegación de un hecho que atenta al honor ó á la consideración de la persona ó corporación á la que el hecho es imputado (2). En cuanto á la injuria, por la que se entiende toda expresión ultrajante, término de desprecio ó invectiva que no encierra imputación de ningún hecho (3), no puede ser objeto de prueba (4). Sobre este particular la ley de 1881 no se ha separado de la de 1819.

El art. 35, § 2.°, podría no obstante autorizar á creer lo contrario.

Dice, en efecto, que «la verdad de las imputaciones difamatorias é *injuriosas* podrá acreditarse contra los directores ó administradores de toda empresa industrial, etc.» ¿El legislador admite acaso la prueba de la realidad de la imputación injuriosa para esta categoría de personas, mientras la rechaza, puesto que no la menciona, para aquellas que son enumeradas en los artículos 30 y 31? Esto es poco probable, pues ¿cual sería el motivo de la diferencia? Queda por explicar el texto del art. 35, § 2.° y desde luego he aquí lo que puede decirse.

Es posible, primero, que la imputación del hecho difamatorio haya revestido una *forma injuriosa*. La injuria no es entonces sino accesoria; el hecho difamatorio la absorbe.

Por consecuencia, se comprende que el art. 35 admita la prueba de este hecho. Otra explicación menos útil puede proponerse. El párrafo que forma el art. 35, 2.°, ha sido añadido por el Senado al texto del proyecto de la Cámara. Los individuos de la Comisión al redactarle no tuvieron presente la parte del informe de M. Lisbonne

---

(1) Sesión del 15 de Febrero de 1881. (*J. off.* del 16, Cámara de Diputados, página 266.)

(2) Esta definición legal se ha trasladado literalmente, desde el art. 13 de la ley de 17 de Mayo de 1819, al art. 29 de la ley de 29 de Julio de 1881.

(3) Art. 29, 2.°, de la ley de 1881, que reproduce textualmente el art. 13 de la ley de 1819.

(4) Véase informe de M. Lisbonne: «por su propia naturaleza la injuria no contiene la imputación de ningún hecho concreto.» En tal caso, sólo se debe probar la misma injuria.

relativa á la inutilidad y á la prohibición de la prueba de la verdad de la injuria.

Hay que añadir que la ley de 1881 no ha reproducido la disposición final del art. 20 de la ley de 1819, en el que se manifiesta que el individuo que ha hecho la prueba de los hechos difamatorios, cuando es permitida, y que, por consiguiente, está libre de toda pena, puede no obstante incurrir en aquellas que se hallan establecidas contra toda injuria que no sea precisamente dependiente de los mismos hechos. El art. 35, 3.°, dice simplemente: «Si la prueba del hecho difamatorio está abandonada, el acusado quedará libre de la querella.» Y en efecto, de dos cosas, una: ó bien la injuria se halla estrechamente ligada al hecho difamatorio, y entonces el individuo que ha practicado la prueba de este hecho se halla forzosamente libre de toda pena, puesto que el delito de difamación ya no existe; ó bien la injuria es independiente del hecho difamatorio, y entonces constituye un delito distinto, que tiene sus reglas y sanción especiales (1).

78 duplicado. II.—En cuanto al ultraje, que no es más que una injuria agravada, algo que traspasa los límites en cuanto á ofensas, la prueba de su realidad no es más posible que para la injuria ordinaria. Por otra parte, la ley de 1881 no habla de esta forma de injuria, salvo en lo que atañe á los agentes diplomáticos acreditados cerca del Gobierno de la República.

La deja, pues, bajo el imperio del derecho común.

78 duplicado. III.—Se debe hacer notar que el art. 37 establece para los embajadores, ministros plenipotenciarios, enviados, encargados de negocios ú otros agentes diplomáticos acreditados cerca del Gobierno de la República, en lo referente á la difamación, injuria y ultraje, un sistema completamente distinto. Jamás en lo que les concierne será posible la prueba del hecho. Poco importa que se refiera á sus funciones ó á su vida privada. La manera, pues, como ellos llenan su cometido, puede interesar al Gobierno que les tiene acreditados: no nos interesa de ningún modo. Por otra parte, los embajadores, enviados, etc., disfrutan de inmunidades mucho más considerables todavía, conocidas bajo el nombre de extraterritorialidad.

78 duplicado. IV.—Cuando la prueba de la difamación es admitida, ¿cuál es el procedimiento que debe seguirse?

---

(1) Véase el informe de M. Lisbonne.

Será suficiente el tener presente los artículos 52 y 60 de la ley de 1881 (1). *

*** La legislación española ofrece sobre materia de injuria ó difamación curiosas y sabias disposiciones, que creemos oportuno consignar aquí, para que sirvan de complemento é ilustración á las prescripciones de los demás paisesde Europa que cita M. Bonnier, y para que nuestros lectores formen una idea de nuestra legislación antigua y moderna sobre este importante punto.

Según las leyes 1.ª y 2.ª, tit. 9.°, Part. 7.ª, con las glosas de Gregorio López, no es culpable de injuria el que imputa ó atribuye á otro un delito ó defecto, no por afrentarle ó envilecerle, sino por defenderse ó no arriesgar sus intereses, como si uno pone tachas al testigo de su adversario, y las prueba por disminuir ó enervar la fuerza de su testimonio, ó deja de admitir al fiador que se le presenta por persona que le está obligada, diciendo que no es idóneo. Tampoco es culpable de injuria, según las leyes citadas de Partida, el que eche en cara ó impute á otro de palabra y no por escrito algún delito de la clase de aquellos en que hay acción popular, y en cuyo descubrimiento y castigo está interesada la sociedad, con tal que lo justifique y el delincuente no haya sido indultado ni condenado. Según la ley 18, las mujeres de buena fama que vestian el traje de las públicas, ó se ponian en lugares donde éstas moraban, no podian querellarse como mujeres honradas de la injuria que de palabra ó hecho, ó trabando de ellas, les hacia alguno, creyéndolas malas mujeres, dando la ley la razón de que aquéllas son por aquel hecho meramente culpables.

Acerca de si deberia quedar libre de pena el que profirió una injuria verbal, si probaba la certeza de lo que dijo ó echó en cara al injuriado, controvertian nuestros autores, atendiendo á nuestra antigua legislación, apoyándose los que estaban por la afirmativa en algunas palabras de la ley 1.ª, tit. 9.°, Part. 7.ª; y los que por la negativa, en otras cláusulas de la misma ley, entendiendo que ésta se refiere á lo más á los delitos públicos, de que cualquiera puede acusar por estar interesada en su revelación y castigo la sociedad entera, pero no á los delitos privados, de que sólo el ofendido puede querellarse. Y aun respecto de los delitos públicos, opinaban no deber admitirse la prueba de ellos, ni eximirse de la pena de injuria al que los imputa ó echa en cara al delincuente después de haber sido éste condenado por sentencia ó indultado por el rey, porque entonces el injuriante no hace servicio alguno al Estado, sino que obra por saña ó pura malicia, y sin más objeto que el de afrentar al ofendido, á no ser que manifieste algún justo motivo que le excuse de la inculpación, como afirma Gregorio López en la glosa á dicha ley.

En este estado de la cuestión, se publicó el Código penal de 1848, que ha venido á fijarla legalmente con sus importantes disposiciones. Según el art. 383, al acusado de injuria no se le admite prueba sobre la verdad de las imputaciones, porque consistiendo las injurias en la imputación de los delitos privados, que no dan lugar á procedimiento de oficio, no bastaría para promover la acción de la justicia la prueba de la verdad de la injuria, al paso que menoscabaria el honor de los particulares, turbaria la paz de las familias y ocasionaria escándalo público. Solamente se admite prueba al injuriante, cuando se dirigiesen las imputaciones contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus funciones, pues entonces interesa al Estado saber sus abusos para evitarlos. En tal caso, el acusado es absuelto si probase la verdad de las imputaciones.

---

(1) Acerca de la ley de 1881, consúltese G. Petit, *Texto de la ley sobre la prensa;* Faivre et Benoit-Levy, *Código manual de la prensa;* Dutruc, *Explicación práctica de la ley sobre la prensa;* Cellich y Le Senne, *Ley de 1881 sobre la prensa;* Barbier, *Código explicado de la prensa;* Fabreguettes, *Tratado de las infracciones por medio de la palabra, de la escritura y de la prensa.*

Estas disposiciones han sido ratificadas por el Real decreto de 2 de Abril de 1852, sobre el ejercicio de la libertad de imprenta, en cuyo art. 34 se previene, que no se comete calumnia ni injuria: 1.°, publicando ó censurando en algún impreso la conducta oficial ó los actos de algún funcionario público con relación á su cargo; 2.°, revelando alguna conjuración contra el Estado ú otro atentado contra el orden público; pero en uno y otro caso los responsables del impreso están obligados á probar la verdad de los hechos que denuncian, bajo la responsabilidad de calumnia ó injuria.

Por la ley de 17 de Mayo de 1866, al penarse en el art. 2.° al que injuriare gravemente á cualquiera de los Cuerpos Colegisladores ó alguna de sus comisiones ó entidades colectivas, se declaraba no cometerse delito de injuria examinando ó censurando los actos y acuerdos de los Cuerpos Colegisladores y los de sus comisiones y entidades colectivas.

Por el art. 3.° de la ley de 22 de Junio de 1866 se declaró no ser delitos especiales de imprenta los que se cometieran abusando del derecho consignado en el art. 2.° de la Constitución: los de injuria y calumnia referentes á actos de la vida privada de los particulares ó funcionarios públicos. Estos no podian perseguirse sino á instancia de la parte ofendida. Los de calumnia contra corporaciones ó funcionarios públicos relativos al ejercicio de su autoridad ó de sus funciones oficiales. Estos podian perseguirse de oficio. Sólo se consideraba calumnia para los efectos de esta ley, la imputación directa y concreta de un hecho que según las leyes constituya delito de aquellos que pueden perseguirse de oficio. No se conocia delito de injuria publicando, examinando ó censurando los actos oficiales de las autoridades ó funcionarios públicos. Véase también la decisión del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Junio de 1866.

Según el proyecto de ley de libertad de imprenta de 7 de Marzo de 1867, que se mandó rigiese como ley del reino por decreto de la misma fecha, no se cometia delito: 1.°, en los escritos en que se publicase ó censurare la conducta oficial ó los actos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, si los escritos estuviesen redactados con decoro, y siempre que las imputaciones que se hicieren no fueren calumniosas: 2.°, en los escritos en que se revelase alguna conspiración contra la seguridad del Estado ó cualquiera atentado contra el orden público. En este último caso, los responsables del escrito tenian obligación de probar la certeza de sus asertos.

En el dia, por decreto de 23 de Octubre de 1868, habiéndose declarado que todos los ciudadanos tienen derecho á emitir libremente sus pensamientos por medio de la imprenta, sin sujeción á censura ni á ningún otro requisito previo (artículo 1.°), los delitos comunes que por medio de la imprenta se cometan, quedan sujetos á las disposiciones del Código penal, derogándose en esta parte el art. 7.° del mismo.

Respecto del modo como deben expresarse los letrados en sus informes y escritos, debe tenerse presente el art. 196 del reglamento provisional de 19 de Septiembre de 1835, que previene, que así en sus informes como en sus escritos, cuidarán siempre de producirse con todo el decoro que corresponde á su noble profesión y á la autoridad de los tribunales, y de guardar á éstos el respeto que les es debido. Evitarán expresiones bajas, ridículas é impropias del lugar en que se profieren ó de los jueces á que se dirigen, y nunca apoyarán sus argumentos sobre hechos supuestos ó desfigurados, ó sobre supuestas disposiciones legales.

Conviene tener también presente sobre las especies que contiene este párrafo de M. Bonnier, que según el Código penal español de 1848, si la calumnia ó la injuria se causaren en juicio, atendiendo dicho Código sin duda á que en tales casos la injuria es efecto, más bien que de ánimo deliberado, del calor y arrebato que á veces producen las contestaciones judiciales, previene que no puedan deducirse las acciones respectivas sin previa licencia del juez ó tribunal que de él conociera. Este no debe darla si fuera fácil obtener satisfacción suficiente (art. 390.)

Nadie puede ser penado por calumnia ó injuria sino á querella de la parte

ofendida, pues siendo estos delitos privados, al ofendido es á quien solamente incumbe determinar la persecución de los mismos, puesto que puede haber casos en que la publicidad de dichos delitos le cause perjuicios atendibles. Mas cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado, habiendo entonces delito público, puede proceder contra ellos el Ministerio fiscal. Para los efectos de esta disposición, se reputan autoridades los soberanos y príncipes de naciones amigas ó aliadas, los agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público, que, según los tratados, convenios ó prácticas, debiesen comprenderse en esta disposición; mas para proceder en estos casos que se acaba de expresar, ha de preceder excitación especial del Gobierno. V. el art. 391 del Código penal de 1848.—(*N. del T.*)

*** Según el Código penal vigente, constituye el delito de calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar á procedimientos de oficio; y es injuria toda expresión proferida ó acción ejecutada en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona; estimándose graves la imputación de un delito de los que no dan lugar á procedimiento de oficio; la de un vicio ó falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito ó intereses del agraviado; las que por su naturaleza, ocasión ó circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas, y las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido (artículos 467, 471 y 472). El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiese imputado; al que lo sea por injuria, no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo; en este caso será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones (artículos 470 y 475). Nadie podrá deducir acción de calumnia ó injuria causadas en juicio, sin previa licencia del Juez ó Tribunal que de él conociere. Nadie será penado por calumnia ó injuria sino á querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la Autoridad pública, corporaciónes ó clases determinadas del Estado, para cuyos efectos se reputan autoridad los Soberanos y Príncipes de naciones amigas ó aliadas, los Agentes diplómáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público que según los tratados debieren comprenderse en esta disposición. Para proceder en tales casos ha de preceder excitación especial del Gobierno (art. 482).

Las injurias pueden constituir medios ó formas de ejecución de delitos especiales, como el de lesa majestad, el que se comete contra los Diputados y Senadores en las sesiones de los respectivos Cuerpos Colegisladores, ó fuera de aquéllas, por las opiniones manifestadas ó votos emitidos en el Senado ó en el Congreso; el de injurias á los Ministros constituídos en Consejo, y el de desacato (artículos 161, 174, 179 y 266).

El tít. 4.º del libro 4.º de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente contiene las disposiciones que regulan el procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares. Según las que de ellas se refieren á la prueba, la autorización que para la querella otorgue el juez ó tribunal ante quien hayan sido inferidas la injuria ó la calumnia, no se estimará prueba bastante de la imputación. Si la injuria y calumnia se hubieren inferido por escrito, se presentará, siendo posible, el documento que la contenga. No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria ó calumnia vertidas de palabra (artículos 805, 806 y 813).

He aquí la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, con relación á los puntos más interesantes de esta materia:

Concepto jurídico de la injuria.—El concepto jurídico de la injuria exige que la expresión proferida ó acción ejecutada en que consta aquélla, ceda en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona, sin que sea

bastante para la calificación de este delito cualquiera mortificación sentida por las personas, que por virtud de actos que son del dominio de la publicidad y de la discusión, hayan sido con más ó menos fundamento censurados y criticados. (Sent. de 22 de Enero de 1889.)

IMPUTACIÓN INJURIOSA DE HECHOS CIERTOS.—Constituye el delito de injurias graves el hecho de consignar de una manera intencionada y resuelta en un periódico, que un individuo ha sido penado en causa por falsificación de documento ú otro delito análogo, y hallarse por ello, como empleado, sujeto á descuento para el pago de las costas de la causa; frases que son gravemente injuriosas por el menosprecio que acusan, toda vez que tienden deliberadamente á deprimir, humillar y lastimar en su fama, crédito é intereses á la persona á quien aluden, y sería por todo extremo inconcebible que la ley quisiera autorizar la publicación de los precedentes penales de cualquiera que fuese condenado, porque esto equivaldría á consentir un constante insulto y á dejar impunes semejantes injurias, con transcendental perjuicio de la honra é intereses del agraviado. (Sent. de 4 de Diciembre de 1889.)

INTENCIÓN.—No es por su naturaleza acto ilícito en un acreedor el de anunciar la venta de un pagaré para procurar su cobro ó negociación; pero si lo verifica con la intención de causar daño ó desprestigio al nombre y firma del deudor, se ofende y rebaja la estimación de éste, se da motivo á conceptos desfavorables y conjeturas depresivas, se incurre en el delito de injurias, tal como lo define el art. 471 del Código penal. (Sent. de 22 de Febrero de 1887.)

Las injurias se caracterizan más que por la significación material de las palabras, por la intención ó tendencia con que son proferidas, cuando su autor se propone lastimar con ellas la honra ó crédito de la persona contra quien van dirigidas. (Sent. de 17 de Enero de 1889.)

El supuesto del autor de unas frases injuriosas, de haber publicado éstas en la creencia de que se había cometido un delito, no es fundamento para afirmar falta de malicia é intención de injuriar, si ninguna precision tenía de proferir tales expresiones para la defensa de su derecho ni para la denuncia del delito, aunque ésta hubiere sido su intención. (Sent. de 16 de Marzo de 1889.)

La circunstancia 3.ª del art. 9.º del Código penal no se da sino en los delitos que producen un resultado material, y no en los ejecutados por medio de la palabra. (Sent. de 24 de Octubre de 1889.)

PUBLICIDAD.—El haber sido ya procesado el autor de injurias contenidas en unas cartas, no obsta para que pueda y deba ser penado en otra causa, si publicare aquéllas, porque haciéndolo así, incurrirá en un nuevo delito de injurias independientemente del cometido al inferirlas con anterioridad, aumentando el daño causado con su mayor publicidad. (Sent. de 28 de Mayo de 1889.)

INJURIAS Á PERSONA NO EXPRESAMENTE DETERMINADA.—No es preciso que al injuriado se le llame por su propio nombre para que pueda ejercitar la acción que le da la ley, si se le alude de tal manera y con tales detalles, que su persona queda tan determinada y conocida como si se hubiera pronunciado ó escrito su verdadero nombre. (Sent. de 13 de Abril de 1888.)

ID. Á VARIAS PERSONAS.—La pluralidad objetiva de la injuria no desvirtúa la imputabilidad del acto justiciable, sino que arguye mayor responsabilidad, siendo en el delito de desacato más significado el hecho por el número de personas que lo presencian. (Sent. de 28 de Marzo de 1889.)

ID. EN DOCUMENTO PARTICULAR.—Por haberse inferido las injurias en carta particular, no dejan de ser justiciables, porque, como tiene dicho con repetición la Sala segunda, para que pueda penarse la injuria no es necesario que se haga con publicidad; basta que se hayan proferido las frases

que la constituyan, para que tenga aplicación el art. 473 del Código penal. (Sent. de 28 de Junio de 1888.)

INJURIAS EN JUICIO.—Si bien el art. 485 del Código penal de Cuba y Puerto Rico prohibe que se deduzca acción de injuria y calumnia causada en juicio sin previa licencia del juez ó tribunal que de él conociere, esta limitación de interpretación restrictiva, por serlo de un derecho generalmente reconocido, no alcanza á las ofensas causadas durante un acto de conciliación, porque no es juicio en la acepción técnica de este vocablo. (Sent. de 22 de Febrero de 1889.)

El ejercicio de los derechos y acciones contra las resoluciones de los jueces y tribunales es perfectamente compatible con el decoro en la forma y manera de reclamar, decoro que si con razón se exige en toda clase de relaciones sociales, aun es más necesario en las que se establecen entre los que piden justicia y los que la administran. Si una parte cualquiera, con ocasión de formular alguna petición, acción ó reclamación, consigna frase, hace imputaciones ó apreciaciones ofensivas, á la vez que notoriamente impertinentes, para fundar su reclamación y demostrar su derecho, contrae responsabilidad mayor ó menor, según la índole y extensión del exceso cometido, pues ni moral, ni racional, ni legalmente puede autorizarse la impunidad de tales excesos, que lo son precisamente, porque para el libérrimo ejercicio de los derechos que la ley concede no se necesita incurrir en semejantes faltas. La circunstancia de que la superioridad revoque un auto judicial objeto de un escrito forense injurioso, y anule lo actuado en su consecuencia, no implica el que haya de haberse por no presentado el escrito donde se cometió el desacato, pues los efectos de la anulación no alcanzan ni pueden alcanzar legalmente á más que á los propios del fondo del asunto, pero nunca á borrar, cual si no se hubiere cometido, las huellas de un delito independiente de dicho fondo; y esto supuesto, no constituye semejante circunstancia hecho alguno posterior á la comisión que impida penarlo. (Sent. de 17 de Diciembre de 1889.)

IDEM Á LAS CLASES DEL ESTADO.—Cuando la injuria es inferida á Corporacion ó clase determinada del Estado, no sólo deben y pueden proceder los tribunales sin necesidad de querella de la parte ofendida, sino que no es condición precisa para penar al autor de la calumnia ó injuria que ésta se dirija contra persona cierta y determinada, porque aquí la injuria y calumnia va contra la entidad social que forma la corporación ó clase del Estado, y alcanza á todos y cada uno de los que la componen. (Sent. de 24 de Enero de 1889.)

Si bien es permitida la crítica prudente y mesurada de los actos de las autoridades, corporaciones ó clases determinadas del Estado, esta doctrina es inaplicable al escrito impreso que no se inspira en razones de prudencia y comedimiento sobre la conveniencia de lo que pretende su autor, ni en otra tendencia alguna inocente, sino que, con ocasión de las funciones de la clase sacerdotal, presenta al clero español en general, ante la opinión pública, falto de prestigio y respetabilidad, con menosprecio de su dignidad y crédito. (Sent. de 7 de Marzo de 1889.)

ID. Á FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—En el caso de injurias dirigidas á un funcionario público, cuyo concepto tienen los curas párrocos, no son admisibles las pruebas cuyo objeto sea acreditar extremos referentes á la vida privada del cura injuriado, y no hechos concernientes al ejercicio de su ministerio público, según prescribe el art. 479 del Código penal de Cuba. (Sent. de 25 de Enero de 1888.)

El hecho de exponer en oficio dirigido al Alcalde que el Secretario de un Ayuntamiento comete falsedades y astucias por estar avezado al crimen, no ofrece por su forma de tratar á dicho funcionario medios legales para apreciar la existencia de un delito de calumnia, pero de manera ma-

nifiesta se desprende de aquellas palabras una injuria grave, pues se imputa con las mismas al aludido un vicio ó falta de moralidad, que puede perjudicar notablemente su fama, crédito ó intereses. Aunque el referido Secretario sólo se considerase ofendido como particular en su querella, esto no podría empecer en modo alguno el derecho reconocido al culpable en el art. 475 del Código penal, de poder probar la verdad de las imputaciones que hubiere dirigido á aquel funcionario por hechos concernientes al ejercicio de su cargo; y si este derecho, al que nadie podría poner obstáculo, no intentó siquiera ejercitarlo, ha de imputarse á él solo el perjuicio que le cause su descuido en un proceso, en que, por ejercitarse una acción privada, nada puede hacerse de oficio. (Sent. de 20 de Marzo de 1889.)

ID. DIRIGIDAS POR MEDIO DE LA PRENSA.—Siendo el escrito originario de una querella por injurias, el único motivo de imputabilidad y de la imposición de la pena, debe el tribunal sentenciador fundar su juicio en el texto íntegro y en el verdadero espíritu de aquél, sin atender exclusivamente al valor gramatical de algunas palabras ó expresiones que, aisladamente transcritas, no pueden revelar su genuino concepto y transcendencia. No existen los elementos característicos del delito de injuria en un artículo periodístico de polémica, si aun habiendo en el curso de ésta dureza y apasionamiento por parte del autor de aquél, significan los hechos procesales que su propósito fué criticar la conducta política del supuesto agraviado, sin que fuese su intención vulnerar la honra, crédito y aprecio personales del mismo. (Sent. de 22 de Septiembre de 1888.)

Para juzgar los escritos publicados en la prensa periódica, debe tenerse en cuenta el sentido y manera que la misma emplea como usuales y admitidos en la discusión de los puntos de que estima oportuno ocuparse. (Sentencia de 8 de Enero de 1889.)

Si el art. 13 de la Constitución da derecho á los españoles para emitir libremente sus ideas y opiniones, es siempre respetando el derecho de los demás y conforme lo regulan las leyes. Castigando un delito de injurias á la Autoridad, cometido por medio de la prensa, no se infringen los artículos 340 y 475 del Código, si el culpable no hizo su denuncia de la manera procedente para que pudiera aplicarse el primero, ni para que lo fuere el segundo ha usado de los recursos que tenía, intentando probar y llevando á la justificación la verdad de las imputaciones castigadas. (Sent. de 15 de Junio de 1889.)

CENSURA DE LOS ACTOS DE LA AUTORIDAD.—Es constitutivo del delito que define y pena el art. 269 del Código penal, el impreso cuyo autor no se limita á denunciar ó criticar fundada ó infundadamente la conducta de una Autoridad en el ejercicio de sus funciones, dentro de las condiciones del comedimiento y respeto, perfectamente compatibles con el derecho de discusión y examen, sino que pone comentarios dirigidos clara y concretamente á desprestigiar en la pública opinión á un determinado juez, atribuyéndole un abandono sólo explicable por condición orgánica y por voluntad pervertida de la persona á quien se alude. (Sent. 16 Enero de 1889.)

INFORMES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—No puede eximirse de responsabilidad el juez municipal que, abusando del cargo que ejerce, faltando á sus deberes de imparcialidad y circunspección, y separándose del objeto preciso de un informe que se le pida por el juez de primera instancia, en vez de limitarse á exponer los motivos del retardo que sufre un servicio judicial, constituye su informe en pretexto y ocasión para injuriar gravemente á determinada persona. (Sent. de 28 de Febrero de 1889.)

Los informes de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes ó en el ejercicio de sus derechos, oficios ó cargos, no pueden calificarse de injuriosos y sujetos á sanción penal, sino en el caso de probada malicia. (Sent. de 19 de Febrero de 1881.)—*(N. de la R.)*

APÉNDICE

De la difamación para con los difuntos.

SUMARIO: 79. Importancia de la cuestión. Imposibilidad de distinguir entre la maledicencia y la calumnia.—80. Admisibilidad de la acción civil en nombre de los herederos.—81. Historia.—82. Legislación de Atenas.—83. Verdadero sentido de la legislación romana.—84. Doctrina del siglo XVI.—85. Legislación inglesa.—86. Código penal de 1810.—87. Refutación del argumento sacado de los artículos de nuestros códigos, sobre la memoria de los difuntos.—88. Pero esta memoria está lejos de ser indiferente á los pueblos cristianos. Sanción civil suficiente.—89. Legislación de 1819.—90. Discusión del texto.—91. Examen del espíritu de las leyes de 1819.—92. Pretendido peligro de los duelos en defensa de los muertos.—93. Derechos de la historia.—94. Disposiciones del Código penal belga y del de la Alemania del Norte acerca de la calumnia contra los difuntos.—* 94 duplicado. Legislación de 1881. *

79. La legislación sobre la difamación, cuyos principales rasgos acabamos de reseñar bajo el punto de vista que nos ocupa; esta legislación, que no admite sino tan difícilmente, y sólo cuando se ataca á los funcionarios públicos, la prueba de la verdad de los hechos difamatorios, ¿protege á los muertos lo mismo que á los vivos? (1). He aquí una gravísima cuestión que se ha agitado recientemente ante el Tribunal de Casación, y en que entran en juego dos intereses igualmente respetables: el interés de la familia que pretende defender su patrimonio más sagrado, el honor de un esposo ó de un padre difunto; y el interés social, que quiere para la edificación de la posteridad que se fijen ciertos hechos en el *pilori* de la historia, según el texto de Paulo citado más arriba: *Peccata nocentium nota esse et oportere et expedire.*

Esta última consideración dejaría de ser aplicable si se colocara la cuestión únicamente en el terreno de la calumnia. Entonces diríamos, sin vacilar, con la sentencia de la Audiencia de París de 17 de Abril de 1858, en la causa sobre las Memorias del Duque de Ragusa, que «si los juicios del historiador, por contrarios que sean á la conciencia pública, sólo deben ser apreciados por la opinión, es con la condición de que no tenga parte en su obra la mentira ó la falacia.» El historiador que hubiera sentado un hecho

(1) El lector podrá consultar útilmente algunas páginas que ha publicado M. Amadeo Lefevre Pontalis con el oportuno título *De la libertad de la historia.*

falso, podría justificar solamente su buena fe, su error invencible; pero existiría contra él presunción de falsedad.

Desgraciadamente, la legislación de 1819 no permite esta distinción que establecen la razón y la equidad entre la maledicencia y la calumnia. O debe aplicarse de un modo absoluto el adagio: *De mortuis nihil nisi bonum,* y calificar de difamación contra un muerto, así como contra una persona viva, toda imputación de un hecho que ataque el honor ó la consideración de la persona ó de la corporación á quien se imputa el hecho (ley de 17 de Mayo de 1819, artículo 13), ó es preciso reconocer que el legislador de 1819 no ha tenido en cuenta más que las personas vivas, y que, en su consecuencia, las imputaciones, ciertas ó falsas, que se dirigen á un difunto, entran pura y simplemente en el dominio de la historia. Nada más claro, por otra parte, que el caso sobre que ha versado la sentencia de casación de 24 de Mayo de 1860, puesto que los hechos apreciados como difamatorios se hallaban probados por documentos cuya verdad era indudable, siendo lo más abrumador para los herederos la misma autenticidad de la difamación.

80. Bajo otro punto de vista se presenta igualmente la cuestión de una manera bien decisiva. Se admite sin dificultad que la acción por difamación está bien fundada, siempre que la injuria que se hace al difunto se refleja ó recae sobre los herederos, como lo ha decidido especialmente la Audiencia de París el 20 de Marzo de 1859. Vamos á ver en seguida que los jurisconsultos romanos, y, según ellos, los criminalistas del siglo XVI, no concedían acción á los herederos sino bajo este concepto. Por otra parte, en tal hipótesis y sin tener en cuenta la legislación especial, siempre tendrían fundamento los herederos para intentar una acción puramente civil, según los términos del art. 1382 del Código civil, conforme ha juzgado la Audiencia de París por sentencia de 1858, relativa á las Memorias del Duque de Ragusa. Nada hay semejante en el caso juzgado por la Sala de lo criminal, en 1860. El Tribunal de París, por sentencia de 19 de Marzo de 1860, decidió de hecho de un modo supremo, sin que se contradijera su apreciación sobre este punto, que las imputaciones de que se querellaban los herederos, «no se habían dirigido personalmente contra ellos; que se dirigían únicamente á la memoria de su autor; que así, sólo había que decidir la cuestión de derecho, esto es, si está prevista y penada por nuestras leyes la difamación contra un difunto.» En este caso, que ha sido juzgado por todas las Salas del Tribunal de Casación el 1.º de Mayo de 1867, no se presentaba la cuestión con la misma claridad. Se

trataba de palabras difamatorias dirigidas en lugares públicos á la propia hija del difunto, y las secciones reunidas han podido, sin asociarse á la doctrina más absoluta de la Sala de lo criminal, consignar que «el ultraje dirigido contra la memoria del difunto recae necesariamente sobre sus hijos y tenía como resultado el perjudicarles.»

81. Sentada y limitada así la cuestión, antes de tratarla directamente, digamos algunas palabras sobre la historia de esta materia.

82. Sabido es que, en los tiempos primitivos, se daba gran importancia á la memoria de los difuntos y al culto de los antepasados. Es el espíritu de la legislación ateniense sobre la difamación «Atenas, dice M. Plougoulm (Informe del 24 de Mayo de 1860), donde era tan libre la tribuna, y el teatro tan lleno de sarcasmos y de licencia; Atenas respetaba profundamente á los muertos. Solón, que le había enseñado la verdadera libertad con sus leyes políticas, no descuidó, cosa notable, la memoria de los muertos; tan gravemente afectaba en su juicio este respeto á las costumbres públicas, y mantenía en ellas un sentimiento puro, moral, elevado. Así es que prohibía difamar á un difunto, y decir jamás nada malo de él, aun cuando hubieran provocado sus hijos la difamación por medio de injurias.»

83. La legislación romana, que se ha citado muchas veces y especialmente ante el Tribunal de Casación, como autorizando un principio idéntico, está lejos de expresarse en los mismos términos, pues si bien da acción á los herederos, es en su nombre propio, por razón de la injuria inferida, bien á un cadáver, bien á la memoria del difunto. *Et si forte*, dice Ulpiano (l. 1.°, § 4.° D. *de injur.*), *cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possessores exstitimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria. Idemque et si fama ejus cui heredes exstitimus, lacessatur.* Y no añade Ulpiano, como pretenden ciertos comentaristas, que esto se funda en que el heredero continúa la persona del difunto. Esta idea sería inconciliable con el principio elemental sentado por este mismo jurisconsulto (l. 13, pr., D. ibid.): *Injuriarum actio neque hæredi neque in hæredem datur.* Puesto que la apreciación de la injuria es enteramente personal, no pueden tener los herederos acción *ex persona defuncti*. Por lo demás, no se ve que las libertades de la historia, que han sido muy grandes en Roma, hayan dado jamás ocasión á una acción penal.

84. Los legistas del siglo XVI reprodujeron los principios de la

legislación romana, concediendo acción á los herederos en su propio nombre respecto de la injuria inferida á sus autores. *Injuria defuncto facta, hæredi facta videtur, et hoc nomine ipsi datur actio* (Carpzovio, *Nov. pract. rer. crim.*, quest. 96, núm. 29). No hay duda que hay algo absoluto en esta ficción; la injuria inferida al difunto puede ser tal que no se refleje sobre el heredero; sin embargo, no es menos importante notar que no pertenecía la acción, en principio, á los herederos, sino en su propio nombre, y tal parece haber sido la idea dominante de nuestra antigua jurisprudencia.

85. Tal es igualmente el principio de la legislación inglesa, en que, según nos dice M. Starkes (1) en una obra especial, *On the law of slander and libel* (V. núm. 59): «Un libelo que ataca á una persona muerta, puede motivar una acusación si se publica con la mala intención de perjudicar á su familia y á su posteridad, y de exponerlas al desprecio y al oprobio.» *(If it be published with the malevolent purpose to injure his family and posterity, and to expose them to contempt ad disgrace.)* En una obra publicada en 1858 en Bostón *(Comm. on the crim. law,* tomo 2.°, §. 809), en que M. Bishop invoca precedentes ingleses en apoyo de la doctrina común en la Gran Bretaña y en los Estados-Unidos, y cita palabras de lord Kenyon, *chief-justice*, que no admite la querella sino en cuanto se ha obrado *to vilify the memory of the deceased and with a vieu to injure his posterity.*

El derecho común de la Prusia no admitía el procedimiento por la calumnia contra los muertos, sino en cuanto las imputaciones calumniosas eran de tal naturaleza que *atacaban al mismo tiempo al honor ó á la consideración de los herederos.* Pero veremos (núm. 94) que el Código penal de la Alemania del Norte ha admitido, si bien con algunas reservas, la acción de difamación *ex persona defuncti.*

86. Entrando en el examen de las disposiciones de la legislación moderna, el art. 367 del Código penal de 1810 se halla concebido en estos términos: «Será culpable de delito de calumnia el que, bien sea en sitios ó reuniones públicas, bien en un documento auténtico y público, bien en un escrito, impreso ó no, que se haya fijado en algún punto ó vendido ó distribuído, hubiese imputado á cualquier individuo hechos que, si fueran ciertos, expondrían á aquel contra quien se articulan á ser perseguido criminal ó correccionalmente, ó aunque sólo le expusieran al menosprecio ó al odio de los ciudadanos.»

---

(1) Tomamos esta cita de la excelente obra de M. Chassan sobre *los delitos de la palabra y de la prensa.*

El *individuo* difamado, era, según esta disposición, un individuo que existía, puesto que se suponía la posibilidad de hallarse expuesto á procedimientos criminales ó correccionales. La Audiencia de París ha podido, pues, fijar esta tesis en su sentencia de 19 de Marzo de 1860, que no ha sido atacada por este concepto: «que antes de las leyes de 1819, que reglamentan la represión en materia de injuria ó difamación, es incontestable que las imputaciones contra la memoria de una persona difunta no eran objeto de ninguna disposición represiva.»

87. Es importante fijar bien este punto desde luego, porque sería necesario que las leyes de 1819 contuvieran una disposición terminante para crear un delito donde no existía ninguno. Pero, además, reconocer que el legislador de 1810 no trató de proteger el honor de los difuntos con una pena, es derribar todo el aparato de inducciones que saca con dificultad la sentencia de casación de 24 de Mayo de 1860, de ciertos textos de nuestros códigos, relativos á la memoria de los difuntos (1). ¿Qué importa, en efecto, que el art. 360 del Código penal castigue la violación de sepultura; que el art. 727 del Código civil declare indignos á los herederos indiferentes á la muerte de su autor; que los artículos 1046 y 1047 del mismo Código penen la injuria del legatario contra la memoria del testador; que el art. 447 del Código de procedimientos rehabilite en ciertos casos la memoria del condenado? Es inútil detenerse en consignar que un juicio histórico, aunque sea apasionado, nada tiene de común con la violación de sepultura; que prescribir á los herederos que no sean indiferentes á la muerte de su autor, á los legatarios que no sean ingratos con quien les beneficia, no es obligar á los extraños, con pena de prisión ó multa, á respetar la memoria del difunto, quien quiera que sea; que una cosa es la rehabilitación del condenado inocente, y otra cosa que se conceda una especie de canonización civil á todo difunto, inocente ó culpable. El legislador de 1810 se ha encargado por sí mismo de rechazar todas estas inducciones, redactando el art. 367 del Código penal, de modo que excluya evidentemente la acción de los herederos por difamación.

88. Todo lo que se puede deducir con razón de los artículos de nuestros códigos, invocados en la sentencia de 24 de Mayo, es que

---

(1) Estos argumentos no han sido reproducidos en la sentencia de casación pronunciada por todas las secciones reunidas el 1.° de Mayo de 1867, cuyo redactor procura establecer que los herederos han sido personalmente lesionados por la difamación dirigida al que deja la herencia.

el legislador no se ha mostrado insensible á los ataques dirigidos contra la memoria de los difuntos. Y bajo este respecto creemos, que M. Chassan *(Tratado de los delitos de la palabra y de la prensa,* tomo 1.º, núm. 493), sosteniendo, por otra parte, las sanas doctrinas de la materia, ha ido demasiado lejos cuando ha representado los textos antiguos alegados en favor del derecho de los herederos, como hallándose «en armonía con las ideas de las sociedades antiguas, en que se tributaba tanta solicitud y veneración al culto de los difuntos;» y sobre todo, cuando añade: «Las ideas cristianas, con su espiritualismo y su desprecio de la materia, cambiaron las costumbres sobre este punto, como sobre muchos otros. Así es como perdió su imperio el culto de los difuntos, y como la memoria misma de las personas que no existen ha dejado de ser objeto especial de las legislaciones modernas.»

Este es un aserto erróneo por el cual ha preparado M. Chassan un fácil triunfo á sus adversarios (1). No hay duda que los paganos daban más importancia que nosotros al culto material de los difuntos, si es lícito hablar así, es decir, al sepulcro, y que el dogma de la resurrección de los cuerpos prueba que el cristianismo no muestra á la materia ese desprecio absoluto que quiere atribuírsele. Es indudable que ningún culto ha venerado tanto la memoria de los difuntos como la religión cristiana, que ha establecido una tierna comunión entre los vivos y los muertos. Sí, la memoria de un padre es para un hijo un patrimonio sagrado; pero está suficientemente defendida, á nuestro juicio, con la acción civil, que permite obtener, además de la indemnización de daños y perjuicios, la destrucción del escrito difamatorio (2). Esta sanción, que hoy se considera insuficiente, estaba lejos de parecer tal cuando regía la legislación que remitía al jurado los delitos de la prensa, puesto que se censuraba, según hemos visto (núm. 76), á los funcionarios el conseguir indirectamente, por medio de la acción civil, el mismo resultado que por la acción pública. Entre los romanos, que con tanta frecuencia se citan sobre esta materia, bastó por largo tiempo la indemnización pecuniaria obtenida por medio de la acción *injuriarum* ó de injurias para la represión de la injuria, aun dirigida á los vivos, puesto que solamente muy tarde (Hermógenes, l. últ., D. *de*

(1) Véase la contestación enérgica y llena de sentido moral que le dirige sobre este punto el informe de M. Plougoulm.

(2) Esto es lo que hizo la Audiencia de París en el litigio de las Memorias del Duque de Ragusa.

injur.) se introdujo un procedimiento extraordinario y las penas propiamente dichas.

89. Lleguemos al texto y al espíritu de la legislación de 1819.

90. El art. 13 de la ley de 17 de Mayo de 1819 define la difamación: «toda alegación ó imputación de un hecho que ataca el honor ó la consideración de la *persona* ó de la corporación á la que se imputa.»

Según las sentencias del 24 de Mayo de 1860 y del 23 de Marzo de 1866, dadas por la Sala de lo criminal, la palabra *persona* comprende á los vivos y á los muertos, puesto que no distingue la ley. Esta alegación sobre el significado de la expresión legal no parece corresponder suficientemente á los motivos de la sentencia anulada, según la cual, «esta palabra no designa jamás en el lenguaje del derecho, y sobre todo del derecho represivo, sino una persona viviente; que para admitir que designara asimismo un individuo que hubiera fallecido, ó la memoria que dejó, sería preciso traspasar todos los límites de la interpretación de las leyes en materia criminal.» Sería extraño que esta palabra *persona* tuviese una acepción más extensa en el texto de 1819, que la que tenía en el de 1810, la de *un individuo cualquiera*, la cual se hubiera podido aplicar de un modo plausible á los difuntos, si la continuación de la definición no se opusiera á ello. Por otra parte; ¿cómo se había de haber introducido una innovación tan grave por medio de un simple cambio de redacción, cuando en la discusión tan detenida de la legislación de 1819 no se hizo la más ligera alusión á ella? La sentencia de 24 de Mayo de 1860 se funda en otro argumento textual, en el art. 5.º de la ley de 26 de Mayo de 1819, que no dando sólo al difamado, sino también *á la parte que se considere ofendida*, el derecho de querellarse, se aplica, según se dice, por esto mismo al heredero. Pero este argumento, al que no ha contestado la Audiencia de París, porque parece que no se produjo ante ella, se encuentra refutado por el mismo legislador de la Restauración (1); el art. 17 de la ley de 25 de Marzo de 1822, al atribuir al Ministerio público el derecho de perseguir de oficio ciertos delitos de difamación, añade: «No obstante, el procedimiento no tendrá lugar de oficio en el caso previsto por el art. 12 de la ley de 17 de Mayo de 1819, y en el de difamación ó de injuria contra todo agente diplomático extranjero,

(1) Hace esta importante observación M. Gilbert, en la crítica que dirige á la sentencia cuya doctrina discutimos (Sirey, 1860, parte 1.ª, págs. 657 y 658).

acreditado cerca del rey, ó contra cualquier particular, sino á excitación, sea del soberano ó del jefe del gobierno que se crea ofendido, sea del agente diplomático ó del *individuo que se crea difamado ó injuriado.*»

La ley no ha tenido, pues, en cuenta al heredero que se cree ofendido indirectamente, sino al que se cree personalmente *difamado ó injuriado.* Esta ley de 25 de Mayo de 1822 fué abrrogada, en cuanto atribuía á la policía correccional los delitos de la prensa, por la ley de 8 de Octubre de 1830, abrogada también en el día (núm. 76); mas no por eso deja de subsistir completamente la autoridad del texto como interpretación del pensamiento del legislador. Respecto de lo que antecede, la sentencia de 1.º de Mayo de 1867 no reproduce la doctrina de la Sala de lo criminal. Se limita á declarar que «sin que haya necesidad de examinar, sobre este particular, si la palabra *personne,* empleada por el art. 13 de la ley de 17 de Mayo de 1869, comprende á la persona del difunto, es claro que esta expresión se aplica con toda su fuerza á la persona del hijo querellante, para quien la injuria se ha convertido en hecho personal».

91. Pasando ahora de la letra al espíritu de nuestras leyes acerca de la difamación, nos parece difícil comprender que se invoque en apoyo de esta interpretación extensiva de la palabra persona, *el espíritu de la legislación de 1819.* No se trata, en efecto, de la legislación del primer Imperio, impregnada de una severidad excesiva para con la prensa, y que sólo admitía la prueba de la verdad de los hechos imputados á los funcionarios públicos, con la condición de probarlos con un documento auténtico; se trata de la legislación más liberal, que atribuía al jurado el conocimiento de los delitos cometidos por medio de la publicación, y que admitía á probar, aun por medio de testigos, la verdad de los hechos imputados á los funcionarios. Es inverosímil *à priori* que en una época en que habían prevalecido doctrinas tan amplias, los eminentes hombres de Estado, bajo la influencia de los cuales se redactó y discutió esta parte de nuestras leyes, quisieran introducir una innovación tan grave, sin que ningún indicio revele tuvieran semejante intención.

Examinemos ahora en el fondo el sistema de 1819. La idea dominante de este sistema, tomada de la doctrina de los romanos sobre la acción de injurias, es que la querella de difamación es esencialmente personal. La parte, blanco de la difamación, es la que debe apreciar si es más prudente despreciar la calumnia, en el caso de ser falsa la imputación, y en el de ser fundada, si le interesa más

dejar cicatrizar la herida, que volver á abrirla con un proceso. El heredero, que puede no tener sentimientos tan elevados como el difunto, y que no conoce, en todos los casos, tan perfectamente los hechos, pudiendo hasta ignorarlos por completo, no se halla en estado de hacer esta apreciación con tanto discernimiento; ¿no puede suceder con frecuencia que, por un celo mal entendido, comprometa la memoria que haya querido defender?

Finalmente, como hace notar el Tribunal de París, los herederos pueden estar discordes. ¿Qué deberá hacerse si el uno quiere intentar la acción, pretendiendo que la memoria del difunto reclama una reparación, mientras el otro considera el silencio como más prudente y más respetuoso á la vez para esta memoria? (1).

En tal caso, decidirá el tribunal, se ha respondido; pero esta decisión se halla en oposición manifiesta con el espíritu de la legislación de 1819, puesto que sustituye la apreciación de la magistratura á la de las partes interesadas. La sentencia de 24 de Mayo de 1860 rehusó hacerse cargo de esta grave dificultad, afirmando que el número de herederos no puede destruir el derecho de perseguir que existe *por sí mismo y que reconoce la ley*. Pero aquí hay una petición de principio. Sería preciso hacer caso omiso, si la ley fuera formal; pero está lejos de ser así. M. Plougoulm fué más franco en su informe al hablar de que se había hecho á la ley *una prudente y útil violencia:* expresiones extrañas que jamás se hubieran escapado á la prudencia del pretor romano, y que excitaron vivas reclamaciones por parte de los miembros más ilustrados de la magistratura (2).

92. La sentencia de 24 de Mayo invocó bajo otro punto de vista el espíritu de la legislación de 1819, declarando que «las razones de moral pública, de paz entre los ciudadanos, que han hecho que la ley asegure el respeto de la reputación ajena, no se detienen en los límites de la existencia humana.» Pero este temor de que haya combates singulares para la defensa del honor de los difuntos, temor por el cual se han hecho esfuerzos para enlazar la doctrina nueva á la jurisprudencia constante del Tribunal de Casación en punto á duelos, nos parece singularmente exagerado.

---

(1) Sabido es que en el asunto sobre Dupanloup se han abstenido varios herederos.

(2) M. Lafontaine, Consejero de la Audiencia de Orleans, ha expresado sobre este punto, en la *Revista crítica* (tomo 17, pág. 111), una opinión que está lejos de serle personal.

Porque, una de dos: ó sufren personalmente lesión los herederos, y entonces tienen la acción civil que es completamente suficiente, ó no la sufren, y entonces, lejos de verles tomar las armas para vengar la injuria personal de su autor, habrá precisión de determinarles á querellarse, como se afirma que aconteció en el proceso que dió ocasión á la sentencia de 24 de Mayo de 1860.

93. Procediéndose así respecto de los herederos, debe pensarse en lo que más afecta á la sociedad en esta cuestión: en los derechos del historiador, el cual, como dice muy bien la Audiencia de París, «no debe, por un interés social de orden más elevado, quedar reducido á no poder decir una palabra sin exponerse á un procedimiento criminal.» ¿Qué responde la sentencia de 24 de Mayo á esta dificultad capital que han notado las personas más extrañas á la jurisprudencia?

«Que el límite impuesto á la difamación no puede llegar á ser en ningún caso un estorbo para el historiador; que puede siempre el juez reconocer la buena ó la mala fe del escritor, apreciar el objeto de sus juicios ó de sus ataques, no confundir las necesidades y las franquicias de la historia con la malignidad del libelo, y, finalmente, no ver delito sino donde haya intención de dañar.»

No hay duda que para merecer la estimación de los contemporáneos y de la posteridad, el historiador debe escribir con moderación; *sine ira et studio,* como dice Tácito; por nuestra parte, nos asociamos, bajo este respecto, á los justos elogios que ha tributado en su informe M. Plougoulm á la *Historia del Consulado y del Imperio*. Pero, si en vez de la prudente imparcialidad de M. Thiers, se ve en el escritor la pasión de Saint-Simón, ¿deberá llevársele á los tribunales en lugar de denunciar sus juicios á la conciencia pública? ¿Dónde está el límite que separa la historia del libelo?

Con la jurisprudencia que combatimos, no podría hoy publicar Dante su *Infierno* sin exponerse á las penas de dieciocho meses de prisión y tres mil francos de multa por difamación contra los funcionarios públicos (ley de 17 de Mayo de 1819, art. 16). Y para no ir á buscar ejemplos tan antiguos, tenemos la *Historia de los Girondinos* por M. Granier de Cassagnac. En la lista nominal de los asesinos de Septiembre que ha publicado, no es dudoso que este historiador tiene intención de ofender la memoria de estos miserables. ¿Debería autorizarse, no obstante, á los herederos á querellarse por esto? En cuanto nos atrincheramos en la naturaleza de los hechos, en el carácter de las personas, nos salimos del espíritu

de la legislación de 1819, que no permite llamar

A un gato gato, y á un bribón Rollet (1).

Esta doctrina, admisible respecto de los vivos por el bien de la paz pública, es intolerable si se aplica á los muertos. Pero es preciso aplicarla desde que se parte del principio que el legislador de 1819 no hace distinción alguna entre unos y otros.

El juez es quien debe apreciar, se nos dice, atendiendo á los casos y circunstancias. Nada mejor que la apreciación del juez, cuando se trata de fijar la transcendencia de las convenciones y el importe de los daños y perjuicios, etc.; pero cuando se trata de un derecho que interesa á la sociedad, y el del historiador tiene evidentemente este carácter, es necesario que haya en la legislación algo fijo, y este es el caso de decir con Bacón: *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis.* No siempre encontrarán los escritores una jurisdicción tan favorable como la de la Audiencia de París, que sienta como principio, en la sentencia de 17 de Abril de 1858, sobre las Memorias del Duque de Ragusa, que «aun cuando dejando de ser el historiador un juez incorruptible y faltando á los deberes de imparcialidad, de probidad, de veracidad, que son el alma de la historia, distribuya elogios ó censuras según su pasión y sus resentimientos, sus juicios, por contrarios que sean á la conciencia pública, sólo son responsables ante la opinión». ¿Qué recurso quedaría al historiador, si admitiera un tribunal, una jurisprudencia más rigurosa? En vano recurriría al Tribunal de Casación, puesto que los jueces del hecho son los únicos que tienen calidad para declarar si ha habido intención de dañar.

El único límite que pone á los derechos del historiador la Audiencia de París en esta misma sentencia es, *que jamás forme parte de su obra la mentira ó la falsedad.* Y aquí volvemos á vernos conducidos á nuestro objeto, á la prueba de la verdad de los hechos alegados. Es ya muy severo perseguir la calumnia en la historia; pero, ¡perseguir la narración de la verdad! Esta distinción pudo hacerse en la sentencia de 1858, porque se trataba de la acción puramente civil, respecto de la cual deja al juez la mayor latitud el artículo 1382 del Código civil. Pero la acción abierta por la legislación de 1819 tiene enteramente otro carácter. En esta materia, la prueba de la verdad de los hechos imputados está completamente prohi-

(1) En este verso de Boileau se aludía con este nombre á un escritor de mala fama del tiempo de Luis XIV.—*(N. del T.)*

bida cuando el querellante es un particular, y cuando es un funcionario público; es bastante extraño se obligue al historiador, aun por las épocas más remotas, á justificar la verdad de sus alegaciones. Querer que indefinidamente un heredero de cualquier grado pueda provocar penalidades severas contra el escritor que haya revelado á la posteridad los hechos, bien sea de la vida privada, bien de la vida pública de su autor, es constituir al historiador en una posición insostenible (1). La sentencia de 24 de Mayo de 1860 no puede prevalecer en la jurisprudencia sin que de ello resulten consecuencias que hagan indispensable la intervención del legislador.

94. Según el Código penal belga de 1867, y según el del Imperio alemán, á los herederos les corresponde ejercitar la acción penal, sin que hayan de justificar un perjuicio personal, y en esto, dichos códigos se apartan de la doctrina antigua que ha prevalecido en Inglaterra (núm. 85), y se acercan á la jurisprudencia del Tribunal de Casación; pero se separan de esta jurisprudencia en un punto esencial. Ellos no quieren que la acción penal corresponda á los herederos hasta lo infinito. El art. 450 del Código belga toma un término medio, concediendo la acción, bien al esposo superviviente, bien á los ascendientes y descendientes hasta el tercer grado, bien, en defecto de éstos, á los herederos legales hasta el tercer grado. El art. 189 del Código penal del Imperio alemán limita el derecho de ejercitar la acción penal al cónyuge y á los parientes en línea directa; sólo castiga la calumnia y no la simple maledicencia contra los difuntos (núm. 79). Este sistema no nos parece el mejor, bajo todos sus conceptos; nosotros preferimos el sistema radical de la legislación inglesa, que no admite una acción penal fundada únicamente *ex persona defuncti;* pero, comparándolo con la doctrina de la sentencia de 24 de Mayo de 1860, dicho sistema es un progreso notable. Sin embargo, la reserva de los motivos de la sentencia pronunciada por el tribunal en pleno el 1.° de Mayo de 1867, demuestra bastante que el Tribunal de Casación titubea en consagrar las ideas que han prevalecido en la Sala de lo criminal.

* 94 duplicado. La ley de 29 de Julio de 1881, acerca de la libertad de la prensa, ha terminado la antigua controversia, cuya ex-

(1) Ya es mucho admitir, con el Tribunal de Casación (Sent. de 23 de Marzo de 1860), que el que ha sido una vez funcionario público, está protegido durante su vida por las disposiciones especiales del Código penal en cuanto á los ultrajes que se le hayan dirigido por razón de sus antiguas funciones.

posición se acaba de leer (1). Rechazando el rigor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Casación, ha suprimido el delito de difamación contra los difuntos. Restringe el derecho que tienen á la acción penal los herederos, en el caso en que los autores de estas difamaciones ó injurias hubieran tenido intención de querer atentar al honor ó á la consideración de los herederos que existan. M. Pelletán, en su informe, indica esta idea con una frase expresiva: «La ley no admite el delito de difamación contra los difuntos, sino cuando al pasar por encima de su tumba, va á herir á los vivos». Así es preciso que los herederos hayan sido aludidos personalmente para que tengan el derecho de querellarse. Este derecho lo adquieren, no tanto por su cualidad de herederos, de representantes del difunto, sino por el perjuicio que les ha sido causado intencionalmente por el autor de la difamación ó de la injuria.

La ley nueva consagra así un sistema que dará lugar á menudo á indagaciones delicadas. Primera dificultad: ¿en qué caso podrá decirse que el difamador ha tenido ánimo de mancillar el honor ó la consideración de los herederos que existen? No habrá dificultad si se ha señalado personalmente á los herederos, en cuyo caso podrá decirse casi siempre que la difamación y la injuria se han dirigido principalmente contra el difunto, si bien accesoriamente contra ellos. El Tribunal de Alby ha sentenciado el 2 de Agosto del año 1884, que el ánimo de dañar resultaba del simple hecho de haber mencionado nominalmente á los herederos. Pero cuando se presentará una dificultad seria será, cuando la injuria y difamación no aludan en su forma más que al muerto. ¿Cómo se podrá conocer si el autor del artículo del periódico, del folleto ó del libro, ha tenido ánimo de ofender también á los herederos? Aquí hay que hacer una indagación delicada, completamente de hecho, y para la cual es imposible desde luego establecer reglas. Nuevas dificultades: ¿quiénes son esos herederos que tendrán el derecho de querellarse? ¿Debe entenderse con esto que son sólo los herederos legítimos, ó debe agregarse al hijo natural, al cónyuge superviviente? La facultad de querellarse, en el caso en que haya herederos de grados distintos, ¿corresponderá á todos igualmente ó será reservada al heredero que ocupe en el orden de la sucesión el grado más próxi-

(1) * Art. 34. «Los artículos 29, 32 y 33 no se podrán aplicar á las difamaciones é injurias dirigidas contra la memoria de los difuntos, sino en los casos en que los autores de dichas difamaciones ó injurias hubiesen tenido el propósito de atacar la honra ó la consideración de los herederos que aun viven. Estos podrán en todo tiempo utilizar el derecho de réplica previsto por el art. 13.» *

mo al difunto? Y para intentar esta acción, ¿será requisito necesario haber aceptado la herencia ó bien se permitirá la querella aun á la persona que ha renunciado á la herencia? La solución de esas cuestiones tan diversas, es sencillísima, para las personas que sientan como base exclusiva del derecho de los herederos la idea de que éstos han sido el objeto de una difamación indirecta. Claro está que tomando ese punto de partida, no hay para qué ocuparse de la calidad de los herederos ni de su grado, ni del partido que han tomado con relación á la herencia. Tanto es así, que los partidarios de semejante teoría, resuelven que todos los sucesores abintestato, cualquiera que sea su grado y hayan aceptado ó no la herencia, pueden entablar demanda de difamación (1).

Yo no puedo admitir que se de solución á estas múltiples cuestiones con la ayuda de una fórmula, por más seductora que desde luego parezca. Sin duda la base del derecho de los herederos, se funda en parte, en el hecho de que han sido aludidos por el que ha difamado al difunto. Pero no es el único fundamento de su acción, ó de lo contrario no se comprendería por qué se había de restringir este derecho á los herederos. ¿Acaso un antiguo socio, por ejemplo, no podría también encontrarse ofendido por una difamación dirigida contra el difunto? ¿Se le admitirá á querellarse y á demostrar que al difamar al difunto ha tenido ánimo de querer atentar á su consideración?

En realidad, la cualidad de *heredero* es, por lo menos, como la cualidad de difamado, una de las condiciones de admisión de la acción. No se puede hacer abstracción tan fácilmente. ¿Es esto decir que exigiremos que se trate de herederos propiamente dichos? No, ciertamente; pero para extender este derecho á todos los sucesores abintestato, diremos sencillamente, que es preciso se tome aquí la palabra herederos en su sentido lato, y se considere comprendidos á todos aquellos á quienes la ley llama á la sucesión abintestato, como el hijo natural, el cónyuge superviviente. Nada demuestra que el legislador haya querido excluir aquí á los que no son herederos legítimos; él ha tenido en cuenta, por cierto, al hablar de los herederos, el sentido usual y vulgar de esta palabra, más bien que su significación jurídica, y, por decirlo así, técnica. Pero en cambio exigirá que el que quiera querellarse haya aceptado la herencia, y si existen herederos de grados diferentes, con-

(1) * Véase la nota no firmada: Cas. crim., 27 de Mayo de 1881. S. 83, 1.°, 42. *

cederá sólo la acción al heredero más próximo en grado. He aquí dos reglas que se dan la mano, que van juntas.

Si hay herederos de diversos grados, la acción debe corresponder al heredero más próximo, y sólo á él, porque si la difamación dirigida contra el difunto alcanza á los herederos, él es el primer lesionado. En él se reasume y concentra el interés colectivo de la familia.

En cuanto á aquellos que hubieren renunciado á la herencia, no son herederos, pues por la renuncia son considerados como si no lo hubieran sido jamás (art. 785, Código civil). No veo por qué título puedan venir á querellarse.

Por otra parte, ¿no han dado la medida del interés que profesan por la memoria del difunto, renunciando á su herencia?

94 duplicado. I. La ley da á los herederos otro derecho. Pueden ejercitar *el derecho de contestación* que hubiera correspondido al difunto si él hubiera vivido (art. 34, *cbn.*, art. 13). Este derecho se diferencia muy claramente, en cuanto á sus condiciones de ejercicio, del que está reconocido por el art. 34, 1.º Es á la vez más restringido y más lato.

Es más restringido, porque se limita necesariamente al caso en que la alegación á la que se responde ha sido producida por medio de escritos periódicos ó diarios. Es mucho más lato, en otro sentido, porque no exige que el heredero haya sido aludido y ofendido, puesto que además no es necesario que la alegación constituya una difamación ó una injuria. Es suficiente, en efecto, para que una persona pueda usar del derecho de contestación, que sea *nombrada* ó *designada*. Bastará, pues, que el *de cujus* haya sido nombrado ó designado para que pueda el heredero usar de su derecho. *

*** Acerca de la difamación é injuria cometidas contra los difuntos, se encuentran notables disposiciones en la legislación española. Las leyes 11, 12, 13 y 23, tit. 9.º, Part. 7.ª, daban acción para querellarse ó perseguir las injurias inferidas á los muertos, á su cadáver ó sepulcro ó á su fama, á los parientes de aquéllos y á los herederos que lo fueren de los mismos en su última enfermedad, ya la injuria se causare antes de ser enterrados, sea cuando yacieren en los sepulcros: «Aun decimos, se lee en la ley 13 citada, que si alguno dijere mal torticeramente de la fama de algún ome muerto que los sus herederos puedan demandar enmienda dello, también como si lo dijere contra ellos mismos; porque segund derecho, como una persona es contada la del heredero, e la de aquel á quien heredó.»

Según el nuevo Código penal, art. 388, podrán ejercitar la acción de calumnia ó injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermano del difunto agraviado, siempre que la calumnia ó injuria transcendiese á ellos, y en todo caso el heredero.

En cuanto á la parte penal por la injuria hecha á los cadáveres, puede verse el art. 158 del Código.

La acción civil que nace de la penal, compete y es transmisible á los herederos del perjudicado por el delito: art. 119 del Código penal (Véase la nota adicionada después del núm. 78).—*(N. del T.)*

*** Los preceptos del Código penal antiguo á que se refiere la nota anterior, se insertan en el vigente con los números 480, 350 y 125.

El Tribunal Supremo ha declarado en sentencia fecha 18 de Marzo de 1887: «Que lo mismo se injuria á una persona cuando se la imputan vicios, falta de moralidad ó cualidades afrentosas, que cuando se hace la imputación á uno de sus ascendientes con el intencionado objeto de presentar á la persona con quien se relaciona la imputación bajo la influencia de dicha afrenta, por consecuencia de la solidaridad moral que se establece en las respectivas familias en cuanto á los actos realizados por cualquiera de sus individuos. Que aun cuando no puede menos de reconocerse la libertad del historiador para juzgar los hechos pasados con relación á los individuos que en ellos hayan tenido participación, cualquiera que sea su posición y categoría, semejante libertad no es de modo alguno inconciliable con el respeto debido á los vivos, ni autoriza á denigrar á una persona, siquiera sea alegando el pretexto de un juicio histórico. Que comete el delito de injurias al Rey, previsto y penado en el párrafo 1.º del art. 162 del Código penal, quien establece relación entre aquél y las infamias y liviandades que atribuye á individuos de su familia, tendiendo á hacer recaer en el Rey los efectos de la afrenta que causan aquellas imputaciones, y consiguientemente el menosprecio de su persona para mejor desprestigiar así la institución monárquica.»—*(N. de la R.)*

IV

Aplicación de los principios sobre la prueba en materia civil y en materia criminal.

SUMARIO: 95. Curso de la prueba en lo civil y en lo criminal.—96. Legislaciones en que el procedimiento criminal se aproxima al civil y recíprocamente. Distinción notable en Francia.—97. Iniciativa de las partes en lo civil.—98. Acción de oficio en materia criminal.—99. Consecuencias en cuanto á la prueba.—100. Influencia de las formas.

95. En el curso de esta obra veremos el diferente carácter con que puede revestirse tal ó cual prueba judicial, según se aplique á lo civil ó á lo criminal. Pero antes de estudiar cada uno de los medios de prueba, conviene echar una ojeada general sobre la marcha de la prueba en una y otra hipótesis.

96. En su consecuencia, tenemos que investigar cuál es la dirección del procedimiento ante la jurisdicción civil y ante la penal, comparando la una con la otra. Sin embargo, no es esta una cuestión que pueda resolverse *á priori*. Hay países en que, abandonadas á la acción privada de los ciudadanos las acciones penales, no difieren esencialmente de la marcha de los procedimientos civiles; los hay, *aunque el hecho sea más excepcional*, en que, por el contrario, los litigios civiles son promovidos á ejemplo de las causas crimi-

nales, no por los representantes de los particulares, sino por la autoridad pública.

Entre los pueblos que, como los romanos antiguamente y los ingleses en los tiempos modernos, han adoptado el procedimiento criminal por medio de querella ó acusación privada, la producción de la prueba de los delitos ofrece grande analogía con la prueba de los hechos de la vida civil (1). El acusador y el acusado se colocan en frente uno de otro, así como el demandante y el demandado en un pleito ordinario; el juez no tiene que intervenir entre ellos para investigar la verdad de oficio, sino que se limita á pesar sus razones. Según este sistema, el procedimiento criminal puede ofrecer ciertas garantías especiales para proteger la libertad individual; pero en cuanto á la prueba, no difiere de un modo notable del procedimiento civil.

Algunas veces se ha intentado, á la inversa, asimilar el procedimiento civil al criminal en el sistema inquisitorial. Así, en Prusia, el Código de procedimientos del 6 de Julio de 1793 (2) introdujo en los negocios civiles la acción de oficio del Magistrado, *á imitación* del procedimiento criminal; suprimió todo abogado defensor, aun oficioso, debiendo el juez esforzarse por reconocer y descubrir la verdad por el medio más seguro y más directo *(Introducción al Cód. de 1793,* §. 10). Pero no habiendo sido sancionada por la experiencia esta innovación, fué abandonada por la ley del 21 de Julio de 1846.

La legislación francesa rechaza igualmente estos dos extremos, y deja á los intereses privados el cuidado de dirigir los pleitos civiles, confiando, por el contrario, á los funcionarios públicos la dirección de las causas criminales. Veamos la influencia de esta diversa organización en la marcha ó curso de la prueba.

97. Puesto que es principio en materia civil, aparte de ciertos puntos que interesan al orden general de la sociedad, como la validez de los matrimonios, que pertenece á las partes probar la verdad de sus pretensiones respectivas, el juez civil no tiene que investigar de oficio si existe un derecho de crédito ó un derecho de propiedad en favor del demandante, ó bien si, suponiendo estable-

(1) * Véase, sin embargo, sobre los proyectos de creación de un Ministerio público en Inglaterra, la comunicación de M. Franck Chauveau, *Boletín de la Sociedad de legislación comparada;* tomo 5.°, 1875-1876, pág. 81. *

(2) Ya Federico el Grande, por la Ordenanza de 1777 y el Código de 1781, había dado el primer paso en esta vía (Véase el interesante trabajo de M. Bergson, *Revista del derecho francés y extranjero,* año 1847, págs. 41 y siguientes).

cido este derecho, ha sido destruído por tal ó cual medio. Debe aplicar en todo su rigor las reglas que hemos sentado sobre la carga de la prueba: *Actorî incumbit onus probandi, reus excipiendo fit actor*. No hay duda que no le está prohibido mandar *ex officio* la diligencia que le parezca necesaria para ilustrarse, tal como una información *(Cód. de proc.*, art. 254), y en este sentido puede decirse con el jurisconsulto Arcadio (l. 21, § 3, D. *de testib.): Confirmabit judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora, et vero proximiora esse compererit.* Pero es necesario siempre que las partes hayan presentado sus conclusiones, al menos implícitamente, sin que pueda un tribunal entregarse, contra la voluntad de los litigantes, á la investigación de tal ó cual hecho de un interés puramente privado.

98. La marcha del procedimiento criminal es muy diferente. En general, al Ministerio público es á quien pertenece, y no á las partes perjudicadas, la iniciativa en la persecución del delito; pero esta persecución no es necesaria para poner en movimiento la acción de la justicia penal: cada uno de los agentes de la policía judicial hacen constar, según su competencia, los crímenes, los delitos y las contravenciones de oficio, y de oficio también reune el juez del sumario las pruebas. La necesidad de esperar, para obrar, la denuncia de la parte perjudicada, sólo existe en casos enteramente excepcionales, como en el caso de adulterio ó difamación. Así, el juez, en materia criminal, va al encuentro de la prueba, mientras que en materia civil espera que se presente á él (1). En vez de ser dirigido el procedimiento penal por el interés, y á veces por la pasión, se fija directamente en la investigación de la verdad. El juez del sumario practica diligencias en pro y en contra del inculpado; el mismo Ministerio público, aunque encargado especialmente de provocar la represión, no debe proseguir la acusación *per fas et nefas,* sino detenerse en cuanto hay duda seria sobre la culpabilidad. Desde entonces, si la máxima *Actori incumbit onus probandi* se aplica en todo su rigor al Ministerio público, no es cierto que, por la inversa, según hemos tenido ocasión de observar (núm. 37), sea preciso aplicar rigurosamente al acusado la regla *reus excipiendo fit actor;* basta que la defensa tenga un grado grave de probabilidad, mientras que la acusación debe ser plena-

(1) Así, veremos, hablando de la experiencia personal del juez, que la obligación de juzgar *secundum allegata et probata*, es mucho más rigurosa en lo civil que en lo criminal.

mente probada (1). Finalmente, el principio de que nuestro procedimiento penal se sigue tanto á cargo ó en contra del acusado, como en descargo, se manifiesta de un modo muy perceptible en las funciones confiadas al presidente del tribunal criminal. Este magistrado se halla investido de un poder discrecional, en virtud del cual puede echar sobre sí todo lo que cree útil para descubrir la verdad *(Código de instr.,* art. 268).

99. De las consideraciones que acabamos de exponer resulta, en primer lugar, una diferencia general entre el espíritu que dirige la prueba en materia civil y el que preside á ella en materia criminal. Además, esta diferencia se refleja, según veremos en el curso de esta obra, sobre la admisibilidad de los medios de prueba. Así, el deferir el juramento decisorio, por el cual se cortan las cuestiones de interés puramente privado, es inadmisible en lo criminal, porque no pueden depender los procesos de una transacción. Por el mismo motivo, ni el desistimiento de la parte civil, ni aun el abandono de la acusación por parte del Ministerio público, pueden detener la marcha del procedimiento criminal. En sentido inverso, el abandono de toda defensa de parte del acusado no implica necesariamente su condena, como sucedería respecto del demandado, en materia civil.

El juez debe siempre suplir los medios de la defensa, y aun confiar, al menos en materia criminal propiamente dicha, á un abogado, el cargo de presentarlos de oficio (2). Asimismo la confesión no tiene la misma fuerza en lo civil que en lo criminal. En el procedimiento civil, la confesión termina toda contestación ó litigio (3), y puede decirse con Paulo (l. 1, D. *de confess.): Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur.* En un proceso criminal, la simple confesión del acusado, si no está apoyada en ninguna probabilidad, no lleva consigo su condenación: *Con-*

(1) Esto es verdad igualmente en el procedimiento inglés. Greenleaf (t. 3.°, § 29) hace observar, con razón, que si en asuntos civiles es suficiente se incline la balanza de la prueba á favor de una de las partes *(preponderates)* para que se deba fallar en su favor, en los negocios criminales la acusación no debe triunfar mientras no se apoye en pruebas de tal naturaleza que excluyan toda duda racional *(to the exclusión of all reazonable doubt).*

(2) Enrique VIII tuvo hasta la generosidad de dar un defensor de oficio á Santo Tomás de Cantorbery, en el extraño proceso que dirigió contra él en 1538, tres siglos después de su muerte, y á consecuencia del cual las cenizas del Santo fueron arrojadas al viento.

(3) Si ocurre lo contrario en ciertos asuntos, tales como la separación entre los esposos *(Cód. de proc.,* art. 870), es porque entonces el procedimiento civil no tiene ya un carácter puramente privado.

fessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat, declara Septimio Severo *(Ulp.*, l. 1, §. 17, D. *de quæst.)*. De la misma manera se explica que se admita en materia civil la facultad de renunciar á la prescripción, mientras que en materia criminal deben suplir los jueces la prescripción, así como cualquier otro medio de defensa que omitiese el acusado, aun voluntariamente.

Por último, se admite en un proceso civil la facultad de corroborar una prueba imperfecta por declaración de una de las partes, es decir, por el juramento supletorio (véase núm. 59), mientras que el espíritu de nuestro procedimiento criminal rechaza, según veremos, bien la facultad de referirse al juramento de la parte querellante, bien el juramento *purgatorio*, que se vuelve á encontrar aun en el derecho común alemán, es decir, *deferir al juramento del acusado que no se halla enteramente convicto, si quiere ser completamente absuelto.*

100. Observemos, al terminar, que las formas de nuestro procedimiento civil, mucho más técnicas que las del procedimiento criminal, influyen sobre el modo de suministrar la prueba, la cual se reviste de un carácter más artificial en materia civil, más sencillo y más verdadero en materia penal. Pero esta última diferencia, más perceptible en nuestro derecho que en ningún otro, no se refiere á la naturaleza de las cosas, y una buena legislación debería propender á atenuarlo, ya que no podía conseguir que desapareciera.

*** En el procedimiento civil español, las facultades de los jueces hasta el momento de dictar sentencia, se concretan á la dirección del debate y determinación de la pertinencia de las pruebas al efecto de su admisión, y á ordenar, para mejor proveer, las diligencias que permite el artículo 340 de la ley de Enjuiciamiento vigente.

En materia criminal el procedimiento empieza por denuncia ó por querella. La ley de Enjuiciamiento de 14 de Septiembre de 1882 sustituyó al sistema inquisitivo el acusatorio, según el cual al juez compete no más que la instrucción del sumario bajo la inspección del fiscal, del acusador privado y con la intervención del acusado, desde el momento y en cuanto la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el castigo del delito y en el castigo del culpable. Terminado el sumario con la calificación provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, comienza el verdadero juicio ventilado entre el acusador y el acusado. Durante el mismo no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. Por excepción puede, sin embargo, acordar de oficio el tribunal los careos de los testigos entre sí ó con los procesados ó entre éstos, y las diligencias de prueba que considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. (Arts. 728 y 729.)

La ley faculta también al tribunal para invitar al fiscal y á los defensores del procesado (art. 733), cuando juzgue que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, á que le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye un determinado delito ó existe una cierta circunstancia eximente de responsabilidad.

Esta facultad excepcional, de que el tribunal ha de usar con moderación, no se extiende á las causas por delitos privados. Estos sólo pueden perseguirse á instancia de parte, excepción hecha de los de violación y rapto ejecutado con miras deshonestas, respecto de los cuales dispone el art. 463 del Código penal, que si la persona agraviada careciere por su edad ó estado moral de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el procurador síndico ó el fiscal por fama pública.—*(N. de la R.)*

PARTE PRIMERA

EXPERIENCIA PERSONAL

SUMARIO: 101. Deber del juez de no decidirse por experiencia personal extrajudicial.—102. Temperamentos de que es susceptible este principio.—103. Casos en que el juez percibe los hechos *ex officio*.

101. Los casos en que toma el juez conocimiento por sí mismo de los hechos que hay que probar deben ser muy limitados. Casi siempre los hechos sobre que versa el litigio han ocurrido fuera del recinto en que aquél administra justicia, en cuyo caso no podrá sentenciar sino sobre la fe de otro, ó guiándose por presunciones. Es verdad que puede muy bien haber sido testigo como hombre de los acontecimientos que está llamado á apreciar como juez; pero entonces ¿le es permitido decidirse según sus conocimientos personales fuera de lo que le revelan los autos? A primera vista se siente impulso á adoptar la afirmativa. La verdad es una, se dirá, y con tal de que tengamos la íntima convicción de haberla descubierto, poco importan los medios por que hemos adquirido esta convicción. Pero ¿puede el juez apreciar ó pesar su propio testimonio? ¿Puede hacer abstracción de sí mismo, para sondear los móviles de interés, de afecto, de preocupación que habrán influído, aun sin saberlo, en su opinión sobre tal ó cual hecho? Los más graves autores reconocen que, aun en el fuero interno, está obligado el juez á dar su decisión, no según lo que sabe como hombre, sino conforme á lo que ha sabido como juez. *Quum judicium ad judices spectet*, dice Santo Tomás de Aquino (Sec., part. quæst. 67, art. 2.º), *non secundum privatam, sed secundum publicam potestatem oportet eos judicare, nec secundum veritatem, quam ipsi ut personæ privatæ noverunt, sed secundum quod ipsis ut personis publicis, per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et probata, res innotuit*. Y esta doctrina era ya reconocida un siglo antes de aquel en que escribía Santo Tomás de Aquino. En el libro segundo del Comentario de Abelardo sobre la *Epístola á los romanos*, leemos: *Potest etiam contingere, ut aliqui falsi testes, quos tamen repellere non valeamus, aliqua*

de aliquo imputent, quem innocentem scimus. Quorum quidem testimonia cum id egerint quod eis adjudicatum fuerit, cogimur etiam contra conscientiam nostram gravare innocentem. Y esta doctrina ha prevalecido hasta en el último estado de nuestra jurisprudencia (Jousse, *Justicia criminal*, part. 3.ª, lib. 2.º, tít. 28, n. 147). Existe en este sentido una ordenanza de Montils les Tours de Abril de 1455, en que Carlos VII prescribió á los jueces (art. 123) «juzgar de un modo cierto y determinado y según lo alegado y probado ante ellos por las partes.» En nuestros días, la Audiencia de Montpellier declaró el 23 de Noviembre de 1852 la nulidad de una sentencia que había rechazado los medios de prueba del demandado, oponiéndole *el conocimiento personal, adquirido por el juez, de los hechos* fuera del proceso. El tribunal de Riom aplicó esta doctrina el 3 de Noviembre de 1809 á la clase de negocios que parece dejar al tribunal el poder discrecional más absoluto, á los mercantiles (1).

102. Pero hacer así abstracción de sus propios recuerdos, es una tarea muy dura para la debilidad humana. Los hechos que creemos examinar con la imparcialidad más escrupulosa, no se nos aparecerán sino á través del prisma de la primera impresión favorable ó desfavorable. El mejor partido que puede tomarse en semejante caso por un juez ó por un jurado, es recusarse. Esta vía se halla por lo demás trazada en el art. 257 del Código de procedimiento criminal, que prohibe al juez del sumario y á los consejeros que han votado sobre si procede la acusación, formar parte del tribunal criminal. Asimismo el art. 392 del mismo Código tampoco permite al que ha sido oficial de policía judicial, testigo, perito ó parte, ejercer las funciones de jurado, bajo pena de nulidad. La ley quiere en el juez una mente virgen de toda impresión adquirida fuera de los debates judiciales (2).

---

(1) * Jurisprudencia constante en este sentido. (Véase Casación de 8 de Julio de 1885.) *

(2) En Inglaterra y en la América del Norte no existe la misma incompatibilidad sobre este punto en lo relativo á los jurados. Mientras se reconoce que el juez no puede ser testigo, y mientras se duda, como entre nosotros, si le es permitido sentenciar por sus propios conocimientos personales (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 481), los autores más graves (ibid., nota 1.ª) admiten sin dificultad que un jurado puede ser testigo. Esto se funda en el origen del jurado inglés. Queríase, en efecto, en un principio, que los jurados tuvieran conocimientos especiales sobre los hechos objeto del litigio. Así era, que se elegían de los que estaban más vecinos, de *vicinetto*. Esta práctica no fué abolida hasta el tiempo de la Reina Ana en materia civil, y hasta nuestros días, en materia criminal. Esta antigua organización, que asimilaba los jurados á testigos, se explica en estos términos por M. Reeves, en su *Historia de la ley común* (pasaje traducido por M. Cherbuliez, en un artículo

En tales circunstancias, es, pues, un deber imperioso abstenerse. Si fuera demasiado tarde para hacerlo así, no declarando la letra de la ley nulidad alguna, tendrían precisión de juzgar; pero entonces, en materia criminal al menos, esta posición excepcional debería inclinarse en favor de la parte acusada ó perseguida. Si el jurado, por sus conocimientos ó noticias extrajudiciales, cree culpable al acusado, no lo declarará tal, á menos que resulte del procedimiento la prueba de los hechos; si, por el contrario, según estos mismos conocimientos, resulta inocente, no podrá formarse en su conciencia la *íntima convicción* que exige el art. 342 del Código de procedimiento criminal, y deberá votar la absolución (1). En los pleitos civiles, en que son igualmente sagrados ó atendibles los intereses de ambas partes, no se podrá seguir justamente esta marcha sobrado favorable al demandado, sino que el juez deberá esforzarse por no atenerse sino á las informaciones presentadas en la audiencia ó que resulten de los autos. Repetimos que lo más seguro es prevenir estos graves obstáculos obedeciendo al espíritu de la ley, es decir, recusándose desde un principio.

103. Lo dicho es suficiente sobre el conocimiento personal de los hechos que pueda el juez adquirir fuera de sus funciones. Tratemos ahora de los casos en que percibe los hechos él mismo, pero como juez. Esta inspección directa, que no era en modo alguno extraña al derecho romano (Gord., l. 6 pr., D. *de re milit.)*, tiene lugar especialmente cuando el juez verifica un reconocimiento del sitio en que ocurrieron los hechos, en materia civil; cuando él ins-

---

sobre el jurado; *Revista de Legislación;* Agosto de 1851): «El jurado, tal como existía en su origen, diferia esencialmente de lo que es en el día. Hoy los jurados son jueces supremos del proceso; fundan su convencimiento en pruebas orales ó escritos producidos ante ellos, y su veredicto es, de hecho, una verdadera sentencia. Los antiguos jurados, por el contrario, no eran llamados á apreciar los hechos de la causa como los magistrados: estos hechos ni aun se controvertían ante ellos. No eran más que testigos, y el veredicto sólo era el resultado de su testimonio, invocado de un modo regular, pero exclusivamente para probar los hechos litigiosos. Así, un juicio por medio del jurado no era, propiamente hablando, más que una información; los jurados no se distinguían de los demás testigos sino por el juramento que debían prestar, por su número limitado, por el rango que la ley les asignaba, por la cualidad de terratenientes en los diversos grados de la jerarquía territorial y por la influencia que de esto resultaba.»

(1) Lo que decimos del jurado no es siempre aplicable al juez correccional, que, por lo común, se ve ligado por reglas especiales. Así se ha juzgado con razón por dos sentencias de casación (de 21 de Marzo de 1833 y de 9 de Agosto de 1838), que cuando se prueba una convención por un juicio verbal como haciendo fe, mientras no se pruebe lo contrario, no pueden los jueces declarar libres á los acusados, fundándose en el único motivo del conocimiento personal que tuvieran de los hechos.

pecciona el sitio y comprueba el cuerpo del delito, en materia criminal. Sin embargo, no por ser más frecuentes estas hipótesis, son las únicas en que vuelve á encontrarse la inspección directa del juez, y se concibe perfectamente que los tribunales, aun los civiles, puedan entre nosotros, lo mismo que en Inglaterra (M. Greenleaf, tomo 3.º, pág. 340), hacerse presentar un niño para comprobar su edad, ó consultar un libro, un documento, etc.

*** Segun doctrina admitida por nuestros intérpretes y autorizada por nuestras leyes (Ley 16, tit. 22, Part. 3.ª, con las glosas de Gregorio Lopez, y 2.ª, tit. 16, lib. 11 de la Nov. Recop., y por el art. 61 de la ley de Enjuiciamiento civil), el juez debe dictar sentencia según lo alegado y probado, y conforme á la demanda y contestación, aun cuando extrajudicialmente le conste la verdad de un hecho que aparece en los autos como falso, ó al contrario, pues de no proceder así, se convertiría el juez en jurado. Es regla y principio concuso; *secundum allegata et probata judex judicare debet.* No basta que el juez sepa la exactitud de los hechos fuera de sus funciones ó como particular, sino que es necesario que este conocimiento sea el resultado de las diligencias ó procedimientos practicados conforme á la ley con el carácter de juez. No basta que la sentencia sea justa, sino que es necesario que se ofrezca á la sociedad con los caracteres que demuestren esta justicia: *Non sufficit ut judex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat.* Puede sospecharse del juez, como hombre, por la ley que aplica como magistrado.—*(N. del T.)*

*** El art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente previene que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.—*(Nota de la R.)*

SECCIÓN PRIMERA

Reconocimiento judicial ó inspección ocular de lugares.

SUMARIO: 104. Aplicación á lo civil y á lo criminal.—105. Utilidad en lo civil del reconocimiento judicial.—106. Cómo debe procederse en él.—107. Casos en que puede mandarse este reconocimiento; esta prescripción no tiene ya la importancia que tenía bajo el imperio de la Ordenanza de 1667.—108. Facultad de proceder en materia criminal á un reconocimiento judicial.—109. Comprobación del cuerpo del delito.—110. Cómo se procede á esta comprobación.

104. Sólo en materia civil ha previsto y regulado la ley el reconocimiento judicial; sin embargo, vamos á ver que es igualmente admisible en cuanto á lo criminal.

1.º—EN MATERIA CIVIL.

105. En lo civil, se trata algunas veces de apreciar un estado de cosas actualmente existente, por ejemplo, la medianería de una tapia ó la posición de tal límite. ¿Cuál es el medio mejor, en tal caso, de cerciorarse de la verdad? Trasladarse en persona al terreno

litigioso, á fin de verlo por sí mismo y de ponerse en contacto con la realidad:

Segnius irritant animos demissa per aurem
Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus...
HORACIO.

106. En los juzgados de paz, el juez mismo que debe decidir se traslada á los sitios correspondientes, donde pueden pronunciar su fallo, sin abandonarlos (*Cód. de proc.*, art. 42). En los tribunales de distrito no puede seguirse esta marcha por razón del embarazo y de los gastos que ocasionaría la traslación del tribunal en masa, por lo que es indispensable delegar, un juez comisario (ibid., artículo 295). No obstante, hay ejemplos en el antiguo y en el nuevo derecho, de reconocimientos, efectuados sin gastos por todo un tribunal, por desear cada individuo tomar personalmente conocimiento de los hechos. El celo de que han dado prueba los jueces en semejantes ocasiones es sin duda alguna laudable, pero con una condición, y es, que se indique anticipadamente el día del reconocimiento y se cite á las partes para que hagan sus observaciones. De otra suerte, podrían llegar á ser un lazo las intenciones generosas de los jueces para el litigante que no hubiera sido llamado á suministrar noticias y datos, á falta de los cuales no podrían aparecer los hechos con toda claridad. Es, pues, necesario aplicar á todas las jurisdicciones el art. 41 del Código de procedimientos, según cuyos términos debe inspeccionarse el lugar de la controversia por el juez de paz en *presencia de las partes*. Una sentencia de casación de 16 de Enero de 1839 anuló la de un tribunal civil motivada en un reconocimiento, hecho *proprio motu*, sin hallarse presentes las partes, por los individuos de este tribunal: «Considerando que este reconocimiento puramente oficioso, hecho sin estar presentes las partes... no ha podido llegar á ser un elemento legal para la decisión, no sólo respecto de todo el tribunal, que no ha sido ilustrado por un informe contradictorio y en debida forma, sino también respecto de las partes que no han podido comprobar la operación y discutir sus resultados, ni ejercitar, llegado el caso, el derecho de recusación que les confiere el art. 383 del Código de procedimientos contra el juez encargado de este reconocimiento...» (Véanse también, Bastia, 7 de Febrero de 1855; Riom, 14 de Junio de 1858.) Sin embargo, por sentencia denegatoria del recurso de casación de 15 de Marzo de 1843, se ha rehusado anular un fallo dado á consecuencia de un reconocimiento oficioso de los vocales del tribunal, reconocimiento mencionado, no en los motivos, sino en los resultandos, que

no son obra del juez. Debe advertirse que el Tribunal de Casación, sin fundarse en esta última circunstancia señalada por el consejero informante, decidió que «la simple *inspección* ocular hecha por el tribunal, no puede constituir un reconocimiento *(descente)* de los lugares, según los términos del Código de procedimiento civil;» distinción muy arbitraria y que propende á eludir las garantías concedidas á los litigantes.

107. La prueba del reconocimiento judicial es ventajosa siempre que se trata de hechos que aparecen, y que no exigen conocimientos especiales. Por eso el art. 38 del Código de procedimiento la autoriza expresamente en las acciones posesorias, tales como las que tienen por objeto el deslinde de términos, la usurpación de terrenos, fosos, vallados, etc. Pero cuando los elementos materiales consisten en datos que no pueden tener efecto sin ciertas luces ó conocimientos, como si se trata de la rescisión de la venta de un inmueble por causa de lesión, es preferible la prueba pericial, y así lo indica la ley en tal caso (*Cód. civil,* art. 1678). En el art. 295 del Código de procedimientos leemos sobre este punto: «El tribunal podrá, en caso de creerlo necesario, mandar que uno de los jueces se traslade á los lugares; pero no podrá mandarlo en los casos en que sólo cabe un simple informe pericial, si no es requerido por la una ó por la otra de las partes.» Este artículo no añade, como hacía la Ordenanza de 1667, tít. 21, art. 1.º: «bajo pena de nulidad y de todos los gastos, daños y perjuicios.» La segunda de estas sanciones, vivamente criticada por el presidente Lamoignon, como ofensiva á los jueces, era tal vez necesaria en un tiempo en que, ocasionando los reconocimientos dietas ventajosísimas, propendía á multiplicarlos sin motivo una deplorable avaricia. En el día no hay que reprimir tales abusos, puesto que no dan derecho más que á un simple reembolso de gastos (1). La única sanción

(1) Conviene seguir sobre este punto las bases fijadas por los artículos 88 y 89 del decreto de 1811 sobre los gastos en materia criminal. En los juzgados de paz, los gastos se fijan por la tarifa (art. 8.º); pero, por útil que sea el reconocimiento, no se abona nada si una de las partes no lo ha requerido, lo cual debe mencionarse (art. cit., nota). En Ginebra los gastos de reconocimiento se pagan por el Tesoro (ley de 27 de Septiembre de 1819, art. 230), lo cual ofrece pocos inconvenientes, vista la escasez de pleitos. Por otra parte, se aprecian mucho los reconocimientos en este país, en que son una especie de institución nacional. Y en efecto, antiguamente había en Ginebra un tribunal de inspecciones ó reconocimientos, cuyo ministerio no era facultativo, sino obligatorio, y parece que se lisonjeaba del resultado de sus operaciones. En Francia, para evitar al juez pasos desagradables con el objeto de reembolsarse de sus gastos, quiere el Código de procedimientos (art. 301) que se consignen en la escribanía por la parte requirente.

que podría considerarse subsistente en el día, es la de nulidad. Pero cuando el reconocimiento ha tenido lugar con las formalidades requeridas por la ley, y aun sin el requerimiento de las partes, en el caso en que hubiese sido *suficiente* un dictamen pericial, no se comprende por qué ha de estar prohibido al tribunal recurrir á esta operación, si es capaz de ilustrarle, no haciendo soportar sus gastos al litigante que sucumbe. El art. 295 no pronuncia su nulidad, porque esta nulidad no tendría objeto, puesto que las partes que pudieron concurrir á la operación no experimentaron ningún perjuicio (1). Esta solución es por lo demás incontestable en lo concerniente al juez de paz, respecto del cual es indudable que sólo se trata de una cuestión de tarifa (*Tarifa civil*, art. 8.°, nota). En nuestro concepto, no debe anularse el reconocimiento ó inspección, sino en el caso de hacerse, como ya hemos supuesto más arriba, sin que se haya intimado legalmente á las partes que asistan á él (*Cód. de proc.*, art. 297); pero entonces es por otro motivo, porque se ha violado el principio de la libre defensa de las partes. La marcha trazada por la ley para este procedimiento no ofrece por lo demás ninguna particularidad que merezca notarse.

2.°—En materia criminal

108. El Código de procedimiento criminal no ha trazado reglas relativamente al reconocimiento judicial, como hace el Código de procedimiento civil; ¿deberá inferirse de aquí que el reconocimiento sólo es admisible en lo civil? Esto sería suponer que basta el silencio de la ley para desechar una clase de prueba que no se halla literalmente prevista. Creemos, por el contrario, atenernos á la idea razonable de que siempre que pueda ser útil un modo de comprobación, debe admitirse por el solo hecho de no estar prohibido. Este es el sentido en que se ha pronunciado la práctica en lo concerniente al reconocimiento judicial ó de lugares. Pero al mismo tiempo se decide que aunque no se haya prescrito forma alguna en materia criminal, debe considerarse como sustancial la existencia de un juicio previo que llama á las partes para que asistan á la operación. Así, el Tribunal de Casación ha declarado válida (Sents. denegs. de 22 de Mayo de 1834 y de 23 de Marzo de 1843) una comprobación hecha públicamente, pero fuera de la sala de la audiencia, por el tribunal y los jurados, en presencia del

(1) El Código de procedimiento italiano de 1866 ha suprimido con razón la prohibición del art. 295.

acusado y de su defensor; y, por el contrario, ha anulado (Sent. de cas. de 5 de Sept. de 1828) una condena pronunciada á consecuencia de un reconocimiento hecho por el jurado oficiosamente, sin ir acompañado del acusado. Si en todas las fases del procedimiento hay algún acto en que tenga derecho una parte para hacer sus observaciones, es cuando se ve sometida al procedimiento criminal. Y además, este principio no es peculiar de los tribunales criminales, sino que lo ha aplicado la jurisprudencia, con razón, aun á las materias de simple policía (Sents. de cas. de 14 de Septiembre de 1850 y 13 de Octubre de 1854).

Pero debe observarse que el reconocimiento ó inspección de lugares será raras veces en lo criminal, como es en lo civil, un medio completo de resolver la cuestión. Esto no puede casi suceder sino respecto de ciertas contravenciones, cuya existencia manifiesta claramente el estado de los lugares; por ejemplo, la falta de barrido ó la interceptación de la vía pública por aglomeración de materiales (*Cód. pen.*, art. 471). Habitualmente no se podrá adquirir por medio del reconocimiento más que indicios propios para seguir las huellas de la verdad, ó por lo menos, noticias que aclaren la exposición de los hechos (1). En tales casos, el reconocimiento pierde mucho de su importancia, puesto que no es más que una prueba en segundo grado, una prueba de prueba. Así, se reduce generalmente en la práctica á hacer levantar un plano de los lugares ó parajes donde ocurrió el hecho. Debemos hacer notar además, que ante los tribunales de policía en que las decisiones son motivadas, una visita irregularmente hecha no anulará el fallo si no ha sido el elemento determinante de la decisión (Sentencia de 28 de Febrero de 1846).

109. Un punto que se refiere íntimamente al reconocimiento judicial, es la comprobación del *cuerpo del delito* (2); comprobación que exige de ordinario la traslación al sitio donde han pasado los hechos acriminados.

En todo procedimiento criminal conviene consignar la existen-

---

(1) Esta observación se aplica, por ejemplo, al reconocimiento que se efectuó el 26 de Noviembre de 1842 por el tribunal correccional del Sena en el camino de hierro de Versalles (de la izquierda), para aclarar las causas de la catástrofe de 8 de Mayo. Los datos que pudieron recoger los jueces en el reconocimiento judicial de los lugares y en los experimentos que presenciaron, eran forzosamente conjeturales.

(2) Entiéndase bien que tomamos aquí la palabra *delito* en el sentido general de infracción de la ley penal, y no en el sentido particular de infracción castigada con penas correccionales.

cia misma del delito que sirve de base al procedimiento. *Hic ordo servatur*, decía Paulo (Sent., lib. 3.º, tít. 5.º, § 14) hablando del tormento á que eran sometidos los esclavos cuyo dueño había perecido de muerte violenta, *primum ut constet occisum dominum, deinde ut liqueat de quibus ea quæstio habenda sit, atque ita de reis inquirendum.* Cuando puede resultar esta prueba previa de la comprobación de un hecho material, por ejemplo, de los rastros de muerte violenta que se descubren en un cadáver, se dice que hay un cuerpo del delito. Una comprobación semejante es de grande importancia. Sin embargo, no debe creerse, como imaginan algunos, que sin un cuerpo del delito debidamente comprobado no pueda haber delito á los ojos de la ley. Debe distinguirse desde luego, con los antiguos intérpretes, los delitos que dejan huellas, *delicta facti permanentis*, como el asesinato, y los que no las dejan, *delicta facti transeuntis*, como las injurias verbales. Respecto de estos últimos, es evidente que la investigación previa de un cuerpo de delito sería una empresa quimérica; y aun respecto de los primeros, si es cierto que deben los jueces aplicarse con el mayor cuidado á buscar sus huellas, es imposible admitir que la falta de vestigios materiales pueda asegurar la impunidad á un acusado, cuya culpabilidad se probase por medio de testimonios directos. Si así fuera, bastaría á un asesino aniquilar el cuerpo de su víctima para librarse de toda penalidad (1), ó por lo menos, siguiendo el sistema que hemos refutado (núm. 52), para incurrir sólo en una pena inferior (2). No hay duda que es necesario que se haya cometido un delito; pero la existencia de este delito puede justificarse de una manera indirecta, puesto que la misma culpabilidad es susceptible de probarse de esta manera. Cuando dijo D'Aguesseau (informe 51): «El cuerpo del delito no es otra cosa que el delito mismo, cuya existencia se prueba por testigos dignos de fe, concordes entre sí, afirmando á la justicia que se ha cometido un crimen»; este célebre jurisconsulto incurrió en el error de confundir la existencia misma del cuerpo del delito con

(1) La preocupación sobre la necesidad de un *cuerpo de delito* ejerce aún influencia en entendimientos distinguidos. ¿No se ha visto, en 1840, en la causa de Lafarge, encerrar los debates de la cuestión en el análisis científico de los restos de la víctima? Y no obstante, el Ministerio público, ¿debía hacer depender el hecho de la acusación de la existencia de ciertos signos casi imperceptibles? Y por su parte la defensa, ¿debía fijarse casi exclusivamente en este punto de la causa, como si hubiera tenido que declararse vencida porque se hubiera probado un envenenamiento en general?

(2) Tal era la opinión de los antiguos criminalistas (M. Mittermaier, *Prueba en materia criminal*, pág. 180).

la prueba de esta existencia; pero expresó, con una fórmula inexacta, una idea exacta, la de que no es indispensable la prueba material del cuerpo del delito.

110. Si en el día, como juzgó el Tribunal de Casación el 16 de Marzo de 1837, ninguna ley exige como preliminar del procedimiento una información del cuerpo del delito, no es menos importante consignar y cerciorarse de los hechos ó señales del delito antes de que hayan desaparecido. Este interés es de grandísima importancia, cuando se trata de un crimen que acaba de cometerse. Así es que el Código de procedimiento criminal quiere (art. 32) que en el caso de flagrante delito, cuando el hecho merece una pena aflictiva ó infamante (1), se traslade inmediatamente un agente de policía judicial á los parajes ó sitios donde se cometió, para practicar en ellos las primeras diligencias del sumario. En los casos ordinarios, sólo el juez del sumario tiene competencia para trasladarse á dicho sitio, acompañado del Ministerio fiscal, que hace las requerimientos en nombre de la ley, mientras el juez redacta las diligencias del sumario propiamente dicho (ibid., arts. 59-62). Fuera del caso de flagrante delito, no se requiere la inspección ó reconocimiento inmediato del sitio del delito, pero conviene siempre dilatarla el menor tiempo posible.

En todos los casos se comprueba el estado del *cuerpo del delito*, es decir, del objeto sobre que se ha dirigido el delito, y en general el estado del sitio en que se cometió (ibid., art. 32). La autoridad judicial se incauta de todo lo que parece haberse destinado á cometer el delito, de todo lo que parece haber sido efecto del mismo, y finalmente, de cuanto puede servir á la manifestación de la verdad (ibid., art. 35). Además, prescribe la ley precauciones propias para asegurar la identidad de estos objetos, los cuales deben cerrarse y sellarse, ó por lo menos depositarse en un recipiente ó saco, sobre el cual pone el juez del sumario una lista ó banda de papel sellado con su sello (ibid., art. 38). Finalmente, puede ser también indispensable la inspección de las personas mismas, especialmente cuando se trata de atentados á las costumbres (2). El juez instructor

(1) Tales son al menos los términos del art. 32 del Código de procedimiento. Pero es tal la urgencia de hacer constar inmediatamente, en tal caso, los delitos propiamente dichos, así como los crímenes, que el Tribunal de Casación (Sents. de cas. de 30 de Mayo de 1823 y de 1.° de Septiembre de 1831), no vacila en extender á las materias correccionales las atribuciones del fiscal y de sus auxiliares, en el caso de flagrante delito.

(2) Semejantes reconocimientos, ¿pueden ordenarse en materia civil para pro-

debe tomar en tales casos las precauciones convenientes para respetar, en cuanto fuere posible, el pudor y la delicadeza, ya del inculpado, ya, sobre todo, de la víctima presunta. En todos estos casos semejante inspección no puede alcanzar á terceras personas sobre quienes no pesa ninguna sospecha especial. Por eso se ha censurado la conducta de jueces que, á consecuencia del descubrimiento del cadáver de un niño, han mandado reconocer á todas las mujeres de la casa.

*** La legislación española se halla conforme en las disposiciones esenciales con la francesa respecto del medio de prueba, llamado *reconocimiento judicial, inspección ó vista ocular*, tanto en lo civil como en lo criminal. Una sabia ley de Partida (la 13, tít. 14, Partida 3.ª) comprende los principales casos y fundamentos de este medio de prueba. «Contiendas é pleitos acaescen entre los omes, dice, que son de tal natura que non se pueden departir por prueba de testigos ó de carta ó de sospecha, á menos quel juzgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda ó el pleito. E esto seria cuando fuere movido pleito antel sobre términos de algún logar, ó en razón de alguna torre ó casa, que pidiesen al juez que la ficiere derribar, porque se quería caer. E si querellase alguno antel, que le ficiera otro gran desonra en su cuerpo, la cual desonra así era tan grande que non se podría averiguar por testigos tan solamente, á menos de ver el juzgador cuál fué la desonra ó en cual logar de su cuerpo fué fecha. Ca en cualquier de estas razones non debe el juzgador dar el pleito por probado, á menos de ver él primeramente cuál es el fecho porque ha de dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor é más derechamente departir.» A los casos que menciona esta ley, como debiendo tener lugar el reconocimiento, deben agregarse los que versan sobre servidumbres rústicas y urbanas y otros semejantes.

El reconocimiento judicial puede hacerse á petición de las partes ó bien de oficio por el juez, para mejor proveer, según le faculta el art. 48 de la ley de Enjuiciamiento civil. El reconocimiento se practica pasando el juez, asistido del escribano, á ver por sí mismo sitios ú objetos que por ser permanentes ó visibles se hallan sujetos á la simple inspección material. Según dispone el art. 304 de la ley de Enjuiciamiento, el reconocimiento judicial se hará siempre con citación previa, determinada y expresa para él de las partes, bien lo hubieren solicitado ó no; señalando el día y hora en que hubiere de efectuarse con arreglo al art. 278, para que puedan hacer uso de la facultad que les concede el 304, que previene que las partes ó sus representantes puedan concurrir á la diligencia de reconocimiento, y hacer al juez de palabra (y no por escrito, para evitar dilaciones y complicaciones innecesarias) las observaciones que estimen oportunas, y éstas se insertan en el acta que debe extenderse en los autos del resultado de dicho reconocimiento, debiendo firmarla el juez, el escribano y demás personas concurrentes al acto.

El reconocimiento, en cuanto á lo criminal, se verifica también por el juez y el escribano, y asistiendo cuando es necesario el promotor fiscal, examinando el sitio, punto ú objeto de que se trata, y extendiendo diligencia circunstanciada del resultado. Cuando se levantan planos de los sitios en que se perpetró el delito, deberán unirse estos planos á los autos.

---

bar la impotencia, si es que puede ser la impotencia una causa de nulidad del matrimonio? M. Demolombe (*Matrimonio*, tomo 2.º, núm. 254) se inclina á la afirmativa, invocando lo que se practica en las quintas ó reclutamientos. Abundamos en la misma opinión, con tal que se trate de una ausencia completa de órganos, pero no si es una sencilla *frigiditas*.

Respecto de la comprobación del cuerpo del delito, á que se refiere el autor en el núm. 109 de esta sección, nuestro derecho admite casi todas las reglas y principios generales que sienta el autor. Sin entrar á exponer la explicación de estas reglas según las diferentes clases de delitos á que deben aplicarse, porque esto nos obligaría á extendernos demasiado, sólo diremos que cuando exista el objeto material sobre el que se ha cometido el delito, debe el juez que instruye el sumario reconocerlo sin pérdida de tiempo, designar su estado, describir circunstanciadamente sus caracteres y el instrumento con que se ha perpetrado el crimen. Si no existe aquel objeto, debe describirse, con la exactitud que sea posible, el estado que tenía la cosa de que se trata, á la sazón y anteriormente al delito, reuniendo los medios más conducentes para su comprobación. Conviene hacer inventario de las armas y de los efectos que pueden haber contribuido al delito, y guardarse y sellarse los objetos que puedan servir más especialmente para su comprobación. En estos reconocimientos, tanto en lo civil como en lo criminal, es necesaria á veces la concurrencia de peritos, de que se trata en la sección siguiente. — *(N. del T.)*

* * * La ley de Enjuiciamiento civil vigente concuerda sustancialmente con la antigua en las disposiciones relativas al reconocimiento judicial. Con arreglo á sus artículos 634, 635 y 636, puede acompañar á cada parte una persona práctica en el terreno, y el juez las recibirá previamente ó juramento de decir verdad, si estima conveniente oir sus observaciones declaraciones, se consignarán en el acta estas observaciones y las de las partes. Cuando se acuerden el reconocimiento judicial y el pericial en una misma cosa, se practicarán simultaneamente estos dos medios de prueba, conforme á las reglas establecidas para cada uno de ellos. Solicitándolo previamente la parte á quien interese, podrán ser examinados los testigos en el mismo sitio y acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la inspección ó vista del lugar contribuya á la claridad del testimonio.

Es el reconocimiento judicial una de las diligencias que pueden ordenarse para mejor proveer.

Según los artículos 1240 y 1241 del Código civil, la prueba de inspección personal del juez sólo será eficaz en cuanto claramente permita al tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que trate de averiguar. La inspección practicada por un juez podrá ser apreciada en la sentencia que otro dicte, siempre que el primero hubiera consignado con perfecta claridad en la diligencia, los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada.

La ley vigente de Enjuiciamiento criminal dispone (art. 326), que cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios ó pruebas materiales de su perpetración, el juez instructor ó el que haga sus veces, los recogerá y conservará para el juicio oral, si fuese posible, procediendo al efecto á la inspección ocular y á la descripción de todo aquello que puede tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. Cuando fuere conveniente para mayor claridad ó comprobación de los hechos, se levantará el plano del lugar y se hará el retrato de las personas que hubiesen sido objeto del delito, ó la copia ó diseño de los efectos ó instrumentos del mismo (art. 327). Si no han quedado vestigios del delito, el juez instructor averiguará y hará constar, siendo posible, la causa de la desaparición de las pruebas (art. 330). Cuando el delito sea de los que no dejan huellas, el juez procurará hacer constar por declaraciones de testigos y por los demás medios de comprobación, la ejecución del delito y de sus circunstancias, y la preexistencia de la cosa sustraída (art. 331). El procesado, solo ó asistido de su defensor, podrá asistir á estos actos, y se harán constar sus observaciones por diligencia (art. 333). Todas las que se practiquen se extenderán por escrito, que firmarán el juez, el secretario y los concurrentes (artículo 332).

Para la prueba de inspección ocular que no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones del juicio oral, si el lugar que deba ser inspeccionado se hallase en la capital, se constituirá en él el tribunal con las partes, y el secretario extenderá diligencia expresiva del lugar ó cosa inspeccionada. Si el lugar estuviere fuera de la capital, se constituirá en él con las partes el individuo del tribunal que el presidente designe (art. 727).

En cuanto al cuerpo del delito, previene el art. 334 que el juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos ó efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito. Siendo habida la persona ó cosa objeto del delito, describirá detalladamente su estado y circunstancias (art. 335). Ordenará en los dos casos anteriores el reconocimiento pericial, extensivo, si fuere conveniente, á los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito (artículos 336 y 339). Los artículos 340 y siguientes detallan lo que procede con relación á la identificación y autopsia de los cadáveres, asistencia médica de los lesionados, de los análisis químicos, de la preexistencia de la cosa objeto del delito y de la valoración de la misma y del perjuicio causado ó que hubiere podido causarse. Advierte el art. 366 que todas las mencionadas diligencias y las que comprenda la inspección ocular se practicarán con preferencia á las demás del sumario, no suspendiéndose su ejecución sino para asegurar la persona del presunto culpable ó para dar el auxilio necesario á los agraviados por el delito. Por último, con arreglo al art. 367, en ningún caso se admitirán durante el sumario, reclamaciones ni tercerías sobre los efectos que constituyan el cuerpo del delito.—*(N. de la R.)*

SECCIÓN SEGUNDA

Complemento de la experiencia personal.—Juicio pericial.

SUMARIO: 111. Diferencia entre el juicio pericial y la prueba testimonial.—112. De la prueba pericial desde los romanos hasta nuestros dias.

111. Si sólo se considerasen los motivos de confianza concedida á los peritos, es decir, á hombres encargados de comprobar los hechos sobre que tienen conocimientos especiales, se debería asimilar ó referir el juicio de peritos á la prueba por medio de testigos; porque ambas se fundan en una inducción basada en las leyes de la naturaleza moral, en la fe debida al testimonio de nuestros semejantes.

Pero si llegamos á su aplicación en juicio, si se considera el genero de hechos sobre que versa ordinariamente esta clase de prueba, se verá que tiene un objeto enteramente distinto que la prueba testimonial. *Medici non sunt proprie testes*, escribía Codruchi en 1397 en su *Methodus testificandi sed est magis judicium quam testimonium*. Esta tiene por objeto hacer revivir, por decirlo así, lo pasado; la prueba pericial se refiere habitualmente á los hechos presentes (1),

(1) La prueba pericial no tiene por objeto hechos presentes, en el caso en que, ya para asegurarse de la verosimilitud de una acusación, ya para comprobar un

cuyos elementos tiene la misión de poner al descubierto. Los testigos se ven limitados por la fuerza de las cosas y no pueden ser suplidos; los peritos son elegidos después que ha ocurrido el hecho y para llenar funciones en las cuales sirven de instrumento al juez, instrumento que es permitido reemplazar. Y en efecto, como no se pueden reproducir los hechos sobre los cuales se interroga á los testigos, no hay medio de rehacer sus declaraciones, y es forzoso aceptarlas tales como son, ó desecharlas, á menos que se prefiera abandonarse á simples conjeturas. Por el contrario, la prueba pericial es un cristal que agranda los objetos; el juez es quien tiene la facultad de servirse de ella, de examinar con toda libertad si las imágenes que presenta son enteramente claras. Los peritos son, propiamente hablando, auxiliares del tribunal; así vemos unirse con frecuencia en el texto de nuestras leyes la prueba pericial á la experiencia personal, mientras que nunca se ha presentado á la mente semejante idea respecto de la prueba testimonial (1). Sin remontarnos á la Ordenanza de 1667, que confundía en un mismo título el reconocimiento judicial ó de sitios ó parajes con el juicio de peritos, vemos al juez de paz reconocer los sitios ó lugares con el auxilio de peritos *(Cód. de proc.,* art. 42), sin que, no obstante, la presencia del juez sea indispensable (Den, 2 Diciembre de 1868), y autorizar la ley criminal al juez instructor *(Cód. de instruc. crim.*, art. 43) á hacerse acompañar, para investigar los rastros ó señales del delito, por una ó dos personas que se presume ser capaces de apreciar su naturaleza y sus circunstancias. Así, pues, al referir, como lo verificamos, la prueba pericial á la experiencia personal, no hacemos más que conformarnos con el espíritu de la ley, é igualmente con la naturaleza de las cosas.

112. Este modo de comprobación no tenía en Roma toda la importancia que ha adquirido en los tiempos modernos. Estando entonces menos adelantadas las ciencias y las artes, su uso debía ser mucho menos frecuente. No obstante, hallamos ya diversas aplicaciones notables de este medio de prueba. Así, en las cuestiones de

---

testimonio, se investiga si tal hecho es físicamente posible; si, por ejemplo, ha podido suicidarse en una posición dada (Proceso del Príncipe de Condé). Entonces el juicio pericial es hipotético. Pero, aun en este caso, no se funda sino en datos científicos, mientras que el testigo recurre á los recuerdos.

(1) Bajo este punto de vista puede criticarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo (denegatoria, 5 de Noviembre de 1846 y 13 de Mayo de 1859), que considera el perito como legalmente investido de sus funciones cuando ha prestado el juramento de testigo; pero debemos confesar que muy poca importancia tiene semejante cuestión.

demarcación de límites (l. 8., § 1, D. *fin. reg.)* el juez debe enviar á los sitios que se trata de deslindar agrimensores *(mensores)* para consignar los hechos. Si se trata del licenciamiento de un militar por falta de salud, Gordiano exige á la vez (l. 6., Cód. *de re milit.)* el examen del juez y el de facultativos; *medicis denuncianti-bus et judice competente diligenter examinante.* Cuando había que hacer constar el embarazo de una viuda ó de una esposa divorciada, vemos (Ulp. l. 1, pr. y § 10, D. *de insp. ventr.)* que se hacía visitar por tres ó por cinco comadronas. (Sabido es que las mujeres romanas no eran asistidas en sus partos sino por personas de su sexo.) Finalmente, sabemos por la novela 64 que había en Constantinopla jardineros peritos; esta institución se dirigía á reprimir el abuso que hacían de su arte, para favorecer á sus compañeros á costa del propietario del terreno, cuando se les encargaba al fin del arriendo valorar las mejoras hechas en el fundo por un arrendador que era jardinero; vese, pues, que la prueba ó juicio pericial no data de nuestros días.

En la antigua jurisprudencia francesa, la prueba pericial recibió notable desarrollo. Así, especialmente el art. 162 de la Ordenanza de Blois, dada en 1579, prescribió que las cuestiones relativas al valor de los objetos se decidieran por peritos, y no sólo ya por testigos. Pero también se abusó algunas veces de la prueba pericial, haciendo uso de ella en las materias más delicadas. Una de las aberraciones más notables del entendimiento humano, en lo relativo á las pruebas judiciales, es la singular prueba del congreso *(congrés)*, introducida en la práctica de las curias en el siglo XVI, y autorizada por los Parlamentos, hasta la sentencia de 18 de Febrero de 1777, que hizo dar por el Parlamento de París el Presidente Lamoignon (1). En el día, sin llevarse hasta el extremo el principio de la prueba pericial, es de gran uso, tanto en lo civil como en lo criminal.

I

Juicio pericial en lo civil.

SUMARIO: 113. Casos en que es aplicable la prueba pericial.—114. Quién puede ser nombrado perito.—115. Simplificación de la prueba pericial en el derecho moderno.—116. Derecho de las partes de nombrar los peritos.—117. Facultad de recusación.—118. Redacción del dictamen de los peritos.—119. Variaciones de

(1) El Concilio de Compiegne, en 756, admitía una clase de prueba más decorosa, sin ser más segura, defiriendo el juramento al marido en semejante hipótesis.

la legislación sobre la fe debida á la prueba pericial.—120. Facultad de pedir un nuevo dictamen.—121. Reglas especiales en materia de empadronamiento ó catastro.—122. De la responsabilidad de los peritos.

113. Siempre que se trata de una comprobación ó apreciación que exige conocimientos especiales, requiere el espíritu de la ley la prueba ó juicio pericial (1). No se debe, pues, considerar como limitativas las disposiciones que la exigen en casos dados, como si se trata de la rescisión por causa de lesión de una venta de inmuebles (*Cód. civil*, art. 1678), ó de valuar la indemnización que se debe al inquilino de una fábrica ó ingenio por falta de toma de posesión (ibid., art. 1747). La cuestión de viabilidad de un niño, por ejemplo, tan importante, bien sea para el marido que no quisiera reconocerlo, bien para los herederos del niño llamados á obtener los derechos de su causante, ¿puede resolverse de otro modo que con el auxilio de las luces de los hombres de ciencia? Pero en los casos en que ordena la ley la prueba pericial, ¿debe entenderse en un sentido estrictamente imperativo, de modo que venga á ser el dictamen pericial un preliminar indispensable, cualquiera que sea por otra parte la evidencia de los hechos? Boncenne admite la afirmativa sin distinción, siempre que se trata de juicio ó prueba pericial en los textos (V. su *Com. sobre el valor de los informes de los peritos)*. Esta opinión nos parece incontestable cuando se establece el juicio pericial por la ley como una condición intrínseca del procedimiento. Así, para los catastros ó empadronamientos, la administración tiene derecho á exigir esta medida para consignar el valor de los inmuebles sujetos á un derecho proporcional (Ley de 22 de frimario, año VII, art. 8.º). Por el contrario, con dificultad consideraremos este medio de prueba como indispensable, cuando no es necesaria la valuación, sino en cuanto tiene el juez una duda formal. Así, cuando se ataca una venta por causa de lesión, puede ser su precio tan despreciable, que si se ordenara un juicio pericial para valuar la lesión, se comprometería la dignidad de la justicia con gastos y lentitudes inútiles ó ilusorias. Entonces sería, en nuestro juicio, poco prudente no pronunciar en el acto la rescisión. Hase pronunciado sentencia por el tribunal de Limoges, en 14 de Febrero de 1827, en pro de esta opinión, admitida ya por la antigua jurisprudencia; lo mismo ha providenciado el Tribunal

(1) * Corresponde al tribunal decidir, sin apelación, si debe hacerse la prueba pericial. Puede no admitirla, aun cuando las partes estuviesen de acuerdo para reclamarla (Sent. de cas., 5 de Abril de 1875). *

de Casación respecto de la rescisión de la partición por causa de lesión, por sentencia de 3 de Diciembre de 1833. Tal ha sido igualmente el pensamiento de los redactores de la ley de 2 de Junio de 1841, que han sustituído el juicio pericial facultativo al juicio pericial obligado, para la estimación previa de los bienes de menores que deben venderse judicialmente (*Cód. de proc. nov.*, artículo 945).

Uniremos á la prueba literal la especie de juicio pericial que suscita más vivas reclamaciones en el antiguo y en el nuevo derecho: el cotejo de escrituras. Aquí nos proponemos examinar, en general, el curso del juicio pericial y la fe que puede dársele.

I.—Curso del juicio pericial.

114. En otro tiempo había *peritos-jurados,* que eran los únicos que tenían derecho de apreciar los valores ante los tribunales. Esta institución, cuyas huellas se encuentran todavía en el art. 34 del Código penal, que enumera entre las incapacidades que resultan de la degradación cívica, la de ser *perito-jurado,* no existe ya en el día, al menos en materia judicial (1). Porque sabido es que para las valuaciones extrajudiciales de los muebles existen en cada población algo importante *comisarios-tasadores,* que tienen el derecho de proceder á ellas en competencia con ciertos agentes judiciales, tales como los hujieres (V. la ley del 27 ventoso, año XI, la ley del 28 de Abril de 1816, art. 89, y la ordenanza del 26 de Junio de 1816).

Los peritos deben ser franceses, porque se trata de una especie de delegación de funciones judiciales, y no de un simple testimonio. Más dificultad presenta la cuestión sobre si deben tener la cualidad de ciudadanos. En el silencio de la ley, se dirá, es difícil exigir la capacidad política para una misión que requiere sólo conocimientos enteramente especiales. Pero si esta capacidad se requiere para los testigos instrumentales, que no hacen más que confirmar la autenticidad del acta ó escritura, ¿puede dejar de ser lo mismo respecto de los peritos que son oficiales públicos (2) (*Cód. civil,* ar-

(1) Los peritos *juramentados* que se inscriben frecuentemente, siguiendo la costumbre, en una lista formada con anticipación, aunque no son investidos de un monopolio legal, pueden ser designados por elección del juez.

(2) * El Tribunal Supremo decide que las injurias dirigidas á los peritos en el ejercicio de sus funciones, deben ser penadas con aplicación del art. 224 del Código penal. Parece, por consiguiente, que los considera como ejerciendo una especie de función pública. Los considerandos de la sentencia de 8 (ó 9) de Marzo de 1877 es-

tículos 1317-1319), puesto que son los únicos que redactan las actas ó procesos verbales, las cuales hacen fe, como veremos, hasta que se redarguyen de falsas? Así haremos notar, que los artículos 34 y 42 del Código penal, colocan en la misma línea la incapacidad para ser perito y para ser testigo en las actas ó escrituras. Síguese de aquí que no se pueda confiar, por ejemplo, un juicio ó dictamen judicial á una mujer ó á un quebrado no rehabilitado.

Es verdad que se contesta (M. Colmet D'Aage, §. 517) al argumento sacado del art. 34 del Código penal, que la cualidad de perito no se asimila á la de testigo instrumental, como tampoco la de testigo que declara en juicio. Pues bien: pudiendo la mujer declarar en juicio, puede hacer también una declaración de nacimiento (*Cód. civil*, art. 56). En cuanto á la objeción sacada de que los peritos redactan un acta ó proceso verbal que tiene cierta autenticidad, desaparece, permitiendo á los jueces ordenar que se redacte el acta ó proceso verbal por el escribano del juzgado de paz (*Cód. de proc.*, art. 317, §. 2.º). Este medio nos parece algún tanto arbitrario. Por lo cual, creemos preferible confiar la redacción del dictamen á un verdadero perito que tenga conocimientos especiales en la materia, salvo, según vamos á ver, el agregarle una mujer, un menor ó un extranjero, en calidad de sabedores (*sapiteurs*); cargo que no es nada humillante, puesto que se ha conferido á los alcaldes en el caso juzgado por el Tribunal de Casación en 4 de Enero de 1820. Si el art. 34 del Código penal parece poner en la misma línea que al perito, al testigo que declara en juicio, así como al testigo instrumental, no es lo mismo respecto del art. 42, que distingue de la incapacidad de testificar en juicio la de ser *perito* ó *testigo en las actas ó escrituras*. Es, por otra parte, difícil no ver en el perito investido de sus funciones por medio del juramento una especie de delegado de la autoridad judicial. Nada de esto sucede en la situación de la partera, á la que se admite *ex necesitate* á declarar el nacimiento que ha presenciado. Así se explica lo que parece singular en la opinión opuesta, porque no puede la partera ser testigo instrumental del mismo acto en que figura como declarante (*Cód. civil*, art. 37).

Aquí se hace una grave objeción, y es, que puede suceder que una persona civil ó políticamente incapaz sea precisamente más

---

tablecen que el perito que ejerce su misión, en virtud de los artículos 41 y 42 del Código de procedimientos civiles, desempeña un verdadero ministerio de carácter público. *

apta que otra para dar ilustraciones sobre el punto en litigio. Pero hay un medio de conciliarlo todo. Siempre se ha reconocido que está permitido á los peritos acompañarse con auxiliares no juramentados, que se han llamado sabedores (*sapiteurs*). El Tribunal de Casación ha admitido (Sent. deneg. de 4 de Enero de 1820), que los sabedores pueden ser asociados de oficio á los peritos en la misma providencia en que se hace el nombramiento de éstos. Ha reconocido asimismo (Sent. deneg. de 23 de Noviembre de 1857), que los peritos pueden ilustrar su juicio por medio de una información oficiosa. Se ha encontrado, pues, el remedio. Supongamos que se trata, por ejemplo, de la confección de uno de esos objetos de moda, cuya estimación supone la apreciación de esas diferencias delicadas que sólo pueden distinguir los ojos de una mujer: no se admitirá sin duda una modista á redactar una acta verbal auténtica, pero se asociará ésta á los peritos para que los dirija en su examen.

Reconocemos, no obstante, que hay casos de necesidad absoluta en que sería preciso aceptar por peritos, no ya á menores ó mujeres, hipótesis que no nos parece que ocurran en la práctica, sino á extranjeros. Así, cuando en negocios marítimos hay que evaluar los daños causados por un abordaje ó por una echazón de mercancías, debe recurrirse á los peritos que se hallan en aquellos parajes, especialmente si se hace arribada á un puerto extranjero. (*Cód. de Com.*, arts. 407-414). En este sentido, puede decirse con Rauter *(Curso de proced. civ.*, §. 218), que el extranjero es admisible *necessitatis causa*.

115. La forma de proceder al nombramiento de peritos ha sido notablemente perfeccionado por el derecho moderno. Anteriormente, cada parte nombraba un perito. De aquí resultaban dos graves inconvenientes: el primero, que cada perito, teniendo en cierto modo por cliente á uno de los litigantes, se inclinaba más á la defensa de sus derechos que á la investigación de la verdad; el segundo, que casi siempre había lugar á discordia, y en su consecuencia, al nombramiento de un tercero, lo cual ocasionaba un nuevo dictamen y comprobación y nuevos gastos. Volviendo á una práctica que se remonta á la ley de las Doce Tablas (V. Cicerón, *De Legib.*, lib. 1.°, cap. 21, y Festo, palabra *Vindiciæ)*, los redactores del Código civil, al tratar de la rescisión de la venta de inmuebles por causa de lesión, han seguido un sistema preferible *(Cód. civil*, arts. 1678-1680). Tres peritos redactan un solo informe (antes cada uno redactaba el suyo), en el que emiten su parecer ó

juicio á pluralidad de votos. Si hay juicios diferentes, indican los motivos, sin dar á conocer de qué dictamen ha sido cada perito. Esta prohibición, que critica Boncenne, ha desaparecido en el Código de procedimiento italiano de 1866 (artículo 264). Los redactores de dicho Código pensaron, como los de la ley de Ginebra, que debe tenerse en cuenta la autoridad personal de los peritos. Tal ha sido igualmente el parecer de la comisión que preparó en tiempo del Gobierno último un proyecto de reforma del Código de procedimiento civil (art. 268).

El Código de procedimiento, por lo demás, generalizó las reglas marcadas en el Código civil; todavía se han simplificado en el sentido de que las partes mayores de edad pueden ponerse de acuerdo para nombrar un solo perito (1). (*Cód. de proc.* art. 303.)

116. Y en efecto, corresponde á las partes desde luego el derecho de nombrar los peritos. Al simplificar el legislador moderno el curso del juicio pericial, no se ha separado del principio sentado por las antiguas ordenanzas (*Ord. de 1529*, art. 162; *Ord., de 1667*, tít. 21, art. 9.º), según el cual no se verifica de oficio el nombramiento de peritos, sino en el caso de no nombrarlos las partes. Según el art. 305 del Código de procedimiento, se debe ordenar en la providencia que nombren las partes los peritos en los tres días siguientes al de su notificación; y aunque esta disposición no impone la pena de nulidad, el Tribunal Supremo (por sentencias de casación del 15 de Junio de 1830 y 20 de Noviembre de 1866) la ha considerado como sustancial, anulando un fallo por haber nombrado un perito de un modo absoluto, sin reservar el derecho de las partes. No obstante, como se debe suponer en los jueces más bien olvido que violación de la ley, si nada han determinado sobre esto, se puede considerar como implícitamente reservado el derecho de las partes, y no declarar la nulidad. Lo que es más difícil de admitir, aun cuando el Tribunal de Casación lo haya decidido muchas veces, especialmente con fechas 9 de Febrero de 1869 y 15 de Junio de 1870, es, que el tribunal pueda designar sólo de oficio las personas encargadas de suministrarle *simples noticias*.

---

(1) No se permite, tomando la inversa, nombrar cuatro ó cinco peritos (Casación, 22 de Julio de 1850; Colmar, 5 de Abril de 1830). Cuando el tribunal manda de oficio que se haga la prueba pericial, puede nombrar á un solo perito (Sentencias denegs. de 15 de Julio de 1861 y 11 de Agosto de 1868).—Jurisprudencia constante: añádanse sentencias de 14 de Mayo de 1872 y 18 de Marzo de 1873; *Contra*, M. Naquet; *Ensayos escritos sobre la organización judicial, la competencia y el procedimiento*, por Mourlón, 5.ª edición, revisada y completada por M. E. Naquet.

Esto es eludir las disposiciones de la ley sobre la prueba pericial; pues, ¿acaso los peritos hacen otra cosa que dar simples noticias, puesto que su dictamen, según vamos á ver, no es obligatorio para el juez? La notificación á las partes para que nombren los peritos nos parece indispensable en todo caso (1).

117. Los peritos pueden ser recusados si han sido nombrados de oficio; si no lo hace la parte, impútese á sí misma su elección, salvo no obstante el caso de ocurrir la causa de recusación después del nombramiento, pero antes de prestar el juramento (ibid., artículo 308). Después de prestado éste, se supone que la religión del juramento acallará toda consideración de interés personal que pudiera aparecer.

Las causas de recusación para los peritos, eran antiguamente las mismas que para los jueces según lo determina todavía el Código de procedimiento italiano (art. 254); conforme á nuestro Código de procedimiento (art. 310), en el día son iguales á las causas por las que pueden los testigos ser tachados. Esta variación suprime muchas causas que no tienen la misma importancia respecto del que da un dictamen que del que falla; por otra parte, asimila los peritos á los testigos en cuanto á ciertas causas de tachas, que no pueden casi suponerse que ocurran respecto de los jueces, esespecialmente la que consiste en haber sido condenado á una pena correccional por robo (Comp. los arts. 283 y 378, *Cód. de proced.)*. Además, ninguna teoría restrictiva, cualquiera que sea, tiene para los peritos, y lo mismo puede decirse para los jueces, los mismos inconvenientes que para los testigos. La ley puede ser severa sin peligro, cuando hay posibilidad de elegir.

118. En virtud de un principio aplicable á todo juicio pericial, aun en materia administrativa (Sents. del Consejo de Estado de 1.° y de 9 de Diciembre de 1852), los peritos entran á ejercer sus funciones prestando juramento ante un magistrado del tribunal, juez comisario ó ante un juez de paz delegado (ibid., art. 305). Desde este momento tienen tambien derecho á un salario fijado por tarifa (2). *(Tar. civ.*, lib. 1.°, cap. 4.°, y lib. 2.°, cap. 6.°) La prueba pericial misma se halla sometida á la comprobación de las partes interesadas. El acta verbal de la prestación del juramento indica

(1) * Véase en este sentido el artículo de M. Nicias Gaillard, *Revista crítica*, tomo 6.°, pág 97. *

(2) En materia administrativa no es aplicable la tarifa civil, por lo que los honorarios de los peritos deben regularse atendiendo á las circunstancias (Sent. del Consejo de Estado de 1.° de Junio de 1869).

el lugar, día y hora de la primera operación; notifícase á las partes que no se hayan presentado (ibid., art. 315). Ulteriormente no se hace ya ninguna notificación; sólo al fin de cada sesión indican los peritos dónde y cuándo tendrá lugar la siguiente; las partes que no estén presentes no pueden quejarse de ignorar estas operaciones. En todo caso, observa con razón Boncenne, el derecho que tienen las partes de asistir al juicio pericial no puede entenderse de las deliberaciones íntimas de los árbitros acerca del dictamen que han de adoptar, sino solamente de las operaciones exteriores (V. el artículo 207; ibid.).

La ley de procedimiento de 1819 de Ginebra ha hecho solamente facultativa la redacción por escrito del dictamen de los peritos, la cual es obligatoria en Francia. Esta innovacción, fundada en las ventajas que ofrecen en teoría las explicaciones verbales, ha tenido poco éxito en la práctica. Boncenne hace observar, que sobre 563 juicios periciales mandados practicar por el tribunal del Cantón de Ginebra, desde 1829 á 1835, ha habido 546 dictámenes escritos y solamente 17 verbales. La teoría tiene también sus seducciones; preocupada de la utilidad que ofrece por lo común la discusión oral, había aquí perdido de vista la complicación habitual de las cuestiones sometidas á la prueba pericial, complicacion que exige que se redacten por escrito para fijar las ideas. Por lo demás, es un temperamento muy útil, admitido ya por el Parlamento de París (Sents. de 26 de Julio de 1737 y de 3 de Abril de 1785), que se oiga á los peritos por el tribunal cuando ofrezca su dictamen alguna oscuridad. El proyecto de reforma del Código de procedimiento adelanta aun más; autoriza (art. 253) al tribunal, para que mande hacer la prueba pericial en audiencia pública en presencia de las partes; entonces el escribano extiende acta verbal de las conclusiones de los peritos y de los motivos de dichas conclusiones.

*** Por derecho español, el juicio de peritos tiene también lugar cuando los hechos á que se refiere la cuestión litigiosa requieren conocimientos facultativos, por versar sobre algún arte, oficio, ciencia ó profesión: v. gr., si se trata del deslinde de términos ó medición de terrenos, estado de un edificio, de si se halla ó no demente una persona, de su estado de virginidad, de la autopsia de un cadáver, etc. En tales casos, aun cuando el juez por sus conocimientos especiales se hallase con los conocimientos necesarios para poder formar su juicio acertado de aquellos hechos, no podría considerarse como perito para el efecto de dejar de nombrar los que la ley establece, y de oir su dictamen con arreglo á la misma, si bien su propia instrucción le serviría para guiarle en la apreciación que formase del dictamen emitido por aquéllos: tal es el sentido de la regla: *non sufficit ut judex sciat, sed necesse est ut ordine juris sciat.* Sin embargo, el juez no deberá recurrir á este medio de prueba cuando pueda procurarse por sí las noticias necesarias

para la decisión del pleito, ó como dice la ley 1.ª, tít. 21, libro 10 de la Novísima Recopilación, no debe nombrarlos para otra cosa que el juez pueda determinar por el proceso, como sucedería cuando no se necesitasen conocimientos facultativos y le bastasen al juez los suyos propios como tal en el asunto, ó verificando, por ejemplo, un reconocimiento ó inspección ocular.

El juicio pericial, conforme á lo que sienta M. Bonnier en el núm. 111, debe versar solamente sobre hechos, puesto que limitándose al examen ó estimación de objetos, se circunscribe á puntos enteramente de hecho, conforme expresamente previene el art. 146 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, sin extenderse nunca á los puntos de derecho, pues la interpretación y aplicación de las leyes respecto de estos puntos corresponde al juez; por eso dispone la ley 1.ª, tit. 21, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que cuando los jueces manden nombrar contadores ú otras personas, no les nombren para ningún artículo que consista en derecho, sino sólo para cosa que consista en cuenta ó tasación ó pericia de persona ó arte.

Respecto á lo que sienta M. Bonnier en el núm. 114, segundo párrafo, por nuestro derecho pueden en general dar juicio pericial toda clase de personas entendidas en el arte ó ciencia á que pertenezca el hecho sobre que versa la duda en juicio, bien sean hombres ó mujeres, pues en algunos casos, el ministerio de éstas es más conveniente que el de aquéllos, y por eso decía la ley 8.ª, tít. 14, Part. 3.ª, «que si fuere pleito en razón de alguna mujer que dicen que es corrompida, ó de mujer que decían que fincaba preñada de su marido, tales contiendas como éstas se deben librar por vista de mujeres de buena fama». Pero no podrán dar dictamen pericial los menores de edad ni los que sufren interdicción civil, no obstante poder ser testigos según el art. 314 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque teniendo el dictamen pericial un carácter particular distinto de la declaración de testigo, no debe emplearse para aquel cargo sino á individuos capaces de responder de sus actos. Pero esto no se entiende si tuviesen título de peritos, puesto que para adquirirlo han debido reunir las condiciones y circunstancias que requieren las leyes y reglamentos para poder ejercer aquel cargo.

También pueden ser peritos por derecho español, los extranjeros, según se deduce de varias disposiciones, y más especialmente del art. 496 del Código de Comercio, que previene, para el caso de avería, que el reconocimiento y liquidación de ésta y su importe se verifique por peritos que á propuesta de los interesados ó su representante, ó bien de oficio, si éstos no lo hicieren, nombrará, si la descarga se hiciere en país extranjero, el cónsul español, y en defecto de haberlo, la autoridad que conozca de los negocios mercantiles.

Aunque pueden ejercer el cargo pericial las personas que no tengan título de peritos, esto se entiende á falta de los que lo tuvieren, porque ofrecen mayores seguridades de inteligencia. Por eso dispone la ley de Enjuiciamiento civil, en el párrafo segundo del art. 303, que los peritos llamados á dar su dictamen en juicio deben tener título de tales en la ciencia ó arte á que pertenecía el punto sobre que ha de oirse su dictamen, si la profesión ó arte está reglamentada por las leyes ó por el Gobierno. En este caso, si no los hubiera en el pueblo del juicio, podrá hacérseles venir de los inmediatos. Mas según expresamente dice la regla 3.ª del art. 303 citado, si la profesión ó arte no estuvieren reglamentados por las leyes ó por el Gobierno, ó estándolo, no hubiese peritos de ellas en los pueblos inmediatos, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tuvieran título.

Respecto á si es ó no obligatoria la aceptación del cargo de peritos, no previniendo nada nuestras leyes, controvierten los intérpretes, siendo la opinión más generalmente seguida la de los que distinguen entre los peritos que tienen título de tales y ejercen públicamente su oficio y los que sólo son personas entendidas que carecen de título, opinando que en el primer caso están obligados á la aceptación y no en el segundo. Sin embargo, el art. 171 del reglamento del Consejo Real no hace distinción alguna al penar á los peritos que no comparecieren á dar su dictamen.

Respecto del modo de procederse en el juicio pericial por nuestro derecho, previene la ley de Enjuiciamiento civil, art. 303, que el juicio de peritos se verifique con sujeción á las reglas siguientes. Nombrará uno cada parte, á no ser que se pusieren de acuerdo respecto del nombramiento de uno solo; si fueren más de dos los litigantes, nombrarán uno los que sostuvieren unas mismas pretensiones, y otro los que las contradigan, y si no pudieran ponerse de acuerdo para este nombramiento, el juez insaculará los que propongan y el que designe la suerte practicará la diligencia.

Verificado el nombramiento de peritos, notificado á los mismos y aceptado por éstos, se les citará, señalando dia, hora y lugar para verificar el juicio pericial. Comparecidos á la presencia del juez, se les recibirá por éste juramento de que desempeñarán su cargo bien y fielmente, pues aun cuando nada dice la nueva ley de Enjuiciamiento civil sobre este punto, debe estarse á lo prescrito por nuestras leyes y prácticas antiguas, puesto que la ley 2.ª, tit. 21, lib. 10 de la Nov. Recopilación, prescribia que se tomara juramento á los contadores, y que éstos vienen á ser unos peritos en los pleitos sobre cuentas, y la nueva ley de Enjuiciamiento los equipara á éstos para su nombramiento y demás en sus artículos 471 y 473, puesto que el art. 172 del Reglamento del Consejo Real requiere también dicho juramento é igualmente el 947 del Código de Comercio; solamente los peritos titulares parece que podrán relevarse de esta diligencia, porque ya juraron en general, al empezar su profesión, proceder bien y fielmente en ella. No es necesario, por nuestro derecho, que los partes estén presentes á la toma del juramento, porque es una simple formalidad, sobre que no tienen que hacer observaciones las partes.

Los peritos nombrados practicarán unidos la diligencia, esto es, el examen del hecho ó reconocimiento del objeto que se somete á su juicio. Las partes pueden concurrir al acto y hacer cuantas observaciones quieran á los peritos, pero deberán retirarse para que discutan y deliberen solos. Si el objeto del juicio pericial permitiese que los peritos den inmediatamente su dictamen, lo darán antes de separarse á presencia del juez; mas si exigiera el reconocimiento de lugares, la práctica de operaciones ú otro examen que necesite detención y estudio, debe el juez concederles el tiempo necesario para que formen y emitan su juicio, el cual se consignará en los autos; art. 303, reglas 4.ª y 5.ª, y § 2.º de la 6.ª Según previene el Reglamento del Consejo Real, los peritos pueden dar su dictamen verbalmente ó por escrito, debiendo ser motivado.

Los peritos que estén conformes extenderán su dictamen en una sola declaración firmada por todos; los que no lo estuvieren, pondrán su parecer por separado. Cuando discordaren los peritos, debe el juez mandar á las partes que se pongan de acuerdo para el nombramiento de tercero, en el término de segundo día; y si no lo hiciesen, sortear el que haya de dirimir la discordia entre los seis ó más que paguen mayores cuotas de subsidio de la clase á que los peritos correspondan. Si no los hubiera en el pueblo del juicio, debe recurrirse á los de los inmediatos, y si tampoco en éstos los hubiere, puede el juez nombrar por tercero á cualquiera persona entendida en el asunto de que se trata, aun cuando no tenga título. El nombre del designado por el juez debe hacerse saber á las partes: art. 303, reglas 7.ª á la 8.ª de la ley de Enjuiciamiento civil.

Acerca de la recusación de los peritos, de que trata M. Bonnier en el núm. 117, la nueva ley de Enjuiciamiento civil, para evitar tal vez recusaciones multiplicadas y teniendo en cuenta que el dictamen del perito tercero es el de mayor fuerza, puesto que su voto dirime la discordia de los demás, y que el de éstos no puede causar por sí solo un perjuicio irreparable por hallarse sometido al del tercero, ha dispuesto en su regla 9.ª que sólo el perito tercero pueda ser recusado en lo cual viene á convenir con el derecho francés. La recusación del perito tercero únicamente es admisible con causa, según el § 2.º de la regla 9.ª del art. 303 citado de la ley de Enjuiciamiento, disposición que viene á asimilar la recusación de los peritos á la de los jueces, que también se verifica con causa, si bien deberán tenerse

en cuenta las causas que son ó no aplicables á los peritos entre las que designa la ley para los jueces, atendiendo á la distinta naturaleza de estos cargos. En su consecuencia, lo dispuesto en los artículos 126 y 147 sobre la obligación que tiene el juez y el subalterno recusados de separarse por sí mismos de su intervención en el negocio, parece que no debe ser aplicable á los peritos, especialmente si son titulares, pues que no reportando interés del juicio pericial, ni teniendo obligación de prestarse á él, como los peritos titulares á quienes se abonan por las partes que los nombraron sus respectivos derechos ú honorarios y que están obligados á emitir su dictamen, se daría ocasión, si se les aplicaran aquellas disposiciones, á que intentaran las partes recusaciones maliciosas con la esperanza de que se dieran por recusados dichos peritos por evitarse compromisos y suposiciones inmerecidas.—*(N. del T.)*

* * * Las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil vigente relativas á la prueba pericial, difieren algo de las de la anterior. Según aquéllas, las partes manifestarán si han de ser uno ó tres los peritos que se nombren, y no habiendo acuerdo entre ellas, resolverá el juez, sin ulterior recurso, lo que crea conveniente, teniendo en consideración la importancia del reconocimiento y la cuantía del pleito (artículos 611, 612 y 613). Cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre el nombramiento de perito ó peritos, el juez insaculará en el mismo acto los nombres de tres, por lo menos, por cada uno de los que hayan de ser elegidos, de los que en el partido judicial paguen contribución industrial por la profesión ó industria á que pertenezca la pericia, y se tendrán por nombrados los que designe la suerte. No habiendo dicho número, quedará la designación á elección del juez. Hecho el nombramiento de peritos, se les hará saber para que acepten el cargo y juren desempeñarlo bien y fielmente dentro del término que el juez les señale (artículos 616 y 618). Los peritos son recusables mediando causa legítima. La ley enumera las siguientes: Ser el perito pariente por consanguinidad ó afinidad, dentro del cuarto grado civil, de la parte contraria; haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario á la parte recusante; haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario, ó ser dependiente ó socio del mismo; tener interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante, ó participación en Sociedad, establecimiento ó empresa contra la cual litigue el recurrente; enemistad manifiesta; amistad íntima (artículos 619 y 621). Cuando sean tres los peritos practicarán unidos la diligencia. Darán su dictamen razonado de palabra ó por escrito, según la importancia del asunto; en el primer caso lo harán en forma de declaración, y en el segundo, se ratificarán con juramento á la presencia judicial. Si fuesen tres y estuvieren de acuerdo, darán su dictamen en una sola declaración; si discordaren, se pondrán por separado tantas declaraciones ó dictámenes escritos cuantos sean los pareceres. No se repetirá el reconocimiento pericial aunque se alegue la insuficiencia del practicado ó no haya resultado acuerdo ó dictamen de mayoría; pero cuando el juez lo crea necesario podrá acordar, para mejor proveer, que se practique otro reconocimiento ó se amplíe el anterior por los mismos peritos ó por otros de su elección. A instancia de cualquiera de las partes podrá el juez pedir informe á la Academia, Colegio ó Corporación oficial que corresponda, cuando el dictamen pericial exija operaciones ó conocimientos científicos especiales (artículos 626, 627, 629, 630 y 631.)—*(N. de la R.)*

II.—Fe ó fuerza del juicio pericial.

119. Para apreciar el valor legal de este medio de prueba, conviene hacer una distinción, aplicable, como veremos más adelante,

á todo documento auténtico. Ó certifican los peritos que estuvieron tal día en tal lugar, que tal parte asistió á sus operaciones, etc., y en tal caso, como no hacen más que atestiguar, según el testimonio de sus sentidos, hechos positivos, para lo cual tienen aptitud, son creídos hasta que se ataque de falsedad su dictamen (Sent. deneg. de 14 de Enero de 1836), pues en tal caso, son oficiales públicos temporales. Ó bien, por el contrario, emiten su opinión sobre el punto litigioso; y entonces, cualquiera que sea su buena fe, se puede dudar de que hayan descubierto la verdad sobre datos más ó menos conjeturales. Sin embargo, la antigua costumbre de París decía: «Debe darse fe á un relato de juramentados, hecho debidamente, si no se ha solicitado su enmienda por medio de *bachilleres*.» Se llamaba *bachilleres* á las gentes de arte conocedoras del asunto, cuya experiencia podía invocarse. Pero sí no pedían las partes la enmienda, el juez estaba sujeto al dictamen. De aquí el antiguo adagio, inoportunamente reproducido por ciertos autores modernos: *Ad quæstionem facti respondent juratores; ad quæstionem juris respondent judices*. Partiendo de esta idea, compara Mittermaier los peritos á los jurados (1). (*Prueba en materia criminal*, cap. 26.) Pero esta idea no ha sido admisible entre nosotros, desde la época de la reforma de la costumbre de París, cuya última redacción es la siguiente: «Debe presentarse en justicia el dictamen, para tenerlo en cuenta según fuere razón al juzgar.» «Debe, pues, sustituirse á la antigua máxima: *Ad quæstionem facti*, etc., esta otra, mucho más racional: *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam.*» «Los jueces, dice el art. 323 del Código de procedimiento, no están obligados á seguir el dictamen de los peritos, si tienen convencimiento en contrario.» Debe, pues, elogiarse nuestra antigua jurisprudencia por haber sabido, al menos en esta ocasión, desligar la conciencia del juez de trabas á que le sujetaba una práctica minuciosamente formalista.

No debe, sin embargo, confundirse con la prueba pericial judicial la que se hubiera verificado en virtud de una convención ó pacto. La valuación fijada por los peritos, en semejante hipótesis, es ley para las partes (*Cód. civil.*, art. 1134), puesto que es el resultado de un convenio formado legalmente (Sent. deneg. de 30 de Enero de 1853). En su consecuencia, cuando se deja al arbitrio

(1) Esta proposición era exacta en los tiempos primitivos en que el jurado no era más que una forma particular del juicio pericial (Véase el núm. 102 y la nota sobre el origen del jurado inglés).

de un tercero fijar el precio de una venta (ibid., 1392), no se podrá reclamar contra su apreciación, aun alegando una lesión de más de siete dozavas partes (Trib. de Burdeos, 23 de Julio de 1853). Si sucediera de otro modo, cuando se trata de fijar por un tercero el arreglo de las participaciones (sobre los beneficios y pérdidas) en una sociedad (ibid., art. 1854), sería una disposición excepcional, tomada de las tradiciones de la legislación romana (Paulo, l. 79, D. *pro socio).*

120. Existía en ciertas jurisdicciones otro abuso que ha hecho cesar únicamente el Código de procedimientos; tal era la facultad que se reconocía á las partes de exigir un nuevo juicio pericial. Controvertida en París, donde se expresaba la costumbre en términos equívocos, esta facultad se admitía del modo más amplio en ciertas poblaciones. En Provenza se podía usar de ella indefinidamente, hasta que se obtuvieran tres juicios ó dictámenes periciales conformes. Á pesar de las reclamaciones de los tribunales de Aix, de Agen y de Grenoble, el Código de procedimientos agotó este manantial de gastos y mantuvo el principio de la independencia del juez respecto de las pruebas. «Si los jueces, dice el art. 322, no encuentran en el dictamen la ilustración suficiente, podrán mandar hacer de oficio un nuevo juicio pericial por uno ó por muchos peritos, á quienes nombrarán igualmente de oficio, y los cuales podrán pedir á los peritos anteriores las noticias que juzguen oportunas.» No pueden, pues, exigir las partes un nuevo dictamen, y por el contrario, puede ordenarse éste contra su voluntad. Pero, ¿deberá llegarse á sostener, con Boncenne, que se haya prohibido á las partes pedir que manden los jueces practicar un nuevo juicio pericial? Parécenos que esto sería pronunciar una nulidad sin objeto y verdaderamente irrisoria, porque, una de dos, ó el tribunal juzga conveniente practicar un nuevo juicio pericial, y entonces tendrá lugar éste forzosamente, ó se creerá bastante ilustrado, y entonces las conclusiones sobre este punto, válidas ó no, serán enteramente inútiles.

121. El Tribunal de Casación, partiendo del principio de que por las leyes concernientes á materias especiales no están abrogadas el Código de procedimiento, decide constantemente (V. en especial las sentencias de casación del 17 de Abril de 1816 y del 28 de Marzo de 1831), que en los casos de empadronamiento ó catastro, según el sistema de la ley de 22 de frimario, año VII, no pueden los jueces separarse del dictamen de los peritos, salvo ordenar un nuevo juicio pericial. Concíbese que pueda haber algún peligro en

que estas delicadas valuaciones, que dan lugar á tantos fraudes contra el Tesoro público, estén enteramente á merced de un tribunal, inclinado con sobrada frecuencia á aplicar el chiste forense: *Fiscus post omnes*. Lo que es más sensible es que se hayan conservado en esta materia, sin utilidad alguna, las antiguas formas del juicio pericial (ley de 22 de frimario, año VII, art. 18); el nombramiento de un perito por cada parte; y después la agregación de un tercer árbitro en caso de discordia (1). Convendría al menos, bajo este último punto de vista, armonizar con el derecho común el procedimiento en materia de empadronamiento ó catastro. Es lo que ha hecho el art. 15 de la ley de 23 de Agosto de 1871, en que el precio pericial ó bien el valor declarado no excede de 2.000 francos, cuando determina que en todos los casos previstos por la ley de 22 de frimario del año VII y por el art. 11 de la ley de 23 de Agosto (que se refiere á los arrendamientos), la prueba pericial debe hacerla un solo perito nombrado por todas las partes, y en caso de discordia, por el presidente del tribunal, sin más requisito que una demanda.

122. Resta preguntar si los peritos, que bien mirado son mandatarios asalariados (*Cód. civil,* art. 1992), pueden ser declarados responsables para con las partes de los errores ó faltas graves, como lo decidía el art. 264 de la costumbre de Bretaña respecto de los tasadores y agrimensores. Los verdaderos principios sobre este punto se han fijado por una sentencia del tribunal civil de Chaumont, confirmada por la Audiencia de Dijon el 25 de Julio de 1854. «Mientras no se halla sancionado el dictamen por la sentencia que recae en el proceso, es un mero acto de instrucción, y el tribunal encargado de apreciarlo, puede no solamente separarse ó hacer abstracción de sus conclusiones, sino hasta cargar personalmente á los peritos con los gastos, haciéndoles responsables de los daños y perjuicios, si se demuestra que cometieron errores groseros ú ocasionaron dilaciones perjudiciales á las partes; ó, finalmente, faltaron esencialmente á los deberes que prescribían la prudencia y la delicadeza en el cumplimiento de su misión. Pero no puede ya ser así, como en el caso de que se trata, cuando después de los debates contradictorios se ha sancionado el dictamen pericial por decisión

(1) La legislación austriaca, para obviar el peligro de parcialidad, hace nombrar los peritos por el juez, pero conserva el número antiguo de dos peritos (Véase Gennari, *Teoria delle prove*, núm. 92), lo cual ocasiona siempre lentitud y pérdida de tiempo cuando es preciso recurrir á un tercer perito.

suprema. Entonces constituye uno de los elementos de la cosa juzgada, contra la cual nadie puede reclamar, sino en caso de dolo ó de fraude.» La Audiencia de Po (sentencia de 31 de Diciembre de 1863) ha confirmado la misma doctrina.

*** Respecto á la fuerza probatoria del juicio pericial, de que trata M. Bonnier en el núm. 119 y siguientes, es regla admitida en el foro español que, en general, el juez no se halla obligado á seguir el dictamen de los peritos, esto es, que no constituye éste prueba completa. Esta regla se desprende directamente de la prescripción terminante que contiene nuestra ley 118, tit. 18, Part. 3.ª, al tratar del reconocimiento ó cotejo de letras hecho por peritos, puesto que faculta al juez para separarse del dictamen de éstos, aun cuando *todos* opinaren que la letra era tan desemejante que infunde sospechas de falsedad. Esta disposición adquiere vigor y extensión al tener en cuenta la razón en que se funda dicha ley, esto es, en que esta prueba no es acabada, por lo expuesto á equivocarse en el conocimiento de las formas y figuras de las letras y firmas y sus variaciones.

Puede asimismo apoyarse la doctrina mencionada en el art. 317 de la nueva ley de Enjuiciamiento, que deja á la facultad de los jueces apreciar, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Deeste fundamento puede deducirse, por identidad de razón, que siempre que el hecho sometido al dictamen pericial requiera conocimientos de ciencia, arte ó profesión, que por hallarse poco adelantada, ó por motivos para creer que los peritos carecen de suficientes conocimientos en ella para formar un juicio exacto, fueran de temer errores ó equivocaciones, el juez graduará la fuerza legal de esta prueba según las reglas de la sana crítica, pudiendo separarse de aquellos dictámenes, aunque fueran conformes. Mas cuando el punto exigiese conocimientos que se considerasen dar resultados exactos, y los peritos llamados á emitir el dictamen fueran personas acreditadas en aquéllos y estuvieren todos unánimes, debe atenerse el juez á su parecer, pues que así lo aconsejan las reglas de la sana crítica. Si hubiese discordancia, dichas reglas aconsejan al juez inclinarse al dictamen del mayor número, y siendo el número igual, al de los más inteligentes, ancianos ó prácticos en la materia, y en igualdad de circunstancias, á los que favorecen al demandado. Adviértase que aquí tratamos de la apreciación del juez aplicada solamente al dictamen general de los peritos, pues que éste perderia más ó menos de su fuerza según que fuese más ó menos desvirtuado por las demás pruebas, puesto que es regla que el juicio de peritos deja entera libertad á la defensa.—*(N. del T.)*

*** Aceptando la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, declara el art. 632 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente, que los jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados á sujetarse al dictamen de los peritos.

Con relación al contrato de seguros terrestres, dispone el art. 410 del Código de Comercio que la decisión de los peritos será título ejecutivo contra el asegurador, si fuere dada ante notario; y si no lo fuere, previo reconocimiento y confesión judicial de los peritos, de sus firmas y de la verdad del documento.—*(N. de la R.)*

II.

Juicio pericial en lo criminal.

SUMARIO: 123. Aplicación del juicio pericial á la instrucción preparatoria.—124. Al debate público.—125. Nombramiento de peritos. Hasta dónde llega el poder discrecional del presidente.—126. ¿Es obligatorio en lo criminal el ministerio del perito?—127. Modo de oirse á los peritos.—128. Fe de su dictamen.—129. Importancia dada en Alemania á la medicina legal.

123. En las legislaciones en que, como la de Austria (1) (*Cod. de proc. pen. de 1853*, §. 253), se sujeta al juez al juicio pericial, se ha debido someter á reglas precisas los dictámenes dados por los peritos en materia criminal. En Francia, donde esta prueba no puede formar más que un elemento de convicción, no la encontramos mencionada sino en lo concerniente á la instrucción preparatoria.

Ya hemos visto que, según los términos del art. 43 del Código de instrucción ó procedimiento criminal, el magistrado encargado de efectuar las primeras diligencias del sumario se hace acompañar en caso preciso por una ó dos personas á quienes se presume, por su arte ó profesión, capaces de apreciar la naturaleza y las circunstancias del delito. Así, cuando se trata de perforación de paredes, uso de llaves falsas, fractura, etc., deberá llamar á albañiles ó cerrajeros para que caractericen bien los hechos.

El art. 44 del mismo Código, reproduciendo la Ordenanza de 1670 (tít. 4.º, art. 1.º), así como una declaración del 5 de Septiembre de 1712, quiere que siempre que se trate de muerte violenta ó de una muerte cuya causa es desconocida y sospechosa, den uno ó dos ayudantes de médico su dictamen sobre las causas de la muerte y el estado del cadáver (2). Aquí, á diferencia de los dictámenes mandados dar en juicio, no es necesario que asista un doctor, porque puede no encontrarse ninguno en la población. Pero siempre que esto sea practicable, como lo es por lo común en las ciudades, convendrá llamarle con preferencia. Así se evitará el

---

(1) * El nuevo Código de instrucción criminal austriaco de 1873 ha rechazado de una manera general el sistema de las pruebas legales admitido por los códigos de 1803 y de 1853 (Véase *Código de instrucción criminal austriaco*, traducido y anotado por los Sres. Edmundo Bertrand y Carlos Lyon-Caen, art. 258 y nota 3.ª; Cpr. la introducción de M. Ch. Lyon-Caen). *

(2) En Inglaterra se encarga á un magistrado elegido por los propietarios del condado que haga consignar por un jurado los casos de muerte violenta, ó por lo menos, que se presumen tales. Llámase á aquel magistrado *coroner (coronator)*, porque sus funciones se refieren principalmente á las causas de la corona.

peligro que indica M. Orfila, en su *Tratado de medicina legal* (4.ª edic., t. 1.º, pág. 37): «La experiencia demuestra, dice, que la mayor parte de juicios periciales médico-legales aparecen incompletos y mal producidos, sólo porque los primeros peritos á quienes se llama, por falta de conocimientos suficientes, han descrito mal los hechos ó descuidado comprobar cierto número de otros que no es posible consignar más adelante.» Las personas así llamadas prestan juramento de hacer su relato y de dar su dictamen en honor y conciencia. Una sentencia denegatoria del 16 de Julio de 1829 decidió que la fórmula de este juramento no es sacramental y puede suplirse con expresiones equivalentes. Esta decisión razonable, parece que debiera aplicarse á todo juramento que se presta de buena fe; pero, desgraciadamente, veremos en otros casos exigir la ley, armándose con un rigor exagerado, ciertas palabras determinadas, bajo pena de nulidad.

124. En lo relativo á los debates, aun ante los tribunales del jurado, guardan silencio nuestros Códigos sobre el juicio pericial; pero no por eso deja de tener gran uso é importancia en ellos. Debe recurrirse á él, bien sea que no haya tenido lugar el juicio pericial en la instrucción preparatoria, bien que haya sido juzgado insuficiente; pero no es necesario que se proceda á dicho juicio pericial en presencia de las partes, como en materia civil (1) (Sent. de cas. de 2 de Enero de 1858). Además, en ciertos casos, aunque no exija la apreciación del hecho conocimientos especiales, convendrá, por razón de la publicidad de los debates, tomar este camino cuando se opusiere á la decencia un examen ó reconocimiento directo. Así, es censurable la conducta de un presidente del tribunal del jurado del Sena, que en 1826 ordenó á una señora descubrirse el pecho en plena audiencia para consignar las señales que había causado en él la inyección de un agua corrosiva.

125. Cuando se requieren conocimientos en la medicina, el artículo 27 de la ley de 19 ventoso, año XI, no permitía confiar las funciones de peritos ante los tribunales sino á médicos ó cirujanos que habían recibido sus títulos según las formas antiguas, ó á doctores recibidos, según las establecidas por esta misma ley. Fuera de esta hipótesis, el juicio pericial, no hallándose reglamentado

(1) Se ha observado, con razón, que el silencio de nuestras leyes penales acerca del curso de la prueba pericial, deja al juez demasiadas facultades arbitrarias para admitir ó rechazar á su antojo los requisitos prescritos en el Código de procedimiento.

por el Código de procedimiento criminal, no es más que un modo de que se usa en virtud del poder discrecional (1) (*Cód. de instr.*, artículo 268) para conseguir el descubrimiento de la verdad. Así debe admitirse (Sent. deneg. de 16 de Diciembre de 1847) que en lo criminal puede desempeñar las funciones de perito toda persona, aunque sea un extranjero, puesto que el presidente del tribunal tiene el derecho de hacer oir á toda persona (ibid., art. 269). Y se ha aplicado á los peritos lo que dice la ley sobre los testigos, decidiendo (Sent. deneg., 4 de Junio de 1864) que las personas así llamadas podrían dejar de prestar juramento (art. cit. 269). Pero si se comprende que sea útil dispensar del juramento á testigos que, según veremos, fueran tachables en principio, no se ve tan claramente qué ventaja ofrezca oir á los hombres de arte sin esta garantía.

El poder discrecional tiene, no obstante, sus límites; aunque el texto que prohibe nombrar intérprete entre los jurados ó los jueces (ibid., art. 332) no se refiere mayormente á los peritos, parece que ésta es una sencilla aplicación del principio constante que no permite á una misma persona acumular dos cualidades contradictorias. Hase juzgado, sin embargo (Sent. deneg. de 26 de Junio de 1828), que el presidente de un tribunal de jurado pudo levantar por sí mismo y presentar en los debates un plano que figurase los sitios donde se cometió el crimen. Pero esta decisión nos parece difícil de admitir; ¿porque acaso debe entenderse el poder discrecional en el sentido de que el presidente pueda, no solamente ordenar, sino hacer él mismo (lo cual es por lo menos extraño) las operaciones que crea útiles para que aparezca la verdad?

126. El ministerio del perito facultativo en materia civil, ¿no debe ser obligatorio en materia criminal, en razón de la gravedad de las cuestiones que se trata de resolver? En vano se dice que, á diferencia del testigo, el perito puede ser reemplazado (V. Mittermaier, cap. 28, núm. 7); porque hay persona que tiene conocimientos especiales, y que, por lo mismo, se encuentra mejor que otra alguna en el caso de dar noticias precisas sobre el punto litigioso. Así, la antigua jurisprudencia era demasiado severa con los

(1) Este poder, atribuído expresamente por la ley al presidente del tribunal del jurado, ¿existe en las jurisdicciones inferiores, si no respecto del presidente, al menos del tribunal? Debe adoptarse la afirmativa en el sentido de que se pueda mandar siempre de oficio lo que ilustre al tribunal, pero no en el sentido de que éste se pueda desviar de las formas ordinarias, por ejemplo, de la obligación de hacer prestar juramento á los peritos (Sent. de cas. de 23 de Enero de 1841).

médicos y cirujanos que desobedecían la orden del juez negándole su ministerio, puesto que, según ella, podían perder por esto sus grados. Nuestras leyes modernas no han dictado ninguna pena especial por semejante negativa, y este es uno de los casos en que hay que sentir la falta de toda jurisdicción disciplinal en el cuerpo de facultativos de medicina. Sin embargo, el Tribunal de Casación, con fecha 5 de Agosto de 1836, se ha creído autorizado para aplicar á un ayudante de médico, que se negó á hacer la inspección de un cadáver, el art. 475, núm. 12 del Código penal, que impone una multa de seis á diez francos á los que, pudiendo, «rehusen ó descuiden hacer los trabajos, ó prestar los servicios ó auxilios á que hayan sido requeridos, en los casos de accidentes, tumultos, naufragios, inundaciones, incendios y otras calamidades, así como en los de salteamientos, saqueos, flagrantes delitos, asonada ó ejecuciones judiciales.» Pero debe notarse que esta sanción es muy débil, y que, además, suponiendo urgencia el art. 475 del Código penal, no es susceptible de recibir su aplicación sino en la instrucción preparatoria ó sumario, cuando es de temer que hayan desaparecido, al verificarse la audiencia, los rastros de un crimen reciente; cuando se trata de una obra enteramente intelectual, de una especie de consulta, no hay ya peligro en la dilación, falta la sanción penal, y el deber de aceptar la misión del perito no se funda ya sino en las leyes del honor y de la moral.

127. Lo innegable es que el oir á los peritos en la audiencia para explicar sus informes ó dictámenes, aunque es facultativo en lo civil, es necesario en lo criminal, en el hecho de requerirse (Sent. de cas. de 12 frim., año XI). No se puede rehusar un debate oral sobre puntos tan graves, tan pronto como este debate es provocado por necesario para la manifestación de la verdad (*Cód. de inst.*, art. 408).

128. En cuanto á la fe que se debe á este informe, no es mucho mayor en lo criminal que en lo civil. Es siempre permitido separarse del dictamen de los peritos (Sent. deneg. de 1.º de Abril de 1843), y la audiencia ó el tribunal tienen siempre la facultad de ordenar un nuevo informe (1), facultad de que se hizo una apli-

(1) Según la ley de Wurtemberg (artículos 101, 102 y 294), es necesario segundo informe en lo concerniente á medicina legal, y en caso de duda, debe prevalecer la opinion favorable al acusado. El Código de procedimiento penal alemán de 1877 no habla de esas disposiciones (Véase sec. 7.ª, lib. 1.º: *De los peritos y de las comprobaciones*. Véase nota, art. 83).

cación notable en la causa de Lafarge. El principio de que el parecer ó dictamen de los peritos no puede sujetar al tribunal, si no se funda en razón y en verdad, aunque desechado por el Código de procedimiento penal austriaco de 1853 (§ 253), propende no obstante en el día á prevalecer aun en Alemania *(Ord. crim. de Prusia,* § 388; *Cód. bávaro*, art. 265) (1). Pero conviene no separarse arbitrariamente de la opinión emitida por los hombres que tienen conocimientos enteramente especiales. Bajo este concepto, importa examinar sobre todo tres puntos (V. Mittermaier, cap. 30): 1.° Las leyes científicas en que se fundan los peritos, ¿son constantes ó sujetas á controversia? 2.° ¿Es la aplicación de estas leyes científicas conforme á las leyes de una sana lógica? 3.° ¿Están las declaraciones de los peritos en relación con las confesiones del acusado y con las declaraciones de los testigos? Agreguemos á esto, con la opinión de un jurisconsulto inglés (M. Lofft, citado por M. Greenleaf, t. 3.°, pág. 123, nota 1.ª), que la opinión de los hombres del arte merece mucha más fe cuando es *afirmativa* que cuando es meramente *negativa* (2).

129 Se han quejado en Francia con frecuencia de lo que tiene de arbitrario en la práctica la elección de los peritos y de la inexperiencia, no solamente de los jurados, sino de los magistrados en lo concerniente á las cuestiones de medicina legal. M. Mittermaier (nota final del cap. 30) hace observar, que en Alemania hay en cada tribunal un médico legal encargado de los juicios periciales, en cada provincia un colegio médico, ó al menos un relator perito, y en cada cabeza de gobierno un colegio médico superior. Además, todo estudiante de derecho está obligado á seguir un curso de medicina legal.

*** Siendo el juicio ó dictamen pericial tan útil y aun necesario en lo criminal como en lo civil, se halla también prescrito por la legislación y jurisprudencia española, tanto en los reconocimientos ó inspección ocular que verifica el juez, cuando para ello se requieren conocimientos facultativos por lo común, al formar el sumario, v. gr., para examinar y reconocer heridas, instrumentos, armas y demás necesario para descubrir el cuerpo del delito, como en el curso del proceso,

(1) * El Código de instrucción criminal austriaco de 1873 y el Código de procedimiento penal alemán de 1877 han rechazado de un modo general el sistema de las pruebas legales. *

(2) M. Wladimiro, en su *Estudio sobre el jurado*, ya citado (*Revista internacional* de Gante, 1872, núm. 1.°), va más lejos: él querría que se formase con los peritos una especie de jurado, cuyo dictamen obligaría al juez, por lo menos cuando éste fuese unánime; lo que recuerda la Constitución de Adriano acerca de las contestaciones de los jurisconsultos (Gaïus, Comm. 1.°, § 7.°).

para que den su dictamen é ilustren los hechos sobre que versa la causa criminal en lo que requiera conocimientos facultativos.

Respecto á la cuestión que suscita M. Bonnier en el núm. 126, sobre si el ministerio de los peritos es obligatorio en lo criminal, por derecho español, no puede menos de ser obligatorio, atendiendo á la importancia del asunto de que se trata, y así como lo es la comparecencia como testigo, según el Real decreto de 11 de Septiembre de 1820, restablecido en 30 de Agosto de 1836, que previene en su artículo 1.°, que todos sin distinción alguna están obligados, en cuanto la ley no les excusa, á ayudar á las autoridades, cuando sean interpelados por ellas para el descubrimiento, persecución y arresto de los delincuentes; y el art. 2.°, que toda persona de cualquiera clase, fuero y condición que fuese, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal, está obligada á comparecer para este efecto ante el juez que conoce de ella, luego que sea citada (Véase, no obstante, sobre este punto, lo que decimos al tratar de la prueba de testigos).

Acerca de la fuerza de la prueba pericial en las causas criminales, rige la misma doctrina que en los pleitos civiles sobre que el juez no está sujeto al dictamen pericial, con tanta mayor razón cuanto es más delicada y de mayor importancia y transcendencia esta clase de prueba en materia criminal que en materia civil. «Aunque por lo común son muy atendidas en todos asuntos las declaraciones de los peritos, dice un profundo escritor, deben mirarse, no obstante, con mucho cuidado y reserva los dictámenes dados sobre estas materias tan delicadas y transcendentales, en que es tan fácil y de tanta consecuencia el error. De aquí es, que está en manos de los jueces conformarse con tales pareceres ó desecharlos, según las circunstancias y demás adminículos». Y cita en apoyo de esta doctrina la misma ley 118, tit. 18, Part. 3.ª, ya mencionada. Véase la nota al núm. 122.—(*N. del T.*)

* * * La vigente ley de Enjuiciamiento criminal comprende, entre los medios de prueba, el informe pericial. Los peritos pueden ser recusados por justa causa, y lo son; el parentesco de consanguinidad ó de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante ó con el reo; el interés directo ó indirecto en la causa ó en otra semejante, y la amistad íntima ó enemistad manifiesta. Los peritos que no hayan sido recusados, serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos, y contestarán á las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan.

Si para contestarlas considerasen necesaria la práctica de cualquier reconocimiento, harán éste acto continuo en el local de la misma Audiencia, si fuere posible (artículos 723, 468, 724 y 725). El dictamen de los peritos no es de obligatoria aceptación para el tribunal, toda vez que éste, según el art. 741 de la misma ley, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio.—*(N. de la R.)*

PARTE SEGUNDA

FUERZA Ó FE DEL TESTIMONIO

PRUEBAS PROPIAMENTE DICHAS

SUMARIO: 130. Pruebas propiamente dichas que se apoyan en el testimonio.—131. De la prueba simple y de la prueba legal.—132. Utilidad de las pruebas preconstituidas. División.

130. Hemos terminado lo que teníamos que decir sobre la prueba directa que resulta de la experiencia personal, ya en cuanto á esta prueba misma, ya en cuanto al juicio pericial, que es su auxiliar. Las demás pruebas que no se refieren de esta suerte á la evidencia tienen de común con ella que se aplican á hechos que han ocurrido fuera de la esfera de observación del juez. Pero se distinguen por la vía que sigue el juez para apreciar estos hechos. Ya hemos visto que se llaman especialmente *pruebas* aquellas en las cuales se apela al testimonio del hombre; y *presunciones*, aquellas que se apoyan sólo en hechos del orden físico ó del orden moral. Vamos á ocuparnos ahora de las pruebas propiamente dichas, es decir, del uso que se hace del testimonio, tomando esta palabra en el sentido más lato (núm. 15), para llegar al conocimiento de la verdad.

131. En cuanto á la marcha que conviene seguir para adquirir testimonios sobre los hechos pasados, se pueden admitir dos sistemas absolutos. El primero de estos sistemas consiste, en consignar un hecho judicial, lo mismo que un hecho de cualquier otra naturaleza, investigando sin ningún plan preconcebido y sin traba alguna, todo cuanto puede hacer reconocer la existencia de este hecho. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. 1.º, cap. 3.º) da como tipo de este sistema la marcha que sigue un buen padre de familia cuando quiere averiguar el autor de alguna infracción á la disciplina doméstica. El procedimiento romano, tan sutil bajo otros aspectos, se aproximaba mucho en lo relativo á las pruebas, á esta marcha natural, puesto que las reglas que en otra parte han encadenado la convicción del juez, se desconocieron casi enteramente

en él hasta el Bajo Imperio. Háse citado frecuentemente sobre este punto un rescripto de Adriano, que trae la ley 7.ª, § 2.º D. *de testib.*: *Quæ argumenta et ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo satis certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ego solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te æstimare debere, quid aut credas aut parum probatum tibi opineris.*

Tal es también el sistema autorizado por el código francés de procedimiento criminal, cuyo art. 342 se halla concebido en estos términos: «La ley no pide cuenta á los jurados acerca de los medios por que han adquirido el convencimiento; no les prescribe reglas de que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; prescríbeles que se pregunten interiormente en el silencio y el recogimiento, y que investiguen en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razón las pruebas aducidas contra el acusado y lo alegado en su defensa.» La ley no les dice en manera alguna: «Tendréis por cierto todo hecho atestiguado por tal ó cual número de testigos»; no les dice tampoco: «No consideraréis como suficientemente consignada toda prueba que se forme sobre tal ó cual proceso verbal, documentos, testigos ó indicios»; sólo les hace esta pregunta que contiene toda la medida de sus deberes: *¿Tenéis un convencimiento íntimo?* Estos son los principios en que debe fundarse toda jurisdicción civil ó criminal, cuando ningún texto especial establece lo contrario. Compréndese, por lo demás, que la institución del jurado se apoye especialmente en la convicción íntima; la sabia doctrina formulada en el rescripto de Adriano se aplicaba también, las más veces, á los *judices*, esto es, á los simples ciudadanos llamados á ejercer las funciones judiciales; pero ocurre constantemente en nuestro derecho (Cas., 13 de Noviembre de 1834) que los magistrados desempeñan las funciones de jurado para la comprobación y apreciación de los hechos.

Otro sistema diametralmente opuesto al primero consiste en investigar la verdad por medio de procedimientos, por decirlo así, técnicos, determinando ciertas circunstancias cuya falta ó ausencia no permitiría al juez convencerse legalmente, y cuyo conjunto, por el contrario, formaría forzosamente su convicción. En pleno vigor en nuestra antigua jurisprudencia y en casi toda Europa,

hasta que los trabajos de los publicistas del último siglo comenzaron á poner á la vista sus vicios, este sistema, aunque singularmente mitigado en su aplicación (1), tiene aun en el día partidarios en Alemania (2). No es, sin embargo, originario de esta comarca, y la tradición germánica atribuye á las guerras de Italia la introducción de la doctrina de las pruebas legales que hizo olvidar los grandes códigos consuetudinarios alemanes, el *Espejo de Sajonia* y el *Espejo de Suavia*, donde se reflejaba el carácter más sencillo de las antiguas costumbres germánicas. Encuéntrase el bello ideal de este sistema en el relato que nos hace Dumond (nota sobre el lib. 1.°, cap. 3.° de las *Pruebas* de Bentham) de un incidente de que fué testigo en el tribunal del Banco del rey en Inglaterra. El célebre Wilkes, después de haberse sustraído algún tiempo á la sentencia que le esperaba, llegó á presentarse de improviso para oirla. La forma requería, no que acudiera él mismo, sino que apareciese enviado por el scherif (3); y habiendo faltado esta forma, la justicia se vió en un apuro verdaderamente cómico. Finalmente, uno de los jueces le dijo: «Caballero, quiero creer en mi interior que os halláis ahí, puesto que lo decís, y que yo os veo; pero no hay ejemplo de que el tribunal haya creído deber fiarse de sus propios ojos en semejante caso. Así, pues, nada tiene que deciros.» Practicada de esta suerte la jurisprudencia, llega á ser, según la graciosa definición de Bentham, el arte de ignorar metódicamente lo que todo el mundo sabe.

Este sistema, eminentemente técnico, no ha podido practicarse jamás, sino por jueces de profesión. Así, le vemos nacer en el Bajo Imperio, cuando la abolición del antiguo *ordo judiciorum* atribuyó al magistrado el poder judicial por completo. Recuérdase que en aquella época, las mismas cuestiones de derecho se resolvían según un modo trazado previamente, es decir, por la autoridad de ciertos

---

(1) Así, se sostiene hoy en materia criminal, más bien en beneficio del acusado que no podrá ser condenado faltando ciertas condiciones, que en beneficio de la acusación, á la cual es sobrado duro é inicuo dar forzosamente la razón, por el hecho de concurrir ciertas pruebas.

(2) * Los códigos de procedimiento civil y penal de 1877, del imperio alemán, han consagrado de un modo terminante y completo el principio de la libre apreciación de la prueba, *(freie beweiswürdigung)*. Véase sobre esto, Holzendorffs, Rechtslexicon, Alphab. Tpheil. vis Bewis, Zeugenbeweis, etc., et System. Theil Civilprozess et Strafprozess, los capítulos consagrados á la prueba por MM. Bar y John. Agregar la noticia de M. Lederlín sobre el Código de procedimiento civil alemán en la *Revista crítica de legislación*, 1885. *

(3) Oficial público de Inglaterra que tiene á su cargo la ejecución de las leyes.

jurisconsultos (1). El desarrollo de las pruebas legales en la Europa moderna coincide también con los progresos de la institución de los tribunales permanentes. ¿Es esto decir que sea necesario considerar este sistema como esencial para la magistratura y reservar al jurado la facultad de decidirse según su íntima convicción, libre de toda regla preconcebida? Esta opinión, sostenida por ciertos teóricos, nos parece desmentida por la experiencia. ¿Acaso los magistrados de Roma no providenciaban *extra ordinem*, sin estar sujetos hasta el Bajo Imperio á otras reglas que á las de la razón? ¿Acaso no resuelven todos los días nuestros tribunales, tanto en lo civil como en lo correccional ó de simple policía, sobre cuestiones de hecho con tan buen sentido como podrían tener los jurados? Lo cierto es que la prueba legal repugna al jurado; así, la decadencia de esta prueba en Alemania (2) sigue una marcha paralela á la de los progresos del procedimiento por jurados. Debe, sin embargo, observarse, que el procedimiento de la Inglaterra y de los Estados-Unidos, admitiendo el jurado aun en lo civil, fija límites á sus atribuciones y le traza una regla de conducta relativa á la prueba; lo cual constituye un sistema de prueba legal mitigado, cuyo carácter original tendremos ocasión de hacer resaltar.

132. Pero si la razón no permite adoptar como regla general el sistema de las pruebas puramente legales, no se puede desgraciadamente, en un estado de civilización avanzada, tomar siempre por tipo el procedimiento doméstico. Es necesario sujetar á ciertas formas la consignación de los hechos más importantes. Así es como se conservan aún en el día cierto número de pruebas legales, cuya utilidad apenas se niega; por ejemplo, las actas ó escrituras auténticas (3). Llamaremos, con el publicista inglés, á las pruebas

---

(1) Al mismo orden de ideas se refiere la práctica alemana de la *transmisión de las actas* á las facultades de derecho para la solución de las dificultades jurídicas, y á los colegios médicos para la de las cuestiones científicas.

(2) * Hemos observado ya, que el código de instrucción criminal austriaco de 1873 y el de procedimiento penal alemán de 1877 han rechazado el sistema de las pruebas legales. Sucede lo propio con el código de procedimiento civil alemán de 1877. *

(3) Según los autores de la primera traducción italiana de nuestro *Tratado de las pruebas* (Nápoles, 1845), la fe de los documentos ó escrituras auténticas, no tendría nada común con el sistema de pruebas legales; sino que se referiría á la fuerza ejecutoria del documento, puesto que el escribano da un juicio de *re præsenti*, así como el juez da un juicio ó sentencia de *præterito*. Pero, según más adelante consignaremos, la fuerza ejecutoria y la autenticidad son dos cosas esencialmente distintas; así las actas, ó documentos del estado civil son auténticos, aunque no tengan en manera alguna fuerza ejecutiva. La explicación es, pues, más ingeniosa que sólida.

de esta especie, *pruebas preconstituídas*, es decir, preparadas en cierto modo anticipadamente para la seguridad de las partes que han necesitado conservar la huella de tal ó cual contrato, ó de tal ó cual acontecimiento. Admitir estas pruebas, no es admitir en toda su extensión el antiguo sistema de las pruebas legales, el cual consistía en establecer una especie de tarifa de los testimonios presentados en juicio, tarifa que reducía al juez á un papel puramente pasivo, privándole de la importante facultad de apreciar su valor moral. Sólo en el caso en que se hayan redactado anticipadamente las actas ó escrituras, con ciertas formas, está sujeto el juez á no salir de una sola clase de prueba, *ad unam probationis speciem alligatur*, según la enérgica expresión de Adriano. En los demás casos, se le concede un poder discrecional; no es ya artificial la marcha de la prueba, sino conforme con la naturaleza de las cosas, salvo ciertas restricciones, vestigios del antiguo sistema que tendremos ocasión de criticar.

Es una observación importante, en lo concerniente á la prueba natural y á la prueba legal, que la última se aplica mejor á los contratos para los cuales pueden las partes tomar sus precauciones anticipadamente, mientras que se debe generalmente, á no incurrir en arbitrariedad, seguir la marcha más sencilla, cuando se trata de un hecho que no ha podido preverse, especialmente de un hecho ilícito. Esto explica por qué el procedimiento, bajo el punto de vista que nos ocupa, es menos técnico, está menos embarazado de formas en lo criminal que en lo civil.

La distinción fundamental que acabamos de hacer servirá de base para la división que adoptaremos en esta parte de nuestra obra. Así, pues, trataremos en el primer libro de las pruebas en su forma más sencilla (1), y en el segundo, de las pruebas preconstituídas.

*** La legislación española, consignada en nuestros antiguos códigos, no ha creido conveniente dejar al juez en completa libertad de apreciar los medios probatorios, sino que ha marcado generalmente los que deben considerarse como ofreciendo por sí mismos suficientes probabilidades para que se tenga por cierto el hecho á que se refieren, y las formalidades que deben concurrir y hechos sobre que deben versar otros medios para producir este efecto. No obstante, al establecer el legislador reglas generales sobre esta materia, ha dejado al juez la libertad de apreciar hasta qué punto concurren en los diversos medios de prueba que se-

(1) No nos valemos de la expresión *pruebas naturales*, que sería exagerada en nuestra legislación, en que las pruebas que no son preconstituidas se hallan, no obstante, revestidas de muchas formas, especialmente en lo que se refiere á la administración de la prueba por testigos.

ñala las circunstancias necesarias para constituir más ó menos grados de probabilidad, y aun á veces, la de hacer por aquellas reglas las apreciaciones que le sugiera la sana crítica. La nueva ley de Enjuiciamiento civil, al sancionar en general los mismos medios de prueba establecidos en nuestras antiguas leyes, ateniéndose por lo común, acerca del valor ó fuerza legal de los mismos, á las reglas contenidas sobre este punto en nuestros códigos anteriores, ha introducido oportunas reformas que reclamaban los progresos de la ciencia, ya estableciendo nuevas solemnidades sobre ciertos medios probatorios para revestirlos de mayor autoridad y fuerza, ó para evitar los abusos de la mala fe, ya descartando otros varios de las ritualidades embarazosas de que se hallaban recargados, ya, finalmente, concediendo á la autoridad judicial mayor latitud en la apreciación del valor ó de la certidumbre de ciertos medios probatorios, como se ve especialmente en el artículo 317, que permite á los jueces apreciar, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, modificando de esta suerte la nueva ley el rigorismo establecido sobre este punto por nuestras leyes de Partida, según repetidas veces se ha declarado por decisiones, en recursos de casación, del Tribunal Supremo de Justicia.

En materia criminal, la ley provisional para la aplicación del nuevo Código penal, en su regla 45, ha dejado también á los jueces mayor latitud sobre la apreciación de las pruebas que la determinada en nuestras leyes de Partida, según puede verse en la nota al núm. 52 de esta obra, donde hemos expuesto aquella regla.—*(N. del T.)*

*** Con el art. 317 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil, concuerda sustancialmente el 659 de la vigente. Véase la nota al núm. 33.—*(N. de la R.)*

LIBRO PRIMERO

Pruebas en su forma más sencilla, generalmente orales.

SUMARIO: 133. Declaración del hombre sobre los hechos pasados, las más veces oral —134. Tres ramas de pruebas simples: Testimonio propiamente dicho; Confesión ó juramento decisorio; Juramento supletorio.

133. ¿Qué es lo que se hace, cuando se quiere obtener de sus semejantes noticias sobre lo pasado? Se les interroga. Este es el modo más sencillo de apelar al testimonio del hombre. Sin embargo, no debe considerarse la respuesta de viva voz á un interrogatorio como esencial en todo testimonio que no es preconstituído, es decir, preparado anticipadamente con ciertas formas. Ya veremos, que aun á falta de toda respuesta, la manera de proceder las partes, á veces su mero silencio, pueden conducir al descubrimiento de la verdad. Solamente la prueba inartificial es por lo común oral, así como veremos que la prueba preconstituída es comunmente literal ó por escrito.

134. La declaración del hombre sobre hechos pasados puede

ser obra de terceros desinteresados; entonces es la prueba testimonial propiamente dicha; ó bien ser obra del demandado: este es el caso de la confesión, á la cual se refiere el juramento decisorio; ó finalmente, obra del mismo demandante, cuando se le defiere el juramento supletorio, ó cuando es admitido á afirmar en beneficio suyo.

Si nos atuviéramos solamente á la fuerza probatoria de estos diversos testimonios, deberíamos comenzar por la confesión, que produce efecto mucho más eficazmente que las otras en el ánimo del juez. Pero conviene sentar ante todo los principios sobre la admisión de la prueba testimonial: principios fundamentales en nuestro derecho, y que dominan toda la materia. Este orden ofrece, por otra parte, la ventaja de comprender todo lo relativo al juramento.

PRIMER MEDIO DE PRUEBA ORAL.

Declaración de terceros.—Prueba por testigos.

SUMARIO: 135. Restricciones puestas en Francia á la prueba testimonial.

135. Este medio de prueba tan importante, cuyo examen vamos á hacer, ofrece de particular en el derecho francés (que han seguido por lo demás sobre este punto muchos países de la Europa moderna) que su sola admisión suscita una cuestión previa sumamente grave. Las restricciones que pone nuestra legislación á la admisión de la prueba testimonial se refieren, según nos será fácil reconocer, á la naturaleza de los hechos, y no á la naturaleza de la jurisdicción que debe conocer del litigio. Son, pues, las mismas en lo criminal que en lo civil; en su consecuencia, no tendremos que hacer ninguna distinción notable entre las dos jurisdicciones, en cuanto á la admisibilidad en el fondo de la prueba testimonial. Sólo habrá que hacer una diferencia fundamental entre lo civil y lo criminal cuando lleguemos á la segunda parte en que desenvolvamos esta materia, al modo de administrarse esta prueba, á lo que se llama en procedimiento la *información ó examen de testigos*.

SECCIÓN PRIMERA

Admisión de la prueba de testigos.

SUMARIO: 136. Distinción de las dos reglas relativas á la exclusión de la prueba de testigos.

136. El artículo fundamental de la materia, el art. 1341 del Código civil, contiene dos disposiciones que conviene no confun-

dir: la una quiere que se haya extendido ante escribano acta, instrumento ó papel privado de *todas las cosas* (1) cuyo valor exceda de 150 francos; otra que no se reciba prueba alguna de testigos contra ó fuera de lo contenido en las actas ó escrituras. Se ve que una de estas dos reglas propende á excluir *à priori* la prueba testimonial en ciertos casos, aunque ésta fuese el último recurso de la parte que la invoca; mientras que la otra se limita á rechazarla *à posteriori*, cuando, de hecho, se ha extendido una acta ó escritura (2).

Estando la regla que prefiere las actas ó escrituras á los testigos, menos alejada del derecho común, y dando ocasión á menos dificultades que la que rechaza desde luego los testigos, vamos á tratar primero de ésta.

*** Véanse los párrafos y notas adicionales á las primeras reglas de este libro, donde se marcan las principales diferencias del derecho español relativamente al francés sobre este punto, núms. 147 y 152.—*(N. del T.)*

*** Según los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código civil vigente, los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez; sin perjuicio de que si la ley exigiere el otorgamiento de escritura ó de otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente á llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez. Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales, sobre bienes inmuebles: 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis ó más años, siempre que deban perjudicar á tercero: 3.º Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que él intente hacerlos valer contra tercera persona: 4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal: 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en el juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública, ó haya de perjudicar á tercero: 6.º La cesión de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.—*(N. de la R.)*

---

(1) Expresiones inexactas de que trataremos más adelante.

(2) Nuestras antiguas leyes de España no contienen disposición general que prescriba ú otorgue escritura pública cuando el objeto del contrato excede de suma alguna, así como tampoco contienen disposición que permita la prueba de testigos contra el contenido de los instrumentos. El Código de Comercio, sancionado en 1829, ha establecido algunas disposiciones análogas con respecto á los negocios mercantiles, á las reglas que prescribe el art. 1341 del Código Napoleón francés, según puede verse en los artículos 237, 238, 262, 284 y 288; mas en el proyecto del Código civil español de 1851, se consignan prescripciones en que se adoptan más de lleno dichas reglas y las consecuencias que de ellos se siguen, con aplicación al derecho civil.

REGLA PRIMERA

Exclusión de la prueba de testigos, contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos.

SUMARIO: 137. Cómo se justifica la exclusión de la prueba contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos.—138. Historia.—139. Legislaciones extranjeras.—140. Reserva del derecho de terceros.—140 duplicado. *Quid*, de lo que se paga para el Registro.—141. Derecho de las mismas partes, en caso de violencia ó de dolo.—142. *Quid*, ¿si hay simulación sin dolo?—142 duplicado. ¿Y en el caso de error material?—143. Facultad de completar los enunciados del acta.—144. ¿Se puede probar por medio de testigos el pago de un crédito cuando se prueba por escrito, pero cuyo importe es inferior á la suma para la que se exige escrito?—145. Esta exclusión, ¿es aplicable en materia mercantil?—146. No deben confundirse los tratos en feria con los negocios de comercio.—147. Aplicación del principio en materia criminal.

137. Si es difícil desconocer la utilidad de las pruebas preconstituídas, y especialmente de las escrituras ó instrumentos *(instrumenta)*, es preciso confesar que gran parte de dicha utilidad consiste en que estos instrumentos hacen desaparecer ordinariamente toda arbitrariedad, todo equívoco, dando una expresión fija y marcada al pensamiento de las partes, tan difícil frecuentemente de comprender pasado algún tiempo. En la antigua Roma cuando se hacía poco uso de los escritos, se conseguía un resultado semejante, haciendo uso de las formas solemnes de la estipulación. El rigor mismo de la fórmula, inoportunamente criticada por entendimientos superficiales, propendía á precisar ó marcar claramente la intención de los contratantes y á impedir que se extraviara la memoria de los testigos (1). Si la prohibición de la ley de probar por medio de testigos tal ó cual convenio, tal ó cual hecho, puede parecer dura á ciertos entendimientos, cuando de hecho se ha redactado un escrito, parece tan útil como razonable no buscar en otra parte la relación de lo que ha pasado. Porque, aun suponiendo que las conferencias que han precedido ó acompañado á la redacción, sean fielmente referidas por los testigos, ¿cómo confundir sin incurrir en arbitrariedad estas conferencias con la redacción? ¿No es sumamente probable, que en el mero hecho de no haberse reproducido en el instrumento estas modificaciones del contrato, se ha

(1) La intervención de los *pacta adjecta*, que podían modificar la estipulación, es probablemente una derogación posterior, fundada en la equidad, al principio que sólo daba fuerza á los pactos autorizados por el derecho civil.

querido excluirlas de él, ó por lo menos, que no se han fijado los contratantes en ellas formalmente? Al sentar esta regla, la ley no se separa de la voluntad de las partes, sino que se limita á interpretarla rectamente. Así, vamos á ver que esta idea es mucho más antigua y se halla mucho más generalmente admitida que la que propende, *à priori*, á excluir la prueba testimonial en ciertas hipótesis.

138. Aunque los romanos estuvieran lejos de dar esta importancia á la prueba escrita, y no se hallara casi nunca prohibida por ellos la prueba testimonial, leemos en las sentencias de Paulo (libro 5.º, tít. 15, § 4.º): *Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* Este texto establece una importante distinción, aplicable aun en el día; ó se trata de atacar la veracidad del escrito, de investigar su origen, y entonces puede recurrirse á la prueba testimonial, ó bien se quiere, sin atacar la veracidad del escrito, sostener que las convenciones han sido diferentes de lo que arroja su tenor, y entonces no se admite la prueba de testigos sobre este punto. Pero el estado en que nos han llegado las sentencias de Paulo se presta á la suposición de una intercalación de este fragmento, en apoyo del cual no se puede citar ningún otro texto antiguo de una autenticidad reconocida. Es igualmente dudoso que se deba atribuir á Caracalla, como piensa Cujas, la ley primera, *de testibus*, del Código de Justiniano: *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.* Esta constitución restituída por Cujas según las Basílicas, pero de cuya fecha no aparece indicación alguna, podría ser de algún emperador más moderno. Opónese ordinariamente á este texto y al de Paulo la constitución de Constantino, que forma la ley 15, *de fide instrumentorum*, en el mismo Código: *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* Pero esta última constitución no dice nada preciso y determinado. Puede ser que haya querido indicar sencillamente la admisibilidad de dos géneros de pruebas, considerados aisladamente, sin suponer conflicto entre ellos, y sin explicarse, en su consecuencia, sobre la superioridad relativa de los escritos y de los testigos.

Como quiera que sea, aun admitiendo la alteración del texto de Paulo, y dando á la ley 1.ª del Código, *de testibus*, una fecha más reciente que la que le atribuye Cujas, quedaría siempre consignado, que lo más tarde en el siglo VI, cuando se publicaron las compilaciones en que se encuentran estos dos textos, tanto en Oriente

como en Occidente (1), quedó admitido que la prueba escrita no puede combatirse por la prueba testimonial (2). Es verdad que Justiniano (V. la ley 14, Cód. *De contr. stip.*, § 12, Inst. *De inut. stipul.)* creyó deber dar una constitución especial para impedir que se atacase, alegando una coartada, la escritura que consignaba que habían estado presentes las partes á la estipulación, á no ser que se probase la coartada claramente por escrito ó por testigos intachables. Pero no se trata aquí de suplir los enunciados de la escritura por medio de pruebas que no se contengan en el escrito: se trata de una especie de medio de redargüir de falsedad, que pone en duda la veracidad misma de esta escritura. Refiriéndonos á la distinción que hace el texto atribuído á Paulo *quum de fide tabularum nihil dicitur,* reconoceremos que no hay nada en esta decisión de Justiniano que contraríe el principio general sobre la fe debida á las escrituras. Todavía debe uno atenerse menos, como hace Tullier *(De la prueba testimonial,* § 3.°), á la novela 73, cap. 3.°, que establece la superioridad de la prueba testimonial cuando se trata únicamente de apreciar la veracidad de un escrito, comprobación para la cual, en efecto, valen más evidentemente los testimonios directos que el cotejo de escrituras. La misma observación se ha hecho frecuentemente entre nosotros, y no obstante, estamos lejos de admitir la prueba testimonial contra el contenido de las escrituras; pero es porque debe suponerse que no se pone en duda la veracidad de estas escrituras (núm. 718).

Aun en la Edad Media (3), cuando sólo se practicaba el arte de escribir por algunos curiales, no siempre se admitió la máxima *Testigos vencen escritos.* «Cuando algunos se obligaron por medio de escritos, escribía Beaumanoir (cap. 39, § 3.° en el siglo XIII), y el que se obligó niega la obligación, no le conviene hacer prueba, sino por medio de escritos.» Esta doctrina no prevaleció en la práctica del siglo XV, como nos lo dice Bouteillier en su *Suma rural* (tít. 106): «Si acontece que quiera una parte valerse en juicio de escritos como prueba, y la otra quiera valerse del testimonio singular, sépase que la viva voz vence la fuerza de los escritos, si los testigos son con-

(1) Sabido es que las sentencias de Paulo conservaron su fuerza en Occidente.

(2) Puede consultarse sobre esta cuestión la disertación de M. Derome *De la autoridad relativa de la prueba literal y de la prueba testifical en derecho romano (Rev. de legisl.*, nueva serie, tomo 1.°, pág. 291).

(3) * Consúltese acerca de la prueba en el antiguo derecho francés los *Estudios sobre los contratos en el derecho francés muy antiguo,* de M. A. Esmein, páginas 47 y siguientes, 212 y siguientes. *

trarios á éstos.» Pero añade, que en materia de rentas anuales (lo cual comprendía entonces los créditos más importantes), debe darse más fe á los escritos que á la viva voz de los testigos, si no se atacan como falsos dichos escritos. «Finalmente, cuando se trataba de probar contra el tenor de un acta, escritura ó instrumento público, exigían ciertos intérpretes, dos testigos, otros tres, y otros hasta cuatro (Fab., ad leg. 15, Cód. *De fid. instr.*). Vese, pues, que la facultad de atacar la prueba escrita por medio de la prueba oral no se ha admitido sin restricción, aun en nuestro derecho más antiguo, ni en todas épocas, ni en toda clase de materias. En 1566 fué cuando se suprimió definitivamente en Francia por la ordenanza de Moulins, cuya decisión no han hecho más que reproducir la ordenanza de 1667 (tít. 20, art. 2.°), y el art. 1341 del código civil. No parece, por otra parte, que se hayan suscitado sobre este punto formales reclamaciones cuando se promulgó la ordenanza. La jurisprudencia de los parlamentos se ha conformado constantemente con esta regla. Así se ha reconocido siempre, que á no redargüirse de falsedad un instrumento ó escritura, no se permite á una parte presentar, para que sean oídos, los testigos que asistieron al otorgamiento de la escritura ó los notarios que la otorgaron para explicar su contenido y declarar sobre lo en que convinieron las partes cuando se otorgó (V. M. Pothier, *Oblig.*, núm. 797).

139. El principio que *escritos vencen testigos* se halla en el día admitido generalmente en Europa; lo está asimismo en los países que no excluyen la prueba testimonial con la misma extensión que la ley francesa. Así, el código austriaco (arts. 881-887), que permite en general probar, lo mismo por medio de testigos que por escritos, añade, no obstante, que si hay contrato escrito, quedan sin efecto las declaraciones orales. En Inglaterra, en que, según veremos, las restricciones á la prueba por testigos son menos extensas que entre nosotros, se declara, no obstante, no ser admisible la prueba oral, aun en los tribunales de equidad, para anular ó modificar el tenor de un escrito. *Parol evidence,* dice Blaxland, autor que se ha ocupado en comparar las leyes inglesas con las nuestras, *is not admissible at law or in equity, to disannul or substantially vary a written agreement. (Codex rerum anglicanarum, or a Digest of the principles of English law,* Londres, 1839, lib. 3.°, tít. 4.°, secc. 2.ª. V. también M. Greenleaf, tomo 1.°, p. 2.ª, cap. 15). Asimismo, el código del cantón de Berna (arts. 686, 687 y 691), después de haber declarado que no se exigirá un escrito sino en los casos determinados por la ley, quiere, no obstante, que no se pueda alegar

contra un contrato escrito, las convenciones hechas antes de redactarse este contrato ó al mismo tiempo (1).

140. Este principio de que no puede oirse á testigos contra y fuera de lo contenido en las escrituras, debe interpretarse rectamente. No, no es posible que quiera decir que no se pueda invocar la prueba testimonial para combatir las alegaciones consignadas en una escritura. Se trata únicamente en esta prohibición del caso en que los contratantes quisieran hacer revivir simples conversaciones ó proposiciones, para modificar el convenio, tal como resulta de la escritura que es su obra. Poco importa entonces que se trate de un convenio modificativo celebrado posteriormente, puesto que no se puede probar por testigos lo que se hubiera alegado haber dicho *antes, al tiempo* ó *después* de otorgada la escritura. Sería preciso redactar una nueva escritura, como ha juzgado perfectamente el tribunal de casación el 10 de Mayo de 1842. Pero se debe dejar toda latitud para combatir los asertos falsos que puede contener esta escritura, á los terceros, á los cuales no se puede oponer una redacción que no es obra suya. Imposible será invocar la máxima *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, en los casos en que es atacada la escritura por terceros que alegan que contiene una falsedad ó simulación en perjuicio suyo; así lo ha juzgado precisamente el tribunal de casación el 5 de Enero de 1831, respecto de las cláusulas de un contrato de matrimonio que propendía á eludir los derechos de los reservatarios que no estaban incluídos como partes. Se encuentra la misma doctrina en una sentencia de casación, del 10 de Junio de 1816, refiriéndose á

---

(1) * En el mismo sentido, ley sobre el procedimiento civil del 25 de Abril de 1880 para el cantón d'Appenzell. No se admite la prueba testifical en contra de un título (art. 81), aunque constituya la regla. (Véase *Anuario de legislación extranjera*, 1881, pág. 455). La misma decisión ha consagrado el Código de procedimiento civil de Portugal de 1876. (Véase Noticias sobre dicho Código por M. Midosi en el *Anuario de legislación extranjera* de 1877, pág. 434. Añádase arts. 2507 y 2508 del Código civil portugués de 1867.)

El Código de procedimiento civil alemán de 1877 admite, por el contrario, la prueba testifical para corroborar lo que estipulan las actas ó escrituras auténticas y afirmar lo que se ha dicho antes, durante ó después de dichas escrituras. Cuando se ha alegado que las declaraciones hechas ante el notario han sido escritas de un modo inexacto, se admite la prueba testifical aun contra las mencionadas escrituras. Bajo este punto de vista se favorece menos la escritura auténtica que la privada, puesto que en la primera puede suceder que el redactor no haya oído ó comprendido bien lo que le han dicho las partes ó tal vez haya alterado el sentido de sus declaraciones. (Véase Noticia sobre el Código de procedimiento civil para el imperio de Alemania, por M. E. Lederlin, en la *Revista crítica de legislación y jurisprudencia*, 1885, págs. 511 y 514.) *

la simulación de precios en una escritura de venta, que se había otorgado igualmente en perjuicio de tercero.

140 duplicado. ¿Los derechos del Registro, deben considerarse como tercero relativamente á las declaraciones que contienen las escrituras de las partes? Respecto de este particular, deben distinguirse los derechos de escritura y los de traslación. En cuanto á los primeros, el cobro se percibe por la escritura y no por la convención, y por lo tanto, la escritura debe ser tomada *prout sonat*. Con relación á los segundos, la oficina del registro tiene facultad en principio para investigar la verdadera importancia de la traslación que en su provecho ha sido tasada con un derecho proporcional. Esto es lo que Dumoulin decía del señor: *Dominus admissibilis est ad probandum contra actum ab utraque parte ad probantum*. (Véase también Pothier, *Oblig.*, núm. 801.)

Sin embargo, los principios particulares de la legislación fiscal, la cual exige que todo cobro se halle establecido en bases fijas, no permiten aquí la aplicación del derecho común, según cuyos términos se autoriza á los terceros á probar por todos los medios que estén en su poder el fraude cometido contra sus derechos. En caso de traslación inmobiliaria, la ley del 22 de frimario, año VII (artículos 17 y 19) establece una manera especial de prueba pericial para comprobar el valor de los inmuebles, que son objeto de la traslación. En caso de traslación mobiliaria, la ley guarda silencio: de donde el Tribunal Supremo había concluído, desde luego, que la declaración de partes (ibid., art. 16) podría ser criticada por todos los medios de derecho común, por la prueba testifical, por simples presunciones, por interrogatorio y aun por la pública notoriedad (Sent. 24 de Marzo de 1846). Pero el Tribunal Supremo concluyó (Cas. 25 de Febrero de 1860) por rechazar este sistema, que introducía la arbitrariedad en las leyes fiscales y propendía á sembrar zozobras en las familias. Por otra parte, estando la prueba testifical en oposición con el procedimiento del registro, que no admite investigaciones (ibid., art. 65), es preciso que el Fisco y las partes, en sentido inverso, si quieren hacer desechar las escrituras presentadas, invoquen documentos escritos (Casación 17 de Marzo de 1862; véase también denegatoria, 27 de Mayo de 1868).

Pero la multiplicidad de los fraudes que tenían lugar para simular el precio de la venta de una permuta ó de una partición, ha determinado al legislador de 1871 á autorizar la prueba de semejantes simulaciones, valiéndose de todas las clases de pruebas que admite el derecho común con la reserva, sin embargo, de que la Ad-

ministración no puede pedir el juramento decisorio y no puede invocar la prueba testimonial, sino durante diez años, que se cuentan desde la inscripción en el Registro de la escritura (Ley del 23 de Agosto de 1871, art. 13).

Este cambio en el fondo del derecho ha originado otro en el procedimiento, el que tiene lugar, no ya por escrito, sino oralmente, siguiendo las formas del procedimiento sumario, pero sin que sea obligatoria, no obstante la intervención de los procuradores (1).

141. Si en los enunciados falsos hay dolo ó violencia, se admite á las partes mismas á atacar la redacción de la escritura (2). Tal es la idea que se expresa en un rescripto de Diocleciano (libro 5.º, Cód. *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur)*, en que supone el emperador que se ha hecho firmar á alguno que no ha vuelto á leer el escrito *(non relegentem, sed fidem habentem)* una escritura de venta en vez de arrendamiento. La ordenanza de Moulins no ha querido prohibir en tal hipótesis la prueba por testigos. *Quotiescumque,* dice Boiceau (p. 1.ª, cap. 7.º, núm. 8.º), *in contractum scriptum aliquid objicitur, quod genuinam contractus naturam destruit, ut vis, metus..., dolosa inductio... hæc omnia sub lege ista comprehendi non possunt, quod nimirum criminis speciem habeant.* En el día, igualmente, el art. 1353, aunque sólo hable de las presunciones (3), se interpreta generalmente, según veremos, como autorizando implícitamente la prueba testimonial *por causa de fraude ó de dolo.* Por esto se ha admitido á un acreedor á probar que el deudor había escrito en el título ó documento que se le había encargado redactase, *cien francos* en vez de *trescientos,* importe efectivo de la deuda (Sent. deneg. de 14 de Julio de 1843).

142. Pero excepto en el caso de violencia ó dolo, ¿se admite á las partes á atacar por causa de simulación un escrito que han firmado voluntariamente? ¿Es esto contravenir al principio que prohibe probar contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras?

Si consta que las partes no procedieron formalmente, parece

(1) * Consúltese sobre este punto á G. Demante. *Explicación de la ley de 23 de Agosto de 1871, acerca del Registro y del papel sellado,* núms. 92 y siguientes, y E. Naquit, *Tratado de los derechos del Registro,* tomo 3.º, núm. 1197. *

(2) En el mismo sentido está la doctrina inglesa (M. Greenleaf, t. 1.º, página 373).

(3) Los antiguos intérpretes se preguntaban (Danty, add. al cap. 7.º de Boiceau, núms. 57 y siguientes), cuántas presunciones era preciso reunir para que se permitiera atacar un contrato como simulado; pero ya veremos que semejante cuestión no puede agitarse en el día.

extraño admitir que la ficción venza á la verdad. ¿Puede considerarse una convención simulada, como formada legalmente, y en su consecuencia obligatoria? *(Cód. civil,* art. 1134). Tal era la doctrina de los jurisconsultos romanos, que no hacían otra distinción entre las partes contratantes y los terceros. «Acta simulata», dice Diocleciano (lib. 3.°, Cód. *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur),* «veritatis substantiam mutare non possunt». Esta doctrina ha prevalecido entre nosotros, pero solamente en el caso en que la simulación implique un fraude á la ley, aunque no haya habido ningún fraude respecto de terceros. Se ha sostenido, á la verdad, que en la misma hipótesis, los terceros interesados (1) son los únicos que pueden atacar una acta ó escritura por causa de simulación, y que el que la suscribe no es nunca admitido á volver sobre su propio hecho, por ejemplo, á probar que la causa real de un vale que firmó es una deuda de juego. Se ha invocado sobre esto la opinión de Pothier, que dice (Ibid., núm. 801) que las partes deben imputarse el no haberse hecho dar una contra-escritura. Pero nada indica que Pothier hable en la hipótesis de un fraude á la ley, y vemos, por el contrario, declarar nulas, por el derecho antiguo, las promesas hechas en juego, aunque fueran simuladas: art. 138 de la Ordenanza de 1629. Subsisten en el día los motivos que han dictado esta disposición, y la jurisprudencia autoriza á las partes para probar, por todos los medios posibles, la simulación *in fraudem legis.* Esto es lo que ha decidido el tribunal de casación en pleno, por sentencia de 7 de Mayo de 1836, en la hipótesis de un vale que tuviera por causa aparente un préstamo, y por causa real un pago por retractación de un contrato civil de matrimonio. Era verdaderamente sobrado irrisorio, en tal caso, exigir que se probara la falsedad de la causa por medio de una contra-escritura; entender así el art. 1341, sería autorizar toda clase de fraudes contra la ley, puesto que vendría á ser imposible su prueba. Por otra parte, el art. 1353, que autoriza la prueba testimonial, como veremos, en caso de *fraude,* no distingue entre el fraude causado á los particulares, y el fraude á la ley. La Audiencia de Lyon ha hecho una aplicación notable de esta doctrina, el 10 de Abril de 1856, anulando por causa de simulación un contrato civil de matrimonio contraído

(1) Por terceros interesados, deben entenderse en esta ocasión, los acreedores hipotecarios que pueden hacer anular el acta simulada, sin necesidad de probar el fraude. Según los términos del art. 1167 (Den. 26 de Julio de 1864), esta decisión se armoniza con los principios emitidos sobre las contra-escrituras (Núm. 517).

el 4 floreal año 3, entre un joven de veintitrés años y una mujer de sesenta y ocho, para librarse de las leyes de quintas (1).

Pero ¿qué debe decidirse en caso de simulación simple, es decir, que no tenga por objeto perjudicar á terceros, ni defraudar la ley? Aun en esta hipótesis, la Audiencia de Aix, que según las tradiciones de la ley romana, sentenció en principio el 23 de Enero de 1871, «que la simulación no cambia la naturaleza de las escrituras verdaderas que encubre; que cualquiera persona interesada podrá ser admitida á probar la simulación y á promover la nulidad de la escritura simulada, si ésta fuere nula; que dicha regla debe aplicarse, aun cuando se trate de las partes contratantes; que no se puede, con efecto, negarles el derecho de probar la falsedad de una obligación, que no era formal, y que en su pensamiento no debía llevarse á cabo». La sentencia exige, sin embargo, para anular un acta escrita pública ó privada, un principio de prueba por escrito; lo que vuelve á ser, según veremos, la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuando no ha habido dolo ni violencia, se está en el caso de decir con Pothier, que la parte que arguye de simulación falta en no haberse hecho entregar una contra-escritura. Así, el vendedor, á quien reclama el comprador el saneamiento de lo que le vendió, no es admitido á sostener que la pretendida venta sólo era una liquidación de sociedad (Sent. de Cas. de 6 de Agosto de 1828); así el marido, salvo el derecho de los herederos por reserva, no es admitido á pretender que no recibió de su mujer, el haber mencionado en el contrato de matrimonio (Orleans, 29 de Marzo de 1855). De otra suerte sería después del matrimonio, porque la pretendida carta de pago podría encubrir una liberalidad indirecta, y en tal caso se defraudaría la ley que prohibe las donaciones irrevocables entre esposos durante el matrimonio. *(Cód. civil,* art. 1096). Los mismos herederos no serían admitidos á combatir por simulación la escritura afirmda por su causante, sino cuando se atacase la reserva. (Chambery, 6 de Mayo de 1861). Y en todos los casos, la parte que hubiese confesado la circunstancia de la simulación, no sería admitida á hacer que se ejecutara la escritura como formal. (Sent. den.

(1) Se ha dicho, para criticar esta sentencia, que hubiera debido adoptarse el medio de redargüir de falsedad *(inscription de faux)* para destruir las enunciaciones del funcionario civil. Pero esta observación es inexacta. *Aliud merum falsum, aliud simulatio* (Dumoulin sobre el art. 3.°, cap. 31, de la *Costumbre de Nivernais*). Pero no es atacar la fe de la escritura, sostener que se han cumplido ú observado las formas, pero sin intención formal de parte de los pretendidos esposos.

de 16 de Noviembre de 1859). Bastaría un principio de prueba por escrito (la misma sentencia) para hacer admisible la prueba de la simulación. La Audiencia reguladora hizo una aplicación notable de esta doctrina, la cual no permite establecer por medio de testigos la simulación de una escritura hecha con todos los requisitos legales, puesto que decidió en dos sentencias de casación (24 de Julio de 1844 y 13 de Noviembre de 1867), que el traslado debidamente verificado de unas rentas sobre el Estado ó de un valor industrial, establece á favor del tenedor una presunción de propiedad que no se puede destruir por medio de la prueba testimonial, á no ser que hubiese un principio de prueba escrita.

142 duplicado. Finalmente, aun cuando no haya ni dolo, ni fraude, ni simulación, se admite la prueba testimonial para justificar la existencia de un error material que se hubiese cometido en la redacción de la escritura. La dificultad estribaba en conocer el estado de los lugares indicado en una póliza de seguros, cuya rectificación pedía el asegurado; una sentencia del Tribunal de 19 de Enero de 1870, declaró que era admisible. Dicha decisión debió, con toda evidencia, aplicarse á un error de cálculo.

143. No debe tampoco darse una trascendencia exagerada á la prohibición de probar *contra el contenido* de las actas ó escrituras. Esta prohibición se refiere á las modificaciones que se pretendiera haber introducido verbalmente en un convenio ó contrato, bien cuando se redactó la escritura, bien posteriormente. (Sent. de 10 de Mayo de 1842). Pero no se entiende que se prueba contra el contenido de las escrituras, cuando se completan por medio de la prueba testimonial enunciados ambiguos ó insuficientes (1); cuando se determina, por ejemplo, que el dominio ó propiedad mencionados en tal título comprenden tales ó cuales terrenos (Sent. de Casación de 23 de Enero de 1837), ó que una demanda ha sido modificada, ó que se verificó un contrato de matrimonio á tal hora, cuando esto no se mencionó por el funcionario público (Sents. de 15 de Julio de 1818 y de 18 de Agosto de 1840), ó que se rectifica un número erróneo justificando que se ha escrito en el acta 180 en vez de 80. (Sent. deneg. de 22 de Noviembre de 1865). Con razón, pues, admite Danty (ad. sobre el cap. 9.°, lib. 1.° de Boiceau, número 9.°) la prueba por testigos sobre que se verificó un trato en

(1) *Parol evidence*, dice M. Greenleaf (tomo 1.°, pág. 380), *is admissible of any extrinsick circumstances tending to show what persons, or what things were intended by the party.* * Añádase, Sent. 2 Marzo de 1881. *

tal feria, cuando el escrito en que éste se consigna no menciona el lugar; no son, pues, fundadas las dudas de Pothier (Oblig. núm. 796) sobre la justicia de esta decisión; porque esto no es probar contra el contenido de las escrituras; una cosa es la extensión y otra la interpretación de lo que pasó entre las partes. Estas hipótesis, como observa perfectamente M. Greenleaf (tom. 1.°, pág. 372), no constituyen excepciones á la regla, sino que están fuera de su aplicación. Si como consecuencia de esta doctrina está permitido recurrir á la prueba testimonial, para completar las cláusulas de un testamento (Sents. dengs. 22 de Enero de 1851, 21 de Febrero de 1863) no es lícito, sin embargo, probar con declaraciones verbales que el testador ha tenido ánimo de que su testamento produjera efecto, subordinándole á la ejecución de determinadas condiciones (Den. 19 de Noviembre de 1867); evidentemente esta sería una prueba contra el contenido esencial de la escritura.

144. Una doctrina que prevaleció en la jurisprudencia del último siglo (V. Merlín, *Repert.*, palabra *Prueba*, sec. 2.ª, §. 3.°, artículo 1.°, núm. 20), y que han reproducido graves autores bajo el imperio del Código (V. la disertación especial de M. Mourlón, *Revista crítica*, tom. 5.°, pág. 114, y M. Larombiere, *Oblig.*, tom. 5.°, núm. 29), rehusa admitir la prueba testimonial para probar el pago de un crédito que de hecho se consignó por escrito, aun cuando no se exigiera su redacción por escrito. No hay duda que, según hemos reconocido más arriba (núm. 140), considerándose el escrito como la expresión fiel de la voluntad de las partes, se debe desechar toda convención que modifique el acta ó escritura, bien sea que se haya verificado posteriormente, bien que sea concomitante, y este es el sentido en que no puede probarse por medio de testigos lo que se ha dicho *antes* de redactarse la escritura, ó *cuando* se redactó, ó *después*. Pero ¿es esta una razón para prohibir la prueba testimonial de la extinción del crédito, y especialmente del pago, cuando su valor no excede de 150 francos? ¿Es probar contra el contenido de las escrituras probar la extinción del derecho que se consigna en ellas?

Invócase en apoyo de la afirmativa el principio, que por el mero hecho de producirse un escrito, se reputa existir la convención ó contrato de que hace fe. Así como no es permitido, se dice, consignar por medio de testigos modificaciones aun posteriores de la convención, no debe ser permitido justificar su extinción total ó parcial; el deudor ha incurrido en la falta de haber dejado subsistir el título en su tenor primitivo en poder del acreedor. Tal era la

idea de Justiniano (L. 14, Cód. *De testib.*), cuando quiso que el pago de una deuda que constaba por escrito, sólo pudiera probarse por escrito, ó á lo menos por la declaración de cinco testigos intachables.

Creemos, por el contrario, que no se puede, sin incurrir en una verdadera confusión de ideas, ver una prueba contra el acta ó escritura en la alegación de un hecho posterior que tuviera por objeto extinguir la obligación, cuyo origen había consignado dicha escritura. Es verdad que mientras el acreedor tiene en su poder el título, se presume que subsiste la obligación; pero esta presunción sólo existe hasta la prueba en contrário. ¿Cómo debe, pues, producirse esta prueba contraria? Por escrito ó por testigos, según la importancia del litigio. ¿No sería fuera de razón exigir la prueba por escrito del pago de 5 francos porque el deudor se hubiese obligado á pagarlos por escrito? Así es de notar, que el estatuto de Bolonia de 1453, reproduciendo la decisión de Justiniano, limitaba su aplicación al caso en que el valor de la suma contenida en un vale pasaba de 50 libras de Bolonia (1). En vano se alega que no puede hacerse por testigos la prueba de las modificaciones hechas en la convención, por ejemplo, del cambio del importe del interés estipulado. En una materia enteramente práctica conviene atenerse á consideraciones prácticas. Pues bien: es costumbre, cuando las partes modifican sus convenciones, hacer mención de ello en el título. Mas lo contrario se observa respecto del pago, el cual, especialmente en cantidades tan pequeñas, suele hacerse en el acto, y sin que el acreedor tenga el título en su poder. Si no se quiere que jamás pueda oponerse el testimonio, al título que prueba el crédito, es preciso hasta llegar á prohibir que se compense con una deuda consignada por escrito una deuda probada por testigos, cualquiera que sea su valor; resultado, que es enteramente inadmisible. Tal no era en Roma, la consecuencia de la máxima: *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*, puesto que la constitución de Justiniano sobre la prueba del pago (2), autoriza evidentemente una innovación, cuyo rigor mitiga el emperador, permitiendo suplir la prueba escrita por medio de la declaración

(1) *Excedente summam, seu æstimationem quinquaginta librarum Bonenorum.*

(2) La ley escocesa exige para librarse de un empeño contraído por escrito, un escrito ó juramento del acreedor; pero esta es una disposición excepcional, contraria á la doctrina inglesa y americana (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 412, nota 1.ª).

de cinco testigos, declaración que no se hubiera podido admitir, si se hubiera tratado de probar directamente contra el escrito.

En lo concerniente al derecho francés antiguo, debe advertirse que los comentaristas de la ordenanza de Moulins, así como la jurisprudencia del siglo XVII (1) admitieron la prueba testimonial de la liberación, cuando el crédito era inferior á la tasa legal. Hasta el siglo XVIII no se constituyó la jurisprudencia en el sentido más riguroso, según ya hemos dicho. Pero debe observarse que Pothier, tan reservado habitualmente, no teme (Obligac. 799) calificar esta jurisprudencia de *mala interpretación* de la ordenanza. Se ha opuesto sobre este punto á la opinión de Pothier, la de Jousse. Debe advertirse que Jousse no se coloca en la misma hipótesis. Pothier habla del caso en que la deuda, así como el pago, no exceda de cien libras, tasación de las antiguas ordenanzas; Jousse supone el pago de una suma que no excede de cien libras, pero á cuenta de una deuda que excede de esta tasa. «Parece, dice (en el tít. 20, art. 2.° de la ord. de 1667), que sería contrario directamente al texto de la ordenanza admitir esta clase de pruebas.» No hay duda, que en el rigor de los principios, no debe distinguirse entre las dos hipótesis, y el pago de una suma inferior á la tasa legal debe poder probarse por testigos, cualquiera que sea el importe de la deuda. Pero debe observarse, que si se pudieran alegar muchos pagos parciales, y no se pudiera probar el pago sino por medio de escrito, se daría fácilmente un medio de eludir la prohibición legal, según se decidió ya por sentencia del Parlamento de Aix, del 20 de Diciembre de 1640, que aprueba Danty (ad. á Boiceau, libro 2.°, cap. 2.°, núm. 4.°), aunque profesando la misma doctrina que Pothier; y lo mismo debería decirse actualmente por el argumento del art. 1345. Aun cuando no articule el deudor, por el momento, más que un solo pago parcial, pueden los jueces conocer, atendiendo á las circunstancias, que ha tenido intención de eludir la ley, y de negarse á admitir la prueba testimonial (2) mientras que, cuando la deuda misma es inferior á la tasa legal, no hay que temer ningún fraude de esta naturaleza.

Aunque un autor moderno (3) asegura que la opinión opuesta

---

(1) Merlín, loc. cit. Debe observarse que Merlín no discute la cuestión bajo el imperio del Código.

(2) La sentencia del Parlamento de Grenoble, del 10 de Diciembre de 1872, citada por Merlín (loc. cit.), resuelve sobre esta hipótesis.

(3) M. Larombiere (loc. cit.) tal vez ha tenido á la vista la práctica de Limoges.

ha prevalecido á la nuestra en la práctica de los tribunales, no cita ni conocemos nosotros ninguna sentencia moderna que haya determinado sobre esta cuestión (1).

145. Es cuestión de alta importancia práctica, la de si la prohibición de probar contra y fuera de lo contenido en las escrituras, es aplicable en materia mercantil. Puede sostenerse en apoyo de la afirmativa, que especialmente en materia comercial conviene evitar toda equivocación y arbitrariedad. ¿Qué cosa más peligrosa, se dice, que hacer revivir proposiciones que no tenían tal vez ningún carácter formal, para hallar en ellas el germen de una obligación? Si se diera, donde interviene el crédito, á los compromisos de una parte un alcance que no hubiera podido prever, se causaría frecuentemente su ruina. Hácese notar, finalmente, refiriéndose á la historia del art. 109 del Código de Comercio, que el texto primitivo de este artículo no admitía la prueba testimonial sino cuando había habido un principio de prueba por escrito, y que las reclamaciones de los juzgados y tribunales de Comercio, con motivo de la innovación propuesta, se referían únicamente á la imposibilidad de extender un escrito en materia mercantil, en multitud de circunstancias, y de ningún modo á la admisión de la prueba testimonial, cuando se había extendido un escrito. Entendida así la redacción definitiva del art. 109, enunciando entre los medios de prueba la testimonial, *en los casos en que el tribunal creyera deber admitirla,* autorizaría á la jurisdicción consular á oir á los testigos con arreglo á las circunstancias, si no se había podido extender un escrito, pero nunca cuando se hubiera redactado.

Esta opinión, adoptada por muchas sentencias de Audiencias, y que el deseo de evitar controversias nos obligó en un principio á admitir, nos parece, después de maduras reflexiones, incompatible, bien sea con el texto de la ley, bien con los precedentes que pueden servir para explicarlo. El art. 1341 del Código civil, después de haber sentado los dos principios que excluyen la prueba testimonial, el uno cuando excede de 150 francos, y el otro contra y fuera del contenido de las escrituras, añade: «Todo se entiende sin perjuicio de lo que se dispone en las leyes relativas al comercio.» Este texto es conforme al de la ordenanza de 1667. Pues bien: el

(1) * En el mismo sentido que M. Bonnier (V. Demolombe, tomo 30, núm. 87), M. Colmet de Santerre (*Tratado de las obligaciones*, núm. 315 duplicado 20) va más lejos aún y admite la prueba testimonial hasta cuando se trata de convenios modificativos de los derechos que resultan de la escritura primitiva. *

artículo correspondiente á la ordenanza tenía por objeto precisamente (tít. 20, art. 2.º) confirmar el uso preexistente, según el cual, los jueces consulares, según sus propias declaraciones, «no estaban sujetos en sus juicios á la ordenanza de Moulins.» (Acta verbal de la ord. de 1667, loc. cit.) Dos sentencias del Parlamento de París, la una de 22 de Julio de 1613, la otra del 22 de Julio de 1669, han admitido, en su consecuencia, en las jurisdicciones consulares, la prueba testimonial, contra y fuera del contenido de las escrituras. «Se ha preferido, dice Merlin *(Cuestiones de derecho,* palabra *Dernier ressort,* § 18, núm. 1.º), el peligro de algunos fraudes particulares á dificultar las negociaciones y burlar la buena fe, si se exigían sobradas precauciones. Sabido es, que los negociantes dan frecuentemente cartas de pago por valor recibido, sin otra seguridad que simples palabras ú órdenes, y que este modo de negociar es el alma del comercio de todas las naciones. Era, pues, indispensable admitir la prueba de que el dinero declarado en los libros no había sido contado, ó que no se habían entregado las mercancías, aunque habían sido pagadas.» Este es el sentido en que está concebido el art. 1935 del Código holandés, uno de los pueblos modernos, en cuyo seno han adquirido las relaciones mercantiles mayor desarrollo. En vista de estos antecedentes, es difícil no entender en su acepción literal la última disposición del art. 109 del Código de Comercio. «En el caso en que el tribunal crea deber admitirla.» Poco importa que para rechazar la innovación del proyecto del Código, se haya recurrido sobre todo al inconveniente más palpable de este proyecto, á la hipótesis de que hubiera sido moralmente imposible extender un escrito; en definitiva, háse rechazado toda innovación, y los términos generales del Código de Comercio vuelven á colocar la cuestión en el terreno en que se hallaba en la antigua jurisprudencia. Cuando los redactores de este mismo Código quisieron aplicar los principios del derecho civil á las sociedades mercantiles (1), tuvieron cuidado de decir especialmente (art. 41): «que no puede admitirse prueba alguna por testigos contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras de sociedad:» disposición que sería inútil, si tal fuese el derecho común en materia mercantil, así como en materia civil. Esta doctrina ha sido au-

(1) El texto no excluye más que la prueba testimonial para las sociedades mercantiles; se pueden probar por escrito, y sobre todo, por los libros de comercio (Deneg., 21 de Julio de 1864) las modificaciones que se han hecho en el pacto social.

torizada por una sentencia denegatoria de 10 de Abril de 1860. No debe, sin embargo, confundirse la cuestión especial de la aplicación del art. 1341 á las materias de comercio, con las dificultades suscitadas por este artículo, aun en materia civil. Así, en el caso de la sentencia denegatoria de 11 de Junio de 1835, había principio de prueba por escrito, y en su consecuencia era admisible la prueba testimonial, aun en lo civil; en otro caso, fallado el 10 de Junio de 1835, se trataba de probar que se habían entregado letras de cambio á título de prenda y no de propiedad; pero es dudoso, según hemos visto (núm. 142) que sea aplicable el art. 1341 en caso de simulación: finalmente, una sentencia denegatoria de 6 de Abril de 1841 determina sobre la hipótesis de una carta de pago ó libranza anterior: así, puede procederse á la revisión de una cuenta en caso de haberse duplicado (*Cód. de proc.*, art. 541). El caso en que nos parece haberse autorizado del modo más formal, la prueba contra el contenido de las actas, es el de una sentencia del tribunal de Riom de 4 de Agosto de 1857, que permite restablecer por medio de la prueba testimonial el precio de la venta de un café, fijado en 3.000 francos por una acta ó escritura autorizada por un notario. Una vez admitida en principio la prueba testimonial contra las actas en materia mercantil, deben también admitirse las simples presunciones (Denég., 13 de Julio de 1868).

146. No deben confundirse con los negocios comerciales los tratos ó ventas verificadas en ferias, cuando no han tenido lugar entre comerciantes ni para asuntos mercantiles. Boiceau (part., 1.ª, cap. 9.º, núms. 5.º y siguientes), conviniendo en que la ordenanza de Moulins era aplicable á estos tratos ó ventas, puesto que no era imposible procurarse un notario en los sitios en que se celebran las ferias, indicaba ciertos medios de eludir la prohibición. Pero Danty (adic. sobre el cap. 9.º, núms. 6.º y siguientes) y Pothier (*Oblig.*, núm. 788) excluyen de una manera general la prueba por testigos. Bajo el régimen del Código, se consideró por una sentencia del tribunal de La Chatre, como equivalente á la imposibilidad moral de tratar por escrito, «la rapidez, la multiplicidad y el movimiento de los negocios que se tratan en feria, la dificultad de recurrir á cada instante á un notario, para hacer constar tratos, compras ó ventas que la más ligera tardanza podría impedir.» Pero esta sentencia fué revocada el 23 de Febrero de 1842 por el tribunal de Bourges, reconociendo que no existía de hecho la imposibilidad de obtener un escrito; «que los tratos ó ventas en las ferias se hacen al contado, y que si el vendedor no sigue esta regla y con-

cede al comprador plazo para el pago, debe hacerlo constar por escrito.»

147. En materia criminal, jamás se ha negado formalmente la aplicación del principio acerca de no poderse probar contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras. Si se trata, por ejemplo, de la violación de un depósito consignado por un recibo del depositario, es evidente que no se podría buscar, fuera de este recibo, la prueba de las obligaciones que se le censura no haber respetado. Al aceptar este recibo el depositante, ¿no ha marcado en cierto modo la medida del compromiso que contrajo? ¿Qué importa que siga después la vía criminal ó la civil para obtener la reparación de la falta de cumplimiento de este compromiso? Entiéndase bien, por otra parte, que la regla del art. 1341 sólo se aplica á los escritos que son obra de las partes, y que no hace referencia alguna á los escritos extendidos por funcionarios públicos, ni menos á los procesos verbales ó sumarias que consignan las infracciones á la ley penal, procesos verbales contra los que se admite la prueba con más ó menos latitud, según veremos en el lugar donde se trata de esta materia.

*** En los antiguos Códigos legislativos españoles no existe disposición alguna que permita probar por medio de testigos contra el contenido de las escrituras ó instrumentos. Nuestras antiguas leyes se hallan, pues, conformes con el espíritu y aun la letra de la mayor parte de las prescripciones del derecho romano que cita M. Bonnier en el núm. 138 y siguientes, y con otras varias leyes del cuerpo de aquel derecho por las que estaba prohibida la prueba de testigos para dicho efecto. Una de nuestras antiguas leyes que contienen disposiciones más análogas á esta materia, es tal vez la ley 115, tít. 18, Partida 3.ª, que declara «por cuáles razones, las cartas p blicas que aducen las partes ante los juzgadores deben ser creidas ó por cuáles non», y cuyo objeto es determinar en qué casos y con qué número de testigos, pueda probarse *la falsedad* de un instrumento público. He aquí el texto de esta ley, que creemos oportuno exponer, para mayor ilustración de esta materia, y en atención á la doctrina y fundamentos que en ella se contienen, y que completan ó aclaran los expuestos por M. Bonnier. «Si por aventura el escribano público cuyo nombre fué escrito en la carta viniesse antel juzgador, e dijesse quel non escriviera aquella carta, debe ser creydo, e la carta, desechada por falsa, *non probando la parte el contrario*. Mas si él otorgasse que verdad era que la escribiera, e los testigos que fuesen escritos en ella, dijessen que no se acertaran y cuando el pleyto fué puesto, *nin otorgado de las partes assi como es escrito en ella*, entonce dezimos, que si el escribano es ome de buena fama, e fallaren en la nota que es escrita en el registro que acuerda con la carta, que debe ser creido el escribano e non los testigos, e debe valer la carta. *E esto es, porque muchas vezes contesce, que los omes son testigos de pleytos de que no se acuerdan despues*. Onde pues que la nota acuerda con la carta, e el escribano es ome de buena fama, razón es que sea creido. Ca por esso escriben los omes los pleytos, e las posturas, porque magüer aquellos que las fazen e los testigos ante quien fueron fechas non se acordasen dellas, que finque por siempre remembranza de cómo pasaron e en qué quisa fueron puestas. Pero si el escribano non fuesse de buena fama, e los testigos fuessen omes buenos, e el pleyto, e la postura que dice en la

carta, ouiesse poco tiempo, que pue e fecha, estonce, acordándose todos los testigos de la carta en uno, deben ser creidos e non el escribano.» En el derecho foral aragonés hay también una disposición expresa que dice: «Aunque según el Fuero, no se admite contra la escritura pública más que otra escritura que sea también pública, por costumbre se admite al notario testificante y á los testigos que firmaron en ella. *Observancia 25, de probationibus.*»

Conviene tener también presente en la materia de que tratamos la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 2 de Octubre de 1861, por la que se ha declarado, que por muy eficaz que sea la prueba documental, no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho que para enervarla se dé valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni áun á la prueba testifical admitida también por la ley; la sentencia de 31 de Diciembre de 1857, pronunciada por el mismo Tribunal Supremo, por la que se ha prescrito que no basta que un hecho se consigne en un instrumento público, para que se tenga por suficientemente probado, si aquel hecho puede ser combatido legalmente ó si la existencia de otro documento demuestra su ineficacia; y por último, la sentencia de 22 de Marzo de 1860 que ha resuelto, que no por haberse autorizado un acto por escritura pública, deja de ser válido cualquier otro contrato privado que, lejos de oponerse á lo pactado y consignado en aquel documento, sirve sólo de explicación de ello, y que al declararlo así una Audiencia no infringe la ley 115, tit. 18, Partida 3.ª, que dice por cuál razón debe ser creida la escritura pública.

No debe entenderse, sin embargo que la ley de Partida ni las anteriores sentencias citadas autorizan la prueba de testigos *contra el contenido de* las escrituras, sino que se refieren al modo de probarse la *falsedad* ó de combatirse la fuerza de aquellos instrumentos en ciertos casos y por otras pruebas que reconoce el derecho y aun la de testigos.

Conviene también tener presente que la ley 32, tit. 18, Partida 3.ª, adopta la ley romana que cita M. Bonnier en el núm. 144, puesto que dicha ley de Partida dispone, que para probar que está satisfecho el pago de una deuda contraída por escritura pública, hasta presentar otra escritura en que así conste, ó cinco testigos que digan haber presenciado el pago.

Respecto de la prueba en materia comercial, de que trata M. Bonnier en el núm. 145, nuestro Código de Comercio consigna entre los medios por que puede probarse en general las obligaciones mercantiles, la prueba testimonial (V. el artículo 262, núm. 7.º del Código). Y en cuanto á las sociedades mercantiles, dispone expresamente el art. 288 de nuestro Código, á semejanza del 41 del Código francés, expuesto por M. Bonnier en el número citado, que los socios no pueden oponer contra el contenido de la escritura de sociedad documento alguno privado, ni la prueba de testigos.

Véase la nota del núm. 152, donde se exponen las disposiciones del derecho español sobre la primera prohibición del art. 1341 del Código civil, y que es correlativa á la presente.—(*N. del T.*)

*** Previene el art. 659 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente que los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de los testigos, conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellas concurran. Sin embargo, cuando la ley determina el número ó la calidad de los testigos como solemnidad ó circunstancia especial del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso.

Con arreglo al art. 637 de la misma ley, sobre los hechos probados por confesion judicial no se permitirá, para corroborarlos, prueba de testigos á ninguna de las partes.

La prueba de testigos, dice el art. 1244 del Código civil, será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida, y añade el art. 1248, que la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos será

apreciada por los Tribunales conforme á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito.

Por sentencia fecha 19 de Octubre de 1888, ha declarado el Tribunal Supremo que las manifestaciones relativas á los supuestos de un contrato, hechas por los testigos del mismo en un documento privado, no constituyen convención alguna obligatoria para los contratantes que no le suscriben, y deben apreciarse únicamente como simple testimonio de terceras personas, sin fuerza ó eficacia en contra de lo estipulado en el contrato mismo. Véase la nota al núm. 136.—*(N. de la R.)*

SEGUNDA REGLA

Exclusión total de la prueba por testigos en ciertas materias.

SUMARIO: 148. No hay distinción alguna entre la jurisdicción civil y la criminal. 149. Restricciones especiales respecto de las cuestiones de estado.

148. No debe sentarse como principio, según se ha hecho con frecuencia injustamente, que la prueba testimonial es generalmente rechazada por la ley en materia civil. Es verdad que el artículo 1341 quiere que se extienda escrito *de todas las cosas* que excedan el valor de 150 francos. Pero estas expresiones, cuyo origen explicaremos en breve, no pueden entenderse, y no se entienden jamás en la práctica, sino de los casos en que puede haber lugar á extender un acta ó escritura, es decir, convenciones ó contratos en el sentido más lato de la palabra. *Todo aquello sobre que nuestros súbditos quieran tratar ó disponer,* decía con suma exactitud el art. 19 del edicto de 1611 de los archiduques de Flandes. Así, vemos á la ley referirse al momento mismo en que se ha tratado, para significar su voluntad á los contratantes: *debe redactarse ó extenderse acta ó escritura.* Cuando se trata de un hecho distinto de una convención ó contrato, las partes de quienes no es obra común, no han podido estar obligadas á consignarlo de tal ó cual manera; por tanto, se les admite la prueba testimonial. En materia civil, por lo común se trata de convenciones; al contrario, en lo criminal, lo más frecuente es tratar de hechos que en manera alguna son convencionales. De aquí la opinión vulgar, opinión que, según veremos, ha dejado algunas huellas en nuestras leyes, según la cual, esta prueba, habitualmente inadmisible en lo civil, sería siempre admisible en lo criminal. Pero esta opinión es inexacta, bajo uno y otro concepto, puesto que las disposiciones de la ley no atienden al carácter de la jurisdicción, sino á la naturaleza de los hechos

que hay que probar. Si un hecho ilícito se refiere á una convención, si se trata, por ejemplo, de la violación ó sustracción de un depósito, la convención cuya existencia debe consignarse previamente, no será jamás, si el valor excede de la tasa legal, susceptible de probarse por testigos, bien se agite la cuestión ante un tribunal de policía correccional, ó bien ante un tribunal civil. Por el contrario, cuando la jurisdicción civil tenga que apreciar un hecho no convencional, por ejemplo, una dificultad relativa á la posesión, estará perfectamente autorizada para ordenar la información de testigos, cualquiera que por otra parte sea la importancia del litigio (1).

149. Pero independientemente del principio restrictivo del artículo 1341, aplicable á las convenciones, hay casos en que el legislador, sin examinar si el demandante ha podido ó no hacer comprobar los puntos que tiene interés en acreditar hoy, rechaza la prueba testimonial, aun respecto de hechos del orden de la naturaleza. Tal sucede, cuando el carácter de estos hechos se presta demasiado á fraude, y que al mismo tiempo tienen una gran importancia social. Me refiero á las restricciones que experimenta la prueba por medio de testigos, en lo relativo á las cuestiones sobre el estado de las personas. Estas restricciones tienen menos extensión que las del art. 1341, en cuanto no se dirigen á rechazar toda prueba por medio de testigos, sino solamente la prueba por testigos de ciertos elementos de decisión. Por otra parte, son más imperiosas en cuanto no admiten el recurso del interrogatorio y el del juramento; mientras que en lo relativo á convenciones, al menos cuando no se exigen ciertas solemnidades, sólo está prohibida la información de testigos, siendo admisibles todos los otros medios de información.

Exclusión general de la prueba testimonial en materia de convenciones, exclusión enteramente especial en lo concerniente á las cuestiones del estado de las personas; he aquí materias que importa distinguir bien, y de que vamos á tratar por separado. Después explicaremos, en párrafo aparte, lo concerniente á la admisibilidad en lo criminal de la prueba testimonial.

---

(1) Según el mismo espíritu ha juzgado el tribunal de Douai el 6 de Abril de 1851 que un contrato civil que no puede probarse sino por escrito, no es susceptible de prueba testimonial por el solo hecho de hallarse sometido el demandado, por razón de su cualidad, á la jurisdicción comercial.

DIVISIÓN PRIMERA

Exclusión de la prueba por testigos en materia de convenciones ó contratos.

SUMARIO: 150. Principios del derecho primitivo sobre la prueba testimonial.—151. Origen de la exclusión introducida por la ordenanza de Moulins.—152. Disposiciones de las legislaciones extranjeras sobre la prueba por medio de testigos.

150. La admisión indefinida de la prueba testimonial parece haber existido sin excepción en Roma, al menos cuando sólo se trataba de acreditar las convenciones de las partes. Sabido es que los romanos se fiaban de la memoria del hombre para consignar, bien fuese actos solemnes, tales como la emancipación, bien la misma existencia de un juicio, lo cual era objeto de la acción *judicati*, que parecía sumamente extraña en nuestras costumbres actuales (1). Esta facultad tan amplia fué modificada tan sólo en Constantinopla en el siglo VI, y aun entonces sólo en un caso particular. En la ley 18 del Código *de testibus*, quiere Justiniano, que cuando se ha consignado una deuda por escrito, no pueda hacerse la prueba del pago sino por medio de escrito, ó al menos por cinco testigos dignos de fe (2).

Nada hay en esto semejante al principio general sentado en las sentencias de Paulo (lib. 5.°, tít. 15, § 4.°), y reproducido en la ley 1.ª del Código *de testibus*, cuando se trataba de la prueba por testigos opuesta á un escrito. Y sin embargo, las costumbres estaban lejos de ser puras en Roma, sobre todo en tiempo del imperio. Jamás han faltado testigos falsos para las acusaciones políticas: sabida es la acerba frase de Tácito (*Hist.*, lib. 1.°, § 2.°): *Quibus deerat inimicus, per amicos oppressi*. Pero el motivo fundado en la corrupción de los testigos, aunque el más aparente, no es el único que haya ocasionado la prohibición entre nosotros. El temor de

(1) Resulta de las investigaciones del conde de Beugnot (Véase el prólogo de un trabajo sobre los *Olim*), que el primer ejemplo de haberse redactado en debida forma las sentencias, se encuentra en 1336 en la tierra clásica de la jurisprudencia, en Normandía. * M. L. Delisle ha probado que á fines del siglo XII, el *Echiquier* ó Audiencia de Normandía poseia archivos regularmente organizados. Véase el estudio de M. L. Delisle, en las *Memorias de la Academia de inscripciones y bellas letras*, tomo 4.°, 2.ª parte; adición P. Viollet, *Compendio de la historia del derecho francés*, tomo 1.°, págs. 131 y siguientes. *

(2) Este es el origen de la opinión que rehusa admitir la prueba por testigos del pago de un crédito consignado por escrito (núm. 144).

que se multipliquen los procesos ha sido para nuestros tribunales un motivo no menos poderoso. Pues bien: este temor no podia tener la misma influencia en el imperio romano, en que había muchas menos riquezas que hoy en el mundo civilizado, y donde la población era mucho menos considerable y en gran parte esclava. Además, las formas precisas de la estipulación que se usaban en las ocasiones más importantes, fijaban la atención de los testigos y simplificaban su tarea. Así vemos arraigarse la prueba testimonial en los hábitos nacionales, aun en tiempo de Justiniano. Así en la novela 74, cap. 4.°, el emperador trata de introducir un escrito para hacer constar el matrimonio, al menos en la mayor parte de los casos; pero poco tiempo después en la novela 117, cap. 4.°, se ve obligado á restringir su innovación á los grandes personajes del imperio. Y aun la ley 18 del Código *de testibus*, no proscribió completamente la prueba por testigos en el caso á que dicha ley se refiere; exigiendo solamente, á falta de escrito, un número mayor de declaraciones.

En la edad media, si, como hemos visto, no se admitió siempre la superioridad de la prueba oral á la prueba por escrito, es evidente, al menos, que el uso de la escritura estaba muy poco extendido para que fuese posible dejar de admitir la prueba testimonial de los contratos. Por otra parte, la utilidad de semejante exclusión no se notaba todavía cuando en razón del estado menos avanzado de la civilización, eran menos frecuentes los pleitos y menos depravadas las costumbres (1). Llegábase hasta consignar la existencia de la costumbre por medio de una *información por turba* ó pesquisa, que consistía en informaciones recogidas de referencia de cierto número de personas, que se tomaban al azar, y á quienes se interrogaba, sobre lo que creían estaba en uso.

151. Si la antigua Roma admitió los principios más amplios en punto á testimonio, la Italia moderna, por el contrario, fué la primera que dió el ejemplo, en el siglo XV, de restringir la libertad de la prueba. Un estatuto de Bolonia de 1453, aprobado por el Papa Nicolás V, prohibió la prueba por testigos de los pagos de más de 50 libras, y de los contratos de más de 100 libras. Asimismo, los estatutos de Milán, en 1498, prohibieron la prueba testimonial en ciertos casos. En Francia tuvo lugar una reforma análoga en el

(1) No quiero decir que las costumbres de las clases superiores fuesen siempre ejemplares; pero entonces la corrupción no había penetrado en la masa de la población, como ha sucedido desgraciadamente en los tiempos modernos.

siglo XVI, en la época en que la redacción por escrito de las costumbres hizo caer el uso abusivo de las informaciones por turba. En el Mediodía de un país de derecho escrito, fué donde nació la proposición de introducir restricciones semejantes á las que acababan de establecerse en Italia. El Parlamento de Tolosa envió diputados cerca de Carlos IX á los Estados de Moulins, para solicitar la disposición que forma el art. 54 de la Ordenanza de 1566, y que requiere se otorgue contrato de todas las cosas que excedan del valor de 100 libras. El preámbulo de esta Ordenanza, llamada de Moulins, la misma que prohibe probar contra ó fuera del contenido de las actas ó escrituras, no menciona, lo cual es muy notable, mas que el motivo de la complicación de los procedimientos, «para impedir, dice el preámbulo, la multiplicación de los hechos que hemos visto antes, se promovían ante los tribunales y que se sometían á la prueba de testigos y á tachas de éstos, de lo cual provienen muchos inconvenientes y promoción de pleitos.» Refiriéndose al origen de la prohibición, no parece ocuparse únicamente el legislador, como imaginan muchos, del peligro del soborno de testigos (1). No obstante, este peligro había llamado también la atención de los contemporáneos, como lo prueba el adagio citado por Loisel: «Loco es quien se mete en informaciones, porque quien más remunera, mejor prueba.»

Esta ordenanza, cualquiera que fuese su motivo principal, verificaba una verdadera revolución en los hábitos. Así Boiceau, comentador contemporáneo, nos dice comenzando la exposición de la materia: *Quum primum nata et promulgata fuit hœc Caroli IX regia sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria*. Esta disposición era dura, en cuanto obligaba á usar de escritos embarazosos y costosos á las partes que anteriormente podían omitirlos; odiosa, en cuanto favorecía la mala fe, por no ser bien conocida de todos ni estar bien encarnada en las costumbres; y finalmente, contraria al derecho, es decir, al derecho romano, pero esto no era una razón para que, habiendo cambiado las circunstancias, fuese rechazada por los modernos, puesto que quien la había reclamado había sido un país de derecho escrito. En cuanto á los dos primeros motivos, sólo eran transitorios. Así Boiceau añade, que no obstante estas razones para dudar, la ordenanza fué altamente apro-

(1) * Véase acerca de las investigaciones numerosas y complicadas á que daba lugar la libertad absoluta de la prueba testimonial la *ordenación de un pleito civil en el siglo* XIV *en el Chatelet*, Audiencia ó Tribunal de París por M. L. Tanón. *

bada por los entendimientos más graves, y especialmente por el Parlamento de París: *Nulla toto hoc sæculo constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit amplissimo nostro Galliæ Senatui.* No encuentra ya hoy el sistema inaugurado por la Ordenanza de Moulins una aprobación tan universal como antes. Tiene un carácter lleno de requisitos que se oponen á nuestras costumbres; así es, que veremos luego cómo la jurisprudencia los mitiga un poco en su aplicación.

152. Antes de analizar este art. 54 y las leyes posteriores que han reproducido su disposición, echemos una ojeada sobre las legislaciones extranjeras. Hay países donde no se admite restricción alguna, por ejemplo, el Austria, según ya hemos observado. (Véase el Código Aust., art. 883). Así se dispone por el derecho común germánico. Parece que lo mismo acontece en Dinamarca, en Suecia y en Noruega. Esta sencillez de las poblaciones germánicas y escandinavas se encuentra en las naciones más meridionales. El reglamento de 1834 para los asuntos civiles en los Estados de la Iglesia (§ 623-625), consagra como principio general la admisión de la prueba por testigos. Otros países, tales como Inglaterra, á quien siguen en este punto los Estados Unidos, no exigen escrito sino para ciertos actos importantes, tales como los contratos sobre inmuebles, cuyo valor llega por lo menos á 10 libras esterlinas; tal es el objeto de una disposición comprendida en el estatuto vigésimonono de Carlos II, titulada: *Acta para prevenir los fraudes y los perjurios.* Prescindiendo de esta restricción (1), la Inglaterra ha permanecido, en cuanto á la prueba testimonial, como en tantos otros puntos, fiel á las antiguas costumbres. Leon Faucher nos dice, en efecto, en sus *Estudios sobre la Inglaterra* (capítulo de la *Aristocracia*): «Todo se hace en Inglaterra de palabra, así como en Francia por obligación escrita. El juramento se ha elevado al estado de institución y se prodiga sin temor de que se envilezca.., Un testimonio en Inglaterra vale, y es mucho decir, lo que vale un guarismo entre nosotros.» Por el contrario, en la mayor parte de las codificaciones modernas, especialmente en el código prusiano (título *de los contratos*, art. 131), se ha admitido el sistema francés. Sin embargo, algunas veces se le ha templado, elevando el valor

(1) Hállanse restricciones análogas en las leyes anglo-sajonas; pero como no era posible en aquella época exigir la redacción de un escrito, se requería solamente para los actos importantes la presencia de tres á cuatro testigos, ó bien del alcalde de la ciudad.

hasta el cual pueda ser recibida la prueba testimonial. Por eso el código italiano (art. 1341) fija este valor en 500 francos, y el código del cantón de Vaud (art. 995) lo eleva á 800 francos. Se concibe fácilmente esta diversidad de legislaciones. La cuestión de la admisibilidad de la información testifical es una de las cuestiones de moralidad y de disciplina nacional, cuya solución debe variar de pueblo á pueblo (1).

* * * La legislación española de nuestros antiguos Códigos no pone tasa ni limitación alguna en el valor ó importe de los contratos y demás para que puedan probarse por medio de testigos. Nuestros antiguos legisladores, atendiendo á la hidalguía del carácter español, no han temido que fueran sobornados los testigos por suma alguna. Sabida es también la disposición de la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Nov. Recop., sobre que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado, según la cual, queda perfecto el contrato inmediatamente que han convenido los contrayentes acerca de la cosa y del precio. Sin embargo, hay contratos en los que se requiere por nuestro derecho la escritura para la sustancia ó esencia del acto; y tal es, por ejemplo, el caso en que los contrayentes quieran que para su perfección se otorgue escritura pública, en cuyo caso hasta el otorgamiento de ésta no se perfecciona el contrato según prescribe la ley 1.ª, tit. 6.º, Part. 5.ª, (si bien este caso también se rige por la voluntad de los contratantes.)

También requiere nuestro derecho que todos los contratos de bienes inmuebles se reduzcan á escritura pública. Así lo dispone la ley 114, tit. 18, Part. 3.ª, que dice: «Más si tal carta fué fecha sobre cosa señalada, así como sobre vendida o cambio de casa o de viña de otra tal cosa, non vale para probar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presunción: e esto es porque las cartas de tales pleytos deben ser fechas por mano de escribanos públicos o de otros, seyendo firmadas por buenos testigos, porque falsedad ni engaño non debe ser fecho en ellas». Sin embargo, no se considera esta disposición como teniendo por objeto dar validez al contrato, ni á su perfección y consumación, sino que se entiende como refiriéndose á los efectos del contrato, á saber, que debiendo tomarse razón de esta escritura en la Contaduría de hipotecas, en el plazo señalado por las leyes administrativas, se evitan los fraudes de los que venden lo que no pueden, y se consigue que se asegure el pago de los tributos que pesan sobre la traslación de la propiedad inmueble. (Véase las leyes 2.ª y 3.ª, tit. 26, lib. 10 de la Nov. Recopilación y el Real decreto de 22 de Mayo de 1845.) La falta del requisito de extenderse escritura pública de dichas enajenaciones de inmuebles, solo influirá, pues, en la validez y efectos del contrato á que el documento se refiere, cuando haya de perseguirse alguna hipoteca, ó de discutirse sobre el gravamen de la finca á que se refiere aquella obligación (Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de Septiembre de 1865).

En cuanto al derecho mercantil, nuestro Código de comercio ha venido á adoptar la regla sancionada por el derecho francés que expone aquí M. Bonnier, sobre la prohibición de constituirse ó de poder probarse las convenciones de cierta importancia por medio de testigos. En el artículo 237, al facultar á los comercian-

---

(1) * Dos códigos recientes han admitido la prueba testimonial sin limitación de guarismos. Uno es el Código de procedimiento civil de Portugal de 1876 (Véase Noticia de M. Midosi en el *Anuario de legislación extranjera* de 1877, pág. 434); y el otro el Código de procedimiento civil para el imperio de Alemania de 1877 (Véase Noticia de M. Lederlín en la *Revista crítica de legislación y de jurisprudencia*, 1885, pág. 493). *

tes para contratar de palabra y al declarar válidos sus contratos, aunque no se hayan redactado por escrito, establece la limitación de que el interés del contrato, en tal caso, no debe exceder de mil reales vellón, prescribiendo en tal caso, que no tenga éste fuerza ejecutiva hasta que por confesión de los obligados, ó en otra forma legal, se pruebe la existencia del contrato y los términos en que éste se hizo. En las ferias y mercados asciende dicha cantidad á tres mil reales. Asimismo, en el artículo siguiente 238, dispone, que los contratos por mayor cantidad que las que van designadas en el artículo precedente, se reduzcan necesariamente á escritura pública ó privada, sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil.

Además, el art. 284 prescribe respecto de las sociedades mercantiles, que todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho.

Véanse las notas y adiciones á los números 147, 164 y 170.—(*N. del T.*)

*** El Código de comercio vigente previene en su art. 51 que serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase á que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, á no concurrir con alguna otra prueba. Se exceptúan de esta disposición (art. 52) los contratos que con arreglo al Código ó á las leyes especiales deban reducirse á escrituras ó requieran formas ó solemnidades necesarias para su eficacia; los celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas ó solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley española. En uno y otro caso los contratos que no lleven las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio.

Se comprenden en la primera de las excepciones del art. 51 que menciona el 52, y han de constar por escrito, público ó privado, según el caso, los contratos de seguro terrestre, afianzamiento mercantil, cambio, fletamento, préstamo á la gruesa y seguros marítimos (artículos 116, 382, 440, 443, 652, 720, 737). Véase la nota al núm. 136.—(*N. de la R.*)

Veamos ahora cual es la extensión del principio sentado por la ordenanza de Moulins, tal como se ha desarrollado por la doctrina y por la legislación posterior. Después veremos en qué casos hay excepciones á este principio, y en qué casos, por el contrario, se extiende más allá de sus límites ordinarios.

§ I. Aplicación de esta regla.

SUMARIO: 153. Verdadera trascendencia de la regla.—154. Consecuencias prácticas que deben sacarse de nuestra doctrina.

153. Aunque en la ordenanza de 1566 se emplea la expresión *todas las cosas,* que vuelve á encontrarse en el art. 1341 del Código civil, los autores contemporáneos estuvieron lejos de entenderla en el sentido de que lo comprendiera todo, *omnes res nostras,* como dice Boiceau. Al contrario, ateniéndose á la expresión práctica *se extenderá contrato,* usada con bastante impropiedad por los redacto-

res que interpretaron la ordenanza en el sentido de ser aplicable sólo á los contratos (V. Pothier, *Oblig.*, núm. 786), esta interpretación era poco racional; porque los hechos que disuelven la obligación, como el pago, la remisión, etc., se consignan por escrito, lo mismo que las convenciones ó contratos que tienen por objeto constituirla. De aquí las expresiones más generales de la ordenanza de 1667 (tít. 20, art. 2.º), que quiere se extienda acta ó escritura ante escribano, ó bajo firma privada de todas las cosas, cuyo valor exceda de 100 libras. Por esta palabra *cosas*, empleada sin restricción alguna, se ha querido comprender, tanto los *distractos* como los contratos, las convenciones *diversitivas*, como las convenciones *investitivas*, para usar el lenguaje de Bentham. Pero no se ha querido comprender en estas palabras más que lo que emana de la voluntad del hombre, las cosas *de que se quiere tratar ó disponer*, como dice el edicto de 1611 que ya hemos citado (1). Las expresiones de la ordenanza vuelven á encontrarse en el art. 1341, y no es posible interpretarlas de esta suerte. Y este es el sentido en que decía el Tribunal de Casación, en sus observaciones sobre el proyecto de Código (lib. 3.º, tít. 2.º, art. 232): *Facta probantur testibus, non conventiones.*

Es verdad que se ha propuesto sustituir á la redacción del Código esta fórmula: debe extenderse acta ó escritura de todo *hecho jurídico*, cuyo objeto es de un valor superior á 150 francos. (V. Zachariæ, § 762, con las notas de MM. Aubry y Rau). De esta suerte, se ponen fuera de la regla los acontecimientos naturales (salvo disposición expresa en sentido contrario, como la hay respecto de los nacimientos y defunciones) y los hechos del hombre que sólo ofrecen resultados materiales, como la posesión. Este modo de explicar la regla es, sin duda alguna, más propio y atinado que la fórmula empleada por la ordenanza de 1667 y por el Código civil, pero no nos parece enteramente exacto. Nos es imposible comprender, por qué no ha de ser la posesión un hecho jurídico, puesto que supone un elemento moral, prescindiendo del hecho material de la detención: *Plurimum ex jure possessio mutuatur*, dice Papiniano (lib. 29, pr. D. *de adq. poss.*). Así, pues, quedaría necesariamente comprendida en la regla entendida de un modo tan lato. Los autores que combatimos llegan, en efecto, á esta conclusión; que es

(1) «Las cosas que no pueden reducirse á escritura,—decía el abogado general Joly de Fleury en su informe de 2 de Agosto de 1706,—que no son susceptibles de convención, no se han comprendido nunca en esta disposición.»

permitido probar por testigos los hechos materiales de posesión, como la siembra, el desmonte, etc., etc. (Véase deneg., 23 de Mayo de 1860), pero no los caracteres jurídicos de la posesión, especialmente el título precario, si se pretende que la posesión no ha tenido lugar más que á título de arrendamiento *(Cód. civil,* artículo 2236). Pero la Audiencia de París ha fallado, con razón, el 17 de Noviembre de 1865, que el art. 1715, que prohibe la prueba del arrendamiento por medio de testigos, cualquiera que sea el valor del arriendo, se aplica sólo á las discusiones entre el arrendatario y el tenedor acerca de la existencia y condiciones del arriendo; que la prueba del arrendamiento no es más que la prueba de un simple hecho, puesto que ella no es otra cosa que accesoria sobre la discusión de la propiedad, sirviendo para determinar el verdadero carácter de la posesión. Así el juez de paz que entiende de una acción posesoria está llamado á fallar sobre el título precario de la posesión *(Cód. de proc.,* art. 23), y sin embargo, es evidente que este juez falla, por medio de investigaciones (Ibid., art. 24). El Tribunal de Casación, con arreglo á esta doctrina (Deneg., 20 de Abril de 1868) ha autorizado á un municipio á apoyar su posesión á título de propietario, de un terreno que estaba puesto en tela de juicio por presunciones, especialmente por el pago de las contribuciones. La única idea racional es considerar, con los primeros comentadores de la ordenanza de Moulins, que la prohibición se refiere al caso en que las partes trataron juntamente: *De quibus pacisci consueverunt,* dice Boiceau (lib. 1.°, cap. 2.°, núm. 1.°), *ut passim in jure reperitur sub his verbis gesserunt, contraxerunt.* Es preciso, pues, que haya *aliquid gestum.* Por eso, se ha autorizado por sentencia de 23 de Mayo de 1860, á un arrendatario á probar por medio de testigos, para obtener una indemnización, que había efectuado plantaciones por valor de más de 150 francos, si bien en tal caso había *aliquid factum,* pero no *aliquid gestum.* Por otra parte, si las expresiones *cosas* ó *hechos jurídicos* tienen sobrada extensión, se comprende que el legislador no haya querido adoptar tampoco la palabra *convención*, que se hallaba en la redacción presentada al Consejo de Estado (1). Y en efecto, esta expresión no puede casi emplearse para designar el pago de los atrasos de una renta, pago que tiene interés en justificar el acreedor para evitar su prescripción; y no obstante, no es este un hecho susceptible de probarse por testigos, desde que el capital de la renta

(1) La palabra *convención* ha sido adoptada por el art. 1341 del Código italiano.

excede de los 150 francos, puesto que el acreedor puede hacer que le entregue el deudor un contrarecibo. En el día se reprueba generalmente la opinión contraria adoptada en un principio en varias sentencias. El Tribunal de Casación anuló el 28 de Junio de 1854 una sentencia del tribunal de Douai, que admitió la prueba testimonial, para el efecto de probar por testigos la percepción de los atrasos de una renta, declarando inaplicables en semejante caso las disposiciones de los arts. 1341 y 1347 del Código civil, relativas á los contratos. Versaba el caso sobre una *transacción* en el sentido más lato de la palabra, de *cosas de que se quiere tratar ó disponer,* como dice el edicto de 1611. El espíritu de la ley es, en su consecuencia, que se redacte un escrito.

Llégase sin duda alguna al mismo resultado práctico, cuando se pregunta de un modo general, si ha sido ó no moralmente posible extender acta de lo que se trató. Pero sentada de esta suerte la regla, está lejos de satisfacer á la razón, puesto que siempre queda por preguntar, qué hechos ha querido someter el legislador á la necesidad de que se consignen por escrito. Creemos que no se puede entender bien el principio del Código, sino aclarándole, como hemos hecho, por medio de los documentos de la antigua jurisprudencia (1).

154. Esta observación nos conduce á rectificar la redacción doblemente inexacta del art. 1348: 1.° Esta redacción es desde luego viciosa en cuanto presenta como excepción á la regla prohibitiva de la información, la admisión de la prueba por medio de testigos de los delitos ó cuasi delitos. No había necesidad de exceptuar los actos ilícitos, puesto que jamás fueron comprendidos en la regla. Boiceau (lib. 1.°, cap. 10, núm. 5.°) no se equivocó sobre esto: *Quod autem ad obligationes ex maleficio descendentes, satis vulgatum est eas hac lege non comprehendi, quia scriptis delinqui non soleat, imo clam vel noctu.* Además, la facultad de probar por medio de testigos no se limita á los hechos calificados de delitos ó cuasi delitos. Siempre que arguye dolo, no se trata de probar una convención susceptible de consignarse por escrito, sino más bien, maniobras fraudulentas que no serían precisamente tales, si me fuera posible extender acta de ellas instantáneamente. (Véase una aplicación notable de esta doctrina en una sentencia denegatoria, dictada por la

(1) * C. pr. Demolombe, tomo 30, núms. 13 y siguientes y sobre todo Aubry y Rau, *Derecho civil francés,* t. 8.°, § 762 y las notas, donde se encuentran discutidas y combatidas algunas ideas de M. Bonnier. *

Sala de lo civil el 29 de Enero de 1867). En su consecuencia, es aplicable la regla del art. 1341; y, según veremos, no hay que atenerse á la regla del art. 1353, que parece no reservar otro recurso para acreditar el fraude que las presunciones, que quedan abandonadas á la ilustración del juez. La segunda inexactitud de este mismo párrafo del art. 1348, es que confunde en una misma redacción todos los *cuasicontratos*, que presenta como fuera de la prohibición. Ahora bien: de los dos cuasicontratos mencionados por el Código, hay uno sin duda, la gestión de negocios, que refiriéndose á un simple hecho ocurrido entre partes que no están presentes, no se halla sujeto á la prueba literal, y bajo este respecto, como por otras consideraciones, es de grande interés distinguir en la práctica el *negotiorum gestor* del mandatario (Sent. deneg. de 19 de Marzo de 1845); pero el otro cuasicontrato, que nace del cobro de lo indebido, entra en la regla del art. 1341, puesto que quien quiere verificar un pago debe hacer que se le entregue un recibo. Nadie duda, á pesar de los términos generales de la ley, en hacer esta distinción; pero se comprende que es más sencillo distinguir siempre si se trata ó no de un acto convencional.

§ II. Excepciones á esta regla.

SUMARIO: 155. Carácter de las diversas excepciones al principio que prohibe la prueba testimonial de las convenciones.—156. Modicidad del valor del litigio: tasa de 100 libras antiguamente, de 150 francos en el día.—157. Valoración del importe de la demanda. Cómo se verifica cuando se trata de la competencia en última instancia.—158. Necesidad de que el juez haga aquí una valuación, si no la hacen los demandantes.—159. Facultad de atacar esta última valuación. Casos en que el crédito es el remanente de una suma mayor.—160. Acumulación de los intereses al capital. ¿Qué debe hacerse respecto de los daños y perjuicios?—161. Casos en que se reclaman muchos créditos al mismo tiempo.—162. Acumulación de las demandas en el mismo escrito. Trascendencia de esta regla.—163. Sanción de esta regla.—164. Resumen de nuestra doctrina. Su aplicación á la prueba de las sociedades civiles.—165. Principio de prueba por escrito: origen de esta excepción.—166. Dificultades que suscita el principio de la prueba por escrito. Remisión.—167. De quién debe emanar el escrito.—168. De qué piezas puede tomarse el principio de la prueba.—169. Debe hacer verosímil el hecho alegado.—170. Competencia en esta materia.—171. Imposibilidad de adquirir una prueba literal. La gestión de negocios, los delitos y cuasi delitos, se hallan fuera de la regla.—172. Imposibilidad física ó moral. Depósito necesario.—173. Prueba que debe hacerse contra el posadero ó contra el trajinero ó conductor.—174. Materias comerciales.—175. Casos en que se pierde el escrito.—176. Disposición extremada en caso de perderse los autos criminales.—177. Consentimiento del adversario. ¿Es suficiente este consentimiento para autorizar la prueba por medio de testigos?

155. Las excepciones á la regla del art. 1341 se refieren, ó al poco valor del litigio (arts. 1341 y sigs.), ó á la existencia de un

principio de prueba por escrito que da una base á las pretensiones de los demandantes (art. 1347); ó finalmente, á la imposibilidad física ó moral de proporcionarse un escrito. Además de estas excepciones, fundadas en la ley, tendremos que investigar si puede ó no dispensar al demandante el consentimiento del adversario, de observar esta regla.

PRIMERA CAUSA DE EXCEPCIÓN

Modicidad del valor del litigio.

156. La primer limitación puesta al principio que excluye la información de los testigos en materia convencional, es el temperamento que se contiene en la misma enunciación del principio que admite á los testigos cuando el valor no llega á cierta suma. Este temperamento parece racional, bien sea que se atienda á los gastos del escrito, bien sea al peligro del soborno. La suma fijada en 100 libras por las ordenanzas de 1556 y de 1667, es de 150 francos según el Código civil. Pero al suavizar este Código, al parecer, la prohibición, la agrava singularmente en el fondo, si se la compara hoy á lo que era en el siglo xv, porque no es necesario tener nociones muy profundas en economía política para saber que 100 libras en 1556 corresponden á más de 150 francos en el día. Esta agravación se ha hecho á ciencia cierta por el legislador, como lo consigna el informe del Tribunado. ¿Debe decirse, para deshonra de nuestro siglo, que este envilecimiento del valor del numerario está compensado por el mayor desarrollo de la corrupción de las personas? ¿O debe únicamente observarse con el Tribunal de Casación *(Observaciones sobre el proyecto de Código*, lib. 3.°, tít. 2.°, art. 232), que en el día se halla mucho más difundido el uso de la escritura?

157. Como quiera que sea, no hay que apreciar el valor ó importe del litigio solamente en el caso de la prueba testimonial. Sucede lo mismo cuando se trata de saber si se pronunció en primera ó última instancia la sentencia de un tribunal de distrito *(arrondissement)*. En esta hipótesis, ó bien no ha valuado su pretensión el demandante, y entonces el juez debe valuarla según los elementos determinados por la ley, tales como una escritura de arriendo no sospechosa (ley de 11 de Abril de 1838, art. 1.°); y faltando estos elementos, se sostiene generalmente que no debe verificarse un juicio pericial, porque sería demasiado costoso, sino que se debe admitir la apelación en caso de duda; ó bien ha determinado el mismo demandante la cuota ó suma total de sus pretensio-

nes, y entonces, como no puede exceder de esta cuota (*Cód. de proc.*, art. 480, 4.º), fija irrevocablemente el importe de la demanda. Pues bien: ni una ni otra de estas soluciones es admisible respecto de la prueba por medio de testigos.

158. Y desde luego, en caso de guardar silencio el demandante, no ha determinado la ley ningún elemento al que sea preciso atenerse para averiguar si el valor del pleito excede ó no de 150 francos. El juez tiene, pues, un poder discrecional para hacer esta valuación; pero hay aquí una diferencia fundamental, cual es que esta valuación es forzosa. A diferencia de la apelación, la información no es de derecho común, porque el demandado á favor del cual se ha introducido la restricción tiene siempre derecho de rechazar á los testigos, probando que ha habido exceso de la tasa legal; y de aquí la necesidad de una apreciación, para la cual deben consultarse cuidadosamente todos los documentos de la causa ó negocio (Boiceau, lib. 1.º, cap. 18, núm. 3.º). Convendrá no recurrir á un juicio pericial sino en el último extremo, puesto que será sensible, en negocios tan poco importantes, tener que soportar á un tiempo mismo los gastos de un juicio pericial y los de una información.

159. Supongamos ahora que existe la valuación por parte del demandante; en tal caso, no es posible aceptarla de un modo absoluto. En efecto: el único motivo que para ello tiene el legislador no es el temor de que sean sobornados los testigos; de otra suerte, procedería como respecto de las competencias; no atendería nunca más que al interés del demandante, interés cuyo máximo se fija en la súplica ó conclusiones. Al contrario, los arts. 1343 y 1344, reproduciendo la doctrina de una sentencia del Parlamento de París de 17 de Diciembre de 1638, prohiben la admisión de la prueba testimonial cuando el demandante restringe su demanda primitiva (1) ó cuando declara que su crédito es el resto de un crédito mayor que excedía de la tasa legal (2). Estos artículos están en perfecta armonía con la disposición del art. 1341, el cual, al ordenar que se extienda acta ó escrito, se refiere al momento de la convención de las partes y no á la época del litigio. Así, pues, no puede admitirse la va-

---

(1) A no ser que haya error de hecho en la valuación contenida en esta demanda, pues este error permite revocar una confesión, aunque sea judicial. (*Código civ.*, art. 1356.)

(2) En cuanto á este último punto, ha prevalecido la opinión de Danty sobre la de Boiceau (Ad. sobre el cap. 18, núm. 5.º)

luación del demandante, sino en cuanto se reconoce que es sincera. Si pues los testigos á quienes se oye ó examina declaran que su valor es superior al que reclamaba el demandante, su pretensión, suponiendo que se apoya sólo en la información testifical, deberá ser desechada según los términos mismos del art. 1344, puesto que se verá que la suma reclamada forma parte de un crédito mayor, y que no se ha probado por escrito.

Sería igualmente necesario atenerse á la deposición de los testigos si de ella resultase que la suma demandada es el resto de un crédito superior á la tasa legal. Si el art. 1344 habla de una *declaración* del demandante, sólo es en sentido puramente enunciativo.

Puede también suceder, que el demandante no haya sido jamás acreedor de una suma superior á 150 francos, y que no se le admita á probar su crédito por medio de testigos. Por ejemplo, ha prestado una persona 200 francos sin exigir recibo, y deja dos herederos: cada uno de estos herederos, aunque no tenga personalmente más que un crédito de 100 francos, no será admitido á probarlo con testigos; la culpa es de su autor por no haberse colocado en posición legal ó por no haber exigido el recibo que requiere la ley. Para comprender esta hipótesis, prevista por Pothier (*Oblig.*, núm. 790), se añadió, á petición del Tribunado, después de las palabras *ser el remanente ó resíduo*, que contenía el proyecto del Código, las palabras *hacer ó formar parte*, que se hallan en la redacción definitiva del art. 1344.

Mas para que haya falta imputable al demandante, es preciso que haya existido un crédito de una suma superior á la de 150 francos. Pues si desde un principio se hallaba reducido el crédito á una suma inferior al límite legal, á consecuencia de un pago parcial hecho al contado, no ha habido nunca obligación de extender una acta ó escrito, por ejemplo, si se ha vendido un objeto en 200 francos, de los cuales, se han pagado 150 inmediatamente, pues no siendo el vendedor entonces acreedor más que de 50 francos, no se podría exigir que soportara los gastos de un escrito, y es admisible en tal caso la prueba testimonial. Asimismo, Pothier (Ibid., núm. 791), después de haber decidido que no puedo probar por testigos un crédito de 50 libras de mi haber hereditario en un préstamo de 200 libras que contrajo mi padre, á quien sucedí en una cuarta parte, añade, que debe admitírseme á ofrecer la prueba testimonial, no del préstamo de 200 libras, sino de una promesa que me hiciera el deudor de pagarme 50 libras por la cuarta parte que se me debia; pues entonces se trata efectivamente de probar,

no el crédito primitivo, sino un nuevo crédito que no recae bajo la prohibición del legislador.

160. Es igualmente aplicable en lo relativo á la competencia y en lo concerniente á la prueba testimonial, la decisión que prescribe acumular al principal los intereses vencidos hasta el día de la demanda (*Cód. civil*, art. 1342). Podría objetarse que el demandante no faltaba en el momento en que se constituyó el crédito, si independientemente de los intereses que han de vencer, no ascendía aquél á 150 francos. Pero se supone que debió hacerse pagar los intereses, ó entregar un recibo, desde que excedieron de la tasa legal. Mas no deben confundirse con los intereses, cuya tasa pudo preverse anticipadamente, los *daños y perjuicios* que puede ocasionar la falta de cumplimiento de una obligación. El perjuicio eventual que resulta de esta falta de cumplimiento es un hecho posterior que se aproxima mucho á un delito (*Cód. penal*, art. 408; *Cód. civil*, art. 1348, § 1.º), y que no se podía racionalmente tener en cuenta, cuando se trata de saber si se debía ó no extender un acta de la convención. Tal parece haber sido la idea de la sección de legislación del Consejo de Estado, visto el cambio de redacción que hizo efectuar en el art. 1342, el cual, en el proyecto de Código se hallaba concebido en estos términos: «La regla arriba expuesta se aplica al caso en que contiene la acción, además de la demanda del capital, una demanda de indemnización *de daños y perjuicios* que exceda de la suma de 150 francos.»

De otra suerte sería si hubiesen fijado las partes por una cláusula, anticipadamente, la suma de los daños y perjuicios (Ibid., artículo 1152). Esta cláusula, que equivale á una estipulación de intereses, debe, como cualquier otra convención, probarse por escrito dentro de los límites fijados por la ley.

En lo relativo á la competencia en última instancia ante los tribunales civiles, como se trata de saber, no lo que ha debido redactarse por escrito, sino sobre lo qué es llamado el Tribunal actualmente á sentenciar, las demandas sobre indemnización de daños y perjuicios deben en general tomarse en consideración para la valoración de la importancia del litigio (ley de 10 de Abril de 1838, art. 2.º)

161. Boiceau (lib. 1.º, cap. 18, núms. 11 y 12) se proponía la cuestión, de si había lugar á admitir la prueba de testigos cuando se reunían en una misma reclamación ó libelo muchas demandas, cuyo total importe excedía de la tasa legal: *Si plures videlicet petitiones uno libello concipiantur, quæ coacervatæ centesimam libram exce-*

dant, discretæ vero centesimam summam non egrediantur. Y respondía distinguiendo si estas demandas procedían ó no de diferentes causas. Esta decisión era exacta en lo que no preveía el legislador: no se contravenía á la ordenanza de Moulins tratando verbalmente dos asuntos distintos, por ejemplo, un préstamo y una venta, cuando el importe de estos asuntos, considerados aisladamente, no excedían de la tasa legal. Pero la ordenanza de 1667 (tít. 20, art. 5.º), cuya disposición reprodujo el art. 1345 del Código, extendió la prohibición á esta hipótesis. «Habiendo sido el espíritu de la ordenanza, dice Pothier (Ibid,, núm. 792), defendiendo esta prueba, que los particulares no se expusieran al riesgo de que se sobornaran los testigos con sumas considerables que excedieran de 100 libras y que les pidieran testigos inmorales, debe denegarse aquella prueba, bien sea que se pretenda dicha suma por una ó por muchas causas, pues de esta suerte sería tan facil sobornar á testigos que testifican sobre muchos créditos falsos, como sobornar á los que testifican sobre uno solo. Cuando á los créditos que no exceden de esta suma agrega el acreedor otro nuevo crédito que hace ascender el total de todos ellos á más de 100 libras, debe extender acta ó documento escrito.»

Este último motivo deja de ser aplicable si provienen los créditos de diferentes personas, por sucesión, donación ó de otra suerte; en tal caso, no se contraviene al espíritu de la ley, ni por parte del acreedor actual, ni por parte de sus autores, puesto que su unión no es ya la consecuencia de un contrato celebrado con el mismo deudor, sino que resulta de la fuerza de las cosas. Entonces, tanto el Código (art. 1345), como la ordenanza, admiten la prueba de testigos.

162. Hubiérase podido eludir esta última prohibición, intentando sucesivamente acciones inferiores á la tasa legal. Tal es el principal motivo de la regla (art. 1346) que prescribe acumular en un solo y mismo escrito todas las demandas por cualquier título que sea, que no estén debidamente justificadas por escrito, añadiendo, que las demás demandas, de que no haya prueba por escrito, no deberán ser admitidas. ¿Debe aplicarse esta prescripción aun á las deudas que provienen de personas diferentes, y que son desde entonces susceptibles de probarse por testigos? Podría creerse que no, si sólo se atendiera á la idea de que la ley ha querido evitar que se defraude la prohibición del art. 1341, fraude que aquí no tiene objeto, puesto que se admite la información á causa del diverso origen de las deudas. Pero el art. 1346 no hace más que re-

producir una disposición de la ordenanza de 1667 (tít. 20, art. 6.º) que, independientemente de las reglas de la prueba, tiene por objeto evitar la multiplicación de procesos de poca importancia (1), (V. el acta verbal de las conferencias sobre la ordenanza de 1667, discusión sobre el tít. 17 del proyecto, art. 4.º) (2).

No obstante, no se podrá exigir del acreedor la acumulación cuando fuese moralmente imposible, lo que sucedería, si hubiese ignorado que se había abierto la sucesión de que provenía el nuevo crédito.

Dado este primer paso, ¿deberá avanzarse más y exigir la acumulación de las demandas también en el caso de que se apoyaran en un principio de prueba por escrito? Los términos de la ordenanza y del Código, *que no se justifiquen enteramente por escrito,* conducen forzosamente á esta solución. Es verdad que el art. 1347 parece contradecirla, al declarar que *las reglas arriba expuestas,* y por consiguiente, según dice, el art. 1346, se hallan exceptuadas cuando hay un principio de prueba por escrito; pero esta redacción se explica perfectamente, si uno recuerda el proyecto del Código, en el cual no figuraba el art. 1346. A la ventaja que acabamos de notar de simplificarse el proceso, se puede añadir también la utilidad que resulta para la buena tramitación de los asuntos, de reunirse en una sola información, hechos que serán muchas veces conexos. No nos parece, pues, que esta parte del Código civil merezca las críticas de que ha sido frecuentemente objeto.

No llegaremos, sin embargo, hasta extender, como han hecho ciertos autores, la prescripción de la ley á los créditos que no son aún exigibles. No hay duda que el legislador hubiera podido llevar el rigor de la lógica hasta aquí. Pero no lo ha hecho, y se ha detenido en los términos del buen sentido práctico, hablando de las *demandas entabladas;* no se entabla demanda por créditos no

---

(1) No existe, no obstante, prescripción de esta clase bajo el punto de vista de la competencia. Nada impide á un litigante dividir sus acciones para evitar los gastos de una jurisdicción superior. No tenemos institución alguna que se parezca á la excepción *rei residuæ* (Gayo, com. 4.º, §. 122) de los romanos. Pero aunque nuestras leyes guarden igualmente silencio en el caso de que se dividiera un crédito único, lo cual daba lugar á la excepción *litis dividuæ* (Gayo, *ibid.*), los autores más exactos sostienen que el demandado podría obligar á su adversario á no fraccionar su demanda. La conducta del litigante que quiere proceder por partes es tan inconsecuente, como poco respetuosa al Tribunal.

(2) M. el presidente de Novión, dijo, que los procesos que se formen por diferentes causas pueden acumularse para la mayor facilidad de su conocimiento; que esta multiplicidad de acciones era contraria á la presente reforma.

vencidos, y no puede haber lugar, á falta de texto, á declarar la caducidad respecto del demandante por haber omitido en el libelo la mención insólita de créditos extraños á la instancia actual.

163. Hablamos de caducidad. Tal es, en efecto, la sanción que formula el art. 1346, declarando que las demandas sobre que no haya prueba por escrito *no serán admitidas*. No debe, pues, decirse solamente que estas demandas no podrán probarse por testigos, y dejar abierto el camino á los demás medios de prueba, tales como la confesión de la parte y el juramento. Aquí se trata, no nos cansaremos de repetirlo, de una medida que tiene por objetos implificar los procesos, y por consiguiente, prescrita de un modo absoluto. Asimismo, la ley se dirige al juez, prohibiéndole *admitir la demanda* (V. *Código de procedimiento,* art. 48) y desde entonces, si llega á reconocer por declaración de las partes ó de los testigos, que existen, además de los créditos mencionados en el libelo, otros créditos exigibles no justificados por escrito, debe declarar de oficio no admisible la demanda.

164. En resumen, he aquí cual parece ser el sistema de la ley sobre la valuación del objeto litigioso. Refiérese desde luego al momento en que se ha verificado la convención para ver, si en aquella época, excedía ó no su valor de la tasa legal, aun cuando actualmente sea inferior á esa tasa. Además, en sentido inverso, no basta que en el origen no haya excedido de la suma de 150 francos; y así, examina si después no se ha traspasado el límite fijado. Estos dos puntos de vista corresponden á los dos motivos muy distintos de la prohibición. La ley se refiere á lo pasado, porque su objeto es asegurar una prueba estable desde un principio; se refiere á lo presente, porque no debe perderse de vista tampoco el peligro de que se soborne á los testigos (1).

En nuestras primeras ediciones y para resolver la cuestión tan controvertida á que ha dado origen el texto del art. 1834, nos habíamos fijado en las siguientes palabras: «Toda clase de sociedad debe redactarse por escrito, cuando su *objeto* es de un valor de más de 150 francos.» Pregúntase, ¿qué debe entenderse por el *objeto* de una sociedad? Existen sobre este artículo dos opiniones diametralmente opuestas. Penetrados unos de la idea de que el ánimo del

(1) * La opinión M. Bonnier es generalmente rechazada, y la mayor parte de los autores estiman que es necesario referirse á una sola época, á la de la formación de la convención. Son de este parecer, Calmet de Santerre, *Curso analítico del Código civil* (Véase números 315 duplicado, 9.° y siguientes; Aubry et Rau, *Derecho civil francés*, 8.°, § 762, texto 6 y nota 24; Demolombe 30, núm. 33.) *

legislador ha sido se redacte una acta ó escrito cuando se forme la sociedad, se atienen, no al interés ulterior de los asociados, sino al valor en un principio de la sociedad, cualquiera que sea el aumento que haya recibido desde entonces. Otros, por el contrario, teniendo sobre todo presente el peligro de que se soborne á los testigos, no se hacen cargo de la importancia que puede alcanzar la sociedad considerada colectivamente, sino que atienden tan sólo al interés del asociado demandante, á quien autorizan para obtener la información, si su reclamación no excede de 150 francos. Cada una de estas opiniones se apoya en un fondo de verdad; su sola falta es ser exclusivas. Así, parece que no pueden admitirse testigos ni en el caso de que el objeto total de la sociedad excediera primitivamente de 150 francos, ni en el caso de que el interés colectivo hubiera llegado á exceder á la sazón de esta suma. Decimos, el interés colectivo y no el individual; porque hablando del *objeto* de la sociedad y no del fondo de cada asociado, el Código mira en globo el activo social. Si se alega, en el primer caso, que ha disminuído el valor de la sociedad, es fácil contestar, que no se admite la prueba testimonial respecto de una suma que sería el remanente de un crédito mayor, no probado por escrito (art. 1344). Y si se pretende en el segundo caso, que ha bastado á las partes no contravenir á la ley cuando se celebró el contrato, oponemos el art. 1342, que obliga á acumular los intereses al capital. ¿No hay identidad de razón respecto de los beneficios capitalizados? No haríamos excepción más que para la hipótesis en que el mismo vencimiento de estos beneficios, siendo la señal de la disolución de la sociedad, hubiese sido poco razonable el exigir un escrito á los asociados, suponiendo que no estuviesen obligados á ello cuando se han reunido.

Pero nos parece más acertado, en definitiva, atenernos á la primer opinión, y considerar pura y simplemente el *objeto* de la sociedad desde su formación. Sin duda alguna, en el asunto fallado por la Audiencia de Turín el 24 de Marzo de 1807, el mismo vencimiento de los beneficios era la señal de la disolución de la sociedad, porque se trataba de una cantidad jugada á la lotería, el premio pasaba de 150 francos, y era igual á los importes de lo jugado, no excediendo de este valor. Pero los fundamentos de la sentencia son más generales. «Para determinar el objeto de la sociedad, dice la Audiencia de Turín, es preciso fijarse en el importe de la suma y el valor de la cosa que las partes han puesto en común, y el beneficio que puede resultar, no siendo más que un objeto incierto,

futuro, accesorio y dependiente del contrato principal de la sociedad.» No hay, pues, lugar, dentro del silencio de la ley, á asimilar los beneficios á los intereses.

*** El proyecto del Código civil español de 1851 contiene también varias disposiciones para determinar la cuantía ó importe del objeto del litigio. Ya en el párrafo 2.° del art. 1220 determina que la prohibición del párrafo primero, de no admitirse prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público ó privado, es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, ascienda á cien duros ó más. En el art. 1221 se previene, además, que al demandante de cien ó más duros, no se admitirá la prueba testimonial, aunque limite su demanda á una suma menor, y en el 1222 se determina que tampoco se admitirá prueba testimonial en las demandas de menos de cien duros, cuando se declare que la suma demandada es la parte ó resto de un crédito más cuantioso que no está consignado por escrito; y finalmente, se previene en el art. 1223 por vía de excepción á dichas prescripciones, que lo dispuesto en los tres artículos anteriores no tiene lugar cuando existe algún principio de prueba por escrito, determinando los casos en qué la hay, y asimismo el art. 1224 exceptúa también el caso de que no haya sido posible al acreedor obtener una prueba instrumental de la obligación; cuyas excepciones se exponen en las adiciones á los números 170 y 176.—*(N. del T.)*

*** En nuestras notas anteriores dejamos consignadas las disposiciones del derecho español vigente en la materia objeto de los párrafos 153 y siguientes. No recordamos aquí las de la ley de Enjuiciamiento civil, relativas á la fijación del valor de la cosa demandada, porque no afectan á la prueba, sino á la determinación de la competencia y de la clase del juicio en que haya de promoverse la reclamación.

En cuanto á lo expuesto en el párrafo núm. 163, acerca de la no admisión de las demandas á que no acompañe prueba por escrito, ordena la ley de Enjuiciamiento civil vigente, que para decretar el embargo preventivo será necesario que con la solicitud se presente un documento del que resulte la existencia de la deuda (art. 1400). La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución (art. 1429). Con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funda, sin cuyo requisito no se le dará curso (art. 1537). El que se crea con derecho á pedir alimentos provisionales, presentará con la demanda los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud los pida; y el juez no admitirá la demanda, si no se acompañaren dichos documentos (artículos 1609 y 1610). Para que puedan darse curso á las demandas de retracto se requiere que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto (art. 1618).—*(N. de la R).*

SEGUNDA CAUSA DE EXCEPCIÓN

Principio de prueba por escrito.

165. La exclusión de la prueba testimonial, en materia convencional al menos, no tiene por objeto, según ya lo hemos dicho, exigir imperiosamente un escrito. Las demás pruebas orales menos sospechosas, la confesión y el juramento, son admisibles, cuando no se requiere la escritura para la sustancia ó esencia de lacto, como en el contrato de matrimonio. Pero, si una confesión completa prueba

la convención, se concibe que pueda haber una confesión incompleta que haga verosímil el hecho alegado, sin que no obstante lo demuestre plenamente. Si esta confesión imperfecta se halla consignada por escrito, porque de otra suerte se caería en un círculo vicioso; da á la pretensión una base bastante sólida, para que se pueda sin peligro admitir los testigos. Tal es la teoría que resulta de la definición que da el art. 1347 del principio de prueba por escrito: «Se llama así toda acta ó escrito que emana de aquel contra quien se entabló la demanda, ó de aquel á quien representa y que hace verosímil el hecho alegado.»

En la antigua jurisprudencia, y sobre todo, en una época muy próxima á la ordenanza de Moulins, no se exigía, como hoy, que el principio de prueba tuviera el carácter de una confesion, es decir, que partiese del demandado. Se consideró la ordenanza como exagerada, y se acogió favorablemente todo medio de eludir su aplicación. Mornac *(ad. leg. certi, § quoniam, D. de reb. cred.)* se expresa en estos términos: «*Prohibita non est edicto regio probatio per testes in summa quæ centum libras superat, si vel tantillum scripto, cui fides adhibeatur, de re controversa constiterit, quum summum illud jus invectum sit in mores gallicos ob testium facilitatem.* «Por esto se consideró por una sentencia citada por Vrevin (sobre el art. 54 de la ordenanza de Moulins) un recibo extendido por una viuda como un principio de prueba contra los herederos de su marido. La ordenanza de 1667, si no confirmó esta jurisprudencia, tampoco la condenó, puesto que no hizo más que mencionar (tít. 20, art. 3.º) el principio de prueba por escrito, sin definirle. Los autores más exactos, especialmente Danty *(ad.* sobre Boiceau, partida 2.ª, capítulo 1.º) y Pothier *(Oblig.*, núm. 808), enseñaron perfectamente, que el escrito debía emanar de una parte interesada en la controversia; pero nada obligaba á los tribunales á conformarse con esta opinión, y el Tribunal de Casación juzga constantemente, que se puede aun en el día, para los casos ocurridos antes de la promulgación del Código, considerar como principio de prueba una pieza de prueba que proceda de un tercero extraño al litigio.

166. La doctrina de Danty y de Pothier, autorizada en el día por la ley, recibe todavía notables excepciones (V. los arts. 1335 y 1336). Pero no es aun tiempo de examinar las cuestiones tan controvertidas que se suscitan sobre los actos que pueden servir de principio de prueba, cuando estos actos emanan de terceros, ó bien cuando presentan ciertos vicios de forma. La solución de estas cuestiones supone necesariamente el conocimiento de las condicio-

nes requeridas para que haga fe un acta. La remitimos, pues, á nuestros desarrollos ulteriores sobre las pruebas preconstituidas. Aquí supondremos que se ha presentado en juicio el escrito como naciendo de aquel contra quien se interpuso la demanda, y tenemos que preguntarnos con qué condiciones puede admitirse á título de principio de prueba.

167. En primer lugar, según los términos del art. 1347, el autor del escrito debe ser el demandado, ó *aquel á quien representa*, por ejemplo, el difunto relativamente al heredero. Lo mismo sucede en sentido inverso, respecto de *aquel que lo representa;* así, los escritos del mandatario pueden oponerse al mandante; en este sentido ha sentenciado el Tribunal de Casación en lo que se refiere al mandato legal del tutor. (Deneg. 23 de Noviembre de 1869.)

168. En segundo lugar, el escrito debe *emanar del demandado.* Es un grave error calificar de principio de prueba por escrito, como hace Toullier (5.ª edición, tomo 9.°, núm. 61) las escrituras privadas que no están comprobadas ni reconocidas. Estas escrituras carecen de valor legal, mientras se ignora su origen, y sería incurrir en una verdadera petición de principio, querer corroborar con la prueba testimonial una confesión cuya existencia no se ha demostrado. El ilustre profesor de Rennes parece haber confundido los testigos llamados algunas veces á comprobar una escritura, con los que vienen á declarar sobre la existencia del contrato. En el primer caso, los testigos vienen á atestiguar, no lo que contiene el escrito, sino la confección misma del escrito, cuyo origen se niega. En el segundo, vienen á atestiguar el hecho que el escrito hace verosímil. Así, cuando se trata de principio de prueba por escrito, puede haber dos informaciones distintas: la una teniendo por objeto consignar que el escrito alegado es de puño y letra de aquel á quien se atribuye; la otra el acreditar, por medio de otras declaraciones, el hecho mismo del contrato, que este escrito permite probar por medio de testigos. La primera de estas informaciones se admite solamente *de plano*, como refiriéndose á un simple hecho, la confección del escrito, al cual no se aplica la prohibición del artículo 1341 (V. el núm. 153). La escritura, por otra parte, se supone procede del demandado, por lo mismo que admite su autoridad, según así se ha sentenciado (Deneg. 8 de Agosto de 1860) para un libro de comercio admitido como elemento de cuentas.

Para que el escrito presentado tenga algún valor, es preciso que su origen no pueda ser discutido. El Tribunal de Casación ha rechazado con razón (Cas. 9 de Noviembre de 1842), la autoridad de

las notas informes encontradas entre los papeles de un pretendido deudor, y hasta á las declaraciones no firmadas, recibidas por un notario ó un escribano (Cas. 27 de Enero de 1868); pero ha admitido á título de principio de prueba las declaraciones prestadas en un interrogatorio sobre hechos y artículos, aunque no firmadas por la parte (Deneg. 14 de Enero de 1868) (1), y las conclusiones notificadas en su nombre (Deneg. 1.° de Agosto de 1867) (2), y lo mismo sería respecto de una acta de un juicio de conciliación (3).

En cuanto á las respuestas dadas en una comparecencia de las partes en la Audiencia y consignadas en los resultandos de la sentencia, se ha criticado la jurisprudencia (Sent. den. de 7 de Julio de 1840 y de 27 de Noviembre de 1842), que las considera como emanadas de la parte á la que los resultandos las atribuyen. Mas en derecho, los procuradores representan á sus clientes, y las decisiones del Tribunal de Casación son inatacables bajo este punto de vista. Solamente en cuanto al hecho, los tribunales deben acoger con precaución lo que sólo se ha consignado por los resultandos, cuya redacción no ofrece todas las garantías apetecibles (V. Aix, 13 de Agosto de 1866.)

Pregúntase sobre este particular si se puede invocar como principio de prueba por escrito ante los tribunales civiles las respuestas dadas anteriormente en el curso de un procedimiento criminal.

Los términos generales de la ley. «Toda acta por escrito... que hace verosímil el hecho alegado»; conducen á esta solución. La Audiencia de París había juzgado lo contrario en 13 de Agosto de 1836, pensando que los jueces civiles no pueden adquirir su convencimiento en los documentos de un procedimiento criminal. Pero esta restricción es enteramente arbitraria; y no se confunde la jurisdicción civil con la criminal, porque autorice á los tribunales civiles para ver un principio de prueba por escrito en una instrucción hecha en forma debida, que tiene igual valor que las simples notas que emanan del demandado. Así es que la sentencia de la Audiencia de París, fué anulada en 2 de Junio de 1840 (V. también la sentencia den. de 31 de Enero de 1859 y 2 de Mayo de

(1) * Numerosas sentencias se han dado en el mismo sentido.—Lión 8 de Mayo de 1879.—Cas. 1.° Diciembre 1880. *

(2) * La jurisprudencia ha decidido de una manera general, que los escritos extendidos por el procurador y el escribano de la parte, pueden servir contra la misma de principio de prueba por escrito.—Cpr. Cas. 16 Marzo 1881 y 5 de Enero de 1883. *

(3) * En el caso de no haber conciliación, no deben mencionarse los dichos de los interesados. (*Cód. de proc.*, art. 54.)

1864) (1). No obstante, esta doctrina requiere que se la aplique con precaución. No debe perderse de vista, tampoco, que el acta debe *emanar de aquel contra quien se entabla la demanda*. Pues bien: si pertenece este carácter á las respuestas que se dan ante el juez de instrucción, respuestas que se leen al inculpado, para que pueda reconocer si se han desnaturalizado sus declaraciones, no sucede lo mismo generalmente respecto de los dichos consignados tan sólo por los apuntes que ha redactado el escribano durante la audiencia. Así se ha juzgado con mucha razón, por sentencia de casación de 17 de Julio de 1841: «Considerando que no se puede atribuir este carácter á un escrito, que no ha emanado del acusado, cuyo tenor no ha podido comprobar, el cual no ha visto ni firmado, y que es obra de un funcionario á quien no ha dado la ley misión especial para este efecto.» (V. también Casación de 23 de Septiembre de 1853.) Creemos que debe aplicarse esta decisión, aun á los apuntes tomados durante la sesión por el escribano del tribunal correccional, y visados por el presidente, según los términos de la ley de 13 de Junio de 1856 *(Cód. de instr. nuev.*, art. 200). Si la nueva ley ha dado una misión especial al escribano, no es menos cierto que el acusado, tanto en el día como antiguamente, no está llamado á comprobar lo redactado por aquél.

169. Finalmente, el escrito debe hacer *verosímil* el hecho alegado. En su consecuencia, hay abuso cuando el juez, á falta de todo escrito, comienza ordenando un interrogatorio sobre hechos y artículos, y después se funda en algunas respuestas insignificantes, y aun á veces en la negativa de contestar, para practicar la información. Pero en derecho, es incontestable la facultad de adquirir un principio de prueba en el interrogatorio (Sent. deneg. de 14 de Julio de 1856). Además, si acontece que se haya admitido algunas veces con sobrada facilidad la prueba testimonial, debe reconocerse, que en muchas ocasiones, han experimentado los jueces la necesidad legítima en el fondo, de desembarazarse de las trabas de un sistema sobrado absoluto, y de aligerar su conciencia oyendo á los testigos. Nuestra legislación civil es en el día más formalista que nuestras costumbres, y nuestros magistrados dirían con Mornac (núm. 165), que esto es *summum jus, invectum in mores gallicos propter testium facilitatem* (2).

(1) * En el mismo sentido, Limoges 26 de Febrero de 1885. *

(2) La jurisprudencia se muestra cada vez más lata en la admisión de un principio de prueba por escrito al efecto de autorizar la prueba testimonial y las presunciones del hombre.

170. Por lo demás, la cuestión de saber cuál debe ser el carácter del escrito que se invoca, puede provocar el examen del Tribunal de Casación (Sent. deneg. de 7 de Julio de 1840 y de 29 de Noviembre de 1842). Así pronunció, con razón (17 de Diciembre de 1867), la casación de una sentencia que había considerado la sencilla inacción de la parte como un principio de prueba por escrito. Pero la apreciación de la mayor ó menor verosimilitud que adquiere en el escrito el hecho alegado pertenece exclusivamente á los jueces del hecho (Sent. deneg. de 9 de Enero de 1861 y 1.º de Agosto de 1867).

*** El proyecto de Código civil español de 1851 enumera en su art. 1223 haber principio de prueba por escrito: 1.º Cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 1207, 1208, 1213, 1216 y 1217. 2.º Cuando existe algún documento escrito por el demandado ó por quien le represente, aunque no esté firmado, con tal que haga verosímil el hecho litigioso. Creemos no deber exponer aquí las disposiciones contenidas en los artículos citados en la primera enunciación del presente, por no dar demasiada extensión á este apéndice, lo cual no juzgamos oportuno, y más si se atiende á que las prescripciones enunciadas no forman derecho constituido. Baste, sin embargo, observar que la regla general en esta materia es que el principio de prueba por escrito puede resultar, ó de un instrumento auténtico en que haya sido parte aquél contra quien se quiere probar, ó de un instrumento privado firmado por él, ó á lo menos escrito de su mano. Todos los artículos á que se refiere el 1223 son conformes á esta regla; los 1207 y 1208 se refieren á documentos privados, y los 1213, 1216 y 1217 recaen sobre instrumentos públicos.—*(N. del T.)*

*** El Código civil vigente no expresa las circunstancias que determinan el concepto de principio de prueba por escrito, y únicamente cuando la exige (art. 117), para acreditar la filiación legítima, exige que provenga de ambos padres conjunta ó separadamente. Se comprende, sin embargo, que tienen aquel carácter los documentos susceptibles de producir prueba plena luego que en ellos concurran los requisitos necesarios según su clase y de los cuales carecen por el momento.—*(N. de la R.)*

TERCERA CAUSA DE EXCEPCIÓN

Imposibilidad de proporcionarse una prueba literal ó instrumental.

171. Ya hemos advertido que los delitos y cuasidelitos, así como el cuasicontrato de gestión de negocios, están fuera de la regla del art. 1341, y que por consiguiente no se debe ver una excepción, aunque la ley parece decirlo, sino la aplicación del derecho común, en la facultad de probarlos por todos los medios posibles.

Los casos verdaderamente excepcionales de que vamos á ocuparnos, son aquellos en que se trata de las convenciones que no se han podido consignar por escrito.

172. Raras veces aparecerá la imposibilidad física en la práctica. El Código civil señala los casos de accidentes imprevistos en que no se puede adquirir actas por escrito (art. 1348, 3.º). No es necesario suponer una imposibilidad absoluta, como si se prestase dinero á alguno en un desierto, sin tener medio alguno de escribir y lejos de toda comunicación; basta que exista imposibilidad local y momentánea. Si encuentro á una persona á quien han robado los ladrones, podré con toda seguridad prestarle ante testigos una suma de más de 150 francos para ayudarle á continuar su camino. No hay duda que en todo rigor hubiera sido posible redactar un escrito, haciendo venir un notario ó funcionario público; pero la ordenanza de Moulins no ha querido poner trabas á las relaciones de humanidad y de filantropía. Por eso el Código, reproduciendo (art. 1348, 2.º) la ordenanza de 1667, dispensó formalmente de recibo escrito en los depósitos necesarios que se hacen por causa de incendio, ruina, tumulto ó naufragio. No es posible hacer inventario de los efectos muebles que se han entregado á toda prisa á los vecinos en circunstancias en que por lo común el interés mucho más grave de salvar á las personas, no permite ocuparse minuciosamente de los bienes ó intereses. Aun rigiendo la ordenanza de Moulins, que nada decía sobre esta excepción, el Parlamento de París había admitido por sentencia del mes de Agosto de 1573 á los herederos de un protestante á probar con testigos un depósito de esta naturaleza, hecho por su autor en el momento en que iba á ser degollado el día de San Bartolomé. Algunos autores querían ir más lejos y poner el depósito voluntario en la misma línea que el depósito necesario. *Velim excipi sacri arcanique depositi causam*, decía Cujas *(Paratit., Cód. ad tit. depositi)*, expresando un deseo más bien que una opinión.

Pero se ha reconocido que los motivos de delicadeza exagerada que podían impedir procurarse un recibo, no debían preferirse al peligro de abrir una puerta á los abusos que ha querido destruir el legislador. Así, tanto la ordenanza de 1667, como el art. 1341 del Código civil, comprenden expresamente en la prohibición el depósito voluntario (1). Además, los casos de imposibilidad que menciona la ley, no son más que ejemplos, y es siempre de la competencia de los jueces del hecho el apreciar esa imposibilidad (Sen-

(1) Esta regla es aplicable á los depósitos de los valores entregados á los agentes de cambio (Burdeos 3 de Enero de 1860), á pesar de la costumbre de muchos agentes de cambio que se niegan á dar recibo de los valores que se les han entregado.

tencia deneg. de 18 de Mayo de 1841; Burdeos 2 de Marzo de 1871). Por eso, una joven que abandonó la casa materna después del segundo matrimonio de su madre, fué autorizada por la Audiencia de Bourges, el 29 de Mayo de 1826, á probar por medio de testigos el importe de los bienes muebles que reclamaba; pues la había sido moralmente imposible pedir á su madre y á su padrastro un recibo ó nota por escrito de los objetos que dejaba en su poder. Una sentencia de casación de 28 de Julio de 1859 *hace constar* la misma imposibilidad moral para la comprobación en los trabajos hechos sobre un inmueble del que se creía propietario el constructor.

173. Hay casos en que hubiera podido hacerse, en rigor, un escrito, pero en que se considera la rapidez de las transacciones, como ocasionando una especie de imposibilidad moral. Por eso los depósitos hechos en una fonda se han asimilado á los depósitos necesarios, primeramente por la jurisprudencia, y después por la ordenanza de 1667 y por el Código civil. Como generalmente son tan numerosos los viajeros, y permanecen tan poco tiempo, sería sumamente incómodo para ellos y para el fondista obligarles á hacer inventario de su equipaje (1). Pero en este caso, como en el de depósito necesario propiamente dicho, la facilidad que concede el legislador podría dar lugar á grandes abusos; por lo tanto, ha tenido cuidado de añadir, para advertir al juez que sea circunspecto en admitir semejantes reclamaciones: «Todo esto, atendiendo á la cualidad de las personas y á las circunstancias del hecho» (artículo 1348, 2.º). Es preciso aplicar la misma restricción (Deneg. de 2 de Agosto de 1864) en los casos de imposibilidad moral señalados en el número precedente.

Preténdese á veces que es permitido probar por medio de testigos la entrega de objetos á un trajinero, así como se admite respecto del fondista; pero esta asimilación es abusiva. Es verdad que el art. 1782 dice que los trajineros por tierra y por agua están sujetos, en cuanto á la custodia y conservación de las cosas que se les confiaron, á las mismas obligaciones que los hosteleros; pero una cosa es la extensión de la obligación que se supone probada, y otra la prueba misma de la obligación. Era de interés público imponer á los trajineros la misma responsabilidad que á los hostele-

(1) Cpr. Rennes, 26 de Febrero de 1879. Debe asimilarse á las hosterías, los *restaurants*, cafés y baños públicos. Pero Rodier consideraba indebidamente (en el título 20, art. 4.º de la orden), como un depósito necesario la entrega de objetos á un joyero ó á un sastre; y también se ha querido atribuir este carácter á la entrega de títulos á un oficial ministerial (sent. den. de 6 de Noviembre de 1883.)

ros; mas para esto es necesario consignar previamente la entrega de los efectos ó ropas y maletas. Esta entrega no puede asimilarse á un depósito necesario. Lejos de dispensar el Código que se recurra á un escrito (art. 1785), prescribe expresamente que se lleven registros en que se inscriba todo lo que se confíe al empresario de carruajes públicos, al paso que no ha establecido respecto de los fondistas semejantes registros. En vano se dice que se trata de un acto de comercio *(Cód. de Com.*, art. 632), y que además todos los comerciantes están obligados en general á llevar libros, lo cual no impide que se admita la prueba testimonial para probar las operaciones mercantiles. Esta admisibilidad recibe excepción en ciertos contratos, y tal nos parece haber sido aquí la intención del legislador, cuando comparamos los artículos 1950 y 1952 del Código civil, que autorizan indefinidamente la prueba testimonial respecto del depósito necesario hecho á los hosteleros ó fondistas, con los artículos 1785 de este mismo Código y el 96 del Código de Comercio, que prescriben á los empresarios de transportes la inscripción de la naturaleza y cantidad de las mercancías. El art. 96 supone también que el empresario puede ser requerido por el expedicionario para que inscriba ciertas particularidades (el valor de las mercancías), lo cual prueba que el registro no es solamente en este caso, como habitualmente, un medio de comprobar la regularidad de las operaciones de los comerciantes, sino un título que se destina á ser invocado por los que contratan con él (1). ¿No sabe el viajero que el uso destina cierto espacio de tiempo para inscribir las mercancías? ¿No incurre en culpa grave por su parte en no declarar sus ropas y efectos? No puede haber imposibilidad moral, sino en el caso de no existir registros (arg. del art. 46 del *Cód. civil),* ó cuando se tratara de objetos de poca importancia que no fuese costumbre registrar ó inscribir, tales como un saco de noche, todo salvo el atender á las circunstancias (V. sent. deneg. de 19 frimario del año VII, y del 9 de Noviembre de 1839); ó aun para bultos más importantes, si se hubiesen entregado á un encargado del resguardo, mientras el viajero tomaba un billete en la taquilla (Aix, 11 de Marzo de 1871).

La necesidad de declarar los efectos no encierra la de declarar su valor, si este valor no excede de lo que se acostumbra á llevar

(1) Si el empresario sustituye al registro un libro de notas, dicho libro sirve de título al expedidor; así lo ha sentenciado la Audiencia de Rouen para la Compañía de los caminos de hierro del Oeste el 17 de Mayo de 1867.

para un viaje, y comprende sólo cierta suma de oro (Sent. de la Audiencia de París de 24 de Noviembre de 1857; de Angers de 20 de Enero de 1858). Pero si el expedicionario, para no pagar el precio fijado por la tarifa, se abstiene de declarar valores considerables, no hay acción alguna, si se perdieron, contra el trajinero, según ha decidido la Audiencia de París el 10 de Abril de 1854, con respecto al envío hecho, sin indicación de valores, por el camino de hierro de Orleans, de una caja que contenía títulos valuados en 96.000 francos. Asimismo, la Audiencia de Burdeos, el 24 de Mayo de 1858, no abonó más que 1.500 francos á un viajero que pretendía haber puesto 25.000 en un saco de noche, habiéndose denegado el 16 de Marzo de 1859 la apelación interpuesta contra esta sentencia. El Tribunal de Casación se ha pronunciado en dicho sentido el 7 de Agosto de 1867 (1).

174. Pero generalmente, hay imposibilidad moral, autorizada por el uso diario, en lo relativo á las operaciones mercantiles, cuya rapidez y economía se verían singularmente comprometidas si se requiriese que se consignaran por escrito. El Código civil se contentó con hacer una llamada respecto á esto. Ya hemos visto (número 145) que el proyecto del Código de Comercio quiso suprimir esta antigua prerrogativa de las jurisdicciones consulares (2) que las ponía fuera de la ordenanza de Moulins; pero á cuya innovación hicieron renunciar las reclamaciones unánimes de los interesados. Aunque el art. 109 del Código de Comercio parece no autorizar al tribunal á admitir la prueba testimonial sino respecto de las *compras* y *ventas*, se está hoy de acuerdo (V. especialmente las sentencias den. de 17 de Marzo y 13 de Julio de 1868) en generalizar la aplicación de este texto, que no deja de regir, sino donde el mismo derecho mercantil establece reglas particulares sobre la prueba (3).

Se suscita una cuestión bastante delicada acerca de la prueba de una operación que sólo es mercantil para una de las partes; la venta de trigo, por ejemplo, que ha hecho un propietario á un panadero. La parte para quien el acto es mercantil, v. gr. el panadero, ¿tendrá para probar su pago toda la amplitud que da el derecho

(1) * Esto es solo la explicación de los principios generales, acerca de los daños y perjuicios de que hablan los artículos 1148 y siguientes del Código civil. Cpr. Boistel, *Compendio del derecho mercantil*, núm. 564. *

(2) Esta práctica se había ya atestiguado por los jueces consulares, cuando se redactó la ordenanza de 1667. (Danty, *Observaciones generales*, núm. 18.)

(3) * Véase Cresp y Laurin, Derecho marítimo 1.°, p. 245 y siguientes; Lyón. Caen y Renault. *Compendio de derecho mercantil* 1.°, núm. 601; Aubry y Ran, *Derecho civil francés*, 4.ª edición, 8.°, § 763 duplicado, nota 1.ª, (Den. 15 de Julio 1872.) *

mercantil, según lo sentenció la Audiencia de Agen el 6 de Enero de 1828? En sentencia de casación de 14 de Noviembre de 1862, el tribunal regulador ha hecho prevalecer la opinión rigurosa que autoriza á la parte para quien el acto no es mercantil, á exigir para la liberación de la otra parte las condiciones que prescribe el derecho civil. El citado tribunal se ha manifestado más indulgente (Den. 8 de Agosto de 1860), al admitir la prueba testimonial de los artículos no mercantiles de una cuenta corriente que se oponía bajo forma de demanda reconvencional á otra demanda principal que tenía un carácter mercantil (1).

Además, según la antigua práctica de los jueces consulares que no autorizaba la prueba testimonial, sino atendiendo á la cualidad de las personas y á las circunstancias del hecho (Danty, *Observaciones generales,* núm. 18), nuestros tribunales se reservan decidir *si creen deber admitir* esta prueba, como lo indica el art. 109; lo cual no es más que la aplicación del principio general, según el que, no debe nunca versar la información sino sobre hechos reconocidos como concluyentes. *(Cód. de proc.*, art. 254) (2). La jurisprudencia (Cas. 16 de Enero de 1866) ha hecho extensiva hasta para los litigios que se promueven ante los tribunales arbitrales *(prud' hommes)* la facultad de probar por testigos la existencia de un convenio, aunque dichos tribunales no sean precisamente jueces de comercio, puesto que los sustituye el juez de paz en las poblaciones en que aquéllos no existen.

175. Si la imposibilidad, aun simplemente moral, de procurarse un escrito, cuando se verifica el contrato, basta para que se admita la información, debe ser lo mismo, con mucha más razón, cuando después de haberse redactado el escrito según quiere la ley, se pierde, á consecuencia de algún accidente (art. 1348, 4.º); aquí hay una imposibilidad absoluta *ex post facto* de exhibir una prueba literal. Justiniano, en la ley 18, *Cód., de testibus,* tuvo cuidado de excepcionar este caso de las reglas que había establecido para la prueba del pago. «*Sin vero facta quidem per scripturam securitas est, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortuni perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis pro-*

(1) * Cuando la operación no es mercantil sino respecto de una sola parte, se inclina la jurisprudencia á declarar admisible la prueba testimonial, solamente contra la parte cuyo acto es mercantil. Véase Cas. 31 de Marzo de 1874, y Rouen, 8 de Marzo de 1878. Con efecto la ley limita los medios de prueba en interés del demandado. Cpr. Boistel, *Dr. comm.*, núm. 437. *

(2) * Cpr. Sent. 9 de Agosto de 1880 y 5 de Diciembre de 1881. *

bantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.» El emperador tiene cuidado de hacer observar que, ante todo, es preciso probar el accidente que fué causa de la pérdida, *causam peremptionis probantibus;* accidente que deja ordinariamente rastros exteriores y que, por derecho común, es susceptible de la prueba testimonial. De otra suerte, si bastara hacer venir á testigos que declarasen haber visto tal escrito, alegando que este escrito desapareció ulteriormente, llegarían á ser ilusorias todas las restricciones relativas á la prueba testimonial. El punto fundamental de la información es la pérdida del título, y solamente en cuanto quede bien consignado este acontecimiento, se llegará necesariamente á oir testigos sobre el tenor del acta ó escrito que se ha perdido. El sistema contrario, no solamente constituiría un fallo erróneo, sino que violaría la ley, según los términos de la sentencia de casación de 7 de ventoso del año XXI. (Véase también, Orleans 13 de Diciembre de 1862.)

Por lo demás, admítese á probar la pérdida, aun cuando se requiera escritura para la validez del acto. Un caso fortuito no puede destruir los derechos de quien hizo todo cuanto era humanamente posible para obedecer la ley; decisión aplicable lo mismo á los testamentos. (Den. 12 de Diciembre de 1859). Pero entonces se decide con razón que las declaraciones de los testigos no pueden suplir al escrito sino en cuanto atestiguan el cumplimiento aparente de las solemnidades requeridas; por eso se ha juzgado por sentencia de casación de 17 de Febrero de 1806, que los testimonios que reprodujeran las disposiciones de un testamento, sin probar que reuniese las condiciones requeridas por la ley, no podían autorizar á los tribunales á ejecutar este testamento, cuya pérdida se alegaba. Compréndese la circunspección con que deberán proceder los jueces en semejantes negocios, en que verdaderamente caminan sobre ascuas. ¡Cuán seguros no deberán estar de la delicadeza y formalidad de los testigos para reconstruir así, bajo la fe de recuerdos fugitivos, actas que la solicitud del legislador creyó deber revestir con tantas formas! No sucede lo mismo, cuando sólo se exige el escrito por vía de prueba. Entonces no es necesario que hayan visto los testigos el vale ó pagaré, con tal que justifiquen la existencia del crédito consignado en este vale. (Pothier, *Oblig.*, núm. 816.)

176. Ateniéndose á la idea de que es permitido consignar ó probar por medio de testigos, vista la necesidad que hay de ello, el contenido de una escritura ó documento que se perdió ó destruyó, aunque fuese auténtica, se llegaría á reconocer que se puede pro-

bar de esta suerte la existencia misma de un proceso ó sentencia criminal. Pero el legislador ha retrocedido ante la admisión de la prueba testimonial para probar tan importantes documentos. Reproduciendo en parte las disposiciones del Código de 3 de brumario año IV (V. *Cód.*, art. 548 y sigs.), el Código de procedimiento criminal (lib. 2.°, tít. 4.°, cap. 7.°) señala reglas especiales para los casos de que se perdieran las piezas de un proceso criminal ó correccional (1). Según la letra del art. 523 de este Código, si no existe despacho ni copia auténtica de la sentencia del tribunal criminal, pero existe aun la declaración del jurado, se procede conforme á esta declaración, á un nuevo juicio. Más aún (art. 524 ibid.); si no se puede volver á encontrar, bien sea la declaración del jurado, bien la sentencia, en los negocios que no se someten al jurado, vuelve á comenzarse la instrucción ó procedimiento desde el punto en que faltan las piezas. Estas disposiciones constituyen una grave derogación de la máxima, *Non bis in idem*, puesto que autorizan á volver á juzgar, tal vez *in pejus*, un asunto definitivamente terminado. Este es el único caso, á nuestro juicio, en que el mismo legislador confunde expresa y voluntariamente la prueba con el fondo del derecho. Jamás hubieran admitido los jurisconsultos romanos que la falta de prueba de una condena fuera un motivo para volver á comenzar la instancia. Menos escrupulosos sobre la admisibilidad de la prueba testimonial, habrían autorizado la prueba por medio de testigos de la existencia de la sentencia, y tal es aún en el día, el curso que se sigue en la práctica inglesa y americana. (M. Greenleaf, tomo 1.°, pág. 645). Entre nosotros, de atenderse á las reglas ordinarias, el ministerio público que quiere hacer ejecutar la condena sería quien debería probar su existencia y su naturaleza, debiendo presumirse hasta tanto la absolución ó liberación. Sin embargo, el Código de delitos y penas (art. 553) agregaba al sistema que había introducido un temperamento que se inclinaba algún tanto al derecho común. «En el nuevo debate pueden presentarse testigos, tanto por el acusador público como por el acusado, para dar cuenta de las circunstancias y del resultado de la declaración del jurado y de la sentencia extraviadas, lo cual no impide que los jurados tengan la debida consideración.» Pero por razonable que pueda ser en sí, el tratar de restablecer el pro-

(1) En materia de simple policía, son tan poco importantes las penas, que es muy difícil suponer que se ha perdido la sentencia antes de ejecutarse. En todo caso, no deberían volver á comenzarse los procedimientos de esta clase, y su pérdida debería ser en beneficio del condenado.

ceso ó la sentencia antes de pensar en rehacerla, no habiendo pasado esta disposición al Código de instrucción criminal, que nada dice semejante á esto, será preciso, para conformarse á la ley, volver á comenzar el procedimiento, como nuevo, sin atenerse á lo pasado.

Este sistema, extremado ó violento, se aplica (*Cód. de instr.*, artículo 521) al caso en que no existe minuta ni despacho ó copia de una sentencia *todavía no ejecutada;* lo cual debe entenderse de una ejecución ya consumada, que siempre debe presumirse en regla. Pues si solamente se hubiera comenzado á ejecutar (lo cual puede verificarse respecto de toda pena que no sea la de muerte, las cuales se componen de hechos sucesivos), no puede continuarse á falta de documentos auténticos propios para justificar la naturaleza y duración de la pena. Entonces sería necesario verificar una nueva instrucción ó procedimiento, como si la sentencia no se hubiera empezado á ejecutar. Por lo demás, estas palabras *no ejecutadas,* prueban que, según la mente de la ley, se trata de una condena, puesto que las sentencias absolutorias y liberatorias se ejecutan desde luego (ibid., art. 358). No puede, pues, tratarse de reproducir el proceso, sino respecto de los acusados que estuvieran en poder de la justicia, en virtud de una condena cuya prueba llegara á faltar. En cuanto á los que se vieran retenidos por otra causa ó que hubieran sido puestos en libertad, es evidente que no se debería ponerles en la alternativa de probar una absolución ó liberación, ó de sufrir nuevas persecuciones ó procedimientos. Vése, pues, que si el sistema adoptado puede llevar consigo algunas veces la agravación posterior de una condena definitiva, jamás al menos volverá á poner bajo el peso de una acusación á quien hubiera sido declarado libre de toda persecución. Finalmente, la regularidad de nuestra administración de justicia hará por fortuna que sea muy rara la aplicación de este capítulo del Código de instrucción criminal (V., no obstante, el caso citado por Legraverend, *Tratado de la legislación criminal en Francia*, cap. 14.)

*** Véanse las notas á los números 136 y 152.—*(N. de la R.)*

CUARTA CAUSA DE EXCEPCIÓN

Consentimiento del adversario.

177. Después de haber expuesto los casos en que cesa la exclusión de la prueba testimonial con aplicación á los contratos, va-

mos á darnos cuenta del carácter mismo de esta exclusión. ¿Es acaso una de esas reglas de orden público, que no puede derogarse por voluntad de las partes? (*Cód. civil*, art. 6.°). Esta cuestión, agitada desde el siglo XVI, no se ha decidido por nuestros Códigos modernos. Así, debería dirigirse aquí al legislador la acusación de incuria que le dirige d'Argentré, en una circunstancia semejante: «*¡Admirabilis principum socordia, qui de his tamdiu patiuntur dubitari, de quibus uno verbo constituere poterant!*»

La opinión, adoptada antiguamente en la mayor parte de las sentencias, consistía en atenerse á las palabras de las ordenanzas, reproducidas por el art. 1341 del Código: *No se recibirá prueba alguna de testigos*, para sostener que la prohibición se dirige directamente al juez. No hay duda, se dice, que el motivo de la corrupción ó soborno de los testigos, es inaplicable cuando la parte adversa consiente en tenerlos por buenos; pero subsistiendo en toda su fuerza el otro motivo, el peligro de multiplicar los procesos, la disposición del Código es, pues, de orden público. (Caen, 30 de Abril de 1860.)

Concíbese, hasta cierto punto, esta jurisprudencia rigurosa, en una época en que era nueva todavía la doctrina de la ordenanza de Moulins, y no había aun pasado completamente á las costumbres judiciarias. Entonces podía considerarse el consentimiento para la información como un negocio rutinario, más bien que como una concesión formal. Pero desde que las exigencias de la ley sobre la prueba escrita se han hecho familiares á los litigantes, es más difícil no ver una especie de confesión por parte del que consiente en dejar que se oiga á los testigos. Pues bien; no debe perderse de vista, que las convenciones verbales son perfectamente válidas en el fondo, y que bastaría para autorizar la información un principio de prueba por escrito. Siendo esto así, ¿el consentimiento dado en juicio no tiene tanta fuerza como el indicio, por lo común tan ligero, que se adquiere con un principio de prueba? El argumento que se saca de estas palabras: *No se recibirá*, etc., es muy debil, porque de que se dirija el texto en su redacción á los jueces, no se sigue necesariamente que sea la orden absoluta, y que les esté prohibido recibir la prueba, aun en el caso en que la parte interesada en rechazarla declarase que la admitía. Es necesario siempre volver á la cuestión de fondo. ¿Se halla directamente interesado en esto el orden público? No hay duda que la disposición de que se trata se refiere á consideraciones de orden público, pero ¿no sucede lo mismo con el principio de que nadie puede ser distraído de sus

jueces naturales, principio al cual, es, no obstante, facultativo renunciar? (*Cód. de proc.*, art. 169). Para que sea nula toda convención contraria, es necesario que la ley sea tal, que no sea posible separarse de ella sin destruir el objeto que se ha propuesto, como cuando se trata de la obligación de extender las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio. Pero aquí no hay nada parecido á esto. Todo lo que exige el interés público es que la facultad de oponerse á la información sea siempre un arma que se halle á discreción de las partes, pero no que las partes tengan obligación de servirse de ella. Y por el solo hecho de depender siempre la prueba de semejantes convenciones de la buena fe del adversario, es poco de temer que se fíen de ella habitualmente y que sean muy frecuentes tales procesos. Esta opinión, seguida ya en otro tiempo por Jousse y por Duparc Poullain, autores tan juiciosos y de un entendimiento tan práctico, parece prevalecer en la jurisprudencia. Muchas sentencias del tribunal de apelación (Bourges, 16 de Diciembre de 1826; Rennes, 25 de Febrero de 1841; Burdeos, 16 de Enero de 1846) (1), han juzgado *in terminis* que el consentimiento del demandado autoriza la información, y el Tribunal de Casación ha decidido, que la parte que ha dado su aquiescencia á la sentencia interlocutoria que ordena la información, no puede atacarla después de la sentencia definitiva (Sent. deneg. de 31 de Marzo de 1847 y de 11 de Marzo de 1856) (2). Una doctrina opuesta sobre este último punto, doctrina que es difícil no admitir en el sistema de la exclusión absoluta, permitiría al demandado consentir, en apariencia, en una información inútil, reservándose la facultad de atacarla, si le era desfavorable, y de volver á ponerlo todo en cuestión. Así se recae precisamente en esa multiplicación de procedimientos que se trataba sobre todo de evitar (3).

(1) Otra sentencia del tribunal de Burdeos de 6 de Marzo de 1849 ha tratado de eludir la dificultad, autorizando el examen, sin sujetarse á la forma de las informaciones, de los testigos aceptados por ambas partes, en virtud de una especie de compromiso. Pero creemos con M. Devilleneuve (1849, part. 2.ª, pág. 514), que este término medio, que admite el testimonio en el fondo, sin la garantía de las formas de la información, debe ser desechado como poco conforme al verdadero espíritu de la ley.

(2) * La jurisprudencia persiste en este modo de ver (Cas. civil, 24 de Agosto de 1880), decidiendo que las reglas del Código civil sobre la prueba testimonial no constituyen prescripciones de orden público á las cuales se prohiba derogar por medio de convenios particulares. *

(3) Señalamos, como dictada en el mismo sentido, una sentencia de la Audiencia de Rouen de 27 de Agosto de 1867, la cual declara lícita la cláusula de una póliza de seguros marítimos que dispensaba al acusado de presentar en caso de siniestro ningún documento justificativo.

*** Aunque por el derecho español constituido hasta el dia y que rige en la actualidad, no se admiten las reglas del derecho francés que prescribe se extienda escritura de las obligaciones cuyo importe ascienda á cierta suma, ni en su consecuencia tampoco se admiten las excepciones á dicha regla, y por lo tanto, podríamos omitir toda advertencia sobre el motivo de excepción que consiste en el consentimiento del adversario á que se prescinda de la regla mencionada, sin embargo, como según indicamos en la adición inserta á continuación del núm. 152, se requiere por la ley 114, tít. 18, Part. 3.ª, y por las 2.ª y 3.ª, tít. 16, lib. 10 de la Nov. Recop., que se otorgue escritura pública de todos los contratos de enajenación de bienes inmuebles, creemos deber advertir, que no podrá dejar de cumplirse esta disposición, porque las partes se avengan á no otorgar escritura, por ser dicha prescripción de orden público, puesto que, según ya dijimos, se dirige á que se tome razón en la Contaduría ó registro d ecas hipoteen eltérmino señalado por las leyes, con el objeto, no sólo de evitar los fraudes de los que venden lo que no pueden, con perjuicio de tèrcero, sino también con el de asegurar el pago de los tributos. En las demás obligaciones sobre otra clase de bienes y con otros objetos que no afecten intereses de tercero ó del Estado ó no son de orden público, podrán introducir las partes las condiciones que tuvieren por convenientes en materia de contratos, puesto que la legislación española es acaso de las que más atienden á la voluntad de los contratantes en esta materia, según se deduce de la ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 10 de la Nov. Recop., que establece, que de cualquier manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado.—*(N. del T.)*

*** Véase la nota al núm. 152.—*(N. de la R.)*

§ III.—Casos en que se extiende más la exclusión.

SUMARIO: 178. Preocupación del legislador con el peligro de la multiplicación de los procesos.—179. Restricciones especiales respecto de los arrendamientos.—180. En lo relativo á transacciones.—181. ¿Sucede lo mismo en materia de particiones?—181 duplicado. *Quid* de una cesión de oficio.—182. Restricción en cuanto á ciertos contratos mercantiles.—183. Sociedades de comercio distintas de las sociedades en participación.—184. Origen de las reglas sobre la publicidad de dichas sociedades.—185. Sanción de estas reglas.—186. Abolición de las sociedades tácitas *(taisibles.)*

178. Si el legislador ha hecho cesar con frecuencia por varios motivos el rigor del principio que no admite la prueba testimonial de las convenciones, también algunas veces le ha agravado, rechazando absolutamente los testigos, por módico que sea el valor del litigio. Entonces evidentemente no tiene ya á la vista el peligro del soborno, sino sólo el temor de que se multipliquen los procesos (1).

179. Por eso, según la letra del art. 1715 del Código civil, conforme al antiguo uso de París, no se puede probar por testigos un alquiler ó arriendo de casas ó bienes rurales que no se ha ejecutado en manera alguna. Era preciso agotar la fuente de innumerables

(1) El art. 1314 del Código civil italiano, inspirado en este mismo sentido, somete á la necesidad de una prueba por escrito casi todos los convenios que se refieren á derechos reales y mobiliarios. En cuanto al arrendamiento, por el contrario, el Código italiano deja la prueba bajo el imperio del derecho común.

discusiones en una materia tan usual. El legislador, añadiendo que puede deferirse el juramento solamente al que niega el arriendo (art. 1715 citado), anuncia suficientemente la intención de no admitir otra prueba que el juramento, y á lo más, la confesión del demandado (Cas., de 2 de Enero de 1864); en su consecuencia, debe rechazarse el uso de la prueba testimonial, aun en el caso de que hubiera un principio de prueba por escrito (París 6 de Mayo de 1862, Rouen 18 de Febrero y 19 de Marzo de 1841). El Tribunal de Casación (Den. 1.° de Agosto de 1867) ha fallado, sin embargo, lo contrario, porque el texto no le parecía bastante concluyente para derogar el art. 1347 (1). Pero ¿se podrá oir á testigos sobre el hecho mismo de la ejecución del arriendo, cuando se pone en duda? Del sistema de la ley parece resultar necesariamente la negativa; «atendiendo», dice con sumo acierto una sentencia de casación de 14 de Enero de 1840, «que admitir á probar por medio de testigos hechos que se consideran como principio de ejecución de un arriendo verbal, sería admitir como consecuencia necesaria la prueba testimonial de un arriendo verbal, prueba formalmente prohibida por la ley. (V. también Casación 12 de Enero de 1864.) Por lo demás, podrá probarse la ejecución por confesión de la parte, y especialmente por su correspondencia (Sent. den. de 5 de Marzo de 1856).

En cuanto á la prueba de las cláusulas de un arriendo, cuya existencia consta, debe distinguirse entre el precio y las demás condiciones. En cuanto al precio, el locador es creído bajo su juramento, salvo al locatario provocar un juicio pericial (ibid., artículo 1716). En cuanto á las demás condiciones, debemos atenernos al derecho común y no autorizar su prueba por medio de testigos, sino en el caso de que el interés de la controversia no exceda de 150 francos; en el caso contrario, se recae bajo el imperio de la regla que prescribe se otorgue escritura de todo contrato. Aun cuando no se haya fijado la jurisprudencia sobre este último punto, nos parece ofrecer tanta menor dificultad, cuanto que la cláusula más importante, la de la duración del arriendo, se halla suplida por la ley (ibid., arts. 1736 y 1774), á falta de prueba formal de la convención ó contrato. No es, pues, necesario recurrir á la prueba testimonial. La rescisión del contrato no puede ser probada por testigos como el mismo arrendamiento, aun cuando existiese un prin-

(1) * Dos sentencias del Tribunal de Casación posteriores á la de 1867 tienen un modo de ver distinto. Cas. civ., 19 de Febrero y 26 de Noviembre de 1873. *

cipio de prueba por escrito (1). Pero una vez entablada la rescisión, sus condiciones pueden probarse conforme al derecho común. (Denegatoria, 28 de Abril de 1861.)

¿Deberá deducirse de los principios que acabamos de sentar, que un propietario que hubiera dejado ocupar durante cierto tiempo su casa ó su campo, sin hacerse entregar ningún escrito, no tuviera ningún medio de obtener una indemnización del arrendador bastante descarado para negar la existencia del arriendo? La dificultad había sido prevista y resuelta en tiempo de Boiceau, que concede, en este caso, al propietario una acción *in factum* contra el ocupante, á quien se consideraba, no como arrendador, sino como detentador de la cosa ajena: *Petitio hoc modo facta*, dice (part. 1.ª, cap. 16, núm. 2.º), *contractum non respiciet, qui testium probationem admitteret, sed nudam tantum et injustam occupationem quæ occupantem ex quasi contractu, vel cuasi delicto, obligasse videtur*. Y esta decisión juiciosa ha sido desde entonces universalmente admitida (Véase Jousse, sobre la Ord. de 1667, tít. 20, art. 4.º). En el día, el artículo 1382 del Código civil es el que reemplaza á la acción *in factum* de Boiceau (Orleans 12 de Febrero de 1842). Sucedería lo mismo, á mayor abundamiento, si se tratase de caracterizar la posesión con relación á los terceros. (Núm. 153.)

180. Según el mismo espíritu se halla concebida la disposición que prescribe que se extienda por *escrito* el contrato de transacción (*Cód. civil.*, art. 2044) (2), cuya verdadera trascendencia se indica en este pasaje del informe del tribuno Albisson: «Debiendo terminar la transacción un proceso, se hubiera arriesgado originar otro nuevo, dejando depender su efecto de la solución del problema sobre la admisibilidad ó los resultados de una prueba testimonial.» La ley ha querido, pues, excluir totalmente la prueba por testigos. Reconócese, por consiguiente, puesto que debe darse un sentido al art. 2044, que la prueba testimonial de una transacción, no se puede admitir, aun cuando el valor del litigio no pase de 150 francos. Pero el Tribunal Supremo ha sentenciado (Cas. 23 de Noviembre de 1864) que el texto del Código no es bastante preciso para que se excluya la facultad de probar la transacción por testigos cuando exista un principio de prueba escrita. Este fallo, en con-

(1) * Tampoco se halla fijada la jurisprudencia acerca de esta materia.—Véase en el sentido señalado en el texto: Caen. 12 Noviembre de 1883 y en sentido inverso. Burdeos 3 de Mayo de 1872. *

(2) Esta restricción no ha sido reproducida por el Código civil italiano.

tradicción con numerosas sentencias de los tribunales de apelación (especialmente de Nancy, 5 de Septiembre de 1867; Metz 30 de Noviembre de 1869), nos parece opuesto al espíritu de la ley (1). Sin embargo, el escrito no es de esencia de la transacción; la prueba por medio de testigos es sólo la sospechosa; así la mayor parte de las sentencias (Bruselas 1.º de Diciembre de 1810; Nancy 29 de Julio de 1837; Limoges 6 de Febrero de 1845) han admitido la prueba de la transacción verbal por medio del juramento y del interrogatorio sobre hechos y artículos. Además, el motivo ó razón de que una acta destinada á cortar toda discusión no debe ser objeto de una prueba difícil, siendo tan verdadera en materia mercantil, no siendo la transacción otra cosa que un acto de comercio, la decisión en nuestro juicio debería ser la misma.

181. La ley no se explica de un modo tan terminante en lo relativo á la partición de bienes. El art. 816 del Código civil dice que puede pedirse la partición, si no ha habido una *acta de partición* ó posesión suficiente para adquirir la prescripción.

¿Debe entenderse aquí por acta un escrito que haga constar la partición ó simplemente un convenio de partición por oposición á las sencillas particiones de hecho que se usaban en la antigua jurisprudencia? La primera interpretación que primero adoptó el Tribunal Supremo (6 de Julio de 1836) se funda en el motivo práctico de que siendo la partición una operación esencialmente compleja, no puede verificarse de un modo provechoso por medio de la prueba testimonial, aun cuando hubiese un principio de prueba por escrito. Pero nada indica por parte del legislador que fuera su ánimo proscribir enteramente las particiones verbales, en oposición á la antigua práctica; los documentos legislativos se refieren sólo á la supresión de las antiguas particiones de hecho. Demasiado rigor se desplegaría si se exigiese un escrito para la partición de valores mobiliarios ínfimos. El art. 819, al autorizar á los herederos mayores de edad para que hagan la partición en la forma y por medio de la escritura que juzguen conveniente, se refiere, á no dudarlo, al derecho común. La mencionada doctrina, sancionada por muchas sentencias de varias Audiencias, prevaleció definitivamente en el Tribunal Supremo (Den. 21 de Enero de 1867.)

181 duplicado. La cesión de un oficio nos parece, por el contra-

(1) Con más razón, cuando se trata de un acto solemne, tal como la donación, no es permitido modificar sus cláusulas por medio de la prueba testimonial, aun cuando hubiera principio de prueba por escrito. (Cas. 6 de Junio de 1855.)

rio, que debe pertenecer al número de los contratos, para los cuales es indispensable la escritura.

Cierto es que antes de la ley de 25 de Junio de 1841, la facultad que tenía el titular de un oficio para presentar un sucesor, según los términos del art. 91 de la ley de 28 de Abril de 1816, se consideraba sometida al derecho común sobre la venta. El Tribunal Supremo (Den. 8 de Febrero de 1826) había declarado que la cesión era valedera (entre las partes) por medio de una carta; la Audiencia de Burdeos (7 de Mayo de 1834) había autorizado la prueba testimonial del convenio mediante un principio de prueba por escrito.

Este sistema, no siendo, pues, compatible con la percepción regular de un derecho de 2 por 100 sobre el precio de la cesión, al establecer la ley de 25 de Junio de 1841 este derecho, ha exigido (artículo 6.º) que todo contrato que tenga por objeto la transmisión, á título oneroso ó gratuito de un oficio, sea consignado por escrito y registrado antes de ser presentado en apoyo de la demanda del nombramiento.

Según un fallo del tribunal de Domfrout (13 de Mayo de 1863), es solamente para con la Administración cuando está obligado á la redacción de un escrito; la prueba de la cesión entre las partes se queda sometida al derecho común, y podrá desde luego hacerse por testigos, si existe un principio de prueba por escrito.

Pero encierra el más grave inconveniente el autorizar la prueba de la cesión de un oficio por medio de testigos, y hasta por sencillas presunciones, lo que la lógica obligase á decidir. La venta de un oficio, que es un acto de la mayor trascendencia, no está comprendida de ningún modo en las previsiones del derecho común; se explica perfectamente que el legislador, al tolerarla, la haya sometido á formas regulares.

Tal es el natural sentido de la ley de 1841 que así ha sido interpretada, conformándose con el parecer de nuestro ilustrado colega, M. Demolombe, por la Audiencia de Caen, en sentencia de 1.º de Julio de 1863 al desestimar el fallo del tribunal de Domfrout.

182. Finalmente, hay contratos mercantiles, respecto de los cuales ha creído la ley procedía, no sólo suprimir la latitud ordinariamente concedida á la jurisdicción consular, sino también excluir la prueba testimonial por la misma tasa por que se la admite en el derecho común. Por eso, ciertos contratos marítimos, especialmente el contrato de seguros *(Cód. de Com.,* art. 332), deben

extenderse por escrito. Siendo estas expresiones las mismas que se han empleado para la transacción, es difícil creer que se les haya querido dar otro sentido. No podemos, pues, participar de la opinión de los autores que consideran estos contratos como solemnes, y admitimos, respecto de ellos, la confesión y el juramento, como se ha decidido en lo concerniente á la transacción y al arriendo que no se ha llevado á efecto (1). Pero ni la confesión ni el juramento pueden invocarse con relación á los terceros. Según opinión de Emerigón, reproducida por Massi *(Der. com.*, tomo 4.º, número 2566), sería preciso asimilar al contrato de seguro, el préstamo á la gruesa; mas por nuestra parte, estamos dispuestos á creer por el contrario, atendiendo á la analogía que se advierte en los artículos 311 y 312 del Código de Comercio, que no se exige escrito, sino en virtud del privilegio del prestador, y en su consecuencia, es admisible la prueba por testigos entre el que pide prestado y el que presta á la gruesa (2). En materia civil, se exige igualmente el escrito respecto de terceros en el contrato de fianza *(Código civil*, arts. 2074 y 2085). Pero entonces la prueba testimonial entre las partes está sometida á la restricción ordinaria. En cuanto al contrato de seguro terrestre, se halla sometido, dado el silencio de la ley, á las reglas ordinarias sobre la prueba. Si los motivos de un fallo del Tribunal de Casación (Deneg. de 5 de Noviembre de 1862) parecen exigir un escrito para la prueba del seguro terrestre, nosotros no conocemos ningún texto que autorice á prescindir del derecho común á este efecto. (En el mismo sentido, Colmar, 12 de Marzo de 1861).

183. Debemos ahora detenernos, especialmente en una materia de gran importancia práctica, en la prueba de las sociedades mercantiles. No queremos hablar de las asociaciones en participación, que por su poca importancia se han colocado entre los negocios mercantiles ordinarios, respecto de los cuales es siempre admisible la prueba por medio de testigos (Ibid., art. 49); sino de las demás sociedades de comercio, que es sobre las que ha establecido la ley reglas especiales.

184. El primer germen de las disposiciones del Código de Co-

---

(1) * Ciertos autores, que admiten la confesión y el juramento, excluyen la prueba testimonial cuando hay un principio de prueba por escrito. Véase Lyón-Caen y Renault, *Compendio de derecho comercial*, 2.ª, núm. 2098. Otros no establecen distinción. Véase Boistel, op. cit. núm. 1310. *

(2) * En sentido contrario Lyón-Caen y Renault, núm. 2337. *

mercio sobre la publicidad de las sociedades (1), se encuentra en la legislación del siglo XVI. En 1579 prescribió la ordenanza de Blois (art. 357) *entre los extranjeros*, el registro de las compañías en los registros de las bailías, de las senescalías y de las fondas comunes de las poblaciones. Esta prescripción, dirigida sobre todo contra los italianos que hacían entonces casi todo el comercio del reino, se hallaba establecida también en las relaciones de los asociados entre sí; á falta de registro, no podían *tener acción alguna unos contra otros*, (art. cit., § 357). El art. 414 de la ordenanza de 1629 sometió á los nacionales á la misma obligación. Y cuando recibió el comercio su primer Código con la ordenanza de 1673, se estableció de un modo general que se redactase toda sociedad por escrito, y que la falta de registro ocasionara la nulidad, ya respecto de los asociados, ya de los terceros. (*Título de las sociedades*, arts. 1.º y 2.º). Este rigor extremo impidió que las disposiciones de la ordenanza llegaran á practicarse, y desde el 11 de Julio de 1680, mandó una providencia del Parlamento de París que tuvieran ejecución las sociedades no registradas. Por eso nos dice Pothier (*Sociedad*, número 82), que habían caído en desuso las formalidades del registro. Finalmente, el Código de Comercio ha renovado con más eficacia esta vez la prescripción de que se redacten por escrito y se publiquen las sociedades mercantiles (arts. 41 y 42), prescripción reproducida por la ley de 24 de Julio de 1867 (arts. 55 y 56) (2).

185. Pero, ¿cuál debía ser la sanción de esta regla? Era sumamente injusto que se pudiese invocar respecto de terceros la falta de formalidades establecidas precisamente para proteger sus intereses. Así, los redactores del Código de Comercio, conforme á las observaciones hechas sobre la ordenanza por la Cámara de comercio de Normandía, después de haber exigido la observancia de estas formalidades bajo pena de nulidad, *respecto* de los interesados, han añadido que no pueda oponerse á terceros por los asociados la falta de alguna de ellas. (Art. 42, reproducido por el art. 56 de la ley de 1867). Así, el principio que exige ciertas solemnidades para que se reconozca la existencia de una sociedad mercantil, se aplica en todo su rigor, ya cuando quieren los asociados oponer á terce-

(1) Sobre este punto, como sobre todo lo concerniente á la historia de las sociedades civiles y mercantiles, se consultará con provecho el *Contrato de sociedad* de M. Troplong.

(2) * Véase sobre la publicidad de las sociedades, tal como está organizada por la ley de 1867, Boistel, *Compendio de derecho comercial*, números 347 y siguientes; Lyon-Caen y Renault, *Compendio de derecho comercial*, t. 1, números 297 y siguientes; Laurin, *Curso elemental de derecho comercial*, números 308 y siguientes. *

ros la existencia de la sociedad, ya también cuando quieren prevalecerse de esto unos contra otros; pero cuando obran los terceros contra los asociados por razón de la sociedad, se recae en el derecho común sobre materia mercantil, es decir, que se tiene una latitud indefinida para la prueba. Es preciso confesar que sería bastante fundado en razón, admitir igualmente, en las relaciones respectivas de los asociados, que ninguno pudiera prevalecerse de una falta que es común á todos. Desgraciadamente el Consejo de Estado no ha tenido en cuenta las reclamaciones que origina sobre este punto la ordenanza de 1673, y no ha querido limitarse á imponer una multa, como se le había propuesto. Mantuvo, pues, con conocimiento de causa la sanción exorbitante de la nulidad de la convención. Con mucho más motivo se debe admitir la facultad de invocar la nulidad respecto de los acreedores de los asociados, acreedores que no incurren de modo alguno en falta (Cas., 18 de Marzo de 1851 y 24 de Agosto de 1863) y que se encuentran comprendidos bajo la denominación de *interesados,* mucho más amplia que la de terceros.

Sin embargo, por un temperamento equitativo, no se decide aquí lo que se decidiría respecto de un acto verdaderamente solemne, de un contrato de matrimonio, por ejemplo, que no estuviera revestido de autenticidad; contrato que no produciría efecto alguno ni para lo pasado, ni para el porvenir. Reconócese que ha habido hasta el día en que se ha pronunciado la nulidad una comunidad de hecho, que se liquida según las bases convenidas por las partes. (V. sent. deneg. de 19 de Marzo y 13 de Mayo de 1862 y de 7 de Febrero de 1865) (1). Pero no podrán producir efecto alguno las estipulaciones contrarias al derecho común, tales como la renuncia á apelar de las decisiones arbitrarias (Casación 29 de junio de 1843), y la prohibición respecto de los asociados, de formar parte de asociación alguna de la misma naturaleza (Casación 4 de Enero de 1853). (V. también sent. deneg. de 22 de Noviembre de 1869). El deseo de eludir las consecuencias inicuas de semejante disposición, hizo ir á la jurisprudencia mucho más lejos. Tribunales de apelación (V. la sent. de Grenoble del 21 de Julio de 1823 y de Burdeos de 16 de Diciembre de 1829), y el Tribunal de Casación mismo (V. sobre todo la sent. deneg. de 6 de Junio de 1831), consideraron la nulidad como pudiendo encubrirse entre los asociados por medio de la ejecución voluntaria de las con-

(1) * Cas. 7 de Julio de 1879. *

venciones sociales. Para admitir esta excepción de incontestación, sería preciso atenerse únicamente al interés de los miembros de la sociedad, pero entonces se correría el peligro de probar demasiado; porque, si no se trata sino de este interés respectivo, carece de objeto la misma nulidad, puesto que los asociados no necesitan otra manifestación exterior para instruirse de la convención que formaron. Sólo ha podido introducirse la nulidad por habérsela considerado como de orden público, para asegurar por medio de una sanción enérgica la observancia de las formas exigidas. Es, pues, preciso suscribir, por temible que sea, á la doctrina consagrada en otras sentencias (V., entre otras, la de 30 de Enero de 1839 y la de Cas. de 31 de Diciembre 1844), según las cuales, no puede cubrirse la nulidad por una ratificación expresa ó tácita (1).

Si la jurisprudencia trata de atenuar el rigor del artículo 42 del Código de Comercio en cuanto á las relaciones de los asociados entre sí, considera, al contrario, tan favorable la disposición que no permite á los asociados prevalerse, respecto de los terceros, de la omisión de las formalidades legales, que propende á aplicarla también á las sociedades civiles. Tal es la doctrina de una sentencia denegatoria de 23 de Noviembre de 1812, según la cual el artículo 1834 del Código civil que exige la extensión por escrito cuando el objeto es de valor de más de 150 francos, no podría oponerse á los terceros que hubieran contratado con una sociedad públicamente conocida, cualquiera que fuese su carácter. Aun cuando sea peligroso argüir del derecho especial al derecho común, debe convenirse en que hay en estas dos hipótesis la misma razón para decidir. Cuando una asociación cualquiera, aunque tuviese por objeto especular con inmuebles, como la explotación de una mina, ha funcionado durante cierto tiempo á vista y paciencia de todos, sería sumamente duro subordinar á la representación de un acto social escrito la validez de compromisos que contrajo con terceros. No se trata aquí de un hecho que haya pasado en cierto modo en un instante indivisible, como el préstamo de una cantidad en dinero, sino de una serie de operaciones que constituyen, respecto de la sociedad, una especie de posesión que puede sin peligro probarse contra ella con el auxilio de la prueba testimonial.

(1) Por sentencia denegatoria de 28 de Febrero de 1859, se ha establecido sobre un caso muy delicado, el de una sociedad no legalmente publicada que hizo un arriendo por el acta social con uno de los asociados. El Tribunal de Casación decidió que debería considerarse al asociado arrendador como un tercero, puesto que el arriendo tiene una existencia distinta á la de la sociedad.

Además, aun en las relaciones entre los asociados, no se exige escritura sino conforme al derecho común en materia civil; sin que sea necesario producir una acta social, y bastando un principio de prueba por escrito para autorizar la prueba por medio de testigos (Sen. deneg. de 17 de Febrero de 1858; Orleans, 26 de Agosto de 1869).

186. Los principios que acabamos de consignar, en cuanto á las sociedades civiles y mercantiles, cuya existencia no se justifica por escrito en debida forma, tienen aplicación en las sociedades tácitas (*taïsibles*), formadas por un año de vida común entre personas que comen juntas, confundiendo de esta suerte su haber lo mismo que sus beneficios. Estas sociedades, muy en uso en la Edad Media y que sirvieron poderosamente, ya á la manumisión de los siervos, ya á los progresos de la agricultura, recibieron el primer ataque, cuando se promulgó la ordenanza de Moulins, que por el mero hecho de exigir la prueba en toda clase de convenciones de alguna importancia, excluía estas sociedades tácitas. Hánse conservado, no obstante, en ciertas provincias, cuyas costumbres las autorizan expresamente, y aun bajo el imperio de costumbres mudas han sido admitidas, al menos entre los campesinos, por graves autores, especialmente por Lebrun (*Tratado de las sociedades tácitas*, á continuación de su *Tratado de las sociedades*). Por último, los redactores del Código manifestaron formalmente la intención de no admitir ya las sociedades tácitas, contra las cuales se dirige especialmente la disposición del art. 1834 (V. la Exposición de motivos del título de las Sociedades y el discurso del orador del Tribunado). No es, pues, posible que semejantes sociedades puedan producir efecto para el porvenir, en cuanto llegue á cesar el acuerdo unánime que las sostiene. Así, la Audiencia de Besançon, después de haber declarado tener efecto una sociedad de esta clase, por sentencia de 28 de Diciembre de 1842, volvió á atenerse al derecho común por otra de 23 de Abril de 1845. Mas en cuanto á lo pasado, debe tener lugar lo regulado sobre las convenciones tácitas de las partes, y á este efecto se admite la prueba testimonial, puesto que las asociaciones de esta importancia, tales como las que se usan aun en el día, especialmente en el Franco Condado, toleran una especie de posesión, la cual puede probarse, repetimos, sin dar lugar al peligro de que se sobornen los testigos.

*** Por derecho español, el contrato de arrendamiento queda perfeccionado desde que los contrayentes se convienen en el objeto del arriendo y su precio, siendo obligatorio para ambos, sin embargo, si pactaron que se hubiere de con-

signar por escrito, será necesario cumplir este pacto para que el contrato quede perfecto (Véase la ley 2.ª, tit. 8.º, Part. 5.ª) Así se ha ratificado también por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de Noviembre de 1859, haciendo común esta doctrina á los demás contratos consensuales. En consecuencia de esta doctrina, es admisible por derecho español la prueba de testigos para acreditar, tanto el hecho de haberse contraido el contrato de arriendo como el de haberse ó no pactado que habia de otorgarse escritura pública. Así lo ratifica el hecho de haberse admitido la prueba testifical para justificar dichos extremos en el caso que dió lugar á la sentencia mencionada de 1859.

Respecto de las transacciones, considerándose como una enajenación de bienes, rigen respecto de este contrato las mismas reglas y excepciones que en cuanto á los consensuales y que á los de compra venta. (Véase la adición inserta á continuación del núm. 152.)

En cuanto á las particiones de bienes hereditarios, si se practican extrajudicialmente, suelen consignarse por escrito por la complicación de sus operaciones, y hay necesidad de reducirlas á escritura cuando los bienes á que afectan son inmuebles, y si se efectuan judicialmente, se sigue un juicio, debiendo someterse las particiones á la aprobación del juez, según prescribe el art. 491 de la ley de Enjuiciamiento civil. La misma ley previene que las reclamaciones y oposiciones que se hicieren contra el inventario de los bienes hereditarios, su avalúo, y contra las mismas particiones se sustancien por la vía del juicio ordinario (Véanse los artículos 437, 468, 490 y 491).

Acerca de las sociedades constituidas por derecho civil, á que hace referencia M. Bonnier en el núm. 185, siendo este contrato consensual, rigen sobre él las reglas y sentencia del Tribunal Supremo arriba expuestos al tratar del contrato de arriendo.

Sobre los contratos mercantiles á que se refiere M. Bonnier en el núm. 182, á saber, el de seguros y el de préstamo á la gruesa, dispone nuestro Código de Comercio de 1829 que «el contrato de seguro ha de constar en escritura pública ó privada para que sea eficaz en juicio». Mas, como dice un acreditado escritor, esto no impide que el que ha estipulado el seguro pueda demandar al que se niega al otorgamiento de la escritura, no por la acción nacida del contrato de seguro, sino por la general que proviene de la estipulación. Las formas diferentes de su celebración y los efectos respectivos de cada una son las mismas que con respecto al contrato á la gruesa se prescriben en el art. 812. (Véase el art. 840.)

En dicho art. 812 se dispone que los contratos á la gruesa pueden celebrarse: por instrumento público con las solemnidades de derecho; por póliza firmada por las partes con intervención del corredor y por documento privado entre los contrayentes. Los contratos á la gruesa que consten por instrumento público traen aparejada ejecución. El mismo efecto producirán cuando habiéndose celebrado con intervención del corredor se compruebe la póliza del demandante por el registro del corredor que intervino en el contrato, siempre que éste se encuentre con todas las formalidades que previene el art. 95. Celebrándose privadamente entre los contratantes, no será ejecutivo el contrato, sin que conste de la autenticidad de las firmas por reconocimiento judicial de los mismos que las pusieron, ó en otra forma suficiente. Los préstamos á la gruesa contraídos de palabra son insuficientes en juicio, y no se admitirá en su razón demanda ni prueba alguna.

Respecto á las sociedades comerciales, según el art. 284 del Código de Comercio, todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho; y el art. 285 previene que, si los que hubieren proyectado reunirse en sociedad consignaren sus pactos en un documento privado, valdrá éste al efecto de obligarlos á la formalización del contrato en la forma sobredicha, que se habrá de verificar indispensablemente antes que la sociedad dé principio á las operaciones de comercio. La contravención de este artículo será suficiente excepción contra toda acción que intente la sociedad por sus derechos, ó bien cualquiera de sus socios por los que respectivamente le competan, y será

de cargo de la sociedad ó del socio demandante acreditar que la sociedad se constituyó con las solemnidades que van prescritas, siempre que el demandado lo exija. La compañía además incurrirá por dicha omisión en la multa de mil reales vellón. El art. 289 dispone que, cualquiera reforma ó ampliación que se haga sobre el contrato de sociedad, deberá formalizarse con las mismas formalidades prescritas para celebrarlo.

Acerca de la publicación de las sociedades mercantiles que menciona M. Bonnier en el núm. 184, los artículos 25 al 31 de nuestro Código disponen que los comerciantes estén obligados á presentar en el registro público y general de comercio de su provincia las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominación, estableciendo la forma en que han de tomarse razón en el registro, y sus efectos; y conteniéndose respecto de éstos en el art. 28 una disposición análoga á la del art. 42 del Código de Comercio francés expuesto por M. Bonnier en el núm. 185, puesto que en él se previene que las escrituras de sociedad de que no se tome razón en el registro de comercio, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos, sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad.

La disposición del art. 284 de nuestro Código de Comercio, sobre que se reduzca á escritura pública todo contrato de sociedad, se halla ratificada en la ley de 28 de Enero de 1848 respecto de las sociedades mercantiles por acciones, puesto que en su art. 6.° se previene, que á la solicitud en que se pida la real autorización necesaria para la formación de toda compañía que no se halle comprendida en el art. 2.° de dicha ley (que requiere una ley para la formación de toda sociedad que tenga alguno de los objetos que en el mismo se enumeran), ha de acompañarse, entre otros documentos, la escritura social y todos los estatutos y reglamentos que hayan de regir para la administración de la compañía. Respecto á las sociedades del derecho civil, véase lo que hemos expuesto más arriba.

Acerca de las sociedades tácitas á que se refiere M. Bonnier en su art. 186, no se hallan introducidas por el derecho ni por la costumbre de España.—*(N. del T.)*

*** Según el derecho español vigente, en toda sucesión hereditaria ha de inscribirse en el Registro de la propiedad el documento de adjudicación de inmuebles.

Previene el art. 1667 del Código civil, que la sociedad de esta clase se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aporten á ella bienes inmuebles ó derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública.

Respecto de los demás contratos civiles y mercantiles, véanse las notas á los números 136 y 152.—*(N. de la R.)*

SEGUNDA DIVISIÓN

Restricciones especiales respecto de cuestiones de Estado.

SUMARIO: 187. Motivos especiales de exclusión en esta materia.—188. Exclusión en Roma, aunque solo respecto de los ingenuos.—189. Sustitución progresiva en Francia de la prueba por registros á la prueba por testigos.—Institución reciente en Inglaterra de un estado civil.—Progreso análogo en Austria.—190. División.

187. Ya hemos dicho que, además de la exclusión de la prueba testimonial en materia convencional, que se remonta hasta la ordenanza de Moulins, hay en el derecho francés respecto de las cuestiones de estado, exclusiones fundadas en motivos algo diferen-

tes, y cuya naturaleza y extensión están lejos de ser las mismas. Estas exclusiones no son corolarios de la que pronuncia la ordenanza de Moulins, sino que provienen generalmente de disposiciones posteriores, algunas sólo del Código civil.

188. Aunque en Roma se prescribió el llevar registros en forma, al menos para los nacimientos, desde el reinado de Marco Aurelio, *ut si quando de statu quæstio esset, inde probationes peterentur, quis, à quo editus esset (Julius Capitolinus,* vida de Marco Aurelio, § 9.°), se admitió siempre la libertad indefinida de la prueba testimonial respecto de las cuestiones de estado: *Si vicinis vel aliis scientibus,* dice el emperador Probo (lib. 9.°, *Cód. de nuptiis) uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ fili, suam habet potestatem.* Las actas de que habla este texto, *tabulæ,* llamadas algunas veces *professiones parentum* (Celso, lib. 13, Terentius Clemens, lib. 16, Scevola, lib, 29, § 1.°, D. *de probat.),* no eran otra cosa que registros domésticos (1). No se derogó esta gran latitud sino tocante á la ingenuidad, á la cual daban los romanos una gran importancia (V. en el Digesto el título *de collusione detegenda);* lo mismo que hoy, en América, aun en los Estados que no admiten la esclavitud, hay una preocupación arraigada en las costumbres contra los *hombres de color.* La prueba oral no podía bastar para probar el estado de ingenuo. *Si tibi controversia ingenuitatis fiat,* dice Alejandro Severo (lib. 2.°, *Cod. de testib.) defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* (2).

189. En nuestro derecho moderno, cuando se han establecido reglas fijas para probar el estado de las personas, se ha descartado la prueba testimonial, no bruscamente, como hizo la Ordenanza de Moulins respecto de las convenciones, sino sucesiva y parcialmente, y con numerosas distinciones, según la naturaleza de los casos. El uso de probar por escrito los nacimientos, matrimonios y defuncio-

(1) Véase M. Derome, *Prueba del estado civil entre los romanos* (*Rév. de Legisl:* nuev. ser., tomo 3.°, pág. 261.)

(2) Los registros instituídos por Marco Aurelio se referían especialmente á las cuestiones de libertad ó de ingenuidad, *ut si forte aliquis,* dice Elio Capitolino (loc. cit.) *causam liberalem diceret, testationes inde fierent.* Los registros del censo han debido también emplearse con este objeto, puesto que se manumitía por censo. Pero se sabe que llegó á no haber registros sino en largos intervalos, habiendo caído enteramente en desuso después de Decio.

nes (1) se ha tomado de las prescripciones de la Iglesia católica, establecidas para consignar la administración de los sacramentos, y adaptadas después á las necesidades de la sociedad civil. Hállanse vestigios de este uso en San Gregorio Niceno y en San Agustín. En el siglo XVI, cuando ya se habían esforzado muchos sínodos en regularizar el modo de llevar los registros por los curas párrocos, la autoridad civil se apropió en cierto modo la institución canónica, para hacer prevalecer la prueba escrita sobre la prueba testimonial. Las ordenanzas de Villers-Cotterets (arts. 50 y sigs.) en 1539, y de Blois (art. 181), en 1579, prescribieron que se mencionara la hora del nacimiento, así como la de la defunción, y mandaron á los curas que depositaran un registro en los juzgados de las bailías y senescalías. Pero se observaron muy mal estas ordenanzas; así es que no se había mencionado la fecha del nacimiento en los registros conservados en París sino desde 1668, y el depósito de las actas en los juzgados reales, aunque mandado por la Ordenanza de 1667, no se organizó definitivamente sino por la de 19 de Abril de 1736. En cuanto á los protestantes, colocados fuera del derecho común por la revocación del edicto de Nantes de 1685, sólo se permitió por un edicto de Noviembre de 1787 consignar en forma su estado civil. Finalmente, la ley de 20 de Septiembre de 1792 estableció un modo uniforme de extender las actas por una autoridad puramente civil, para la prueba de los nacimientos, matrimonios y defuncionos. El Código civil no ha hecho más que reproducir esta ley con algunas modificaciones.

La consignación ó prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones por medio de registros, independientemente de toda opinión religiosa, propende á prevalecer actualmente entre las naciones más adelantadas.

* Esta secularización del derecho inaugurada por la ley de 1792, mantenida por el Código civil de 1804, y que la mayor parte de los Estados de Europa y América se han apresurado á seguir, ha sido realizada entre nosotros de una vez y de una manera completa. Ella lo ha sido, lo mismo para el matrimonio, donde la cuestión es mucho más compleja que para los nacimientos y defunciones. En efecto; en los nacimientos y defunciones no se trata más que de hacer constar un hecho. En cuanto al matrimonio hay, por el contra-

(1) Conviene consultar el curioso trabajo de M. Loir *Sobre el estado religioso y civil de los católicos en Francia* antes de 1792 (*Revista de derecho francés y extranjero*, tomo 4°, pág. 701.)

rio, dos órdenes de ideas que es preciso no confundir. ¿Quién procederá á la celebración de la unión conyugal? ¿Quién es la autoridad que tendrá el *derecho de verificar los matrimonios?* Tal es la primera pregunta. De cualquiera manera que sea resuelta, encierra una segunda: estando celebrado el matrimonio, ¿qué autoridad es la llamada á consignar la unión verificada á fin de asegurar la prueba? Si la Iglesia cede fácilmente sobre este último punto, le desagrada mucho más admitir la ingerencia de la autoridad láica en la celebración misma del matrimonio.

Sería demasiado largo el indicar aquí las numerosas leyes que se han dictado en estos últimos tiempos acerca de esta materia del estado civil, y especialmente del matrimonio. Me limitaré á decir, que la secularización ha sido realizada de una manera absoluta en el imperio de Alemania (V. ley de 6 de Febrero de 1875, arts. 1.° y 41 en el *Anuario de legislación extranjera* de 1876, noticia, traducción y notas de M. Gouse), y en Suiza (ley federal de 24 de Diciembre de 1874, arts. 1.° y 40, en el *Anuario de legislación extranjera* de 1876, noticia de M. Pinguet.)

En otros países, siguiendo ciertas distinciones, dan competencia á la vez para la celebración de los matrimonios, á los ministros de los diversos cultos reconocidos, y á determinadas autoridades civiles. Así sucede en Austria (V. ley de 9 de Abril de 1870, traducción y notas de M. Gouse en el *Anuario de legislación extranjera* de 1872).

En otros, las celebraciones religiosa y civil son exigidas simultaneamente, como en Rumanía (V. Glasson, *El matrimonio civil y el divorcio*, pág. 305).

Finalmente, encontramos otra forma de legislación en la República Argentina. Según los términos de la ley de 25 de Octubre de 1884 sobre los registros del estado civil en la ciudad de Buenos-Aires, combinados con el art. 80, y los arts. 167, 180 y 183 del Código civil de la República Argentina, la inscripción en los registros del estado civil está allí completamente secularizada. En cuanto á la celebración de los matrimonios, la Iglesia conserva sólo el derecho de celebrarlos. (V. *Noticia general acerca de los trabajos del Congreso Nacional de la República Argentina, durante la legislatura de 1884*, por M. E. Dairiaux, *Anuario de legislación extranjera*, 1886, págs. 887 y sigs.) *

190. Para evitar toda confusión en esta materia, conviene tratar aparte, desde luego, del nacimiento y de la defunción, que son simples hechos, y después, del matrimonio y de la filiación, que

constituyen relaciones sociales. Compréndese que la ley ha debido ser más suave respecto de la primera clase de hechos que de la segunda, que se refiere á las cuestiones de estado propiamente dichas. Ya veremos después que, aun respecto de estas últimas cuestiones, se apoya la prueba en principios enteramente distintos, según que se trata de matrimonio ó de filiación.

*** Nuestras antiguas leyes españolas guardan silencio sobre los registros del estado civil, esto es, como lo entiende el derecho francés, sobre los libros ó matrículas que deben llevarse por funcionarios ó autoridades civiles, generalmente del orden administrativo, para hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones que ocurran en cada población.

En España, como en la mayor parte de los paises, y en la misma Francia, según hace notar M. Bonnier en el núm. 188, se confiaron de muy antiguo á los eclesiásticos estos registros; pues como dice un célebre orador, «nada tan natural como que los mismos hombres cuyas oraciones y bendiciones se pedian en las épocas del nacimiento, matrimonio y defunción atestiguasen sus fechas y extendieran las respectivas partidas; la sociedad prestó su confianza á la que les habia concedido ya la piedad cristiana; y es necesario confesar que los registros se llevaban bien y fielmente por unos hombres cuyo ministerio exige instrucción y una probidad escrupulosa, Su conducta estaba garantizada por la sanción especial de la religión que enseñan». Además, recibido en España como ley el Concilio de Trento que contiene disposiciones sobre este particular, nuestras leyes acataron dichas disposiciones, que son las que rigen aun en el dia.—*(N. del T.)*

*** Por la ley de 17 de Junio de 1870 se estableció el Registro civil á cargo de la Dirección general de los Registros y del Notariado, de los Jueces municipales y de los Agentes diplómaticos y consulares de España en el extranjero, para la inscripción en cada una de estas dependencias, según los casos que detallan la ley y el Reglamento de 13 de Diciembre del mismo año, de los nacimientos, matrimonios y defunciones que tengan lugar en territorio español, ó en el extranjero, ó en viaje por mar tratándose de españoles, ó de extranjeros á bordo de buque español, las cartas de naturaleza y las declaraciones de opción por la nacionalidad española, debiendo anotarse al margen de estas inscripciones las legitimaciones, los reconocimientos de hijos naturales, las ejecutorias sobre filiación, las adopciones, ejecutorias de divorcio, y en general todos los actos jurídicos que modifiquen el estado civil del ciudadano y no deban ser objeto de inscripción principal según las disposiciones de la ley citada. Declaran los artículos 34, 35 y 36 de esta, que las certificaciones expedidas con arreglo á la misma serán consideradas como documentos públicos, y por ellas se probarán en lo sucesivo los actos de su referencia, dejando de tener valor de documentos públicos las partidas del Registro eclesiástico relativas á los propios actos, y probándose los que hubieran tenido lugar en fecha anterior por los medios establecidos en la legislación vigente hasta la promulgación de la mencionada ley y consiguientemente por las partidas parroquiales, comprendidas por el art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil comprende entre los documentos públicos y solemnes.

Acreditándose que no han existido ó que han desaparecido los dos ejemplares del Registro en que debiera hallarse inscrito un acto concerniente al estado civil de una persona, podrá justificarse éste por los demás medios de prueba que establecen las leyes.

Con arreglo al Código, los actos concernientes al estado civil de las personas se hará constar en el Registro destinado á este efecto, el cual comprenderá las inscripciones ó anotaciones de nacimientos, matrimonios,

emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad.

Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual solo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas ó hubiesen desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

El mismo Código advierte que, en cuanto no esté modificada por sus disposiciones, continuará rigiendo la ley de 17 de Junio de 1870.—*(Nota de la R.)*

§ I.—Nacimiento y defunción.

SUMARIO: 191. Admisibilidad de la prueba por testigos de estos hechos.—192. Casos de perderse los registros.—193. Casos en que no los ha habido.—194. Casos en que ha habido omisión.

191. Si las actas del estado civil son los medios regulares de probar el nacimiento y la defunción, no es casi posible exigir de un modo absoluto la existencia de un escrito para consignar hechos tan poco complejos. (Dejamos aparte todo lo concerniente á la filiación). Vamos ahora á ver, que puede oirse á testigos generalmente en las diversas hipótesis en que llegan á faltar las actas de nacimiento ó de defunción, bien porque se hayan perdido los registros, bien porque no se hayan llevado, ó se haya omitido mencionar en ellos los hechos en cuestión. El Código civil reproduce sobre este punto las disposiciones de la ordenanza de 1667 (tít. 20, art. 17).

192. El caso de pérdida de los registros entra en la hipótesis más general de la pérdida del título. Admitiendo entonces la prueba por testigos, como también por papeles domésticos, no hace más el art. 46 del Código civil, que aplicar el principio que autoriza, atendiendo á la necesidad el restablecimiento, por medio de una información testifical, del contenido de una acta que ha sido destruída por fuerza mayor, aunque fuera solemne (número 175). La pérdida de los registros, bastante rara en los tiempos modernos, se ha realizado en vasta escala en París á consecuencia de los acontecimientos de 1871, y su reconstitución ha sido ordenada por la ley de 12 de Febrero de 1872 (1). Por otra parte, se hallan de acuerdo la jurisprudencia y la doctrina para asimilar á la pérdida total de los registros la de la parte en que debía hallarse el acta que debía servir de prueba, según se ha decidido respecto de los militares por el art. 5.° de la ley de 13 de

(1) * Véase sobre la fuerza probatoria de las actas del estado civil reconstituídas, el art. 3.° de la ley de 12 de Febrero de 1872. *

Enero de 1817. El texto del art. 46 autoriza á suponer que no se podrán invocar á falta de testigos ó en apoyo de testimonios incompletos, más que los registros y papeles emanados de los *padres y madres fallecidos;* es preciso concluir que hasta las actas auténticas, emanadas de otros parientes que no sean los padres y madres, ó lo que sería más extraño todavía, de padres y madres vivos, que negasen el estado del niño, no pueden hacer prueba. Esta aplicación literal del texto se encuentra en oposición con el art. 324, que para la filiación, allí donde la ley se muestra más rigurosa, admite perfectamente los escritos emanados de toda parte interesada, viva ó fallecida. También es preciso reconocer que el Código no ha hecho más que reproducir, sin darles importancia, las expresiones puramente enunciativas de la ordenanza de 1667 (loc. cit.). Esto es lo que han decidido las sentencias denegatorias de 8 de Noviembre de 1820 y de 18 de Diciembre de 1838). El Tribunal de Casación ha ido más lejos: se ha fallado (Deneg., 16 de Febrero de 1837) que la admisión de la prueba testimonial hace igualmente admisibles las presunciones simples, conforme al derecho común (art. 1353).

193. Si no se han llevado registros, se llega á la misma solución (art. 46 cit.) por otro motivo, á saber, que fué imposible redactar acta del suceso cuando tuvo lugar. Habría imposibilidad física, cuando se hubieran interrumpido las comunicaciones, por ejemplo, en caso de inundación. Habría imposibilidad solamente moral, en caso de negligencia por parte de los notarios ú oficiales que no hubieran llevado los registros. Pero no se puede exigir que promuevan las partes un proceso á estos oficiales ó notarios, para obligarles á ejecutar la ley.

194. Finalmente, el caso más delicado es el en que se haya omitido mencionar el nacimiento ó defunción en registros que no presentan, por lo demás, ninguna señal de destrucción ó de alteración parcial. Aquí, sin duda, si estuviéramos bajo el imperio de la regla del art. 1341, debería decidirse que pudo extenderse acta, y que en su consecuencia, no debe admitirse la prueba de testigos. Se invoca, además, en este sentido el argumento *à contrario*, sacado del art. 46 que no comprende sino los casos de pérdida y de no existir registros. Se saca un argumento de la misma naturaleza del artículo 19 del decreto de 3 de Enero de 1813, que para los accidentes que ocurren en la explotación de una mina, autoriza excepcionalmente el redactar una acta de defunción, sin haberse hecho presentar el cadáver. Pero estos raciocinios no tienen fuerza alguna

si se penetra bien la idea, de que la prueba testifical es de derecho común, cuando no se trata de convenciones, sino de acontecimientos del orden de la naturaleza (1). En su consecuencia, debe eliminarse el art. 1341: el art. 46 no es limitativo, porque no constituye un favor de la ley, sino una deducción violenta de los principios generales, y lo mismo debe decirse del decreto de 1813, que suministra simplemente un medio de regularizar la prueba de la defunción. Admitiremos, pues, con la jurisprudencia (V. las sentencias de 1.° de Junio de 1830 y de 22 de Abril de 1831), que se pueden suplir hasta las omisiones de las actas del estado civil. Pero entonces será necesario para probar los hechos una información especial, mandada practicar por el tribunal y dirigida por uno de sus miembros. Deben considerarse como concesiones enteramente excepcionales introducidas en favor del matrimonio, bien sea la fe que se concede á una acta de notoriedad extendida por un juez de paz, mediante declaración de siete testigos, para que sirva de acta de nacimiento al futuro cónyuge (*Cód. civil*, arts. 70 y siguientes), bien sea la facultad de suplir por medio de una declaración juramentada de las partes y de los testigos el acta de defunción de un ascendiente, cuyo último domicilio se ignora (Dictamen del Consejo de Estado del 4 termidor, año XIII.)

En sentido inverso, existe un dictamen del 17 germinal del año XIII, que no autoriza á las mujeres de los militares para contraer segundas nupcias sino con la condición de presentar la partida de defunción de su marido. ¿Deberá verse en esto, como se cree generalmente, una restricción particular destinada á prevenir el peligro de bigamia, y en su consecuencia aplicable aun á las mujeres de los no militares? Observemos desde luego que no se trata de un artículo de ley, sino de una interpretación cuya autoridad no puede alcanzar á más que á la cuestión propuesta. Añadamos, para circunscribir bien el terreno de la dificultad, que este parecer no se aplica sino á los casos de omisión en los registros; porque si se trata de la pérdida de éstos, ó de que no existan ó se lleven indebidamente, la ley de 13 de Enero de 1817 (art. 5.°) que sólo determina, es cierto, sobre las guerras de la Revolución y del Imperio, pero que sienta evidentemente sobre este punto un principio general, autoriza á ordenar una prueba testimonial del fallecimiento de los

(1) La ordenanza, decía el abogado general Gilbert de Voisins, no se explica sobre las materias de estado, como sobre las convenciones. Respecto á éstas, se vale de términos prohibitivos, imperativos; nada de lo cual se ve en la cuestión de estado.

militares, conforme al art. 46 del Código civil. Pues bien; en esta ley se menciona á la esposa, así como á los herederos (art. 1.º). Limitada al caso de omisión en los registros, la decisión del Consejo de Estado se justifica respecto de los militares por motivos especiales. El gran número de defunciones que tienen lugar simultáneamente en la guerra, se presta singularmente á errores sobre la identidad (1). La falta de inscripción cuando se han llevado registros en forma debida, deja siempre lugar á dudas sobre la exactitud del hecho, y estas dudas deben bastar para impedir las segundas nupcias. El peligro es menor respecto de las defunciones ordinarias, cuando pueden ser tales sus consecuencias que no ocurra sombra de duda acerca de su identidad. No se puede, pues, argüir *à pari* del dictamen del 17 germinal del año XIII. A falta de un texto prohibitivo, tendrán fundamento los tribunales para autorizar un segundo matrimonio, si el hecho de la muerte resulta de testimonios precisos y concordes. Su decisión sobre este punto no podría, en nuestro juicio, constituir á lo más, sino un fallo injusto ó falto de equidad; pero se comprende que debe usarse sobriamente de un poder tan delicado (2).

*** Por derecho español, que en esta materia lo constituye el Concilio de Trento, por estar admitido como ley en España, se dispone que deben llevarse en cada parroquia libros ó registros en que los curas párrocos asienten los nombres de los bautizados y de sus padres y padrinos, con expresión del día, mes y año, firmando de su nombre cada una de las partidas; y autores acreditados añaden, que para formar con exactitud los partidas de bautismo, debe asegurarse el párroco de la identidad y procedencia del bautizado, por el mismo padre, y en su defecto, por las personas que asistieron al parto ó por el dueño de la casa en que parió su madre, si no se hallase domiciliado. Véase también la Real orden de 1.º de Diciembre de 1837, en que se determinan las circunstancias que han de expresarse en las partidas de bautismo.

Mas nuestro derecho admite la prueba de testigo á falta de partidas, y en los casos ordinarios en que hay prueba documental, para probar la falsedad de ésta. (Véase la A. á los números 211 y 223).—*(N. del T.)*

*** En nuestra nota precedente extractamos las disposiciones aplicables al caso de no existir ó haber desaparecido los libros del Registro civil. En éste, según orden de 28 de Febrero de 1873, habrán de inscribirse los nacimientos ocurridos después de promulgarse la Constitución de 1869, anteriores á la ley de 18 de Junio de 1870 y no inscritos en los Registros parroquiales.

La misma ley (art. 45) y el Reglamento para su ejecución (artículos 31 y 32) fijan el término de tres días para presentar en el Registro al recién nacido, al efecto de la inscripción, correspondiendo ordenar ésta, pasado

(1) Por esto exige el Código (art. 96) tres testigos en las partidas de defunción extendidas en el ejército.

(2) * Consultar acerca de las actas de fallecimiento de los marinos náufragos un artículo que ha publicado M. Julio Valéry con este título en el periódico *La ley* de 11 de Junio de 1886. *

aquel término, al Tribunal competente, á instancia de los interesados ó del Ministerio fiscal. Para este último caso se dispuso en circular fecha 16 de Enero de 1871, que se ofreciese por las partes información acerca del lugar, día y hora del nacimiento y de la filiación del recién nacido, observándose para la instrucción del expediente, ante el juez de primera instancia, los trámites que fija la ley de Enjuiciamiento civil en las informaciones para perpetua memoria. Este expediente, según decreto de 1.º de Mayo de 1873, ha de instruirse ante el encargado del Registro, haciéndose constar por certificación del facultativo que haya asistido al parto; y no siendo posible obtener este documento, por testigos presenciales de aquel acto ó que tengan noticia exacta del mismo, el día y hora del nacimiento. Promoviéndose oposición, la decidirá el juez de primera instancia, cuya providencia será definitiva, quedando á salvo á los interesados el derecho de reclamar en el correspondiente juicio contra esta decisión. Cuando se presenten al Registro niños abandonados, al parecer mayores de tres años, ó personas adultas cuyo origen y filiación sean completamente desconocidos, no podrán ser inscritos sino en virtud de sentencia judicial, recibiéndoseles desde luego una breve información de notoriedad ante el encargado del Registro, con citación del Fiscal.

Para el caso de partos dobles preceptuaba la ley 12, tít. 33, Partida 7.ª, que si los nacidos fuesen varón y hembra se presuma que aquél nació primero, y siendo todos varones se les considere nacidos al mismo tiempo. Conforme al art. 34 del reglamento ya citado, cuando se presenten dos niños gemelos se hará una inscripción para cada uno de ellos, indicando con precision y exactitud la hora del nacimiento de cada uno de ellos, si fuese conocido; si no lo fuere, se expresará así en la inscripción. El Código civil se concreta á declarar (art. 31) que la prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito.

En punto á defunciones, previene el art. 80 de la ley del Registro civil que sean preferidos como testigos de la inscripción los que más de cerca hayan tratado al difunto ó hayan estado presentes en sus últimos momentos.

Tratándose de militares fallecidos en campaña, consúltense el art. 90 de la ley del Registro, el decreto de 17 de Julio y las órdenes de 16 de Octubre y 11 de Diciembre de 1874. Se practicará la inscripción en virtud de parte del jefe del Cuerpo á que perteneciese el difunto, comunicado por el Ministerio de la Guerra ó por la respectiva Dirección militar, según sea ó no conocido el último domicilio de aquél, y faltando dicho parte se considerarán como medios supletorios las certificaciones de los Capellanes de los Cuerpos ó encargados de los hospitales, autorizados por sus jefes, y las expedidas por las autoridades militares ó civiles, con referencia á los datos oficiales que consten en las oficinas sujetas su inspección ó dependencia. No produciéndose por falta de datos la completa identificación de la persona inscrita, se considerarán los conocidos como provisionales, y se ampliarán ó rectificarán, previa información ante el juez municipal y audiencia del Fiscal, ó mediante documentos que presenten los interesados. Contra la resolución que recaiga puede reclamarse ante el juez de primera instancia, el cual, oyendo al Fiscal, resolverá en definitiva. Contra su decisión no se da recurso alguno, pero será reclamable en juicio ordinario. Los parientes del fallecido en campaña, ó cualquiera otra persona interesada en la inscripción, podrá solicitarla ante el juez de primera instancia del partido del último domicilio del finado.

En el caso de fallecimiento de una persona desconocida ó del hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible por el pronto comprobar, se extenderá una inscripción provisional, verificándose otra nueva inscrip-

ción, luego que se logre aquella identidad (artículos 82 y 83 de la ley del Registro).

Al tenor del decreto de 1.º de Mayo de 1873, en las defunciones por incendio ó hundimiento, el encargado del Registro donde haya tenido lugar el siniestro cuidará de hacer constar todas las circunstancias que puedan contribuir á la identificación detallada de cada una de las personas que hayan fallecido; y respecto de las ocurridas por naufragio exigirá, antes de practicar la inscripción, copia de las actuaciones que se hayan instruído con motivo del siniestro.

Por último, dispone el Código civil (art. 33), que si se duda entre dos ó más personas llamadas á sucederse quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una ó de otra debe probarla; á falta de prueba, se presumirán muertas al mismo tiempo. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieran las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte (art. 191).—*N. de la R.*

§ II.—Matrimonio.

SUMARIO: 195. Distinción de la prueba directa y de la prueba por posesión de estado.—196. Prueba del matrimonio en el antiguo derecho.—197. Posesión de estado rechazada por el derecho moderno.—198. Efecto que puede producir en favor de los hijos.—199. Casos en que no ha habido registros y en que se ha omitido llevarlos.—200. Casos en que ha sido inscrito el acto en una hoja volante.—201. Resumen.—202. Legislación inglesa sobre este punto.

195. Cuando no se trata de un acontecimiento de tal naturaleza que se verifique en un momento dado, como el nacimiento y la muerte, sino de una relación que está destinada á perpetuarse, como el matrimonio y la filiación, se concibe (independientemente del acto) que existan dos vías muy distintas para conseguir la prueba. La una consiste en consignar directamente el hecho generador de la relación; la celebración del matrimonio, por ejemplo. La otra consiste en consignar indirectamente esta misma relación, reuniendo los hechos que la hacen verosímil, y agrupándolos en un haz, por decirlo así, para probar el derecho por medio del ejercicio del derecho, la propiedad por medio de la posesión. Es lo que se llama probar *la posesión de estado*, mientras que por el primer modo se demuestra directamente la propiedad, en cierto modo, de este mismo estado. El mérito respectivo de estos dos modos de pruebas varía esencialmente, según que se trate del matrimonio ó de la filiación. Vamos á ocuparnos sucesivamente, haciéndonos cargo de estas diversas soluciones.

196. Respecto del matrimonio, de que tratamos en primer lugar, verificábase en Roma por medio de la posesión de estado. En efecto; sabemos que no se requería ninguna convención solemne con tal ó cual forma, y que la *uxor* no se distinguía de la *concubina* sino por la naturaleza más elevada del afecto que se le manifes-

taba. Así, pues, cuando no se podían justificar ceremonias especiales *(nuptiæ)*, se podía investigar con posterioridad al hecho, la voluntad de las partes en el carácter que presentaba su unión á los ojos de la sociedad, analizando los efectos para remontarse á la causa.

En la Edad Media, el derecho canónico que arreglaba las condiciones del matrimonio, permitía contraerlo por *palabras de presente* (1) *(verba de præsenti)*, las cuales no exigían ninguna ceremonia particular. La bendición nupcial sólo se requería para el sacramento, y el matrimonio mismo de los infieles no necesitaba renovarse, cuando entraban en el gremio de la Iglesia. Tal es la doctrina terminante de Santo Tomás de Aquino. Como no era posible referirse únicamente á la memoria de los que habían oído las palabras de presente, se debía también con frecuencia en aquella época probar la legitimidad de la unión por la naturaleza de las relaciones de las personas, que se habían tratado siempre y á quienes se había siempre considerado como marido y mujer. Esta doctrina estaba aún en pleno vigor después de la promulgación de la ordenanza de Moulins; porque aunque el matrimonio se funda en un contrato ó convención, siempre ha estado sometido á reglas especiales. Boiceau (part. 1.ª, cap. 4.º) admite aún indefinidamente los testigos, bien se trate de la prueba directa, *quum Caius præsentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Caiam in uxorem;* bien se trate de la prueba indirecta, *quum publice tenuit eam et aluit in uxorem, vicinis scientibus* (2). El Concilio de Trento fué el que en su sesión vigésimacuarta, pronunció la nulidad de las uniones clandestinas, mandando á las partes contraer matrimonio *præsente parocho et duobus vel tribus testibus* (3). Este decreto no se recibió en Francia, porque invadía la competencia del poder secular, pero se reprodujeron sus disposiciones por las ordenanzas de nuestros reyes.

El documento legislativo más importante en esta materia es la

---

(1) En oposición á las palabras de futuro, que sólo envolvían una promesa de matrimonio.

(2) Juzgándose entonces las cuestiones de matrimonio por los prioratos, añade Boiceau (*loc. cit.*): *¿Quid absurdius esset, si id quod à judicibus ecclesiasticis sacramentum esse contenditur, seu res sacramentalis et mystica, non nisi scriptis et tabellionibus adhibitis conficere liceret.?*

(3) Los matrimonios clandestinos anteriormente contraídos permanecerán válidos. *Tametsi dubitandum non est*, añade el Concilio, *clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse et vera matrimonia, quamdiu ecclesia ea irrita non fecit.* Aun respecto del porvenir, cincuenta y seis prelados se pronunciaron contra la nulidad.

ordenanza de 1639 (art. 7.º), que renovaba y completaba los reglamentos anteriores mal ejecutados, especialmente el art. 40 de la ordenanza de Blois de 1579. En ella se prohibió á todo juez recibir prueba por testigos de promesas hechas por palabras de presente, delante de los parientes y amigos, y se mandó que se extendiera acta de la celebración en presencia de cuatro próximos parientes. En cuanto á la prueba deducida de la posesión de estado, se decía generalmente con mucha razón (V. Danty, sobre Boiceau, *loc. cit.*), que desde que el consentimiento libre de las formas requeridas no podía constituir ya una unión legal, esta posesión, desnuda de todo otro adminículo, era más bien la prueba del libertinaje y del escándalo que la de un matrimonio contraído. Sin embargo, cuando las circunstancias eran muy favorables, se volvía aun algunas veces á la antigua doctrina (1). Por eso, por sentencia delParlamento de París de 7 de Enero de 1676 se reconoció á una mujer que no podía presentar partida de matrimonio la cualidad de viuda de un procurador, por razón de una posesión de estado de treinta y nueve años. Además, é independientemente de la disposición de la ordenanza de 1667 (tít. 20, art. 17), que autorizaba la prueba por testigos en caso de pérdida ó de no existir los registros, como la autoriza aun en el día el art. 46 del Código civil, se miraba la posesión de estado, ó un principio de prueba por escrito, como bases suficientes para autorizar la prueba testimonial. (V. Danty, *loc. cit.*)

197. En el día, no puede haber ya cuestión sobre las *palabras de presente*, por haber llegado á ser enteramente extrañas á nuestras costumbres (2). La posesión de estado en una época en que la aglomeración de la población en las grandes ciudades es tan considerable, y en que es tan fácil mudar de domicilio, se prestaría singularmente al fraude.

Además, hacer que no produzca esta posesión los efectos que produjo en otro tiempo, no es, propiamente hablando, introducir

---

(1) La jurisprudencia de los Parlamentos en el último siglo admitió también, de un modo general, la prueba por posesión de estado de los matrimonios protestantes, para los que no se había establecido fórmula alguna, y que habían sido, según el lenguaje del tiempo, *celebrados en el desierto*. Esta jurisprudencia se fundaba en una especie de necesidad social. Porque había, desde 1740, según nos refiere Elías de Beaumont, más de *cuatrocientos mil matrimonios* de esta naturaleza.

(2) El matrimonio *per verba de presenti* y *per verba de futuro*, cuando la cohabitación ha seguido, todavía es admite en Escocia. Véase acerca del *matrimonio en Inglaterra, Glasson, El matrimonio civil y el divorcio en la antigüedad, y en las principales legislaciones modernas de la Europa*, 2.ª edic., p. 308 y siguientes, y un estudio de M. Gouse *acerca de la legislación relativa á la celebración del matrimonio en Inglaterra, Irlanda y Escocia* en el *Boletín* de la *Sociedad de legislación comparada*, 1875, p. 80.

una restricción á la admisibilidad de la prueba testifical. Hoy, como en otro tiempo, se puede muy bien poner en evidencia, por medio de una información de testigos, las relaciones maritales que existen entre dos personas. Lo que se niega es que estas relaciones mismas deban hacer presumir un matrimonio en forma. Los testigos son siempre aptos para probar los hechos; pero los hechos no son ya concluyentes á los ojos de la ley. *Frustra probatur, quod probatum non relevat.* «La posesión de estado, dice el art. 190 del Código, no podrá dispensar á los pretendidos cónyuges que la invoquen respectivamente en su favor, de presentar la partida de matrimonio ante el oficial del estado civil.» Después de todo, es difícil admitir que el pretendido esposo que obra contra el otro, no pueda recordar el lugar donde se contrajo el matrimonio. Indíquelo, pues, y á no ser que ocurra algún accidente, será fácil su comprobación. Este es el vicio fundamental de la posesión de estado, cuando existen registros en buena forma. Y es de notar que en el asunto de 1676, la pretendida viuda había cometido la imprudencia de determinar el lugar y la fecha de su matrimonio, y habiéndose verificado la comprobación en el libro de la parroquia designada, no se encontró indicación alguna de matrimonio celebrado, en la época designada, entre las partes. Así, es bastante probable que la posesión de estado de treinta y nueve años no era más que un fraude hábilmente prolongado.

Debe notarse, sin embargo, en apoyo de la decisión del Parlamento de París, que no se llevaban bien los registros según el antiguo derecho (núm. 189). La Audiencia de Bourges se mostró más severa (17 de Marzo de 1830) respecto de la prueba de un matrimonio que se decía celebrado en 1801, pero que sólo se probaba por medio de una acta de notoriedad dada por el teniente cura y el maestro de escuela; los hechos alegados eran anteriores al Código, pero se regían por la legislación de 1792, que había ya organizado la regularidad de los registros ó libros.

198. No debe invocarse igual motivo respecto de los hijos que pueden ignorar muy bien el lugar en que se casaron sus padres. Así, están autorizados para alegar la posesión de estado de sus autores (1) para fundar su legitimidad, cuando en su acta ó partida

(1) No tenemos que ocuparnos aquí del otro efecto de la posesión de estado (*Cód. civil*, art. 196), que consiste en no admitir á los cónyuges la demanda de nulidad de una partida irregular, pero corroborada por esta posesión. Aquí no se trata ya de un medio de prueba, porque no es en manera alguna dudosa la irregularidad, sino de una excepción contra la demanda de nulidad por vicio de

de nacimiento nada contradice esta pretensión (1) (*Cód. civ.*, artículo 197). Mas para esto, es necesario que hayan muerto los dos esposos. Muchas decisiones de la jurisprudencia (Tolosa, 24 de Junio de 1820; París, 21 de Junio de 1853) rehusan asimilar el caso de ausencia de los esposos al de defunción. Esta interpretación nos parece muy rigurosa. Lo que creemos cierto es, que si vive uno de los esposos, debe preguntársele sobre el lugar de la celebración. No se debe tampoco distinguir si tiene ó no intereses contrarios á los de su hijo, porque la legislación no ha podido suponer que por una reticencia fraudulenta, quiera un padre hacer descender á un hijo legítimo á la clase de bastardo. (V. en este sentido una sentencia de Tolosa de 24 de Julio de 1826.)

El motivo sacado de la imposibilidad en que se encuentran los hijos para conocer el punto donde se verificó el casamiento de sus padres, no es puramente personal para aquéllos. Así es, que la Audiencia de Nimes ha sentenciado (el 18 de Junio de 1860, que los herederos de los hijos son igualmente admitidos á invocar el beneficio del art. 197 (2). Pero dichos herederos están obligados, del mismo modo que los propios hijos, á probar, además de la posesión de estado de los hijos, la de sus padres como esposos (Cas., 19 de Junio de 1867), teniendo los jueces la facultad (Sent. de Nimes, citada antes) de mostrarse menos rigurosos acerca de la prueba de hechos que fuesen muy remotos.

Esta presunción de legitimidad que resulta de la posesión de estado en favor de los hijos, ¿admite la prueba en contrario? Hay un primer punto en que no puede haber duda: la posesión de estado no puede tener más fuerza que el acta misma de celebración; pues si bien prueba la existencia del matrimonio, no prueba su validez, y por eso se admite á probar que está paralizado por un impedimento dirimente, tal como un primer matrimonio que no se ha disuelto (Douai, 8 de Marzo de 1845). El punto controvertido

---

forma, así como la cohabitación durante seis meses es una excepción contra la demanda de rescisión del consentimiento por error ó por violencia (*Ibid.*, art. 181.)

(1) El hijo no está obligado á presentar de nuevo su partida de nacimiento para probar que no contradice la posesión de estado; porque el lugar del nacimiento puede serle tan desconocido como el del matrimonio de sus padres. Quien debe presentar esta partida son los adversarios, si ha lugar á ello. (Agen. 18 de Mayo de 1842; Tolosa 4 de Julio de 1843). Pero se debe justificar la posesión de estado de sus padres como marido y mujer por medio de una prueba directa y no por simples inducciones (Sen. de cas. de 19 de Junio de 1867, citada por Devilleneuve, 1, 343, con las observaciones de nuestro ilustrado colega M. Labbé.)

(2) * Cpr. Cas. 28 de Febrero de 1872 en el mismo sentido. *

es la cuestión de si es permitido destruir la presunción del art. 197 en lo tocante al hecho mismo de la celebración, por ejemplo, oponiendo á los hijos una partida de matrimonio irregular, anterior á su nacimiento. Por la afirmativa, se ha dicho que el art. 197 prohibe solamente disputar el estado de los hijos *bajo pretexto de falta de presentación de la partida de matrimonio;* pero que en el caso de que tratamos hay más que falta de presentación, puesto que hay producción de un acta ó partida irregular. En este sentido se invoca la máxima «más vale la carencia de título que un título vicioso.» Para responder al argumento sacado de una sentencia denegatoria del 11 de Agosto de 1841, se añade, que en el caso que nos ocupa se trataba de un casamiento celebrado por un ministro del culto, casamiento que no tenía nada de incompatible con la existencia de un matrimonio civil regular; pero que no se puede suponer ya un matrimonio regular cuando se presenta en contra de los hijos un acta civil nula á todas luces, tal como el acta que hiciera constar un casamiento contraído ante el secretario del juzgado municipal.

Por ingeniosa que sea semejante distinción, parécenos en oposición con el espíritu de la ley. Consiste el pensamiento del legislador en admitir á favor de los hijos la posesión de estado como prueba del matrimonio de sus padres, en atención á que no se halla contradicho por la certificación de nacimiento. De ningún modo vemos reservada por el Código la prueba contraria que resultase de la presentación de un título irregular, prueba por otra parte incompleta, puesto que los esposos pudieron hacer regularizar su posición. La citada decisión se armoniza con el art. 196, que admite que entre los mismos esposos las nulidades de forma desaparecen con la posesión de estado.

El Tribunal de Casación ha fallado en el mismo sentido (Den., 7 de Abril de 1869), que no basta para destruir la presunción del artículo 197, con presentar el acta de matrimonio de uno de los parientes con una tercera persona que ha desaparecido posteriormente, sino que sería preciso probar la continuación del matrimonio en la época en que se afirma la concepción del niño.

199. En lo concerniente á la prueba directa por testigos de la celebración pública del matrimonio, no tenemos nada que añadir á lo que hemos dicho del caso de pérdida de los registros, al hablar de los nacimientos y defunciones. Tal vez se podrá dudar de la admisibilidad de esta prueba, cuando no se han llevado registros. No siendo el matrimonio, se dirá, un hecho del orden de la naturaleza, sino un acto sujeto á ciertas formas, no hay nada abso-

lutamente, faltando estas formas; así como sería imposible verificar un contrato de matrimonio en una población donde no hubiera notario. Pero esta opinión rigurosa sería contraria al art. 46 del Código, así como al artículo correspondiente de la ordenanza de 1667. No se puede imputar á las partes el haberse conformado con la práctica de los oficiales civiles de su pueblo, salvo la responsabilidad de estos oficiales. Por otra parte, el matrimonio no es un contrato literal; su esencia no estriba en el acta ó partida escrita, sino en el consentimiento dado públicamente ante un oficial civil competente (Ibid., art. 165). Esto es lo que resulta del texto del art. 75 del Código, en que vemos á un oficial civil pronunciar que las partes *están unidas por medio del matrimonio,* después de *extender acta* ó partida, lo que indica sin duda que el acta sólo sirve para la prueba; y tal era también la doctrina de Pothier (V. su *Tratado del contrato de matrimonio,* núm. 378). Habría también menos duda en el caso de que no se llevasen registros en debida forma. Así es como se han validado, apoyándose sobre todo en la posesión de estado, los matrimonios contraidos durante la expedición de Egipto por generales franceses con mujeres del país, aunque no se presentara prueba alguna por escrito (V. sents. dens. de 8 de Junio y de 7 de Septiembre de 1809; París 9 de Agosto de 1813). Si nuestros tribunales han rehusado admitir un pretendido matrimonio que se hubiera verificado en Pensilvania, país donde se admite la posesión de estado, es que no reconocieron, en el caso en cuestión, una posesión de estado suficiente (Sent. den. de 20 de Diciembre de 1841); por el contrario, han dado efecto á un matrimonio contraído *nudo consensu* en Nueva-York, en virtud de un certificado de un notario de esta villa, que probaba no exigir allí la ley para la celebración del matrimonio, ninguna solemnidad particular (Burdeos 14 de Marzo de 1849.) (1).

Se ha podido admitir con mayor razón la prueba de un matrimonio celebrado en Córcega ante el cura del lugar, en el período de 1793 á 1796, en el que la sublevación de la isla había opuesto obstáculos á la ejecución de la ley de 20 de Septiembre de 1792 (Bastia 24 de Julio de 1846.)

Pero si nos colocamos fuera de los términos del art. 46, es decir, si hay registros bien llevados, sin alteración aparente, no es

(1) * Todas estas decisiones son más bien consecuencia de los artículos 47 y 170 del Código civil que consagran para las actas del estado civil y especialmente para el matrimonio la regla: *locus regit actum.* *

posible admitir aquí la información, como hemos hecho respecto de los nacimientos y defunciones. «Ninguno puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles del matrimonio, dice el art. 194 del Código, si no presenta una acta ó partida de la celebración del matrimonio, inscrita en el registro del estado civil, salvo los casos previstos por el art. 46.» Este art. 194 tiene evidentemente por objeto excluir la prueba testifical, siempre que no se pueda probar la pérdida ó no existencia de los registros. Esta decisión se halla en armonía con lo que decide la ley respecto de las convenciones ordinarias. Existía un registro en forma, y las partes debían cuidar de que se consignara en él su unión; mientras que para los nacimientos y las defunciones, las personas que tienen interés en probarlas no son, la mayor parte de las veces, las mismas encargadas de hacer la declaración (1). Y no se crea que estamos aquí en contradicción con lo que hemos dicho ahora mismo, que la escritura no es de esencia del matrimonio. Es verdad que ha podido verificarse la pronunciación solemne y contraerse el matrimonio; así como si se ha celebrado un contrato sin valerse de escrito por un valor que excede de 150 francos, ha habido contrato. Pero en uno y otro caso no puede oirse á los testigos: *non jus deficit, sed probatio*. Es también difícil admitir, con la Audiencia de Bruselas (Sent. del 20 de Enero de 1807), que pueda deferirse el juramento sobre la existencia del matrimonio, como puede serlo sobre la del contrato que no excede de la tasa legal. Seremos igualmente más rigurosos que la antigua jurisprudencia (núm. 196) no atribuyendo ningún efecto al principio de prueba por escrito, á fin de autorizar la prueba testifical de la celebración; lo cual parece admitir el Tribunal de Casación, aun rigiendo el Código (Sent. den. de 22 de Diciembre de 1819). Nada hay en esto semejante á lo que se halla establecido respecto de las convenciones por el art. 1347 del Código, y de la filiación por el art. 324; artículos que tienen cuidado de definir los caracteres del principio de prueba por escrito, los cuales varían según el objeto de la prueba. El espíritu de la ley es excluir totalmente los testigos, si no ha sido imposible, al menos moralmente, extender una acta ó partida.

(1) Así, no vemos nada contrario á nuestra doctrina en una sentencia denegatoria de 22 de Agosto de 1831 que admite á los descendientes á probar, por una serie de piezas concordantes, el matrimonio de las personas de que se dicen descender, si no puede presentarse la partida de matrimonio. Estos descendientes pueden muy bien ignorar el lugar de la celebración, y entonces las piezas producidas equivalen, en favor suyo, á la posesión de estado de que habla el art. 197.

200. Una última cuestión, que trataremos ahora, aunque se refiera más bien á la forma del acta, para no dividir lo concerniente al matrimonio, es la de si una hoja volante firmada por las partes y por el oficial público, no puede jamás hacer fe ó tener fuerza ante los tribunales. La negativa que se adopta generalmente se funda en los términos mismos del art. 194: si no presenta la partida ó acta de su celebración, *sentada en los registros del estado civil*. Comparando, se dice, este artículo con la declaración de 1736, artículo 9.º (1), que pronunciaba en semejante caso la pérdida de todos los beneficios aportados al contrato de matrimonio, se debe reconocer que el legislador ha hecho sólo más severa una sanción ya existente contra una infracción tan peligrosa para la seguridad de las familias. Pero ¿es seguro, que toda la fuerza del art. 194 se apoya en estas palabras: *sentada en el registro del estado civil*? ¿No habría sido la intención de la ley solamente proscribir la prueba testifical, exigiendo una partida que tuviera que inscribirse debidamente en el registro? Ni una palabra en la discusión en el Consejo de Estado sobre este artículo, se refiere á la cuestión de las hojas volantes, ni á la declaración de 1736. Y si leemos la exposición de los motivos de Portalis, he aquí lo que encontramos sobre este punto: «Admitíanse los matrimonios presuntos antes de la Ordenanza de Blois.» Este abuso ha desaparecido; es necesario un título escrito, atestiguado por los testigos y por el oficial público que la ley designe. La prueba testifical y las demás especies de pruebas, sólo se reciben en el caso previsto por la ley sobre las actas del estado civil, y con las condiciones prescritas por esta ley. No se puede dispensar de presentar el título á posesión alguna. Evidentemente la idea del legislador se refiere á las clases de pruebas distintas de la escrita, y no á tal ó cual forma de escrito. Hoy que se está de acuerdo en considerar como desfavorables las demandas de nulidad de matrimonio por falta de formas, y que se contenta la ley para validar la celebración con una publicidad moralmente suficiente, ¿no habría cierta inconsecuencia en rechazar absoluta-

(1) Se cita algunas veces en el sentido de la nulidad, una sentencia del Parlamento de Paris de 8 de Junio de 1734. Es verdad que en el caso sobre que versó, el acta no se hallaba inscrita sino en una hoja volante. Pero si se lee el informe cuarenta y nueve de Cochin, cuyo cliente ganó el pleito de que se trataba, es fácil reconocer que la cuestión de forma no era más que un incidente del proceso, donde habia dos puntos de fondo muy importantes: la ausencia del párroco propio y la circunstancia de que el matrimonio había sido secreto, en contra de las ordenanzas. Por otra parte, el acta presentaba graves irregularidades que la hacian sospechosa.

mente la prueba del matrimonio, porque el acta invocada no estaba registrada? ¿No convendría en este caso, así como para las formas de matrimonio, y aquí la prueba se refiere íntimamente á la forma, dejar un poder discrecional al tribunal? Este poder debe tranquilizarnos contra el peligro de colusión y de antefecha concertada que se invoca en la opinión opuesta. Esta es, en definitiva, la consecuencia del principio que no admite formas rigurosamente exigidas en las actas del estado civil, principio de que el tribunal de Douai (en una sentencia contra la cual denegó la apelación el 10 de Febrero de 1851) ha hecho una aplicación notable, dando autoridad á una acta ó partida de matrimonio que no había firmado el oficial público. Tal parece haber sido el pensamiento de los redactores del Código penal, que sólo castigan con prisión de uno á tres meses y multa de 17 á 200 francos la inscripción en simples hojas volantes; mientras el solo hecho de no haberse asegurado del consentimiento de los padres, aun cuando éstos hubieran efectivamente consentido, se castiga con prisión de seis meses á un año, y con multa de 16 á 300 francos (*Cód. pen.*, arts. 192 y 193). ¿Cómo concebir esta disparidad de penas, si en el primer caso debiera pronunciarse ciegamente la nulidad? Hay, por lo demás, un precedente, en nuestro sentido, en una sentencia de la Audiencia de Metz, del 19 de Agosto de 1824, que admite el reconocimiento de un hijo natural inscrito en una hoja volante.

Lo que se halla generalmente reconocido es, que el acta inscrita en una hoja volante no está destituída de todo efecto. Puede, en todos los casos, servir de prueba del matrimonio, si está corroborada por la posesión de estado (*Cód. civ.*, art. 196.) (1). Así lo ha fallado el Tribunal de Casación (Den. 26 de Julio de 1865), hasta para una acta no firmada por el celebrante ó por los testigos.

201. En resumen, el matrimonio no puede jamás probarse indirectamente por la posesión de estado, salvo una excepción en favor de los hijos. Se puede probar directamente por testigos, en el caso de perderse ó no existir los registros, pero no en el caso en que existiesen registros llevados en forma. Entonces debe recurrirse á los registros; pero no se prohibiría al juez dar fe á una hoja suelta ó desprendida que se hallara revestida con todas las formalidades que se requieren.

---

(1) * Véase acerca de las diversas interpretaciones de que ha sido objeto el art. 196, á M. Girardin. *Revista práctica*, 1866, t. 21, p. 257 y su nota al pie de la Cas. de 26 de Julio 1865, S. 1865, t. 1.°, 393. *

202. Las diversas legislaciones modernas han adoptado generalmente principios análogos á los de la ley francesa, sobre la prueba del matrimonio. La Inglaterra es el país en que las antiguas costumbres sobre esta materia han dejado señales más marcadas. Admítese allí aun la prueba del matrimonio por común fama, bien que en virtud de estatutos recientes se lleven registros en forma por las sectas disidentes, independientemente de los registros parroquiales (1). Sin embargo, se hace una extraña distinción. Cuando los derechos personales se refieren al matrimonio, basta la posesión de estado para poder reclamarlos, salvo la persecución de adulterio ó de poligamia que exige la prueba directa de la cualidad de los esposos. Si, por el contrario, se trata de derechos reales, deben darse pruebas directas del matrimonio, suficientes para convencer al jurado (V. Blaxland, *Codex rerum Anglicanarum*, pág. 274.)

*** Hallándose recibido en España como ley patria el Concilio de Trento, que dispone las formalidades necesarias para hacer constar y probar los matrimonios, requiriendo como requisito esencial que se contraiga ante el propio párroco y dos testigos, según advierte M. Bonnier en el núm. 196, nuestras leyes patrias no contenían disposiciones especiales sobre las pruebas del matrimonio, ateniéndose á las prescritas por la Iglesia. (Véase la N. al núm. 211.—*(N. del T.)*

*** El art. 66 de la ley de 18 de Junio de 1870, ordena la inscripción del matrimonio en el Registro civil, debiendo hacerse también por medio de la transcripción de la partida parroquial la del matrimonio canónico, con arreglo al decreto de 9 de Febrero de 1875. Aquel documento hará prueba plena del matrimonio después que éste haya sido inscrito en el Registro. Acerca de la fuerza probatoria de las partidas del Registro y de lo procedente en el caso de no existir ó haber desaparecido los libros de éste, hemos indicado ya lo necesario en nuestra nota al núm. 190.

Se probarán por los medios establecidos en las leyes á la sazón vigentes los matrimonios anteriores á la de 18 de Junio de 1870. Según ésta, los contraídos desde la promulgación de la misma se acreditarán solamente por las correspondientes actas del Registro civil, á no ser que éstas hayan desaparecido, en cuyo caso serán admisibles todos los medios legales de prueba. Idéntica disposición, respecto á los matrimonios posteriores á su publicación, contiene el Código civil (art. 53), agregando al caso de

(1) El proyecto de matrimonio es inscrito en el registro llevado por el escribano del distrito. Este registro está abierto al público, y el matrimonio no puede celebrarse ni por el escribano, ni por un ministro del culto, sino en cuanto han transcurrido veintiún días sin oposición. El mismo término de veintiún días, omitido, según dicen en la práctica (M. Carlier, *Matrimonio en los Estados Unidos*, pág. 43), se ha ordenado por un bill de 31 de Diciembre de 1856, para los matrimonios contraídos en Gretna Green. Mayor facilidad para contraer matrimonio existe en los Estados Unidos de America, puesto que se asegura que en el Estado de Maine, un conductor de camino de hierro contrajo matrimonio durante la marcha de un convoy, entre dos estaciones, sin ninguna formalidad previa (M. Carlier, *ibid*, página 72). Adición Glasson y Gouse op. cit. para los matrimonios en la Gran Bretaña.

no existencia ó desaparición de los libros del Registro el de suscitarse contienda ante los Tribunales.

Conforme á la ley mencionada, la posesión constante del estado de los padres unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, harán prueba plena del matrimonio de aquéllos, si ya hubieren fallecido ó se hallaren impedidos de manifestar el lugar de su casamiento, á no constar que alguno de ellos estaba ligado con un matrimonio anterior. También el Código civil sanciona este medio de prueba (art. 54), mas sólo para el caso de no existir ó haber desaparecido los libros del Registro ó de suscitarse contienda ante los Tribunales. Copiando asimismo notarialmente lo dispuesto en la ley del Matrimonio civil, dispone (art. 55) que el matrimonio contraído en el extranjero, donde estos actos no estén sujetos á un registro regular ó auténtico, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.—*(N. de la R.)*

§ III.—Filiación.

SUMARIO: 203. En qué sentido no es admisible la prueba testifical para la filiación.—204. Distinción de la filiación legítima y de la filiación natural.

203. Si no se consultara aquí más que el derecho común, se debería conceder la mayor latitud al hijo que quiere probar su origen, puesto que no se trata de una convención, de que debiera haber formalizado acta ó escrito, sino de un hecho que le era evidentemente imposible consignar. Pero el temor de que se usurpe con sobrada facilidad un estado por medio de testimonios que la naturaleza oculta de los hechos permitiría difícilmente probar, ha hecho que se sacrifique el interés de algunos hijos que se hallasen desprovistos de las condiciones requeridas para la prueba al de la sociedad, cuya base descansa en la integridad de la familia. Por otra parte, no podía alegarse el peligro de la prueba testifical respecto de la posesión de estado, puesto que esta posesión, como la propiamente dicha, se compone de elementos públicos, cuya prueba no es casi susceptible de fraude. Así hemos visto, que si se rechaza respecto del matrimonio, es solamente á causa del carácter equívoco que presenta la cohabitación marital entre dos personas, si ha de ser permanente. Aquí no hay nada parecido á esto. Es sumamente improbable que se mantenga y eduque como hijo propio á un hijo extraño. En su consecuencia, se ha reconocido en todos tiempos que la posesión de estado basta para probar la filiación, sin que se necesite ningún adminículo (1) (Tolosa, 4 de Junio de 1842). No hay restricción á la prueba testifical, sino tan sólo en el

(1) * Los hechos que constituyen esta posesión de estado pueden probarse por medio de presunciones graves, precisas y que concuerden entre sí. Casación, 7 de Mayo de 1878. *

caso de que se dirigiera directamente sobre el hecho de la maternidad ó de la paternidad, prueba demasiado delicada para que se pueda, en una legislación en que se desconfía de los testigos, proceder á ella únicamente por medio de declaraciones orales. Así es de notar, que en el lenguaje del Código civil (art. 323) (y sacarepartido de estamos observación), no se llama *prueba por testigos* sino la consignación directa de la filiación por medio de la prueba testimonial.

204. La filiación invocada puede ser legítima ó natural. No teniendo el parentesco legítimo nada que no sea honroso para las personas á que se atribuye, su investigación se admite más fácilmente que la del parentesco natural. Esta distinción que domina la materia, no se apoya por lo demás únicamente en consideraciones de moralidad y de decencia: el cuidado mismo que se tiene por lo regular en disimular la existencia de un hijo natural, deja que se susciten sobre el origen de quien reclama una filiación de esta naturaleza, dudas que parece no pueden disiparse sino por medio de averiguaciones que no sean sospechosas (1).

I.—Filiación legítima.

SUMARIO: 205. Prueba por la posesión de estado.—206. Concurrencia del título y de la posesión.—207. Necesidad de la prueba previa del matrimonio.—208. Qué debe decidirse si solo hay posesión respecto de uno de los esposos.—209. A qué condiciones se halla sometida la prueba directa por medio de testigos.—210. Caso de pérdida de los registros.—211. Desconocimiento del marido en el caso de que no se prueba la maternidad sino por medio de testigos.—211 duplicado. ¿Es admisible la prueba por presunciones?

205. La posesión de estado basta por las razones que acabamos de exponer para probar esta filiación *(Cod. civil*, art. 320). La ley indica *(Ibid.*, art. 321) los principales elementos que constituyen esta posesión, y que pueden colocarse bajo los tres puntos principales señalados por los autores antiguos: *Nomen, tractatus, fama.* Pero no se requiere la reunión de estas diferentes circunstancias y todo se reduce, respecto de los tribunales, á una cuestión de apreciación: ¿es ó no constante que el reclamante era considerado como hijo de los padres que él se atribuye? Y la solución de esta cuestión, cualquiera que sea, no puede dar motivo á la censura del Tribunal de Casación (Sent. den. de 23 de Junio de 1869). La posesión de estado basta, *á falta de título* (art. 320 cit.), en el sentido

(1) Véanse las adiciones insertas á continuación de los números 211 y 223.—*(N. del T.)*

de que el acta ó partida de nacimiento es el modo ordinario de *probarse* la filiación. Pero no es preciso suponer aquí la pérdida ó no existencia de los registros para que se admita la prueba testimonial, según el art. 46 (1) (Den. de 2 de Febrero de 1870). Aun cuando existan registros sin altera ción, la posesión de estado tiene bastante fuerza para que no haya lugar á preocuparse de la omisión, que se reputa entonces provenir de una simple negligencia. Sin embargo, cuando no hay título conforme á la posesión de estado, admite la ley á demostrar, si ha lugar, que esta posesión no es más que consecuencia de error ó de fraude.

206. De otra suerte ocurre si hay al mismo tiempo partida de nacimiento y posesión, conforme á este título (Ibid., art. 322). Cuando estos dos modos de prueba se prestan á sí un mutuo apoyo, no puede disputarse el estado del hijo ni por terceros ni por el hijo mismo. Esta solución, reclamada por el interés de la estabilidad de las familias, fué admitida por la antigua jurisprudencia al principio del siglo XVIII (V. el informe 112 de Cochin, cuyas conclusiones ueron admitidas por sentencia de 9 de Abril de 1737). Desgraciadamente, como esto no era más que un mero punto de doctrina, que no autorizaba texto alguno, el favor que se prestaba á las personas hacía algunas veces que se derogase de un modo escandaloso. Se ha citado con frecuencia la rectificación obtenida por María Aurora de la partida de nacimiento, sostenida por la posesión, que la constituía hija legítima de padres oscuros, para hacerse declarar hija adulterina del mariscal de Sajonia, condición impuesta á un brillante matrimonio, que se realizó efectivamente. El art. 322 ha cegado el manantial de semejantes abusos. No es esto decir, por otra parte, que sea necesaria esta disposición en el día para casos semejantes al de María Aurora; el principio que prohibe investigar ó reconocer una filiación adulterina, atajaría semejantes pretensiones. Si es útil el artículo, es para impedir que se reclame un estado cuya prueba fuera lícita, tal como la de un hijo natural ó de un hijo legítimo de otros padres, cuando el título y la posesión de estado del reclamante son igualmente contrarios á su pretensión (2).

---

(1) El art. 320 en su primera redacción decía: «Si los registros se han perdido, ó si no se han llevado, basta la posesión constante del estado del hijo legítimo.» El Consejo de Estado generalizó la disposición de la ley con conocimiento de causa, admitiendo la prueba de esta posesión á *falta de título*.

(2) La concurrencia del título y de la posesión de estado no impediría poner en tela de juicio el derecho á un apellido patronímico, que es una propiedad de una naturaleza muy especial y que no debe confundirse con la filiación. (Martinique, 11 de Febrero de 1836.)

Mas para que la concurrencia del título y de la posesión produzca este importante efecto, es necesario que se pruebe bien la identidad de la persona respecto de la cual se reunen estas dos circunstancias (Orleans, 8 de Julio de 1875). Si hubo sustitución de hijo después de la inscripción en los registros del estado civil, por ejemplo, mientras estuvo en casa de la nodriza, es aparente la concurrencia de la posesión y del título, porque la posesión de estado que se invocara en favor del niño sustituído no sería más que un error, puesto que no se referiría al niño inscrito en el registro. De otra suerte sería, si no fuera posible aislar la posesión del título, si no se alegase más que una sustitución anterior á la confección de la partida de nacimiento (1). Separarse en este caso de la regla tutelar sentada por el art. 322, sería abrir la puerta á reclamaciones peligrosas para venir en auxilio de algunas posiciones excepcionales (Burdeos, 4 de Agosto de 1857; Poitiers, 1.° de Diciembre de 1869).

207. Finalmente, bien haya sólo posesión de estado, ó bien concurrencia de la posesión y del título, no debe perderse de vista que la prueba de la filiación no conduce á la de la legitimidad, sino en cuanto existe matrimonio entre los padres designados. Constando una vez la filiación, quedarán dos puntos que acreditar: 1.°, la celebración del matrimonio entre el padre y la madre; 2.°, la validez de este matrimonio. Los hijos son quienes tienen que probar el hecho de la celebración. Si suponemos viviendo y capaces de expresarse á los dos padres, ó al menos á uno de ellos los hijos estarán obligados, como toda otra parte interesada, á hacer la prueba directa por escrito, y en todos los casos en que la ley lo permite, por testigos. Si no existen padres en disposición de poder indicar el lugar de la celebración del matrimonio, ya hemos visto (núm. 198) que se permite á los hijos fundar la legitimidad en la posesión de estado de su padre y madre, como marido y mujer, combinada con su propia posesión (*Cód. civil*, art. 197). En cuanto al segundo punto, á saber, la validez del matrimonio, no corresponde á ellos demostrarla, porque todo matrimonio contraído debidamente se reputa válido; pero es claro, como ya hemos reconocido (núm. 198), que sus adversarios tienen siempre la facultad de atacarle como nulo en el fondo, sin que en esto se pueda ver, en

(1) El Código civil italiano (art. 174) admite la prueba de la institución aun cuando hubiese una acta de nacimiento que estuviera de acuerdo con la posesión de estado.

manera alguna, un ataque á la buena fe que supone la posesión de estado. Todo lo que debe hacer presumir esta posesión, es que se ha contraído una unión. ¿Pero podía contraerse? Esta es una cuestión de otro orden, sobre la cual no puede darnos luz alguna el hecho posterior de la posesión. Injustamente cita M. Denisart, como habiendo desconocido el justo favor de la posesión de estado, un fallo del Parlamento de París del 12 de Julio de 1713, que rehusó reconocer como legítimo, no obstante haber título y posesión conforme, al hijo nacido del segundo matrimonio de una mujer, que no había justificado el fallecimiento de su primer marido. El Parlamento pudo ser muy riguroso presumiendo la bigamia; pero tuvo razón en no preocuparse ni de la posesión ni del título, que probaban la existencia, mas de ningún modo la validez del segundo matrimonio. En sentido inverso, una sentencia de Montpellier del 2 de Marzo de 1832, desechó con razón la acción que se dirigía á poner en tela de juicio la existencia del matrimonio, cuando había, además del título ó partida de nacimiento, posesión de estado, tanto de los padres como de los hijos; solamente no estuvo acertada la sentencia en tener á la vista el art. 332 en vez del 197.

208. Los hechos que constituyen la posesión de estado de hijo legítimo deben regularmente emanar de los dos esposos. Habitualmente será el marido quien dirigirá la educación del hijo, y esto explica porque menciona el art. 321, especialmente *al padre*, no obstante ser conveniente, que se tomen en consideración igualmente los hechos relativos á la madre. ¿Qué deberá decidirse cuando los dos esposos han vivido separados, y existe la posesión solamente respecto de uno de ellos? Desde luego, siempre que presenten los hechos algún equívoco, se deberá ver en ellos fácilmente la posesión de estado de hijo natural más bien que la de hijo legítimo. Mas si resulta de las circunstancias de la causa esta última cualidad, debe examinarse respecto de qué cónyuge se halla probada la posesión. Si es respecto del marido, diremos sin vacilar con Merlín (*Repert.*, v.° *Legitimidad*, sec. 2.ª, § 4.°, núm. 3), que la posición del hijo es eminentemente favorable. Por el solo hecho de haberle tratado constantemente el marido como á hijo suyo legítimo, son muy verosímiles su nacimiento en legítimo matrimonio, y en su consecuencia, su filiación respecto de la mujer. No hay duda, que el texto de Ulpiano (l. 1.°, § 12, D. *de agnosc. lib.*): *Grande præjudicium adfert pro filio confessio patris*, tiene poca autoridad en nuestro derecho, puesto que en Roma no había hijos legítimos respecto de la madre, lo que hacía que tuviese menos

gravedad su voto. Pero las antiguas sentencias citadas por Merlín (loc. cit.), prueban que la jurisprudencia francesa ha dado siempre grande importancia á la posesión de estado con respecto al marido. Más duda ofrece la hipótesis inversa, pudiendo ser la mujer inducida más fácilmente á tratar como hijo legítimo el fruto de un comercio ilícito; mientras que el marido cometería el crimen de suposición de parto (*Cod. pen.*, art. 345), atribuyendo así un hijo á su mujer. Pero se ha opuesto, que es una suposición enteramente gratuita la existencia de una posesión de estado respecto de sólo la madre; la posesión de estado es indivisible, y no puede existir, respecto de uno de los padres solamente (Comp., París 25 de Mayo de 1852). No es imposible, no obstante, que una mujer separada de hecho de su marido trate á un hijo como legítimo, y tal era el carácter del caso que dió lugar á la sentencia denegatoria de 25 de Agosto de 1812. En otro caso, juzgado por la Audiencia de Tolosa el 4 de Junio de 1842, se ha consignado, que existía la posesión respecto del marido; pero añade la sentencia, que, aun cuando no existiera esta circunstancia, *los principios de derecho protegen al reclamante;* de donde se puede deducir que, respecto de la madre, si interviniera ella sola en el pleito, los hechos de la posesión de estado, aunque refiriéndose á ella sola, probarían la legitimidad. Partiendo de este punto, muy controvertido, y que parece contradecir la sentencia de 23 de Agosto de 1812, hemos juzgado en nuestra primera edición que semejante posesión de estado no tiene efecto con relación al padre; pero en nuestra edición segunda hemos reconocido, y en el día tenemos mayor convicción de ello, que la prueba testimonial de la maternidad presentada por aquel que no tiene título ni posesión, siendo suficiente, según veremos, para acreditar la paternidad hasta que se deniegue ó desconozca, es imposible rehusar el mismo efecto á la prueba de la maternidad que resulte de la posesión de estado. Después de todo, la sentencia que acredita de esta suerte la posesión de la legitimidad respecto de la madre, tiene más fuerza que una simple confesión, puesto que debe darse con conocimiento de causa y contradictoriamente con la familia paterna. Pero por el solo hecho de que la posesión de estado justificada respecto de la madre tiene semejantes consecuencias, los tribunales la admitirán con mucha dificultad (1).

(1) * Cpr. Baudry. Lacantinerie, *Compendio de derecho civil*, t. 1, núm. 709. *

209. Si no hay título ni posesión, no hay otro recurso que la prueba testimonial directa de la filiación. No dirigiéndose ya esta prueba sobre hechos públicos, como el de la posesión de estado, nuestra antigua jurisprudencia ha rehusado admitirla, cuando se halla desprovista de todo adminículo. Uno de los monumentos más notables que autorizan esta doctrina es una providencia del Parlamento de París de 1657, que, después de haber desechado la demanda para que se recibiera información de un tal Jorge de la Cruz, cuya pretensión no se apoyaba en base alguna, le condenó «á comparecer en persona en la sala ó tribunal á presencia del señor de la Porte, y de seis personas á su elección, para declarar que temerariamente y sin prueba, se ha dicho hijo del señor de la Porte, de lo cual se arrepiente, y pide perdón á Dios, al rey y á la justicia, y asimismo al señor de la Porte.» Pero si desde el siglo XVII se ha rechazado la prueba testimonial desnuda ó aislada, respecto de la filiación, no se han fijado tan pronto las ideas sobre las condiciones necesarias para autorizar el examen de testigos. Algunos, preocupándose de lo que se ha establecido respecto de las convenciones, exigían un principio de prueba por escrito. Esta opinión se hallaba reproducida aun en el proyecto del Código civil; pero sería muy riguroso subordinar á la representación previa de un escrito la justificación de la filiación legítima. Así se ha tomado un partido medio entre la ordenanza de Moulins, que exige un escrito respecto de las convenciones, y el derecho común que permite sin condición alguna la prueba de los hechos. Este sistema claramente expuesto desde 1691, en el segundo informe de D'Aguesseau, que ha contribuído á ganarle los votos, consiste en exigir que haya por lo menos indicios graves para motivar la sentencia interlocutoria que manda la información de testigos. A este sistema se ha atenido, pues, el Consejo de Estado en virtud de las observaciones del tribunado. «A falta de título y posesión constante—dice el art. 323 del Código—ó si ha sido inscrito el hijo ya bajo nombres falsos (1), ya como nacido de padre y de madre desconocidos, puede hacerse por testigos la prueba de la filiación. No obstante, no puede admi-

(1) Si se supone que las declaraciones recibidas por el funcionario civil dan fe hasta que se las tacha de falsedad, el niño inscrito con nombres falsos se vería obligado á entablar con antelación un procedimiento de falsificación para destruir el acta de nacimiento (Den., 28 Mayo 1809). Si, por otro lado, según lo indicaremos (números 528 y siguientes), dichas declaraciones no hacen fe más que hasta la prueba en contrario, la demanda es admisible *de plano*, con tal que el niño llene los requisitos del art. 323 (Den., 12 de Junio de 1823.)

tirse esta prueba, sino cuando hay principio de prueba por escrito, ó cuando las presunciones ó indicios que resultan de hechos desde entonces constantes son bastante graves para determinar la admisión.» Al hablar de hechos *desde entonces constantes,* supone el Código una notoriedad, una posesión de estado incompleta; ¿se debe deducir de lo que antecede que no es posible, sin entrar en un círculo vicioso, sentar estos hechos por medio de una prueba testimonial? Mas lo que es notorio en tal ó cual pueblo, puede muy bien no serlo para el juez. ¿Cómo se ilustrará si no oye á los testigos que puedan justificar esta notoriedad?

Por el solo hecho de contentarse el Código civil, conforme al último estado de la jurisprudencia, con presunciones graves en favor del reclamante, se veía propenso á sostener aquí el carácter amplio del principio de prueba por escrito, admitido antiguamente y rechazado en el día respecto de las convenciones (Ibid., artículo 1347), según el cual, podía emanar el escrito hasta de una persona no interesada en la controversia (núm. 165). En efecto, puesto que aquí pueden servir de base á la información de testigos, indicios materiales, aunque sólo emanen del adversario, hubiera sido inconsecuente ser más severo respecto de los documentos escritos. «El principio de prueba por escrito—dice el art. 324—resulta de los títulos de familia, de los registros y papeles domésticos del padre ó de la madre, de las actas ó escrituras públicas y aun privadas, que emanen de una de las partes empeñadas en la controversia, ó que hubiera tenido interés en ella si viviera á la sazón.» Así, el que reclame su estado respecto de una persona de quien se dice hermano, podrá oponerle escritos que emanen, no sólo del padre ó de la madre, que son los legítimos contradictores, sino también de un hermano, que no es en manera alguna el autor de la parte demandada. No hay más que una sola limitación y es, que no se tiene en cuenta para nada las declaraciones de terceros que no tienen interés en la cuestión (1).

Puesto que el Código se muestra aquí más generoso respecto de las convenciones, que en lo relativo al origen del escrito, no se debe suponer haya sido más riguroso en lo concerniente al carácter

(1) A pesar de un fallo contrario, dado por la Audiencia de Angers el 4 de Diciembre de 1822, creemos que la simple denegación de reconocimiento de la letra de un escrito privado no es suficiente para hacerle excluir por ser el principio de una prueba; de otro modo el demandado nunca dejaría de desconocer la letra, lo que originaría una complicación desagradable.

del escrito invocado. Hánse suscitado, pues, indebidamente dudas en cuanto á la admisibilidad de las cartas, á causa de la expresión *actas públicas* ó *aun privadas*, de que usa el art. 324. La palabra *acta* se emplea igualmente en materia de convenciones por el art. 1347, y sin embargo no se ha dudado jamás, que no se permita, por derecho común fundar en una carta un principio de prueba (Pothier, *Oblig.*, núm. 803). ¿Por qué había de ser de otro modo, cuando se trata de esas relaciones de familia, sobre las que puede arrojar tanta luz la correspondencia? (Caen, 5 de Julio de 1843). Tendremos, sin embargo, que hacer algunas reservas (núm. 694) acerca del empleo ante la justicia de cartas confidenciales contra la voluntad de su autor.

210. ¿Se admitirá que vengan los testigos á declarar sobre la filiación, como decide el art. 46, respecto de los nacimientos, matrimonios y defunciones, en caso de perderse los registros, sin que el reclamante alegue en su favor ninguna otra circunstancia más que está perdida? Parece que el indicio grave debe conducir á una probabilidad y no á una simple posibilidad. Pues bien: el indicio que resulta de la pérdida es un indicio puramente negativo. El hijo puede haber sido inscrito en hojas que han sido destruidas. Pero, ¿es cierto que fué inscrito? Nada autoriza á afirmarlo. Por eso la sentencia denegatoria de 12 de Diciembre de 1827, ha tenido razón en no considerar al juez como obligado á admitir la prueba por testigos, por el solo hecho de perderse los registros. El art. 46 no establece más que una simple facultad, y es preciso explicar aquí lo que hemos dicho sobre la posesión de estado (núm. 205); todo se reduce á una cuestión de apreciación. Es la misma decisión en el caso en que no se hubiesen llevado registros (Den., 8 de Agosto de 1864).

Pero, en sentido inverso, indicando la existencia de los registros debidamente llevados otra filiación, no sería esto un obstáculo para suministrar la prueba testimonial, en el caso en que es admisible, porque el título sin la posesión no puede, así como la posesión sin el título, constituir una prueba indestructible.

211. Hemos opinado que la posesión de estado respecto sólo de la madre, si se prueba en forma debida, hace presumir la paternidad. Al tratar de la prueba literal, examinaremos las graves dificultades que se suscitan en el caso en que la partida de nacimiento no menciona más que á la madre. Cuando no hay ni título ni posesión, resultará igualmente de la información la maternidad, puesto que la paternidad, aunque legítima, no es susceptible de prueba

directa (1). Pero, por sospechosa que sea la posición del hijo que no ha sido inscrito ni reconocido por sus padres, no se debe suponer que los tribunales lo declaren ligeramente hijo legítimo de la madre que él reclama. Si, pues, se halla legalmente probada la maternidad, será un hecho que le favorezca, pudiendo ponerse con confianza bajo la égida de la presunción que atribuye el marido por padre al hijo concebido durante el matrimonio (Ibid., art. 312). La ley supone en efecto (Ibid., art. 323) que corresponde á los adversarios probar que este hijo no nació por obra del marido: mas para esto es preciso suponer que se ha probado la maternidad respecto de todos los interesados. Esto es lo que resultaría del texto primitivo del art. 325, concebido en estos términos: «La familia á que pretende pertenecer el reclamante será admitida á combatir su reclamación por todos los medios propios para probar, no solamente que no es el hijo del padre, sino también que no es el hijo de la madre que reclama.» La familia de que se trata es la familia paterna, la cual se halla autorizada para rechazar hasta la maternidad; porque respecto de la familia materna no podía haber duda. Esta facultad que se concede á la familia paterna es sumamente justa y se halla en perfecta armonía con los principios sobre la autoridad de la cosa juzgada. La variación que se hizo en esta redacción por el Tribunado tuvo por objeto, no ya modificar su pensamiento, sino aclararlo. «La prueba contraria—dice el art. 325 actual—se podrá hacer por todos los medios conducentes para acreditar que el que hace la reclamación no es hijo de la que él dice ser su madre, ó igualmente probada la maternidad, que no es hijo del marido de la madre.» Nadie duda que se haya querido conservar la regla que quiere que la maternidad se pruebe en juicio contradictorio con las dos familias. Pero toda la fuerza del artículo se dirige actualmente sobre el otro punto, sobre la paternidad. Probada la maternidad, se puede usar *de todos los medios conducentes para acreditar* que no existe la paternidad legítima. ¿Acaso se ha querido ensanchar el círculo en que se halla estrechada de *ordinario* la acción para desconocer al hijo?

Para sostener la negativa se invoca, ya el texto que habla *de*

(1) Habría prueba, no ya del hecho mismo de la paternidad, sino de su reconocimiento casi inmediato, si el marido, como acontece con frecuencia, hubiera anunciado con solicitud ó premura á la familia el embarazo de su mujer, y que estuviese bien comprobada la identidad del reclamante con el niño, cuya concepción hubiera sido proclamada de esta suerte. Entonces se debería considerar generalmente la paternidad como probada de una manera positiva.

los medios conducentes y no de los medios excepcionales; ya las observaciones del Tribunado, donde no se trata de los nuevos casos de desconocer al hijo, sino tan sólo de la extensión que debe darse á la autoridad de la cosa juzgada. La otra opinión, adoptada más generalmente, se apoya desde luego en el conjunto del art. 325. ¿Es natural creer que se hubiera hablado de todos los medios conducentes para acreditar la falta de paternidad, si sólo se hubiera querido hacer una simple remisión á las reglas restrictivas del capítulo precedente? En cuanto á las observaciones del Tribunado, es verdad que no han versado sobre este punto. Pero ¿qué se debe deducir de esto? Estas palabras: *todos los medios conducentes*, etc., no pertenecen al Tribunado, sino á la redacción primitiva, cuya trascendencia hay siempre que apreciar. Finalmente, dejando á un lado el texto y la parte histórica del artículo, veamos si, á pesar de todo, tiene algo de extremada la extensión propuesta. Se puede desconocer al hijo ó por imposibilidad física ó por imposibilidad moral. Nada hay que añadir en cuanto á la primera imposibilidad. En cuanto á la segunda, la restricción de la ley (Ibid., art. 313) consiste en exigir salvo en el caso de divorcio y de separación de cuerpos regulado hoy día por la ley del 27 de Julio de 1884, acerca del divorcio, art. 2.°, la prueba de la ocultación del nacimiento, para que sea admisible el desconocimiento del hijo (1). Pues bien: en el caso en cuestión, no habría necesidad de justificar esta circunstancia. Pero ¿qué cosa más natural? ¿No hay, á falta de título y de posesión, á la vez una posición insólita, que supone casi siempre un nacimiento oculto? En el caso ordinario de desconocerse al hijo por adúltero, probada la ocultación del hijo, se admite al marido *á proponer todos los hechos oportunos para justificar* que no es él su padre; tales son los términos del art. 313. Estas presunciones son casi idénticamente las mismas que las que emplea el art. 325; *medios oportunos para acreditar*. Esta similitud en los textos, cuando las dos posiciones ofrecen una perfecta analogía, ¿no conduce insensiblemente á asimilar á la ocultación la falta de título y de posesión de estado? (2). La jurisprudencia ad-

(1) * Cpr. acerca de la denegación en el caso del divorcio ó de la separación de cuerpos. Baudry, Lacantinerie, *Comentario teórico y práctico de la ley de 27 de Julio de 1884 sobre el divorcio*, números 175 y siguientes; *Carpentier, tratado teórico y práctico del divorcio*, números 425 y siguientes; Colmet de Santerre, *Manual elemental de Derecho civil*, t. 1, ps. 112 y siguientes. *

(2) Esta inducción adquiere una fuerza singular, si se refiere á lo ocurrido en el Consejo de Estado, donde se interrumpió la discusión del capítulo 1.° del título de la *Paternidad*, para ocuparse del capítulo 2.°, con el objeto de examinar la ma-

mite en efecto contra el hijo que no tiene títulos ni posesión de estado, la facultad de probar la falta de paternidad por todos los medios posibles (V. Burdeos, 12 de Febrero de 1838; denegatoria de 9 de Noviembre de 1809, y sobre esta última sentencia, Merlin, *Cuestiones de derecho*, V. *Legitimidad*, § 11). Podría, no obstante, objetarse que esta facultad misma de desconocer al hijo el marido, parece revelar una filiación adulterina, lo cual ocasionaría que no se recibiera al hijo su reclamación. Pero la simple facultad de desconocer al hijo eventualmente, no puede poner obstáculo á un derecho. Para paralizarlo sería preciso suponer que hechos ya constantes ó subsistentes le atribuyen una paternidad que el buen éxito de su reclamación haría considerar adulterina (Véase comps. dens. de 13 de Febrero de 1839, 22 de Enero de 1840, 22 de Febrero de 1843 y 1.° de Mayo de 1849).

211 duplicado. En tesis general, siempre que la prueba testimonial es admisible, el demandante puede fundarse igualmente sobre presunciones graves, precisas y que concuerden entre sí (artículo 1353). También hemos reconocido (núm. 192) con el Tribunal de Casación, que es lícito, en caso de pérdida ó de carencia de registros probar los nacimientos, matrimonos y defunciones por medio de presunciones, lo mismo que por testigos. Mas toda la economía de la ley, en cuanto á la prueba de la filiación legítima, demuestra que esta doctrina no puede recibir aquí su aplicación. El Código ha tenido presentes las presunciones graves cuando ha clasificado, aun antes de la prueba testimonial directa, las poderosas inducciones que constituyen la posesión de estado.—El carácter de las otras presunciones es el poder ser invocadas como adminículos á fin de autorizar la prueba testimonial; esto es bastante decir que no pueden ser suficientes para justificar por sí solas la filiación.—Es verdad que si uno se fijase en la letra de ciertos fallos de la Audiencia de París (20 de Abril de 1859 y 2 de Febrero de 1867) las presunciones graves, precisas y concordantes bastarían para establecer la filiación, aun la natural mediante un principio de prueba por escrito; mas es facil reconocer que las presunciones mencionadas por estas sentencias eran en realidad hechos que constituían la posesión de estado.

---

teria en su conjunto. De esta disciplina general ha salido el principio, que en caso de fraude se reserva al marido ó á sus herederos todas las pruebas propias para combatir la presunción de paternidad. Este principio ha sido expresado por dos nuevas disposiciones, una de las cuales se ha añadido al art. 313, y la otra ha formado sola el art. 325.

*** Por derecho español se prueba también la filiación legítima por medio de la partida de bautismo que consta en los libros ó registros que llevan en cada parroquia los curas párrocos y donde asientan los nombres de los bautizados, si son hijos de legítimo matrimonio ó naturales, y las demás circunstancias que requiere el Concilio de Trento, recibido como ley en España, y la Real orden de 1.° Diciembre de 1837 y demás publicadas posteriormente sobre esta materia. Este documento es de gran eficacia para la prueba de la filiación, por las circunstancias que comprende, y precauciones que se toman para extenderlo, puesto que, como dice un notable escritor, los párrocos deben para formar estas partidas con exactitud asegurarse de la identidad y procedencia del bautizado por el mismo padre y en su defecto por las personas que asistieron al parto, ó por el dueño de la casa en que parió la madre, si no se hallaba en su domicilio. Así es que la nueva ley de Enjuiciamiento civil, art. 280, ha declarado documentos públicos expresa y terminantemente dichas partidas, así como las de matrimonio y demás sacramentales, dadas por los párrocos con referencia á los libros parroquiales. Estas partidas pueden, como las demás cartas públicas otorgadas por escribano, ser impugnadas en juicio por los vicios ó defectos de que adolezcan, tanto en el fondo como en la forma, según expresamente se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de Septiembre de 1864.

Si se negara al hijo la filiación, cuya declaración, según hemos dicho, consta en la mencionada partida, puede para la prueba hacer uso de la testifical y demás que establece el derecho.

A falta de partida, ya por no haber registros públicos ó por haberse perdido ó haber sido falsificada aquella, ó cuando no pudiese verificarse la prueba de la filiación por aquel medio, se probará haciendo constar que el hijo ha pasado y sido tenido como legítimo por sus padres, esto es, por la posesión de estado de hijo legítimo. Esta posesión es el goce público que todo individuo puede tener del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia. La posesión pública y constante es una prueba suficiente para acreditar la filiación, y aleja en todos los casos la cuestión sobre la identidad de la persona, viniendo á asegurarla. Esta posesión se acredita por una reunión de circunstancias que concurran á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre, con anuencia de éste y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público. Estos extremos podrán acreditarse por medio de testigos y demás pruebas que reconoce el derecho.

Mas la prueba de la filiación no es suficiente para probar la legitimidad, según indica M. Bonnier en el núm. 207. Es necesario para ello probar, además, que el hijo es fruto del matrimonio válido de sus padres, y habido en tiempo hábil por medio de la prueba directa de la partida de matrimonio, ó á falta de ésta por medio de los testigos que presenciaron su celebración, y demás casos en que es aquí admitida esta prueba, ó por medio de la posesión de estado de los padres combinada con la propia del hijo, según indica M. Bonnier en dicho núm. 207. (V. la A. al núm. 202).

Debemos advertir en esta materia, que no rigiendo por nuestro derecho constituido la regla que en el francés de que sea necesario en ciertos casos para que tenga lugar la prueba de testigos, un principio de prueba por escrito, no tienen aplicación entre nosotros las doctrinas que sienta M. Bonnier referentes á dicha regla.—*(N. del T.)*

*** He aquí los preceptos del Código civil que constituyen el derecho español vigente en materia de prueba de la filiación legítima, y que sustancialmente concuerdan con los de la ley del Matrimonio civil.

«Art. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

»Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros

ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

»Art. 109. El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera.

»Art. 110. Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

»1.ª Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

»2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

»3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

»Art. 111. El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

»Art. 112. Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

»1.º Si el marido hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

»2.º Si muriere después de presentada la demanda sin haber desistido de ella.

»3.º Si el hijo nació después de la muerte del marido.

»Art. 113. La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido ó, en su caso, cualquiera de sus herederos.

»Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará á contarse desde que se descubriere el fraude.

»Art. 115. La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, ó por documento auténtico ó sentencia firme en los casos á que se refieren los artículos 110 al 113 del capítulo anterior.

»Art. 116. A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

»Art. 117. En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme ó de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta ó separadamente.

»Art. 118. La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá á sus herederos, si falleciere en la menor edad ó en estado de demencia. En estos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción.

»La acción ya entablada por el hijo se transmite por su muerte á los herederos, si antes no hubiere caducado la instancia.»

Véase nuestra nota al núm. 194.—*(N. de la R.)*

II.—Filiación natural.

SUMARIO: 212. Prohibición de probar la filiación incestuosa ó adulterina.—213. ¿Hay excepción respecto de la posesión de estado?—214. Caso excepcional en que resulta esta filiación de la fuerza de las cosas.—215. Quién puede investigar la maternidad natural.—216. De la prueba de esta maternidad por medio de la posesión de estado.—217. Doctrina del Tribunal de Casación sobre este punto.—218. ¿Es aplicable el art. 322 á la filiación natural?—219. De quien debe emanar el principio de prueba por escrito.—220. Prueba compleja respecto de la maternidad.—221. Casos en que se admite excepcionalmente la indagación de la paternidad.—222. ¿Puede la posesión de estado acreditar la paternidad natural?—223. Sistemas de legislaciones extranjeras sobre la averiguación de la paternidad.

212. Una cuestión previa, cuya solución hemos indicado ya en nuestras nociones generales, al examinar cuáles son los hechos susceptibles de prueba, es la de si se admite á probar toda filiación natural. El Código civil (artículos 335 y 342) prohibe desde luego, bien sea el indagar, bien el reconocer una filiación incestuosa ó adulterina. Es verdad que ciertos autores y ciertas sentencias (V. Lyón, 23 de Marzo de 1835; París, 14 de Diciembre de 1835 y Bourges, 4 de Enero de 1839) han permitido probar un origen inficionado de uno de estos vicios, bien en favor del hijo para que pueda obtener los alimentos que la ley parece asegurarle (Ibid., artículo 762), bien por el contrario, en contra suya, para restringir las disposiciones dadas en su favor. Suponiendo fundada esta opinión, sería preciso ver todavía si se admitiría la prueba testimonial de semejante origen, aun con un principio de prueba por escrito. Parece difícil llegar hasta este punto, pues que entonces se debería exigir, por lo menos, para atenuar el escándalo, un reconocimiento expreso, como hace el Código italiano (art. 93), cuando se trata de una reclamación de alimentos, y así es como lo entendía el orador del Tribunado, que fué el primero que emitió esta opinión para explicar el art. 762. Tal es también el sistema de la sentencia dictada por la Audiencia de Lyón el 23 de Marzo de 1835. Pero ya veremos, al tratar de la prueba literal de la filiación, que este sistema, contrario al texto de la ley, es rechazado por la jurisprudencia del Tribunal de Casación. Habremos de tratar igualmente de la concurrencia de reconocimientos cuya combinación haría que la filiación fuese incestuosa ó adulterina. La investigación puede dar el mismo resultado, si se la combina, bien con el reconocimiento ulterior, bien con hechos ya justificados (núm. 211). Los mismos principios deben regir á este efecto el reconocimiento y la investiga-

ción; nosotros nos limitamos á prevenir se examinen nuestros desarrollos ulteriores acerca de la prueba literal.

213. Háse pretendido, no obstante (1), que no dando lugar la posesión de estado á ningún escándalo, puesto que se trata de hechos públicos y notorios, es permitido probar de esta manera hasta una paternidad incestuosa ó adulterina (2). En breve examinaremos si la paternidad natural es susceptible de probarse por medio de la posesión de estado. Pero, aun cuando se admitiese la afirmativa sobre este punto, no habrá nada que deducir de esto en lo relativo á la paternidad inficionada del vicio de incesto ó de adulterio. ¿Qué importa, en efecto, que se asimile la prueba del estado por la posesión á un reconocimiento, más bien que á una averiguación de este estado, puesto que en punto á filiación incestuosa ó adulterina el texto imperativo del Código prohibe todo reconocimiento, lo mismo que toda averiguación? La Audiencia de Angers se ha pronunciado en tal sentido el 8 de Diciembre de 1824.

214. No obstante, puesto que al prohibir el reconocimiento de los hijos adulterinos ó incestuosos les concede la ley alimentos, debe admitirse que puede hallarse legalmente consignada su filiación. Esto es fácil de concebir respecto de la maternidad adulterina. Siempre que el marido vence en el litigio, bien sea como demandante por desconocer al hijo, bien sea como demandado por una acción de reclamación de estado, el hijo se halla necesariamente relegado á la clase de los hijos adulterinos, al menos respecto de su madre. Pero hay más dificultad en admitir la prueba de una paternidad adulterina, y en todo caso, de una filiación incestuosa, lo cual, no obstante, supone la ley formalmente (3). (*Código civil*, arts. 762, 763 y 764). En lo concerniente á esta última filiación, es preciso suponer un matrimonio contraído de mala fe entre parientes consan-

(1) Véase nuestra polémica sobre este punto con M. Herold, *Revista práctica*, tomo 1.°, págs. 193 y 347, tomo 2.°, pág. 145.

(2) En las legislaciones que, como las de Inglaterra y América, autorizan la averiguación de una filiación de esta clase, se admite sin dificultad la posesión de estado; así, el hecho de llevar el nombre le quien vivió en relaciones ilícitas con una mujer casada, induce respecto del hijo de esta mujer y de su posteridad prueba de la paternidad adulterina (M. Greenleaf, tomo 1.°, pág. 136.)

(3) Para darse cuenta de esta anomalía, es preciso referirse á las disposiciones del proyecto de Código, que autorizaban el reconocimiento de los hijos adulterinos ó incestuosos. En este sistema era preciso regular la situación de estos hijos, puesto que era permitido reconocerlos. Cuando, siguiendo las observaciones de varios tribunales de apelación, se ha prohibido acreditar una filiación de esta naturaleza, los artículos 763 y siguientes, conservados á pesar del parecer del tribunal de apelación de Lyon, no han podido aplicarse sino en casos excepcionales (V. nuestro artículo de la *Revista práctica*, tomo 1.°, págs. 348 y siguientes.)

guíneos ó afines en grado prohibido; extendiendo á éste matrimonio aparente la presunción de paternidad, se atribuye necesariamente á los hijos la calificación de incestuosos. En efecto: si la ley prohibe toda averiguación de una filiación incestuosa, es para evitar la revelación de un escándalo que se ignoraba; y tal motivo no existe ya, cuando se ha consumado el escándalo por el hecho de la celebración del matrimonio. No puede aplicarse la misma decisión en cuanto á la filiación adulterina, sino distinguiendo el caso de un segundo matrimonio contraído de mala fe antes de la disolución del primero, puesto que, si es la mujer la que se ha vuelto á casar viviendo su marido, los hijos que dé á luz se reputan pertenecer á éste hasta que los desconozca. Para que pueda haber prueba de una filiación adulterina, es preciso suponer que se ha desconocido á los hijos, en el caso en cuestión por el primer marido, ó bien colocarse en la hipótesis de que es un marido quien ha contraído segundo matrimonio viviendo su mujer. Puede también legalmente suponerse, lo que aparece del caso juzgado por el Tribunal de Casación el 12 de Diciembre de 1854, á saber, que se acreditó la filiación por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, viniendo á descubrirse después el vicio de la filiación (1).

215. Cuando no se halla inficionada de semejantes vicios la filiación natural, nadie duda que pueda ser reconocida voluntariamente. Admítese asimismo su averiguación, al ménos en lo concerniente á la maternidad; pero hay que preguntar si esta averiguación se halla autorizada en favor del hijo solamente, ó si debe serlo, aun en contra de su interés, ó al menos en favor de un interés distinto del suyo, especialmente cuando se trata de reclamar su sucesión (2).

En favor de la primera opinión, se invoca la consideración de que no puede tolerarse el escándalo de la indagación de la maternidad, sino en favor solamente del hijo, y se hace notar que el texto del art. 341 no menciona en efecto sino al hijo (Sent. den. de 3 de Febrero de 1851). Sin desconocer la gravedad de este argumento, creemos que es preciso atenerse al principio general, según

(1) * Además de la hipótesis de un matrimonio declarado nulo, el Código civil italiano (art. 193) concede una acción alimenticia al hijo, si la paternidad ó la maternidad resulta, sea indirectamente de un juicio civil ó criminal, sea de una declaración expresa, contenida en un acta escrita, emanada del padre ó de la madre. *

(2) * Para procurar á otro hijo el beneficio de la exención del servicio militar. Caen 24 de Mayo de 1588. *

el cual, se admite *la investigación de la maternidad*, puesto que la disposición que menciona después al hijo establece *de eo quod plerumque fit*. El proyecto del Código, se dice prescribía: «el hijo *desconocido* por su madre tendrá la facultad de probar contra ella su filiación». Pero ¿no se puede argumentar en sentido inverso del hecho mismo de haberse alterado la redacción? Parécenos, en último resultado, que no hay escándalo en acreditar un hecho fácil de probar, como la maternidad; lo que produciría escandaloso sería que el silencio de la madre permitiera eludir las incapacidades establecidas por el legislador respecto de los hijos naturales (V. sents. dens. de 7 de Abril de 1830; Rouen, 19 de Diciembre de 1844; V. también Grenoble, 12 de Diciembre de 1850). Fijándose en la idea de que la investigación de la maternidad no ha sido autorizada más que en favor del hijo, se ha dado un paso más: se ha querido ver un derecho personal del hijo, y se ha fallado, dentro del silencio de la ley sobre la filiación natural, (V. arts. 329 y 330) que los herederos mismos del hijo, no tienen derecho á investigar la filiación materna de su causante (Cas. 29 de Julio de 1861, 10 de Agosto de 1864 y 3 de Abril de 1872). Nos parece excesiva semejante conclusión. Admitamos que no se haya querido autorizar la investigación de la maternidad sólo en interés del hijo; esta restricción se habría introducido en su favor en contra de terceros, pero no para evitar la acción de sus herederos cuando son llamados por el texto mismo del Código (art. 759) á reclamar en caso de fallecimiento prematuro del hijo los derechos y acciones que le pertenecen. (En este sentido París, 30 de Abril de 1859) (1).

216. La maternidad es un hecho aparente que se puede probar sin grande escándalo; así es que se ha admitido su prueba. Concíbese aquí, lo mismo que respecto de la maternidad legítima, dos clases de pruebas testimoniales; la una directa, que acredita que tal mujer ha dado á luz tal niño; la otra indirecta, que se funda en la posesión de estado. Se ha combatido, no obstante, la admisibilidad de la posesión de estado, por razón del silencio de la ley, la cual no reproduce respecto de la filiación natural las disposiciones que consagran especialmente la fuerza de esta posesión en cuanto á la filiación legítima. Pero, si se atiende al motivo de las restricciones legales en esta materia, al temor del escándalo, es pre-

(1) * La jurisprudencia parece fijarse definitivamene en el sentido de la interpretación del art. 341, combatido por M. Bonnier. V. especialmente Nancy 17 de Noviembre 1877. *

ciso reconocer que la prueba de la posesión de estado no ofrece ningún inconveniente, puesto que supone el hecho claramente confesado, por la parte más interesada en ocultarlo. ¿No sería contradictorio, permitir indagar el embarazo y el parto de una mujer no casada, contra su voluntad, y no atribuir ningún efecto á los actos voluntarios más característicos, que manifiestan la maternidad á los ojos de todos?

Una objeción á menudo reproducida (especialmente en un fallo de la Audiencia de Caen de 1.º de Marzo de 1860), es la de que la posesión de estado supone, según los términos del art. 323, que es un hijo reconocido como tal por la familia, y que el hijo natural no la tiene, puesto que no posee ningún derecho sobre los bienes de los parientes de su padre y de su madre (art. 756). Mas esta objeción encierra falsedad. Aquí, en todo lo que se refiere á las prohibiciones del matrimonio, es preciso colocarse bajo el punto de vista de las relaciones del hecho. Pues bien: sucede frecuentemente que los parientes de una mujer que tiene un hijo natural tratan á este hijo como á pariente. Así es que en un asunto fallado por la Audiencia de París el 4 de Febrero de 1867, los hechos de la posesión de estado se referían al hermano de la madre natural. Ahora bien: dicho hermano tenía el mayor interés en desconocer una filiación que le quitaba la mitad de la sucesión de su hermana; su confesión era, pues, esencialmente probatoria.

Si el art. 341 sólo habla de la prueba por testigos, es porque en el lenguaje de la ley (*Cód. civil*, art. 323), esta prueba se entiende especialmente (núm. 203) de la prueba directa por medio de testigos del hecho generador de la filiación. La discusión prueba, por lo demás, que no debe interpretarse de ningún modo el silencio del legislador como exclusivo de la posesión de estado. Habíase propuesto una redacción que consideraba á la posesión de estado como un principio de prueba. Esta redacción ha sido rechazada, no en odio á esta posesión, sino porque se creyó, según las expresiones de Portalis, citadas con tanta frecuencia, que era *la más completa de todas las pruebas*. ¿Qué recursos tendrán, pues, en el sistema contrario los hijos nacidos de jóvenes campesinas que no saben escribir, y que por consiguiente jamás han podido suministrar el principio de prueba exigido para autorizar la información? Parece asimismo que en materia de filiación natural, la confesión tácita que resulta de la posesión de estado tiene más fuerza aún, puesto que para cumplir los deberes que imponía la naturaleza ha sido necesario sobreponerse á la censura de la opinión, frecuente-

mente más severa con el escándalo que con la falta misma. Numerosas sentencias de tribunales imperiales (las más recientes son las de Limoges, 4 de Abril de 1848; París, 21 de Julio de 1849 y 10 de Mayo de 1851; y Alger, 26 de Marzo de 1860) se han pronunciado efectivamente en este sentido (1). Tiene en su favor la opinión contraria, además de muchas sentencias de tribunales de apelación, de las que las más recientes han sido dictadas por las Audiencias de Rouén el 23 de Julio de 1862: de Douai, 14 de Diciembre de 1864; de Agén, 27 de Noviembre de 1866, y de Tolosa, 2 de Febrero de 1884, un fallo denegatorio del 17 de Febrero de 1871 y una sentencia de casación mucho más explícita, dictada el 3 de Abril de 1872. En el caso del 17 de Febrero de 1851 había una desestimación perentoria; los hechos de la posesión de estado habían tenido lugar durante el matrimonio de la supuesta madre; y se oponía al hijo, suponiendo que esta posesión equivaliese á un reconocimiento, el art. 337 del Código civil. Mas la sentencia de 1872, acerca de la que debemos insistir, no se presta á ningún equívoco.

217. Esta sentencia indica un movimiento retrógrado en la jurisprudencia, que sin considerar la posesión de estado como probando por sí sola la maternidad, la atribuye al menos efectos importantes. Así, según una sentencia denegatoria de 7 de Enero de 1852 y de 26 de Marzo de 1866, conforme á la jurisprudencia anterior del Tribunal de Casación, puede la indicación del padre acreditar la maternidad, si se encuentra corroborada por la posesión de estado respecto de la madre. Asimismo, según los términos de la sentencia denegatoria de 19 de Noviembre de 1856, la maternidad declarada en la partida de nacimiento, aun sin la confesión de la parte interesada, puede acreditarse contra ella, si justifica el reclamante su identidad, especialmente por medio de la posesión de estado (2), y esta doctrina se ha autorizado por las Audiencias

(1) Si se admite la prueba de la maternidad por la posesión de estado, esta prueba no presentando el mismo escándalo que la investigación propiamente dicha, ¿no sería preciso, dentro de la doctrina que no permite el *investigar* la maternidad contra el hijo (núm. 215), autorizar á los interesados á provocar la reducción de las liberalidades hechas en su favor, si ellos invocan contra él una posesión de estado constante? ¿No debería ser la decisión igual para la paternidad, si se sigue la teoría de M. Demolombe (núm. 222), que autoriza la prueba de la paternidad por la posesión de estado?

(2) El Tribunal de Casación (Den. 13 de Abril de 1864) parece haber vuelto acerca de la fe que debe concederse al acta de nacimiento, cuando no es el padre el que ha señalado á la madre (V. art. 337), restricción que se encuentra hoy día en armonía con el fallo de 3 de Abril de 1822.

de Grenoble (12 de Diciembre de 1850), de Caen (24 de Mayo de 1858), y de Alger (10 de Agosto de 1864). Al tratar de las partidas de nacimiento, examinaremos cuál es la fe de estas partidas en cuanto tienen por objeto probar la maternidad natural. Volveremos entonces á hablar del fallo de 2 de Abril de 1872, por el cual la Sala de lo civil, apartándose de todas sus sentencias anteriores, ha rechazado á un tiempo, el acta de nacimiento como prueba de la maternidad, y la posesión de estado, como confirmación suficiente de las declaraciones contenidas en el acta de nacimiento (1).

218. Si suponemos ahora la concurrencia del título con la posesión de estado, ¿será necesario aplicar á la filiación natural la disposición que declara inatacable la filiación legítima, cuando descansa en estas dos bases? *(Cód. civ.,* art. 322). Varias decisiones judiciales, siendo la más reciente la dictada por la Audiencia de Aix el 30 de Mayo de 1866, se han pronunciado por la afirmativa, pero sin razonarla. No diremos solamente con el Tribunal de Casación (12 de Febrero de 1868) que el art. 322, inscrito en el capítulo *De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos,* no puede aplicarse á la filiación de los hijo naturales, puesto que hay disposiciones de este capítulo, y especialmente las que consagran la competencia exclusiva de los tribunales civiles respecto de las cuestiones de estado, que se aplican sin vacilar á la filiación natural. La verdadera razón es que se trata de una presunción excesiva destinada á mantener la posesión de la legitimidad, mientras que la posesión de estado de hijo natural, es mucho menos respetable. Sucede por otra parte con frecuencia, respecto de este último estado, que la concurrencia del título y de la posesión no es más que el resultado de un fraude, destinado á ocultar la falta de una soltera ó de una mujer casada, mediante la complacencia de una mujer que ha aceptado algunas veces por adhesión, y con más frecuencia por interés, una maternidad supuesta * (Tolosa, 2 de Febrero de 1884) (2) *.

219. Admítese por el texto, la prueba directa por testigos del hecho de la maternidad (Ibid., art. 341), pero con tal que el recla-

---

(1) A esta jurisprudencia se adhiere también en definitiva M. Demolombe (nuev. edic., tomo 1.°, núm. 297) aunque le repugne, como á nosotros, considerar la partida de nacimiento como prueba completa de la maternidad natural. *

(2) * Recíprocamente, no se podrá oponer el art. 322, al hijo natural que quiera reclamar un estado contrario al que le atribuyen su acta de nacimiento y su posesión de estado. V. Cas. civ. 9 de Julio de 1879. *

mante tenga ya un principio de prueba por escrito. El temor de las imputaciones calumniosas que se dirigirían sobrado fácilmente contra una mujer honrada, no ha permitido ver aquí, como lo ha hecho el Código italiano (art. 190), en simples indicios, cualquiera que fuese su gravedad, una base suficiente para admitir la prueba testimonial (Cas. 28 de Mayo de 1810; París, 13 de Julio de 1863). La ley no ha reproducido tampoco la extensión que se ha dado al principio de prueba por escrito (Ibid., art. 342) en materia de filiación legítima. Considerando como voluntario el silencio del legislador, habíamos creído hasta ahora que debíamos fundarnos en el derecho común, según cuyos términos el principio de prueba debe emanar de la parte á quien se le opone (Ibid., art. 1347). Pensábamos que el legislador, preocupado de defender la honra de las mujeres contra investigaciones escandalosas, no había dado más importancia á notas emanadas de terceros, que á indicios que pudieran, después de todo, tener cierta gravedad (Burdeos, 13 de Julio de 1846; París, 17 de Julio de 1858).

Graves consideraciones de derecho y de hecho nos impulsan hoy á adoptar la opinión más amplia que ha prevalecido en la jurisprudencia (París, 4 Febrero 1867; Caen, 19 de Enero 1867; Den., 23 de Noviembre 1868; * Douai, 29 Enero 1879) *. Ese derecho carece de exactitud al decir que el principio sentado por el art. 1347 ha sido reconocido cuando se votó el título *De la paternidad y de la filiación*, puesto que ha transcurrido un año entre la promulgación de dicho título y la del título *De los contratos*, el que ha determinado por primera vez (núm. 165) el carácter restrictivo del principio de prueba por escrito. Si se ha hecho caso omiso, como lo veremos (núm. 566), de la disposición del proyecto, según cuyos términos el acta de nacimiento podía servir de principio de prueba por escrito, no es porque esta acta no emane de la madre, sino porque era difícil, sin penetrar en un círculo vicioso, invocar dicha acta para establecer la identidad. En cuanto al hecho, puede suceder muy bien que la filiación sea muy verosímil por medio de escritos aunque no procedan de la madre: con feliz resultado se ha invocado ante la Audiencia de París, el 4 de Febrero de 1867, cartas del hermano de la madre antes fallecida (V. núm. 212 duplicado), así como del marido que era su legatario. Semejantes escritos constituyen una especie de posesión de estado, y en cuanto á nosotros, que damos suma importancia á esta posesión, nos parece difícil no tomarla en cuenta. Tanto más favorable nos parece esta decisión, cuanto que opinamos con nuestro ilustrado colega M. Valette (*Curso*

de Código civil, t. 1.°, pág. 449), que el exigir un principio de prueba por escrito para probar un hecho, tal como la identidad, es ya por sí sólo un exceso de rigor.

Observemos, además, que el Juez tiene un poder discrecional para apreciar si hay un principio de prueba por escrito, en cuanto su decisión no se refiere al carácter legal de las actas, pero sí al valor más ó menos importante de las inducciones que pueden sacarse (Den. 13 Abril 1864; * Tolosa, 2 Febrero 1884) *.

220. La prueba de la maternidad supone que se justifique con dos elementos: 1.°, con el hecho del parto de la pretendida madre; 2.°, con la identidad del reclamante con el niño á quien dió á luz. Pregúntase si el principio de prueba por escrito debe dirigirse sobre estos dos elementos á la vez, ó solamente sobre uno de ellos. «El hijo que reclame á su madre—dice el art. 341—estará obligado á probar que es idénticamente la misma criatura que aquélla dió á luz. No se le admitirá esta prueba por medio de testigos, sino cuando haya habido antes un principio de prueba por escrito.» Evidentemente, según la construcción gramatical de la frase, el principio de prueba debe dirigirse al ménos sobre la identidad. No se admitirá, pues, para la maternidad natural, lo que se admite con bastante espontaneidad para la maternidad legítima (V. el informe 107 de Cochín) que una vez probado el parto, puede acreditarse la identidad por testigos. Es preciso que el principio de prueba por escrito se dirija á justificar la identidad; porque sería escandaloso en nuestro derecho, que estuviera una persona autorizada á probar aun por escrito, que una mujer no casada tuvo un hijo, cuando aquella persona podía presentar sólo declaraciones de testigos en apoyo de la alegación de que de ella era ese mismo hijo. El legislador, al cual repugna que se pruebe un hecho deshonroso, no lo permite sino en cuanto el reclamante acredita previamente su interés en esta prueba (Cas. 28 de Mayo de 1810).

Por otra parte, no basta que el principio de prueba se dirija sobre la identidad, si no se dirige al mismo tiempo sobre el parto. Pero esta necesidad afecta á la naturaleza de las cosas. Para que el escrito haga verosímil la identidad, es preciso que haya intimidad entre el que reclama y el niño que la demandada parió en tal época. Se incurriría, no obstante, en el extremo contrario, si se exigiera con Toullier, que el hecho del parto se justificara ante todo y de un modo completo por escrito. Esta opinión ha sido rechazada con razón por una sentencia denegatoria de 3 de Julio de 1850, fundada en que resulta «de la ley rectamente inter-

pretada que la prueba que debe hacer quien investiga la maternidad es una prueba compleja, que debe dirigirse á un mismo tiempo, sobre el hecho del parto y sobre la identidad; que, en efecto, la prueba del parto no comprende la de la identidad, pero que la prueba de la identidad lleva consigo necesariamente la condición de hacer la prueba del parto, y que no admitiendo la ley más que un solo medio de prueba, se aplica forzosamente, tanto al hecho del parto como al de la identidad». Ya veremos, además, al tratar del juramento decisorio, que no se supliría la falta de principio de prueba, defiriendo el juramento á la pretendida madre.

221. En cuanto á la indagación de la paternidad, está prohibida generalmente; el proyecto del Código no establecía ninguna excepción, limitándose á dar á la madre una acción para indemnizarse de los daños y perjuicios, en el caso de rapto ó de violación. Reconocióse en el Consejo de Estado que era contradictorio autorizar una acción de indemnización y rechazar la indagación de la paternidad de un modo absoluto. La redacción definitiva del art. 340 autoriza, en su consecuencia á los tribunales á declarar padre del niño al raptor, cuando la época del rapto corresponde á la de la concepción. El rapto, bajo el punto de vista de la ley civil, no es solamente el que se comete con una menor y que es castigado en los casos previstos por los artículos 354 y 355 del Código penal; es el rapto en el sentida gramatical de la palabra, independientemente de toda acción penal (París 28 de Julio de 1821), y por consiguiente, es susceptible de aplicarse á una mujer mayor de edad. Para convencerse de esto, basta recordar la ley penal en vigor, cuando se redactó el Código civil; ley que sólo castigaba el rapto de una mujer de edad menor de 14 años *(Cod. penal de 1791*, part. 2.ª, título 2.º, sec. 1.ª, art. 31). Evidentemente la ley, al permitir la indagación de la paternidad, no ha podido ocuparse de un crimen cometido en circunstancias en que es casi imposible la maternidad.

¿Debe asimilarse la violación con el rapto? Fúndanse para apoyar la negativa, primeramente en las dudas que se han suscitado en cuanto á la posibilidad de la concepción, cuando se ha efectuado la unión por violencia. Añádese que el silencio del legislador sobre este punto es voluntario, puesto que la enunciación de la violación que se encontraba en el proyecto del Código, se suprimió en la sección del Consejo de Estado de 13 de brumario año XI, á consecuencia de una conferencia con el Tribunado, la cual fué desfavorable á la indagación de la paternidad. Creemos más racional considerar la violación como un rapto momentáneo, tanto más ca-

racterizado, cuanto que supone, por lo común, la inocencia completa de la víctima. El hecho de la concepción, en semejante hipótesis, aunque raro, no es absolutamente imposible. «El que una mujer esté embarazada, dice M. Devergie *(Medicina legal*, cap. de los *Atentados al pudor)*, no es una razón para creer que consintió en la tentativa de violación, puesto que no depende de su voluntad concebir, y que la concepción puede verificarse durante la embriaguez más completa, el narcotismo, el síncope, un acceso de histérismo con pérdida del conocimiento.» Para rechazar una solución tan equitativa, sería necesario algo más que la supresión de una palabra, lo cual, á consecuencia de diversas reformas del texto, pudo ser puramente accidental (1). El Código civil italiano (artículo 189) añade formalmente la circunstancia del estupro á la del rapto.

La prueba, sea del rapto, sea de los hechos propios para acreditar que el raptor es padre del niño, podrá evidentemente hacerse por medio de testigos. La fecha del nacimiento, que debe saberse para fijar la época presunta de la concepción, se acreditará ordinariamente por las actas del estado civil. Pero ya hemos visto que se puede siempre suplir por la prueba testimonial el silencio de estas actas, y se podrá tanto mejor aquí, cuanto que este silencio se explica con el deseo de no dejar transpirar nada que comprometa el honor de la madre.

Sería superfluo añadir, si no lo hubieran negado algunos, que la prohibición de indagar la paternidad incestuosa ó adulterina se aplica también al caso de rapto. ¿Por qué había de prohibir el artículo 342 la indagación de una paternidad de esta clase, si esta prohibición no tuviera una trascendencia más extensa que el principio general relativo á la paternidad ordinaria?

222. Si la prueba indirecta tan delicada, del hecho de la paternidad, se admite en caso de rapto, con más razón se admitirá la justificación de la posesión de estado por los cuidados que tuvo el raptor á título de padre. Pero la posesión de estado del hijo natural respecto del padre, ¿producirá efecto en otra circunstancia? Sabidos son los esfuerzos hechos por nuestro eminente colega M. Demolombe, desde 1835 *(Revista de legislación*, tomo 1.º, pág. 427) hasta el día *(Curso de Cód. civ.*, 2.ª edic. tomo 1.º, números 477 y

(1) * «La jurisprudencia está casi callada sobre estas cuestiones, lo que prueba que tienen poca importancia práctica» dice M. Baudry-Lacantinerie, *Compendio de derecho civil*, 1, núm. 765 in fine. La observación merece la pena de hacerse. *

siguientes) para hacer que prevalezca el sistema que admite la posesión de estado como prueba de la paternidad natural (1). Invoca, desde luego, poderosas consideraciones en favor de la posesión de estado, la más antigua de todas las pruebas. En cuanto al texto del art. 340 del Código civil, este texto, según él, no prohibe sino la *investigación* de la paternidad, y como no se investiga lo que se posee, y por otra parte se apoya la prueba de la posesión de estado en hechos patentes, no da lugar á ningún escándalo. Saca, finalmente, argumento de la ley de 18 de brumario, año II, que, al prohibir por primera vez la investigación de la paternidad, reservaba la prueba de la posesión de estado, la cual resultaba de la presentación de escritos públicos ó privados del padre, ó de la serie de cuidados que se habían dado á título de paternidad y sin interrupción tanto para la manutención como para la educación de los hijos.

Mas para responder primeramente sobre este último punto, se prueba con un atento examen de la ley de brumario, que no tiene el sentido que le presta M. Demolombe. En efecto, el art. 8.°, que admite la prueba de la paternidad por la posesión de estado, es una disposición puramente transitoria, aplicable tan sólo á los hijos cuyo padre había muerto antes de promulgarse la ley. En cuanto á los hijos que tenían todavía padre, tratan de ellos los artículos 10, 11 y 12, y entonces la ley del año II exige un reconocimiento auténtico. Estos últimos artículos han sido interpretados oficialmente como excluyendo toda otra clase de prueba, y por consiguiente, la posesión de estado (V. el informe del Ministro de Justicia, inserto en un decreto del Directorio de 12 ventoso, año V). Se ve, pues, que la ley de brumario se vuelve contra los que la invocan. La reserva de la posesión de estado, por una disposición transitoria que recomienda la equidad, hubiese sido completamente inútil, si la consignación de esta posesión no se hubiera comprendido en la nueva prohibición, puesto que esta posesión se habría podido invocar por todos los interesados y en todas épocas. Es poco probable, que los redactores del Código que han autorizado con dificultad la indagación de la paternidad en un caso excepcional, se hayan mostrado más generosos que los de la ley de brumario respecto de la prueba de esta misma paternidad, cuando exigen, en principio, la misma condición, un reconocimiento auténtico. No es *investigar* un estado,

(1) Puede también consultarse nuestra polémica con M. Herold, citada en la pág. 191 (nota 1.ª), el artículo de M. Lafontaine en la (*Revista crítica*, tomo 17, página 97) y nuestra respuesta (*Revista práctica*, tomo 10, pág. 385); finalmente una nota de M. Herold (*Ibid.*, tomo 11, pág. 32).

se dice, invocar una posesión constante. Pero la posesión *constante* para el demandante está lejos de ser tal á los ojos del demandado, y de hecho, la prueba de la posesión de estado, implicando la prueba de las relaciones del pretendido padre con la madre del hijo, no se halla exenta de escándalo en la práctica. La *indagación* comprende hasta tal punto esta prueba, en el mismo título que la prueba directa, que el art. 342 emplea la misma expresión de indagación cuando prohibe la acción judicial, á fin de acreditar la filiación incestuosa ó adulterina. Para librarse de este argumento, sería preciso llegar hasta admitir (V. núm. 213) la posesión de estado para el efecto de probar una filiación inficionada de semejantes vicios: exageración ante la cual no han retrocedido algunos jóvenes de talento, pero que se ha negado á admitir la seriedad de M. Demolombe. Finalmente, ninguna decisión judicial ha venido á apoyar la teoría algún tanto paradójica que M. Valette (*Expl. núm. del Cód. civil.*, pág. 185) ha renunciado á defender, y han rechazado *in terminis* las audiencias de Bourges (22 de Agosto de 1811) y de Orleans (1) (10 de Mayo de 1860) y de Nimes (7 de Noviembre de 1864); la apelación contra la sentencia de Orleans ha sido denegada el 16 de Diciembre de 1861.

Es verdad que se acusa de inconsecuentes á los que, como nosotros, admiten la posesión de estado, en lo concerniente á la maternidad tan sólo. Pero es fácil contestar á esta censura con el texto de la ley, que permite la indagación de la maternidad, al paso que prohibe la de la paternidad natural. Nuestro sistema no se halla, por otra parte, tan lejano del último estado de la jurisprudencia, como se quiere suponer. Los tribunales de apelación, que siempre han rechazado la posesión de estado para probar la paternidad, la han admitido frecuentemente para la maternidad, y hasta el fallo de 1852, que nosotros esperamos no formara jurisprudencia, hemos visto (núm. 217) que el Tribunal de Casación atribuye importantes efectos á la posesión de estado respecto de la madre. Por el con-

(1) En el caso juzgado por el Tribunal de Orleans, la posesión de estado se presentaba con caractéres en extremo favorables; pero la sentencia de 10 de Mayo de 1860 se ha fundado en este principio sentado en la exposición de los motivos del título de *la paternidad*, «que la paternidad no puede nunca acreditarse contra el padre, sino por su propio reconocimiento, y aun es preciso que se haga este reconocimiento por una partida de nacimiento, ó por una acta ó escritura auténtica». M. Lafontaine, en su crítica de la sentencia de 1860, se apodera de estas palabras *contra el padre* para sostener que la posesión de estado valdrá por lo ménos contra los herederos. Pero nada indica que esta distinción, que además no se apoya en ningún texto de la ley, haya sido el pensamiento del redactor de la exposición de los motivos.

trario, en lo tocante á la paternidad, este tribunal lleva el escrúpulo hasta la exageración, puesto que, según veremos al hablar del reconocimiento, una sentencia de casación de 18 de Junio de 1851 ha llegado hasta á rechazar la prueba de la identidad del que reconoció un hijo natural.

Desesperando convertir la jurisprudencia, se ha propuesto Lafontaine *(Revista crítica*, t. 17, pág. 118), hacer intervenir al legislador. Pero, si comprendemos perfectamente una legislación menos parcial para el sexo masculino, más humana para las mujeres, y sobre todo para los hijos abandonados, que no prohiba de un modo tan absoluto como la nuestra la indagación de la paternidad (1), no veríamos en una innovación que se limitase á admitir la prueba de la posesión de estado respecto del padre, tan poco común en la práctica, más que un barniz sin valor ni eficacia.

223. La facultad de indagar la paternidad natural, que existía antiguamente en Francia con gran latitud, vuelve á encontrarse aun en el día en la mayor parte de los pueblos, especialmente en Alemania, en Suiza, en Inglaterra y en los Estados Unidos. Pero no siendo fácil la prueba directa del hecho de la paternidad, se recurre con gusto á la declaración de la madre, por aplicación de la famosa máxima formulada por el presidente Favre: *Creditur virgini, dicenti se ab aliquo agnitam, et ex eo prægnantem esse* (2) *(Código, defin.*, lib. 4.°, tít. 14, def. 18). No obstante, así como en el último estado de nuestra antigua jurisprudencia (sent. del Parlamento de París de 15 de Abril de 1712), se había concluido por reconocer la necesidad de una información previa sobre las costumbres de la madre, las legislaciones modernas han permitido al padre oponer

(1) La tendencia á reaccionar contra las restricciones de nuestra legislación es visible en la jurisprudencia, que, apoyándose en el art. 1382 del Código civil obliga al seductor, cuando ha habido marcados agravios de su parte, á la reparación no solamente respecto de la mujer seducida, sino también respecto de sus hijos. El documento más notable sobre este punto es el fallo dictado por la Sala de lo civil, el 26 de Julio de 1864, que ha obligado á un hombre casado de una edad madura á pagar daños y perjuicios á una joven que había faltado á sus deberes á la edad de 18 años y á los seis hijos que de ella había tenido.

* La jurisprudencia altera de ambos lados la prohibición que resulta del art. 340 duplicado. Admite de una parte que la seducción engañosa, como por ejemplo la que resulta de una promesa de casamiento, puede dar lugar á una condenación de daños y perjuicios contra el seductor. Por otra parte, reconoce como valedero el compromiso contraído por un individuo, sin sujetarse á los requisitos de las donaciones de dar alimentos á un hijo habido fuera de matrimonio. El compromiso, tiene entonces por base una obligación natural, y no necesita, por consiguiente, realizarse dentro de las formas de las donaciones. Cpr. Caen 5 de Julio de 1875. *

(2) * V. acerca del verdadero sentido de esta máxima, Barit, *Historia y crítica de las reglas sobre la prueba de la filiación natural.* *

á la declaración hecha contra él diversas excepciones, basadas en la conducta anterior de la madre, ó en la imposibilidad misma del hecho (V. los Cód. de los cantones de Vaud, artículos 188 y siguientes; de Berna, artículos 185 y sigs.; de Friburgo, artículos 222 y sigs.; de Argovia, artículos 220 y sigs.). Así se entra en el verdadero sentido de la máxima: *Creditur virgini*, que supone una primera debilidad; pero, es preciso confesarlo, la suposición hasta que exista prueba en contrario, de una virginidad previa, es más verosímil en Suiza que en París (1). Bajo otro concepto, los códigos suizos van más allá de lo que han ido nunca nuestros antiguos Parlamentos, puesto que, para aligerar las poblaciones de las cargas que les imponen los niños expósitos, admiten una indagación de oficio de la paternidad.

El principio del Código civil ha sido por el contrario adoptado con pocas modificaciones por los códigos posteriores de las Dos Sicilias, de Cerdeña y de Holanda.

La legislación más extraña sobre este punto es la de la Luisiana, que lleva el sello de la esclavitud y de la distinción de las razas. La indagación de la paternidad se admite allí completamente en favor de los niños libres y blancos. En cuanto á los niños de color, no pueden indagarse sino en cuanto son libres, y con obligación de no designar por su padre sino á un hombre de color (*Cod. de Luisiana*, art. 226).

Estos son los puntos que no debe tocar el legislador sino con la mayor reserva. Es importante consignar, respecto á esto, los funestos efectos causados en el país de Gales por las modificaciones hechas en 1835, en la antigua legislación sobre la indagación de la paternidad. En los *Estudios sobre la Inglaterra*, de León Faucher, (cap. de Carmarthen), se lee lo siguiente:

«Aumentando la miseria en el país de Gales, la ley de los pobres ha dado otra vez un grave ataque á la moralidad de los habitantes. Sabido es que, según los términos de la antigua legislación de las parroquias, toda soltera que llegaba á ser madre, que se decía embarazada por obra de varón, era creída bajo su palabra, y que el padre putativo, si no prefería casarse con la madre, tenía que dar alimentos al niño. Esta costumbre dió ocasión á graves abusos... Al reprimir el escándalo, la ley de 1835 no ha derogado el

(1) Es preciso confesar también en que la ventaja de una legislación uniforme para un país se encuentra, bajo ciertos conceptos, compensada por inconvenientes bastante graves. Así, la indagación de la paternidad, poco admisible en las grandes capitales, lo sería más en el campo, donde todo el mundo se conoce.

principio de las legislaciones de origen germánico, que admiten la indagación de la paternidad. Pero ha decidido, por vía de atenuación, que todo niño ilegítimo quedaría á cargo de su madre hasta la edad de dieciséis años, y que en el caso de no hallarse la madre en estado de mantenerlo, recayendo el niño á cargo de la parroquia, sus custodios tendrían el derecho de intimar al padre putativo que proveyese á su manutención. Pero entonces no basta el testimonio de la madre; es preciso otros testimonios é indicios, en cierto modo materiales, para determinar esta imputación de paternidad.

«Esta extraña reforma, que no sabe dar ni quitar al pudor de la mujer la protección de la ley, reprimió desde luego en Inglaterra el desbordamiento de nacimientos ilegítimos, que en el día vuelve á tomar su curso; pero positivamente ha sido desacertada en el país de Gales, donde ha tenido por efecto introducir los abusos á que se oponía en otras partes. Toda joven soltera principia por ser criada de granja; pues bien: en las granjas sirve el granero de dormitorio común á los jornaleros de ambos sexos, y esta aproximación facilita mucho el desorden, y una promesa de matrimonio acaba en breve la seducción. Bajo el imperio del antiguo sistema, la seducción ocasionaba casi siempre el matrimonio. La joven soltera no abusaba ya como en Inglaterra de la ventaja de su posición legal, y era raro que afirmase con juramento lo contrario de la verdad... (1). Desde el cambio verificado en 1835, se ha introducido la prostitución en las costumbres. No corriendo ya ningún riesgo los jóvenes, toman como cruel pasatiempo el perder á las jóvenes solteras... Las tres cuartas partes de niños que reciben los depósitos de mendicidad en el país de Gales son hijos ilegítimos abandonados por sus padres... La ley antigua era inmoral, porque animaba á la joven soltera á prostituirse, convirtiendo en beneficio suyo las consecuencias de su falta de conducta; la nueva ley es inhumana, porque agrava la responsabilidad de la mujer sin aumentar sus medios de resistencia y sin disminuir las tentaciones de que se halla rodeada su virtud.» (2).

---

(1) *Not one woman in ten thousand will take a false oath (Inquiry on South Wales).*

(2) * La investigación de la paternidad ha sido objeto en estos últimos años de dos proposiciones de ley emanadas de la iniciativa parlamentaria.

Según la primera, depositada por M. Bérenger en el Senado, el 16 de Febrero de 1878, la investigación de la paternidad no hubiera sido permitida más que excepcionalmente y en dos casos: 1.° en caso de rapto, estupro y seducción, cuando la época del rapto, del estupro ó de la seducción se hallaba relacionada con la de la concepción: 2.° en caso de posesión de estado en las hipótesis previstas por el art. 321. Esta proposición fué objeto de un informe desfavorable de M. Cazot.

*** Por derecho español se permite probar la filiación natural, así como también es permitida la investigación de la paternidad. Según nuestras leyes de Partida, siguiendo al derecho romano, eran hijos naturales los procedentes de concubinato, el cual tenía sus formas especiales á la manera que el matrimonio. Estos hijos eran, según la ley 4.ª, tit. 19, Part. 4.ª, «los hijos que nascen de las mugeres que tienen los omes por amigas manifiestamente, como en lugar de mugeres, non abiendo entre ellos embargo de parentesco, ó de orden de religión ó de casamiento (V. también la 8.ª, tit. 13, Part. 6.ª). Los hijos que no nacían de matrimonio ó concubinato se consideraban fruto de estupro y no eran naturales, á pesar de la libertad de sus padres. Mas la ley 11 de Toro, que es la 1.ª, tit. 5.º, lib. 10 de la Novísima Recop., dió amplitud á la declaración de hijo natural, requiriendo para ello solamente que hubiese sido habido de padres que al tiempo de su concepción ó nacimiento pudieran casarse justamente sin dispensación, y que el padre lo reconociera por hijo, si no tuvo la mujer en su casa ni fué una sola. De suerte que, según se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1867, las leyes 5.ª, tit. 19, Part. 4.ª, y 8.ª, tit. 13, Part. 6.ª en lo referente á la cuestión de filiación natural, se hallan modificadas por la 11 de Toro, que es por la que deben resolverse las cuestiones de esta clase.

La cualidad de hijo natural ha de fundarse necesariamente en el reconocimiento del padre, espontáneo y legalmente probado, ó en el caso de omisión ó resistencia, en una ejecutoria solemne que así lo declare, no bastando para justificar la filiación una simple partida de bautismo (V. sents. del T. S. de 16 de Abril y 28 de Junio de 1864.)

La ley de Toro mencionada no exige que el reconocimiento sea expreso, ni antes de dicha ley lo ha exigido otra alguna, pues la ley 7.ª, tit. 22, lib. 4.º del Fuero Real, tiene por objeto, como lo patentizan sus mismas palabras, no el reconocimiento, sino la adopción de los hijos naturales, estén ó no reconocidos. Basta, pues, que el reconocimiento sea tácito, porque en el día son de igual condición, cuando el derecho no distingue lo tácito y lo expreso, y no puede haber dudas por lo mismo de que en falta de reconocimiento expreso, ya verbal, ya escrito, no hay infracción de dicha ley, por reputarse suficiente el tácito. Así se ha consignado en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 8 de Octubre de 1853, 12 de Junio de 1863, 25 de Enero, 2 de Marzo, 4 y 20 de Abril, 30 de Junio, 16 de Septiembre y 9 de Octubre de 1865. Mas este reconocimiento tácito deberá constar por cualquiera de los medios probatorios que establece el derecho, de manera que no dé lugar á duda sobre la certeza de semejante hecho (V. sent. del T. S. de 13 de Junio de 1862 y de 24 de Febrero de 1863 y de 20 de Abril de 1865).

El padre puede hacer dicho reconocimiento expreso por instrumento auténtico, como la partida de bautismo en que así se exprese, ó por escritura ó testamento ó acta autorizada por el magistrado.

No exige la ley de Toro para la declaración de hijo natural el reconocimiento

---

y se retiró en la sesión del 10 de Diciembre de 1883. V. informe de M. Cazot del 16 de Noviembre de 1883: *Diario oficial* Anneses, p. 1036, y *Anales parlamentarios*, Docum. t. 9.º, p. 20.

La segunda proposición ha sido presentada en la Cámara de los diputados, el 24 de Mayo de 1883, por M. Rivet. Es mucho menos tímida que la precedente. Se proclama en ella terminantemente el principio de la admisión de la investigación de la paternidad. Se autoriza aun el ejercicio de la acción por la mujer tres meses antes de su parto. Ciertas precauciones son tomadas, sin embargo, para evitar los escándalos y abusos. Así es, que las reivindicaciones de la paternidad reconocidas como calumniosas podrán ser perseguidas y castigadas con las penas aplicables en materia de difamación. Esta proposición ha sido objeto de un informe-sumario de M. Germain Casse, siendo tomada en consideración. Pero no ha sido votada todavía. Véase informe de M. Germain Casse del 24 de Enero de 1884 en el *Diario oficial*, Anneses, p. 60, y *Anales parlamentarios*, Documento, t. 9.º, p. 40.

de la madre, sino sólo el del padre, con tal que concurra la circunstancia que requiere dicha ley de que éste pudiera casarse con aquella sin dispensación en las épocas en que dicha ley designa. Y no basta la declaración negativa de la filiación por parte de la que supone ser la madre hecha en testamento ó de otra manera, para destruir la prueba de testigos relativa á dicha filiación. Sent. del Tribunal S. de J. de 30 de Junio de 1865.

Mas si el padre reconoció á un hijo natural sin aprobación de la madre, no tiene efecto dicho reconocimiento sino respecto del padre, y lo mismo debe decirse del reconocimiento que haga la madre sin aprobación del padre.

No basta la creencia ú opinión singular y personal consignada en una carta, aunque haya sido reconocida; pues no tiene la eficacia legal necesaria para atribuir á una persona, después de su fallecimiento, hechos que afectan á los derechos de sus parientes legítimos. V. sent. del T. S. de J. de 16 de Abril de 1864.

Indirectamente puede resultar asimismo la cualidad del hijo natural. Tal se verificará cuando se declaró en una sentencia que un hijo legítimo, como heredero de su padre, está obligado á dar alimentos á un hermano natural; pues en tal caso se resuelve tambien como consecuencia indeclinable la filiación de este último y no se infringe la citada ley de Toro por dicha declaración de alimentos á favor de un hijo natural, cuando para ello se tiene en cuenta que la madre permaneció en la casa del padre natural hasta la muerte de éste, y por lo tanto se hallaba en el caso de excepción de la ley citada. V. sent. del T. S. de J. de 21 de Marzo de 1862.

Respecto de la investigación de la paternidad, se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 16 de Octubre de 1865, en un recurso que versaba sobre reconocimiento de un hijo natural, que en el estado actual de nuestra legislación, no es cierto el principio de que «fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito ni aun posible inquirir ó hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad», pues nuestras leyes, no menos que la práctica constante de los tribunales, autorizan la investigación civil de aquélla en todos los demás casos que las mismas determinan.

Sin embargo, la ley 11, tit. 10, lib. 8.°, núm. 9 de la Nov. Recop., mandó repeler como injustas é inmorales las querellas de estupro «por ser motivo de escándalo y relajación de costumbres», dice dicha ley, de donde deducían los intérpretes que no era permitido en estos casos investigar la paternidad; mas por la citada sent. del T. S. de J. de 16 de Octubre de 1865, se declaró que dicha ley recopilada, algunos de cuyos artículos eran relativos á las querellas de estupro y violencia y á evitar los infanticidios, no tiene carácter general, según aparece de la Real cédula de 28 de Agosto de 1829.

Tanto el reconocimiento de los padres como la reclamación por parte del hijo, pueden contradecirse por quien tuviere interés en ello.—*(N. del T.)*

*** Por Real orden de 11 de Enero de 1872 se introdujo la trascendental novedad de declarar naturales y ordenar que en este concepto fueran inscritos los hijos de matrimonio solamente canónico contraído con posterioridad á la ley del Registro civil. Breve fué la vida de esta disposición, pues considerando que lastimaba profundamente la dignidad del matrimonio católico, suscitando continuas perturbaciones en la familia y en la sociedad, fué derogada por decreto de 22 de Enero de 1875 y restablecida la filiación legítima desde su nacimiento, mediante la correspondiente inscripción competentemente solicitada y siempre que se hiciese constar legalmente el matrimonio de sus padres, de los hijos nacidos de matrimonio canónico, acordándose la rectificación en el propio sentido de las partidas, en las que, con arreglo á la citada Real orden, aparecían aquéllos como hijos naturales.

Inspirándose en el propio espíritu y confirmando el anterior se dictó el decreto de 9 de Febrero del mismo año, en cuya virtud el matrimonio contraído ó que se contrajere con arreglo á los Sagrados cánones, producirá

en España todos los efectos civiles que le reconocían las leyes vigentes hasta la promulgación de la de 18 de Junio de 1870, surtiendo los mismos efectos desde su celebración los contraídos desde que empezó á regir dicha ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos por consecuencia de ellos por terceras personas á título oneroso. Según el mismo decreto, las disposiciones de dicha ley no relativas á los efectos generales del matrimonio respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, serán sólo aplicables á los que habiendo contraído consorcio civil omitieren celebrar el matrimonio canónico, á menos que estuvieren ordenados *in sacris* ó ligados con nota solemne de castidad en alguna Orden religiosa canónicamente aprobada, los cuales, aunque aleguen haber abjurado de la fe católica, no se considerarán legítimamente casados desde la fecha de este decreto; pero quedando á salvo en todo caso los derechos consiguientes á la legitimidad de los hijos habidos ó que nacieren dentro de los trescientos días siguientes á la fecha del decreto.

No se admitirá la investigación de la paternidad, se dijo en la base 5.ª de las consignadas para la redacción del Código civil en la ley de 11 de Mayo de 1888, sino en los casos de delito ó cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, ó cuando medie posesión de estado. Se permitirá la investigación de la maternidad y se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión Real, limitando ésta á los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera, y reservando á terceros perjudicados el derecho de impugnar, así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley.

Esta base tiene su desarrollo en los artículos 129 al 142 del Código. En ellos se establece que el hijo natural puede ser reconocido por el padre ó la madre conjuntamente, ó por uno solo de ellos; en este último caso se presumirá que el hijo es natural si quien le reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción; no podrá aquél revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida (arts. 129, 130 y 132). Conforme al art. 135, el padre está obligado á reconocer al hijo natural cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad, ó cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia. Se observará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 464 del Código penal, según el cual los reos de violencia, estupro ó rapto serán condenados por vía de indemnización á reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere, y siempre á mantenerla.

El reconocimiento del hijo natural es obligatorio para la madre cuando aquél se encuentre respecto de ella en las circunstancias que expresa el artículo 135, relativamente al padre, ó cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 136).

Los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales únicamente tienen derecho á exigir de sus padres alimentos, y sólo podrán ejercitarlo: 1.º, si la paternidad ó maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal ó civil; 2.º, si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre en que expresamente reconozca la filiación; 3.º, respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo. Fuera del primero y segundo de estos casos, no se admitirá en juicio demanda que directa ni indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales (artículos 139, 140 y 141).—*N. de la R.*

TERCERA DIVISIÓN

Admisibilidad en lo criminal de la prueba testimonial.

SUMARIO: 224. Es necesario atenerse á la naturaleza de los hechos, y no á la de las jurisdicciones.—225. Competencia del tribunal criminal para resolver incidentalmente sobre las cuestiones civiles.—226. Excepciones de este principio. —227. Remisión á los tribunales civiles en materia de inmuebles.—228. Necesidad de que el derecho alegado sea inmueble *real*.—229. Excepción prejudicial en materia de cuestiones de estado.—230. Distinción propuesta por Merlin.—231. Sentido de las palabras: *supresión de estado*.—232. Facultad de juzgar la cuestión de estado como puro incidente.—233. Sentido particular de la palabra *estado* en esta doctrina.—234. Remisión para las materias especiales. —235. Resumen.—236. Delitos especiales, cuya prueba por testigos no es admitida.—237. Difamación tratada más arriba.—238. Principio particular respecto de las materias disciplinales.

224. La prueba testimonial, según ya hemos dicho, no debe considerarse como excluída ó como admitida en principio, por el solo hecho de depender de la jurisdicción civil ó criminal; pues debe atenderse, no á la naturaleza del tribunal, sino á la naturaleza de las cuestiones. En todas partes deben probarse por escrito en forma regular las convenciones; en todas partes pueden probarse los simples hechos por medio de testigos. No hay entre las dos jurisdicciones otra diferencia que de lo más á lo menos, en el sentido de que por lo común se trata de convenciones en lo civil y de simples hechos en lo criminal.

225. ¿Cómo pueden los tribunales criminales conocer de cuestiones relativas á puntos para los que no admite la ley la prueba testimonial? No debe tratarse del delito mismo, el cual puede probarse siempre por testigos en todas las jurisdicciones (*Cód. civil*, art. 1348, 1.º); los elementos no susceptibles de prueba testimonial no son constitutivos de delito, y no se presentan en la causa sino como cuestiones prejudiciales. Siendo en su consecuencia practicable la división, se ha preguntado si ha lugar á remitir ante los tribunales civiles la solución de la dificultad previa; por ejemplo, si cuando se trata de substracción ú ocultación de efectos entregados á título de arrendamiento, depósito ó de mandato (*Cód. pen.*, art. 408) sólo puede acreditarse ante los tribunales civiles la existencia del arrendamiento, del depósito ó del mandato. La falsa persuasión de que era siempre admisible en lo criminal la prueba testimonial aislada, ha inducido á ciertos autores á creer, como decidía la antigua jurisprudencia, y aun la de los primeros tiempos que siguieron á la promulgación del Código, que la jurisdicción

criminal debe declararse incompetente en semejante hipótesis. La consecuencia era lógica, puesto que no era posible tolerar la violación, por medio de un rodeo tan fácil, de las reglas prohibitivas de la información. Pero el punto de partida era erróneo. Nada autorizaba á suponer que estas reglas fuesen adecuadas á la jurisdicción civil, y en su consecuencia, el inconveniente que se quería prevenir era quimérico. Si el legislador hubiera admitido esta línea de demarcación entre las dos jurisdicciones, que no se halla establecida en ninguna parte, hubiera debido, en multitud de casos, suspender la acción pública, hasta que se hubiera determinado sobre la acción civil, y el art. 7.º del Código de procedimiento criminal ordena, por el contrario, la suspensión de la acción civil, cuando se ha intentado la acción pública. La ley que inviste al mismo tribunal del derecho de providenciar sobre la acción pública y sobre la acción civil, ¿no ha tratado de evitar la multiplicidad de los procedimientos? ¿No se debe siempre, á falta de toda derogación formal, atenerse al antiguo principio que encontramos en el derecho romano (V. especialmente el título *De ordine judiciorum*, en el Código) que quiere que el juez de la acción sea juez de la excepción? No hay duda que, según vamos á ver, hay notables restricciones á esta regla; pero tales restricciones se han señalado siempre, cuando se las ha introducido, como contrarias al derecho común (V. especialmente la exposición de motivos de M. Bigot Preameneu y el discurso del tribuno Duveyrier, sobre los arts. 326 y 327 del Código civil). Sería, pues, preciso en los casos ordinarios atenerse al partido más sencillo, el de dejar al tribunal criminal que juzgara el incidente, pero sometiéndole respecto de la prueba á las restricciones á que tendría que someterse un tribunal civil. Tal es también el parecer que ha prevalecido en la jurisprudencia, y lo notable es, que tratando el Tribunal de Casación de fijar sus ideas sobre esta importante cuestión, aprobó por unanimidad, con la adhesión de Merlín, el 12 de Noviembre de 1813, una nota redactada en este sentido (1). Además, es preciso no perder de vista que el juez de lo criminal no puede fallar sobre el incidente sino porque constituye su excepción, y que le está prohibido resolver más allá del caso que se le ha sometido. Así se ha anulado el 9 de Febrero de 1849 una sentencia del Tribunal de apelación de Nancy, que te-

(1) Véase esta nota al fin del primer volumen del *Tratado de la acción pública y de la acción civil* de M. Mangin, que arroja tanta luz sobre estas delicadas cuestiones.

niendo que conocer del delito de desmonte de dos áreas de bosque, había sentado en principio el derecho del acusado á desmontar 125 hectáreas.

Sin embargo de que sea necesario un principio de prueba por escrito para autorizar la prueba testimonial, especialmente de un depósito por valor superior á 150 francos, no debe deducirse que el acusado pueda dispensarse de comparecer, teniendo el demandante siempre el derecho de hacerle interrogar, á fin de obtener de sus declaraciones una prueba ó principio de prueba (Rouen, 31 de Enero de 1850). Hay más aun: si, en un negocio donde los principios del derecho civil no admiten la prueba testimonial, el acusado no ha atacado la providencia que le enviaba ante el jurado, no puede apelar de la decisión dada por el Tribunal del jurado. Esta decisión, en efecto, no está motivada, y como con razón ha juzgado el Tribunal de Casación (Den. 11 de Diciembre de 1857) no es posible atacar los debates y la declaración del jurado, que ha sido su consecuencia, puesto que no queda ningún rastro de las pruebas por las que haya podido formarse la convicción de los jurados.

226. Las principales excepciones al principio de que el Tribunal criminal permanece siendo competente para conocer de la cuestión prejudicial, conformándose, si ha lugar á ello, á las prescripciones del derecho civil, son relativas á la propiedad inmueble y al estado de las personas.

227. En la legislación romana se había ya reconocido, que no conviene cortar de una manera incidental las cuestiones relativas á los derechos reales inmuebles. Así es, que las reclamaciones que suponían implícitamente la propiedad, cuando no era constante, eran rechazadas por la excepción *quod præjudicium prœdio non fiat* (Afric., l. 16 y l. 18 D. *de except)*. Nuestras leyes no han formulado en ninguna parte un principio general de esta naturaleza, pero ciertos textos parecen suponer su existencia, y la jurisprudencia, penetrada de la importancia de la propiedad territorial, las ha generalizado de antemano. El primer rastro de esta idea se halla en la ley de 29 de Septiembre de 1791, sobre la administración de bosques (tít. 19, art. 12) que se expresa en estos términos: «Si en una instancia sobre reparación de un delito, surge una cuestión incidental de propiedad, la parte que exceptúa tendrá que llamar al procurador general síndico del departamento donde están situados los bosques, y suministrarle copia de sus documentos, en los ocho días siguientes al en que haya propuesto la excepción, á falta de lo cual se procederá al juicio del delito, permaneciendo reservada

la cuestión de propiedad.» Aunque esta ley fuese la única que sentara semejante regla, el Tribunal de Casación ha pensado, con alguna razón, que ningún motivo formal limita esta decisión á las materias sobre bosques. Así, la nota de 1813, conforme á su jurisprudencia constante, considera la propiedad de los inmuebles como hallándose especialmente en el dominio de los tribunales civiles. Mas recientemente el Código de montes y bosques ha sancionado esta doctrina, con algunas modificaciones en el art. 182, concebido en estos términos: «Si en una instancia para la reparación del delito ó contravención, el acusado exceptúa con un derecho de propiedad ú otro derecho real, el tribunal que conoce de la queja providenciará sobre el incidente, conformándose con las siguientes reglas: no se admitirá la excepción prejudicial sino en cuanto esté fundada, ya en un título aparente, ya en hechos de posesión equivalentes, personales al acusado y articulados por él con precisión, y si el título presentado ó los hechos articulados son de tal naturaleza, en el caso de ser reconocidos por la autoridad competente, que quiten al hecho que sirve de base á las reclamaciones, todo carácter de delito ó contravención. En el caso de reservarse la indemnización civil, fijará la sentencia un breve término, en el cual la parte que haya suscitado la cuestión prejudicial, deberá llevar á los jueces competentes el conocimiento del litigio y justificar sus diligencias (1); de lo contrario, se pasará adelante.» El art. 59 de la ley de 15 de Abril de 1829 sobre la pesca fluvial, reproduce casi las mismas disposiciones respecto de los delitos relativos á la pesca.

El legislador parece, pues, haber entrado en la doctrina del Tribunal de Casación, pero con prudentes temperamentos. Es preciso, en efecto: 1.°, que el fundamento ó título invocado sea de tal naturaleza que quite al hecho que se acrimina todo carácter de delito; así es que se alegaría en vano el derecho de propiedad para justificar la perturbación de una posesión anual (Trib. de Casac. 5 de Julio de 1828); pero, á la inversa, basta la posesión anual para justificar al acusado, si no se ha destruído su efecto por una sentencia en juicio de propiedad (Sent. den. de 24 de Diciembre de 1858); 2.°, que este fundamento ó título sea personal al acusado; no se le admitiría que acreditase que el inmueble sobre el que se le acusa de haber cometido un delito no pertenece á la parte

(1) No bastaría una simple citación para satisfacer el deseo de la ley. (Sentencia de cas. de 18 de Septiembre de 1840).

contraria, sino á un tercero (Trib. de Cas. de 22 de Marzo de 1839 y de 29 de Diciembre de 1843), aun cuando interviniera el tercero en la instancia (Cas. de 25 de Enero de 1855); 3.º, que haya un principio de prueba del derecho alegado, resultando, ya de un título aparente, ya de hechos de posesión articulados con precisión; de otra suerte todo inculpado pretendería no haber obrado sino en calidad de propietario (V. Cas. de 25 de Agosto de 1877; Cas. de 23 de Agosto de 1879; Cas. de 26 de Abril de 1883). Para evitar que se trate así de ganar tiempo, prescribe el legislador además que se fije un término breve para ventilar la cuestión prejudicial (1) como lo hace en otras ocasiones (V. especialmente el *Cód. civil*, artículo 174, y *Cód. de proced.*, art. 357).

Debe notarse que aquí se aplica el principio *Reus excipiendo fit actor*, en cuanto incumbe al acusado proseguir la instancia y hacer la prueba de su derecho real ante el tribunal civil. Háse suscitado respecto de este punto una dificultad formal en lo relativo á la persecución que se ejercita por interés ó en beneficio de los particulares. El texto del Código de bosques (art. 189) y la ley sobre la pesca fluvial (art. 68), obligan formalmente al acusado, aun en esta hipótesis, á hacer la prueba de su derecho ante la jurisdicción civil. El Tribunal de Casación había juzgado desde luego (Sentencia de 12 de Agosto de 1837), que esta disposición era extremada; que aunque se tratase de bosques ó de ríos, pertenecía sólo al Ministerio público el derecho de rechazar sobre el acusado el peso de la prueba, y que en el caso de intentarse reclamaciones por una parte civil, había lugar á pronunciar una remisión pura y sencilla, sin prejuzgar nada sobre la carga de la prueba. Si fuese fundada esta distinción, debería criticarse á la legislación especial que echa en todos los casos el peso de la prueba á cargo del acusado, puesto que no se vería razón alguna para establecer una regla enteramente particular en las de materias de bosques ó de ríos. Abrazando en el día una doctrina más racional, ha reconocido el Tribunal de Casación que los artículos precitados no son más que la aplicación del derecho común, según los términos del cual, el acusado que responde: *Feci, sed jure feci*, debe justificar la verdad de su alegación. En su consecuencia, aplica á toda persecución correccional las disposiciones del art. 182 del Código de bosques (Cas. 27

(1) Pero esta demarcación de término no tendría efecto alguno, si hubiere remisión, para el conocimiento de una cuestión prejudicial, á la autoridad administrativa, puesto que esta autoridad no puede quedar sujeta, en el ejercicio de su jurisdicción, por las decisiones de los tribunales (Cas. de 17 de Mayo de 1851.)

de Noviembre de 1845, 26 de Diciembre de 1846, 20 de Mayo de 1853, * 23 de Agosto de 1879 y 21 de Mayo de 1884). *

228. Ninguna disposición de nuestras leyes se presta á una extensión semejante, en lo relativo á la propiedad mueble. Así ha reconocido siempre el Tribunal de Casación (nota del 12 de Noviembre de 1813, confirmada por numerosas sentencias), que las cuestiones incidentales relativas á esta propiedad pueden ventilarse por el tribunal criminal. Una sentencia denegatoria de 5 de Febrero de 1858 declara que aun después de la absolución del acusado, los tribunales criminales pueden resolver, según los términos del art. 366 del Código de instrucción, acerca de la propiedad de los muebles reivindicados por la parte civil.

Aun cuando la cuestión suscitada se refiere á un inmueble, si se trata de un derecho que no es *real*, según el art. 182 del Código de bosques, la jurisdicción criminal permanece siendo competente para resolver sobre el incidente. Así lo ha decidido una sentencia de casación de 8 de Enero de 1852, en el caso en que el acusado de un delito de aquel género alegaba un arriendo que le confería el derecho de cazar. Debe observarse, en vista de las dificultades que se suscitan sobre el carácter del derecho de arriendo, que el medio ó fundamento sacado de la falta de un derecho real de parte del arrendador, fué promovido por el consejero relator solamente, y admitido de oficio por el Tribunal de Casación. En todos los casos, la jurisdicción penal no puede resolver acerca de los derechos de terceros que no son parte en la causa. Así, en unas diligencias contra unos falsificadores, no se puede llamar en garantía, ni recibir como interventores, á los autores de la falsificación (Den. 20 de Marzo de 1857).

229. El Código civil ha autorizado una excepción de otra naturaleza, pero no menos importante, en lo relativo á las cuestiones de estado. Según el art. 326 de este Código, los tribunales civiles son los únicos competentes para determinar sobre las reclamaciones de esta clase. Es evidente que, en dicha disposición, no se trata de la competencia directa, que sería muy poco puesto en razón atribuir á la jurisdicción criminal, sino más bien de la competencia indirecta, que pertenecería de derecho común á esta jurisdicción, por el mero hecho de hallarse conociendo de un delito que se refiere á una cuestión de estado. El art. 327 va más lejos aun. Hubiera podido concebirse que, como en materia de propiedad inmueble, se intentara la acción, salvo suspenderse hasta que se hubiera decidido la cuestión civil prejudicial. Esta mar-

cha, que se había propuesto en el Consejo de Estado, permitía al menos practicar los primeros actos de persecución, asegurarse de la persona del acusado y examinar á los testigos, etc. Nada de todo esto es permitido por el art. 327, que quiere que la acción criminal contra un delito de supresión de estado no pueda comenzar sino después de la sentencia definitiva sobre la cuestión de estado: lo que hizo decir con estilo bastante inexacto que en ese caso la cuestión civil es prejudicial á la acción *(préjudicielle à l' action)*. Aquí es sumamente grave la derogación de las reglas ordinarias. No se trata solamente, como en la disposición del Código de bosques, generalizada por la jurisprudencia, de fijar un término para proceder ante los tribunales civiles, pues no era posible fijar así un término, en donde no se trata ya de un medio de defensa que alegue el acusado, sino de una cuestión previa en toda clase de persecución. La acción civil queda enteramente libre, y el silencio de las partes, silencio que puede muy bien haberse comprado, tiene indefinidamente en jaque al Ministerio público.

¿Qué motivo puede haber dictado esta extraña restricción que ha ocasionado más de una vez la impunidad escandalosa de los delitos más peligrosos en sus consecuencias? No debe buscarse otro, que ese error demasiado acreditado, que considera la prueba de testigos como necesariamente admisible en lo criminal. Hállase la primera huella de este error en la doctrina que ha autorizado el Parlamento de París en el siglo pasado: «Cuando se trata de crímenes, decía—en 1724 el abogado general Gilbert de Voisins en la causa de Mlle. de Choiseul,—la ley no rechaza ninguna clase de prueba. La ordenanza de 1667 no se refiere más que á las materias civiles y no regula las criminales». Si esta doctrina fuese exacta, sería fácil acreditar la filiación sin ningún principio de prueba por escrito, tomando la vía de la *información*, como se decía entonces, en vez de acudir á la justicia ordinaria (1). Para obviar este peligro, inevitable en el sistema que se abrazaba, proponían algunos, desde aquélla época, que se suspendiera el procedimiento criminal; pero el abogado general, conforme á la jurisprudencia anterior del Parlamento de París (numerosas sentencias de 1636 y 1695), rechazaba

(1) El abogado general, quejándose de que se pueda probar su estado con demasiada facilidad, admite como constante la influencia de lo criminal sobre lo civil. Ya veremos, al tratar de la cosa juzgada, que esta influencia, discutida por algunos autores, debe reconocerse aun en el día. Si se desechase esta influencia, el resultado del procedimiento criminal no causaría ya en lo civil más que una preocupación puramente moral, de la cual debería prescindirse.

este remedio heroico, que consiste en suprimir una facultad importante á fin de prevenir el abuso. «Rechazar indistintamente—dice—todas las acusaciones de esta clase mientras no se pruebe civilmente el estado, es favorecer al culpable, es procurar la impunidad del crimen, es chocar abiertamente con los primeros principios de las materias criminales. Pero autorizar toda clase de acusaciones sin discernimiento y sin elección, ¿no es abrir la puerta á un artificio peligroso, que puede, bajo la apariencia de una frívola acusación, propender en efecto solamente á procurarse una prueba testimonial, siempre difícil de admitir por la vía civil? Este artificio es frecuente en la práctica, pero no se escapa á la penetración de la justicia, cuya prudencia ha largo tiempo que ha encontrado el medio de repararlo. Cuando el título de la acusación tiene alguna relación con lo civil, la implicación de lo civil y de lo criminal no impide ordinariamente á la justicia permitir desde luego informar; pero si reconoce que en esta información no se ha atendido más que á hacer la prueba de lo civil, y que se ha descuidado lo criminal, mira el título de la acusación como un *artificio* que se emplea para sorprenderla, y desconoce fácilmente todo lo que ha hecho y se dirige á reformarlo, á destruirlo.» El Parlamento de París ha fijado la jurisprudencia en el sentido de estas conclusiones por sentencia de 19 de Junio de 1724. Es verdad que una sentencia del mismo Parlamento, el 6 de Abril de 1789, ha autorizado con anticipación los principios del Código civil, declarando no ser la parte criminal admisible en juicio mientras no hubiese reclamado el estado por la vía civil. Pero esta sentencia, por otra parte aislada, ha sido anulada. Así como lo ha juzgado el Tribunal de Casación (Sent. den. de 25 brumario del año XIII), la antigua jurisprudencia no ponía trabas de un modo absoluto á la acción de las partes en lo criminal, y aun dejaba intacta la acción del Ministerio público, que no podía ser sospechosa de fraude; solamente concedía sobrada latitud al juez criminal, quien admitía o desechaba á su voluntad la querella, según le parecía más ó menos formal. El proyecto del Código propuso restablecer los verdaderos principios en la materia, obligando al Ministerio público, cuando persigue en lo criminal, por supresión de estado, á tener en cuenta la necesidad de un principio de prueba por escrito (art. 19 del proyecto). Esto no era más que hacer la aplicación de la doctrina plenamente adoptada en 1813 (núm. 225) por el Tribunal de Casación, según la cual, no son atributivas de jurisdicción las reglas sobre la prueba testimonial, y en su consecuencia, deben conocer los tribunales

criminales de los incidentes civiles, pero sin poder desviarse de las prescripciones establecidas por el derecho civil. Desgraciadamente, en aquélla época no había prevalecido aún esta solución tan sencilla y tan razonable. El sistema del proyecto fué desechado, probablemente sin haber sido comprendido, y para no recaer en la arbitrariedad de la antigua jurisprudencia, se cortó el nudo gordiano, decidiendo que aquí, á la inversa de lo que se practica de ordinario, sería lo civil lo que mantendría á lo criminal en su estado. El código holandés, ilustrado por la experiencia sobre los peligros de esta restricción, ha vuelto al sistema que no ha podido prevalecer en nuestro Consejo de Estado. El art. 23 de este código, después de haber reproducido el art. 327 del Código civil, añade: «No obstante, el Ministerio público podrá, cuando nada intenten las partes interesadas, promover la acción criminal por supresión de estado, con tal que haya un principio de prueba por escrito. En este último caso, la acción pública no se suspenderá por la acción civil.» Parece difícil conciliar mejor que lo hace este sistema el interés de la justicia penal, que reclama contra una escandalosa impunidad, y el del reposo de las familias, que quiere que las reclamaciones de estado se funden en una base algo sólida (1).

230. Para atenuar las sensibles consecuencias del sistema autorizado por el Código civil, Merlín (*Cuestiones de derecho*, V. *Question d'état*, §. 2.º) ha sostenido que la *acción criminal* de que habla el art. 327, debe entenderse únicamente de la acción intentada por las partes civiles, y que, en su consecuencia, el Ministerio público conserva su libertad completa. Dictado por motivos laudables, este sistema no está en armonía con el texto ni con el espíritu de la ley. Sería sobrado extraño que el legislador hubiera calificado de acción criminal la que se intentaba por los particulares en reparación del perjuicio causado, con exclusión de la acción para la aplicación de las penas, la cual es la acción criminal por excelencia. En cuanto á la intención del legislador, se ha manifestado lo bastante por haberse desechado los artículos del proyecto, que propendían precisamente á admitir, mediante ciertas restricciones, la *acción criminal intentada de oficio*. Así, el Tribunal de Casación ha

(1) * Algunos autores han sostenido que el verdadero motivo del art. 327 debía buscarse en el deseo del legislador para asegurar el descanso de las familias. Ha sido impulsado á supeditar el interés social de la represión al temor de promover ciertos escándalos. Lo que parece fuera de duda es que aquí encontramos una idea, perfectamente discutible en derecho. V. Bertauld, *Cuestiones y excepciones prejudiciales en materia represiva.* *

rechazado la doctrina de Merlín por una sentencia denegatoria, de 30 de Marzo de 1813, que ha sido seguida de numerosas decisiones en el mismo sentido. * (Cas. de 30 de Noviembre de 1876 y nota de M. Villey, en Sirey, 1877, 1.°, p. 433.) *

231. No pudiendo eludirse de ese modo la prohibición del artículo 327, se ha preguntado por lo menos qué extensión debe recibir esta regla, qué sentido debe darse á las palabras *supresión de estado*.

Un punto sobre el cual está de acuerdo todo el mundo, y sobre el que por lo demás se habían dado explicaciones muy positivas, en las discusiones preparatorias del Código, es que los delitos que se refieren á la persona del niño sin comprometer su estado, por ejemplo, el rapto ó la exposición (*Cód. penal*, arts. 345, 349 y sigs., pueden perseguirse sin que se haya intentado previamente ninguna acción civil (Cas. 4 de Agosto y 1.° de Octubre de 1842).

Aun cuando la cuestión sometida á la jurisdisdicción criminal fuese relativa al estado, si la solución que debe tener deja intactos los derechos y la posición del niño, se admitirá aún la acción pública de plano. Por eso, por sentencia denegatoria de 28 de Diciembre de 1809 se ha declarado bien fundada en el silencio de las partes perjudicadas la persecución de falsedad contra una persona acusada de haber firmado, tomando el nombre del marido, la partida de nacimiento del niño de una mujer casada. Y en efecto, este niño no tenía interés en el litigio, puesto que la falsedad de la firma no podía anular una inscripción hecha en debida forma y de todo punto conforme á la ley. Una decisión semejante autoriza á perseguir de plano á un padre acusado de haber hecho inscribir cómo habiendo nacido vivo un niño ya muerto en el momento de su nacimiento, á fin de verificar la revocación de una donación entre vivos (Sent. den. de 8 de Julio de 1824; V. dos sentencias denegatorias en casos análogos, de 1.° de Agosto de 1836 y de 4 de Julio de 1840). Aquí tampoco se ponía en duda la filiación del niño. O había nacido efectivamente vivo, y entonces no se atacaban sus derechos; ó había nacido muerto, como lo sostenía la acusación, y entonces no tenía derecho alguno. Encuéntrase en los monumentos de la jurisprudencia una multitud de decisiones de la misma clase, que declaran inaplicable el art. 327, siempre que no se halle comprometida la filiación del niño (1).

---

(1) * Cpr. acerca de estas cuestiones, Garraud, *Compendio de derecho criminal*, 2.ª edición, p. 815 y siguientes. *

Pero ¿se deberá avanzar más, y en el caso en que el hecho acriminado se refiera directamente á una supresión de estado, castigar la falsificación material, cuando es independiente de la supresión de estado, aun cuando no se haya intentado ninguna acción civil? Así, pues, se ha preguntado, si es permitido perseguir como crimen especial la alteración, con el auxilio de procedimientos químicos, de registros del estado civil, para hacer desaparecer su contenido, sustituyéndole actas falsas que tengan por objeto atribuir á un hijo natural una filiación legítima. Merlín sostuvo enérgicamente ante el Tribunal de Casación, que se debía hacer abstracción del estado que no era objeto de ninguna reclamación civil para fijarse en la falsificación, la cual tomada aisladamente, y cualquiera que sea su tenor, ya actas borradas, ya actas sustituidas, caía evidentemente bajo la aplicación de las disposiciones del Código penal. Esta distinción razonable ha sido rechazada por sentencia denegatoria del 30 de Marzo de 1813 (1); es de lamentar que se haya así sacado de un mal principio consecuencias que no se contenían precisamente en él. El mismo tribunal ha juzgado mucho más sabiamente, haciendo prevalecer el espíritu del art. 327 sobre su letra, cuando ha autorizado al Ministerio público (Sent. de 2 de Julio de 1819) á intentar persecuciones, cuando había llegado á ser imposible la acción civil, por haber fallecido sin dejar herederos la persona cuyo estado había podido suprimirse.

232. Por otra parte, se reconoce que el art. 327 no era un obstáculo para que decidieran los tribunales criminales cuestiones de filiación, cuando no se presentan sino como puros incidentes, cuya solución deja intacto el debate en el fondo sobre el estado, si esta cuestión debe suscitarse más adelante. Así, según los términos de una sentencia denegatoria de 15 de Enero de 1818, un tribunal criminal no se excede de sus poderes declarando admisible la intervención de una parte, por razón de los vínculos de parentesco que le unen á la víctima de un asesinato sometido á este tribunal. Semejante decisión no prejuzga sino en lo concerniente al derecho á las reparaciones ó indemnizaciones civiles el parentesco, que bajo cualquier otro concepto, puede volver á ponerse en cuestión ante los tribunales. El Tribunal de Casación se ha pronunciado

(1) Sin embargo, no quedarían impunes hechos de esta naturaleza, porque siempre se admitiría subsidiariamente la reclusión, pronunciada por el art. 439 del Código penal contra los que destruyen las actas de la autoridad pública. La pena de falsificación hubiera sido la de trabajos forzados temporales (art. 147, ibid.).

en el mismo sentido relativamente acerca de un punto mucho más grave, á saber, las relaciones de paternidad y de filiación, consideradas como circunstancia agravante del asesinato (Sents. denegs. de 27 de Noviembre de 1812 y de 19 de Septiembre de 1839). El principio de que el juez de lo principal es el juez de lo incidental, principio que no podría destruirse sin exponerse á involucrar procedimientos muy complicados, recobra entonces todo su imperio. Lo mismo procede con mayor razón, si se suscita la cuestión de estado, no en apoyo de una reclamación formal de filiación, sino como refiriéndose á la identidad de un acusado de estafa por usar de *nombre falso*. El juicio de esta cuestión de identidad pertenece á la jurisdicción criminal (Sent. deneg. de 14 de Octubre de 1853, * Cpr. Cas. 16 de Enero de 1879 *).

233. Las palabras *reclamación de estado, supresión de estado*, de los artículos 326 y 327 del Código civil tienen un significado particular que no corresponde al *status personarum* en general; sólo se refieren á la filiación. Respecto de las demás cuestiones relativas al estado de las personas, especialmente al matrimonio, no siendo aplicable el motivo erróneo que ha ocasionado la supresión de la acción pública, jamás se ha dudado de que puedan probarse los hechos por medio de testigos, bien sea ante los tribunales criminales, bien ante los civiles. Así, el art. 198 quiere, por el contrario, que el asiento en los registros del estado civil de la sentencia criminal que consigna la celebración del matrimonio, basta para asegurar los derechos de los esposos. Háse, pues, anulado con razón (8 de Mayo de 1828) una sentencia, por la cual un tribunal criminal se declaraba incompetente, en el silencio de las partes civiles, para juzgar á una persona acusada de haber tomado los nombres y cualidades de otra, en la partida de celebración de su matrimonio. Esto era desconocer de un modo extraño el verdadero alcance de los artículos 326 y 327. Pero el mismo Tribunal de Casación no ha estado enteramente al abrigo del error, que tiende á generalizar los principios del Código civil en lo relativo á las cuestiones de estado. Nos referimos á su doctrina sobre la bigamia, tal como resulta de su jurisprudencia y de su nota de 1813 sobre las cuestiones prejudiciales. En las acusaciones de bigamia, el tribunal admite por cierta la competencia de la jurisdicción criminal para apreciar la validez del segundo matrimonio, en donde yace, por decirlo así, el cuerpo del delito; pero no reconoce en esta jurisdicción el poder de determinar sobre la nulidad del primer matrimonio, cuando se alega como medio de defensa. «Esta clase de nulidad,

dice la nota de 1813, no puede juzgarse por los tribunales criminales, porque el estado civil del acusado depende de la sentencia que debe darse, y los tribunales civiles, según el art. 326 del Código civil, son los únicos que pueden resolver sobre las *cuestiones de estado.*»

La doctrina que sienta que las nulidades del matrimonio son de la competencia exclusiva de la jurisdicción civil, cuando se las invoca como medio prejudicial, se ha aplicado también á las diligencias contra los adúlteros, que rechazaba la acusada, arguyendo de la nulidad de su matrimonio, que había sido disuelto por sentencia de la Sala de lo criminal (Cas. 13 de Abril de 1867.) Se fundaba, entre otros motivos, en el siguiente: que las demandas de nulidad de matrimonio á las cuales se une por un vínculo necesario la filiación de los hijos, están regidas por el art. 326.

Pero así como lo acabamos de decir, no hay siquiera un átomo de razón para decidir en favor del matrimonio y de la filiación, puesto que los hechos que tratan de establecer la validez ó la nulidad del matrimonio, son hechos públicos, y que pueden probarse por medio de testigos. Además, el argumento prueba demasiado. Con efecto, si las cuestiones de matrimonio son cuestiones de estado, ¿con qué título puede la jurisdicción criminal ser competente para conocer de la validez del segundo matrimonio? ¿No se debería entonces aplicar igualmente el art. 327 y suspender la acción pública mientras no se hubiese promovido la acción civil? ¿Se dirá, como antes, que el Código civil (art. 189) requiere que en todos los casos la validez ó la nulidad del primer matrimonio se juzgue con anterioridad? Pero nada vemos en esta disposición que se refiere meramente al orden del procedimiento, que indique se remita á otra jurisdicción, punto que no ha tratado de ninguna manera el legislador cuando se ha ocupado de las nulidades del matrimonio.

Sin embargo, bajo otro aspecto, la sentencia de 13 de Abril de 1867 puede considerarse como un progreso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dicho Tribunal había sentenciado hasta entonces, conformándose con la nota de 1813, que la persona perseguida ante los tribunales criminales por bigamia no podía oponer la nulidad del primer matrimonio, cuando sólo era relativa, porque el casamiento viciado con semejante nulidad no dejaba de ser valedero hasta que los tribunales pronunciasen la disolución del mismo. Pero la sentencia de 1867, que reproduce la doctrina de Mangin *(Tratado de la acción pública y de la civil*, núm. 196), determina que el efecto de cualquiera nulidad se remonta forzosamente

al día de la celebración del matrimonio, y aunque esta decisión se ha dado con relación al delito de adulterio, se la puede aplicar por idénticos motivos al crimen de bigamia.

234. Puede consultarse sobre las cuestiones prejudiciales relativas á las materias especiales, los autores que se han ocupado particularmente de lo tocante á las mismas (V. sobre todo el Tratado de M. Mangin, núms. 226 y siguientes). Citaremos, por ejemplo, la interpretación de los actos de la autoridad administrativa que la ley de 16 de Junio (fructidor), año III, atribuye exclusivamente á esta autoridad, y las contestaciones sobre el *fondo de los derechos* en lo que concierne á las contribuciones indirectas, cuestiones que sólo pueden juzgarse por los tribunales civiles (1), según la ley de 28 de Marzo (ventoso), año XII (tít. 5.°, art. 88).

235. En resumen; siendo los principios sobre la prueba los mismos en todas las jurisdicciones, no ha lugar generalmente á remitir el negocio á los tribunales civiles, respecto de una cuestión previa que no es susceptible de prueba por testigos; la jurisdicción criminal debe retener el incidente y juzgarlo según las reglas del derecho civil. Esta decisión se aplica sin dificultad á las convenciones incidentalmente sometidas á los tribunales criminales, especialmente en el caso de que el acusado de abuso de confianza por violación de mandato invoque la excepción prejudicial sobre el debate de una cuenta entre él y su mandante (Sent. den. de 4 de Marzo de 1859). En cuanto á la propiedad, si se trata de muebles, no está derogada todavía la regla que quiere que el juez de la acción sea el juez de la excepción; si se trata de inmuebles, la importancia del litigio da lugar á remitir el negocio al tribunal civil; pero entonces debe ventilarse la cuestión prejudicial en un plazo determinado. En materia de filiación, el temor mal fundado de la admisibilidad indefinida de la prueba testimonial ha hecho suspender la acción pública, mientras que no se intente la acción civil; involucración de los principios generales de nuestro derecho criminal, que conviene no extender más allá de lo relativo á la *supresión de estado*. Finalmente, respecto del matrimonio, no vemos ningún texto que haga cesar la competencia del juez criminal, proclamada, por el contrario, por el art. 198 del Código civil. Parece, pues, justo autorizar siempre á este juez para conocer de él, sin distinguir,

(1) Sin embargo, una simple discusión incidental en un proceso verbal de contravención ó de embargo, puede ventilarse ante el tribunal correccional (Sentencia den. de 11 de Mayo de 1839).

como quiere hacerse en caso de bigamia, entre el primero y segundo matrimonio.

236. Independientemente de las cuestiones prejudiciales, debemos para terminar lo relativo á la admisión de testigos en lo criminal, señalar la importancia enteramente particular que tienen los procesos verbales ó sumarias en ciertas materias, tales como las de aduanas y contribuciones indirectas (1). Habitualmente, según la letra de los artículos 154, 189 y 242 del Código de instrucción criminal, se puede probar por medio de testigos, á falta de proceso verbal ó sumaria, cuando se trata de infracciones de que debiera haberse redactado acta, por ejemplo, de las que versan sobre propiedades rurales y de montes, reglamentos de transporte, ó bien sobre las prescripciones acerca del trabajo de los niños en las fábricas (V. las sents. de cas. de 18 de Marzo de 1836, 18 de Marzo de 1854 y 15 de Marzo de 1862). Pero la importación de mercancías, la circulación de géneros, en contravención á las leyes fiscales, son hechos tan fugitivos ó poco permanentes, que se ha comprendido la necesidad de no autorizar la persecución en semejante caso, sino en cuanto hay un proceso verbal en forma (2). En este sentido interpreta constantemente la jurisprudencia (Sent. den. de 28 de Abril de 1855)las leyes de 19 de brumario, año VI, y del 9 de floreal, año VII, así como el decreto de 1.° de germinal del año XIII. Admítese solamente la prueba testimonial, según una distinción que resulta de la combinación de los textos, para permitir la confiscación de los objetos embargados que sería sobrado peligroso volver á los acusados, á falta de un proceso verbal en forma (3). En cuanto á la multa y á la prisión se reconoce generalmente la necesidad absoluta de un proceso verbal para justificar la condena. Es verdad que se ha querido asimilar esta obligación legal (Bourquiquon sobre el artículo 16 del *Cód. de inst. crim.),* á la que se establece por los artículos 1141 del Código civil en el caso en que hubiera principio de prueba por escrito contra el acusado. Pero siempre que se trata de

(1) V. el cap. 2.° del *Tratado de los procesos verbales en materia de delitos y de contravenciones,* por M. Mangin, obra que, aunque inferior al *Tratado de la acción pública y de la acción civil,* es aun fecunda en noticias útiles.

(2) Pero no es indispensable el embargo efectivo, como lo prueba M. Faustín Helie *(Inst. crim.,* tomo 3.°, pág. 1343).

(3) Sabido es que la confiscación se autoriza algunas veces, aun cuando sea desconocido el delincuente, como sucede respecto de la confiscación de escopetas, lazos, redes y otros instrumentos de caza (ley de 3 de Mayo de 1844, art. 16): y mucho más en los casos de absolución, si se trata de objetos falsificados, cuya fabricación ataca los derechos del poseedor de un privilegio de invención (ley de 5 de Julio de 1844, art. 49).

delitos especiales, es preciso atenerse estrictamente á la regla adoptada por el legislador para dar una base fija á persecuciones cuyo ejercicio, con frecuencia vejatorio, suscita vivas reclamaciones en la práctica.

237. La admisión de la prueba testimonial cuando no se aplica el principio sentado por la ordenanza de Moulins, sufre aun una notable excepción, tanto en lo criminal como en lo civil, cuando se trata de acreditar la verdad de las imputaciones dirigidas contra los funcionarios públicos. El art. 28 del decreto de 17 de Febrero de 1852, al reproducir el sistema de la ley de 25 de Marzo de 1822, prohibe probar *por medio de testigos* la verdad de estos hechos. Hemos visto, al tratar de la difamación (núm. 76), que la ley del 15 de Abril de 1871 ha vuelto al derecho común acerca de la prueba. * Permite también la ley de 1881 probar por las *vías ordinarias* la verdad del hecho difamatorio (art. 35) *.

238. Para terminar lo concerniente á la admisión de la prueba testimonial, señalaremos el sistema enteramente particular que rige las materias disciplinales. Si se aplicase á estas materias las reglas ordinarias del derecho civil ó las del derecho criminal, que son idénticas sobre este punto, sería preciso decidir como lo ha hecho el tribunal de Reims el 29 de Julio de 1857. Un notario contra el cual no se admitió la persecución correccional por violación de depósito, por falta de principio de prueba por escrito de los hechos alegados, fué perseguido disciplinariamente por sus mismos hechos. El tribunal de Reims había declarado no deber intervenir en este asunto el ministerio público, «por no poder prevalecer, decía la sentencia, ningún poder discrecional contra una de las reglas más absolutas que la ley ha consagrado en materia de prueba». Pero esta sentencia fué anulada el 5 de Julio de 1858, por fundarse la acción disciplinal en un poder enteramente moral, que no puede quedar sujeto á las prescripciones del derecho común. «La cuestión, ha dicho en sus conclusiones el fiscal M. Dupin, no es saber si se hizo culpable el oficial ministerial de un hecho criminal ó de un delito cuya prueba pueda producirse contra él, sino si ha hecho, en circunstancias dadas, todo lo que correspondía al decoro de sus funciones. En una apreciación de esta clase, hay necesariamente algo discrecional é ilimitado, así como en la apreciación del punto de honor militar, por ejemplo, ó de lo que se llama en el mundo pudor. La acción por esto mismo no es civil ni criminal, sino *sui generis*.» Por otra parte, no existen en materia disciplinal los motivos que han hecho establecer reglas

idénticas para la prueba en lo civil y en lo criminal. «No hay que temer, dice el Tribunal de Casación, que no pueda la acción civil, bien al abrigo de la acción pública, bien con el auxilio de la cosa juzgada en beneficio de ésta, eludir las garantías que ha querido crear el legislador en materia civil contra los peligros de la prueba testimonial; la acción civil no puede, en efecto, ampararse, ni de las inmunidades de la acción disciplinal, ni de las decisiones ó medidas adoptadas por el juez de la disciplina.»

*** No prescribiéndose por el derecho español que rige en la actualidad la mayor parte de las reglas y prohibiciones que expone M. Bonnier en los números precedentes y que contiene la legislación francesa respecto de la admisión de la prueba de testigos en ciertos casos y materias, dando lugar, en su consecuencia, á dudas sobre si deberán conocer en aquellos casos los tribunales civiles ó los criminales, ó según las reglas establecidas para los procedimientos en lo civil ó en lo criminal; y no teniendo, por lo tanto, aplicación á nuestros tribunales aquellas reglas y prohibiciones, según hemos indicado en las adiciones anteriores, no tienen lugar entre nosotros gran parte de aquellas dudas y dificultades. En nuestro derecho, no afecta en nada á las diversas jurisdicciones, ni la competencia judicial, la circunstancia de que sea admisible ó no en un asunto la prueba de testigos; la regla general que nuestras leyes establecen para determinar sobre cuándo debe entenderse en juicio civil y cuándo en juicio criminal, es atender á la naturaleza del negocio objeto del juicio, correspondiendo conocer en juicio criminal cuando se trate de la averiguación y castigo de un delito ó falta, y en juicio civil cuando se trata de reclamar una cosa ó derecho perteneciente al patrimonio de cada uno, del cumplimiento de obligaciones ó de indemnización de perjuicios, en cuyos derechos se comprende naturalmente el estado civil como uno de los más importantes del hombre, puesto que constituye su personalidad, y que es la fuente y origen de todos sus demás derechos. No obstante esta regla general, nuestro derecho admite naturalmente el fuero de atracción en ciertos casos, el principio de que el juez de la acción lo es de la excepción, la facultad respecto de un mismo juez para conocer de la acción pública y de la privada, de la acción penal y de la civil que proviene de los delitos, las cuales pueden también proponerse juntamente. Además, no habiéndose admitido en España el jurado para conocer de las causas criminales, entienden de éstas siempre jueces letrados, hallándose asimismo facultados para conocer unos mismos jueces, tanto de lo civil como de lo penal, lo cual facilita en extremo la aplicación de las reglas del fuero de atracción, Así, pues, cuando con ocasión de un delito se presenten cuestiones incidentales de naturaleza civil, podrá en general conocer el mismo juez que entendía de lo penal de estas cuestiones civiles, si bien deberá atenerse para ellas á las reglas del procedimiento civil, y aun deberá cuando la cuestión incidental de naturaleza civil pueda influir notoriamente en la decisión del juicio criminal, de modo que no pueda determinarse éste con arreglo á justicia, hasta resolver aquella cuestión, suspender el procedimiento criminal hasta la resolución de la cuestión civil, á la manera que para el caso inverso lo establece la nueva ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo artículo 291 se previene, que «en el caso de que sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que puede ser de influencia notoria en el pleito, entablase la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal».—*N. del T.*

*** El art. 514 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil reproduce el precepto consignado en el 291 de la antigua.

La ley de Enjuiciamiento criminal establece las reglas de la competen-

cia en orden á las cuestiones prejudiciales. La de los Tribunales se extiende en materia penal á resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando aparezcan aquéllas tan íntimamente ligadas al hecho punible, que sea racionalmente imposible su separación. Exceptúase el caso de ser la cuestión prejudicial determinante de la culpabilidad ó de la inocencia, en cuyo supuesto el Tribunal suspenderá el procedimiento criminal hasta la resolución de dicha cuestión por quien corresponda; pero puede fijar un plazo máximo de dos meses para que las partes acudan al Juez ó Tribunal civil, ó contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado lo utilice, se alzará la suspensión y continuará el procedimiento criminal (artículos 3.º y 4.º).

Son de la competencia del Juez ó Tribunal que de ellas deba entender las cuestiones civiles prejudiciales referentes á la validez del matrimonio ó á la supresión del estado civil, y la decisión que en las mismas recaiga servirá de base á la del Tribunal de lo criminal. Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble ó á otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales hechos aparezcan fundados en un título auténtico ó en actos indubitados de posesión. El Tribunal se atemperará á las reglas del derecho civil ó administrativo en las cuestiones prejudiciales que sean de su competencia (artículos 5.º, 6.º y 7.º).

Separadamente de las cuestiones prejudiciales, dispone la misma ley en cuanto al ejercicio de la acción penal y de la civil procedentes del delito que el Fiscal las entablará simultáneamente, limitándose á la primera si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación ó indemnización. Los interesados pueden ejercitar ambas acciones junta ó separadamente, pero no la civil con separación de la penal hasta que ésta sea resuelta por sentencia firme, salvo lo dispuesto en los artículos 4.º, 5.º y 6.º Ejercitada la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, si el perjudicado no renuncia ó reserva ésta para después de terminado el juicio. Tratándose de delitos de los que sólo pueden perseguirse á virtud de querella particular, se considera extinguida la acción penal si sólo se ejercita la civil. Promovido juicio criminal por delito ó falta, no puede seguirse pleito sobre el mismo hecho, y se suspenderá el promovido hasta que recaiga sentencia firme en la causa, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de las cuestiones prejudiciales. La extinción de cada una de dichas acciones no produce la de la otra, salvo el caso, con relación á la penal, de que la extinción procede de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer (artículos 108, 111, 112, 114, 116 y 117).—*N. de la R.*

APÉNDICE DE LA PRIMERA SECCIÓN

Prueba testimonial en segundo grado.—Prueba de pública voz y fama.

SUMARIO: 239. Prueba testimonial en segundo grado.—240. Peligro de esta prueba.—241. Restricciones á que está sometida.—242. Prueba por fama pública.—243. Casos en que no es admisible esta prueba.—244. Forma en que se debe suministrar.—245. A qué condiciones puede someterse la prueba de la posesión inmemorial.—246. La prueba de pública voz y fama es de derecho común en materia de posesión de estado.—247. ¿Es admisible contra terceros?

239. Réstanos que tratar de la prueba testimonial en segundo

grado, es decir, de la que se dirige á acreditar, no ya el hecho alegado, sino solamente un primer testimonio, en una palabra, á probar la prueba misma; porque ocurre con sobrada frecuencia que no se perciban las declaraciones directamente, sino que sólo nos lleguen por el intermedio de otro testimonio.

240. Es evidente que la prueba se debilita á medida que se aleja de su origen. Quintiliano (*Inst. orat.*, lib. 5.°, cap. 7.°) rehusaba el nombre de testigos á los que declaraban solamente *de auditionibus: non enim ipsos esse testis sed injuratorum adferre voces*. Montaigne hace sobre este punto una observación que ha popularizado la fábula bien conocida de La Fontaine: «Los primeros, dice (lib. 3.°, cap. 2.°), como que vienen á referir su historia, conocen, por las oposiciones que se les hacen, donde está la dificultad de la persuasión, y van cerrando este hueco con alguna pieza falsa. El error particular constituye primeramente el error público, y á su vez, el error público forma el error particular. Así todo este edificio va vistiéndose y formándose de mano en mano, de suerte que el testigo más remoto está mejor informado que el más próximo, y el último informado se halla más persuadido que el primero.» Tal es el origen de estos adagios de Loysel, que no son más que la expresión de la razón y del buen sentido (*Inst. consuet.*, lib. 5.°, tít. 5.°, número 2.°): «Más crédito debe darse á un solo ojo que á dos oídos, de *audivi*.» Así, jamás se deberá recurrir á las pruebas de segundo grado, cuando pueden emplearse las de primero (1). Por eso el juez, cuando duda de la exactitud de los relatos que se han hecho sobre los indicios que puede presentar el estado de los parajes donde ha ocurrido el hecho, debe trasladarse él mismo á ellos. Asimismo, la ley prescribe en general atenerse al original de un acta ó escritura, mientras exista ésta original (*Cód. civil*, art. 1334). Igual regla debe aplicarse á los testigos. Solamente cuando han muerto los testigos directos ó se hallan en la imposibilidad de declarar, es permitido apelar á segundos testigos para reproducir la declaración de los primeros. Y además, esta misma circunstancia de no ser posible oir á los primeros, debe inducir al juez á examinar con cuidado si hay algún indicio de fraude; porque evidentemente, el que quiera calumniar sin exponerse á ser desenmascarado, no dejará de prestar un relato falso á una persona de quien no pueda temer que

(1) Esto es una de las aplicaciones del principio general sentado con razón por la jurisprudencia inglesa (Philipps, *on the Law of evidence*; part. 1.ª, lib. 1.°, capítulo 7.°, sec. 6.ª): siempre debe producirse la prueba mejor que permita la causa (*The best evidence of which the nature of the thing is capable*).

le desmienta. Será, pues, necesario, que sea doblemente digno de fe un testigo para que se pueda dar crédito á su declaración, cuando no se refiera más que á un oí decir; con mucha más razón será la prueba en extremo débil, cuando sea preciso recorrer una fila más ó menos complicada, para llegar al testimonio directo. Beccaria (*De los delitos y de las penas*, cap. 14) hace observar, con razón, que las pruebas no se fortalecen mutuamente sino cuando son independientes; pero cuando se levantan unas sobre otras, su número está muy lejos de aumentar su fuerza.

241. En otro tiempo, cuando se producía la convicción del juez por reglas formuladas *à priori*, se rechazaba pura y simplemente el testimonio *ex auditu alieno*. Según Pothier (*Oblig.*, núm. 821), si el testigo dijera «que lo sabe por haberlo oído decir á un tercero, no haría prueba su declaración». No obstante, podían admitirse en ciertos casos las declaraciones fundadas en haber oído decir, ó de oídas, cuando iban acompañadas de las siguientes condiciones: 1.ª, que el testigo supiera el hecho por las personas que estaban allí presentes; 2.ª, que nombrase estas personas: 3.ª, que estas personas fueran dignas de fe, y dos por lo menos; 4.ª, que hubiese imposibilidad de oirlas á ellas mismas (V. Merlín, *Repertorio*, palabra *Prueba*, secc. 2.ª, § 3.º, art. 2.º, núm. 8.º).

El derecho común inglés (*common law*) va más adelante, puesto que proscribe en principio todo testimonio de oídas (*hearsay*), bien se dé este testimonio oralmente ó se consigne por escrito (1). «La debilidad intrínseca de este medio de prueba, dice M. Greenleaf (tomo 1.º, pág. 129); su insuficiencia para convencernos de la existencia del hecho, y los fraudes á que se presta, concurren para hacer prevalecer el principio de que la prueba de oídas es completamente inadmisible.» Pero hubiera sido muy embarazoso explicar este principio de un modo absoluto; así es que la práctica inglesa y americana han restringido singularmente su alcance (Philipps., parte 1.ª, lib. 1.º, cap. 7.º, sec. 7.ª: M. Greenleaf, t. 1.º, part. 2.ª, caps. 5.º al 10). En primer lugar, estas prácticas autorizan la prueba, siempre que el objeto mismo de la controversia se dirige sobre disposiciones transitorias transmitidas por terceros, como en el caso de posesión de estado, y en general, de notoriedad pública, puesto que el objeto de la información, nos dice M. Green-

(1) Esta prohibición se encuentra también en el procedimiento austriaco (M. Gennari, *Teoria delle prove*, pág. 231.) * y en el procedimiento alemán (*Civil prozess* de L. v. Bar. en la *Encielopedia* de Holzendorff, p. 771.) *

leaf (t. 1.º, pág. 131), es precisamente el concurso de opiniones sobre el mismo hecho *(The subject of inquiry being the concurrence of many voices to the same fact)*. Además, constituye una excepción á la regla, cuando se trata de la declaración de los moribundos, de lo que es de interés público, de una antigua posesión, etc. (1). En Escocia se admite el testimonio en segundo grado, con la condición de no existir el testigo directo y de que hubiera sido legalmente admisible su declaración.

Nuestra legislación moderna no permite ninguna restricción de esta naturaleza en cuanto á la admisibilidad de la prueba testimonial. Solamente puede admitir el juez las condiciones que imponía la antigua doctrina, y que impone aún la práctica escocesa al testimonio de segundo grado, como datos de razón y de experiencia. Sobre este punto, como en todo lo concerniente á la apreciación de los testimonios, según veremos más adelante, es imposible trazar anticipadamente reglas fijas. ¿Cómo determinar *à priori* el punto exacto en que comienza la verdad ó en que termina el error? En los casos en que se admite la prueba testimonial pueden evidentemente los testigos declarar *ex auditu proprio aut alieno*, quedando salvo al juez apreciar, en cuanto lo crea razonable, los testimonios de segundo y de tercer grado, etc. Pero si desde el principio no se apoyan los hechos sobre que una parte solicita hacer prueba más que en testimonio de oídas, no deberán los jueces, en general, declarar ésta no admisible. Así, una sentencia denegatoria de 12 de Enero de 1856 autoriza á la jurisdicción criminal para negarse á oir por citación del Ministerio público á un testigo que acude á declarar solamente de oídas, cuando está terminada la instrucción.

242. Solamente en casos excepcionales autoriza el legislador la prueba por *pública voz y fama*. Nada más vago ni más arbitrario que una prueba en la cual se consulta la opinión pública para preguntarle lo que piensa de tal ó cual hecho, sin haber obligación de comprobar este peligroso testimonio por medio de una prueba directa. Así es que no se la admite sino como un recurso extremo

---

(1) * Cpr. *Acta de 5 de Agosto de 1873 para el establecimiento de un Tribunal Supremo de Justicia en la Gran Bretaña*, traducción y notas de M. Alex-Ribot en el *Anuario de legislación extranjera*, 1874, pág. 9. El art. 38 de las reglas del procedimiento (anejo) dice: «Los *affidavits* no referirán nada fuera de lo que el testigo pueda afirmar como adquirido por su conocimiento personal: cuando se trata de una demanda interlocutoria, el testigo, sin embargo, puede dar su parecer é indicar en qué razones se funda. *

en favor de personas cuyos intereses se hallan completamente á merced de otro. Las partes á quienes concede la ley esta importante prerrogativa son: la mujer casada ó sus herederos, siempre que por no haber hecho inventario el marido de los bienes que le han tocado su falta pueda comprometer sus intereses (*Cod. civil*, arts. 1415 y 1504; y los herederos del cónyuge premuerto, cuando el sobreviviente no ha hecho inventario de los bienes de la sociedad legal (1), (Ibid., art. 1442). Es verdad, que si son mayores de edad los herederos, se puede decir que deben imputarse á sí mismos el no haber velado por la defensa de sus intereses, y merecerían que se les rehusase una facultad tan exorbitante, puesto que podían prevenir toda dificultad, provocando la confección del inventario; pero limitar la aplicación del art. 1442 del Código á los herederos menores, como lo hizo el tribunal de Caen el 4 de Enero de 1840, es separarse del texto general de la ley y de la intención del legislador, tal como resulta de los trabajos preparatorios del Código. Debe, pues, concederse, como ha hecho el mismo tribunal el 19 de Enero de 1832, la misma latitud á todos los herederos, á fin de no poner sus intereses á merced del cónyuge sobreviviente, salvo el caso en que los herederos mayores y presentes hubiesen declarado que ellos mismos se oponían á la confección del inventario (Caen, 19 de Nov. de 1871). Por otra parte, se cree generalmente que es necesario por identidad de razón, extender la disposición del artículo 1442, á todos los casos en que la negligencia de un tutor ú otro administrador legal pone á los menores ó á los que sufran interdicción, en la imposibilidad de procurarse una prueba en forma de sus derechos. Por todas partes concede la ley un favor, al menos igual al que concede á las mujeres casadas, y no habría exceso de severidad contra un administrador que por su dolo ó culpa lata se ha puesto fuera de estado de presentar justificación alguna en forma bastante para librarse de su responsabilidad; y en general, siempre que se trata de consignar un fraude se admite este medio de prueba (V. la sentencia de 19 de Diciembre de 1842, así como el informe de M. Hardoin).

Pero entiéndase bien que el tribunal tiene siempre un poder discrecional para rechazar este medio de prueba, como la prueba

(1) Una sentencia de la Audiencia de Lyon, anulada el 5 de Marzo de 1855, dedujo de la falta de inventario la violenta consecuencia de que el cónyuge sobreviviente debe representar todos los valores enunciados en el contrato de matrimonio, sin que los herederos del otro cónyuge tuvieran que hacer ninguna prueba, aun por pública voz y fama.

por testigos en general, si no le parecen verosímiles los hechos articulados (Sents. denegs. de 26 de Junio de 1823 y de 19 de Diciembre de 1842).

243. No debe extenderse la prueba por común fama á los casos en que fuera permitido procurarse una prueba más formal. Por eso el tribunal de Bourges ha juzgado con razón el 27 de Julio de 1825, que no debía admitirse justificar de esta suerte una sociedad tácita que había existido de antiguo entre dos hermanos. De que se permita hacer oir á testigos para probar sociedades de esta naturaleza, que no estaba en uso probar por escrito, no se sigue en manera alguna que se deba admitir testigos que declaren por rumores vagos, sin tener conocimiento alguno personal de los hechos (V. también Douai 13 de Enero de 1865). Con más razón se debe rechazar esta prueba en los casos en que exige el texto de la ley una prueba por escrito. Así, en la comunidad reducida á los gananciales, exigiendo la ley que los muebles que existían al contraer matrimonio consten por inventario ó estado formal (*Cód. civil*, art. 1499), no se puede sostener en el día que se pueda admitir á los esposos á justificar lo que aportaron aun por común fama, como estaban autorizados antiguamente. Si se autoriza á la mujer ó á sus herederos á probar de esta manera el valor que ha tocado á la mujer durante el matrimonio, y de que no hizo el marido extender inventario (1) (Ibid., art. 1415), es porque entonces se encuentra precisamente en uno de esos casos excepcionales en que sería preciso proteger los intereses de la mujer; antes del matrimonio, por el contrario, se hallan igualmente defendidos los intereses de ambos esposos, y es indispensable una prueba en forma. Conviene, no obstante, distinguir la posición de la mujer ó de sus herederos respecto de un tercero, ó bien del otro cónyuge ó de sus herederos. Con relación á los terceros, especialmente á los acreedores del marido, se aplica la ley en todo su rigor, y la mujer no puede suplir, ni aun por medio de la prueba testimonial ordinaria, la falta de inventario ó de estado formal (Poitiers, 6 de Mayo de 1836; sent. deneg. de 19 de Junio de 1855; * Dijon, 14 de Agosto de 1872 *) (2). En las relaciones de los esposos entre sí, por el con-

(1) Si el marido ha hecho formar un inventario incompleto, la jurisprudencia tiende á admitir (Den. 28 de Nov. de 1866) por idénticos motivos, la prueba por fama notoria en provecho de la mujer.

(2) * Sin embargo, la jurisprudencia permite á la mujer que afirme para con los acreedores de su marido, que sus muebles son propios de ella: que no se han inventariado cuando se ha limitado á pedir compensación. Si reivindicase, no po-

trario, aun cuando sea el marido quien reclama, según la doctrina de una sentencia denegatoria de 3 de Agosto de 1831 y otra del tribunal de Orleans de 24 de Febrero de 1860, no es absolutamente indispensable un inventario ó estado formal; pero de esto á la admisión de la prueba por común fama hay gran distancia. Durante el mismo matrimonio (1), si no se tratase de una donación ó de una sucesión en favor de la mujer, sino que ésta alegara solamente que el marido había recibido valores muebles pertenecientes á la misma, no tendrían fundamento suficiente los tribunales para ordenar esta prueba excepcional.

244. Aun cuando se produzca la prueba testimonial por vía de común fama, no por eso se halla menos sometida á las formalidades ordinarias de las informaciones; así, el Tribunal de Casación anuló el 17 de Enero de 1838 una sentencia por la que se había delegado á dos notarios la práctica de la prueba por común fama. En el fondo, esta prueba no es más que una variación de la prueba por testigos, y en una legislación como la nuestra que no rechaza la prueba testimonial en segundo grado, no hay más que una diferencia entre la información ordinaria y la información que se funda en la fama común (*En el mismo sentido, Douai, 13 de Abril de 1884)*.

245. La posesión inmemorial, admitida en otro tiempo en ciertas costumbres, especialmente como medio de probar la existencia de las servidumbres, no se fundaba únicamente, como se imagina de ordinario, en la fama común. Era necesario, según una sentencia del Parlamento de Tolosa de 3 de Julio de 1715, que resume la antigua doctrina sobre este punto, que declarasen los testigos haber tenido personalmente conocimiento de los hechos de posesión, durante cuarenta años *de visu*, y haber oído á sus antepasados que éstos habían sido igualmente testigos. Como era preciso tener catorce años para que se reputara haber tenido formalmente conocimiento de los hechos, se sigue que en una información sobre posesión inmemorial no es admisible un testigo sino de edad de cincuenta y cuatro años. En su consecuencia, muchos tribunales (Agen. 8 de Enero de 1833, Pau 15 de Marzo de 1834) han decidido que, en los casos en que el Código civil permite acreditar de

---

día oponer á los acreedores más que el inventario ó estado auténtico (V. Dijon, 17 de Julio de 1874). *

(1) * Por los términos de una sentencia de la Audiencia de Burdeos del 26 de Enero de 1874, la mujer no puede probar por la voz pública la existencia de los regalos manuales que ella ha recibido. *Contrá*, Douai, 11 de Abril de 1884. *

esta manera la existencia de antiguas servidumbres (*Cód. civil*, artículo 691), es preciso por lo común que los testigos á quienes se oye sean ya de edad de cincuenta y cuatro años, cuando se promulgó este Código. La prueba de la posesión inmemorial así entendida merece más que nunca el nombre de *piscatio anguillarum* que le habían dado los antiguos doctores. Sin embargo, la doctrina del Parlamento de Tolosa, reproducida por estas sentencias, nos parece un vestigio del antiguo sistema de las pruebas legales. ¿Por qué exigir que hayan tenido los testigos conocimiento personalmente de los hechos durante cuarenta años? ¿por qué también exigir que se hayan informado personalmente de ellos, si existe tradición constante? Labeon estaba en lo cierto, cuando decía, sobre tal materia: *Nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint* (l. 2.°, § 8.° D. *de aqu. et aqu. pluv. arc.*; l. 28, ibid., *de probat.*). Exigir de los testigos que hayan tenido conocimiento personal de los hechos de posesión cuando se promulgó el Código, sería hoy exigir un imposible, y el legislador no ha tenido intención de destruir derechos legalmente existentes, prohibiendo que se prueben. Aun bajo el régimen del mismo derecho común inglés, que no admite en principio la prueba tradicional (*traditionary evidence*), la necesidad ha obligado á la práctica americana á recurrir á esta vía para establecer los límites de las propiedades privadas, que era imposible justificar de otro modo (1) (Greenleaf, tomo 1.°, pág. 192, not. 1.ª); con más razón, bajo el régimen de una ley como la nuestra, que no pone restricción alguna, debe dejarse al juez toda latitud para la prueba de la posesión inmemorial. Así, el Tribunal de Casación ha decidido justamente (Sents. denegs. de 9 de Nov. de 1826 y de 20 de Nov. de 1837 y 1.° de Julio de 1839) que la inobservancia de las reglas del antiguo derecho no puede dar lugar á la casación (2).

246. Una prueba por común fama, que no es absolutamente exagerada, es la prueba de la misma opinión pública, especialmente en las cuestiones de posesión de estado, donde se investiga, por ejemplo (*Cód. civil*, art. 321), si un hijo ha sido reconocido cons-

(1) El origen enteramente particular de la propiedad en los Estados Unidos no permite en muchas circunstancias acreditar su existencia por escrito.

(2) Si puede consignarse la fama común por una tradición oral, con más razón se puede probar por documentos judiciales. Por eso ha considerado una sentencia de 7 de Marzo de 1854 como título insuficiente en favor del común de Soillans, para justificar un derecho inmemorial de libre pasto, las sentencias del Parlamento de Aix de 24 de Marzo de 1699 y de 7 de Julio de 1773, aunque no se habían dado entre las partes que litigaban á la sazón.

tantemente como legítimo entre las gentes. Es claro que entonces no pueden declarar los testigos sino sobre la opinión pública, puesto que la cuestión principal versa precisamente sobre este punto, siendo el objeto de la información, como dicen los jurisconsultos ingleses (núm. 241), conocer la convergencia de las opiniones sobre el mismo hecho.

247. Finalmente, en los casos en que se admite excepcionalmente la prueba por común fama, llega á ser, en tesis general, un medio tan legal como otro cualquiera, y cuyo alcance sería arbitrario restringir. Es preciso, pues, reconocer con el tribunal de Burdeos (Sent. del 20 de Junio de 1826), que la prueba por común fama tiene efecto, no solamente con relación al administrador que descuidó hacer inventario, ó á sus herederos, sino también respecto de los terceros. Sin embargo, ya hemos visto (núm. 243) que á veces hay más severidad para la prueba en lo que toca á un tercero interesado que en las relaciones de los esposos, cuando se trata de acreditar la importancia de sus derechos.

*** Según la ley 28, tít. 16, Part. 3.ª, el testimonio de oídas que se funda en el dicho de un tercero, á que se refiere M. Bonnier en el núm. 239 y siguientes, no tiene fuerza ni hace prueba en juicio, porque el testigo no sabe por sí mismo lo que dice; así es que, según la ley 29, tít. 16, Part. 3.ª, sólo tiene fuerza sobre sucesos y otras cosas antiguas sobre que los testigos oyeron á sus mayores y éstos á los suyos, ó en causas de difícil probanza y cuando se trata de probar la común fama.

La fama pública como medio de prueba, de que trata M. Bonnier en el número 242, se halla admitida en nuestras antiguas leyes (V. las 8.ª y 14, tít. 14, Partida 3.ª). Para que sirva de prueba se requiere: 1.°, que se derive de personas ciertas, graves, honestas, fidedignas y desinteresadas, no debiendo tomarse en consideración la que nace de personas maléficas, sospechosas ó interesadas en ella; 2.°, que se funde en causas probables; 3.°, que se refiera á tiempo anterior al pleito, pues de lo contrario tiene contra sí la presunción de que se originó con motivo de éste y que su motor la esparció; 4.°, que sea uniforme, constante é inconcusa, de modo que una fama no se destruya por otra fama.

Reuniendo estas circunstancias, la fama pública produce por lo regular semiplena probanza en los negocios civiles, debiendo apreciar siempre el juez las circunstancias de éstos y demás motivos especiales que pudieron desvirtuar ó afirmar aquélla.

Según sientan los autores, en los casos en que se trate de cosas muy antiguas que exceden la memoria de los hombres, ó de cosas de poco perjuicio, ó de difícil prueba, ó de evitar un escándalo, puede llegar á constituir la fama pública prueba completa en los negocios civiles, si concurre con otras circunstancias y presunciones dignas de algún crédito y atención. Así opinan Mascardo, Paz, Jordán, Engel y otros; pero aun en estos casos, debe dársele rara vez fuerza de prueba plena, por lo fácil que es formarse sin fundamento razonable.

Para constituir prueba cuando se trate de la muerte de un ausente cuyo paradero se ignore, se requieren las circunstancias siguientes: 1.ª, corroboración con otras presunciones y datos, como su generalidad, la larga distancia del punto donde se supone el fallecimiento, la ausencia por más de diez años del que se supone muerto; que se pruebe que su fallecimiento era fama pública entre todos los de aquel lugar. (V. la ley 14, tít. 14, Part. 3.ª)

En las causas criminales la fama pública no constituye ni aun semiplena prueba para el efecto de imponer la pena que marca la ley, porque en estas causas la prueba debe ser clara, concluyente é indubitada, y no se debe condenar á nadie por sospechas. (Véase la ley 12, tít. 14, Part. 3.ª; véase también la nota al núm. 52 de esta obra.)

Respecto de la posesión inmemorial á que se refiere M. Bonnier en el núm. 245 como medio de prueba, la admite también nuestro derecho. Esta posesión puede alegarse para adquirir todo lo que no es imprescriptible, pues hace veces de título á falta de éste, si se perdió sin culpa del que produce esta prueba. También exige nuestro derecho la posesión inmemorial para probar la constitución de las servidumbres discontinuas (V. la ley 15, tít. 31, Part. 3.ª). Para probar la posesión inmemorial respecto de los mayorazgos y señoríos y jurisdicciones civiles y criminales de las ciudades, villas y lugares se requería por nuestras leyes la presentación de testigos que dijeran que así lo vieron ellos por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, quienes también lo habían visto y oído sin cosa en contrario, siendo tal la pública voz y fama y común opinión entre los vecinos y moradores de aquella tierra (V. las leyes 1.ª, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Recop., y la 7.ª, tít. 29, Part. 3.ª). Mas respecto de los demás asuntos, sientan los autores no ser necesario ni estar admitido en la práctica el que digan los testigos que así lo oyeron á sus mayores y ancianos (V. Acev. en la ley 1.ª, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recop.). No se exigen, pues, por nuestro derecho estas circunstancias ni á las que se refiere M. Bonnier en el núm. 245 citado en la prueba por posesión inmemorial de las servidumbres discontinuas.—*N. del T.*

*** Encomendada por la ley de Enjuiciamiento criminal (art. 741) á la conciencia del Tribunal la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio y disponiendo el art. 659 de la de Enjuiciamiento civil, confirmado por el 1248 del Código que, en cuanto á la prueba testifical, aquella apreciación ha de hacerse conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado los testigos y las circunstancias que en éstos concurran, en la conciencia ilustrada por las reglas de la sana crítica ha de aquilatarse la eficacia de las declaraciones de los testigos presenciales ó de referencia y la de la fama pública, que en todo caso por testigos ha de ser declarada y manifiesta.—*N. de la R.*

SECCIÓN SEGUNDA

Modo de practicarse la prueba testimonial.

SUMARIO: 248. Distinción entre el procedimiento civil y el criminal.—249. ¿Es fundada esta distinción?—250. División.

248. Después de haber visto cuándo se admite la prueba testimonial por nuestras leyes, debemos examinar cómo se produce esta prueba en la práctica. El examen de testigos, que estaba libre de toda especie de formas en la legislación romana, fué recargado por la antigua jurisprudencia con una multitud de trabas facticias. En esta materia, el sistema de las pruebas legales, cuya peligrosa propensión hemos señalado, ha recibido aplicaciones muy singulares. Ya veremos que no subsisten en el día más que algunos vestigios del sistema que tasaba los testimonios en vez de someterlos á la conciencia del juez. Pero otra práctica, que se refería hasta

cierto punto á este sistema, á saber, la falta de la publicidad de las informaciones, se ha sostenido entre nosotros en las materias civiles ordinarias, mientras que en lo criminal se ha establecido la publicidad.

La producción secreta de la prueba testimonial se introdujo en la Edad Media tan sólo lentamente y á consecuencia de circunstancias particulares. Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, libro 28, cap. 34) piensa que la reacción contra el combate judicial, que era esencialmente público, ocasionó el secreto de las informaciones para proteger á los testigos contra las provocaciones de las partes. La necesidad de delegar las funciones del tribunal á un comisario, en caso de hallarse distantes los testigos (núm. 251), la institución de la apelación que contribuyó á fortificar el hábito de juzgar en vista de los documentos, atendiendo á los méritos del proceso, deben figurar igualmente entre las causas de este memorable cambio en las costumbres judiciales. El ejemplo de los tribunales eclesiásticos, que renunciaron mucho antes á la publicidad, parece haber influído también en los hábitos de nuestros jueces, especialmente durante la residencia de los Papas en Avignón (1). Como quiera que sea, sólo en tiempo de Francisco I, en 1539, se estableció completamente el principio del secreto de la información testifical sobre toda clase de materias. Y como se quería á toda costa en aquella época apoyar en las leyes romanas las doctrinas más extrañas á las ideas de los jurisconsultos romanos, se pretendió volver á encontrar el secreto de las informaciones en una constitución de Zenón (l. 14, *Cód de testib.*). Pero las expresiones *judicantis intrare secretum*, que emplea el emperador, se refieren solamente al local separado donde está el juez, y de ningún modo á un procedimiento oculto de que no hay rastro alguno, aun en el Bajo Imperio (V. Nov. 90, cap. 9.º).

Este estado de cosas fué probablemente útil en su origen. La introducción de un procedimiento técnico y de sus sutiles formas propendía á alejar de la administración de justicia á los hombres

(1) En Inglaterra se ha producido siempre la prueba testimonial, oral y públicamente, á no ser en los tribunales de equidad, donde por tradición de los usos canónicos se preguntaba á los testigos y respondían éstos por medio de escrito, hasta un estatuto reciente (Stats. 15 y 16, Vict., cap. 86) que sometió al derecho común el examen de los testigos. * Cpr. acta de 5 de Agosto de 1873, art. 36 de las reglas de procedimiento (anejo) «A falta de un acuerdo entre las partes y bajo reserva de los reglamentos que se aplican á ciertos casos particulares, se oirán en público á los testigos» V. nota 2.ª de M. Ribot, *Anuario de legislación extranjera*, 1874, p. 64. *

de espada para concentrarla en manos de los hombres de ley ó legistas. Pero los inconvenientes del nuevo método subsistieron largo tiempo después que cesó su utilidad. Las ordenanzas de 1667 y de 1670 conservaron el secreto tanto en lo civil como en lo criminal. Había, no obstante, la diferencia esencial entre las dos jurisdicciones, que en materia civil había secreto en el solo sentido de que los testigos no declarasen en la audiencia, mientras que en materia criminal estaba expresamente prohibido á los escribanos comunicar las informaciones (Ord. de 1670, tít. 6.°, art. 15). Por último, la Asamblea constituyente decidió por la ley de 29 de Septiembre de 1791 que en materia criminal se oyera á los testigos en la audiencia. El 7 de fructidor, año III, dió la Convención un decreto que introdujo la misma innovación en materia civil. Desgraciadamente este decreto se contentó con sentar el principio, sin establecer reglas fijas para ejecutarlo, y se originó una gran confusión en las informaciones. Así, por sentencia consular de 18 de fructidor del año VIII, se volvió pura y simplemente á la ordenanza de 1667. El Código de procedimiento, aunque con bastantes importantes modificaciones, se atuvo igualmente al sistema de la información sin publicidad. Por el contrario, ante los tribunales criminales jamás cesó desde 1791 el examen público de los testigos.

249. ¿Hay razones fundadas para establecer entre ambas jurisdicciones una línea de demarcación tan señalada? Es bastante difícil justificar, en principio, esta distinción. Hásela combatido, no solamente por teóricos á veces sospechosos de tener demasiado atrevimiento, tales como Bentham, sino también por Boncenne, siempre tan preocupado de lo que requiere la práctica; por Boitard, este espíritu tan sabio y tan elevado á un tiempo mismo; más recientemente aún, un eminente consejero del Tribunal de Casación, M. Lavielle, vino á unir á las reclamaciones de la doctrina la autoridad de su experiencia (1) (*Estudios sobre la administración de la justicia civil, Revista crítica*, t. 12, págs. 318 y sigs.). Las ventajas que ofrece la publicidad, ya por permitir al juez averiguar la verdad observando el acento de los testigos y la expresión de sus rostros y todo su continente (2), ya para garantizar

(1) «Las informaciones, dice M. Lavielle, son el instrumento escrito de la prueba testimonial, instrumento complicado, imperfecto, ligero, frágil, caro.»

(2) Este es el sentido en que decía Adriano (l. 3, §. 3, Dig. *de testib.*): *Testibus se non testimonis crediturum.* Es tan necesario, dice M. Lavielle, *ver la información como oirla.* Esto es lo que los jurisconsultos alemanes llaman el principio del examen inmediato (*unmittelbarkeit*).

la veracidad de los testigos con la comprobación de un auditorio que puede con frecuencia desmentirlos, son absolutamente los mismos en una y en otra hipótesis. Las censuras que se han dirigido al sistema de la ley de 7 de fructidor, año III, por el orador del Tribunado, cuando se presentó el Código de procedimiento al Cuerpo legislativo, se reducen á tres: el temor de que se vean intimidados los testigos con el aparato de la audiencia; el temor de disgustos ó altercados que puedan comprometer la dignidad del tribunal; finalmente, el inconveniente de ocupar á todo un tribunal y no á un solo juez. Las dos primeras objeciones prueban demasiado, porque propenden á hacer creer que la publicidad es sumamente peligrosa en lo criminal, donde conviene más que los testigos se hallen al abrigo de amenazas, y en que las pasiones cuya explosión se teme se hallan más vivamente sobreexcitadas. Y no obstante, la experiencia ha hecho justicia sobre estos temores, que se han realizado varias veces, en los casos en que se ha suministrado en la audiencia la prueba testimonial. La tercer crítica es más grave, bajo el punto de vista práctico. La necesidad de emplear tres jueces en vez de uno solo para el mismo servicio, podría embarazar bastante á muchos tribunales ya sobrecargados de negocios. Es verdad que se responde á esta objeción, que entonces la ley se contradice á sí misma, puesto que prescribe la audiencia pública de los testigos en materia sumaria. Pero, ¿quién no ve, que cuando se trata de un pequeño número de testigos, es más fácil oirles en seguida que enviarles ante un juez comisario para tomar después conocimiento de las diligencias de examen, mientras que si el examen ó información ha de ser muy larga, la remisión al juez comisario hará ganar al tribunal un tiempo considerable? No hay duda que el procedimiento escrito ofrece también dilaciones por razón de las nulidades que pueden invocarse contra él; pero estos incidentes, que en último resultado son eventuales, ¿absorben ni aun la mitad del tiempo que sería necesario para el examen público de los testigos? Lo dudamos. La experiencia del Cantón de Ginebra, en que se ha restablecido la publicidad de la información en lo civil por la ley de procedimiento de 1819, no puede ser decisiva para nosotros. En efecto, según la exposición de los motivos de M. Bellot, el término medio de las informaciones que se practicaban en el tribunal civil de Ginebra, no pasaba de cinco por año, y donde era tan ligera la carga, no ha podido ser el recargo muy sensible. Por nuestra parte, nos inclinaríamos á creer, no que el examen público no vale más que el examen secreto, sino que no puede improvisarse un cambio

de legislación sobre esta materia, y que debe combinarse con una modificación de la organización judicial que la adaptase á esta importante reforma. El código de procedimiento italiano (art. 248) deja al tribunal la facultad de quedarse con los informes ó de enviarlos á un juez comisario. Este es también el sistema que hemos adoptado nosotros con el proyecto de reforma del Código de procedimiento (art. 218).

* El nuevo código de procedimiento civil de Portugal de 1877 manda que se haga la indagatoria durante la sesión, y deja á los abogados el trabajo de interrogar á los testigos, aun cuando manda al juez que haga provisionalmente las preguntas que le parezcan oportunas (V. art. 273). Tantos inconvenientes ha traído en la práctica semejante procedimiento, que cierto autor escribió: «que con tal sistema, en la mayor parte de los casos, la prueba testifical es la prueba menos útil de todas (V. *Commentario ao Codigo do processo civil portuguez,* por Eduardo Alvez de Sa, págs. 186 y siguientes. *

250. Entrando ahora en los pormenores de la legislación actual, ocupémonos primeramente del examen de los testigos en las materias civiles ordinarias, donde se han seguido más los procedimientos de la antigua jurisprudencia. Después hablaremos del examen oral, primeramente respecto de las materias civiles, y luego de las criminales.

*** El art. 570 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que toda diligencia de prueba, inclusa la de testigos, se practicará en audiencia pública y previa citación de las partes, pudiendo concurrir los litigantes y sus defensores. Los testigos serán examinados separada y sucesivamente; los que vayan declarando no se comunicarán con los otros, ni éstos podrán presenciar las declaraciones de aquéllos (art. 646).

Según la ley de Enjuiciamiento criminal, las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral. Los jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal. El querellante podrá intervenir en todas las diligencias sumariales: sin embargo, si el delito fuese público, podrá el juez declarar secreto el sumario para el querellante. Los testigos declararán separada y secretamente á presencia del juez instructor y del hereditario (artículos 301, 306, 316 y 435).—*(N. de la R.)*

PRIMERA FORMA DE EXAMEN

Examen ó información escrita.

(Materias civiles ordinarias.)

SUMARIO: 251. Origen de nuestras informaciones.—252. Curso que seguiremos en el estudio de la información.

251. La delegación de ciertos magistrados para ir á tomar las declaraciones, delegación motivada en su origen por la distancia á

que se hallaban los testigos, es muy antigua en nuestra práctica francesa: «Las clases de gentes, dice Beaumanoir (cap. 40), que comisionadas para oir á los testigos, se llaman *oidores*, porque deben oir lo que dicen los testigos, y hacer escribir sus dichos, y sellarlos con su sello y traer los dichos de los testigos escritos y sellados al juicio ante los jueces á quienes corresponde decidir la querella». Hallamos en efecto, en los *Olim* (1) que consignan las decisiones del Parlamento de París, desde la época de San Luis, un considerable número de sentencias dadas á consecuencia de las informaciones (V. los curiosos pormenores que da el conde de Beugnot sobre las informaciones más antiguas en la nota primera de su trabajo sobre los *Olim)*. También tenemos muchas informaciones originales que se remontan al tiempo de Felipe Augusto (V. estos textos al final de la nota citada). Los oidores ó examinadores procedían en un principio públicamente (2), es decir, en presencia de los interesados. Pero en breve se introdujo el uso de hacer solamente asistir á las partes al juramento de los testigos para que pudiesen proponer sus tachas. Después de terminado el examen, se procedía á la comunicación *(peuplement)* del examen ó información. Tal fué la marcha que estuvo en vigor en el procedimiento civil, en el cual se notificaba la información y después se debatía en la audiencia. En el procedimiento criminal se fué todavía más adelante; habiendo hecho el sistema que se generalizó en 1539, desaparecer la publicidad misma de la audiencia, la *información*, es decir, el examen de los testigos llegó á ser enteramente secreto. En toda materia la delegación de la información, acostumbrando á los tribunales á juzgar según las actuaciones, contribuyó poderosamente á transformar el procedimiento. Estableciéronse en los Parlamentos salas especiales, conocidas con el nombre de *salas de examen*, para decidir los negocios en que había lugar á la prueba por medio de testigos: *Pro audiendis et decidendis inquiestis*, dice una ordenanza de 1291, *sedeant quatuor personæ de consilio*. La forma del examen por escrito se hallaba arreglada en la antigua jurisprudencia por la ordenanza de 1667. Vamos á ver que la marcha seguida por esta ordenanza, ya preferible á la del derecho anterior, ha sido notablemente mejorada por el Código de procedimiento civil.

(1) Llamábanse así los registros del Parlamento.—*(N. del T.)*

(2) La *inquisición*, especie de información especial *(inquisitio)*, era también pública en su origen. El Papa Bonifacio VIII fué quien introdujo en ella el secreto, bajo pretexto del peligro que podían correr los testigos.

252. Dirijamos desde luego una ojeada sobre el conjunto de la información. En seguida nos preguntaremos con qué sanciones ha garantizado la ley la asistencia y la veracidad de los testigos; después, cuáles son las personas cuya declaración se rechaza de un modo más ó menos absoluto; terminando con la apreciación de los testimonios y el examen de la influencia de la información sobre la decisión definitiva.

§ I. Curso general de la información ó examen de testigos.

SUMARIO: 253. La información encerrada en plazos rigurosos.—254. Admisibilidad de la información de *examen para lo futuro*. - 255. De las acciones *provocatorias* en general.—256. Articulación de los hechos.—257. Admisión de la información ó examen y de la contrainformación ó contraexamen.—258. Términos ó plazos para principiar la información.—259. Remisión al procedimiento para las nulidades.—260. Sistema del Código de procedimiento sobre los plazos de la información, comparado al de la ordenanza.—261. Admisión de las partes. —262. Vicio en el modo de citarse á los testigos.—263. Facultad para volver á comenzar la información.

253. La misma desconfianza que ha hecho restringir singularmente la admisibilidad de la prueba testimonial, ha inducido al legislador á imponer á las informaciones formalidades rigurosas, cuya inobservancia ocasiona la nulidad. Parece que, aun en los casos en que se ha recibido la prueba en materia civil, se quiere encerrarla en una especie de círculo de Popilio, fuera del cual le está prohibido moverse. ¿Alcanza este rigor el objeto que se ha propuesto la ley? Esto es lo que examinaremos en breve, cuando tengamos elementos suficientes para poder pronunciarnos con conocimiento de causa.

254. ¿Cuándo puede ordenarse una información? ¿Es preciso suponer necesariamente un procedimiento ya comenzado, del que fuera un incidente la información, según los términos del art. 252 del Código de procedimientos que prescribe que se articulen los hechos por un simple escrito de conclusión de procurador á procurador? ¿O bien debe decirse que este artículo establece solamente *de eo quod plerumque fit*, y admitir las informaciones *in futurum*, abolidas por la ordenanza de 1667? (tít. 13, art. 1.º). No es dudoso, de hecho, que estas informaciones pueden ofrecer utilidad, puesto que puede temerse el hallarse privado, al vencer la obligación, de un testigo esencial, si es de edad, está enfermo, ó se halla dispuesto á emprender un viaje. La parte que pide se practique á su costa una información que en breve sería imposible, tiene mucho á su favor, y la oposición de la parte contraria en semejante

circunstancia se asemeja mucho á la mala fe (1). Este procedimiento se tomó por el derecho canónico de un texto de Ulpiano (l. 9.°, § 5.°, Digesto *De Carbon. edict.)*, donde decide, que la aplicación del edicto Carboniano, que remitía á la época de la pubertad de un niño el juicio de las cuestiones de estado concernientes á éste, debe cesar, cuando hay justo motivo para temer que lleguen á faltar los testigos; *aut stulti aut iniqui prætoris erit rem differre* (V. también Paulo, l. 40 Dig. *Ad leg. Aquil.)*. ¿Qué motivo indujo, pues, á los redactores de la ordenanza de 1667 á abolir las informaciones? El abuso que de ellas se había hecho en la práctica. No hay duda que nuestros antiguos jurisconsultos habían sentado como principio, que la información ó *examen para lo futuro* debía, como cualquier otra, verificarse contradictoriamente. *Etiam si testes*, dice Mascardo *(De probat.*, concl. 1382, núm. 3), *extraordinarie examinarentur, veluti ad æternam rei memoriam, adhuc parte citata deponere debent*. Pero esta regla era mal observada. Obteníase de la cancillería, á la simple alegación de la enfermedad ó del próximo viaje, de un testigo importante, el permiso de hacer una información de esta clase sin comunicarlo á la parte contraria, y cuando se había terminado, recobraba la salud el testigo moribundo, ó el que proyectaba el viaje renunciaba á dejar su país. Estos abusos parecieron tan inveterados en el siglo XVII, que se desesperó de corregirlos, y se prefirió suprimir la institución. En el día no pueden casi reproducirse tales abusos. La cancillería no tiene ya poder para ordenar por su propia autoridad la producción de una prueba que no se hubiera permitido por los tribunales, de suerte que nunca se procederá sino con conocimiento de causa. Las formalidades de la información exigen que ésta se comunique á la otra parte. Su prohibición no tendrá, pues, hoy motivo formal; por otra parte, la abrogación pronunciada por la ordenanza no se reproduce por el código de procedimiento, que no suministra en favor de la prohibición más que un argumento *à contrario*. Con razón, pues, los tribunales de Nimes (Sents. de 6 de Enero y 29 de Marzo de 1808), y de Rennes (Sent. de 31 de Diciembre de 1809) han validado, por causa de urgencia, la ejecución provisional de una información mandada en primera instancia, no obstante que se apelara, fuera de los casos en que se autoriza esta ejecución. El tribunal de Besançon (31 de Agosto de 1844) ha autorizado un juicio pericial y una información

(1) Entiéndase bien, que los gastos de la información son de cuenta del que la provoca, según ha juzgado el tribunal de Besançon, el 31 de Agosto de 1844.

in futurum; el de París (20 de Marzo de 1835 y 27 de Diciembre de 1836), un juicio pericial de la misma naturaleza (en sentido inverso; Rennes, 18 de Marzo de 1821). Y no puede sostenerse que baste, en semejante caso, hacer declarar á los testigos ante un notario. Una información que no es contradictoria no puede suministrar una garantía formal contra la mala fe del adversario. La admisión de este procedimienio tiene la ventaja de poner las reglas sobre la prueba testimonial, en perfecta armonía con las disposiciones de la ley sobre la prueba literal que autorizan la demanda para que se reconozca la escritura antes del vencimiento (1).

255. Pregúntase, además, si generalmente conviene admitir en nuestra legislación las acciones llamadas provocatorias *(provocatio ad agendum)*, que los antiguos intérpretes habían referido á la ley *si contendat* y á la ley *diffamari*. La primera de estas leyes es relativa al beneficio de división reclamado por la caución. *Si contendat fidejussor* dice Paulo (l. 28, D. *fidej.*) *cæteros solvendos esse, etiam, exceptionem ei dandam, si non et illi solvendo sint.* Teniendo el fiador acción para obligar al acreedor á intentar igualmente una acción contra los otros fiadores, han deducido los intérpretes alemanes, que siempre es permitido obligar al demandante presunto á intentar su demanda en un plazo determinado, cuando puede temerse que se pierdan ciertos medios de defensa, si se aplazase la de-

---

(1) El Código de procedimiento neerlandés (lib. 3.º, tít. 6.º, sección 11, artículos 876-881) ha autorizado el sistema de la *información provisional* conocida en los antiguos usos de la Holanda con el nombre de *información valetudinaria*, por razón de los temores referentes á la salud de los testigos que motivan frecuentemente este procedimiento especial. El acta judiciaria de los Estados Unidos (Stat. de 1787, cap. 20, § 30), cuyas disposiciones han reproducido muchos Estados en sus estatutos, autoriza la facultad de oir á los testigos *in perpetuam rei memoriam* (M. Greenleaf, tom. 1.º, págs. 432 y sigs.), facultad que vuelve á encontrarse igualmente en el procedimiento de Austria (Código de 1782, § 241 y sigs.) y en el Código de procedimiento italiano de 1866 (art. 251). * *El Código de procedimiento civil para el imperio de Alemania* del 30 de Enero de 1877 ha consagrado terminantemente el derecho á inspeccionar la cosa litigiosa, la información y la misma prueba pericial, antes de entablar la instancia, cuando existen fundados motivos de temer que, en caso de tardanza, esa clase de pruebas se hagan imposibles ó al menos más difíciles de suministrar. V. §§ 447-455. V. Noticia de M. Lederlin, *Anuario de legislación extranjera*, 1878, p. 86.

En el reglamento sancionado por un decreto imperial ruso del 28 de Mayo de 1880, que tiene por objeto plantear en las provincias de Libonia, de Estonia y de Curlandia, los juzgados de paz ó municipales, los artículos del 26 al 33 organizan con el nombre de «*demandas en garantía de pruebas*» un procedimiento que tiende á proporcionarse *in futurum* el beneficio de pruebas que pudieran hacerse en lo sucesivo imposibles ó más difíciles de suministrar. Aplícase igualmente este sistema á la presentación de testigos, á la inspección de los lugares, á la prueba pericial. V. *Anuario de legislación extranjera*, 1881, p. 576. *

manda. El otro texto, el mismo en que se ha apoyado especialmente la jurisprudencia francesa, es una constitucion de Diocleciano (l. 5, Cód. *De ing. manum)*, concebida en estos términos: *Diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorumdam periniquum est; præsertim quum affirmes, diu presidem unum atque alterum interpellatum à te vocitasse alteram partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret; unde constat merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cætero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc adversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus præses provinciæ ab injuria temperari præcipiet.* Esta decisión, á pesar de la reclamación de ciertos jurisconsultos, se ha generalizado por la antigua jurisprudencia francesa (Merlín, *Repert.*, V. *Diffamari)*. Apoyándose en otro texto (Diocl., l. 4, Cód. *De usur. pupill.)* permitian nuestros parlamentos á la persona contra quien se jactaba otra de tener que ejercitar ciertas acciones, que obligase á ésta á ejercitar sus acciones en cierto plazo, bajo pena de caducidad. Las cartas de Hainaut contenian en este punto una disposición terminante (cap. 41). «Cualquier villano de nuestro país de Hainaut que se vea amenazado por algún particular, que hiciera correr el rumor que lo va á perseguir por cualquier acción que sea, real ó personal, podrá quejarse ante nuestro mencionado tribunal, para que ante él sean perseguidos y que se les conceda un plazo para que ejerciten su acción, bajo pena de caducidad, salvo en materia criminal, que es de la competencia de los tribunales, en cuyo caso no se le admitirá la denuncia» (1).

Si fuéramos á examinar aquí la cuestión en derecho romano, no nos seria difícil establecer que las disposiciones de las leyes *si contendat* y *diffamari*, tienen un carácter enteramente excepcional, y que según el rigor de los principios, al demandante sólo corresponde determinar cuándo le conviene obrar (2) (Paulo, 1. 5.°, § 6.°, D. *De dol. mal. except.*). No es menos cierto que la doctrina tomada de estas leyes, con tal que no se abuse de ella, dando importancia á conversaciones insignificantes, propende á reprimir un verdadero abuso; porque el que tiene medios de defensa y está amenazado de

(1) En Saboya antes de la anexión se admitia igualmente la acción de *jactancia* con la obligación por parte del demandado de probar su derecho, de la misma manera que lo ha sentenciado el Tribunal de Casación (Den. 29 de Mayo de 1866). Igual acción encontramos en el reglamento de procedimiento de Hungría de 1868, (t. 9.°, cap. 4.°)

(2) Este mismo es el origen de la máxima: *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, puesto que el que tenia una excepción no podia hacer uso de ella en un plazo determinado.

perderlos, debe poder ponerse en estado de conservarlos, y no es menos necesario hacer que cesen dichas conversaciones que pueden comprometer la reputación de un pretendido deudor. Por eso muchas legislaciones europeas aplican todavía actualmente estos textos de la ley romana (V. Fœlix, *Derecho internacional privado*, 3.ª edic., núm. 189, con las notas de M. Demangeat). Entre nosotros es evidente desde luego, que siempre que las conversaciones alegadas presenten un carácter injurioso, habrá lugar á aplicar la legislación especial sobre la difamación y sobre la injuria, cuyos principios hemos expuesto (núms. 65 y sigs.). Aun cuando no haya injuria, si hay perjuicio, ha lugar á una acción de indemnización, según el texto del art. 1382 del Código civil. De este modo el tribunal de Brignoles autorizó á un joven á que probase por medio de testigos «que una joven se vanagloriaba sin razón, de poseer un billete en el cual éste prometía casarse con ella ó pagarle 5.000 pesetas (Sent. de 3 de Agosto de 1836). Esto en lo concerniente á la ley *diffamari*. Respecto de la ley *si contendat*, nos parece imposible generalizar su aplicación y obligar al acreedor, bajo pena de que se le condene á perpetuo silencio, como lo ha juzgado el tribunal de Aix, el 19 de Julio de 1813, á intentar una acción para lo cual puede serle indispensable preparar maduramente sus medios de apoyarla. Estaríamos desde luego dispuestos á conceder solamente al demandado eventual, en ciertos casos de urgencia bien demostrada, la facultad de hacer que se pronunciara contradictoriamente sobre el valor de los medios que éste invoca, sin obligar por ello al pretendido acreedor á ejercitar la acción principal; lo cual nos parece demasiado riguroso (1). Con justicia, pues, se ha autorizado (Caen, 4 de Agosto de 1852) al viudo que se preparaba á contraer matrimonio para discutir con anticipación, contradictoriamente con su suegra, si su segunda unión anularía un beneficio que se le otorgaba en el primer contrato de casamiento. La Audiencia de Tolosa (Sent. del 28 de Noviembre de 1848) denegó por el contrario al Juez» el derecho de interpretar anticipadamente las cláusulas de una acta ó escritura para una hipótesis puramente eventual (2). * (Cpr. Cas. 7 de Agosto de 1871) *. La demanda por fin no puede

(1) En el caso de la ley *si contendat*, hay que observar que no se obliga al acreedor á obrar, sino solamente á dividir la acción intentada por él.

(2) En materia administrativa se admite difícilmente una acción para un daño tan eventual. Así es que el Consejo de Estado (10 de Febrero de 1855) ha declarado que los interesados no podían ser admitidos para reclamar una indemnización, por una nivelación de terrenos convenida pero no realizada todavía.

considerarse ya como meramente eventual (Burdeos, 25 de Febrero de 1861), cuando ha habido un acta de conciliación no seguida de instancia, en cuyo caso el demandado puede entonces obligar al demandante á que dé explicaciones ante los Tribunales (V. sobre esta delicada materia las sentencias citadas por M. Devilleneuve, y sus observaciones, art. 1850, part. 2.ª, pág. 1.ª). Por lo demás tendremos que volver sobre este punto cuando tratemos del incidente para que se declare una pieza falsa.

256. El argumento *à contrario* que se puede pretender deducir contra nuestra opinión, del texto del art. 252, es tanto más débil, cuanto que este artículo tiene otro objeto, el de reproducir una disposición de la ordenanza (tít. 20, art. 2.º), que fué en 1667 una innovación conveniente. Hasta aquella época, los litigantes se notificaban las informaciones, réplicas y dúplicas, hasta ponerse de acuerdo respecto de los hechos que había que probar. Este abuso se suprimió entonces. De aquí el simple escrito de conclusión sin escrituras ni reclamación, de que trata el Código de procedimiento escrito que, según la idea de los redactores, no se opone á una notificación en que no pensaban, sino más bien á una indagación desarrollada, la cual rechaza el Código, en el sentido de que no se puede poner en cuenta (tarifa, art. 71). No se trata en último resultado sino de una cuestión de tarifa, y no de una nulidad. Esta articulación de los hechos no es más que la ejecución del principio sentado por Beaumanoir (loc. cit.) sobre que la parte que quiere hacer oir testigos «debe advertir á los oidores los artículos sobre los cuales quiere que se oiga á aquéllos». La parte contraria debe igualmente con una simple acta ó escrito (Sent. cit. 252) denegar ó reconocer los hechos en tres días. Se cree generalmente, según lo ha juzgado el tribunal de Colmar en 6 de Junio de 1822, que este término no es fatal, y que se puede rehusar mientras que el contrario no ha tomado acta del silencio del que no deniega. Además, la articulación de los hechos anticipadamente no se prescribe bajo pena de caducidad, salvo pedir la parte contraria, cuando se han articulado los hechos en la barra, un término para explicarse (Cas. 21 de Junio de 1837; Colmar 24 de Noviembre de 1857).

Si no hay denegación, *pueden* considerarse los hechos, dice la ley, por confesados ó verídicos. De aquí debe debe deducirse, no tan sólo, lo cual es evidente, que en los casos en que no hace prueba la confesión, como en las cuestiones de separación de cuerpos, deberá mandarse siempre que se proceda á la información; pero en todo caso el juez estará autorizado para apreciar los motivos del si-

lencio del procurador, por ejemplo, la falta de poderes ó la ausencia de su cliente, y el concederle un nuevo término.

257. Suponiendo que se nieguen los hechos, no se debe recibir la prueba (art. 353, Ibid.), sino con dos condiciones: primera, que sean admisibles, es decir, concluyentes y verosímiles en sí mismos, según hemos explicado en nuestras nociones generales sobre la marcha de la prueba; segunda, que la ley no prohiba su prueba, bien sea porque prohiba la revelación del hecho mismo, como si se tratase de una filiación incestuosa ó adulterina, bien porque prohiba solamente la prueba por testigos, como en los numerosos casos en que hemos visto que no se admite esta prueba. La primera de estas condiciones, la referente á la admisibilidad de los hechos, se deja á la apreciación del juez (Sents. denegs. de 21 de Junio de 1827, * 20 de Enero, 21 de Julio y 8 de Noviembre de 1880 *) (1). Sólo la segunda condición, la concerniente á la extensión de las prohibiciones legales, puede dar lugar á un recurso de casación. Por lo demás, el tribunal, al conformarse con las mismas restricciones, tiene siempre la facultad de ordenar la prueba de oficio (art. 254, Ibid.). Por el contrario, no está obligado á ordenarla, por el solo hecho de reclamarlo una parte, aun suponiendo que concurran todas las condiciones exigidas, si los demás documentos de la causa bastan para ilustrarle (Sents. denegs. de 9 de Noviembre de 1814 y de 18 de Agosto de 1836, * Cas. 20 de Enero de 1885 *).

La prueba contraria es de derecho (art. 256, Ibid.). Pero no debe confundirse la contrainformación en que se recibe esta prueba contraria, con la información igualmente principal, que se dirige á acreditar hechos diferentes, y no tan sólo á contradecir los asertos del demandante. Así, si se hiciera una información para acreditar en contra mía la existencia de un crédito de 150 francos á lo más, podría, por mi parte, sin haber hecho reserva alguna en el juicio contradictorio, citar testigos para justificar que jamás había contraído semejante deuda. Pero si sostuviera que hubo pago ó remisión, alegaría un hecho nuevo, respecto del cual necesitaría obtener autorización especial para hacer prueba por testigos. Esta segunda información podría dar lugar á su vez á una contrainformación de parte del demandante primitivo.

Si la contrainformación no puede dirigirse sobre hechos que no

(1) Es preciso, no obstante, que el juez especifique los motivos de la no admisibilidad de los hechos. No habría, pues, lugar al recurso de casación por falta de motivos, si se limitase la sentencia á declarar la *prueba de tal ó cual hecho no admisible por testigos* (Cas. 21 de Agosto de 1840).

son la negación directa de los que alega el demandante, ¿podrá éste hacer que se dirija la información sobre puntos que no han sido consignados en la providencia, donde están expresados los hechos que hay que probar? (art. 255, Ibid.). Nadie duda que el juez comisario puede negarse á oir las declaraciones que se salieren del círculo trazado por el tribunal. Pero si de hecho se han recibido semejantes declaraciones, se pregunta si se permitirá á los jueces hacerse cargo de ellas para motivar su decisión. En favor de la afirmativa, admitida por sentencia denegatoria de 4 de Febrero de 1836, se dice, que al articular el tribunal los hechos sobre que debe dirigirse la información, quiere sujetar á las partes, mas no sujetarse él mismo; que con tal que él estime verdaderos en su conciencia los puntos que resultan de la información, poco importa que estos puntos figuren anticipadamente en tal ó cual acta. Encontramos más conforme con el espíritu de la ley una sentencia de 6 de Julio de 1840, en que el tribunal de Burdeos rehusó al demandante la facultad de hacer oir testigos sobre hechos nuevos, por temor de que esta facultad llegara á ser un lazo para el demandado, si, reducido á tan cortos plazos, no pudiera contradecir alegaciones enteramente imprevistas. Esta doctrina respeta más el principio de la libertad de la defensa que exige una completa igualdad de posición entre ambas partes (1). En último resultado no se compromete la independencia del juez, puesto que puede siempre ordenar una segunda información, si en la primera ha tomado una nueva fase el litigio.

258. Por temor de no dar demasiada facilidad para seducir á los testigos, nuestro Código de procedimiento, así como el de Austria *(Cód. de 1782,* § 210), se ha separado aquí de la latitud concedida de ordinario á las partes para la ejecución de las providencias interlocutorias, estableciendo plazos de ocho días, el uno para abrir y el otro para terminar la información.

El primero de estos plazos *(Cód. de proc.*, art. 257) corre respecto de las sentencias contradictorias, desde la notificación al procurador, y respecto de los juicios en rebeldía no susceptibles de oposición, como los que se han dado después de declararse la rebeldía (Ibid., art. 153), á contar desde la notificación personal ó á domicilio. «Si la sentencia es susceptible de oposición, añade el art. 257,

(1) Pero es avanzar demasiado, en nuestro juicio, decidir con el tribunal de Burdeos (Sent. de 26 de Junio de 1830) que no puede dirigirse la prueba sobre hechos nuevos, aun con el consentimiento de la parte contraria. Entonces no hay ya lazo alguno que temer. Por eso hemos reconocido que es admisible la prueba testimonial en caso de avenirse á ello las partes interesadas (núm. 177).

el plazo correrá desde el día en que espiren los plazos de la oposición.» No hay dificultad alguna si se trata de un juicio en rebeldía por falta de conclusiones. Los ocho días para la información comienzan después que espira el primer plazo de ocho días, contado desde la notificación al procurador, plazo durante el cual es admisible la oposición (Ibid., art. 157). Si se trata de rebeldía por falta de comparecencia, la oposición, según los términos del art. 158, es admisible hasta la ejecución de la sentencia. Pero esta es la apertura misma de la información. Si, pues, esta ejecución fuese el punto de partida del plazo de ocho días establecido por el art. 257, sería preciso decir que la ley concede ocho días para hacer la información, á contar desde que se abre ésta, lo cual implica contradicción evidente. La opinión más justa que ha puesto perfectamente en claro Boitard (comentario sobre este art. 257) consiste en suponer que el legislador no ha tenido presente la distinción que había introducido, contraria á la ordenanza de 1667, entre las dos clases de rebeldía; y que en su consecuencia, tanto en el segundo caso como en el primero, los plazos de la oposición deben entenderse, como en otro tiempo, de un plazo de ocho días, contado desde la notificación de la sentencia. En último resultado se trata de examinar, no hasta cuándo es admisible la oposición, porque lo es efectivamente hasta la apertura de la información, sino durante qué plazo la facultad de formar la oposición suspende la ejecución de la sentencia. Pues bien: este plazo es aquí, como en cualquiera otra parte (Ibid., art. 155), de ocho días, contados desde la notificación. Los *plazos de la oposición* no son, pues, otros que los plazos durante los cuales se suspende la ejecución de la sentencia, por razón de la facultad de la oposición. Estos plazos se confunden con los de la oposición, en el caso de rebeldía por falta de conclusiones; al contrario, en el caso de rebeldía por falta de comparecer, el plazo de ocho días no tiene otro efecto que el de suspender la ejecución, permaneciendo la oposición admisible en los ocho días siguientes, mientras no se ejecute la información.

El plazo para interponer apelación no es suspensivo (Orleans, 5 de Mayo de 1849); pero interpuesta la apelación y lo mismo, formada la oposición, producen su efecto ordinario en sentido contrario á lo que tenía lugar por la ordenanza de 1667 (tít. 22, art. 2.º).

Sin atenerse al adagio: *Nadie se excluye á sí mismo*, adagio que aplicaba la ordenanza de 1667, la ley, por causa de celeridad y de economía, quiere que la notificación de la sentencia haga correr los plazos para abrir la información, no solamente contra la parte ad-

versa, sino también contra aquella misma que ha hecho notificar la sentencia.

No puede prorrogarse el plazo sino en caso necesario, con motivo de la distancia (Ibid., art. 258). Cualquiera otra prórroga haría nula la información (Cas., 13 de Noviembre de 1816).

259. En cuanto á las nulidades que pueden resultar, ya de la inobservancia de estos plazos, ya de la irregularidad de las notificaciones hechas á las partes y á los testigos, sería salirnos de nuestro asunto detenernos en ellas; puede el lector acudir á las obras especiales sobre el procedimiento. Observemos solamente que el punto de partida de estos plazos tan rigurosos, es una notificación que puede tardar en hacerse, y que tarda con frecuencia en la práctica. Se puede, pues, en el intervalo sondear á los testigos, y la brevedad del tiempo que la sigue no es más que un remedio ilusorio (1). Vamos á ver que no es esta contradicción la única que ofrece el sistema de la ley.

260. La ordenanza de 1667 (tít. 22, art. 2.º) quiso que la información se abriera efectivamente en los ocho días siguientes á la notificación. Contando desde ésta, comenzaba el segundo plazo de ocho días, en el cual debía terminarse la información. Así, salvo que se prorrogara por justas causas, todo debía terminarse en los quince días siguientes á la notificación. El litigio debía, pues, marchar con extrema rapidez; mas por desgracia este sistema era frecuentemente impracticable. Como en él no se tenía en cuenta la distancia de los testigos, sucedía con frecuencia que el juez no tenía ningun testigo presente que oir en los ocho días siguientes á la notificación, y entonces se ejecutaba la ley de un modo irrisorio, citando á la primera persona que había acudido, la cual declaraba no saber nada sobre los hechos alegados.

El plazo de ocho días, contados desde esta declaración ficticia, llegaba á ser á su vez insuficiente, y era preciso de toda necesidad obtener una prórroga. El Código de procedimiento, convirtiendo en ley un expediente imaginado por los prácticos, no ha querido exigir, lo cual es frecuentemente imposible en un corto plazo, la apertura real de la información. «La información, dice el art. 259, se considera comenzada, para cada una de las partes respectivamente, por la orden ó providencia que obtiene del juez comisario, al efecto

(1) No explicándose la ley sobre la tardanza en hacer la notificación, sería una cosa arbitraria que la parte contraria quisiera hacer pronunciar la caducidad del derecho de provocar la información; ella es quien debe notificar para hacer correr los plazos (Bourges, 19 de Marzo de 1851).

de citar á los testigos en el día y hora por él indicados.» Pero el punto de partida del segundo plazo de ocho días, que se da para acabar la información, no es fijo como en otro tiempo. «La información, dice el art. 278, terminará respectivamente en los ocho días, contados desde el en que se oiga á los primeros testigos.» El día de este examen, es decir, de la apertura real de la información se deja á discreción del juez, que debe combinar los plazos de las citaciones, de suerte que puedan los testigos más remotos hacer su declaración antes de espirar el tiempo fijado, salvo la prórroga mandada en la sentencia interlocutoria, sea anticipadamente, sea á petición de las partes durante los plazos (Ibid., artículos 278 y 279). Las palabras *terminará respectivamente* se entienden, segun las observaciones del Tribunado, en el sentido de que la información y la contrainformación puede tener cada una su punto de partida especial, con tal que cada una de ellas no absorba más de ocho días, comprendiéndose en ellos el del exámen de los primeros testigos. Vése, pues, que hay un segundo intervalo indefinido entre la apertura ficticia de la información por la entrega de la providencia del juez comisario, y la apertura real que tiene lugar cuando se oye la primera declaración. Estamos lejos de criticar la modificación racional que ha experimentado el sistema de la Ordenanza; ¿pero qué llega á ser entonces esa extrema aceleración del procedimiento que se supone necesario para prevenir el soborno? No es necesario tanto tiempo para seducir á un testigo que no pueda conseguirse cuando se tiene para ello dos intervalos indefinidos, unidos á dos plazos de ocho días. Pero no es esto todo. La ordenanza exigía que se prosiguiera la información, no obstante oposición ó apelación, lo cual era riguroso, pero perfectamente consecuente. Habiendo abandonado el Código de procedimiento este sistema, es claro que se puede procurar un espacio de tiempo considerable por la vía de la oposición ó de la apelación y frustrar de esta suerte todas las combinaciones del legislador. Después de esto, ¿qué se debe pensar de las decisiones judiciales (V. especialmente una sentencia del tribunal de Pau de 28 de Noviembre de 1857), que no conceden, después de la notificación del fallo confirmatorio, más que la parte del plazo para hacer la información, que quedaba por transcurrir cuando se interpuso la apelación? ¿De suerte, que si hubiera tenido lugar en el octavo día la apelación, á contar desde la notificación de la sentencia de primera instancia, sólo quedaría á lo más un día para abrir la información, contando desde la notificación de la sentencia confirmatoria? ¿Cómo no se ha conocido que

este rigor era enteramente inútil, cuando habían tenido las partes á su disposición todo el intervalo que precede al procedimiento de apelación y toda la duración de este procedimiento? El resultado más claro de este sistema contradictorio, cuyo proyecto de reforma del Código de procedimiento propone la anulación, es la multiplicación de nulidades, cuya utilidad está lejos de hallarse probada (1). A estas nulidades vienen á unirse todas las nulidades de formas de que se halla erizado el procedimiento. «Podríamos tomarnos, dice M. Lavielle (loc. cit.), la triste y penosa satisfacción de calcular los millones (2) gastados en estas inútiles informaciones... Hay un medio corto y sencillo de corregir este largo título de las informaciones, y es suprimirlo completamente, aliviando de ellas al código, al litigante y al juez.» En cuanto á los plazos, seguían por lo menos ciertos parlamentos en otro tiempo una marcha más prudente. En el Repertorio de Merlín (V. *Enquete*, § 2.°, art. 1.°) leemos: «No sucede así en Bearn y en Navarra, donde no se sigue la ordenanza de 1667; las partes están á tiempo de comenzar y de producir sus informaciones hasta la sentencia definitiva, y si no las producen después de ciertos plazos que se les conceden, se procede á sentenciar en el estado en que se halla el proceso. Este temor realiza sólo el bien que ha tenido por objeto la ordenanza fijando los plazos para comenzar y acabar la información, y no se ve privada una de las partes del derecho de hacer que se proceda á ella, sino porque así lo quiere.»

261. No obstante, es una gran mejora introducida por el Código de procedimiento á los efectos de la ordenanza, la admisión de las partes á la información (Ibid., art. 261), en la que antes cada testigo declaraba sólo ante el juez comisario, no llamándose á las partes más que á la prestación del juramento de los testigos que se hacía entonces colectiva y anticipadamente. Practicada bajo el imperio del decreto de 7 de fructidor, año III, se reconoció ser tan útil esta admisión para comprobar las declaraciones, que prevaleció en el Consejo de Estado, á pesar de la repugnancia de la opinión, entonces muy en boga, que se adhería con complacencia á los procedimientos erróneos de lo pasado.

(1) Este sistema es tanto más riguroso, cuanto que según los términos de una sentencia de casación de 11 de Diciembre de 1850, la nulidad pronunciada por el art. 278, en el caso de no haberse extendido la información en los ocho días, se refiere á toda la información, y no solamente á las declaraciones hechas después de los ocho días.

(2) Una información cuesta, por término medio, de 300 á 400 francos, y no es raro que se eleve el coste á 2.000 francos.

Cítase á la parte tres días por lo menos antes del examen en el domicilio de su procurador (1). Aquí la ley no indica expresamente, como lo hace respecto de la citación de los testigos (Ibid., art. 260), un aumento de plazo por razón de la distancia del domicilio de la parte. Muchos tribunales de apelación juzgaron desde entonces que era fijo el término de tres días; conclusión deplorable que ponía en la imposibilidad de asistir á la información ó á lo menos de enviar á tiempo noticias útiles á las personas que no se encontraban en la población. El Tribunal de Casación se ha penetrado del verdadero espíritu de la ley, decidiendo por sentencia de casación, en secciones reunidas, el 28 de Enero de 1826, que debe suplirse el plazo de prórroga.

262. La citación de los testigos, según los términos de la ordenanza de 1667 (tít. 22, art. 6.º), debía marcar solamente *el dia y la hora para comparecer*. Puesto que se quiere que no pueda preparar el testigo su declaración, no es necesario hacerle conocer anticipadamente los puntos sobre que debe declarar, según la sabia disposición establecida por el código de procedimiento de Austria (§ 205). Así el tribunal había propuesto que no se comunicara á los testigos la parte dispositiva de la providencia, como se practica en lo criminal, lo cual hubiera economizado al mismo tiempo los gastos. El Consejo de Estado no ha tenido en cuenta esta observación, y el legislador quiere que se dé copia á cada testigo *(Cód. de proc.*, art. 260) de la parte dispositiva en lo concerniente á los hechos admitidos.

263. Cuando se anula la información, ¿se puede practicar otra nueva? Para decidir sobre esto debe hacerse una distinción que domina toda la materia, y que consiste en ver á quién es imputable la nulidad. Si proviene del juez comisario (Ibid., art. 292), vuelve á comenzarse la información á su costa. Pero ¿puede entonces hacerse oir nuevos testigos ó hay que limitarse á citar á los mismos refiriéndose á la primera información, si algunos de ellos se hallan en imposibilidad de declarar? No hay duda, que en lo relativo á los gastos, no se pueden hacer nuevas citaciones á cargo del juez condenado. Pero ¿por qué no ha de poder el demandante estar autorizado para citar á nuevos testigos á su costa, salvo que el mismo

(1) El Código de procedimientos quiere que se haga la citación por medio del procurador, siendo nula la citación personal ó á domicilio (Burdeos, 9 de Mayo de 1834). Pero la nulidad quedaría sin efecto con la concurrencia de la parte á la información sin protesta. (Den. 20 de Noviembre de 1860.)

se valga de la misma facultad para su contrainformación? Tal parece haber sido el pensamiento de los redactores de la Ordenanza de 1667, puesto que se preguntó en la discusión si sería posible hacer oir á los mismos testigos, aun cuando hubieran comprometido su fe en las primeras declaraciones, y quedó así decidido. Pues bien: la controversia sólo prueba que se entendía autorizar el examen de testigos nuevos; de otra suerte, la información hubiera quedado reducida á nada para los que se negaran á admitir los antiguos. ¿Hay algún motivo para ser más riguroso en el día? Una sentencia del tribunal de Limoges de 13 de Junio de 1818 ha decidido en este sentido (en sentido contrario, Rennes, 28 de Julio de 1814; Grenoble, 17 de Mayo de 1817).

* La nulidad de la información puede ser motivada por culpa de todo el tribunal. Por ejemplo, manda un tribunal que la información se haga durante la audiencia, cuando no se trata más que de un negocio sumario (Sent. 14 de Diciembre de 1881). En este caso pudiera principiarse de nuevo la información. Sólo que los individuos del tribunal no serían personalmente responsables de las consecuencias de su equivocación. *

Pero si la nulidad proviene del procurador ó del escribano (Ibid., art. 293), se ha temido que un concierto fraudulento entre este funcionario y su cliente, procurara á este último la facultad de volverse contra una información desfavorable, y se decidió que no podrá volver á comenzarse la información, salvo reclamar la parte la indemnización de daños y perjuicios. ¿Es permitido eludir esta prohibición, autorizando al juez para volver á comenzar de oficio la información, cuya solicitud no se admite ya á las partes? La cuestión se ha controvertido vivamente, sea en la hipótesis de que la información es nula en su forma, sea en la más favorable en que hay solamente caducidad por no haber observado los plazos. Fúndase la negativa, en el texto general del art. 293, y en el espíritu de nuestra legislación, que con razón ó sin ella se esfuerza en poner trabas á la administración de la prueba testimonial (Lyon, 16 de Agosto de 1861, Tolosa, 17 de Agosto de 1864). Pero al texto del art. 293 se le opone aquel del 254, que consagra el derecho superior para el juez de no fallar nunca, sino después de la información. Preciso es reconocer que presentan más inconvenientes que ventajas, esas prescripciones meticulosas de que tienden á librarse las legislaciones más modernas (Den. 12 de Diciembre de 1825).

No cabría duda alguna, si el poder del juez se aplicase á un

hecho nuevo no mencionado en la información anulada (Tolosa, 29 de Febrero de 1868).

Si hubiésemos por fin de admitir, según ciertas sentencias (Douai, 13 de Marzo de 1869; Rouen, 11 de Agosto de 1871), que la prohibición de empezar de nuevo la información debe aplicarse aun á las materias que interesan al orden público, especialmente en las demandas de separación de cuerpos, al menos se debería, según esas mismas sentencias, conceder al juez la facultad de empezar de nuevo de oficio la información. Importa á la sociedad que semejantes demandas, no se rechacen con simples medios de procedimientos, y, por otra parte, el recurso contra el oficial ministerial no ofrecería en semejante caso á la parte perjudicada más que una garantía irrisoria, sobre todo en las cuestiones relativas al estado de las personas (1).

Un partido mucho más sencillo que sigue el código de procedimiento italiano (art. 149), y que ha propuesto igualmente la Comisión encargada de la revisión de nuestro código de procedimiento (art. 243), es permitir que en todos los casos se vuelva á abrir la información.

*** Acerca de las acciones provocatorias conócese en nuestro derecho, primeramente la demanda llamada de jactancia, sobre la cual dispone la ley 46, tit. 2.°, Partida 3.ª, que cuando alguno va diciendo de otro cosas que pueden causarle perjuicio ó menoscabo, como si dijera que la hacienda que poseía como propia no era suya en realidad por haberla adquirido por medios ilícitos ó injustos, puede pedir al juez el agraviado que obligue al jactancioso á poner demanda para probar sus manifestaciones ó á desdecirse judicialmente de ellas, ó á darle la satisfacción que corresponda, y siendo rebelde ó contumaz el ofensor en la presentación de la demanda ó en la deducción ó prueba del derecho ó acción que creyere tener, debe el juez imponerle perpetuo silencio, y desechar en lo sucesivo cualquier demanda que intentare sobre el asunto, y aplicarle la pena á que fuere acreedor, si los dichos que propaló encerraren injuria ó calumnia.

También conocen nuestras leyes el derecho, conocido con el nombre de beneficio de división á que se refiere M. Bonnier, que tiene el fiador, reconvenido por toda la deuda para obligar al acreedor á dividir su acción entre los demás fiadores que son solventes al tiempo de la contestación del pleito, dirigiéndola solamente contra el mismo á prorrata. Véanse las leyes 8.ª, tit. 12, Partida 3.ª, y 10, tit. 1.°, libro 10 de la Nov. Recop.—*(N. del T.)*

*** Según el art. 1837 del Código civil, siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación á responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar á cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, á menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los fiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de exacción contra el deudor principal.

(1) * El Tribunal Supremo, invocando el art. 254, parece no se inclina mucho á reconocer el derecho del juez de ordenar una nueva información de oficio. Véase Cas. 1.° de Agosto y 5 de Noviembre de 1878, y Cas. civ. 18 de Febrero de 1885. *

Disponen los artículos 2002, 2003 y 2004 de la ley de Enjuiciamiento civil que los jueces admitirán, previa audiencia del fiscal, y harán que se practiquen con citación del mismo funcionario las informaciones que ante ellos se promovieren, con tal que no se refieran á hechos de que pueda resultar perjuicio á persona cierta y determinada. Dictarán auto de sobreseimiento en estas actuaciones, que tienen el carácter de jurisdicción voluntaria, reservando á las partes su derecho para que lo ejerciten en el juicio correspondiente, si antes de aprobarse la información se presentare alguno oponiéndose á ella por poder seguírsele perjuicio (art. 2009).

La misma ley autoriza (art. 502) para pedir, como diligencias previas á la demanda, informaciones de testigos cuando por edad avanzada de éstos, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia á punto con el cual sean difíciles ó tardías las comunicaciones ú otro motivo poderoso, pueda exponerse al actor á perder su derecho por falta de justificación.

La propia ley admite las informaciones sumarias en los interdictos de adquirir y de retener ó recobrar la posesión.

Ya dentro del juicio, los artículos 637 al 659 establecen las reglas que han de observarse para la práctica de la prueba testifical. Según ellas, concretamente al examen de los testigos, este se verificará en audiencia pública, á presencia de las partes y de sus defensores, si concurriera, con arreglo á las preguntas y repreguntas, consignadas éstas en pliego cerrado ó reservado en poder del juez, que éste no haya desestimado por impertinente.

Los testigos serán examinados separada y sucesivamente sin comunicarse entre sí, previo juramento, que no se exigirá á los menores de catorce años, y manifestación de sus respectivas circunstancias, de nombre, apellido, edad, estado, profesión, domicilio, parentesco, relación con los litigantes é interés en el pleito. Responderán por sí mismo de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuesta; pero cuando la pregunta se refiera á cuentas, libros ó papeles, se les permitirá que los consulten para dar la contestación. No se les interrumpirá ni se les harán otras preguntas ni repreguntas que las formuladas en los interrogatorios, salvo si dejan de contestar á alguno de los particulares de éstas ó incurren en contradicción ó se expresan con ambigüedad, en cuyo caso las partes ó sus defensores podrán llamar la atención del juez á fin de que, si lo estima pertinente, exija del testigo las aclaraciones oportunas. El mismo juez podrá pedirle las explicaciones que crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese declarado. Cuando haya de verificarse el examen de los testigos fuera del lugar del juicio, al exhorto ó despacho que para ello se dirija se acompañará en pliego cerrado el interrogatorio de repreguntas admitidas, el cual será abierto por el juez exhortado en el momento de dar principio al examen de los testigos.

Si algún testigo no entendiere ó no hablare el idioma español, será examinado por medio de intérprete nombrado en la forma prevenida para los peritos. Los sordomudos podrán ser admitidos como testigos en el caso de que, por saber leer y escribir, puedan dar sus declaraciones por escrito. —*(N. de la R.)*

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

SUMARIO: 264. Condiciones necesarias para la eficacia de la prueba testimonial.—265. *Monitorios*. Su abolición.—266. Obligación que tiene el testigo de comparecer.—267. Motivos de disculpa.—268.—Dignidad de las funciones del testigo.—269. Secreto profesional.—270. Garantías de la sinceridad del testimonio.—271. Sanción natural.—272. Sanción religiosa.—273. Sanción penal.—274. Obligación de declarar oralmente.

264. La producción eficaz de la prueba testimonial supone: 1.°, que los testigos de los hechos cuya prueba se solicita sean conocidos; 2.°, que estén obligados á venir á declarar en juicio; 3.°, que su declaración sea sincera.

265. Si las personas que tienen algunas noticias que dar sobre los hechos litigiosos son desconocidas de las partes; ¿conviene provocar su celo por medio de admoniciones oficiales? Las advertencias que se daban en otro tiempo por medio de los curas en las pláticas, conocidas con el nombre de *monitorios*, se aplicaban, según el testimonio de Pothier (*Tratado del procedimiento criminal*, sec. 2.ª, art. 4.°), aun en lo civil, al caso de extravío de efectos ú objetos de una sucesión, de una comunidad, de una quiebra. En el día pueden emplearse los *monitorios* á lo más, según veremos, en materia criminal. En todos los casos, esta vía extraordinaria, que pone en juego las relaciones tan delicadas del poder espiritual y del poder temporal, no puede seguirse por un interés puramente pecuniario. No existe entonces ningún procedimiento judicial, que tenga por objeto volver á buscar los testigos desconocidos; las partes interesadas son las que deben multiplicar sus investigaciones personales para descubrirlos.

266. ¿Pero pueden los testigos conocidos negarse á pagar la deuda á que están obligados hacia la justicia social? En Atenas se recibían comunmente por escrito los testimonios, en lo civil; y si venían los testigos con frecuencia á corroborarlos con una declaración oral, no podían ser obligados á ello (M. Cauvet., *Revista de legislación*, tom. 20, pág. 30). En Roma, nos enseña igualmente Quintiliano (*Inst. orat.*, lib. 5.°, cap. 7.°), que había en su tiempo testigos voluntarios y testigos obligados á comparecer. *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus judex in publicis judiciis lege denuntiare solet.* Justiniano parece haber sido el primero que en materia civil (l. 16, Cód. *De testib.*) erigió este deber en obligación legal, y tal innovación no es una de las menos convenientes que haya introducido este emperador. El derecho canónico

(V. Cujacio, *Decret. ad tit. de test. cogend.)*, empleaba en casos graves la suspensión contra los eclesiásticos y la censura contra los legos que rehusaban comparecer. La ordenanza de 1667 (tít. 22, art. 8.º) imponía una multa de 10 libras. Hoy, el Código de procedimiento (art. 263) concede á la parte interesada daños y perjuicios que no pueden ser inferiores á la suma de 10 francos (1), y permite imponer al testigo una multa, cuyo *máximum* es de 100 francos. La segunda vez que faltan los testigos á quienes se ha vuelto á citar *(Ibid.*, art. 264) ocasiona una multa de 100 francos, estando facultado el juez comisario, si estima la declaración esencial, para expedir contra el refractario una orden de comparecencia, ó para que se le conduzca á su presencia, lo cual autoriza el uso de la fuerza pública para conducirlo ante el tribunal *(Cód. de inst.*, art. 99). Se está de acuerdo en reconocer que la negativa de contestar debe equipararse á la negativa de comparecer *(Ibid.*, art. 80.) ¿Qué recurso puede ofrecer para el descubrimiento de la verdad una asistencia puramente material? Pero sería imposible, bajo pena de incurrir en arbitrariedad, considerar como no habiendo declarado á aquel cuyas respuestas se estimaran suficientes. Por lo demás independientemente de estas condenas pecuniarias, el Código penal (artículo 236) impone prisión de seis días á dos meses, contra los testigos que hubieran alegado causas falsas.

Por otra parte, como no sería justo que el servicio prestado por el testigo llegara á serle oneroso, se le concede una indemnización, pero solo en el caso de que el testigo la reclame *(Cód. de proc.*, artículo 277; *Tar. civil*, art. 167).

267. Sin embargo, dos motivos pueden dispensar de venir á declarar en justicia, la dignidad ó las funciones del testigo y la obligación del secreto impuesto por ciertas profesiones.

268. En el primer caso, no se le dispensa de que preste su declaración, sino solamente de que comparezca en juicio. En Roma, la dispensa de acudir personalmente á declarar en juicio se concedía con suma dificultad. Las mismas vestales no tenían este privilegio, y Tácito nos refiere como una gran prueba de crédito de una cierta Urgulania en tiempo de Tiberio, el permiso que obtuvo de hacer ir á su casa al pretor para recibir su testimonio. *Urgulaniæ*

(1) Obsérvese que no se trata en esta sanción de una pena cuyo *máximum*, salvo casos excepcionales (*Cód. civ.*, art. 192), no puede determinarse en el derecho moderno, sino de daños y perjuicios que se dejan ordinariamente á la apreciación del juez, porque es imposible hacerlos valuar *á priori*.

potentia, dice (*Annal.*, lib. 2.°, § 34) *adeo nimia civitati erat ut, testis in causa quadam quæ apud senatum tractabatur, venire dedignaretur; missus est prætor qui domi interrogaret, cum virgines vestales in foro et judicio audiri, quotiens testimonium dicerent, vetus mos fuerit.* Parece que en el antiguo derecho francés eran raras las inmunidades de esta especie. Citaré á muchos obispos, Flechier especialmente, á quienes se obligó á presentarse en persona ante el juez comisario, y fué preciso un dictamen de los abogados generales del Parlamento de París, con fecha 1.° de Agosto de 1642, para consagrar el principio que autorizaba á los príncipes de la sangre á hacer simples declaraciones por escrito. Nuestras leyes modernas han extendido mucho esta facultad. La ley del 20 de termidor, año IV, la ha concedido á los miembros del cuerpo legislativo y del Directorio, á los ministros de la república y á los agentes cerca de las naciones extranjeras. La regla que sienta esta ley fué sucesivamente aplicada á los cajeros é inspectores del Tesoro público por la ley de 20 de fructidor, año VII; á los consejeros de Estado, por dictamen del mismo Consejo de Estado, su fecha 14 de germinal, año VIII; á los senadores, prefectos y alcaldes, por sentencia consular del 7 de termidor, año IX. Además, el Código de instrucción criminal (art. 510 y siguientes) establece para la declaración de los funcionarios más elevados ciertas formas que se aplican, por identidad de razón, á lo civil; salvo combinarlo todo con el decreto de 4 de Mayo de 1812, relativo á la citación para declarar de los ministros y de los principales funcionarios del Estado.

En Inglaterra, por el contrario, Bentham nos refiere que se ha sostenido estrictamente la obligación que tienen todos de acudir á declarar en juicio. «Supóngase, dice (Observaciones sobre el artículo 21 de su proyecto de organización judicial), que el príncipe de Galles, el arzobispo de Cantorbery y el lord canciller pasan por una calle en que disputan un deshollinador y una trapera por un cuarto de manzanas; ¿podrán aquellos dignatarios negarse á presentarse en juicio, si juzgase conveniente uno de los dos adversarios llamarles como testigos?» Esta marcha tiene algo de eminentemente liberal, pero sería tal vez difícil introducirla en nuestras costumbres.

269. Tienen dispensa completa de declarar las personas á quienes su profesión obliga á guardar secreto. Y en efecto, el Código penal (art. 378) castiga con prisión de uno á seis meses y multa de 100 á 500 francos á los médicos, parteras y otras personas, depositarias por su estado ó profesión de los secretos que se les con-

fían, que hayan revelado estos secretos (1); prueba evidente de que para ellas es no solamente un derecho, sino también un deber guardar silencio, aunque no se aplique la pena más que á una revelación indiscreta, y de ningún modo á una declaración judicial. De acuerdo sobre el principio, ha habido divergencia acerca de la extensión con que debe aplicarse. Nunca ha ocurrido duda respecto de los abogados y procuradores, porque precisamente para los abogados se ha introducido el principio, que se ha extendido después á todas las personas que guardan secreto por su profesión: *Mandatis principum cavetur,* dice Arcadio (l. 25, Dig. *De testib.), ne patroni in causa cui patrimonium præstiterunt, testimonium dicant;* prescripción siempre respetada (Cas. 24 de Mayo de 1862) y que ha extendido la doctrina moderna á todo consejo dado por un hombre de ley en el ejercicio de sus funciones, aun por un agregado (Rouen, 17 de Diciembre de 1858). Pero, se ha preguntado, si están los notarios en el número de las personas obligadas por su estado á la discreción. Las decisiones diversas de la jurisprudencia sobre este punto pueden conciliarse de hecho, si se tiene en cuenta la naturaleza más ó menos confidencial de los puntos que se trata de revelar (Dens. de 10 de Junio de 1853 y 7 de Abril de 1870). * Los magistrados están también escudados por el secreto profesional respecto de los hechos que han pasado en la sala del consejo y en el acto de las deliberaciones (Cas. 18 de Agosto de 1882) *. En cuanto á los ministros del culto, nadie duda que sea igualmente imposible preguntarles sobre lo que se les ha confiado bajo el sigilo de la confesión. «Lo que sé por medio de la confesión, decía San Agustín, lo sé menos que lo que no he sabido nunca.» Pero se ha controvertido vivamente la cuestión de si una confidencia que se hace á un sacerdote, como sacerdote, aunque fuera de la administración del Sacramento de la penitencia, debe gozar de la misma inviolabilidad. El Tribunal de Casación (Cas. 30 de Noviembre de 1810) ha juzgado acertadamente, en nuestro concepto, decidiéndose por la afirmativa, y más recientemente el tribunal de Angers (Sent. de 31 de Marzo de 1841) ha extendido el mismo velo sobre los hechos que un obispo había sabido en el ejercicio de su

(1) La jurisprudencia inglesa admite la inmunidad del abogado y del procurador; pero obliga al cirujano á comunicar aquello de que se le ha informado á consecuencia de los cuidados que ha prestado (V. Blackstone, tomo 3.°, cap. 23, con las notas de M. Christian). Sin embargo, los estatutos revisados de Nueva-York (stat. 406. § 13) dispensan al médico de revelar lo que ha sabido de su cliente *in a professional character.*

jurisdicción canónica. El sistema contrario destruiría la confianza, que es lo único que puede producir el arrepentimiento, dando al sacerdote las apariencias de un delator, tanto más odioso, cuanto que se halla revestido de un carácter sagrado (1).

270. No basta obtener la declaración de los testigos; es preciso también que su declaración sea sincera. Las garantías que se pueden tener de esta sinceridad se derivan, ó de la naturaleza moral del hombre, ó del sentimiento religioso, ó del temor á la pena que se imponga.

271. La sanción natural de la veracidad de los testigos se encuentra en ese sentimiento poderoso que induce al hombre á decir la verdad, y que hace que cuando quiere faltar á ella, tenga que hacerse violencia. Lo verdadero y lo justo son dos polos hacia los cuales propende sin cesar el espíritu humano, cuando no está pervertido. Bentham *(Pruebas judiciales*, libro 1.º, cap. 10), queriendo referirlo todo á la utilidad, se esfuerza por sustituir otra explicación á esta tan sencilla y tan evidente de la fe ó crédito que se concede al testimonio de un hombre honrado. «Naturalmente, dice, se evita el sendero escabroso y se toma el camino más fácil; el motivo que nos induce á ello es el *amor á la comodidad*, motivo que obra frecuentemente sin notarlo nosotros, pero cuya influencia es más grande de lo que se cree comunmente. Veamos cómo influye en el caso del testimonio. Referir un hecho tal como se presenta á la mente, es obra de la memoria; referirlo como un hecho real con circunstancias que no han existido, es obra de la invención... Pues bien; el trabajo de invención es más penoso que el de memoria. He aquí, pues, una dificultad que evita quien expresa la verdad pura y simple». Así, según Bentham, la persona cuyo falso testimonio acaba de causar un enorme perjuicio á otro, no experimenta otra pena que la fatiga de haber imaginado una narración complicada, y el que declara la verdad sólo obra así por *pereza;* son sus propias expresiones. El interrogatorio no tiene otro objeto que luchar contra la inercia del testigo, hostigándole con preguntas multiplicadas. Tales doctrinas se refutan suficientemente por sí mismas. Es sensible encontrarlas en las obras de Bentham al lado de tantas observaciones tan útiles y tan sabias. Mas cierto es que la opinión pú-

(1) La jurisprudencia de los paises protestantes es mucho más extensa. El derecho común inglés no autoriza inmunidad alguna, ni aun respecto de la confesión, y la dispensa no se admite en Escocia ni en los estatutos de Nueva York (stat. 406, § 92), sino respecto de las revelaciones hechas *in the course of discipline*.

blica y el sentimiento de honor podrán frecuentemente, á falta de la conciencia, detener al testigo en el camino de la mentira.

272. La sanción religiosa consiste en obligar al testigo á prestar juramento, es decir, á llamar sobre sí la reprobación de la misma Divinidad, si su declaración no es sincera. El uso del juramento parece haber sido antiguo en Roma. *De parvula summa judicaturo*, dice Séneca *(De ira,* libro 2.º, cap. 19), *tibi res sine teste non probaretur; testis sine jurejurando non valeret.* La prescripción del juramento se renovó expresamente por Constantino (l. 9.º, Cód. *De testib.).* En la práctica francesa parece haberse observado desde tiempo inmemorial. Según Cujacio (Decret. *ad tit. De testib.,* pr.), el juramento da autoridad al testimonio, así como la escritura da autoridad á los documentos públicos: *Testimonia publica scriptura tuetur, testes jusjurandum.* Lo que diremos más adelante sobre el grado de eficacia del juramento, en cuanto se refiere á las partes, es igualmente aplicable á los testigos. También trataremos al hablar de dicha materia, de las diversas formas de que puede revestirse, y de la dispensa misma del juramento, reclamado por ciertas sectas.

273. Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la eficacia del juramento se reconoce que la corrupción de los hombres no permite considerar esta sanción como suficiente. En Roma, la pena capital, impuesta por la ley de las Doce Tablas (Aulo Gelio, libro 20, cap. 1.º), y que consistía en ser precipitado el condenado de lo alto de la roca Tarpeya, no se aplicaba probablemente sino en materia criminal (1). Mas adelante, el falso testimonio se consideró como una especie de falsificación (Modestino, l. 27, D. *De leg. Cornel. de fals.).* La pena que en otro tiempo era el destierro ó la relegación, parece haber llegado á ser enteramente arbitraria, según el derecho de Justiniano (compárase el texto original de Paulo en el libro 5.º, tit. 15, § 5.º, de sus sentencias, con este mismo texto relatado en el Digesto, en la ley 16 *De testib.).* Entre nosotros, muchas ordenanzas, á partir desde 1531, castigaron indistintamente con pena de muerte el falso testimonio en lo civil y en lo criminal; pero nuestros antiguos criminalistas atestiguan que en lo civil, jamás ha seguido este rigor en la práctica.

La legislación actual, sin ir tan lejos como las antiguas ordenanzas, despliega una justa severidad contra los que corrompían de esta suerte las fuentes de la justicia. El Código penal de 1791 cas-

(1) Así es evidentemente por la ley judía que imponía la pena del talión (Deuteronomio, cap. 19, vers. 21: *Animam pro anima, oculum pro oculo,* etc.).

tigaba con seis meses de prisión el falso testimonio en materia civil. El Código penal de 1810 (art. 863) lo castigaba con la pena de reclusión, á la que ha sustituído el texto revisado en 1863 la pena de dos á cinco años de prisión, 50 á 2.000 francos de multa. Además, el testigo que ha recibido ó que se ha hecho prometer una recompensa, es castigado hoy día con la pena de reclusión; la misma pena tiene el que lo ha sobornado (Ibid., artículos 364 y 365).

274. Independientemente de las sanciones que acabamos de designar, se halla garantizada la verdad del testigo con una precaución importante que ha justificado ha largo tiempo la experiencia: oblígasele á declarar oralmente á no leer ningún proyecto de declaración por escrito (*Cod. de proc.*, art. 271). Así le es mucho más difícil preparar anticipadamente un relato falso. En Inglaterra se permite fácilmente al acusado *refrescar su memoria* por medio de notas (M. Greenleaf, tomo 1.°, pags. 545 y siguientes). En Escocia no se admiten las notas sino cuando se han redactado en el momento en que han pasado los hechos (Alisons, *Practice of the criminal law*, 540-542). * Entre nosotros las notas son admisibles cuando la naturaleza de los hechos exige su empleo; así lo ha fallado el Tribunal de Casación (Den. 20 de Marzo de 1851), para la descripción de una operación científica. Tal es también la nueva disposición del código de procedimiento italiano (art. 243). Según el art. 273, § 3.° del código de procedimiento civil portugués de 1877, el testigo no puede llevar su declaración escrita; mas para responder á las preguntas que le sean dirigidas, tiene el derecho de auxiliarse de algunos documentos ó notas que se refieran á fechas ó hechos. *

*** Respecto á si tienen obligación los testigos de acudir á declarar en juicio, á que se refiere M. Bonnier en el núm. 266, nuestras leyes antiguas sancionaban esta doctrina, véase las leyes 20, tit. 9.°, lib. 2.° del Fuero real; la 35, tit. 16, Partida 3.ª, y la 1.ª, tít. 2.°, lib. 2.° de la Nov. Recop., que facultan al juez para apremiar con multa, embargo de bienes y aun arresto al testigo que llamado á declarar en un juicio civil ó criminal se negare á ello. Así es que, por regla general, toda persona estaba obligada á declarar en juicio y á comparecer para ello ante el juez y el escribano (arts. 2.° y 3.° del Real decreto de 11 de Septiembre de 1820).

Hallábanse dispensadas, sin embargo, por nuestro derecho de la obligación de comparecer á declarar en las casas ó sitio del juzgado los mayores de setenta años, las mujeres honradas, los prelados eclesiásticos, los militares de graduación y otras personas notables por su dignidad y ministerio, según prevenía la ley 36 del título 16, Part. 3.ª, la cual, aunque se cree por algunos derogada por la legislación moderna, se observa en la mayor parte de los casos en la práctica, pasando el juez á la morada de dichos testigos para que en ella den su declaración.

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

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

* * * Del juramento de los testigos y forma de sus declaraciones y preguntas relativas á su identificación nos ocuparemos en nuestra nota al número 263.

Dispone el art. 643 de la ley de Enjuiciamiento civil, que si los testigos residentes dentro del partido judicial rehusaren presentarse voluntariamente á declarar serán citados por cédula, si lo solicitare la parte interesada. Contra los inobedientes sin justa causa acordará el juez, también á instancia de parte, los extremos que estime conducentes para obligarles á comparecer, incluso el de ser conducidos por la fuerza pública. Añade el art. 644, que los testigos obligados á comparecer, conforme al artículo anterior, tendrán derecho á reclamar de la parte interesada la indemnización que corresponda. Hemos indicado ya en la nota mencionada que para el examen de los testigos fuera del lugar del juicio se librará exhorto ó despacho al juez respectivo.

Acerca de la comparecencia ante el juez, previene el art. 655 que si por enfermedad ú otro motivo que aquél estime justo no pudiere algún testigo personarse en la audiencia del Juzgado, podrá recibírsele la declaración en en su domicilio á presencia de las partes y de sus defensores, á no ser que, atendidas las circunstancias del caso, el Juez crea procedente no permitirles que concurran.

El falso testimonio en causa civil será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio y multa de 250 á 2.500 pesetas. Si el valor de la demanda no excediere de 50 duros, las penas serán las de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas. Si la declaración falsa fuere dada mediante cohecho, las penas serán las inmediatas superiores en grado á las respectivamente designadas en los artículos anteriores, imponiéndose además la multa del tanto al triplo del valor de la promesa ó dádiva.

Cuando el testigo, sin faltar sustancialmente á la verdad, la alteraren con reticencias ó inexactitudes, se impondrá una multa de 150 á 1.500 pesetas si la falsedad recayere en causa sobre delito, y de 125 á 1.250 pesetas si recayere en juicio sobre falta ó negocio civil. El que presentare á sabiendas testigos falsos en juicio será castigado como reo de falso testimonio (artículos 335, 337, 338 y 339 del Código penal).

El mismo Código sanciona el secreto profesional ó por razón del cargo oficial, imponiendo (artículos 371, 378 y 379) las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 125 á 1.250 pesetas al abogado ó procurador

que, con abuso malicioso de su oficio ó negligencia ó ignorancia inexcusables, descubra los secretos de sus clientes de los que haya tenido conocimiento en el ejercicio de su ministerio; y las de suspensión en su grado mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas al funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio. Si de la revelación resultaré grave daño para la causa pública, las penas serán de inhabilitación especial temporal en su grado máximo á inhabilitación especial perpetua y prisión correccional en sus grados medio y máximo. Si los secretos revelados pertenecen á un particular, el funcionario público que los descubra incurrirá en las penas de suspensión, arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.—*N de la R.*

§ III.—Exclusión de ciertos testigos.

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

275. La legislación romana, así como la de la mayor parte de los pueblos, desechaba completamente el testimonio de ciertas personas. Estas exclusiones parecían haber sido raras en lo civil, puesto que se nos cita como notable la prohibición de declarar en favor de personas de la misma familia que el testigo: *Etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur* (Val., l. 3.º, Cód. *De testib.*). Fuera de estas exclusiones, el grado de fe ó de fuerza que podía merecer tal ó cual testimonio se dejaba á la apreciación del juez. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*, dice Papiniano (l. 13, D. *eod. tit.*). La facultad de reprobar el testimonio, se entendía en el sentido de que el juez debía pesar con la más escrupulosa atención la declaración de un testigo sospechoso; pero no se encuentra rastro alguno en Roma de un sistema de *tachas*, que permitiera oponerse al examen de una persona capaz de declarar, por el solo hecho de que se tuviera algún motivo para dudar de su veracidad. Este sistema, que se opone á que se lean en audiencia pública declaraciones recibidas ante el juez comisario, tuvo su origen en nuestro antiguo derecho de las informaciones escritas. Vamos á tratar sucesivamente de la exclusión absoluta y de las tachas que son simplemente facultativas para una de las partes.

276. Nuestros antiguos monumentos de derecho francés, tales como el Gran Consuetudinario de Carlos VI, que contiene un capítulo de las Tachas (lib. 3.º, cap. 26), parecen confundir la exclu-

sión con las tachas propiamente dichas. No resulta haberse hecho la distinción con bastante claridad antes del Código de procedimiento civil. La ordenanza de 1667 establece una exclusión especial de los parientes consanguíneos y afines, distinta de las tachas ordinarias, que eran ilimitadas. Pero vemos, por otra parte, que los jueces estaban autorizados á suplir de oficio las tachas contra los testigos, cuando estas tachas eran notorias y resultaban de las actas del proceso (Merlín, *Repert.*, V. *Tacha*, § 4.°).

«Los parientes y afines de las partes, decía la ordenanza (tít. 22, art. 11), hasta los hijos de los primos hermanos inclusive, no podrán ser testigos en lo civil para declarar en su favor ó contra ellos, debiendo rechazarse sus declaraciones.» Esta disposición, vivamente criticada cuando se redactó la ordenanza, especialmente por el presidente Lamoignon, era una grave derogación de nuestros antiguos usos y costumbres (1) que, á imitación de las leyes romanas, no admitían como causa de tacha perentoria más que el parentesco ó la afinidad en línea recta. Bouteillier refiere en su *Suma rural* (cap. 106) haber visto recibir la declaración de un hermano en favor de su hermano por *pasantes de derecho*.

El Código de procedimiento (art. 268), volviendo á esta innovación mal observada en la práctica, prohibe solamente citar al pariente consanguíneo ó al afín en línea recta de una de las partes (2) ó á su cónyuge, aunque se halle divorciado. El Código, así como la ordenanza, no permite que se cite á un próximo pariente sino en favor de su próximo pariente: *Apud concordes excitamenta caritatis; apud iratos irritamenta odiorum*. Restringida en estos límites, la prohibición puede justificarse. *Parentes et liberi*, dice Diocleciano (l. 6.° Cód. *De testib.), adversum se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*; y tal es también la disposición del Código de procedimiento austriaco de 1782, § 206, núm. 1.° Hay, no obstante, alguna extrañeza en recibir, según veremos en materia criminal, testimonios que serían completamente rechazados en las cuestiones puramente pecuniarias.

Aun en lo civil, hay casos en que llegan á ser necesarios los testimonios domésticos. * Las informaciones relativas al divorcio, según el nuevo art. 245 del Código civil, que ha reemplazado al ar-

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

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

tículo 251 (ley de 18 de Abril de 1886) * (1), admiten á todos los parientes, salvo los hijos de los cónyuges. Créese generalmente que debe hacerse lo mismo cuando se trata de probar los nacimientos, matrimonios y defunciones (Ibid., art. 46). Así como lo ha hecho notar la Audiencia de Tolosa (17 de Agosto de 1809), uno de los elementos de la posesión de estado (art. 331) consiste en el hecho de que el niño haya sido *reconocido como tal por la familia*. Los individuos ó miembros de la familia son, pues, los primeros testigos del estado de las personas. No debería desecharse en este último caso los testimonios de los hijos, cuando han podido saber los hechos, puesto que no ha lugar entonces á invocar el motivo de pudor público que militaba contra su exclusión en el caso de separación de cuerpos.

277. La exclusión de los parientes consanguíneos y afines de las partes, lleva consigo con mucha más razón, la de las partes mismas. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*, dice Pomponio (l. 10, Dig. *De testib)*. Vemos, no obstante, á muchos tribunales de Inglaterra y de América (M. Greenleaf, tom. 1.º, pág. 443 y nota 4.ª), autorizar á una parte á declarar sobre los hechos del proceso. Pero esto no es más, aunque bajo otra forma, que el interrogatorio ó la comparecencia personal autorizadas en nuestro derecho. Lo que está prohibido entre nosotros, no es que se oiga á la parte de un modo absoluto, sino que se la oiga como testigo, con las formalidades de las informaciones.

278. Es difícil justificar otra clase de prohibiciones. Tal es la que resulta de los artículos 34 y 42 del Código penal, los cuales, refiriendo á ciertas condenas la incapacidad de testificar, consideran el testimonio en juicio como un derecho, más bien que como un deber. Bentham *(Tratado de las penas*, edición de Dumont, libro 7.º, sec. 4.ª) pone con razón esta pretendida pena en el número de las que él llama *fortuitas*, en cuanto que hiriendo al azar, recaen siempre sobre el inocente, en vez de dirigirse contra el culpable. «Yo soy, dice, el hombre más malo que se puede suponer; acontéceme ver á un hombre atacar á otro; los dos son extraños para mí; el atacado me llama como testigo, como único testigo

(1) * La ley de 27 de Julio de 1884, restableciendo el divorcio, ha hecho revivir la mayor parte de las disposiciones del Código civil sobre esta materia. Una ley de 18 de Abril de 1886 sobre el procedimiento en materia de divorcio y de separación de cuerpos ha venido á modificar los artículos 234 á 252 y el art. 307 del Código civil y abrogar los artículos 253 al 274. *

contra su agresor (1). He sido convicto de perjurio, y si se quiere, de veinte perjurios; pero las partes son tan pobres, que ninguna puede ofrecerme la más pequeña tentación. ¿Qué es, pues, lo que puede inducirme á dar un falso testimonio? Nada. ¿Qué peligro hay en oírme? Ninguno. ¿Qué resultará si se me rechaza? El triunfo del opresor. Pues bien: nada tiene de extraño ni de improbable un caso de esta naturaleza.» Las consecuencias tan graves que arrastra este sistema deben inclinar tal vez á que se adopte, contra el parecer de Boncenne (*Teoría del procedimiento civil*, cap. 18), la idea de que se debe, por lo menos, recibir, tanto en lo civil como en lo criminal (*Cód. pen.*, arts. 34 y 42), á título de simple instrucción, es decir, sin prestarse juramento, la declaración de personas á quienes niega el legislador la cualidad de testigos. Esta opinión, que pone la ley civil en armonía con la criminal, puede justificarse, bien por los términos generales de los artículos precitados, que hablan de sencillas noticias, de simples declaraciones, sin distinguir cuál es la jurisdicción que entiende del negocio, bien por la consideración de que no se pronuncia ninguna exclusión absoluta bajo este respecto en el título de las informaciones, en que sólo se trata de los parientes consanguíneos, afines ó cónyuges. En breve veremos, al tratar de la apreciación de los testimonios, cuál es la autoridad de estas instrucciones ó noticias. Nuestra opinión, por otra parte, ofrece poco peligro, si no es que lo haya en oir esta clase de declaraciones, puesto que en la mayor parte de los casos (2) serán tachables los que sufrieron condena, y no podrá oírseles, en su consecuencia, sino con el asentimiento de la parte interesada (3).

---

(1) Debe suponerse entre nosotros que se intenta la acción en lo civil: en lo criminal se admitirá la declaración sin dificultad á título de instrucción.

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

(3) Los traductores napolitanos combaten esta asimilación de las materias civiles á las criminales, porque, según ellos, no procediendo el juez en materia civil de oficio y según su conciencia, no puede, como en la penal, detenerse en indicios, en semipruebas, sino que necesita una prueba perfecta para dar una sentencia definitiva. En su consecuencia, una *simple noticia* no tiene para él valor alguno legal. Si fuera fundado este sistema, sería necesario reconstruir, en lo civil al menos, la doctrina de la antigua jurisprudencia, que produce la convicción de los magistrados por reglas *á priori*. Por el contrario, es muy sabido que en la apreciación de una información, procede el juez como haría un jurado, y que en su consecuencia, sólo hay que hacer una pregunta: ¿Tiene *íntima convicción* de la

279. Las tachas de que tenemos ahora que ocuparnos, y que son muy distintas de las exclusiones, no eran conocidas, según hemos dicho, en la legislación romana. No es esto decir que no se haya querido sostenerlas con la autoridad de esta legislación; pero se ha verificado desnaturalizando los textos. Así se ha tomado de un fragmento de Callistrato (l. 3.°, pr., Dig. *De testib.)* una parte de las causas de tachas admisibles por nuestros autores antiguos. Este jurisconsulto enumera, en efecto, diversas circunstancias que hacen el testimonio más ó menos sospechoso. Pero ¿cuál es su conclusión? *Testium fides diligenter examinanda est.* En la Novela 90 (cap. 7.°) se halla una excepción que sólo sirve para confirmar la regla. Si hay proceso criminal entre la parte y uno de los testigos, Justiniano rechaza este último, *non adsit ad testimonium.* Pero en los otros casos debe recibirse el testimonio, salvo el discutirlo. *Procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quæstiones.*

Nuestros legistas han preferido cortar el nudo gordiano. No han querido ni aun que se pudiera tener conocimiento de la declaración del testigo tachado, desconociendo esta verdad de experiencia, que un juez hábil puede deducir noticias útiles de declaraciones que parecían poco dignas de fe. ¿No basta advertir, como se hace en lo criminal, las circunstancias particulares que permiten poner en duda la imparcialidad del testigo? La razón de Voltaire se anticipó sobre este punto á las teorías de los publicistas modernos: «Me inclinaría á creer, dice *(Valor de la justicia y de la humanidad,* fragmento publicado en la *Gaceta de Berna,* art. 22, § 4.°), que todo hombre, sea quien fuere, puede ser admitido á declarar. La imbecilidad (1), el parentesco, el haber sido doméstico, la infamia misma, no impiden que se hayan podido oir y ver bien; el juez es quien debe apreciar el valor del testimonio y las tachas que se deben oponer.» Los progresos que ha hecho la instrucción criminal no han ejercido ninguna influencia sobre el procedimiento civil, que ha sido abandonado á sus antiguos errores. Nuestros antiguos autores eran consecuentes por lo menos con un sistema vicioso.

---

verdad de los hechos? Pues bien; el testimonio de una persona que se reputa infame, pero que no tiene interés en el caso en cuestión, puede evidentemente hacer que nazca esta íntima convicción.

(1) En apoyo de esta aserción que parece extraña sobre la *imbecilidad,* se puede citar el ejemplo traído por M. Greenleaf (tom. 1.°, pág. 483, nota 1.ª) de una persona que se creía poseída de 20.000 demonios, y cuyo testimonio fué admitido, habiendo asegurado un médico, que se daba perfectamente cuenta de las transacciones que habían tenido lugar ante ella.

Como sentaban por principio, según veremos en el párrafo siguiente, que un número determinado de testigos constituía una prueba legal, tenían fundamento para exigir que estos testigos se hallasen al abrigo de toda sospecha. Por eso quería Justiniano que hubiera *quinque testes idonei*, para constituir la prueba del pago de una deuda consignada por escrito (l. 18, Cód. *De fid. instr.*). En el día que se pesan y no se cuentan los testimonios, no es la teoría de las tachas más que un vestigio de doctrinas anticuadas, en manifiesta contradicción con el espíritu del derecho actual. Así, la ley de procedimiento de Ginebra (arts. 188 y 190), después de haber excluido los parientes consanguíneos y afines hasta el tercer grado en línea transversal, se limita á añadir: «Se admitirán todas las demás personas como testigos, salvo articular las partes y apreciar los jueces las diversas circunstancias corroborativas é infirmativas del testimonio.» La ley de Italia (art. 237) decide que en todo caso, el testigo sospechoso debe ser examinado, salvo el derecho del tribunal para apreciar su declaración (1). La doctrina inglesa, que admite en cierto grado la teoría de las pruebas legales, sienta cuatro hipótesis en que es inadmisible el testimonio *(incompetency of witnesses)*: la falta de inteligencia, la falta de creencias religiosas, la infamia y el interés. En los demás casos, deja á los jueces la apreciación de la credibilidad de los testigos. * El Código de procedimiento civil alemán de 1877 abolió las causas de exclusión ó de tachas. Así un pariente puede declarar, salvo el derecho del juez á apreciar soberanamente la fe que crea conveniente dar á su testimonio (Véase Lederlin, loc. supra cit., p. 512). El Código de procedimiento civil de Portugal, al contrario, ha consagrado la teoría de las tachas (Véase Noticia de M. Midosi en el *Anuario de legislación extranjera*, 1877, p. 434. Adiciónese, *Teoría de las pruebas*, Neves y Castro, páginas 293 y siguientes) *.

280. Nuestro sistema de tachas no es solamente vicioso en su base, sino que lo es igualmente en su ejecución. La exclusión de los testigos, suponiéndola fundada, debería emanar de la justicia, y no del interés ó de las pasiones. Pues bien: la ley deja á la parte atacada la facultad de aceptar ó de rechazar los testigos que presenta el adversario. Hay más: se les tachará, después de su decla-

(1) El proyecto de reforma de nuestro Código de procedimiento (art. 231) tan sólo dispone la exclusión por causa de parentesco ó de alianza y permite oir á título de información á las personas que la ley ó las decisiones judiciales han declarado incapacitadas de dar testimonio ante los Tribunales.

ración, tal vez porque hayan dicho demasiado bien la verdad, y porque sea más fácil cerrarles la boca que refutarlos. Es verdad, que para mitigar este inconveniente *(Cód. de proc.,* art. 282), se quiere que no se proponga ninguna tacha después de la declaración, si no se justifica por escrito, aun cuando la parte pretendiera no haber sabido la causa de la tacha hasta después de la declaración (Burdeos, 25 de Agosto de 1852). Esta es una garantía contra las tachas que se imaginan por espíritu de recriminación. Pero puesto que el motivo es serio, ¿por qué permitir á la parte que lo tenga en reserva? ¿Por qué dejarle la facultad de eliminar tardíamente tal ó cual testimonio? Parece en verdad que la supresión de una declaración, que es tal vez fundamental en el proceso, no tiene más importancia que una nulidad de citación, de que se puede hacer caso omiso á su antojo. Finalmente, el postrer vicio que se refiere á que no se permita al juez comisario establecer ó determinar sobre las tachas, es que el testigo tachado es oído en su declaración (Ibid., art. 284). Pues bien: el juez que lo ha oído, entiende también en la decisión del negocio, y aunque no hay duda que sus colegas no tendrán conocimiento de la declaración, ¿le será posible á aquél borrar completamente de su espíritu la supresión favorable ó desfavorable que habrán dejado en él las palabras del testigo? Vése, pues, que este sistema, cuyo punto de partida es erróneo, no tiene ni aun el mérito de ser consecuente.

281. El antiguo derecho no limitaba las tachas. La ordenanza de 1667 (tít. 23, art. 1.º) exigía solamente que fueran circunstanciadas y pertinentes. La facultad de tachar había adquirido tal extensión, que hubiera podido preguntarse, no ya cuáles eran los testigos tachables, sino cuáles eran los que podían no serlo. Así se admitía como motivos suficientes: la sospecha de enemistad, alegación sumamente vaga y elástica; la sospecha de soborno, que resultaba de la pobreza, según este triste adagio de Loysel *(Instit. coutum.*, título de las pruebas, art. 16): «Pobreza no es vileza, pero en gran pobreza no hay gran lealtad»; la infamia, que ocasionaba no sólo ciertas condenas, sino también ciertas profesiones, como las de cómico ó cortesana. El Parlamento de Tolosa juzgó el 14 de Octubre de 1656 que debía tacharse al testigo que hubiera pegado á su padre, como si esta mala acción de conducta privada implicara necesariamente que fuese falsa su declaración contra un tercero. Pero en compensación, juzgó el mismo Parlamento, el 18 de Marzo de 1667, que la embriaguez no era causa de tacha, porque el vino es sincero, y á veces obliga á decir la verdad á los que quisieran

callarla, motivo que, si fuera fundado, conduciría á la conclusión de que un buen juez debe hacer beber á los testigos (1).

¿Existe, aun, rigiendo el Código de procedimiento, esta latitud, indefinida, que daba lugar á tantos abusos? Autores graves lo han creído así, pero entonces ¿de qué serviría la enumeración que hace el art. 283 de este mismo código? Cuando determina la ley las personas que pueden ser tachadas, con la indicación precisa de las circunstancias requeridas para que sea fundada la tacha, ¿es razonable suponer que sólo haya querido poner ejemplos? Con semejante sistema de interpretación, puede también sostenerse que los casos en que ha lugar á pedir reposición de una providencia en lo civil, especificados en el art. 480 del Código de procedimiento, sólo se indican por vía de demostración; lo cual jamás se ha atrevido á pretender nadie. Difícilmente conciliable con el texto esta opinión, se encuentra además en oposición evidente con la intención manifestada por los redactores del Código de procedimiento, de especificar las causas de tachas. Y lo notable que hay en esto es que muchos tribunales atacaron dicha limitación, contraria á la doctrina de 1667. Así el tribunal de Turín proponía modificar la redacción, diciendo: Podrán presentarse *particularmente* como tachas, etc. Pero el Consejo de Estado no tuvo consideración á estas observaciones. En último resultado, se volverá para los casos omitidos, á lo que hubiera debido hacerse respecto de todos, á la lectura pública de la declaración, salvo hacer resaltar en los informes todas las causas de sospecha legítima. Muchas decisiones judiciales, y especialmente una sentencia de casación de 25 de Julio de 1826 (véase también París, 4 de Noviembre de 1865), han declarado limitativa la enumeración hecha por la ley. La verdad es que sentencias más recientes, emanadas algunas del Tribunal Supremo (Dens. 4 de Mayo de 1863 y 2 de Julio de 1866; * sent. de 8 de Mayo de 1883 *), sientan por tesis, en sus considerandos, que el art. 283 sólo es enunciativo; pero no debe deducirse de esto que la jurisprudencia moderna admita todas las tachas de otro tiempo; la mendicidad, la enemistad personal, etc. En casi todos los casos sobre que ha habido resolución, el testigo tachado tenía un interés en la causa. Ahora bien: si el legislador rechaza al heredero presunto, como indirectamente interesado (*Cód. de proc.*, art. 283, 4.º), se comprende que haya lugar para desechar *à fortiori* al que tiene

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

un interés directo é inmediato (1). La doctrina del Tribunal de Casación (2 de Julio de 1866, 10 de Marzo de 1868, * Cpr. Besançon, 28 de Diciembre de 1880 *) deja al juez un poder soberano de apreciación. Debe notarse, que el derecho común inglés, que no admite la tacha que proviene del parentesco ni del hecho de haber sido doméstico de aquel á cuyo favor se declara, excluye completamente al testigo que tiene un interés directo en el pleito (2) (Philipps, part. 1.ª, lib. 1.°, cap. 5.° * Cpr. Glasson, *Historia del derecho y de las instituciones de Inglaterra*, t. 6.° págs. 648 y siguientes. *).

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

283. Bajo el primer punto de vista, se puede tachar á los parientes consanguíneos ó afines de una ú otra de las partes en línea colateral (3), hasta el grado de primo hermano inclusive. El Código de procedimiento es aquí mucho más moderado que la ordenanza de 1667, según la cual, la exclusión era absoluta y llegaba hasta el cuarto grado. Pero cuando los lazos de la familia se hallan tan relajados como lo están en nuestra época, no es ir demasiado lejos, no detenerse hasta el grado sexto (4). Como quiera que sea, la tacha, lo mismo que la exclusión por igual motivo, comprende á los consanguíneos ó afines citados contra mí, lo mismo que á los que fueran citados en mi favor. Ya hemos visto que, según el sistema de la ley, unos y otros se consideran como sospechosos. El art. 283 añade: «Los consanguíneos ó afines de los cónyuges en el grado dicho, si vive el cónyuge, ó si la parte ó el testigo tienen hijos que vivan. En el caso de haber fallecido el cónyuge sin haber dejado descendientes, podrán ser tachados los consanguíneos y afines en

(1) Pero es necesario que el interés no sea mínimo, como lo sería el de miembro de una sociedad de seguros mutuos contra incendios, en un negocio concerniente á la compañía (Orleans, 12 de Abril de 1856).

(2) Los estatutos revisados en Nueva York, y muchos otros Estados americanos (Greenleaf, Ibid., tom. 1.°, pág. 507, nota 1.ª), han adoptado el sistema más racional que admite el examen del testigo aun interesado en el negocio, salvo tener esto en cuenta según fuere de razón.

(3) Añadimos en *línea colateral*, porque en línea recta, como hemos hecho ya notar, no se trata de una tacha, sino de una exclusión absoluta (*Cód. de procedimiento*, art. 268).

(4) La ley de Ginebra se ha detenido en el grado tercero (V. núm. 279); el Código de procedimiento de Austria en el cuarto (§ 207, núm. 1.°).

línea recta, los hermanos, cuñados, hermanas y cuñadas». Resulta manifiestamente de este texto, contra la opinión de Toullier (tomo 9.°, § 289), que se puede tachar, no solamente á los parientes del cónyuge de una de las partes, es decir, á sus afines, sino también á los afines de este cónyuge que no sean, sin embargo, afines de la parte. Se puede criticar esta extensión é invocar el principio que prevaleció en el Concilio de Letrán en el siglo XIII, respecto de las prohibiciones de matrimonio. *Affinitas non parit affinitatem* (V., no obstante, Modestino, l. 4.°, § 3.°, D. *De grad. et adfin).* Pero las expresiones de la ley son demasiado explícitas para ser susceptibles de otra interpretación. Distínguese en ella, efectivamente, si el cónyuge de la parte ha muerto ó no sin dejar hijos, y declara tachables, en uno y otro caso, los *afines* del cónyuge, haciendo variación solamente en el grado en que se detiene la facultad de tachar á los testigos. Es casi inútil añadir que nada debe impedir la admisión de los consanguíneos ó afines, en el caso en que cesa hasta la exclusión por causa de consanguinidad ó afinidad, es decir, cuando es necesario el testimonio doméstico, como en materia de separación de cuerpos.

284. Bajo el segundo punto de vista, se puede tachar: 1.° Al testigo heredero presunto ó donatario, puesto que el interés ó el reconocimiento le encadena al buen éxito de la causa de la parte que le hace citar. 2.° Al comensal de la parte ó que comió ó bebió con y á costa de ella, después que se dió la providencia que mandó la información *(Nancy 31 de Enero de 1874). * Este motivo es vivamente criticado por Boitard (sobre el art. 283) como injurioso al honor de los testigos. Desgraciadamente, la experiencia diaria no viene en apoyo de tan generosa reclamación, porque las seducciones de esta naturaleza son demasiado frecuentes, aun en la esfera en que se agitan los intereses más elevados. No hay duda que la sospecha valdría más que la exclusión facultativa; pero esto es atacar el conjunto del sistema que estamos lejos de justificar. Una vez admitido dicho sistema, la citada causa de tacha, aunque poco honrosa, está lejos de ser inútil. Si alguna vez conviene tomar á los hombres tales como son, y no tales como deberían ser, es en los casos de procedimientos judiciales. 3.° El que haya dado certificados sobre hechos relativos al proceso; porque entonces puede temerse, bien sea una resolución anticipada en favor del consultante, bien la obstinación del amor propio, que se niega á retractarse. Parécenos, sin embargo (Colmar, 27 de Enero de 1863), que la certificación que se ha dado sobre un hecho no hace al testigo tacha-

ble para otro hecho. No debe entenderse solamente por *certificaciones* los testimonios oficiosos y voluntarios á los que se da generalmente el nombre de tales, como, por ejemplo, las certificaciones de enfermedad que expiden los médicos. Cuando los vocales de un consejo de familia ó de un consejo municipal, aunque obrando en el ejercicio de sus funciones, han atestiguado personalmente los hechos en litigio, no se encuentran ya en las condiciones de independencia de espíritu necesarias para declarar en juicio según el sistema de la ley, y llegan á ser tachables desde entonces (Sentencia deneg. de 2 de Julio de 1855; Montpellier, 13 de Julio de 1847). De otro modo sería, si hubieran emitido solamente su parecer sobre la cuestión, sin atestiguar nada personalmente (Cas. 25 de Julio de 1826; Douai, 1.º de Febrero de 1847). Háse igualmente rehusado, y con razón, considerar como habiendo dado un certificado al oficial público que recibió, en el ejercicio de sus funciones, el acta relativamente á la cual se ordena la información; por ejemplo, el notario que extendió un testamento (Cas. 23 de Noviembre de 1812) (1). 4.º Los criados, servidores y domésticos. «Los que están á mi pan ó á mi plato, dice Beaumanoir (cap. 39, § 34), no deben ser oídos como testigos en favor mío». Llámanse propiamente *servidores* los que prestan servicios materiales, como los criados, doncellas, etc., y *domésticos ó dependientes* los que prestan servicios de orden más elevado, como los secretarios, bibliotecarios, etc. Tal era al menos el lenguaje antiguo. Pero si es verdad que en una y en otra hipótesis hay relación íntima con la persona, y en su consecuencia, presunción de parcialidad, esta presunción tiene menos fuerza cuando los servicios prestados pertenecen al orden intelectual. Así es que ha admitido la jurisprudencia la facultad de tachar á un comisionista (Rennes, 30 de Julio de 1840; Douai, 20 de Mayo de 1747); un tenedor de libros (Den. 14 de Diciembre de 1869), al empleado de un camino de hierro (Chambery, 31 de Noviembre de 1866) (2); pero no al preceptor del hijo de una de las partes, ó al escribiente de un notario interesado en la causa (Bourges, 6 de Junio de 1825; Riom, 28 de Noviembre de 1828). «Respecto de los artesanos que trabajan para nosotros, dice Pothier *(Proc. civ.*, parte 1.ª, cap. 3.º, art. 4.º, § 3.º), nuestros servidores, nuestros colonos,

(1) * Las más recientes sentencias no aplican esta tacha á los funcionarios y personas investidas de un mandato público que no tienen el derecho de negar el testimonio que ellos han prestado. Cpr. Sent. 23 de Enero de 1877. *

(2) * Cpr. sobre estos diversos puntos Cas. civ., 29 de Diciembre de 1880, y Sent. de 14 de Diciembre de 1881. *

pueden declarar en pro y en contra de nosotros». En esto hay, por lo demás, una cuestión de apreciación, en la que el tribunal regulador podrá difícilmente revocar las decisiones del juez del hecho. Añadamos que en materia de *divorcio y de * separación de cuerpos, la misma necesidad que hace admitir á los parientes, impide tachar á los domésticos *(Cód. civil*, art. 245 nuevo, * antiguo art. 251*), lo cual debe entenderse aun respecto de los servidores. *Hujusmodi delicta*, dice Mascardo (concl. 60, núm. 20), *probari possunt per ipsos testes domesticos, quia solent fieri clam et occulte et non coram multis.*

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

---

(1) En el derecho canónico se podía hacer cesar, cuando lo requería la causa, la incapacidad que recaía en el testigo excomulgado: *Si contra monachos*, dice Honorio III, *excommunicationem ad impediendum causæ processum opponi contingebat, absolvimus eos ad cautelam.* El Código penal italiano de 1859 (artículos 19 y 89) no reproduce la incapacidad por condena penal.

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

286. Los testigos de edad menores de 15 años no son tachables (*Cód. de proc.*, art. 285). Son, pues, oídos, salvo el derecho del tribunal, de tener en consideración su corta edad. No obstante las dudas que se han suscitado sobre este punto por muchos autores, creemos que debe aplicarse aquí, por identidad de razón, el art. 79 del Código de instrucción criminal, que no requiere se preste juramento. Esta formalidad, demasiado prodigada ya entre nosotros, es verdaderamente irrisoria, cuando se impone á los menores que no comprenden su importancia. Según los términos de la ordenanza de Baden sobre el procedimiento civil (§ 621), los testigos de 14 á 16 años deben ser sometidos á un examen preliminar, para acreditar si la inteligencia y el sentimiento religioso se hallan en ellos suficientemente desarrollados. En Inglaterra y en América se va más adelante, admitiéndose á prestar juramento, previo examen, á los niños de siete y aun de cinco años! (M. Greenleaf, tomo 1.°, páginas 484 y 485). Esto consiste en que se admiten en dichos países las declaraciones no juramentadas. Pero es preciso convenir que este examen, si se hace sumariamente, ofrece pocas garantías, y si se profundiza en él, ocasiona una lentitud sensible, sobre todo en lo criminal. La ley de procedimiento austriaco (§ 204) excluye completamente en lo civil á los menores de quince años (1).

287. En los casos previstos por la ley, ¿puede admitirse ó desecharse la tacha al arbitrio del juez? La opinión que quiere que las tachas sean ilimitadas admite por vía de consecuencia (V. sentencia deneg. de 2 de Enero de 1843 y muchas sentencias del Tribunal de apelación, especialmente de Riom de 30 de Mayo de 1844; Poithiers, 25 de Abril de 1850; *Nimes, 20 de Agosto de 1877; Aix, 25 de Febrero de 1878; Besançon, 28 de Diciembre de 1880 *), que el tribunal tiene un poder discrecional relativamente á las tachas propuestas; de otra suerte, imaginarían las partes diariamente nuevas causas de tachas contra los testigos. Pero los que creen, como nosotros, que el art. 283 es limitativo, no tienen que temer este peligro de arbitrariedad, que la opinión contraria se crea á su placer. No hay duda que valdría más dejar al juez un poder discrecional; pero desgraciadamente esta opinión no nos parece com-

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

patible con el art. 291, según el cual, si se admiten las tachas, no debe leerse la declaración del testigo tachado. Admitir lar tachas sin saber la declaración de los testigos es evidentemente pronunciarse *à priori*, según una regla general y no según el examen de los hechos. Así fué como el Tribunal de apelación de Turín comprendía el proyecto, cuando decía en sus observaciones: «Creemos, contra los autores del proyecto, que las declaraciones de todos los testigos deben leerse y apreciarse por la ilustración de los jueces.» Ahora bien: el proyecto no experimentó ninguna modificación en este sentido en el Consejo de Estado. No debe, pues, vacilarse en reconocer, que al reducir las tachas á casos determinados, el artículo ha querido establecer una obligación y no una facultad á favor del juez. En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias de Tribunales de apelación (París, 22 de Febrero de 1862; Burdeos, 22 de Diciembre de 1862; *Nancy, 21 de Febrero de 1874 *) y una sentencia denegatoria por la Sala civil el 12 de Enero de 1848.

288. Las tachas se discuten en la audiencia, cuando se ha concluído y notificado la información por la parte más diligente; si sólo se acreditan por testigos, ha lugar á nueva información, que se hace sumariamente, es decir, ante el tribunal *(Cód. de proc.*, artículos 287 y 290). ¿Se puede tachar á los testigos oídos en esta nueva información? La lógica conduciría á responder afirmativamente sin distinción alguna; pues ¿por qué había dé haber más facilidad para admitir la prueba de las causas de tachas que la de los hechos principales? Pero si se admitieran terceros testigos que viniesen á declarar sobre las tachas opuestas á los segundos que tachan á los primeros, ¿por qué no habían de poder articularse contra estos terceros testigos tachas que dieran lugar á una cuarta información, y así hasta lo infinito? Háse comprendido que era preciso detenerse en esta pendiente resbaladiza. De aquí la antigua máxima (Loysel, *Inst. cout.*, libro 5.°, tít. 5.°, núm. 18): «No se admiten reprobatorios de reprobatorios» (tachas de tachas). Este principio se remonta al derecho canónico. Cujas dice en su Comentario á las *Decretales* (ad. cap. 49, *De testibus*): *Testes testibus refelli posse semel et iterum non tertium: alioquin nullus esset litium finis, nullus calumniandi modus.* Siguiendo el mismo espíritu, no admite el Código de procedimiento, contra los testigos presentados en la segunda información, la que tiene lugar sumariamente sobre las tachas, más que las tachas justificadas por escrito (Ibid., art. 290). Este es un expediente, sin duda, más bien que un medio regular de salir del paso; pero proceder de otra suerte, hubiera sido entrar en

un camino sin salida. Lo cierto es que las consecuencias del sistema revelan el vicio que encierran.

*** Las leyes de España no prohiben de un modo absoluto comparecer como testigos en los pleitos civiles á los parientes de las partes. Las leyes 10, 11 y 15, tít. 16, Partida 3.ª, y la final, tít. 30, Partida 7.ª, previenen tan sólo que nadie puede ser apremiado á declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado, ni el yerno contra su suegro, ni éste contra aquél, ni el padrastro contra su entenado, ni al contrario; mas si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho. Pueden ser testigos, viviendo independientes y con peculio propio, los hermanos entre sí; y asimismo el padre y el abuelo en favor de sus hijos ó nietos, y los descendientes en favor de los ascendientes, cuando el hecho cuestionable sea relativo á la edad de alguno de los descendientes, ó en razón de parentesco: leyes 14 y 15, tít. 16, Partida 3.ª

Respecto al punto sobre el estado del proceso en que deberán tacharse los testigos de que trata M. Bonnier en el núm. 280, según las leyes de Partida, podian las partes oponer las tachas contra las personas de los testigos al tiempo de presentarse y juramentarse éstos, y antes de la publicación de probanzas, y pareciendo al juez tales que debieran admitirse, las recibia á prueba y daba sentencia sobre ellas, y después corria el pleito en lo principal. Esta disposición tenia por objeto evitar que se procediera inútilmente á tomar declaración á los testigos tachables. Mas como podia suceder que se ignorase que concurrian en los testigos presentados las circunstancias que ocasionan las tachas, hasta después de juramentados y de haber dado sus declaraciones, y como en tal caso no se les hubiera podido tachar si sólo se hubiera permitido hacerlo al recibirles juramento, la misma ley de Partida citada facultaba para oponer las tachas después de la publicación de probanzas en general. Pudiendo, pues, poner las partes tachas á los testigos, bien al tiempo de juramentarlos, con obligación de probarlas entonces, bien después de publicadas las probanzas, con igual obligación, resultaba que verificaban dos pruebas sobre tachas, dilatándose los pleitos con perjuicio de las partes y contra el interés del público. Para evitar estos inconvenientes, la ley 1.ª, tít. 12, libro 2.º de la Novísima Recopilación, si bien no excluyó la facultad de las partes para poner tachas contra las personas de los testigos al tiempo en que juraran, las permitió oponer después de la publicación de probanzas esta clase de tachas, disponiendo se verificase la prueba después de dicha publicación, de suerte que, aunque se tacharan antes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspendia el pleito principal, ni se recibian á prueba, reservando hacerlo en tiempo oportuno después.

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

*** Cada parte, dice la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 660, podrá tachar los testigos de la contraria en quienes concurra alguna de las causas siguientes: 1.ª, ser el testigo pariente por consanguinidad ó afinidad, dentro del cuarto grado civil, del litigante que lo haya presentado; 2.ª, ser, al prestar su declaración, socio, dependiente ó criado del que lo presentare; se entenderá por criado ó dependiente, para los efectos de esta disposición, el que viva en las casas del litigante y le preste en ellas servicios mecánicos mediante un salario fijo; y por dependiente, el que preste habitualmente servicios retribuídos al que lo hubiere presentado por testigo, aunque no viva en su casa; 3.ª, tener interés directo ó indirecto en el pleito ó en otros semejantes; 4.ª, haber sido el testigo condenado por falso testimonio; 5.ª, ser amigo íntimo ó enemigo manifiesto de uno de los litigantes. Las tachas se alegarán dentro de los cuatro días siguientes al en que se hubieren terminado las declaraciones de los testigos de la parte

contraria á la que las alega, si aquellos no las hubieren confesado en su declaración, y pueden ser objeto de impugnación y de prueba. Esta, ó los escritos en que se hayan propuesto las tachas, si aquélla no se hubiere practicado, se unirán á los autos y se tendrán presentes á su tiempo (artículos 661 á 666).

Véanse ahora las disposiciones del Código civil acerca de esta materia:

«Art. 1244. La prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida.

»Art. 1245. Podrán ser testigos todas las personas de uno y otro sexo que no fueren inhábiles por incapacidad natural ó disposición de la ley.

»Art. 1246. Son inhábiles por incapacidad natural:

»1.º Los locos ó dementes.

»2.º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído.

»3.º Los menores de catorce años.

»Art. 1247. Son inhábiles por disposición de la ley:

»1.º Los que tienen interés directo en el pleito.

»2.º Los ascendientes en los pleitos de los descendientes, y éstos en los de aquéllos.

»3.º El suegro ó suegra en los pleitos del yerno ó nuera y viceversa.

»4.º El marido en los pleitos de la mujer y la mujer en los del marido.

»5.º Los que están obligados á guardar secreto, por su estado ó profesión, en los asuntos relativos á su profesión ó estado.

»6.º Los especialmente inhabilitados para ser testigos en ciertos actos.»

Lo dispuesto en los números 2.º, 3.º y 4.º no es aplicable á los pleitos en que se trate de probar el nacimiento ó defunción de los hijos, ó cualquiera hecho íntimo de familia que no sea posible justificar por otros medios.—*(N. de la R.)*

§ IV.—Apreciación de los testimonios.

SUMARIO: 289. Deben pesarse y no contarse los testimonios.—290. Antigua teoría de la prueba legal.—291. Distinción entre la convicción del hombre y la del juez.—292. Exclusión del testigo único.—293. Fe ó crédito dado al concurso de dos testimonios intachables.—294. ¿Se puede oir muchas veces al mismo testigo?—295. Aplicación del cálculo á la prueba testimonial.—296. De la deposición á título de simple noticia ó instrucción.—297. *Testimoniómetro* de Bentham y del procedimiento de Austria.—298. La doctrina moderna se limita á aconsejar al juez.

289. Esta verdad de sentido común, que es preciso pesar y no contar los testimonios, fué proclamada por los jurisconsultos romanos, que, como hemos visto, no admitían un sistema de pruebas legales. Eclipsada durante muchos siglos esta verdad, no ha vuelto á estar en boga entre nosotros hasta fines del siglo último. Ha sido preciso una revolución completa en la legislación para que se volviera á las nociones sencillas y puestas en razón, que la fuerza del hábito y de las preocupaciones había sofocado en los mejores entendimientos.

290. Las reglas técnicas sobre la prueba testimonial, imaginadas, ó por lo menos, desarrolladas por los doctores de la Edad Me-

dia, son de dos clases. Propenden, ó á exigir absolutamente ciertas condiciones para que pueda existir la convicción legal, ó lo que es más violento, á crear en ciertos casos una convicción legal ficticia, aun cuando no existía la verdadera convicción.

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

292. La exclusión más célebre de las motivadas, en que el testimonio se considera insuficiente *à priori*, es la que consiste en la exclusión de un testigo único. La idea en que se apoya esta exclusión es el peligro de referirse á un solo hombre, cuando hay ya tantas probabilidades de fraude ó de error en las declaraciones conformes de muchos. Pero ¿qué puede deducirse de aquí? Que debe acogerse con la mayor circunspección una declaración aislada. Tal parece haber sido también la opinión de los Romanos, al menos hasta la época del Bajo Imperio. Valerio Máximo (libro 4.°, capítulo 1.°, § 11) nos dice que Q. Scævola (tal vez el jurisconsulto Quinto Mucio) decía, después de haber declarado en un asunto: *Ita sibi credi oportere, si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli.* Y estas palabras se nos han citado como una prueba de modestia: elogio que no tendría sentido, si la exclusión de un testigo único hubiera sido impuesta por la ley. Quintiliano (388 *declamat.*) invoca igualmente la circunstancia de ser un testigo único, como recurso oratorio, y de ningún modo como argumento legal. En cuanto á los textos de los jurisconsultos, vuelve á encontrarse sin cesar el principio de que no hay que atenerse al número de los testigos. *Non ad multitudinem testium respici oportet,* dice Arcadio (l. 21, § 3.°, D. *De testib.), sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.* Ahora bien: un testimonio aislado puede ir marcado de un carácter patente de verdad que pudiera faltar á testimonios numerosos, mas sospechosos. Si se lee en un decreto imperial citado por Paulo (l. 20, D. *De quæst.), unius testimonio non esse credendum,* debe observarse que el testigo de que se trataba en el caso en cuestión

era sospechoso como hijo del liberto de la parte que le presentaba en su favor. Así, pues, dicho decreto puede haber determinado más bien en hecho que en derecho. Otro texto, de que se ha abusado singularmente, es la ley 12, D. *De testibus: Ubi numerus testium non adjicitur*, dice Ulpiano, *etiam duo sufficient*. Luego si pueden ser bastantes dos testigos, se ha exclamado, se necesitan por lo menos dos. Pero la idea del jurisconsulto se halla aclarada por lo que sigue: *Pluralis enim elocutio duorum numero contenta est*. Ulpiano alude manifiestamente á leyes especiales que exigían en plural *testigos*, probablemente en actos extrajudiciales; y decide como se decidiría aun en la actualidad, que bastan dos testigos. Pero no hay en dicho texto ningún principio general sobre el número de testigos que se requiere en juicio.

Hasta Constantino no vemos formulada claramente esta exclusión; y aun no llegó el Emperador hasta este punto, á consecuencia de otra primera constitución que solamente recomendaba á los jueces que fueran circunspectos: *Simili modo sanximus* (l. 9.°, § 1.°, Cód. *De testibus*) *ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat*. Al Bajo Imperio pertenece, pues, la máxima: *Testis unus, testis nullus*, ó como dice Loysel (*Inst. coutum.*, tít. de las pruebas, § 10): *Voz de uno, voz de ninguno*. El derecho canónico proclamó igualmente esta máxima, fundándose, ya en la autoridad de las leyes romanas, ya en la de la Biblia, donde se lee en el Deuteronomio (cap. 19, vers. 15): *Non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illud peccati et facinoris fuerit; sed in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum*. Pero esta regla, útil en un pueblo tosco que necesitaba se le guiase por medio de prescripciones positivas y literales, no merecía ya ser trasladada á los pueblos modernos, como tantos otros preceptos de la ley mosáica, cuyo carácter legal y temporal no se ha negado. Con arreglo á estas autoridades, sin embargo, fué como las *Decretales* concluyeron por erigir en regla absoluta la exclusión de un testigo único, aunque fuera obispo ó arzobispo; sólo el Papa tenía el privilegio de ser creído sobre su declaración: *Idem in episcopo et archiepiscopo*, dice Cujacio (Coment. sobre las *Decretales*, título *De testibus*, cap. 28) *sed non in Romano Pontifice, qui vel cujus vox instar esse debet multorum* (1). Según una revista inglesa (*Law Review*,

(1) El antiguo derecho canónico no iba tan lejos: *Olim*, dice Cujacio (Ibid., capítulo 23), *unius episcopi testimonio plerisque in causis, cum erant sanctissimi episcopi, fides habebatur*.

Mayo, 1846, págs. 132-135), los tribunales eclesiásticos en Inglaterra aplican aún en el día del modo más exagerado la regla de la pluralidad de testigos. Así es, que un marido no pudo obtener el divorcio por causa de adulterio, no obstante haber sorprendido á su mujer en flagrante delito, por no tener en su favor más que un solo testigo, una doncella de ésta. Hay casos en que se exigen cinco testigos. Finalmente, en otro tiempo, ¡se necesitaban hasta siete testigos oculares para convencer á un cardenal de incontinencia! M. Greenleaf rechaza, con razón, como contrario al genio de las instituciones americanas, la importación en los Estados Unidos de semejantes principios.

Sin embargo, habían prevalecido en nuestra antigua práctica francesa. «En esta clase de pruebas, dice Beaumanoir (cap. 39, § 5.º), conviene que haya dos testigos leales por lo menos». Pothier dice igualmente (*Oblig.*, núm. 818): «El testimonio de un solo testigo no puede constituir prueba, por digno de fe que aquél sea, y cualquiera que fuese la dignidad de que éste se hallara investido. Pero un testigo único hace semiprueba, ó prueba semiplena, la cual estando sostenida con el juramento, puede á veces, en materias muy ligeras, completar la prueba. Según este principio, decide nuestra costumbre de Orleans, art. 156, que cuando alguno ha dejado pacer sus ganados en la heredad de otro, y causan daños en ella, la prueba de la obligación que resulta de este daño puede hacerse por medio de un testigo y del juramento del demandante, con tal que no pretenda más de veinte sueldos, si se hizo el daño de día, y de cuarenta sueldos, si el daño se hizo de noche». Vése, pues, que la derogación es débil y de tal clase, que compromete poco el principio.

En el día, aunque ningún texto de nuestras leyes civiles reproduce expresamente la máxima *Testis unus, testis nullus*, aunque no se haya proclamado más en lo criminal el sistema de íntima convicción (*Cód. de instr.*, art. 342), nadie ha vacilado en considerar al juez como libre de esta antigua restricción por el solo hecho de no haberse reproducido (V. núm. 131). «La declaración de un testigo único, dice Philipps (*On the law of evidence*, libro 1.º, part. 1.ª, cap. 7.º, sec. 1.ª), puede ser tan precisa, tan completa, tan imparcial, tan libre de toda vacilación, que produzca en el espíritu más escrupuloso la convicción más fuerte y más profunda.» Además, esta idea de que se puede hacer todo impunemente en presencia de un solo hombre, se halla enteramente fuera de razón (1). Por lo

(1) Vuelve á encontrarse aun, no obstante, la exclusión de un testigo único.

demás, era menos favorable á la humanidad de lo que se hubiera podido creer á primera vista: á falta de testimonio suficiente, era preciso obtener una confesión, y para obtenerla á toda costa en los casos graves se recurría al tormento. Así es como una doctrina sobrado relajada terminaba por conducir á un rigor excesivo. En el día no existe nada semejante: el tribunal que se atuviera con sobrada facilidad á un solo testimonio podría juzgar mal; pero su decisión, no violando ninguna ley, no podría dar motivo á un recurso de casación (V. una sentencia denegatoria de 22 de Noviem- de 1815). Hay más: el Tribunal de Casación ha fallado (Denegatoria de 20 de Junio de 1864) que los tribunales franceses no vienen obligados á aplicar, aun entre musulmanes, la regla *Testis unus, testis nullus,* que parece consagrada por la ley musulmana.

293. Si la regla de la exclusión de un testigo único, no era perfectamente conforme á razón, existía un principio mucho más peligroso, á saber, el que, creando una convicción legal enteramente ficticia, quería, por el contrario, que la declaración conforme de dos testigos no sospechosos ocasionara forzosamente condena. Aquí se hallaba completamente falseada la aplicación de los textos del *Corpus juris,* porque jamás se profesó en Roma, ni aun en Constantinopla, semejante error lógico. Si se quisiera aplicar á los testigos judiciales (núm. 292) la ley 12, D. *De testibus*, según la cual bastan dos testigos, *etiam duo sufficient*, resultaría de aquí la posibilidad de condenar por el dicho de dos testigos, pero de ningún modo la obligación de imponer dicha condena. Nunca es para los jurisconsultos romanos el número de testigos más que un medio de apreciación: *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem* (Callistr., l. 3.°, § 3.°, D. *De testib.).* En cuanto á la Sagrada Escritura, cuya interpretación tuvo aún aquí una influencia sensible en nuestro antiguo procedimiento, tomado en gran parte del derecho canónico, el texto del Deuteronomio que hemos citado excluye un testigo único, pero no parece imponer en manera alguna la obligación de sentenciar conforme á la declaración de cierto número de testigos. Aunque se tomaran á la letra las expresiones *in ore*

---

en el Código holandés de 1838, calcado en gran parte en nuestro Código civil. «La declaración de un solo testigo, dice el art. 1542 de este Código, desnuda de todo otro medio de prueba, no hace fe en juicio». En Inglaterra, el principio *Responsio unius omnino non audiatur*, admitido en otro tiempo en tesis general, ha dejado marcados vestigios aun en los tribunales laicales, pero diariamente propende á eclipsarse (M. Greenleaf, tom. 1.°, págs. 335 y sigs.). *El art. 2512 del Código civil portugués contiene la misma regla que el Código civil holandés.*

duorum vel trium testium stabit omne verbum, habrían exigido por lo menos que se llegase hasta el número de tres, cifra que se encuentra en las leyes de Manu, antes de proclamar un resultado tan violento como el de dar fe forzosamente al testimonio (1). Pothier, tan juicioso por lo común, admite, no obstante, también sin vacilar, esta singular doctrina que coloca la infalibilidad en el testimonio de dos hombres, al mismo tiempo que sólo ve error en el testimonio de uno solo. Supone *(Oblig.*, números 818 y 819) que declaran dos personas, la una haber visto prestar una suma de dinero, la otra haber oído confesar el préstamo. «El préstamo se halla, pues, atestiguado por dos testigos, y por consiguiente, plenamente probado» (2). «Aunque dos testigos, añade, basten para constituir la prueba de un hecho, sin embargo, como la parte que ha sido admitida á la prueba no está segura de lo que declararán los testigos, puede hacer que se oiga hasta diez sobre un mismo hecho; el examen de los que ésta hubiera hecho oir que excediesen de este número no debe comprenderse en el importe de los gastos ó costas que se le hubieran impuesto» (Ord. de 1667, tít. 22, art. 21). Lo mismo sucede en el día respecto de los que pasan del número de cinco. El Código de procedimiento (art. 281), temiendo que la multiplicidad de los hechos que hay que probar impusiera gastos demasiado onerosos á la parte contraria, ha sido aun más sobrio en su abono que la Ordenanza de 1667. Pero es claro que la parte puede siempre citar á su costa mayor número de testigos. El Tribunal de Agen, por sentencia de 14 de Febrero de 1853, ha invalidado un fallo que, concediendo una prórroga para la información, limitó á dos el número de testigos que podían oirse. En el día, esta cuestión de tarifa es la única de que hay que preocuparse, en lo relativo al número de declaraciones. Porque si la exclusión de un testigo único se halla suficientemente abolida por el silencio de nuestros Códigos, lo mismo sucede con mucha mayor razón respecto de la fe ó del crédito enteramente artificial que daba una falsa interpretación de los textos al relato de dos hombres. * El nuevo Código de procedimiento civil alemán de 1877, el Código de instrucción criminal austriaco de 1873, y el Código de procedimiento pe-

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

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

nal alemán de 1877 han adoptado de lleno, nosotros lo hemos ya dicho varias veces, el sistema de la libre convicción del juez (1). * Y se puede considerar como la expresión de la doctrina que tiende á prevalecer en la mayor parte de las legislaciones, la enmienda presentada por Robespierre en la Asamblea constituyente (sesión de 4 de Enero de 1791 (2), concebida en estos términos: «No podrá declararse al acusado convicto, cuando no existan las pruebas que determina la ley. El acusado no podrá ser condenado conforme á las pruebas legales, si son contrarias al conocimiento y á la convicción íntima de los jueces».

294. ¿Puede oirse muchas veces á un mismo testigo en la misma información? En pro de la afirmativa, puede decirse que, guardando silencio la ley, debe permitirse al juez que ordene que se cite segunda vez al testigo, si se creen necesarias nuevas noticias, como se verificaría en materia criminal. Pero no debe perderse de vista, que el Código de procedimiento ha establecido una marcha enteramente especial fundada en el peligro del soborno de los testigos. Ahora bien: es muy de temer que el testigo que ha declarado la primera vez sea seducido por las partes, si se le autoriza para volver á declarar. Así es que se ha consignado por el derecho moderno (3) la negativa que se admitió rigiendo la Ordenanza de 1667 (Serpillon, sobre el tít. 24, art. 16; Limoges, 11 de Enero de 1834; Caen, 23 de Marzo de 1854).

295. Pero no debe volverse á las reglas del antiguo derecho respecto á la aplicación del cálculo á la prueba testimonial. Además de las dos reglas principales, muy sencillas en la práctica, puesto que se rechazaba un solo testimonio, mientras que dos constituían prueba plena, admitían algunos también un cálculo de fracciones. Así, el Parlamento de Tolosa quería, contra lo prescrito por la Or-

---

(1) El § 201 del Código de procedimiento civil de Austria, haciendo que resulte una prueba plena de la declaración concorde de dos testigos irrefragables, parece adoptar enteramente nuestra antigua doctrina sobre la prueba legal; * la misma regla ha sido consagrada por la ley 22, relativa á negocios de poca importancia (*Bagatell-angelegenheiten*) votada por el Reichstag húngaro en 1877). El art. 47 dice: «Las declaraciones concordantes, precisas y categóricas fundadas sobre un conocimiento directo del acontecimiento, hechas por dos testigos que han estado presentes al mismo tiempo, hacen prueba completa». (Véase traducción de M. Flurer, *Anuario de legislación extranjera*, 1878, p. 290.) *

(2) En la discusión de la Asamblea, el antiguo sistema de la prueba legal ha sido defendido por Tronchet y combatido por Thouret, como absurdo en sí, é igualmente peligroso para la sociedad y para el acusado.

(3) No obstante, un testigo que ha declarado en la información puede también declarar en la contrainformación si se trata de hechos distintos (Bastia, 22 de Julio de 1857).

denanza de 1667, que tomase el tribunal conocimiento de las declaraciones de los testigos tachados; pero en vez de llegar con esto á la libre apreciación del juez, única consecuencia razonable de este sistema, establecía una evaluación matemática del valor de cada testimonio sospechoso, considerado como parte alícuota de un testimonio intachable. «El Parlamento de Tolosa, dice Rodier (sobre la Ordenanza de 1667, tít. 23), tiene un modo particular de juzgar las tachas y las objeciones (1); las admite á veces según su diferente calidad, de modo que no destruyan la declaración del testigo por completo, sino que ésta subsista por una octava parte, por una cuarta, por la mitad, por tres cuartas partes; y una declaración reducida de esta suerte en su valor necesita el auxilio de otra para llegar á ser entera; por ejemplo, si de las declaraciones de cuatro testigos á quienes se ha hecho objeciones, se reducen dos á la mitad, esto constituye un testigo; si se reduce la tercera declaración á una cuarta parte, y la cuarta declaración á tres cuartas partes, esto forma otro testigo, y por consiguiente se encuentra una prueba suficiente de testigos, aunque á todos se haya hecho objeciones y todos hayan sufrido alguna lesión en su crédito con las objeciones propuestas». Asimismo cuando fueron admitidas las mujeres á testificar por una ordenanza de Carlos VI, del 15 de Noviembre de 1394 (2), transcurrió mucho tiempo antes que se considerase su declaración como equivalente á la de un hombre. Bruneau *(Observat. crim.*, tít 8.°, núm. 40), aunque contemporáneo de Mme. de Sevigné, no temía escribir en 1686, que la declaración de tres mujeres no vale la de dos hombres. En Berna, hasta 1821, y en el Cantón de Vaud hasta 1824, se necesitaba el testimonio de dos mujeres para contrabalancear el de un hombre. Y aun no hacemos caso de las subdistinciones que venían á complicar el sistema, por ejemplo, el principio de que una virgen merecía más confianza que una viuda: *Magis creditur virgini quam viduæ* (Farinacio, *De opp. contra dicta testium,* quæst. 65, § 180). M. Mittermaier hace notar, al contrario (trad. de M. Alexandre, pág. 359), que en un caso dado, la mujer observará con más atención que el hombre, si se trata de objetos que entran más naturalmente en el círculo de las cosas que la interesan, por ejemplo, si se trata de un emba-

(1) *Objets* significa aquí *objects*, objeciones: es sinónima de tachas.

(2) Beaumanoir nos dice, en efecto (cap. 39, § 31), que en su tiempo no podía tacharse á las mujeres. «Las señoras que se presentan como testigos no deben ser tachadas por el contrario del que las presentó, bien sean viudas, casadas ó solteras.»

razo, de pormenores de trajes, etc. Finalmente, en otro tiempo se tenía en cuenta la edad, de un modo no menos arbitrario, cuando se decidía (Mascardo, concl. 1301, números 3 y 4) que en caso de conflicto ó empate de testigos, debían preferirse los de más edad á los más jóvenes, ó que por lo menos, para establecer lo contrario, se necesitaban quince testigos. Los hechos han desmentido estas prescripciones dictadas *à priori* (1).

296. Cuando antiguamente se decía que tal persona no era apta más que para prestar una simple declaración, para dar simples noticias, esta restricción tenía una gran importancia, puesto que indicaba que una declaración de tal clase no podía constituir nunca una unidad, sino á lo más una fracción, en el cálculo legal de los testimonios. Hoy, al contrario, cuando el art. 285 del Código de procedimiento nos dice que se oiga á las personas de edad menor de quince años cumplidos, salvo tener en cuenta esta circunstancia al apreciar la declaración, se advierte con esto al juez que sea circunspecto. Pero si se halla íntimamente convencido de que el menor de quince años dice la verdad, nada le impide decidirse por su declaración, aunque fuera aislada.

297. Bentham, que critica con tanta energía estos deplorables procedimientos de nuestros antiguos legistas, propone, para apreciar la fuerza de los testimonios, un expediente al cual hay fundamento para dirigir las mismas censuras. «Representaos, dice *(Pruebas judiciales,* libro 1.º, cap. 17) la imagen de una escala dividida en diez grados: esta escala tiene un lado *positivo*, en el cual se inscriben los grados de persuasión positiva, es decir, que afirman la existencia del hecho en cuestión, y otro lado *negativo*, en el cual se inscriben los grados de persuasión negativa, es decir, que niegan la existencia del mismo hecho; debajo de la escala hay un cero, con el cual se denota la falta de toda persuasión en pro ó en contra. El testigo dice: Mi persuasión es de cinco grados ó de diez grados por el lado positivo, de diez grados ó de cinco grados por el lado negativo, á la manera que se dice hablando de la temperatura que señala el termómetro: El mercurio está á diez grados sobre ó bajo cero... Síganse los progresos del espíritu humano y se verá que en todo se busca dar á antiguas medidas un grado adicional de perfección. El electrómetro, el calorímetro, el fotóme-

(1) Lo mismo debe decirse de la antigua máxima *Falsus in uno, falsus in omnibus*, que se sigue todavía por la chancillería inglesa (M. Greenleaf, tomo 3.º, página 398), como si el que ha mentido una vez, no pudiera decir verdad en una segunda ocasión, si no tiene motivo alguno para apartarse de lo cierto.

tro son obra de nuestros días. ¿Requiere la justicia menos exactitud que la química?» Este descubrimiento de Bentham ha excitado muy poco entusiasmo; pues se ha comprendido que su *testimoniómetro* no era menos arbitrario que el cálculo de fracciones empleado en otro tiempo en Tolosa. M. Willis *(Circumstantial evidence*, cap. 1.º, sec. 3.ª), ha contestado á Bentham, que no se prueba un acontecimiento histórico, como se justifica la igualdad de dos triángulos que tienen un ángulo igual comprendido entre dos lados iguales. Y no obstante, el procedimiento civil de Austria, en vísperas, creemos, de ser reformado, parece haber querido realizar la teoría de Bentham. Según el testimonio del profesor Beidtel *(Proc. ordin.*, § 135) «sobre el centro de la escala de verosimilitud, la ley coloca un punto de descanso. Sobre este punto de descanso, la prueba jurídica es una segunda semiprueba. Debajo de este punto de descanso, se llama un aprimera semiprueba, etc.» La persuasión positiva ó negativa no es susceptible de resolverse de esta suerte en guarismos. Sometida al escalpelo del análisis, la íntima convicción se aja, se marchita, si es permitido hablar así, á la manera que las flores de un invernáculo se secan y pierden sus vivos colores.

298. En el día, en que no puede haber cuestión sino acerca de la certidumbre moral, los consejos que conviene dar al juez, en caso de colisión de los testimonios, se fundan, como en Roma, únicamente en el buen sentido y en la observación. Así es que los testigos que declaran *de visu* merecen más confianza que los que declaran solamente *ex auditu*. «Un solo ojo, dice Loysel *(Inst. cout.*, título de las pruebas, § 3.º), tiene más crédito que dos oídos.» Con más motivos se deberá admitir con suma circunspección las declaraciones que sólo se apoyan en un *oí decir*. Ya hemos hecho resaltar, al tratar de la prueba testimonial en segundo grado (núm. 240), el peligro que presentan las declaraciones así basadas en la simple fama. Se han hecho multitud de observaciones de esta clase; pero no son, en último resultado, más que indicaciones y no preceptos positivos. Los que quisieran más amplios pormenores pueden consultar en Toullier (al fin del tomo 9.º) el capítulo *De la colisión de los testimonios*, en el que hallarán un resumen bastante completo de observaciones, por lo común más morales que científicas, hechas por nuestros antiguos autores sobre la credibilidad de los testigos.

*** Nuestras antiguas leyes de Partida establecen que el dicho de un solo testigo, por autorizado que sea, excepto siendo el Monarca, no basta para justificar plenamente un hecho, aun cuando serviría de gran presunción. Véase la ley 42,

tit. 16, Partida 3.ª La misma ley prescribe que dos testigos mayores de toda excepción (esto es, aptos para testificar, de buena fama y sin tachas) y contestes ó acordes en el hecho y sus circunstancias, basten para hacer prueba plena. Previene asimismo dicha ley 40 y la 41, que cuando ambas partes hacen prueba por testigos, de suerte que los dichos de los de la una son contrarios á los de la otra, debe el juez atenerse á los de aquellos que entendieren dicen la verdad, ó que se acercan más á ella por ser sus declaraciones más verosímiles ó francas, ó ellos de mejor fama, aunque los otros fuesen en mayor número. Si hubiera igualdad en los testigos, en razón á las circunstancias de sus personas y de la verosimilitud de sus dichos, debe atender el juez á los que fueren más en número; y si los testigos fueren iguales en número, vecindad y fama, debe absolver al demandado.

Mas las reglas expuestas de las leyes de Partida han sido modificadas por la nueva ley de Enjuiciamiento civil, cuyos redactores han adoptado las modernas teorías que dejan al criterio judicial la apreciación de la prueba de testigos. Así es, que en el art. 317 de dicha ley se dispone, que los jueces y tribunales apreciaran según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Esta disposición se halla ratificada por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de las que sólo citaremos la de 13 de Octubre de 1856, que declaró que la ley 32, tit. 16, Part. 3.ª ha sido radicalmente modificada por el artículo 317 de la de Enjuiciamiento civil; la de 23 de Diciembre de 1857, que declaró que la ley 40, tit. 16, Part. 3.ª y la 32 citada sólo pueden considerarse vigentes en cuanto no se oponen á la de Enjuiciamiento civil. Y respecto á las reglas de crítica racional á que se refiere el art. 317 citado, se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1861, que no es contradictorio con lo preceptuado en el referido artículo la última parte de la ley 32, tit. 16, Part. 3.ª, en que se establece que no puede estimarse probado ningún pleito por la declaración de un solo testigo, precepto conforme (dice la sentencia) con las reglas de la sana crítica, la cual no puede apoyarse sobre tan débil y falible fundamento, si bien, según se ha decidido por otra sentencia de 30 de Noviembre de 1868, no tiene aplicación esta doctrina, cuando además concurren otros testigos ó medios de prueba de los que debe apreciar el tribunal sentenciador. Y por último, por sentencia de 22 de Diciembre de 1868, se ha declarado que no puede estimarse como regla de sana crítica el que forzosamente haya de darse crédito á las declaraciones de los testigos presentados por alguna de las partes litigantes, cuando la otra no haya practicado prueba en contrario ni tachado aquéllos, puesto que la sala sentenciadora tiene facultad para apreciar el valor de las que se hubieran practicado por ambas ó por alguna de las partes, hayan sido ó no tachados los testigos.

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

Acerca de las circunstancias que concurran en los testigos á que deberá darse preferencia por el juez, de que trata M. Bonnier en el núm. 295 y siguientes, encuéntranse en nuestras leyes y autores disposiciones y doctrinas especiales en que

se prefiere, en general, el noble al plebeyo, el anciano al joven, el varón á la hembra. La ley 3.ª, tit. 4.º, lib. 2.º del Fuero Juzgo dice «que el juez debe catar si los testimonios son de buen linaje y si son ricos homes, ca mucho debe guardar el juez que la testimonia que es pobre, por la coyta que ha, por ventura no venga á decir mentira»; y la ley 32, tit. 7.º, lib. 7.º del Espéculo funda dichas preferencias en estos términos: «Otrosí decimos, que los ancianos deben ser más creidos que los mancebos, porque vieron más é pasaron más por las cosas, é deben más saber en los fechos. Otrosí decimos, que más debe ser creido el fidalgo que el villano, que bien semeja que más ayna erraría el villano en lo que oviese á decir por miedo nin por premio que el fidalgo, ca más tenudo es de fazer cosa porque cayese en vergüenza por sí ó por su linaje el fidalgo que el otro. E más deven creer al rico que al pobre, porque bien semejan que el pobre más ayna derie mentira por codicia ó por promesa que el rico; é más creido debe ser el varón que la mujer, porque ha el seso más cierto é más firme.» Sin embargo, esta doctrina no parece aceptable de un modo absoluto, sino relativamente al objeto sobre que versan las declaraciones, puesto que, por ejemplo, en las cosas que requieran grande experiencia será preferible el testimonio de un anciano al de un jóven, pero deberá preferirse el de éste sobre hechos que requieran para su percepción gran fuerza y vivacidad de sentidos y una memoria feliz y no gastada por la edad, etc.—*N. del T.*

*** Al art. 317 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil ha sustituído el 659 de la vigente, cuyo texto hemos recordado en las notas precedentes. —*N. de la R.*

§ V. — Influencia de la información ó examen de testigos sobre la decisión definitiva.

SUMARIO: 299. Influencia de la sentencia interlocutoria en general sobre la sentencia definitiva.—300. Sentido en que se pregunta si la sentencia interlocutoria sujeta al juez.—301. Examen de la cuestión.

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

300. Observemos primeramente que no se trata de sostener lo que jamás se ha admitido en la jurisprudencia, que tenga derecho el tribunal para revocar por una especie de capricho una sentencia interlocutoria. Es verdad que en Roma se decía (Cels., l. 13, D. *De re judic.*): *Quod jussit vetuitve judex, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra.* Pero este texto no se aplicaba, como lo indica suficientemente la reserva hecha respecto de las sentencias, sino á las órdenes que se daban incidentalmente cuando era la acción arbitraria, órdenes que, así como nuestros autos preparatorios, no tenían carácter alguno irrevocable. Cuando, al contrario,

prejuzga el fondo una decisión pronunciada contradictoriamente, es claro que el tribunal que la dictó con conocimiento de causa está lo mismo que las partes obligado á ejecutarla. A lo más, podría aplicarse la ley 13 *De re judicata* á las decisiones que prescribían de oficio suministrar tal ó cual prueba. Pero, cuando habiendo que probar una articulación de hechos, el tribunal ordena una información ó examen, y la parte contra cuyas conclusiones se ha dado la sentencia interlocutoria no la ha atacado, ó la ha atacado en vano por medio de recursos legales, no se puede volver á poner en cuestión la admisibilidad de la información, sino solamente controvertir sus resultados (Sent. deneg. de 8 de Enero de 1829; Cas. de 28 de Mayo de 1836). Sucede lo propio con más razón, si ella ha ejecutado el fallo sin reserva (Den. de 7 de Diciembre de 1864). Si se encuentra á veces en autores antiguos la regla de que lo interlocutorio no sujeta al juez, aplicada en el sentido de la ley 13 *De re judicata,* es porque antiguamente no estaba bien determinada la significación de las palabras *interlocutorio* y *preparatorio*, empleándose la una por la otra. La idea de estos autores, por equivocas que fuesen sus expresiones, no pasaba de las decisiones puramente preparatorias.

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

En cuanto á la cuestión de derecho, de que parece preocuparse especialmente Boitard, tiene mucha razón. El tribunal no puede fallar en contra de su propia sentencia, desde que ha proclamado la prueba testimonial permitida ó prohibida por la ley; menos pueden las partes, que tienen facultad de apelar, pedir al tribunal que

anule su fallo (Sent. de 12 de Enero de 1836). Sin embargo, la doctrina contraria ha sido recientemente sostenida por M. Griolet (*Autoridad de la cosa juzgada*, p. 119). Según este ingenioso autor, «cuando un tribunal declara una prueba admisible, corta una pura cuestión de derecho, cuya solución no será más que un motivo objetivo del fallo que dictará acerca de la existencia del derecho discutido». Cita, en apoyo de su opinión, un fallo sabiamente motivado, que pronunció la Audiencia de Nancy el 28 de Julio de 1817. Pero á nosotros nos parece imposible admitir que un tribunal se pronuncie después de los debates acerca de la admisibilidad de la prueba testimonial, que su fallo sea confirmado por apelación, y el fallo apelado en fin mantenido por el Tribunal de Casación, y que todo este procedimiento no constituya más que una simple operación mental, según las expresiones de la Audiencia de Nancy. Con una extensión semejante, la máxima de que lo interlocutorio no liga al juez, nos parecería tan peligrosa como falta de razón.

Otra cosa es respecto de la admisibilidad de los hechos. Aquí se ha aplicado la máxima, y han decidido constantemente nuestros antiguos autores, que el juez, al ordenar la prueba de ciertos hechos, no se compromete por esto á subordinar su sentencia definitiva al resultado de la información ó examen (1). «En todo tiempo y lugar, dice Merlín (*Repert.*, V. *Jugement*, § 3.°), se ha tenido constantemente por máxima, que después de haber ordenado la prueba de un hecho que le parecía decisivo, el juez que reconoce que este hecho es indiferente, puede sentenciar contra la parte misma que hizo la prueba». «En efecto, dice Duparc Poullain (*Principios de derecho*, tom. 9.°, pág. 494), siempre se presume que todo juez que ordena una clase de instrucción se ha reservado la libertad de juzgar entre las partes conforme la equidad, y en su consecuencia, de conservar todos sus derechos hasta la sentencia definitiva. Sólo un procedimiento perfecto puede desarrollar ante el juez el verdadero punto de la decisión; y si se le quitara la libertad de separarse de lo que parece haber prejuzgado por una pro-

(1) Observemos, no obstante, que no debe confundirse con una verdadera sentencia interlocutoria, la que fija las bases de las condenas que hay que pronunciar, nombrando peritos ó árbitros para fijar su importe. Semejante sentencia no se contenta con prejuzgar, sino que juzga, y debe en su consecuencia considerarse como definitiva, en cuanto á las bases establecidas. (Sents. denegs. de 12 de Abril de 1847 y 25 de Febrero de 1863). Así, es prudente, para evitar toda dificultad en los casos dudosos, declarar, cuando sólo se quiere dictar una sentencia interlocutoria, que se ha determinado *sin constituir derecho y sin prejuzgar nada sobre el fondo* (Sent. deneg. de 29 de Marzo de 1836).

videncia interlocutoria, cuando la instrucción era imperfecta, se le pondría en la necesidad de cometer una injusticia, por muy puras que hubieran sido sus intenciones cuando la dictó».

Del principio, que los jueces se reservan toda libertad de apreciación, resulta esta primer consecuencia, que pueden pronunciar en favor de la parte que obtuvo la información, fundándose en otras pruebas distintas de lá de testigos. La información ó examen debe combinarse con el estudio profundo de todos los documentos de la causa, de que jamás se presume que se ha desprendido el juez. Así se ha decidido (Tolosa, 2 de Enero de 1841), que después de haber ordenado la prueba por testigos de hechos acreditados con títulos, á pretexto de no ser éstos suficientes, se podía en seguida, aun cuando se anulara la información, reconocer los hechos como bastante acreditados por los mismos títulos. Con más razón se puede, después de haber ordenado una información ó examen, para probar la prescripción de treinta años, completar con presunciones la prueba que resultó de la información (Deneg. de 16 de Abril de 1860). Otra segunda consecuencia, señalada por Merlín, del principio de la libre apreciación del juez, es que puede llegar hasta desechar definitivamente los hechos á que atribuía *prima facie* una importancia, que no presentan ya después de un examen profundo. Así, se ha juzgado en materia de separación de cuerpos (Den. 3 de Febrero de 1863), que los hechos admitidos por el fallo interlocutorio, aunque consignados en la información, habían podido ser desechados en el fallo definitivo; en materia criminal (Cas. 28 de Mayo de 1836), se ha fallado que podíamuy bien un acusado, á quien se hubiera admitido la prueba de un hecho justificativo del delito, aun cuando hubiera acreditado el hecho, ser condenado por el juez si se reconocía después de un maduro examen que el hecho no era justificativo. En sentido inverso (Den. 21 de Agosto de 1871), después de un detenido examen, es permitido al juez, mejor informado, volver á la prueba de los hechos que él había rechazado antes como no concluyentes. Y no se diga que esta doctrina propende á confundir las sentencias interlocutorias con las que sólo son preparatorias, puesto que no se prejuzga el fondo, contra la disposición del art. 452 del Código de procedimiento. Desde luego se prejuzga siempre la cuestión de derecho, y además, basta que tenga de hecho la información una influencia considerable sobre el resultado del proceso, aun cuando esta influencia no sea absoluta, para que la sentencia que la ordena tenga un carácter particular, y pueda en su consecuencia apelarse inmediatamente de ella (*Cód. de proc.*, art. 451). En último resul-

tado, el tribunal, al ordenar una medida que juzga útil para que aparezca la verdad, puede dar esperanzas á la parte que reclamó esta medida, pero no contrae ni puede contraer ningún compromiso respecto de ella. Una cosa es declarar legal y admisible una información, y otra cosa es sujetarse á sentenciar ciegamente, según los datos ó resultados de la información, no obstante las luces que pueda arrojar por otra parte un examen más profundo de la causa. Entendida de esta manera la máxima que lo interlocutorio no sujeta al juez, está lejos de merecer el desdén con que ha sido acogida por quienes no han comprendido bien su sentido práctico (1). Hoy, los hombres másilustrados, en Alemania, piden la reforma del principio contrario, autorizado en ciertos países, y especialmenteen Baviera *(Revista crítica,* tomo 18, pág. 63, nota de M. Becker) bajo el nombre de *eventual maxime*. En este sistema el juez se ata las manos anticipadamente,diciendo con gravedad: si el demandante prueba contra el demandado, por tal ó cual vía determinada, que le prestó quinientos florines, sea este último desde ahora condenado á pagarlos. Debe observarse, por lo demás, que en Austria por resolución suprema de 30 de Mayo de 1835, se ha abolido esta clase de condenas condicionales (V. también el *Cód. de proc. de Nápoles,* art. 515). La mejor marcha ¿no es la que en vez de encadenar al juez en una sola vía de información, le conserva el tiempo más largo posible su independencia? *Non ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere.* (Callistr., l. 3.°, § 2.°, D. *De testib.)* * El Código de procedimiento civil alemán de 1877 ha roto radicalmente con el sistema de la *eventual máxima* ó *eventual principio* en su art. 251 que está concebido del modo siguiente: «Se pueden hacer valer los medios de ataque y de defensa (excepciones, reconvenciones, réplicas, etc.) hasta el fin de la discusión oral, sobre cuyo fundamento se ha dictado el fallo». Los proyectos de reforma del procedimiento civil austriaco de 1876 y 1881 consagran el mismo principio (2). *

Pero reconociendo cuánto importa dejar al juez toda su libertad, nos asociamos á las sabias observaciones de M. Lavielle *(Estudios sobre la justicia civil,* ya citados, *Revista crítica,* tomo 12, página 316) sobre el peligro «de admitir fácilmente providencias interlocutorias, bajo pretexto de que *estando reservados los medios,* se

(1) * La jurisprudencia persiste en esta solución de que la interlocutoria no liga al juez. Cpr. Cas. 30 Diciembre de 1878 y 26 Noviembre de 1877. *

(2) V. Holtzendorff's, *Encycl der Rechtswissenchaft, syst. Theil, Civil prozess* von V. Bar, p. 737 y 738.

podrá, en definitiva, examinarlos más adelante y con más madurez. Este expediente dilatorio, esta prórroga de examen, que hace que descanse el espíritu sin turbarse la conciencia, no carece de inconvenientes. No debe *reservarse* de esta suerte la atención del juez, sino que debe ser firme, vigilante y entera desde un principio; porque al fin, entre los medios propuestos, puede encontrarse uno que haga inútil la providencia interlocutoria, y es infinitamente mejor descubrirlo antes que después. Numerosos ejemplos han señalado este escollo á la conciencia del juez.» Así M. Lavielle hace notar que la práctica judicial propende á hacer menos frecuente el uso de las providencias interlocutorias.

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

FORMA SEGUNDA DEL EXAMEN Ó INFORMACIÓN

Examen ó información oral.

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

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

I.—Examen oral en lo civil, llamado sumario.

SUMARIO: 303. Materias en que se ha introducido la forma sumaria.—304. Todo negocio en última instancia es juzgado sumariamente.—305. Simplificación del examen.—306. ¿Debe oirse al testigo tachado?—307. Examen siempre sumario en el tribunal de comercio y en los juzgados de paz.—308. Curso más sencillo aun en materia disciplinal y en materia administrativa.

303. El uso de oír á los testigos en la audiencia se ha conservado en las jurisdicciones consulares, libres de las formas técnicas por la naturaleza misma de su institución. La utilidad incontestable de esta máxima, respecto de los asuntos más sencillos, indujo á los redactores de la ordenanza de 1667 (tít. 17, art. 8.º) á introducir en los tribunales propiamente dichos el examen oral respecto de las materias sumarias, no obstante las reclamaciones del presidente Lamoignón que, obedeciendo esta vez contra su costumbre á la preocupación y á la rutina, invocaba para rechazar esta innovación parcial, los mismos motivos que se han invocado en nuestros días para justificar el examen escrito en los negocios comunes. No ha sido menos favorable la experiencia á esta disposición de la ordenanza, reproducida por nuestro Código de procedimiento. Además, la ley de 6 de Octubre de 1790, que ha organizado el modo de proceder en los juzgados de paz, ha hecho una tercera aplicación de la información sumaria. Fuerza es confesar, en este último caso, que hubiese sido difícil seguir otra marcha, puesto que, siendo único el juez, hubiera sido inútil investirle con la cualidad de comisario.

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

305. La primera simplificación introducida por la ley en estas materias es, que no es preciso articular los hechos previamente (*Cod. de proc.*, art. 407). Pero esta dispensa no debe tomarse á la letra; ¿cómo había de poder declarar el juez admisible la prueba, si no se hubieran fijado los hechos? Háse querido solamente des-

cartar la notificación de conclusiones especiales, con un plazo de tres días para contestarlas. No es menos necesario que se articulen los hechos en la audiencia al hacerse los informes, y que se consignen en el acta ordinaria que contiene las conclusiones para que puedan debatirse contradictoriamente con el adversario.

Los plazos rigurosos prescritos en la información escrita, ya para comenzarla, ya para terminarla, son inaplicables á la información ó examen oral. La sentencia interlocutoria, que no es necesario notificar (salvo el caso de rebeldía), fija directamente el día en que deben comparecer los testigos. No es necesario que la prórroga del plazo, si ha lugar á ella, se pida en el día fijado para oír á los testigos, puesto que no hay aquí plazo determinado; y por otra parte, el Código de procedimiento (art. 409) no reproduce en materia sumaria la disposición del art. 279 (Douai, 14 de Septiembre de 1844). El tribunal puede también, si lo juzga conveniente, aplazar de oficio el examen de los testigos (Den. de 23 de Julio de 1860).

La regla que prescribe que se oiga á los testigos en la audiencia en materia sumaria es de orden público, como propendiendo á asegurar la pronta expedición de los negocios y á reducir los gastos, y así se ha juzgado por sentencias de casación de 1.º de Agosto de 1832 y de 3 de Agosto de 1863. * (Añádase, Cas. 25 de Abril de 1876 y 7 de Abril de 1880.) *

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

306. Aunque simplificadas, las informaciones sumarias no se hallan libres de todas las prescripciones arbitrarias de nuestro antiguo procedimiento. Encuéntrase en ellas (Ibid., art. 413), no solamente la prohibición de oir, ya á los cónyuges de las partes, ya á los parientes consanguíneos ó afines en línea recta, sino hasta la viciosa práctica de las tachas. Suscítase una grave controversia sobre la aplicación de esta práctica en materia sumaria. Pregúntase si el testigo tachado debe ser, no obstante, oído en la audiencia, como lo sería ante un juez comisario (Ibid., art. 284), ó si debe decirse, por el contrario, que no se oirá su declaración, así como no se lee en materia ordinaria (Ibid., art. 291). Invócase en favor de la primera opinión las palabras del art. 411, que prescribe que el testigo *declare* si es pariente consanguíneo, ó afín, servidor ó doméstico de las partes; prueba evidente, se dice, de que puede recibirse

en semejanle circunstancia su declaración. Se observa sobre todo que en las causas sujetas á apelación, precisamente aquellas á que se aplica el art. 411, será tal vez imposible oir por segunda vez á los testigos, si se rechaza definitivamente la tacha por el tribunal superior, y que, á lo menos, para este caso, sería conveniente recibir su declaración, salvo hacer de ella el uso que fuera de derecho. Concebiríamos esta opinión, si la declaración del testigo tachado no debiera considerarse como no prestada por el tribunal que le hace comparecer en la audiencia; pero todo el mundo conviene en que el legislador, que remite aquí á las reglas sobre tachas y sobre el modo de juzgarlas, no ha querido separarse del principio ordinario sobre la exclusión de las declaraciones tachadas. Querer, en su consecuencia, que los jueces reciban la declaración de un testigo, y que hagan después completa abstracción de la impresión que hubiera causado en su ánimo, es exigir un imposible. Es ya de sentir que el juez comisario sea llamado habitualmente á fallar, después de haber oído al testigo tachado, sin agravar más este abuso, colocando á todo el tribunal en esta falsa posición. El inconveniente accidental que resultase de la imposibilidad de reproducir en apelación ciertos testimonios, no parece de tal naturaleza, que pueda compararse con el vicio permanente de oir á los testigos, cuyas declaraciones no deberían tener influencia alguna. Este vicio será, en verdad, inevitable, cuando no se propongan las tachas sino después del examen; pero entonces la parte que tardó en hacerlas valer, sólo puede imputarse á sí misma las consecuencias de su negligencia. Esta facultad de no presentar la tacha hasta después de tomada la declaración, ó aun de omitirla, explica la redacción del art. 411, según el cual, el testigo debe *declarar* si es pariente consanguíneo, ó afín, etc., de una de las partes. No dejará de ser oído, cualquiera que sea su calidad, si nadie se opone á ello; pero conviene siempre que se conozca su cualidad. Finalmente, lo que parece decisivo es, que el examen en materia sumaria corresponde exactamente á la lectura de la declaración en materia ordinaria, lectura que se halla expresamente prohibida. El Tribunal de Casación se ha pronunciado muchas veces en este sentido, especialmente por sentencias de casación de 26 de Junio de 1839 y 14 de Enero de 1853.

307. En los negocios mercantiles son siempre sumarias las informaciones. Sin embargo, los negocios mercantiles admiten más sencillez aún que los civiles sumarios. En su consecuencia, pueden consentir las partes en adoptar formas menos complicadas para oir

á los testigos (Rennes, 30 de Agosto de 1817). Se admite igualmente la prueba testimonial, cuando no se ataca como sospechosa ante la jurisdicción consular, que pueda volver á comenzarse la información mercantil nula, aun á instancia de la parte ó de su defensor (Orleans, 30 de Junio de 1819).

Estas mismas decisiones pueden aplicarse á los juzgados de paz.

308. En materia disciplinal, la misma latitud que permite admitir la prueba testimonial, fuera de las reglas ordinarias (número 238), exime igualmente á los tribunales de la estricta observancia de las formas, y en especial de la necesidad de articular propiamente las tachas (Sent. deneg. de 3 de Enero de 1855).

En materia administrativa, se sigue generalmente la marcha establecida para las informaciones ante los juzgados de paz (1); pero no se prescriben en ella las formalidades, ni aun la de la prestación del juramento de los testigos, bajo pena de nulidad. Los tribunales administrativos han tenido también el acierto de libertarse de la viciosa práctica de las tachas, para apreciar las declaraciones con el auxilio del buen sentido (M. Dufour, *Derecho administrativo*, tomo 2.º, números 52 y 348).

* * * De la forma de practicarse la prueba testifical hemos hablado en nuestras notas precedentes. Según previene el art. 868 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil en la segunda instancia se observará lo dispuesto para la primera en cuanto á los términos medios, de prueba y forma de practicarla.—*(N. de la R.)*

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

SUMARIO: 309. Información completamente secreta en el antiguo derecho.—310. Secreto de la instrucción ó procedimiento preparatorio solo en el derecho actual.—311. Debemos fijarnos en la prueba testimonial practicada en los debates.

309. En Roma, la prueba testifical se ha practicado siempre oral y públicamente. En Atenas declaraban los testigos previamente por escrito, y con frecuencia no se hacía más que leer sus declaraciones en la audiencia (2), salvo pedirles explicaciones verbales. Ya hemos visto (números 248 y 251) cómo se introdujo en nuestro antiguo derecho la práctica secreta de la prueba testimonial, tanto en lo ci-

(1) * Véase Batbie, *Compendio de un curso de Derecho público y administrativo*, p. 374. *

(2) Esta peligrosa práctica de escribir los testimonios explicaría, según M. Cauvet (*Rev. de legislación*, t. 20, pág. 302), las sospechas injuriosas contra los testigos que acudían de la Grecia, de que se hace eco Cicerón, cuando dice (*pro Flacco*): *Testimoniorum religionem et fidem numquam ista natio coluit.*

vil como en lo criminal, habiéndose introducido el uso de juzgar las causas por los relatos de las informaciones, sin oir á los testigos en la audiencia. En lo criminal (1), el secreto del procedimiento prevaleció del modo más absoluto, á contar desde el siglo XVI, puesto que jamás debía comunicárseles la información, además de que debía verificarse sin estar presente el querellante ni el acusado (Muyart de Vouglans, *Inst. al derecho criminal*, part. 5.ª, cap. 3.º). Solamente el sistema de la antigua jurisprudencia, en especial desde que fué perfeccionada por la ordenanza de 1670, autorizaba ciertas garantías en favor del acusado. La ratificación de los testigos, es decir, la reiteración de su testimonio, según el reglamento del proceso cuando era por *extraordinario* (2) propendía á asegurarse de la persistencia de su convicción. El careo de los testigos con el acusado, ante el juez instructor, sustituía la audiencia con una especie de debate á puerta cerrada; pero era preciso que se mandara esta última medida, y podía dejar de practicarse por motivos que se reputaban graves, tales como el temor que podía inspirar el acusado á los que declararan contra él (Ibid., part. 5.ª, cap. 12): «Todos estos procedimientos secretos, dice Voltaire (*Valor de la justicia y de la humanidad*, fragmento ya citado, art. 22, § 5.º), se parecen demasiado á la mecha que arde imperceptiblemente para poner fuego á la bomba. ¿Acaso debe ser secreta la justicia? ¡Sólo el crimen es lo que debe ocultarse»!

El Código de instrucción ó procedimiento criminal de Austria, del 29 de Julio de 1853, adopta en ciertas causas una especie de término medio entre el procedimiento secreto y el procedimiento público (§ 223): no da derecho á acudir á los debates sino á ciertos abogados ó funcionarios, y á diez personas especialmente designadas por mitad por el acusado y por la parte dañada ó perjudicada. Mas esta disposición había caído en desuso, salvo el caso de *puerta cerrada*, como entre nosotros en casos excepcionales, * y el nuevo *Código de instrucción criminal de 1873*, ha proclamado el principio de la publicidad de los debates en su art. 298 (V. *Código de instrucción criminal austriaco* de 1873, traducido y anotado por los Sres. Edm. Bertrand y Ch. Lyon-Caen). Sucede lo propio en Alemania desde la publicación del *Código de organización judicial* de 1877, art. 170. *

(1) * V. Esmein, *Historia del procedimiento criminal en Francia*, págs. 136 y siguientes, 223. *

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

310. Nuestra asamblea constituyente adoptó con franqueza el debate oral y público que reclamaban los publicistas. La declaración de los testigos en la Audiencia que llevaba consigo necesariamente el careo, se prescribió por la ley de 29 de Septiembre de 1791. Sin embargo, vuelve á encontrarse la *información* en nuestro derecho criminal (*Cód. de instr.*, arts. 228 y 235); pero en el día no es otra cosa que el examen de los testigos en el procedimiento preparatorio ante el juez de instrucción. Los testigos eran oidos de esta suerte, según la práctica inglesa, ante el jurado de acusación bajo el imperio de la ley de 29 de Septiembre de 1791. La ley de 7 de lluvioso del año IX, al suprimir que se oyera á los testigos, y al limitar al examen de las piezas escritas la misión del jurado de acusación, preparó que se restituyera completamente á la magistratura la instrucción preparatoria. No puede disimularse, por otra parte, que la institución del jurado era poco compatible con el secreto tan esencial en las primeras diligencias del sumario. Hoy, pues, no se oye á los testigos sino ante el Juez encargado de la instrucción preparatoria, y esta audiencia debe ser secreta (V. Cas. 5 de Julio de 1855). Se empieza, no obstante, á reconocer que no es imposible, mediante ciertas precauciones, de hacer pública la instrucción preparatoria, imitando la práctica de Inglaterra y los Estados Unidos. En este sentido se pronunció una comisión nombrada en 1870 para reformar el Código de instrucción criminal. * El proyecto de *reforma* del *Código de instrucción criminal*, que ha sufrido la prueba de una doble deliberación ante el Senado en 1882 y ha sido discutido en primera deliberación en la Cámara de Diputados en 1884, permite que el acusado sea acompañado de un letrado, siempre que el Juez de instrucción le llame ante sí (Véase, acerca de la inspección del sumario, el folleto de M. Jules Leveille sobre la *Reforma* del *Código de instrucción criminal*, 1882). *

La extensión por escrito de las declaraciones, sólo tiene por objeto ilustrar á la sala del consejo y á la sala que entiende de las acusaciones sobre la naturaleza de los hechos que hay que perseguir. Estas declaraciones no deben figurar (Ibid., art. 341) en el número de los elementos sobre los que se forma la convicción del jurado, y se cree generalmente, aun cuando no se explique la ley de un modo tan positivo (Ibid., artículos 153 y 190) respecto de los tribunales de simple policía (1), y de los de policía correccional,

(1) En los pocos casos en que, contra el voto de la ley (Ibid., art. 129), hubiese habido de hecho una instrucción preparatoria para sencillas contravenciones.

que no se debe admitir igualmente más que declaraciones orales ante estas jurisdicciones. Así se ha decidido que la declaración falsa que se hace ante el juez de instrucción, no puede constituir el delito de testimonio falso (Sent. de cas. de 14 de Septiembre de 1856); doctrina que se halla, por otra parte, claramente formulada en el informe del orador del cuerpo legislativo sobre esta materia.

311. Siendo aquí nuestro objeto especial, no seguir toda la serie de un procedimiento criminal, sino más bien investigar las pruebas sobre que debe fundarse la convicción definitiva, sólo nos ocupamos de la prueba testimonial oral y pública, practicada antes que se proceda á la sentencia. Esta parte esencial del procedimiento penal puede considerarse bajo cuatro puntos de vista, que corresponden á los cuatro primeros (1) puntos que hemos señalado al tratar de la información ó examen de los testigos: 1.°, el curso general de los debates; 2.°, las sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos; 3.°, la exclusión de ciertos testigos; 4.°, la apreciación de los testimonios. Para el examen de estos cuatro puntos atenderemos sobre todo al procedimiento más importante, al del tribunal *(de Assises)*, reservándonos hacer observar las diferencias que presenta algunas veces con el de los tribunales criminales inferiores.

§ I.—Curso general de los debates.

SUMARIO: 312. Discusión oral y pública de los testimonios.—313. Principios sobre el examen de los testigos. Propensión de la jurisprudencia á hacer facultativo ante el juez de apelación, en materia de policía correccional, el examen de los testigos.—314. Esta propensión marcada desde la ley de 13 de Junio de 1856; consignación más exacta de las declaraciones en primera instancia.—315. Lista de los testigos. ¿Debe citarse necesariamente en policía correccional al testigo? —316. Citación de los testigos de descargo á excitación del Ministerio público. —317. Declaración separada de los testigos.—Precauciones que se deben tomar este efecto.—318. Asistencia del acusado á las declaraciones.—319. Interpelación directa de los testigos en Roma y en Inglarerra. Sus abusos.—320. Modo de declarar el testigo.

312. La publicidad de los debates en materia criminal fué decretada con entusiasmo por la Asamblea constituyente. Pero el

(1) Nada tenemos que añadir en lo concerniente al quinto punto de que hemos tratado con aplicación á la información escrita, la influencia de lo interlocutorio en la sentencia definitiva. La cuestión que puede presentarse aquí, sobre todo, en materia de policía correccional, debe tener la misma solución que en lo civil.

modo como debían organizarse estos debates dió lugar á una grave discusión, en que los errores de una práctica judicial arraigada durante más de tres siglos, hallaron un hábil defensor en Tronchet (sesión de 5 de Enero de 1791). Este jurisconsulto, preocupado con las ventajas que presenta la escritura, ya para dar una base fija al examen judicial, ya para facilitar que se persiga á los testigos falsos, propuso hacer extender por escrito y leer á los testigos las declaraciones, á medida que se iban tomando. Este sistema parecía reunir las ventajas del debate oral con las del procedimiento escrito. Pero fué refutado por Thouret (sesiones de 11 y 12 de Enero de 1791), que defendió siempre, con tanto celo y sabiduría á la vez, las innovaciones de la Asamblea sobre la organización judicial. Thouret demostró que la lentitud de esa forma de instrucción, tolerable para un juez comisario que está habituado á la celeridad por una larga práctica, sería insoportable para los jurados, que se verían á cada instante expuestos á perder el hilo de la discusión. ¿No podrían también, contando con las piezas escritas, no seguir los debates con tan religiosa atención? ¿No sería de temer que este modo de proceder, habituándoles á sustituir documentos técnicos á los elementos morales de convicción, hiciera revivir el sistema de las pruebas legales sobre lo que se estaba de acuerdo para reclamar su abolición en lo criminal? Estas graves consideraciones hicieron admitir definitivamente la discusión puramente oral, tal como se ha practicado siempre ante los jurados de Inglaterra ó de los Estados Unidos; el examen oral de los testigos, sin redacción alguna de escrito, tiene, pues, lugar ante toda clase de jurisdicciones criminales. No obstante, la necesidad de una declaración puramente oral debe entenderse con el mismo temperamento que en lo civil (número 274).

313. Ante los tribunales criminales (*d'Assises*) es de derecho el examen de los testigos presentados, según lo ha decidido el Tribunal de Casación el 29 de Septiembre de 1842.

En materia de policía, simple ó correccional, aunque el texto de la ley (*Cód. de inst.*, 153 y 190), dice que se oirá á los testigos *si ha lugar* á ello, no se debe deducir de lo que antecede que los jueces puedan rechazar arbitrariamente el examen de los testigos cuando es reclamado con justo título por las partes ó por el Ministerio público (Cas. 9 de Enero de 1857 y 15 de Marzo de 1862). Estarán solamente facultados conforme al derecho común (número 61), á desechar la prueba de hechos que no les parezcan concluyentes ó el examen de testigos cuyas manifestaciones no pue-

dan esclarecer más el debate (Den. 23 de Marzo de 1832). Es de notar que esta facultad atribuída á las jurisdicciones de policía se encuentra necesariamente sometida á la inspección del Tribunal de Casación, que está llamado de ese modo á resolver sobre puntos de hecho, como lo ha verificado el 4 de Marzo de 1848, casando el fallo de un tribunal de policía, que había rehusado al Ministerio público el aplazamiento para otra audiencia con el objeto de citar al guarda-bosque, en atención, dice el fallo del Tribunal de Casación, «que el oir á ese guarda era efectivamente necesario para saber si es verdad, como lo pretendía el acusado, que la pradera en que se cometió la contravención se hallaba separada por zanjas de la pradera de Oisay, que no estaba entonces despojada de su cosecha». Esta es una de las hipótesis en que el Tribunal regulador se encuentra por la fuerza de las cosas llevado á apreciar los hechos (1).

Pero en apelación, desde hace mucho tiempo, la práctica subordina á la autorización del tribunal superior la facultad de hacer oir á los testigos que han declarado ya ante los primeros jueces. El Tribunal de Casación (Sents. de 4 de Agosto de 1820, de 24 de Setiembre de 1831, de 20 de Noviembre de 1832 y de 13 de Noviembre de 1856) se ha fundado en el art. 175 del Código de instrucción criminal, concebido en estos términos: «Cuando en la apelación lo requiera el procurador general, ó una de las partes, *podrán* ser oídos de nuevo los testigos, y aun *podrá* también oirse á otros nuevos». Estas expresiones, se dice, indican una simple facultad á favor del tribunal. Mas, para ser consecuentes en este sistema de interpretación, sería preciso dejar también al juez un poder discrecional para admitir ó desechar desde luego los nuevos testigos que quieran citar las partes; porque se dice, igualmente de estos últimos, que *podrán* ser oídos. La jurisprudencia decide, no obstante, con razón (Cas. 14 de Octubre de 1826), que no se puede

(1) El derecho de calificar los hechos, que pertenece al Tribunal de Casación, encierra el de apreciarlos moralmente, cuando los elementos de la calificación no se encuentran en la ley. Así es, que ha sido casado, el 5 de Agosto de 1831, el fallo de una cámara de acusación, que había rehusado el ver en unos versos publicados por la *Gaceta de Languedoc*, «*un ataque contra el orden de sucesión al trono*»; que igualmente ha sido anulado, el 8 de Marzo de 1851, un fallo que rehusaba autorizar las diligencias por ultrajes á un alcalde *bajo el pretexto de que las habladurías en cuestión no debían ser consideradas más que como palabras inconvenientes, escapadas á un hombre á quien el vino había momentaneamente privado de su razón*. Es difícil negar, bajo esta última hipótesis, que los magistrados del Tribunal de Casación se han constituido jueces del hecho.

desechar la prueba testimonial que se ofrece por primera vez en apelación, bajo pretexto de no haberse requerido ante los primeros jueces. Pues bien: ¿no puede ser igualmente indispensable un nuevo examen de testigos? Poner la defensa de las partes á discreción de los jueces de apelación, es abusar del principio constante en todas las jurisdicciones que permite desechar todo lo que se dirige á prolongar los debates, sin que de ello pueda esperarse más certidumbre en los resultados (*Cod. de instr.*, art. 270). Si estas expresiones, «los testigos *podrán* ser oídos de nuevo, y se *podrá* oir á otros», se refirieran á una facultad legal y no á una simple autorización, sería preciso decidir, en materia criminal, que al lado de desechar las declaraciones superfluas, existe el deber de no atacar el libre desarrollo de la acusación y de la defensa, deber que el Tribunal Supremo tiene especialmente la misión de hacer respetar (Ibid., art. 408). Las decisiones que criticamos parecen haber sido sobre todo dictadas con el deseo de evitar gastos. Por laudable que sea este deseo, nos parece más precioso aún que el de la economía, el interés de una buena administración de justicia.

314. La propensión á oir raras veces á los testigos en apelación se ha marcado más todavía, desde que la ley de 13 de Junio de 1856, con el objeto de facilitar la unidad y la regularidad, en armonía con la mayor facilidad de los medios de comunicaciones, ha centralizado en la cabeza de partido de cada juzgado ó tribunal imperial el juicio de las apelaciones de policía correccional, que, según el Código de procedimiento criminal, se atribuía á veces á un simple tribunal de distrito. El examen de los testigos en apelación, que eran antes por término medio en número de trescientos, sólo han ascendido en 1858 al número de ciento diecisiete (1). Este resultado fué previsto por el legislador en 1856, quien quiso al menos regularizar la prueba de los testimonios recibidos en primera instancia, respecto de los cuales, las notas de audiencia redactadas sin comprobación por el escribano dejan mucho que desear. Háse añadido, en su consecuencia, al art. 200 del Código de procedimiento criminal la siguiente declaración: «El escribano llevará nota de las declaraciones de los testigos y de las respuestas del acusado. Las notas del escribano serán visadas por el presidente dentro

(1) El mismo número de las apelaciones es relativamente poco considerable, puesto que, de 171.490 juicios correccionales, no ha habido en 1858 más que 6.942 apelaciones. La estadística de 1859 no acusa más que 6.572 apelaciones; pero habiendo disminuido el número de las sentencias correccionales, permanece la misma proporción.

de los tres días de haberse dictado la sentencia.» Esta innovación, como hace notar la exposición de motivos, se refiere al pensamiento de la ley, puesto que las medidas que se toman para hacer más exacta la reproducción de los testimonios propenden á hacer disminuir el número de negocios en que son oídos nuevamente los testigos.

315. Ante los tribunales criminales, se lee por el escribano (*Cód. de instr.*, art. 315) la lista de los testigos, tanto de cargo como de descargo, después de leerse la providencia de remisión de la causa y del acta de acusación, y después de cumplir ciertos requisitos previos. Los nombres, profesión y residencia de los testigos han debido notificarse, veinticuatro horas antes del examen al acusado por el procurador general ó por la parte civil, y al procurador general por el acusado. Conviene, en efecto, dejar á los que tienen interés en combatir tal ó cual declaración, tiempo suficiente para poder, con conocimiento de causa, presentarla como sospechosa, y á veces hasta impedir que se reciba (Ibid., art. 322). No obstante, la falta de notificación ó de designación precisa de los testigos da solamente á la parte contraria el derecho de oponerse al examen; si los testigos respecto de los cuales no se han cumplido estas formalidades han sido oídos sin oposición, se halla cubierta la nulidad (Sents. dens. de 5 de Marzo de 1852 y de 3 de Agosto de 1854), á diferencia de lo que se verificaba rigiendo el Código de brumario, año IV (art. 346 del Cód.). Por lo demás, cuando ha habido notificación en forma é inserción en la lista (1), no se puede rehusar el oir á un testigo (*Cód. de instr.*, art. 324), porque no hubiera sido citado anticipadamente. La citación, que no tenía otro fin que avisarle, carece de efecto en cuanto se presenta voluntariamente. ¿Debe aplicarse por identidad de motivo esta justa decisión, en policía correccional? Invócase en apoyo de la negativa, adoptada por el Tribunal de Casación el 15 de Abril de 1843: 1.°, las disposiciones del derecho romano que quieren testigos *rogati, non fortuiti vel transeuntes* (*Auth., ad leg.*, 18, Cód. *De testib.*); 2.°, el art. 4.° del tít. 6.° de la Ordenanza de 1670, concebido en estos términos: «Los testigos, antes de ser oidos, presentarán la citación que se les ha hecho para declarar»; 3.°, la circunstancia de que el art. 153 del Código de instrucción, que autoriza á las partes ante el juzgado de

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

paz para *traer* testigos, no ha sido reproducida ni se ha tenido en cuenta en policía correccional.

Parécenos preferible la opinión contraria, admitida por el tribunal de Poitiers (14 de Febrero de 1837) y de Grenoble (31 de Diciembre de 1847). Los textos del derecho romano que se invocan sólo pueden referirse á los actos solemnes, como los testamentos; mas de ninguna manera á los procedimientos penales. El argumento sacado de la ordenanza de 1670 está refutado por el art. 324 del Código de instrucción, que prueba, que en las materias más graves, el legislador moderno, menos estrictamente sujeto á las formas, considera la citación como no teniendo importancia sino en cuanto no puede acusarse de rebeldía ni emplearse medios coercitivos contra los testigos no citados. Finalmente, lejos de sacar un argumento *à contrario sensu* del art. 153, diremos, con el Tribunal de Poitiers, que la combinación de los arts. 153 y 324, colocados cada cual en uno de los extremos del procedimiento criminal, autoriza para creer que el legislador no ha supuesto en el testigo que comparece voluntariamente esas disposiciones complacientes, que hubiera sido por lo demás muy fácil á la parte encubrir por medio de una citación. Según los términos de la ley de 20 de Mayo de 1853 (artículo 3.º), los testigos en caso de flagrante delito pueden ser verbalmente requeridos por un inspector de policía ó un agente para que se presenten ante el tribunal correccional.

316. El art. 321 del Código de procedimiento criminal quiere que las citas hechas á instancia de los acusados sean á su costa, así como las dietas de los testigos de descargo. De haberse resuelto así, hubiera sido casi siempre imposible la defensa, atendida la insolvencia notoria de la mayor parte de los acusados. Afortunadamente, añade el artículo, el procurador general puede hacer citar, á excitación suya, á los testigos que se le indiquen por el acusado, en los casos en que juzgue que puede ser útil su declaración para que se descubra la verdad; y nunca se niega en la práctica el Ministerio público á aplicar esta disposición. Los acusados indigentes tienen además, según la ley de 22 de Enero de 1851 (art. 30), la facultad de dirigirse al presidente, quien puede, aun antes del día fijado para la audiencia, ordenar la citación de los mismos. Esta última facultad presenta sobre todo interés en los asuntos de policía correccional, sobre los cuales guarda silencio el art. 321, y que comprende formalmente, por el contrario, el texto de la ley de 1851.

317. No se exige en manera alguna la asistencia de los testigos á las formalidades que preceden á los debates propiamente dichos,

especialmente á la lectura de la providencia de remisión y del acta de acusación. Basta que respondan cuando se les nombre; y aun es de desear que no hayan tenido conocimiento de estos documentos para que lleguen á los debates con el ánimo libre ó exento de toda impresión que pueda borrar sus recuerdos personales. Deben declarar por separado (Ibid., art. 317); pues así se hacen más difíciles las colusiones fraudulentas (1), y se evita esa propensión á la imitación, tan contagiosa en los ánimos apocados, que ocasionaría con harta frecuencia una desconsoladora uniformidad en los testimonios. Así, el presidente manda á los testigos (Ibid., art. 316), después de llamarlos por sus nombres, que se retiren al cuarto que les está destinado y de donde no deben salir más que para declarar. El toma además, si es preciso, precauciones tales como el envío al cuarto ó habitación de un ujier, que les impida conferenciar entre ellos acerca del delito y del acusado. Esta medida tan sabia no se observa en Inglaterra, sino en cuanto la reclaman las partes. Entre nosotros, no puede exigirse por el silencio de la ley, ante las jurisdicciones de policía (Deneg. 3 de Junio de 1847); no la ordena tampoco el Código de instrucción aun ante el tribunal del jurado bajo pena de nulidad (Denegs. 8 de Marzo de 1856 y 5 de Julio de 1866). Si el testigo ha permanecido en la audiencia, á pesar de la prohibición que se le ha hecho, el tribunal criminal es quien debe decidir, con arreglo á las circunstancias, si debe ser oído ó no, y en todos los casos, el jurado debe ser advertido del hecho. En Inglaterra se puede excluir al testigo que ha desobedecido la orden del juez; en América se contenta la ley habitualmente con imponerle una pena (M. Greenleaf, t. 1.°, págs. 460 y sigs.).

318. El examen debe verificarse en principio, estando presente el acusado, puesto que en nuestro derecho es esencial la confrontación; pero puede ser conveniente que falte el acusado momentáneamente durante ciertas declaraciones, por temor de debilidad en un testigo de cargo, ó de colusión respecto de un testigo de descargo. Puede ordenar dicho examen el presidente según le plazca (Ibid., art. 327); pero entonces no se pueden continuar los debates sino después de haber instruído al acusado de todo lo que pasó en su ausencia, y el defensor del acusado tiene el derecho de permanecer en

---

(1) Sabido es que Daniel confundió la calumnia de los dos ancianos que acusaban á Susana, preguntando separadamente á cada uno de ellos el nombre del árbol bajo el cual decían haberla sorprendido con un joven, obligándoles de esta suerte á contradecirse el uno al otro (*Proph. de Daniel*, cap. 13, vers. 51 y sigs.).

la audiencia y de dirigir, si ha lugar, preguntas á los testigos (Sentencia de casación de 28 de Enero de 1830).

319. El orden en que deben hacerse las declaraciones se determina por el procurador general (Ibid., art. 317). Sin embargo, no es dudoso que el presidente, que tiene la alta dirección de los debates, no pueda modificar este orden, en virtud de su poder discrecional. Este magistrado pregunta á los testigos después de prestar juramento (sobre el cual volveremos á tratar en el párrafo siguiente), sus nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio ó residencia; si conocían al acusado antes del hecho mencionado en el acta de acusación; si son parientes consanguíneos ó afines, bien del acusado, bien de la parte civil; finalmente, si no están en servicio del uno ó del otro. Pero estas diversas interpelaciones, llamadas en la práctica escocesa *in initialibus*, aunque son útiles y se observan generalmente, no se consideran en la jurisprudencia como prescritas bajo pena de nulidad. Su omisión, en último resultado, no podría ser una falta grave ó una injusticia formal, puesto que el acusado y el procurador general tienen siempre la facultad de suplir lo que aparezca incompleto en la interrogación del presidente al dirigir las preguntas al testigo. Solamente el procurador general puede interpelar directamente al testigo, y lo mismo pueden hacer los jueces y los jurados; mientras que el acusado ó su defensor, así como la parte civil, no pueden preguntarle sino por medio de su presidente (Ibid., art. 319). Esta última prescripción no se ejecuta á la letra. El presidente se contenta por lo común con decir al testigo, después que se le ha dirigido la pregunta: *Contestad á la pregunta que se os ha hecho;* puede aun autorizar con su silencio la interpelación directa (Den. 2 de Diciembre de 1842). El objeto que se propone el legislador no es obligar al magistrado á reproducir el interrogatorio, como hacen los mensajeros de Homero (V. especialmente el principio del segundo libro de la *Iliada)* con las órdenes que les son transmitidas; lo cual sería tan enojoso como inútil. Todo lo que se ha querido, ha sido que se comprueben estas interpelaciones por el poder discrecional; y la experiencia ha demostrado suficientemente la utilidad de esta comprobación.

En los países en que se dirige la acusación por el interés privado, se deja toda la latitud á los abogados para interrogar á los testigos, según mejor les parece. Esta facultad concedida á hombres hábiles y apasionados llega á ser un arma peligrosa en sus manos. En Roma vemos que sucedía así, según lo que nos refiere Quintiliano, y su testimonio es tanto más precioso, cuanto que los

abusos que nos da á conocer no son á sus ojos abusos, sino más bien recursos del arte oratorio, que recomienda á los abogados: *Maximus patronis*, dice *(Inst. orat.*, libro 5.º, cap. 7.º), *circa testimonia sudor est... Primum est nosse testem; nam timidus terreri, stultus decipi, iracundus concitari, ambitiosus inflari, longus protrahi potest; prudens vero et constans, vel tamquam inimicus et pervicax dimittendus statim, vel non interrogatione, sed brevi interlocutione patroni refutandus; aut aliquo, si continget, urbane dicto refrigerandus; aut, si quid in vitam ejus dici poterit, infamia criminum destruendus* (1). Es necesario confesar, que semejante modo de practicar la prueba testimonial es muy propia para impedir que se descubra la verdad. Encuéntrase, sin embargo, abandonada á la discreción del abogado, en la práctica inglesa, y tal es el imperio de los hábitos, que un talento distinguido como el de M. Greenleaf, no teme reproducir como instrucción para los abogados (tom. 1.º, pag. 582, nota 1.ª) el pasaje de Quintiliano que acabamos de citar. Es verdad que añade á esta cita la de la doctrina escocesa sobre este punto (Alison's, *Practice of the criminel law*, págs. 546-547), mucho más razonable y más moderada. En Inglaterra, este libre examen de los testigos ocasiona con frecuencia sensibles efectos. «Debo hacer observar, dice M. Rey en su curioso trabajo sobre las instituciones judiciales de Inglaterra (2.ª edic., t. 2.º, pág. 344), un abuso general de parte de los abogados ingleses. Con frecuencia hacen sufrir un verdadero tormento moral á los testigos con preguntas capciosas ó inconvenientes, con chanzas inoportunas, con insinuaciones malignas y muchas veces insultantes. Los que asisten á los debates de los tribunales ingleses se sublevan á cada instante al ver la cruel posición en que se halla colocado un testigo tímido, por la licencia de los abogados sobre este punto (2). Mucha mayor dignidad hay en nuestro modo de proceder, conforme por otra parte con los procedimientos de la antigua práctica. *In capitalibus*, dice Boiceau *(Præfat.*, § 5.º), *sœpe visum fuit accusatum, cum ei testis præsentatur post testem objetionibus elevatum et refutatum, supplicare judicem, perlecto testimonio, ut liceat ei testem interrogare... vel petit à judice, eo præ-*

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

(2) * Está prohibido no obstante á los abogados el dirigir á los testigos preguntas insidiosas ó ajenas á la causa. Cpr. Glasson, *Historia del derecho y de las instituciones de Inglaterra*, t. 6.º, págs. 651 y 785. *

sente, per eum interrogata fieri, ut videatur titubet testis, necne. En el día, no obstante, no sería preciso considerar como una *súplica*, sino como el ejercicio de un derecho, la facultad conferida al acusado ó á su abogado de decir contra el testigo *todo cuanto puede ser útil á la defensa (Cód. de inst.,* art. 319). Así, pues, se ha anulado el 18 de Septiembre de 1824 una sentencia que rehusó plantear la cuestión, de si el principal testigo de cargo, en un caso de incendio, había él mismo prendido fuego á su casa. Siempre que se han puesto trabas á la defensa, ha lugar á la casación. Y aun cuando no se tratara de una articulación precisa contra el testigo, sino de recriminaciones producidas por el calor de la discusión, serían excusadas por el derecho de defensa, como lo ha decidido una sentencia denegatoria del 5 de Marzo de 1858, relativamente á las imputaciones de *invencion* y de *falsedad* dirigidas á un testigo.

En cuanto á las preguntas insidiosas y sugestivas que el mismo presidente dirige á los testigos, son bastante raras durante la audiencia pública; pero con mucha frecuencia se puede echar en cara al juez de instrucción el abuso de esas preguntas, y es precisamente uno de los peligros que entraña el secreto de la instrucción preparatoria (1).

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

El testigo que ha declarado debe, si no se ordena otra cosa, permanecer en la Sala de Audiencia (Ibid., art. 320). Puede haber necesidad de preguntarle más adelante nuevas noticias (2). El acu-

(1) * *El Código de procedimiento penal del cantón de Neuchatel* de 7 de Abril de 1875 consagra un sistema diferente del que se sigue entre nosotros y en Inglaterra. Allí interroga á los testigos la parte que los ha hecho citar, el Ministerio público, ó el acusado (art. 407. V. *Anuario de la legislación extranjera*, 1876, p. 769). *

(2) * Esta disposición no está prescrita bajo pena de nulidad (Cas. 18 de Enero de 1875.) *

sado, ó bien el procurador general, pueden provocar, y el presidente puede ordenar este examen, sea en presencia ó aun, si se juzga necesario, en ausencia de los testigos que han declarado después de él. Pero los mismos motivos de decoro que hacen someter al presidente las interpelaciones del acusado á los testigos, hacen prohibir á los testigos que se interpelen unos á otros (Ibid., artículos 325 y 326).

*** Conforme á lo dispuesto en la vigente ley de Enjuiciamiento criminal, los testigos serán citados por cédula; podrán serlo personalmente donde fueren habidos, y también verbalmente cuando sea urgente su examen (artículos 426 y 430). Al presentarse á declarar entregarán al secretario la copia de la cédula de citación; declararán separada y secretamente á presencia del juez instructor y del secretario, empezando por manifestar cuáles sean sus nombres, apellidos, edad, estado, relaciones con el procesado y las demás partes, si han estado procesados y la pena que se les impuso. El juez les dejará narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declaren, y solamente les exigirá las explicaciones complementarias conducentes á desvanecer los conceptos oscuros ó contradictorios; después les dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos. Prestarán sus declaraciones de viva voz, pudiendo, sin embargo, consultar algún apunte ó memoria que contenga datos difíciles de recordar. No se les harán preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, engaño, promesa ni artificio alguno para obligarles ó inducirles á declarar en determinado sentido. Si no entendieran ó no hablaren el idioma español, se les nombrará un intérprete; los sordomudos que supieran leer serán preguntados por escrito, y en esta forma contestarán si supieren escribir; en otro caso declararán por medio de intérprete. No se consignarán en los autos las declaraciones que, según el juez, sean manifiestamente inconducentes para la comprobación de los hechos objeto del sumario; en tal caso se hará expresión por medio de diligencia de la comparecencia del testigo y del motivo de no escribir su declaración (artículos 433, 436, 437, 439, 440, 442 y 445).

Si el testigo manifestase la imposibilidad de comparecer de nuevo ante el Tribunal competente, por haber de ausentarse de la Península, ó si hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte ó incapacidad física ó intelectual antes de la apertura del juicio oral, será nuevamente examinado á presencia del procesado y de su abogado defensor, y á la del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, y se permitirá á éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el juez desestime como manifiestamente impertinentes (art. 448).

Terminado el sumario, y habiendo lugar al juicio oral, comienza la publicidad del proceso. Los testigos, sin comunicarse entre sí, manifestarán sus nombres, apellidos, etc., y serán examinados por la parte que los presente, por las demás partes y por el presidente; éste no permitirá preguntas ó repreguntas capciosas, sugestivas ó impertinentes. Expresarán la razón de su dicho, y si fuesen de referencia precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, ó con las señas con que fuere conocida, á la persona que se las hubiere comunicado (artículos 704, 708, 709 y 710).

El art. 63 de la ley de 20 de Abril de 1888 estableciendo el juicio por jurados, autoriza á éstos para preguntar á los testigos, previa la venia del presidente.—*(N. de la R.)*

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

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

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

322. En cuanto al primer punto, ya hemos hablado de los *monitorios*, advertencias que dan los curas á sus feligreses para obligarles á dar á conocer á la autoridad, lo que supieran respecto de un crimen cuyos autores fueran desconocidos. Se dice que el Gobierno, por acto de 10 de Septiembre, ha restablecido (1) el uso de los monitorios. Una ordenanza dada por el Ministerio de justicia á excitación del procurador general, autorizaba las publicaciones en los sermones y determinaba los distritos en que debían verificarse. Sin embargo, sería difícil que una orden que no se apoyara ni en el Concordato, ni en el texto de nuestras leyes, pudiera ser obligatoria respecto del obispo diocesano, como parece suponerlo el acto de 1806. No obstante, si el obispo, de acuerdo con el Gobierno, autorizase las publicaciones, no se podría considerar la marcha que siguiera como teniendo nada de ilegal, como propia para comprometer, en lo que quiera que fuese, la validez de la instrucción ulterior. Pero entonces todo se reduce á un acuerdo puramente benévolo entre el poder espiritual y el poder temporal. El monitorio no puede ser obligatorio para la autoridad eclesiástica, como lo era en otro tiempo. Parece, á lo más, que el acto de 1806 sólo ha recibido dos aplicaciones bajo el primer Imperio, y que en 1814 el canciller Dambray se negó á ordenar medidas de esta naturaleza, considerándolas con razón como susceptibles de disminuir el respeto debido á los ministros de la religión (2). Desde esta época los monitorios han caído en desuso, y es poco probable que

(1) Este acto no se insertó en el *Boletín de las leyes*; encuéntrase contenido lo esencial del mismo en el *Tratado de legislación criminal* de Legraverend (cap. 7.°, sección 2.ª).

(2) Véase el *Tratado de la legislación criminal* de Legraverend, en el mismo capítulo y sección.

se piense ahora en restablecerlos. En todo caso, el acto de 1806, que no se ha insertado en el *Boletín de las leyes*, y cuyo texto original sería difícil encontrar, no puede tener fuerza en el día, y á falta de disposiciones legales sobre este punto, la comunicación que podría establecerse entre los dos poderes para provocar revelaciones sobre los crímenes más graves, tendría un carácter puramente oficioso.

323. En Atenas, los testigos, aunque fuera uso declarar por escrito aun en lo criminal, debían, si eran requeridos, declarar oralmente, bajo pena de pagar una multa de mil dracmas. Ya hemos visto que en Roma asegura Quintiliano que había obligación de declarar en lo criminal. (V. también Arcadio, l. 21, p. 1.ª, D. *De testib.)* Entre nosotros jamás ha sido dudoso que se pudiese obligar á los testigos á acudir á declarar en lo criminal, lo mismo que en materia civil. El Código de instrucción criminal no ha hecho más que reproducir la Ordenanza de 1670, castigando á los testigos que no acudían con una multa, cuyo máximo fija en 100 francos, y autorizando á emplear, si es preciso, el apremio ó la fuerza para llevarlos á la Audiencia. La ley corta aquí la cuestión sobre si la negativa á declarar, debe ser equivalente á la negativa de comparecer, decidiéndose expresamente por la afirmativa *(Cód. de instr.,* artículos 355 y 80), opinión que hemos adoptado igualmente en materia civil (núm. 266). Además, si la declaración es tan importante que haya sido necesario, por no acudir el testigo, aplazar el negocio para otra sesión, una decisión cuya equidad no puede negarse, dispone sean de su cuenta todos los gastos ocasionados por su falta (Ibid., artículos 354 y 355). Finalmente, en lo criminal, lo mismo que en lo civil, la alegación de excusas falsas se castiga con prisión de seis días á dos meses *(Cód. pen.,* art. 236).

324. Ya hemos tenido ocasión de mencionar las posiciones que obligan por su estado á la discreción, y las funciones ó dignidades que dispensan del testimonio oral. Existe además una ley del 18 de 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 discusión del negocio, hasta que el Ministro de la Guerra (1) haya autorizado á los testigos militares para comparecer en

(1) La ley de 18 de praderal, año II (art. 17), encargaba al *Comité de salvación*

persona. Háse preguntado, no obstante, si la ley de praderal debe considerarse como una medida de circunstancias que se refería, ya al estado revolucionario, ya al estado de guerra general que existía en aquella 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. 514, 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 (artículos 12 y 14) al jurado que examine si se halla ó no en estado de resolver, sin oir la declaración oral del testigo, no está en armonía con el procedimiento actual. Sería, pues, útil reformarla, pero hasta que se realice esta reforma creemos que debe sostenerse su aplicación 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 también constante en el derecho intermedio, bajo cuyo imperio se dió la ley de praderal. Finalmente, la mención de los generales en el art. 514 se explica porque su declaración, así como las de los demás altos funcionarios, se recibe en formas especiales extrañas á los demás militares. Después de haber aplicado la ley del año II por una sentencia de casación de 19 de frimario, año XII, el Tribunal de Casación ha evitado pronunciarse sobre la cuestión, cuando se le ha sometido por segunda vez el 14 de Abril de 1815. Sin embargo, la declaración del funcionario ó militar, aun cuando no sea recibida en la audiencia, no por eso deja de ser un verdadero testimonio y debe desde luego ser juramentada, bajo pena de nulidad. (Cas. de 29 de Septiembre de 1842).

Fuera de estas posiciones especiales, las declaraciones no deben recibirse por escrito, sino en caso de ser imposible verificarlo oralmente. Y aun cuando la declaración del testigo se hubiera leído ya en la Audiencia, debe ser oída, si se presenta ulteriormente (Sentencia deneg. de 28 de Febrero de 1857): el legislador demuestra por otra parte su desconfianza respecto de las declaraciones escritas de los testigos, no permitiendo remitirlas al jurado *(Cód. de inst.*, art. 341).

325. La sanción moral es evidentemente la misma en lo crimi-

---

pública autorizar la citación personal de los testigos: hoy el Ministro de Justicia se dirige al Ministro de la Guerra.

nal que en lo civil. En cuanto á la sanción religiosa, la ley ha establecido dos clases de juramento: el uno para el pequeño, y el otro para el gran criminal. Ante los tribunales de simple policía y de policía correccional prestan los testigos en la Audiencia el juramento de *decir toda la verdad y nada más que la verdad (Cód. de inst.*, art. 155). Ante los tribunales criminales, la fórmula legal es más complicada, puesto que cada testigo *se compromete á hablar sin odio y sin temor, á decir toda la verdad y nada más que la verdad* (Ibid., art. 317). Esta extraña distinción parecía 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 aplicación. Siendo obligatorias las fórmulas indicadas bajo pena de nulidad, una jurisprudencia más conforme con la letra de la ley que con la razón práctica, quiere que la menor omisión produzca nulidad de la declaración de testigos * (Cas. de 3 de Junio de 1875). * Así, por el hecho de hacer el presidente jurar al testigo tan sólo *decir toda la verdad*, sin añadir *y nada más que la verdad*, se supone que el testigo se prevalga de esta omisión para mezclar en su declaración hechos falsos. Pero las reservas casuísticas 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 ha juzgado el Tribunal de Casación el 20 de Mayo de 1808 que una reticencia sencilla, cuando no va ligada á una declaración cuyo sentido altera, se reduce á una simple negativa de contestar (1). Por eso el Tribunal de los Pares se limitó el 1.° de Junio de 1821 á condenar en 100 francos de multa á un testigo que se había negado á nombrar una persona citada en su declaración. 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, según la doctrina consignada igualmente por el Tribunal de Casación el 1.° de Septiembre 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 acredi-

(1) Juana de Arco declaró una vez á un juez *que decía lo que sabía, y nada más que lo que sabía* (M. Vallon, *Juana de Arco*, tom. 2.°, pág. 12).

tarse, le haría cómplice del acusado. El juramento á que estaba obligado el testigo, á diferencia del acusado, constituiría una especie de tormento moral (Burdeos, 6 de Junio de 1851).

327. Antiguamente se daba gran importancia al juramento de los testigos. Así vemos que la jurisprudencia inglesa, después de haber rehusado á los acusados, en materia capital, la facultad de hacer oir á los testigos, estableció esta extraña distinción, que los testigos oídos en su favor no debían prestar juramento, mientras que los testigos de cargo debían 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 Constitución de los Estados Unidos (Amend., art. 6.°), asegura generalmente al acusado el derecho de hacer oir en su favor verdaderos testigos, es decir, testigos juramentados.

328. La sanción penal de la veracidad de los testimonios ha sido siempre más rigurosa en lo criminal que en lo civil. Entre los judíos, incontestablemente, la pena del Talión (Deuteronomio, capítulo 19, vers. 21), y probablemente en Roma la de ser precipitado de lo alto de la roca Tarpeya, no se aplicaba sino respecto del testigo falso en materia penal (núm. 273). En el primer estado del derecho romano variaba la penalidad según las circunstancias, reservándose la pena de muerte para las declaraciones falsas que venían en apoyo de una acusación 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 podía pagar la composición á que era condenado *(perdat manum aut redimat)*. Los establecimientos de San Luis (art. 70) no imponían más que una 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 (número 273). No obstante, en lo criminal, lo mismo que en lo civil, se mitigó esta severidad por la jurisprudencia, restringiéndose la aplicación de la pena de muerte en el caso de que se hubiese dado el testimonio contra el acusado, y en el que la acusación pudiera ocasionar esta pena (Muyart de Vouglans, *Leyes criminales*, partida 1.ª, lib. 3.°, tít. 5.°, § 2.°).

No dejando las leyes modernas al juez la misma latitud para la elección de las penas, han debido establecerse diversos grados de represión, según la gravedad del testimonio falso. Este cargo se cumplió de un modo muy imperfecto por la legislación penal de 1791, según la cual, el falso testimonio en lo criminal se castigaba

con veinte años de cadena en los casos ordinarios; y de muerte si había intervenido condena de muerte contra el acusado (1). (*Cód. de 1791*, parte 2.ª, tít. 2.º, secc. 2.ª, art. 48.) El Código de 1791 guardaba silencio sobre el falso testimonio en materia correccional ó de policía. En su consecuencia, se aplicaba á este falso testimonio (Cas. 7 de Enero de 1808) la pena de seis años de prisión 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 policía simple ó correccional, castigándolo por otra parte con la pena de reclusión, como el que se hubiera cometido en materia civil (arts. 362 y 363). La reforma de 1863, que ha sustituído en muchos casos penas correccionales á las aflictivas ó infamatorias, ha reemplazado en materia correccional como en materia civil, la reclusión por una prisión de dos á cinco años y una multa de 50 á 2.000 francos (arts. 362, 363). Castigado con la reclusión en 1810, con la degradación cívica en 1832, el falso testimonio en materia de simple policía, se halla sujeto hoy día á un año lo menos de prisión, á tres lo más, y una multa de 16 á 500 francos. Finalmente, la reclusión (nuevo art. 361) sustituye á los trabajos forzados temporales para el falso testimonio en materia criminal (2). 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, se exigen dos condiciones para que la agravación tenga lugar: 1.ª, que haya habido efectivamente condena; aquí la tentativa de homicidio moral no se castiga como el homicidio mismo, se está á la pena ordinaria (3): 2.ª, que haya tenido lugar el falso testimonio contra el acusado. No hay agravación de pena para la declaración falsa que tuviera por objeto pre-

(1) La legislación revolucionaria fué más adelante todavía. El procedimiento de la época hacía eminentemente peligroso el falso testimonio; la ley de 5 de Ventoso, año II, lo castigaba con pena de muerte, en materia capital, aun cuando hubiera absolución, y pronunciaba la misma pena contra los testigos de descargo, si se trataba de *crímenes contra la revolución*.

(2) Según las palabras de una sentencia de casación, 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, sólo se haya pronunciado una pena correccional; la acriminación del testigo falso puede agravarse por el resultado del proceso; pero no si depende necesariamente de este resultado, puesto que sobreviviría á la nulidad misma de los debates (Sent. deneg. de 20 de Junio de 1856).

(3) En el caso de absolución, es decir, si se hubiera reconocido que el hecho falsamente imputado no estaba previsto por la ley penal, no habría 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 sustancias no venenosas (*Cód. pén.*, art. 301).

venir, y no ocasionar una condena á las penas más graves. Esta distinción debería 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 más vil y más pérfida, la de la calumnia? Si las necesidades de la represión 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 distinción que ha rechazado tan generalmente nuestro Código (Ibid., arts. 361 y 362) ha sido autorizada por el art. 169 del Código del Brasil.

329. La conducta del testigo falso llega á ser más vil aún, cuando su declaración falsa se ha comprado. 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 Febrero de 1755, que condenó al sobornante y al sobornado (1) á ser quebrantados vivos; es verdad que se trataba de una acusación de asesinato. Según la legislación de 1863, el testigo que ha recibido dinero, una recompensa cualquiera ó promesas, sufre una agravación de la pena. Incurre en la pena de trabajos forzados temporales en materia criminal, en la de reclusión en policía correccional, y, por fin, en la de simple policía, en un encarcelamiento de dos á cinco años y una multa de 50 á 2.000 francos (nuevo art. 364). En cuanto al soborno de testigos, el Código de 1810 desplegaba contra esta infracción una severidad exagerada, que excedía los límites de la represión, 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 acusación no pidiera más que la pena de trabajos forzados perpetuos. Hízose observar en 1832 que no era exacto declarar en principio al sobornante más culpable que al testigo falso; que un padre, por ejemplo, podía ganar testigos para salvar á su hijo. Así es que se adoptó entonces una doctrina á la vez más exacta y más moderada, tratando al sobornante sólo como cómplice del testigo falso, y haciéndole, en su consecuencia, sufrir la misma pena (nuevo art. 365), como se fallaba, en vista del silencio de la ley, bajo el imperio de la legislación intermedia. Pero no puede haber compli-

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

cidad 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 declaración para que pueda perseguirse al sobornante (Sent. de 22 de Julio de 1843); y esto es lo que decidió ya el Tribunal de Casación, aun bajo el imperio del Código de 1810, que castigaba más severamente el soborno (Sent. de cas. de 18 de Febrero de 1813). Sin embargo, la absolución del acusado de falso testimonio no impide que el sobornante pueda ser castigado, puesto que la absolución no destruye la materialidad del hecho, porque puede proceder de consideraciones personales hacia el principal acusado (Cas. 27 de Junio de 1846; Comp. cas. de 3 de Julio de 1851). Observemos, finalmente, que el soborno impropiamente dicho, que consistía tan sólo en comprar el silencio del testigo, no estando previsto por la ley penal, sólo daría lugar á reparaciones ó indemnizaciones civiles.

330. En cierto modo es por el juramento por el que reciben, tanto el testigo como el perito y el jurado, la investidura de la función que les confiere la sociedad; se consideraba al testigo falso como perjuro, en el último estado del derecho romano (Zen., l. 19, Cód. *De testib.)*, y también se castigaba por la ley común (1) en Inglaterra el falso testimonio á título de perjurio (Blackstone, lib. 4.°, cap. 10, núm. 16). No hay duda que entre nosotros no está previsto el juramento falso como tal por la ley penal *(Cód. 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 tenía lugar la declaración bajo la fe del juramento (2). Y no obstante, en nuestro sistema de legislación, que no admite pruebas legales, puede muy bien una simple declaración ocasionar una condena, aun la capital. En el derecho antiguo pensaban ciertos autores que convenía aplicar en este caso una pena menos grave. Sería de desear, en bien de la justicia, que se modificase la legislación en tal sentido. Pero no ha lugar á volverse contra la jurisprudencia (Sent. deneg. de 31 de Enero de 1859), que no considera merecedoras de la calificación de falso testimonio las declaraciones, aun juramentadas, recibidas por el juez de

(1) La pena de perjurio ha variado en la legislación inglesa, desde la de muerte á la de prisión y multa (Blackstone, *loc. cit.*).

(2) Si se hubiese prestado juramento, aunque no debiera prestarse, por un incapacitado que hubiese disimulado su cualidad para engañar á la justicia, sería aplicable la pena de falso testimonio (Sent. den. de 29 de Junio de 1843).

instrucción, no siendo estas declaraciones más que preparatorias y pudiendo modificarse siempre en la audiencia.

331. La prueba de falso testimonio puede influir, ya en la instrucción ó sumario, ya en la condena misma. Si después de los debates apareciese falsa la declaración de un testigo, deberá éste ser arrestado al punto, y puede ordenarse de oficio el aplazamiento del negocio para otra sesión *(Cód. de inst.*, art. 330). Recuérdese que uno de los principales argumentos que se invocan en favor del procedimiento civil (núm. 312) es la facilidad que da para conservar las huellas de las declaraciones que se arguyen de falsedad. Los autores del Código de instrucción criminal (Ibíd., art. 318), de acuerdo sobre este punto con la legislación intermedia, han tenido en cuenta dicha observación. El presidente, bien sea espontáneamente, bien á excitación 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 declaración de un testigo y sus precedentes declaraciones. Sin embargo, no se puede, bajo pena de nulidad (Cas. 26 de Octubre de 1820; * 18 de Junio de 1874 *) hacer preceder á la declaración oral de la lectura de la declaración escrita: la declaración oral debe estar libre de la influencia que pudiera ejercer en un espíritu receloso la declaración anterior escrita.

Finalmente, aun después de la condena, cuando se han decretado mandatos de arresto contra los testigos de cargo (1), se suspende la ejecución. Si se condena á los testigos, el Tribunal de Casación, en vista de las dos sentencias, después de haberse cerciorado bien de la identidad de los hechos que ocasionaron la primer condena y que después fueron reconocidos como falsos, anula la primer sentencia, y la remite ante un nuevo tribunal criminal, para que se proceda contra el acusado (Ibíd., art. 445). Sin embargo, bajo el imperio del Código de instrucción no es posible la revisión en esta hipótesis, como en la de que se alegase que el número de los condenados era superior al de los autores del hecho, sino en cuanto exista todavía el condenado para el cual se solicita la revisión. El Código de 1808 (art. 442) no admite la posibilidad de aliviar la memoria del condenado, sino en uno sólo de los tres

(1) El Tribunal de Grenoble, el 18 de Julio de 1855, admitió igualmente la acción civil contra el testigo falso de cargo, no obstante la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal. Dicho Tribunal se fundaba, entre otros motivos, en la dificultad de admitir la revisión en materia correccional en este asunto; dificultad que ha vencido hoy día la ley de 29 de Junio de 1867 (*Inst. crim. nuev.*, art. 443).

casos de revisión, el en que hay suficientes indicios sobre la existencia de la persona cuya muerte supuesta ha dado lugar á la condena (art. 444). Se habían fijado en la idea de que la revisión después del fallecimiento suponía la prueba material del error del juez. En las otras hipótesis, y especialmente cuando ha habido condena de testigos de cargo, son necesarios nuevos debates para llegar al conocimiento de la verdad. Y ¿cómo podría proceder el jurado á un debate esencialmente oral, según el espíritu de nuestras leyes, sin estar presente el primer interesado? Mas las fuertes reclamaciones que se han elevado contra esta restricción de la facultad de revisar los fallos criminales, han obligado al legislador á suprimir toda distinción entre las diversas hipótesis en que se autoriza la revisión. Actualmente, es el Tribunal de Casación el que después de haber hecho constar la imposibilidad de los debates orales, se encuentra investido de la delicada misión de resolver sobre los autos después de haber oído á los curadores nombrados á la memoria de los difuntos. En este sentido es en el que el Código de instrucción criminal (nuevos artículos 444 y 446) ha sido reformado por la ley de 29 de Junio de 1867 (1).

332. Los testigos tienen derecho á una indemnización en lo criminal, lo mismo que en lo civil (*Tarifa criminal*, tít. 1.°, cap. 3.°). Pero háse preguntado muchas veces lo que debería hacerse si no pudiera revelar el testigo la verdad, sin ocasionarse á sí mismo un perjuicio considerable, mucho mayor que el que señala la tarifa (2). Por ejemplo, las noticias que está llamado á dar sobre los hechos que se niegan son de tal naturaleza que divulgan un procedimiento, que el testigo tiene un inmenso interés en que no se sepa. Algunos han creído que entonces debía estar dispensado de testificar; pero esto es hacer que predomine el interés particular sobre el interés general. Solamente sería equitativo que se le concediera una justa indemnización, puesto que hay en esto una especie de expropiación por causa de utilidad pública. No obstante, esta carga que debería soportar el tesoro público, si la revelación fuera en el sentido

(1) Por una singular ironía de la suerte, la familia Lesurnes, cuyas reclamaciones habían motivado al cabo de setenta y un años un cambio de legislación, no ha podido alcanzar el objeto de tantos esfuerzos. La demanda de revisión de la condena de 1796 ha sido denegada por la Sala criminal del Tribunal de Casación, el 17 de Diciembre de 1867.

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

de la acusación, no se podría en la hipótesis inversa imponerse al acusado que tuviera derecho á la absolución, y en su consecuencia, no podría ser legalmente obligado á pagar en cierto modo su rescate. Entonces sería preciso atenerse á su agradecimiento hacia la persona que hubiese sacrificado su interés al de la justicia. En todos los casos, el testigo alegaría inútilmente, como motivo de excusa, un juramento de no revelación prestado por él. (Fallo de censura, dado por el Tribunal de Casación, sección reunida, el 30 de Noviembre de 1820.)

*** Bajo la sanción penal que establecen los artículos 420 y 716 de la ley de Enjuiciamiento criminal impone ésta á todos los que residan en territorio español, nacionales ó extranjeros, que no estén impedidos, la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado; y exceptúa de hacerlo, en absoluto, al Rey, Reina, Príncipe heredero y Regente del Reino, y personalmente ante el Tribunal, á las personas Reales, los Ministros, Presidentes de las Cámaras y del Consejo de Estado, Autoridades judiciales de categoría superior á la del que reciba la declaración, Gobernador civil, Delegado de Hacienda, Capitán general y Gobernador militar de la demarcación en que se hubiere de recibir la declaración, Representantes diplomáticos extranjeros, Capitanes generales y Arzobispos y Obispos, todos los cuales prestarán sus declaraciones en su domicilio y podrán informar por escrito, como también los funcionarios del orden judicial y Ministerio fiscal sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de sus cargos. Están asimismo exceptuados de acudir al llamamiento judicial, pero no de declarar, los físicamente impedidos (artículos 410, 411, 412, 413, 415 y 419).

Lo están por razón de su ministerio ó cargo, el abogado del procesado respecto de los hechos que éste le hubiese confiado en calidad de defensor, los eclesiásticos sobre los que les fueran revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio, y los funcionarios públicos cuando no pudieren declarar sin violar el secreto á que les obligue el cargo. Lo están igualmente los física ó moralmente incapacitados. Del parentesco como causa de excepción hablaremos en la nota al núm. 340.

Los testigos púberes prestarán juramento de decir todo lo que supieren respecto á lo que les fuere preguntado (art. 433).

Con arreglo al art. 715, siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan á declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar á mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio, cuando éste sea dado en dicho juicio. Fuera de este caso, en los demás podrá exigirse á los testigos la responsabilidad en que incurran, conforme á las disposiciones del Código penal. Según éste (arts. 333 y 334), el falso testimonio en favor del reo será castigado con las penas de arresto en su grado máximo á prisión correccional en su grado medio y multa de 150 á 1.500 pesetas, si la causa fuere por delito, y con la de arresto mayor si fuere por falta. Si el falso testimonio no perjudica ni favorece al reo, será castigado con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio.

El art. 722 de la mencionada ley de Enjuiciamiento otorga á los testigos el derecho á una indemnización, si la reclamaren. El Tribunal la fijará, teniendo en cuenta únicamente los gastos del viaje y el importe de los jornales perdidos por el testigo con motivo de su comparecencia para declarar.—*(N. de la R.)*

§ III.—Exclusión de ciertos testimonios.

SUMARIO: 333. Derecho romano y antiguo derecho francés.—334. Tachas que autoriza el Código de instrucción.—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. Examen sin juramento en virtud de poder discrecional.—339. Exclusión por diferencia de religión y de color.—340. Condenaciones penales. Menores de quince años.

333. Raras en materia civil, las exclusiones de la facultad de testificar estaban bastante multiplicadas en Roma en lo criminal (1). (V. en el Digesto el título *De testibus.*) *Quidam propter reverentiam personarum,* dice Calistrato (l. 3, § 5.° D. *De testib.*), *quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem.* Así debía ser en un país en que se dejaba á los particulares el derecho de intentar las acusaciones. Llegando á ser armas los testimonios en manos de las partes, puesto que las declaraciones se ponían en juego por las pasiones, en vez de analizarse á sangre fría, importaba á lo menos impedir que estas armas fueran demasiado mortíferas. En los países, al contrario, como el nuestro, en que prevalece el sistema *inquisitorial,* en el sentido favorable de la palabra, donde la persecución se dirige por la autoridad pública, y no por las pasiones privadas, se puede ser sobrio de exclusiones sin peligro. Los testigos no reciben ya anticipadamente las instrucciones del acusador ó del acusado. ¿Quién se atrevería hoy á dar, respecto de ellos, el consejo que da Quintiliano á los abogados de su tiempo *(Inst. orat.,* libro 5.°, capítulo 12): *Multum domi ante versandi, variis percuntationibus explorandi?* Las restricciones que podían ser útiles, cuando los testigos sólo eran instrumentos en manos de las partes, no serían ya más 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 comprendería, pues, que se quisiera cerrar estos ojos y estos oídos.

Así, nuestra antigua jurisprudencia, que admitía el sistema inquisitorial, ha sido más amplia para admitir testigos en materia

(1) En Inglaterra los casos en que hay exclusión de testimonio *incompetency of witnesses,* son igualmente muy numerosos. (Philips, *On the law of evidence,* lib. 1.°, part. 1.ª, caps. 2.° 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 (*misdemeanours*).

criminal, que en materia civil. «El peligro de dejar impunes los crímenes que turban el orden de la sociedad, dice Merlín *(Repert.*, V.° *Temoin judiciaire*, § 1.°, art. 7.°), ha parecido á los Tribunales Supremos mayor y más temible que el de exponer á algunos testigos al perjurio.» Así, mientras que la Ordenanza de 1667 prohibía, como hemos visto, oir á los consanguíneos ó afines hasta el octavo grado exclusive, la de 1670 guardaba completo silencio sobre las relaciones de consanguinidad ó afinidad. «Los consanguíneos y afines de las partes, dice Pothier *(Proc. crim.*, secc. 2.ª, art. 3.°, § 1.°), pueden ser testigos en materia criminal, puesto que la Ordenanza de 1670, tít. 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 declaración.» No hay duda que se podía tachar á los testigos en las informaciones lo mismo que en el examen; pero se ha observado generalmente la antigua máxima que nos cita Loysel *(Inst. coutum.*, título 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 permitía que no declarase el testigo. (Merlín, loc. cit.) En la línea colateral, se exceptuaban únicamente los hermanos ó hermanas. Y aun podía oirse á las personas más próximas cuando la fuerza de las cosas compelía al juez á ello, 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 á su mujer á un pozo, estando sacando agua, le fuese aplicado el tormento, aun cuando sólo declarasen contra él dos de sus hijos. Vése, pues, que eran raras en la antigua jurisprudencia las incapacidades absolutas. Sin embargo, cuando había contra los testigos algún motivo de sospecha, dejaban de ser estos testigos clásicos, *omni exceptione majores*, cuya declaración conteste, cuando eran en número de dos á lo menos, producía el convencimiento del juez. Las personas sospechosas no podían dar más que simples noticias, y no un testimonio propiamente dicho, distinción mucho más formal entonces que lo es en el día.

334. El Código de instrucción criminal, fiel á los procedimientos de esta jurisprudencia, no pronuncia igualmente ninguna exclusión absoluta respecto de la facultad de testificar (1). Solamente

(1) Cuando el Tribunal criminal, resolviendo sobre una cuestión civil, se sujeta á las reglas del derecho civil sobre la prueba (núm. 225), se ha juzgado (Dene-

permite (art. 322) al acusado, al procurador general y á la parte civil, que se opongan al examen:

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 también admitidos á declarar, pero se advierte al jurado (2), su cualidad de denunciadores (Ibid., art. 323). Por lo demás, difícilmente 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 confiscación al que denuncia la prevaricación de un comisionado de aduanas. Y como sólo se trata de un delito en esta ley y en otras que contienen disposiciones semejantes, sólo en casos excepcionales, por ejemplo, cuando se haya planteado una cuestión subsidiaria por el presidente, es cuando podrá aplicarse esta disposición por un tribunal criminal. Es bastante notable, que la jurisprudencia inglesa, que en lo criminal, lo mismo que en lo civil, desecha *à priori* los testigos que tienen interés en la causa, admita la declaración de los denunciadores recompensados pecuniariamente (M. Greenleaf. tomo 1.º, pág. 535), fundándose en el motivo de que la recompensa se ha establecido por la autoridad para facilitar la averiguación de los crímenes y en que no se alcanzaría el objeto propuesto si no se permitiera oir al denunciador.

A falta de oposición, ya del Ministerio público, ya del acusado,

---

gatoria de 28 de Enero de 1870) que se deben aplicar las reglas acerca de la identidad de los testigos sentadas por el Código de procedimiento.

(1) Es punto controvertido entre los jurisconsultos ingleses (M. Greenleaf, tom. 1.º, 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 (Denegatorias de 30 de Marzo de 1848 y 14 de Septiembre de 1865).

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

el presidente, y en caso de controversia, el tribunal criminal, pueden desechar de oficio las declaraciones que según los términos del artículo 322 *no puedan ser recibidas* (Sent. deneg. de 29 de Marzo de 1856).

Los parientes ó afines pueden ser examinados ó subrogados en la instrucción preparatoria; es lo que resulta, bien de la falta de prohibición respecto de esto, bien del mismo texto del Código de instrucción (art. 33), que autoriza al Ministerio público, en caso de flagrante delito, á llamar para su proceso verbal á los parientes, vecinos ó criados. De aquí la consecuencia, consagrada por la jurisprudencia (Den. 10 de Octubre de 1817), de que la declaración escrita de los parientes ó afines puede leerse en el acto de la vista.

335. Las causas de tachas formuladas por la ley no pueden extenderse. No hay lugar, pues, para acudir á motivos de tachas al art. 283 del Código de procedimiento (Cas. 25 de Abril de 1834; 18 de Julio de 1846; * Cas. 29 de Abril de 1875 *), ni para extender la exclusión facultativa á los parientes y afines de la parte civil. Si eran desechados en el antiguo derecho, era solamente bajo el punto de vista de la acción de la parte civil. «Cuando se trata, dice Jousse (*Justicia criminal*, part. 3.ª, lib. 1.º, tít. 3.º, número 117), de un crimen que se persigue, tanto á instancia de la parte civil, como de la parte pública, no deben tener consideración los jueces á la declaración de los testigos consanguíneos ó afines de la parte civil, en lo concerniente á indemnización 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 consideración á la declaración 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». Hoy día que no existe prohibición alguna en la ley, estos consaguíneos y afines deben ser oídos sin ninguna restricción (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 examen de los parientes consaguíneos 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 prestación de juramento (1), para

(1) La jurisprudencia inglesa (M. Greenleaf, tom. 1.º, págs. 478, 479, 536 y 537) admite en el dia á la parte perjudicada; pero esto se refiere á los principios par-

que no haya duda en el día (núm. 338) que toda persona *(Cód. de inst.*, art. 269) puede ser oída, en virtud del poder discrecional, á título de simple declaración? La negativa, admitida en la época en que la parte civil no era otra cosa más que un acusador, sólo ha prevalecido, bajo el punto de vista del interés civil, cuando se siguen instruyendo los procesos criminales por el Ministerio público. Según Jousse (Ibid., núm. 416), la declaración de la parte civil no puede hacer que se la concedan daños é intereses; mas la prueba, aunque fundada en parte en esta declaración, puede ser suficiente bajo el punto de vista de la acción pública. Hoy día una exclusión absoluta se encontraría en oposición con el principio fundamental del derecho moderno, según el cual, la parte civil movida por un interés puramente pecuniario (1), sólo hace un papel accesorio en los procesos criminales: por esto el art. 322 no habla más que de los consanguíneos y afines del *acusado*. Por lo mismo, el Tribunal de Casación asimiló definitivamente la parte civil al denunciador cuya denuncia es recompensada, y autorizó, en su consecuencia, su examen á título de testigo, si no hay oposición por parte del acusado ó del Ministerio público (Sents. denegs. de 28 de Noviembre de 1844, 12 de Noviembre de 1846 y 28 de Marzo de 1852).

Pero la declaración del querellante, que no se ha mostrado aún parte civil, verificada prestando juramento, no debe desecharse aun cuando se muestre ulteriormente parte civil *(Cód. de inst. crim.*, artículo 67); solamente conviene advertir al jurado de este cambio de posición del testigo (Sent. deneg. de 5 de Mayo de 1854).

337. Háse preguntado, á la inversa, si el que ha confesado su propia culpabilidad puede ser oído 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 posición. *Is qui de se confessus es*, dice Modestino, *in caput aliorum non torquebitur*. Y al reproducir esta prescripción, 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 speraus,*

---

ticulares de la ley inglesa sobre la influencia de lo criminal en lo civil, como veremos al tratar de la cosa juzgada.

(1) El que, sin ser parte, tenga solamente un interés en la causa, ¿deberá ser excluído así como se ha decidido para lo civil? (núm. 281). Aun cuando en sentido afirmativo ha fallado el Tribunal de Casación (Den. 15 de Febrero de 1834), esta decisión no nos parece en armonía con los principios más latos que regulan la jurisdicción penal.

aut inimici supplicio in ipsa supremorum suorum sorte satiandus (l. 17, Cód. *De accus.*). Pero una cosa es la prohibición de dar tormento al acusado, y otra es la de excluir absolutamente su testimonio. Por derecho común alemán, la declaración, aun perfectamente conforme 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 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. Así es que la legislación inglesa tiende, al contrario, á provocar el testimonio de los coacusados, prometiendo la inmunidad á aquellos que no puedan ser perseguidos sino por sus propias confesiones (1). M. el conde de París, en un interesante trabajo acerca de las *Asociaciones obreras de Inglaterra* (cap. 1.°, *Crímenes de Sheffield*), nos da un ejemplo notable de esta inmunidad de los coacusados. Cuando tuvo lugar una indagatoria acerca de los autores de los crímenes cometidos por los miembros de las *Trades Unions*, en 1867, la comisión de tres legistas, nombrada para esta investigación, fué autorizada á provocar las revelaciones con la esperanza de la impunidad: «Se dió entonces, dice el autor, durante veinticinco días, el extraño espectáculo de culpables que contaban sus delitos y tenían un cuidado escrupuloso de no omitir ningún detalle. Á veces, después de acusarse ellos mismos, ponían primero su punto de honor en no hacer traición á sus cómplices; mas comprometidos luego por las otras declaraciones, venían á reconocer que no habían dicho toda la verdad, y hacían una confesión completa para merecer la preciosa certificación. De hoy en adelante, están libres y protegidos contra las persecuciones de la justicia humana; pero inviolables como Caín, llevan como él, estampada en la frente, el sello de la infamia» (2).

338. 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 va aún más adelante autorizando, en virtud del poder discrecional, el examen de toda clase de personas, aun de los parientes más próximos (V. especialmente

(1) V. Glasson, *Historia del derecho y de las instituciones de Inglaterra*, tomo 6.°, pág. 788.

(2) En la práctica inglesa, el juez advierte simplemente á los jurados que no condenen por la simple declaración de un cómplice (Philipps, parte 1.ª, capítulo 4.°, n. 2).

las sents. denegs. de 22 de Mayo de 1846, 16 de Diciembre de 1853 y 22 de Noviembre de 1855), que por otra parte han podido incontestablemente ser oídos en la instrucción escrita. Esta decisión se apoya en el art. 269 del Código de instrucción, que permite al presidente hacer oir *á toda clase de personas* cuya declaración 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 primera parte de este artículo no hace distinción alguna, y autoriza, en virtud del poder discrecional, para investigar la verdad por todos los medios posibles. La segunda parte, descartando la prestación del juramento, traza una línea de demarcación sensible entre las declaraciones hechas de esta suerte y los testimonios propiamente dichos, que rechaza el art. 322. Táchase á la citada jurisprudencia de introducir entre los testimonios propiamente dichos y las simples noticias una distinción sutil, que no tiene objeto hoy, puesto que está permitido condenar con arreglo á toda clase de documentos; pero no es verdad que las personas llamadas así por el prèsidente se hallen en la misma posición 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 refractarios no pueden alcanzar al hijo que se niegue 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 fe del juramento, no constituyen un testimonio propiamente dicho, y en su consecuencia, las declaraciones falsas en semejantes circunstancias no pueden atraer contra sí las penas impuestas al falso testimonio (núm. 330). Con estas sabias restricciones, nos parece que la interpretación que se da en la práctica al art. 269 no tiene nada que no sea conforme á nuestro sistema de instrucción, que consiste en averiguar á toda costa la verdad. No se debe exigir la declaración de los próximos parientes, pero puede ser necesario dirigirse á ellos para conocer los hechos. El sistema contrario llevaría 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 represión 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 policía, ni aun al presidente del tribunal de policía correccional (Cas. de 4 de Noviembre de 1848 y 7 de Diciembre de 1872). En su consecuencia, los parientes

del acusado *(Cód. de inst.,* art. 156) que pudieran hacer simples declaraciones ante el tribunal criminal, están completamente excluídos ante las demás jurisdicciones, cuando se opone una de las partes á su examen. Lo mismo sucede con mucha más razón respecto de la parte civil, que hace un papel mucho más importante en materia de policía que en materia criminal.

339. La diferencia de religión era en otro tiempo un motivo de exclusión. Sabida es la Constitución 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. * Estas restricciones que habían dejado huellas en lo que concierne especialmente á los judíos, en algunas legislaciones modernas (Véase *antigua ordenanza criminal de Prusia,* art. 357, núm. 8.°), casi parecen haber desaparecido en todas partes. *

340. En cuanto á la infamia que resulta de una condena, se remonta á la ley Julia, que no permitía oír al que había sido *judicio publico damnatus.* (Callistr., l. 3.°, § 1.°, Dig. *De testib.)* En el día se admite á título de noticias, es decir, sin prestación de juramento, el testimonio de una persona que ha incurrido en degradación civil, ó bien al que una sentencia de policía correccional ha privado especialmente del derecho de declarar en juicio. Sólo empieza la incapacidad desde el día en que el fallo condenatorio se ha hecho irrevocable *(Cód. penal,* art. 28). No se puede, por consiguiente, considerar, sino como una decisión de un caso particular, un fallo del Tribunal de Casación (23 de Febrero de 1850) que autorizó la exclusión de testigos condenados la víspera por falso testimonio, y llamados á declarar en la misma causa en que se había cometido el falso testimonio. Pero el legislador no ha reproducido aquí la regla que quiere que el juez de instrucción oiga á los menores de quince años, sólo por fórmula de declaración y sin prestar juramento (Ibid., art. 79). No obstante, el Tribunal de Casación había juzgado en pleno, acerca de las conclusiones conformes de Merlín, el 3 de Diciembre de 1812, que era aplicable el art. 79, tanto á los debates como á la información previa, y que, según los términos de este artículo, no debía tener lugar la prestación de juramento. Esta doctrina, autorizada más recientemente por una sentencia de casación del 9 de Junio de 1831, se ha abandonado en el día por el tribunal; numerosas sentencias, desde la de 25 de Abril de 1834 hasta la de 18 de Septiembre de 1862, dejan al presidente la facultad de exigir el juramento ó de dispensar de él según las circunstancias. Echamos de menos su primer jurisprudencia, no tan arbitraria y más

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 acusación de falso testimonio? Es difícil admitir esta consecuencia, sobre todo cuando dependiera del presidente ponerles ó no bajo esta penalidad. El partido más sencillo es, pues, el de no exigir jamás el juramento. Lo indudable es que, aun ante las jurisdicciones de policía, en que no existe el poder discrecional del presidente, puede ser oído el menor de quince años sin prestar juramento (Sent. de 2 de Marzo de 1855).

Finalmente, deben asimilarse á los menores de quince 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. pág. 355, not. 1.ª)

*** Según el Derecho español, no podía ser testigo: 1.º, Por falta de probidad: el conocido por de mala fama, á no ser para testificar en los delitos de traición; 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 complice de aborto voluntario; el homicida alevoso; el amancebado; el forzador ó raptor y el incestuoso; el traidor, tahur ó persona de mala vida; la mujer que anduviere fingiendo ser varón; el hombre muy pobre y vil; el de otra religión en causa contra cristiano, á no ser por delito de traición; el apóstata, la mujer prostituta (ley 8.ª, tit. 16, Partida 3.ª). 2.º Por falta de conocimiento, el demente ó mentecato ó el que de cualquier modo esté destituido de juicio (ley 8.ª cit.). 3.º Por falta de imparcialidad, el preso mientras permanece en prisión; el que tuviere grande enemistad contra el acusado (leyes 8.ª, 10 y 22, tit. 16, Partida 3.ª); el moro, judío ó hereje 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 exculpación, 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 requería para ser testigo en causa criminal que hubiera cumplido 20 años; pero no obstante ser menor de esta edad, se admitía cuando era necesario por no haber otros testigos presenciales, ó cuando se juzgaba conveniente, pues su testimonio sirve de gran presunción, como dice la ley 9.ª, tit. 16, Partida 6.ª

Nuestra ley de Partida (20, tit. 16, Part. 3.ª) exceptuaba de la prohibición que imponía al abogado para ser testigo en el pleito que hubiera comenzado á defen-

der por la misma razón que expone M. Bonnier, respecto de la parte civil, á saber, que «lo pidiese por testigo la parte contra quien razonase».—*(A. del T.)*

*** Según el derecho procesal vigente, representado en este punto por la ley de Enjuiciamiento criminal, están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en línea directa ascendente ó descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos ó uterinos, los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, y los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos. El Juez les advertirá que no tienen obligación de declarar en contra del procesado, pero que pueden hacer las manifestaciones que consideren oportunas, y se consignará la contestación que dieren á esta advertencia (art. 416). Las demás excepciones de la obligación de declarar quedan apuntadas en nuestra nota al núm. 332.—*(N. de la R.)*

§ IV.—Apreciación de los testimonios.

SUMARIO: 341. Admisión en otro tiempo en lo criminal, de dos reglas antiguas sobre el testimonio.—342. Abrogación de la regla: *Testis unus, testis nullus.*—343. La segunda regla igualmente en vigor hasta 1789.—344. Importancia de la declaración oral de los testigos.

341. Las dos reglas tan arbitrarias de la exclusión del testigo único y de la fuerza invencible que se atribuye á dos testimonios conformes y no sospechosos, eran admitidas 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. 7.º, cap. 14), según las memorias de su tiempo, que un estatuto de Guillermo III (Stats. 7.º y 8.º, cap. 3.º), que exige en los delitos de alta traición la declaración de dos testigos (1), fué utilizado por grandes personajes, que mantenían correspondencia con el rey desterrado, pero sin correr peligro alguno, porque tenían cuidado de servirse de *un solo emisario* (2). Sin embargo, considerado este estatuto como una protección contra el peligro de las acusaciones políticas, se ha conservado en Inglaterra y se ha reproducido por el art. 3.º (sec. 2.ª, núm. 3.º) de la Constitución de los Estados Unidos, concebida en estos términos: *No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses.* Entre nosotros se concluyó por restringir á los crímenes merecedores de pena capital el principio de la exclusión de un testigo único. Este prin-

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

(2) Macaulay, en su *Historia de Guillermo III*, refiere una curiosa discusión de la Cámara de los Comunes en 1696, en que los *toris* presentan como un principio de moral y de religión la necesidad de que concurran dos testigos, y en que los *wighs* refutan enérgicamente esta doctrina.

cipio tiene en su favor la autoridad de Montesquieu (1) (*Espíritu de las leyes*, lib. 12, cap. 3.º): «Las leyes que hacen perecer á un hombre por la declaración de un solo testigo son fatales á la libertad. La razón exige dos, porque un testigo que afirma y un acusado que niega, dan lugar á 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 pasarse por su testimonio, ¿puede ponerse en balanza con su declaración la denegación interesada del acusado? Montesquieu tendría razón si se tratase del conflicto de dos testigos, el uno de cargo y el otro de descargo, porque entonces habría 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 garantías contra el rigor tan exagerado de la jurisprudencia criminal de su tiempo, cuyos deplorables errores son demasiado célebres. Él hubiera probablemente razonado de otro modo en presencia del jurado. Por lo demás, ya hemos observado que la máxima *Testis unus, testis nullus*, no era en la práctica tan favorable al acusado como se podría creer. Si la declaración del testigo único fuese fortalecida con algún adminículo, podía dar ocasión al tormento, obteniéndose así por un medio tan atroz como facticio, el suplemento de prueba necesario para ocasionar la condena (2).

En vista del art. 242 del Código de instrucción, no es posible ya dudar que nuestro derecho criminal haya descartado todas estas reglas arbitrarias para atenerse á la íntima convicción. Sólo se habían suscitado dudas en materia de caza por razón del art. 11 de la ley del 30 de Abril de 1790, que permitía suplir el proceso verbal de los guardas de campo por la declaración de dos testigos.

Pero el Tribunal de Casación había decidido con razón, y especialmente por sentencia de 7 de Febrero de 1835, que no era preciso ver en este artículo más que un vestigio de las antiguas ideas,

---

(1) Véase en el mismo sentido á d'Agnesseau, carta 108. Montesquieu reproduce sin duda, sin saberlo, el raciocinio del antiguo criminalista Soto Mascardo, concl. 856, núm. 4.º). Esta teoría ha tenido también por defensor á Filangieri (*Scienza della legislazione*, lib. 3.º, cap. 15), cuya opinión está hoy abandonada por la doctrina italiana.

(2) Todavía se procedió mejor en Roma. Cuando parecía que el testigo no presentaba garantías suficientes, era puesto en tormento: *Si ea rei conditio sit*, dice Arcadio (l. 21, § 2.º, D. *De testibus*), *ubi arenarium testem vel similem personam admitti cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est.*

el cual no había podido sobrevivir á la promulgación posterior de las leyes que han reorganizado el procedimiento criminal. En el día no puede suscitarse dificultad alguna, puesto que la legislación actual sobre caza autoriza de un modo general la prueba *por testigos* (ley de 3 de Mayo de 1844, art. 21).

343. En cuanto á la segunda regla, mucho más 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 revolución francesa recibió esta doctrina deplorable la sanción más ostensible. En 1786 un folleto de Dupaty (autor de las cartas sobre Italia), conocido con el nombre de *Folleto para tres hombres condenados á muerte*, había combatido con violencia, á propósito de un proceso escandaloso, los abusos de la marcha seguida entonces en lo criminal, y especialmente la máxima que la declaración conteste de dos testigos debe ocasionar la condena. Esta memoria, que el público recibió con gran favor, excitó la indignación de la magistratura. El abogado general Seguier pidió su supresión ante el Parlamento de París. Léese en su requisitoria (V. la requisitoria, así como la memoria de Dupaty, en el *Foro francés*, colección de Clair y de Clapier, 1.ª serie, tomo 3.º): «La declaración de dos testigos no es una presunción, es una prueba, y si la rechazo, todos los ciudadanos confiados á mi custodia estarán expuestos á ser degollados impunemente. Se está en el caso de decir *con la ley de las Doce Tablas: Salus populi suprema lex esto* (1). La declaración de dos testigos conformes, tachados indebidamente, debe considerarse como una prueba completa, según todas las leyes divinas y humanas. Sin embargo, está en la naturaleza de las cosas que se hayan engañado dos testigos intachables, y hayan engañado á los jueces; el magistrado más 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 extrañas doctrinas fueron autorizadas por el Parlamento como verdaderos artículos de fe, y la memoria de Dupaty experimentó la misma suerte que muchos escritos irreligiosos del último siglo. Por sentencia de 11 de Febrero de 1786, se mandó que fuese rasgada y quemada en el patio de palacio, al pie de la escalera principal, por el ejecutor de la alta justicia, como «injurioso á los ma-

(1) La erudición del abogado general se encuentra aquí al nivel de su doctrina. Nada prueba que este adagio vulgar se formulase en la ley de las Doce Tablas.

gistrados, tendiendo á desnaturalizar los más sagrados principios, destructor de toda confianza en la legislación y en la magistratura, etc.» Se ve que la Asamblea constituyente atacaba abusos todavía en vigor, cuando proclamaba el principio de la íntima convicción, en su instrucción de 1791 sobre el procedimiento criminal; instrucción reproducida casi literalmente en este punto por el artículo 342 del Código que rige actualmente la materia. En el día, si consagran aun ciertas legislaciones la exclusión de un testigo único (1), al menos, la máxima tan grosera como bárbara que daba una fe absoluta al dicho de dos testigos se abandonó universalmente. Sabido es que Napoleón, después de la conquista de las provincias del Rhin, en que estaban en vigor las dos máximas, condenó ambas diciendo: «Así, pues, un hombre honrado no podrá hacer condenar con su testimonio á un bribón, mientras que dos bribones podrán hacer condenar á un hombre honrado».

344. Por lo mismo que la apreciación de los testimonios no está sometida á reglas técnicas, sino que es enteramente moral, conviene que se presenten las declaraciones bajo la forma más verdadera, es decir, que se verifiquen oralmente (*Cód. de inst.*, art. 317). Así no se puede dar lectura en los debates, antes de la declaración oral de un testigo, de su declaración escrita en la instrucción (Cas. 7 de Abril de 1836). Después de la declaración oral, por el contrario, se ha admitido siempre que podía leerse la declaración escrita para consignar las variaciones del testigo (*Cód. de brum.*, año IV, artículo 366; *Cód. de inst.*, art. 317). Esta excepción 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, excepto el caso en que fuera necesario dar á conocer las variaciones de los testigos, prohibía de un modo absoluto (art. 365) el que se leyera á los jurados ninguna declaración escrita de los testigos no presentes en la sesión. De que el Código de instrucción criminal no haya reproducido esta prohibición ab-

(1) Los más recientes que han llegado á nuestro conocimiento son el estatuto del *Connecticut*, revisado en 1849 (tit. 6.°, § 1859) que exige dos testigos para producir convicción cuando la acusación es de tal naturaleza que envuelva la pena de muerte, y el Código de procedimiento penal de Austria de 1853 (§ 269), que expresa la misma exigencia de un modo general. * El nuevo Código de 1873 no ha reproducido esta disposición. *

soluta, se puede deducir que ha lugar á aplicar, por identidad de razón, al debate contradictorio, lo que dice el art. 477 de la instrucción 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 sería poco puesto en razón desechar un testimonio, porque hubiera muerto el testigo después 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 (Sents. denegs. de 25 de Agosto y 14 de Septiembre de 1826; 9 de Febrero y 16 de Junio de 1843; 18 de Septiembre de 1852). Entonces, de dos cosas la una: 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 remisión del negocio á otra sesión con el interés de la justicia; ó la declaración sólo tiene un valor secundario, y entonces debe pasarse adelante. «Las declaraciones escritas, dice combatiendo esta jurisprudencia M. Faustin Helié (*Revista de legislación*, tom. 17, pág. 368), no ofrecen las garantías que las declaraciones orales. Han sido recogidas para servir de elemento á la acusación y no á la sentencia; son redactadas por el juez, á veces por un escribano poco inteligente, y no por el testigo mismo; expresan la sustancia y el sentido de la declaración, pero no sus palabras y su texto; finalmente, son recibidas en el gabinete del juez, sin debates, sin contradicción, sin publicidad. ¿Cómo asegurarse de que son la expresión del testigo? ¿Puede la declaración escrita hacer constar esas vacilaciones, esas largas reticencias, las sugestiones que se emplean para obtener su declaración? ¿Puede pintar su turbación, su emoción, su acento? Sólo 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 majestad de la audiencia, hubiera perseverado en una declaración irreflexiva? Finalmente, la falsa declaración hecha ante el juez de instrucción, no tiene sanción, no tiene pena alguna; sólo cuando se repite en los debates se puede incurrir en las penas de falso testimonio; no tiene, pues, las mis-

mas prendas de sinceridad. Pero es preciso reconocer con el mismo criminalista (*Inst. crim.*, tom. 5.°, § 609), que el principio implícitamente contenido en los textos de la ley se encuentra confiado por la indecisión de estos textos á la sabiduría del presidente, y que no se puede inducir de su violación 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 inst.*, art. 341). Y esto debe entenderse, no solamente de las declaraciones prestadas ante el juez de instrucción, que no figuran en los elementos del debate definitivo, sino también 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 serían las únicas que tendría á la vista, podrían tener una influencia demasiado directa sobre su determinación, y hacer prevalecer, contra el espíritu de la ley, los documentos escritos sobre los testimonios orales.

*** Según nuestras antiguas leyes de Partida, que rigen en la actualidad, las reglas que deben tenerse presentes para la apreciación de la prueba de testigos en materia criminal son las siguientes: 1.ª Dos testigos *mayores de toda excepción* (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 después del núm. 340) y que expresen el motivo ó fundamento por el cual saben lo que exponen ó aseguran, forman una prueba plena y completa (V. las leyes 16 y 32, tít. 16, Part. 3.ª). 2.ª Un solo testigo no es suficiente en ningún caso para producir la evidencia legal (ley 32 citada), ni se produce cuando siendo dos ó más 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, tít. 14, Part. 3.ª (cuya disposición 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 número 52 de esta obra, y la adición que sigue al núm. 298.)—*(A. del T.)*

*** En el derecho vigente no existe la prueba tasada: el Tribunal aprecia ésta según su conciencia, si bien es regla de crítica racional la deficiencia de la declaración de un solo testigo, no acompañada por ningún otro elemento de prueba, para fundar una sentencia condenatoria.

En cuanto á la materia examinada por el autor en el núm. 344, previene el art. 714 de la ley de Enjuiciamiento criminal que cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente incitará al testigo á que explique la diferencia ó contradicción que entre sus declaraciones se observe. El art. 730 autoriza la lectura de las diligencias practicadas en el sumario que, por causa independiente de la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.—*(N. de la R.)*

SEGUNDA FORMA DE PRUEBA ORAL

Declaración del demandado.—Confesion expresa ó tácita.

SUMARIO: 345. Confesión. Sus diversas formas.

345. La declaración del hombre sobre los hechos litigiosos, que emana ordinariamente de terceros extraños al proceso, puede ser obra de las mismas partes. Reservamos para la tercera parte de este libro los casos bastante raros en que hace fe en juicio la declaración del demandante, y vamos á tratar aquí de la prueba llamada por los antiguos autores la prueba por excelencia (1), *probatio probatissima*, de la confesión, es decir, del testimonio del mismo demandado, reconociendo contra su propio interés la verdad de los hechos alegados por el adversario.

La confesión puede ser expresa, y esta es la confesión propiamente dicha; puede ser tácita, y resultar de ciertas circunstancias determinadas. La negativa de prestar ó de rehusar el juramento decisorio es la más notable de estas circunstancias (2).

PRIMERA ESPECIE DE CONFESIÓN

Confesión expresa, ó confesión propiamente dicha.

SUMARIO: 346. División.

346. Principiaremos, según nuestra costumbre, examinando cuál es la fuerza de la confesión, y después nos ocuparemos del procedimiento por el que se trata de obtenerla.

(1) Es un juego de palabras reproducir, al contrario, como hacen Zachariæ y sus anotadores MM. Aubry y Rau (§ 749 y nota 22, 4.ª edición), la opinión de los autores antiguos, según los cuales, no es la confesión 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 confesión no existe en materia criminal, ni aun en todos los casos, en materia civil. Y aun cuando existe, la confesión 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 también á la confesión *probatio impropria*, considerando al juez que la recibe como estableciendo de *præsenti*, y no de *præterito*, por razón de la fuerza invencible de la confesión. Pero esta fuerza invencible puede existir en otras formas de prueba, aun en la prueba testimonial, si la cualidad y la inteligencia de los testigos son superiores á toda sospecha. Sería singular, después de todo, que dejara de ser perfecta una prueba porque produjera una convicción más completa para el juez.

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

SECCIÓN PRIMERA

Fuerza de la confesión.

SUMARIO: 347. Qué declaraciones constituyen la confesión.—348. La confesión tiene más fuerza en lo civil.

347. La confesión es la declaración por la que una persona reconoce por verdadero un hecho de tal naturaleza que puede producir contra ella consecuencias jurídicas. Debe versar sobre el hecho, y no sobre el derecho; así es, que la declaración por la que se reconociese que se halla sometida la controversia á las disposiciones de tal ó cual ley extranjera, no constituiría una confesión, y no sería en nada obligatoria para el juez. Aun cuando recaiga sobre el hecho, no toda especie de declaración es una confesión; para esto es necesario que haya habido intención formal de reconocer la verdad de las declaraciones de la parte contraria; y no podría hallarse este carácter en simples alegaciones en apoyo de los fundamentos en que se apoya la demanda ó la defensa; ni con mayor razón, en simples cartas escritas durante la instrucción (Sent. de 7 de Noviembre de 1827).

348. En toda clase de materias tiene la confesión una gran importancia; pero esta importancia es mayor aun en lo civil que en lo criminal (1). Cuando no se trata más que de cuestiones pecuniarias, la confesión 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 á propósito sacrificarse por sí mismos. Al contrario, ante las jurisdicciones criminales, la fe de la confesión 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 (núm. 99).

PRIMERA DIVISIÓN

FUERZA DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL

SUMARIO: 349. Distinción entre la confesión judicial y la extrajudicial.

349. La confesión de que podemos prevalernos contra nuestro

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

adversario es, según la letra del art. 1354 del Código civil, judicial ó extrajudicial. La ley se ha referido especialmente á la confesión judicial; ya porque se halla consignada siempre en debida forma, ya porque las circunstancias en que interviene no permiten que se la considere como hecha ligeramente y sin reflexión. Vamos á examinar los principios establecidos por el Código respecto de esta primera especie de confesión; después veremos hasta qué punto son aplicables estos principios á la confesión extrajudicial.

§ I.—Confesión judicial.

SUMARIO: 350. Carácter de la confesión judicial.—351. Capacidad que se requiere para la confesión.—352. Casos en que la confesión no hace fe.—353. Condiciones de la validez de la confesión.—354. ¿Se requiere la aceptación de la parte contraria?—355. ¿Cómo debe explicarse la prohibición de retractar la confesión *por error de derecho*?—356. Indivisibilidad de la confesión judicial.

350. La confesión judicial se define (art. 1356, Ibid.): la declaración que hace en juicio la parte ó su apoderado especial. Mas para que sea judicial la confesión es necesario que se verifique en el curso de la instancia actual, pues la confesión hecha en otra instancia debe considerarse como extrajudicial. El Tribunal de Casación, fundándose en los términos generales del art. 1356, en un fallo de 16 de Marzo de 1868, consideró como judicial la confesión dada en otra instancia. * Mas la Sala de lo civil ha cambiado esta jurisprudencia por un fallo de 27 de Noviembre de 1883 que, sin ninguna ampliación, se limita á afirmar «que resulta de la combinación de los artículos 1350 y 1356 que la ley sólo atribuye fuerza de presunción legal á la confesión judicial hecha en la respectiva instancia.» Si se atiende á las conclusiones del abogado general Desjardins, conforme á las que el fallo ha sido dictado, se ven desarrolladas estas dos ideas; de una parte la confesión debe ser tratada como la cosa juzgada, y de otra, que es importante para el juez conservar acerca de las pruebas suministradas por las partes su absoluta libertad de apreciación. «Hay, en mi concepto, más inconvenientes que ventajas, dice M. Desjardins, de que el juez tenga las manos atadas. ¿Quién, sabe, por otra parte, si el reconocimiento no ha sido mal adquirido por los primeros jueces?» (Sirey, 1885, 1.°, pág. 67).

Yo descarto inmediamente esta última consideración. Si el reconocimiento ha sido mal adquirido por los primeros jueces, si la sentencia ha sido mal redactada, la cuestión no se queda ya íntegra. Suponemos que no pueda promoverse ninguna duda acerca del

alcance de la confesión intervenida. Pero esto sentado, no concibo muy bien que se pueda llegar á decir que vale más que el juez no tenga las manos sujetas. Sin duda este último argumento puede ser excelente en legislación, y se comprende que el legislador descarte resueltamente todo vestigio de pruebas legales, y reserve al juez la más amplia libertad de apreciación respecto de todas las pruebas suministradas por las partes. Mas si tal es el camino que han emprendido ciertos Códigos recientes (V. Código de procedimiento civil alemán de 1877), no es ciertamente el sistema seguido por nuestro Código civil. Al escribir en el art. 1356 que la confesión «da plena fe contra el que la hizo», quiso precisamente el legislador francés que el juez «tuviera las manos ligadas». ¿Lo quiso solamente para el caso en que la confesión interviene en la actual instancia? Es lo que se pretende al invocar una supuesta asimilación entre la confesión y la cosa juzgada. Tampoco puedo admitir semejante asimilación. En efecto, ¿es posible, sin exageración, comparar un modo de prueba á una sentencia? Se han tomado, y se ha hecho muy bien en tomar suficientes precauciones, á fin de restringir, dentro de justos límites, esta infalibilidad temible que se concede á las decisiones judiciales. Pero no tenían por qué preocuparse de semejantes consideraciones, enfrente de una sentencia (yo acepto por el momento la comparación) que era dada por la misma parte y en contra de su interés.

Con un compendiador de fallos termino haciendo notar (Nota, Cas. 16 de Marzo de 1868, S. I, pág. 409) cuánta rareza hay en decir que *una confesión hecha ante un tribunal de justicia* podrá valer como *confesión extrajudicial* (1). *

351. Para que haga fe la confesión, debe emanar de una parte capaz de disponer de sus bienes, puesto que de ella puede resultar una verdadera enajenacion. Así la confesión 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 confesión de una mujer casada que no tiene autorización competente (2). Sin em-

(1) * Consultar acerca de esta cuestión en el mismo sentido que el fallo de la sala de lo civil, Bourges, 16 de Mayo 1844; Colmet de Santerre, *Curso analítico del Código civil*, tom. 5.°, núm. 33, duplicado 2.°; Demolombe, tom. 30, núm. 498; Baudry-Lacantinerie, *Compendio de derecho civil*, tomo 2.°, núm. 1239 in fine. En sentido contrario, Marcadé, acerca del art. 1356, núm. 2.°; Laurent, *Principios de derecho civil*, tomo 20, núm. 164, nota; Cas. 16 de Marzo de 1868 (S. 1868, 1.°, p. 409). *

(2) Según los términos del art. 1361 del Código italiano, la confesión de los tutores y administradores no perjudica á los administrados, excepto cuando se hace en los casos y con las condiciones que les permiten obligar á los mismos administrados.

bargo, la autorización 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 si existiera una incapacidad de dar ó de recibir entre las partes, por ejemplo, si un padre hubiera hecho una confesión en un proceso seguido con un hijo natural, el juez sería quien debería examinar si era formal la confesión, ó bien si implicaba una liberalidad disfrazada. Este es el sentido en que decían los antiguos intérpretes: *Qui non potest donare, non potest confiteri.* Por el mismo motivo no puede tener lugar la confesión en perjuicio de terceros que adquirieron un derecho sobre el objeto de la controversia; así, la confesión del vendedor no puede 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 enajenar, es que está prohibida la confesión, así como la enajenación á un mandatario que no se halla especialmente autorizado al efecto (1). (Ibid., art. 1998.) Sin embargo, la confesión hecha sin poder puede algunas veces comprometer al mandante. No hay duda que cuando mi mandatario fuese un simple particular que no tuviera carácter público, la confesión que hubiera hecho en mi nombre, sin estar autorizado á ello, sería radicalmente nula por exceder 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 *(Cód. de procedimiento,* arts. 352 y siguientes), lo cual sería completamente inútil con relación á un mandatario común. En cuanto al abogado, no siendo el representante inmediato de la parte, no la compromete directamente por las confesiones que se le escapen; así es constante que un abogado no puede ser responsable de la retractación. Sin embargo, si el procurador no retracta la confesión hecha por el abogado, se considera que se la apropia, y entonces la parte perjudicada está autorizada para desmentir, no al abogado, sino solamente al procurador (Sents. denegs. de 8 de Diciembre de 1829 y de 15 de Abril de 1838).

352. La confesión hace plena fe contra aquel que la hizo *(Có-*

(1) * El administrador de un establecimiento de beneficencia no puede hacer confesión sino debidamente habilitado (Sent. 8 de Abril de 1874). *

digo civil, art. 1356). Pero esta proposición no es verdadera, sino en cuanto intereses de orden superior no se encuentren en litigio. Por eso el Código de procedimiento (art. 870) decide, respecto de la separación de bienes, que la confesión del marido no hace prueba. Esta decisión se aplica con más motivo á la separación de cuerpos y á las nulidades del matrimonio. *Favor matrimonii efficit*, dice Mascardo *(De probat., prelim., cuest. 7), ut nulla confessio conjugum contra matrimonium publice contractum ei præjudicare possit.* Si en los casos en que requiere el interes general que el juez no providencie sino con conocimiento de causa, no es permitido atenerse á la confesión, ¿deberá dudarse en rehusarle toda fuerza, cuando se dirige á acreditar ciertos hechos cuyo reconocimiento prohibe la ley, por ejemplo, una filiación incestuosa ó adulterina? Aprobamos, pues, contra la opinión de ciertos autores, una sentencia denegatoria de 28 de Junio de 1815, que rehusó reconocer una filiación adulterina, á pesar de la confesión que emanaba de las partes interesadas hecha contradictoriamente con sus adversarios. La cuestión no es saber 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 si estos hechos no son á los ojos de la ley de tal naturaleza que se deba rechazar su prueba, á no ser 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 había de permitir confesar una filiación que está prohibido investigar ó reconocer? (1). Así es que el Tribunal de Casación (Den. 8 de Agosto de 1808), fijándose en la misma naturaleza de la confesión (núm. 347), no ha querido atribuir ningún efecto al reconocimiento hecho ante la justicia por la legislación que regía la materia en otro país.

353. Cualesquiera que sean los puntos sobre que verse la confesión, es claro que, para que produzca condena, debe ser terminante y completa. De otra suerte, sólo produciría á lo más un principio de prueba, que debería completarse por otros medios de demostración. Los jurisconsultos romanos no han hecho más que proclamar una verdad de todos los tiempos, cuando han dicho (Ulp., l. 6.°,

(1) * Este principio, combinado con el de la indivisibilidad de la confesión, ha hecho decidir al Tribunal de Casación, el 29 de Enero de 1883, que cuando una mujer reconoce los hijos naturales como nacidos de ella y de su padre casado durante la concepción, este reconocimiento es nulo por consecuencia de la nulidad de la indicación del nombre del padre cuando el reconocimiento está viciado del delito de adulterio. *

pr., D. *De confess.*): *Certum confessus pro judicato erit; incertum, non erit.* Además, para que haya confesión, 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 y afirmaciones en apoyo de un sistema de defensa, no pueden constituir una confesión judicial (núm. 347), aun cuando se reiterasen en un interrogatorio sobre hechos y artículos, pues á lo más podría verse en ella un principio de prueba por escrito. Además, los jueces de hecho tienen un poder discrecional para apreciar el carácter de la declaración según los hechos y los documentos del proceso (Sents. denegs. 3 de Junio de 1829, 25 de Febrero de 1836, 5 de Diciembre de 1842 y 31 de Enero de 1876); ¿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?

354. Para sostener que no puede retractarse la confesión, aunque no haya sido aceptada por el adversario, se dice (Solón, adición al *Ensayo sobre las pruebas* de Gabriel, § 128), que es preciso no confundir 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. civil*, 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; esta circunstancia posterior parece extraña á la validez intrínseca de la confesión, validez que debe existir en el momento mismo en que tiene lugar. Aunque estas consideraciones no carecen de gravedad, la utilidad práctica ha hecho desde largo tiempo prevalecer la opinión contraria. Se ha juzgado sobrado peligroso no 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 inexperiencia de un joven pasante, cuando no había adquirido aún ningún derecho la parte contraria (1). Esto se hallaba tan perfectamente consignado en nuestra antigua jurisprudencia, que Pothier (*Oblig.*, núm. 831)

(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.

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 da acta*. Si los redactores del Código no han reproducido las expresiones de Pothier, es porque no han pensado sobre este punto; pero nada indica que tuvieran intención de hacer innovación alguna en vista de una práctica constante. Un fallo del Tribunal de Casación (Den. 9 de Junio 1863) ha consagrado expresamente dicha decisión, poco discutida en el palacio de justicia. En todos los casos en que 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 la aceptación no es necesaria. Si no puede servir de base una declaración prontamente retractada para condenar al deudor (1), 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., núm. 693), la cual ha pasado á la jurisprudencia moderna (Sents. denegs. de 24 de Mayo de 1832 y 22 de Agosto de 1837) (2).

355. La confesión, que presenta una 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. 1235 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 se halla fundada sobre un error. Pero el art. 1356 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 razonable. Así, pues, yo confieso haber realizado

(1) El Código italiano (art. 1358) resuelve, lo que es racional, que la confesión hecha á un tercero no puede constituir más que un simple indicio.

(2) * Según el *Código de procedimiento civil alemán* de 1877, la confesión no tiene necesidad de ser aceptada. Cpr. acerca de la confesión en el nuevo *Código de procedimiento civil alemán* los artículos 261 y 262. *

actos de herederos respecto de la sucesión de un tío mío; ignoraba que esta confesión me obligaba á pagar sus deudas, aun *ultra vires successionis;* he podido proceder imprudentemente, pero de que me sea perjudicial la verdad, no se sigue en manera alguna que no haya dicho la verdad.

Esta explicación nos ha parecido tan natural, que no pensamos en dar otra aplicación al principio sentado por el art. 1356; pero si nos atenemos á la doctrina de Pothier, á la cual se refería el orador del Tribunado, es preciso ir más lejos y excluir la revocación en el caso en que la misma confesión fuera sólo el resultado de un error de derecho.

«Esta distinción 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); el heredero nombrado conviene en que debe á este preceptor la suma que expresa el testamento. Si desde entonces, este heredero recobra un codicilo revocando el legado, quedará destruida su confesión, 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 oxpresaba el testamento, porque ignoraba entonces la ley que prohibe á los menores hacer legados á sus preceptores, siendo este error por él alegado un error de derecho, no se admitirá que lo proponga el heredero, y subsistirá la prueba que resulte de su confesión.»

El motivo que da Pothier (Ibid.) es que *la culpa es suya si no se ha enterado de ello anticipadamente.* Pero este motivo prueba demasiado, porque debieran sacarse deducciones de él contra el texto de la ley, que no hace distinción alguna, y contra la opinión 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 repetición, cuando no lo ha pagado el heredero sino por error de derecho, ¿cómo había de tener más fuerza la simple confesión que el pago efectivo? ¿No hay en esto motivo para sorprenderse, y al confesar el heredero el legado, habrá querido confesar otra cosa más que la existencia del testamento, sin pensar en su validez legal? Pero se dirá: la misma distinción hace el Código civil (art. 2052) respecto

(1) Para aplicar este ejemplo á la legislación moderna sería preciso decir hoy *á su tutor (Cód. civil*, art. 907).

de las transacciones. A esto es fácil contestar que, según el objeto mismo de la transacción, el que transige se supone que renuncia á suscitar toda clase de dificultades, tanto de hecho como de derecho. Se comprendería que fuera lo mismo si no se verificara la confesión judicial sino en actos en que se aconseja la parte de un abogado ó procurador; pero ¿cómo dar el mismo efecto á la confesión hecha en un interrogatorio á que contesta el litigante sin aconsejarse de nadie? Es verdad que puede confirmarse una disposición irregular, bien por quien la hace, bien por sus herederos; pero esta confirmación exige (Ibid., art. 1338) condiciones especiales, á falta de las cuales no se reputa hecha con conocimiento de causa. Pues bien: ¿de qué servirían estas precauciones, si no pudiera retractarse una simple confesión, aun cuando proviniera del error más manifiesto?

Esta observación nos conduce á una solución ingeniosa propuesta por M. Larombiere (*Teoría de las obligaciones*, t. 5.°, pág 422). Es imposible admitir que la ley se contradiga á sí misma y se vuelva atrás sobre ese principio esencial de que los actos confirmatorios deben hallarse exentos de todo error. En su consecuencia, sería necesario distinguir, en la práctica, si se trata de la simple confesión de un hecho ó de la confirmación del vicio de una obligación, confirmación que debe ser siempre *voluntaria*, como lo repite el Código en muchas ocasiones (arts. 1338, 1340). La confesión de un hecho no podrá retractarse cuando sólo provenga de un error de derecho; pero se podrá retractar la confirmación que tiene el vicio de semejante error, porque esta confirmación dejará de ser voluntaria, á no ser que hayan manifestado las partes la intención de transigir, lo cual haría que fuese aplicable el art. 2052. Poco importa que se haya calificado como confesión la confirmación, pues á los tribunales corresponde restituir á un acto su verdadero carácter; no es suficiente un pasaje de Pothier para destruir los principios mejor consignados.

Esta es también una de las hipótesis en que Pothier ha reproducido demasiado servilmente los principios de la legislación romana. Pero debe observarse, en primer lugar, que en Roma no se había sometido, como entre nosotros, á condiciones especiales la confirmación de las obligaciones viciadas de nulidad. Además, se admitía de un modo más lato que en el día la distinción 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 confesión de un fideicomiso no puede

revocarse por error de derecho; porque, según un rescripto de Antonino, reproducido por Paulo (l. 9.º, § 5.º, D. *De jur. et fact. ignor.*), el error de derecho tampoco hubiera dado mayor motivo para la repetición del pago.

356. Finalmente, la confesión (art. cit. 1356) no puede dividirse contra el que la hizo (1). Esta indivisibilidad es sumamente justa. Cuando me refiero á la declaración de mi adversario, debo tomarla tal cual es; no puedo dividirla arbitrariamente para tomar de ella tan sólo lo que me es favorable. De otro modo le presto un lenguaje que no ha empleado ni querido emplear; porque sabido es la facilidad con que, aislando ciertas expresiones, puede darse á las mismas un sentido manifiestamente contrario á la intención del que las pronunció. La confesión puede aceptarse ó desecharse, pero no es permitido desnaturalizarla. Así, aun cuando no tuviese ninguna otra prueba de mi préstamo que la confesión de la persona á cuyo favor lo hice, y ésta hubiera dicho que se había obligado á devolverme la suma en que consistía sin intereses, no se me admitiría á sostener que se habían estipulado intereses, invocando, por ejemplo, presunciones, si dicha suma no excedía de 150 francos. Llámase la confesión *cualificada*, cuando contiene el reconocimiento de un hecho bajo ciertas modificaciones. Dúdase más, en cuanto á la indivisibilidad, cuando la confesión es *compleja*, es decir, cuando la declaración que modifica la confesión versa sobre un hecho distinto y posterior, por ejemplo, sobre un pago que mi deudor declarase haber efectuado, al mismo tiempo que reconocía 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 confesión de un primer hecho, mientras que la otra es la alegación 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 fe de mi adversario; y á esta buena fe es á la que debo referirme para todo lo concerniente á la deuda. Esto es lo que el Código civil decide expresamente en materia de depósito. «Cuando el depósito, dice el art. 1924, excediendo de 150 francos no se probó por escrito, el que es demandado como depositario se le cree por su

(1) Según el *Código de procedimiento civil alemán* de 1877, la confesión no es indivisible. Conserva todo su efecto, aunque la acompañe un aserto susceptible de constituir por sí mismo un medio de ataque ó de defensa. Cpr. arts. 261 262.

declaración, bien por el hecho del mismo depósito, bien por la cosa que se dice depositada, bien por el hecho de su restitución.» Esta decisión debe generalizarse, existiendo motivo para tener completa confianza en el deudor, en toda circunstancia análoga (1).

Pero no será así cuando el que hizo la confesión alega, para destruir su efecto, un hecho enteramente nuevo, por ejemplo, un crédito á su favor, que pudiera compensarse con la deuda confesada. Quiero estar á la buena fe de mi deudor, en lo concerniente á su deuda; pero jamás he tenido intención de autorizarle á declararse á su vez acreedor mío. De otra suerte, estrechando las consecuencias del principio de la indivisibilidad, se llegaría al punto de que si el crédito alegado por el deudor excediese el importe de su deuda, como sería imposible dividir su declaración, la pretendida confesión concluiría por cambiar los papeles y convertir en último resultado al acreedor en deudor, lo cual es evidentemente inadmisible. En Roma era posible la división en semejante hipótesis. He aquí, en efecto, el caso que trae Scævola (l. 26, § 2.°, D. *Depos.*): *Titius Semproniis 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 solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadam epistola decem, probare possit hoc quod scripsit, judicem æstimaturum.* Esta doctrina se halla perfectamente expuesta por Boet, autor poco versado, sin duda, en el conocimiento histórico del derecho romano, pero que desarrolla á veces con exactitud los principios fundados en la razón que toman los modernos de aquella legislación. En su comentario sobre el título *De confessis*, núm. 5.°, se lee lo siguiente: *Equidem si plura sint capita confessionis separata, quorum unum haut dependet ab altero, nihil vetat quominus divisio confessionis admittatur, et accipiatur pars altera, rejiciatur; sicut unam partem sententiæ, quæ confessioni similis, admittere potest qui succumbit, et ei acquiescere, ab altera vero appellare. Sin omnia confessione comprehensa inter se connexa, et unius quasi actus continui factum contineant, non*

(1) * En esta hipótesis precisa, por supuesto, reservar al adversario el derecho de contradecir la parte de la confesión que le es desfavorable, á condición de probar, conforme á las reglas generales acerca de la prueba, que la parte que él rechaza es contraria á la verdad. *

videtur circa eumdem actum admittenda separatio, et proinde vel tota confessio acceptanda est, vel rejicienda, quum iniquum sit commoda quidem admittere, repudiare vero onera eidem cohærentia.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación se ha pronunciado muchas veces en este sentido. Ha admitido la indivisibilidad, bien sea de la confesión calificada en el caso en que se trataba de saber con qué título se habían entregado unos valores, no habiéndose acreditado la entrega sino por confesión del que los había recibido (Sen. de 25 de Febrero de 1837; V. también Cas. 26 de Noviembre de 1849), aun cuando el pretendido depositario alegase que se había efectuado por entrega manual (París, 20 de Febrero de 1852; Montpellier, 25 de Febrero de 1862) (1); bien sea de la confesión compleja, relativamente al empleo de sumas que el demandado reconocía haber recibido, y que decía haber puesto en seguida en manos del demandante, ó relativamente á una cuenta cuyas cobranzas y gastos no se justificaron sino por confesión del mandatario (Cas. 25 de Abril de 1853 y 24 de Junio de 1863). Por el contrario, ha permitido dividir la confesión, cuando se ha alegado un crédito distinto, en compensación de la deuda confesada (Sentencias denegs. de 15 de Mayo de 1855 y 8 de Febrero de 1864) y en general cuando se trata de hechos no conexos (Sents. denegs. de 23 de Diciembre de 1835 y 6 de Febrero de 1838). Una vez admitida esta distinción, no es dudoso que se pueda aislar las respuestas dadas en un interrogatorio sobre hechos y artículos, cuando no son conexas estas respuestas; de lo contrario, el objeto del interrogatorio dejaría completamente de existir, puesto que no me sería posible utilizar las declaraciones verdaderas de mi adversario sobre ciertos puntos, sin verme obligado á aceptar sobre otros sus declaraciones falsas (Sents. de 29 de Junio de 1839 * y 11 de Agosto

(1) Pero el Tribunal de París ha procedido injustamente al invocar en el caso en cuestión el art. 2279 del Código, según el cual, la posesión equivale á título respecto de los muebles, puesto que esta máxima no tiene fuerza sino respecto de terceros. En las relaciones de las partes, bastaba decir, con otro considerando de la sentencia de 1852, que el pretendido declarante se había puesto voluntariamente á discreción de la parte contraria no exigiendo recibo (núm. 172). * La regla de la indivisibilidad de la confesión tiene sobre todo aplicaciones prácticas importantes en materia de donativos manuales. Véase acerca de este punto Pablo Bressolles, *Teoría y práctica de los donativos manuales*, números 263 y siguientes, y Mauricio Colin, *Estudio de jurisprudencia y legislación acerca de los donativos manuales*, págs. 96 y siguientes. En el concurso de legislación civil para el premio Rossi celebrado ante la Facultad de derecho de París en 1884, la primera de estas obras ha obtenido el premio (de 2.000 francos), la segunda una recompensa de 1.500 francos. *

de 1875 *). Con más razón es permitido fundar en semejantes declaraciones un principio de prueba por escrito (Sent. de 8 de Agosto de 1854; * Limoges, 26 de Febrero de 1885 *).

Lo cierto es que las restricciones de la confesión, como tampoco la confesión misma, no pueden contrariar las prohibiciones de la ley; así, cuando una persona que la ley presume haberse interpuesto en favor de un incapaz, reconoce haber recibido una donación, en vano añadirá que la recibió por su cuenta, y que debe considerarse su confesión como indivisible, la segunda parte de la declaración será desechada como ilegal, pero se conservará la primera. Además, independientemente de las presunciones legales, se ha pensado siempre que, cuando había en la causa indicios de dolo, podía separarse la indivisibilidad de la confesión, con conocimiento de causa. Por este motivo probablemente es por lo que el art. 1961 del Código holandés (1) se refiere, sobre la indivisibilidad de la confesión, á la ilustración del juez. Nuestro Código, sin duda, no va tan lejos, por lo que no pueden nuestros tribunales desviarse sin motivo aparente de la regla trazada; pero los casos de fraude se hallan aquí, como en todas partes, exceptuados. Si pues la adición hecha á la confesión es gravemente sospechosa, y en especial si las circunstancias alegadas para modificarla son en extremo inverosímiles, el tribunal podrá separar esta adición, para atenerse pura y simplemente á la confesión, pero teniendo cuidado de mencionar los indicios de dolo que presente la causa (Agen., 16 de Diciembre de 1823; véase también den. 22 de Noviembre de 1869; * Pau, 12 de Enero de 1874; Dijón, 7 de Mayo de 1876 *). Si se alegase una sencilla inverosimilitud, no se permitiría dividir la confesión; por eso el Tribunal de Casación anuló el 19 de Abril de 1858, una sentencia del tribunal de Joigny, que en vista de la declaración del demandado sobre haberse contratado una venta á prueba, dividió la confesión, con el pretexto de que la venta á prueba era inverosímil en el caso en cuestión. Finalmente, dejando aparte la circunstancia de dolo, no es aplicable la regla de la indivisibilidad, sino en el caso de que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba

(1) * El art. 1961 del *Código civil holandés* se halla así concebido. «La confesión no puede ser dividida contra el que la ha prestado. Sin embargo, el juez puede dividir la confesión si el deudor para su liberación, ha alegado hechos, respecto de los que está probada la falsedad.» Véase la traducción del *Código civil neerlandés* de M. Gust. Tripels, 1886. Me parece que M. Bonnier ha confundido este artículo 1361, que no se presta á la interpretación dada al texto, con el 1965 que deja á la prudencia del juez el determinar el efecto de una confesión verbal extrajudicial. *

que la confesión, se halla obligada á aceptar ó desechar por completo la declaración en que se funda. De otra suerte sería, si esta parte tuviese otros medios legales de probar su derecho; entonces la confesión cualificada, y sobre todo, la confesión compleja, no tendrían más que una importancia accesoria; según el sistema contrario, sería demasiado fácil paralizar los medios de prueba de la parte adversa, valiéndose de una confesión parcial cuyo contenido estuviera prohibido modificar (Sents. denegs. de 28 y 29 de Febrero de 1861; * París, 25 de Marzo de 1876; Sen. 17 de Abril de 1877 y 21 de Febrero de 1882 *).

Por lo demás, así como lo ha fallado el Tribunal de Casación (Den. 26 de Agosto de 1863), no es dividir la confesión, el interpretar el convenio que la confesión hace constar.

*** Según la legislación española, la confesión judicial constituye prueba plena y completa contra el que la ha prestado, de suerte que si el demandado confiesa la acción del demandante ó éste conviene en las excepciones de aquél, queda plenamente justificada la demanda ó las excepciones, sin necesidad de otra prueba: ley 2.ª, tít. 13, Part. 3.ª Mas para que así se verifique, se requieren las condiciones ó circunstancias siguientes: 1.ª Que el confesante sea mayor de 25 años, ó si es menor y entró en la pubertad, intervenga en el acto su curador, y aun así, podrá en caso de lesión pedir la restitución *in integrum*.—2.ª Que sea libre y no arrancada por fuerza ó miedo de muerte ó deshonra, ni por otra coacción física ni moral de ninguna clase, ni por sugestiones, promesas, dádivas, engaños ó impropio artificio: leyes 4.ª y 5.ª, tít. 13, Part. 3.ª, y art. 8.º del reglam. de 16 de Septiembre de 1835.—3.ª Que se haga á sabiendas ó con ciencia cierta de lo que se hace y no por yerro ni equivocación, de modo que si se ejecuta con error de hecho, no perjudica al confesante, pero es necesario que aquél se pruebe en el mismo juicio: ley 5.ª, tít. 13, Part. 3.ª—4.ª Que el confesante declare contra sí mismo ó para obligarse en favor de otro: ley 4.ª, tít. 13, Part. 3.ª—5.ª Que se haga ante juez competente: leyes 4.ª y 5.ª, tít. 28, libro 11 de la Nov. Recop. Entiéndese juez competente para este fin el juez árbitro que procede observando el orden legal, pero no el arbitrador, porque ante éste no hay verdadero juicio. V. Febrero reformado por el Sr. Goyena.—6.ª Según la ley 4.ª, tít. 13, Part. 3.ª, se requería que se efectuase á presencia de la parte contraria ó su apoderado; mas esta disposición no se observaba en la práctica, y la nueva ley de Enjuiciamiento civil previene en su art. 298, que la confesión se practique sin previa citación, si bien el 298 dispone que se dé vista de toda confesión al que la hubiere solicitado. —7.ª Que la confesión recaiga sobre cosa, cantidad ó hecho determinado, pues no siendo así, no perjudica al confesante, pero debe el juez apremiarle á que responda categóricamente, y si se trata de una deuda, á que fije su cantidad: leyes 4.ª y 6.ª, tít. 13, Part. 3.ª.—8.ª Que no sea contrariá á la naturaleza ó á las leyes, entendiéndose que es contra éstas, por ejemplo, la que hiciere un casado de tener un impedimento dirimente, con el fin de anular el matrimonio, pues en esto no cabe la prueba por confesión, ó la que hiciere una madre de que no es de su marido sino de otro, el hijo que ha tenido durante el matrimonio, pues tal aserción es contraria á la presunción de derecho: ley 6.ª, tít. 13, y 9.ª, tít. 14, Partida 3.ª En el proyecto de Código civil de 1851 se declara asimismo, art. 1231, que la confesión judicial hace plena fe contra el confesante que no puede dividirse en perjuicio suyo, ni él puede revocarla, á no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho.

La confesión judicial no puede hacerse en favor ni en contra de un tercero:

leyes 4.ª, tit. 13, Part. 9.ª, y 2.ª, tit. 7.°, lib. 2.° del Fuero Real. Esta doctrina, que se indica por M. Bonnier en el núm. 351, se halla ratificada por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en recursos de casación. Así, por sentencia de 6 de Febrero de 1863 y de 7 de Mayo de 1865 se ha declarado que la confesión judicial de que habla la ley 2.ª, tit. 13, Part. 3.ª, no constituye prueba en perjuicio de los derechos legítimos y anteriores de un tercero; y por otra de 28 de Abril de 1866, que si bien la confesión hecha en juicio con las solemnidades prevenidas en derecho es bastante prueba contra el confesante, cuando faltan algunas solemnidades y por ella pueden quedar lastimados los derechos de un tercero, es necesario conceder á éste el ejercicio de los demás medios probatorios que la ley reconoce para atenuar ó anular los efectos de aquélla.

La confesión prestada en un acto y de una vez por uno de los litigantes se considera *indivisa*, de manera que no puede admitirse en una parte y desecharse en otra, pues la confesión no se constituye sino de todas sus partes, las cuales son mutuamente condición unas de otras. Sobre este punto de que trata M. Bonnier en el núm. 356 establecen nuestros autores la regla siguiente, que debe tenerse en cuenta para apreciar la doctrina de M. Bonnier en cuanto sea dable. Si la circunstancia ó calificación que se añade en la confesión cualificada puede separarse del hecho sobre que recae la pregunta, se llama la confesión divisible y tiene toda la fuerza de una confesión absoluta ó simple, á menos que el confesante pruebe la modificación ó circunstancia; mas cuando la modificación ó circunstancia añadida es inseparable del hecho preguntado, la confesión se llama indivisible y no se puede admitir en una parte y desecharse en otra por el adversario, quien, si quiere aprovecharse de ella, tiene que probar ser falsa la circunstancia ó modificación. V. Escriche, Diccionario, art. *Confesión dividua é individua*. Por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de Septiembre de 1867 se ha declarado que la doctrina relativa á que la confesión judicial se reputa individua, no tiene aplicación cuando no se trata de la conoscencia hecha en juicio por un litigante ante su contendor, sino de ciertas manifestaciones consignadas en sus escritos, las cuales no tienen el valor y eficacia de la verdadera confesión judicial.—*(Nota del T.)*

*** La confesión judicial es acto personalísimo de los litigantes, quienes deben responder por sí mismos y de palabra á las preguntas que se les dirijan en la forma que determina la ley de Enjuiciamiento civil vigente, excepción hecha de cuando alguna pregunta se refiera á hechos que no sean personales del que haya de absolverla, en cuyo caso, si éste se negare á contestarla, podrá admitirse la absolución de posiciones por medio de un tercero que esté enterado personalmente de los hechos por haber intervenido en ellos á nombre del litigante interrogado, si éste lo solicita aceptando la responsabilidad de la declaración. En los pleitos en que sea parte el Estado ó alguna corporación del mismo, no se pedirán posiciones al Ministerio fiscal ó á quien represente á dicha parte. En su lugar, la contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas por vía de informe por los empleados de la Administración á quienes conciernan los hechos (artículos 579, 585, 587 y 595).

Completando los preceptos de la ley citada, dispone el Código civil que para la validez de la confesión es condición indispensable que recaiga sobre hechos personales del confesante, y que éste tenga capacidad legal para hacerla (art. 1231). Según el mismo cuerpo legal, la confesión hace prueba contra su autor, exceptuándose el caso de que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes (art. 1232). Respecto á la fuerza de este medio de prueba con relación á la parte que lo utiliza, depende de la forma del juramento bajo el que declare el confesante, cuestión que examinaremos anotando la lección dedicada por el autor al uso del juramento en lo civil.

Añade el Código, que la confesión judicial no puede dividirse contra

el que la hace, salvo cuando se refiera á hechos diferentes, ó cuando una parte de la confesión éste probada por otros medios, ó cuando en algún extremo sea contraria á la naturaleza ó á las leyes, y que sólo pierde su eficacia probando que al hacerla se incurrió en error de hecho (artículos 1233 y 1234).

El art. 549 de la ley de Enjuiciamiento civil, después de prevenir que en los escritos de réplica y dúplica cada parte confesará ó negará llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria, declara que el silencio ó las respuestas evasivas podrán estimarse en la sentencia como confesión de los hechos á que se refieran.—(*N. de la R.*)

§ II.—Confesión extrajudicial.

SUMARIO: 357. Prueba testimonial de esta confesión sometida á las restricciones ordinarias.—358. Carácter de la confesión hecha en juicio de conciliación.—359. Importancia menor de la confesión extrajudicial.—360. Cuándo puede revocarse.—361. ¿Es indivisible la confesión extrajudicial?

357. La confesión extrajudicial es aquella que no se verifica en juicio durante el curso de un proceso. El legislador no ha tratado de esta confesión, sino en lo relativo al modo de probarla. Habitualmente, si no entra en la clase de pruebas preconstituídas, de que no tenemos que ocuparnos aquí, es decir, si es puramente verbal, no puede evidentemente probarse sino por testigos, á no ser que se verifique en juicio la misma confesión. El Código nos recuerda (art. 1355) que respecto de una deuda que excede de 150 francos, no es permitido probar por medio de testigos la confesión, como no lo sería probar la deuda misma. «Tanto valdría, dice la exposición de motivos, admitir directamente la prueba por testigos para sumas y valores que excedieran de 150 francos, como autorizar á probar de esta suerte la alegación de una confesión verbal de la deuda». No es dudoso que se halla igualmente sometida la confesión judicial á los principios de nuestro derecho, sobre la admisión de la prueba por medio de testigos. En las legislaciones que admiten la prueba por testigos de los hechos que han tenido lugar en juicio, así como se practicaba en Roma, atribuye la doctrina menos importancia á la confesión judicial, cuando no se halla justificada sino por una relación oral. Alciato, después de haber hablado de la fuerza de la confesión, añade *De præsumpt.* part. 2.ª, col. 682, núm. 6.º): *Quæ ratio non habet locum, quando ista confessio probaretur per testes: imo est minus certa cæteris probationibus.* Los jurisconsultos ingleses aconsejan también que no se reciban sino con grande circunspección semejantes declaraciones, con sobrada frecuencia desnaturalizadas por los que las prestan (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 263).

358. La confesión extrajudicial adquiere más importancia, cuando sin haberse verificado en juicio, ha sido probada en debida forma por un oficial competente (1) y en especial por el juez de paz en juicio de conciliación. Es verdad que según los términos del artículo 54 del Código de procedimiento contrario á la legislación anterior, este juez, si no ha existido conciliación, debe hacer simplemente mención de no haber podido avenirse las partes. Pero si consienten en que se inserten sus dichos, el juez tiene siempre competencia para hacerlos constar. En semejante hipótesis, no obstante, la confesión no es una confesión judicial, como lo ha decidido indebidamente una sentencia de Limoges del 17 de Julio de 1849, puesto que el funcionario ante el cual se articuló, no conocía como juez, y no tenía cualidad para provocarla por medio de un interrogatorio en forma. La confesión hecha de esta suerte no tendrá, pues, la misma fuerza que si se hubiera hecho en el curso de los debates. Pero podrá alegarse evidentemente, cualquiera que sea la importancia del litigio; porque, aunque verbal, ha tenido lugar ante una autoridad investida del poder de extender un acta *(Cód. de proc.,* artículos 54 y 55).

359. La confesión extrajudicial, suponiéndola legalmente probada, no es en el fondo de otra naturaleza que la confesión judicial. Si es positiva y terminante, en cualquier lugar en que se haga, debe ser decisiva contra la parte que se condenó por su propia boca. Sin embargo, la ley no ha creído deber repetir, respecto de esta confesión, lo que dice acerca de la confesión judicial, que hace plena fe contra quien la hizo; y es que ha temido que se abusara de esta regla. La confesión extrajudicial es, en efecto, raras veces completa y terminante. Las palabras que se escapan en una conversación no se pesan ni meditan por quien las pronuncia, como las que se profieren en juicio en un interrogatorio solemne. Sería, pues, preciso examinar con cuidado en qué circunstancias hizo una parte este reconocimiento, que se quiere hacer valer contra ella. Así nunca deberá dejar de averiguarse si ha tenido lugar ó no en presencia del acreedor. Asimismo se dará más fuerza á la confesión extrajudicial de que estamos tratando, á la que se hubiera recibido por el juez de paz, procediendo como conciliador,

(1) La incompetencia del magistrado que no impide que el reconocimiento interrumpa la prescripción (arg. del art. 2246 *Cód. civil)* no la despoja tampoco de toda fuerza probatoria; los tribunales son los que deben apreciar las circunstancias. Nosotros hemos visto (art. 350) que el código italiano considera en este caso la confesión como judicial.

que á la que sólo se refiriese á una conversación particular; y en general, la confesión consignada por escrito tendrá más peso que la confesión verbal. Podemos, pues, decir con el art. 1965 del Código holandés: «Queda á la prudencia del juez determinar el efecto de la confesión extrajudicial.» Nadie duda, por otra parte, que la confesión extrajudicial, así como la judicial, no exige un poder especial del mandatario que la hace por otro. Más aun: semejante confesión, no estando comprendida, como la confesión judicial, en las funciones de los oficiales ministeriales, se consideraría como no efectuada, si no estuviera autorizada. No habría, pues, presunción en favor del oficial que hubiera confesado, ni en su consecuencia necesidad de emplear el procedimiento especial para el caso de retractación. En cuanto á la aceptación, los mismos que no admiten su necesidad para la confesión hecha en juicio, reconocen que aquí es necesaria, en el sentido de que las palabras proferidas con ligereza pueden siempre retractarse inmediatamente.

360. La confesión extrajudicial puede evidentemente revocarse por error de hecho. En cuanto al error de derecho, aun cuando debería adoptarse la doctrina de Pothier, que nos ha parecido inadmisible, sobre la imposibilidad de revocar la confesión judicial, en el caso mismo en que esta confesión no es otra cosa que la confirmación de un acto nulo, siempre sería necesario reconocer que esta doctrina es esencialmente contraria al derecho común. En su consecuencia, en el silencio de la ley sobre la confesión extrajudicial, es necesario atenerse á los principios generales sobre la rescisión por causa de error. Por otra parte, no se puede dar la misma fuerza á la confesión que interviene fuera de una instancia, puesto que no puede reputarse que la parte ha comprendido bien su posición legal.

361. Se pregunta con frecuencia, si es indivisible la confesión extrajudicial. Si atendemos á sólo la razón, es igualmente cierto en todos los casos que, cuando no tengo en mi favor más que la declaración de la parte contraria, debo admitirla ó rechazarla en su conjunto. Por eso se consagra la indivisibilidad respecto de la confesión literal que resulta de los libros de los comerciantes *(Cód., civil*, art. 1330). Sin embargo, todo lo que se puede deducir de aquí es que la doctrina de la indivisibilidad no es extraña á la confesión extrajudicial, y que se juzgaría indebidamente muchas veces, dividiendo una confesión de esta naturaleza. ¿Pero habría lugar á anular un fallo que efectuase esta división? Es difícil creerlo cuando, antes de la promulgación del Código, era constante que no podía

tener lugar la casación, aun por la violación del principio de la indivisibilidad de la confesión judicial, principio que no era entonces más que una regla doctrinal, negada por ciertos autores, y en todos los casos sometida como en Roma (núm. 356) á la apreciación del juez (V. Merlín, *Questions du droit*, v.° *Confessión*, § 2.°, núm. 1.°). Lo que era cierto respecto de la confesión judicial, lo es aun en el día, cuando calla la ley, respecto de la confesión extrajudicial. La división de esta confesión verificada indebidamente, puede dar lugar á que se apele, pero no á que se interponga un recurso de casación (Sent. deneg. de 10 de Diciembre de 1839).

Pero si se está de acuerdo en conocer que una confesión puramente extrajudicial no se halla sometida al principio de la indivisibilidad, respecto de la regla legal, se pregunta qué es lo que debe decidirse si se ha reiterado una confesión extrajudicial en el curso de una instancia. Para sostener con el tribunal de Orleans (1) (Sent. de 7 de Marzo de 1818) que la confesión así reiterada no se convierte en confesión judicial, y permanece siendo por consiguiente divisible, se invoca la consideración, que no puede depender del libre arbitrio de un litigante modificar el carácter de un documento de la causa, variando, después de hecha, la naturaleza de la confesión. Reconocemos con gusto que no podría una declaración puramente espontánea; tener los efectos de una confesión judicial, porque se hubiera hecho precedentemente y fuera de la instancia. Pero si la declaración hecha en juicio constituye una confesión caracterizada (núm. 347), diremos con Merlín *(loc. cit.*, § 3.°, núm. 2.°): «¿cómo podría una confesión hecha en juicio dejar de considerarse como judicial, y perder su privilegio, por la sola razón de haberla precedido una confesión extrajudicial, de que sólo fué un eco? Esto repugna al buen sentido natural.» Se ha pronunciado con arreglo á esta doctrina una sentencia de casación de 30 de Abril de 1821.

*** Por derecho español, la confesión extrajudicial sólo produce, por regla general, prueba semiplena ó incompleta. Mas la confesión que un deudor hace de la deuda en presencia de dos testigos y de la parte contraria ó de su procurador, con expresión de la cantidad ó cosa debida y de la razón ó causa por que la debe, ó aunque ésta no se exprese, si luego se justifica, tiene fuerza de prueba plena y

(1) Debe no obstante tenerse presente que el Tribunal de Orleans consigna en su fallo indicios de dolo, y que en caso de dolo, hay excepción al principio de indivisibilidad (núm. 356). Se cita inoportunamente, como habiendo juzgado en el mismo sentido, la sentencia denegatoria de 10 de Diciembre de 1839, que no se explica sobre la reiteración de la confesión, puesto que no reconoce en la declaración invocada el carácter de una confesión judicial.

produce contra el confesante la obligación de pagar la deuda, si no probara haberla pagado ó quedado libre de ella: ley 7.ª, tit. 13, Part. 3.ª La que se hace por testamento ó á la hora de la muerte, reconociéndose como deudor, ó bien haber cobrado algún crédito, hace plena prueba contra los herederos extraños del confesante y contra los forzosos en cuanto no menoscabe sus legítimas, pues en tal caso es necesario probar por otro medio lo confesado, porque la confesión es contra terceros: ley 3.ª, tit. 4.º, Part. 3.ª La confesión hecha en favor de una persona que no puede recibir del confesante se tiene por hecha en fraude de la ley y no obliga á los herederos de éste ni hace prueba contra ellos, á no ser que el incapaz de recibir pruebe la razón de la deuda: ley 3.ª, tit. 14, Part. 3.ª

Algunos autores, entre ellos Escriche, en su *Diccionario de legislación*, sostienen que la confesión ejecutada por los padres por escrito ó asiento formal sobre anticipaciones hechas á sus hijos por razón de colocación ó establecimiento, se tiene por prueba completa. Pero en todo caso es indispensable probar su autenticidad.

Acerca de los efectos de la confesión hecha en juicio de conciliación, de que trata M. Bonnier en el núm. 358, es aceptable la doctrina de este autor, debiendo tener presente que si dicha confesión se verifica con las circunstancias referidas en el caso arriba expuesto de la ley 7.ª, tit. 13, Part. 3.ª, tendrá fuerza de plena probanza. V. la adición inserta á continuación del núm. 381.—*(N. del T.)*

*** La confesión extrajudicial, dice el art. 1239 del Código civil, se considera como un hecho sujeto á apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba.—*(N. de la R.)*

SEGUNDA DIVISIÓN

FUERZA DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CRIMINAL

SUMARIO: 362. Confesión judicial y extrajudicial.—363. Prueba de la confesión extrajudicial en lo criminal: cuál es su valor.—364. Confesión judicial. No es una prueba infalible.—365. Exageración de la doctrina que rehusa ver en ella una prueba suficiente.—366. Confesión en materia de adulterio.—367. Facultad de retractar la confesión en lo criminal.—368. ¿Es indivisible la confesión en lo criminal?—369. Remisión respecto de su espontaneidad.

362. La confesión, tanto en lo criminal como en lo civil, puede ser judicial ó extrajudicial.

363. La confesión extrajudicial, cuando no se reitera en juicio por el acusado, y no se acredita por un escrito especial, lo cual suponemos siempre en esta parte de nuestra obra, no puede probarse sino por testigos. La prueba testimonial que tiende á acreditar esta confesión, se halla sometida á las mismas reglas que si propendiera directamente á acreditar el punto en litigio. Será, por consiguiente, admisible, á menos que no se encuentre en los casos en que está prohibida ante toda jurisdicción; por ejemplo, si se quisiera hacer oir á testigos para acreditar el reconocimiento de un pretendido depósito, cuya violación se alegara, no sería admisible, atendiendo á que era necesario procurarse un escrito. En todos los casos el juez debe examinar, lo mismo que en la confesión extrajudicial civil, cuándo y cómo se dice que confesó el acusado. Así, se atenderá más

á una declaración recibida por un comisario de policía, aun cuando no tenga cualidad para proceder á un interrogatorio en forma, que la que sólo se haya verificado en presencia de simples particulares (1). La confesión extrajudicial no se consideraba en otro tiempo sino como un indicio; pero según la bárbara jurisprudencia que hemos señalado, podía, como la declaración de un testigo único, justificar el uso del tormento (V. Muyart de Vouglans, *Inst. al der. crim.*, part. 6.ª, cap. 4.º). En el día, la importancia de esta confesión debe variar según las circunstancias. La doctrina de los jurisconsultos ingleses parece exigir que se corrobore la confesión extrajudicial por medio de indicios; en América se exige que se pruebe previamente el cuerpo del delito (M. Greenleaf, t, 1.º, pág. 283, § 217, nota 3.ª). Pero es un grave error considerar esta confesión como nula, según lo hace Mittermaier *(Prueba en materia criminal,* cap. 34). Si á veces es un acto de ligereza ó de jactancia, hay circunstancias en que aparece evidentemente el *animus confitendi.*

364. Al contrario, la confesión que hace el acusado, cuando no pueden ocultársele las consecuencias de su declaración, cuando se halla suspendida en cierto modo la pena sobre su cabeza, parece una prueba superior á toda clase de indicios y testimonios (2). La conciencia pública proclama esta superioridad de la confesión. ¿No se ve todos los días á los jurados preguntarse con ansiedad, si el hombre á quien condenaron confesó su crimen? Y cuando reciben una respuesta afirmativa, ¿no experimentan un consuelo muy sensible? ¿No notan desvanecerse el resto de duda que existía aún en el fondo de su espíritu?

Por desgracia, nada hay en la tierra verdadero, si no son los hechos de evidencia inmediata. En todos los tiempos se han dado falsas confesiones. Ulpiano (l. 1.º, § 27, D. *De quæst.),* nos habla de

---

(1) Al tratar de la prueba literal examinaremos cuál es la fe que se debe al proceso ó acta verbal, consignando una confesión, redactada por un oficial competente.

(2) * A esta idea es á la que se refiere la disposición del derecho inglés, según la cual, cuando el acusado reconoce haber cometido el hecho en virtud del que es perseguido, resulta una especie de prueba legal de su culpabilidad. En efecto, cuando el acusado ha declarado que litiga siendo culpable *(guilty),* es decir, que ha confesado el hecho, es inmediatamente juzgado por el magistrado y sin jurado. No queda más, en efecto, que resolver una cuestión de culpabilidad, y sólo procede la aplicación de la pena (V. Glasson, *Historia del derecho y de las instituciones de Inglaterra,* tomo 6.º; *El derecho intelectual,* pág. 782).

Sucede lo propio, según el *Código penal militar* de Suiza y la ley de Berna de 2 de Mayo de 1880, que *modifican algunas disposiciones de la ley de procedimiento penal y del Código penal* (V. Noticia, por Enrique Lefort en el *Anuario de legislación extranjera* de 1881, pág. 459.) *

un esclavo que se declaró falsamente culpable de asesinato, para no recaer en poder de su dueño. El mismo jurisconsulto nos cita también sobre este punto (Ibid., § 17) una constitución de Septimio Severo que prohibió atenerse á una confesión que nada concurría á apoyar. *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* Asegúrase que en China hay personas que confiesan por otro delitos ligeros, para sufrir la pena ó castigo en lugar del verdadero culpable, que les indemniza generosamente. Según refieren antiguos criminalistas (Farinacius, *Quæst.* 81, núm. 30), el temor del tormento, más fuerte que el de la muerte, indujo algunas veces á personas inocentes á reconocerse al punto culpables de crímenes capitales. Este peligro no es de temer en el día. Pero un manantial de confesiones falsas que puede encontrarse aún en nuestros días, es el deseo de anticiparse á su pérdida por desesperación ó disgusto de la vida. Así fué como un hombre se declaró voluntariamente culpable de haber asesinado á una viuda de Issy, cuya desaparición daba lugar á las más activas persecuciones; dos años después de su ejecución, volvió la viuda á su casa, y los jueces que habían pronunciado la condena, fueron suspendidos de sus funciones por providencia del Parlamento de París de 22 de Noviembre de 1580. Hay también en la jurisprudencia contemporánea ejemplos de confesiones, cuya falsedad se ha demostrado materialmente (Duverger, *Manual de los jueces de instrucción*, núm. 330, nota 2.ª). En 1819 se presentó en América un caso casi idéntico al de la viuda de Issy (M. Greenleaf, t. 1.º, página 279, nota 2.ª). M. Wills *(Circumstantial evidence,* cap. 3.º, sección 2.ª) cita también muchos ejemplos de confesiones que se han reconocido como falsas en la práctica inglesa. Es, pues, preciso, antes de acoger la confesión, investigar cuidadosamente: 1.º, si el hecho es probable en sí mismo; así, en el caso de la viuda de Issy, no estaba probado el cuerpo del delito, y la base de la acusación sólo existía en el rumor público; 2.º, si se ha presentado una declaración falsa por algún motivo extraordinario, que se podrá quizá apreciar investigando los antecedentes del que se acusa á sí mismo; precaución que conviene sobre todo no despreciar en nuestra época, en que se multiplica el suicidio bajo todas formas. Así la Audiencia de Rennes (17 de Febrero de 1864) ha sentenciado que no existe prueba suficiente de un delito en una confesión retractada más tarde, por haber sido arrancada por la intimidación. En este sentido, el antiguo adagio *Nemo auditur perire volens* es perfectamente justo.

365. Pero se ha abusado con frecuencia de este adagio. Háse llegado hasta á pretender, que la confesión, aun cuando no sea en nada sospechosa ni inverosímil, no es una verdadera prueba, y que no podría bastar para motivar una condena, ó por lo menos una condena capital. Así, la antigua jurisprudencia, que consideraba al juez como ligado por la declaración de dos testigos contestes, no le permitía declararse convencido por la confesión del acusado. Y estas dos decisiones, aunque opuestas en su tendencia, se conciben en un sistema que contaba los testimonios en lugar de pesarlos. El acusado era testigo de su propia causa; pero era testigo único, si no venían otras declaraciones á unirse á la suya; y en su consecuencia, su confesión, por sincera y clara que fuese, no podía ser suficiente. «La regla que rige respecto de todos los crímenes públicos, dice d'Aguesseau (cart. 199), es que la sola confesión del culpable no basta para poner á la justicia en estado de condenarle, según este antiguo axioma de la jurisprudencia: *Non auditur perire volens.* La confesión del acusado es sin duda un gran principio de prueba; pero es absolutamente preciso que, para completar su convicción, se unan á ella pruebas que no dependan de su solo reconocimiento, sin lo cual no puede considerársele como suficientemente convicto, ni en su consecuencia, como justamente condenado». Esta doctrina parece haberse tomado de este pasaje de Quintiliano (Declam. 314): *Ea natura est omnis confessionis ut possit videri demens qui de se confitetur.* Pero, independientemente de la poca autoridad que tienen en materia judicial las declamaciones de Quintiliano, verdaderos ejercicios de escuela, se trata en el caso en cuestión de un hombre verdaderamente loco, que se acusa de haber matado á su padre, y, por consiguiente, no es posible sacar ninguna consecuencia respecto de la fuerza de la confesión en general. Al contrario, los textos del derecho colocan la confesión en el número de las pruebas más convincentes. Por eso Constantino (l. 16, *Código de pœn.)* da á la confesión la misma fe que á la declaración de testigos contestes. (V. también Valent., l. 8.°, Cód. *Ad. leg. Jul. De vi public.)* En cuanto á la constitución de Septimio Severo (l. 1.°, § 17, D. *De quœst.*) que hemos citado, y que no quiere que se atienda á la confesión, *si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, se debe entender, para conciliarlo con los demás textos, no de otras pruebas positivas, sino simplemente de indicios propios para hacer verosímil la confesión. Lo que dice esta constitución sobre este medio de prueba sería cierto con más razón, respecto de toda otra prueba, y no se podría inducir de aquí, contra el sentido

común, la inferioridad de la confesión. No es infalible sin duda, pero no podría desecharse sin caer en un sistema de escepticismo que sería esencialmente peligroso para el interés social. El grito de la conciencia explica la confesión del acusado más naturalmente que un desarreglo del juicio, que se podría probar según las circunstancias de la causa, pero que no debe suponerse. Las confesiones falsas serán siempre infinitamente más raras que los falsos testimonios.

En el día, la íntima convicción exigida en principio por el artículo 342 del Código de instrucción criminal, puede formarse y se formará también á consecuencia de la confesión por otras vías. Sin embargo, los magistrados y los jurados deben examinar las circunstancias en que se hace la confesión, y puede servirles como regla de conducta las condiciones que se exigen de un modo imperativo en Austria, en virtud de la teoría de las pruebas legales (*Cód. de proc. pen.* de 1853, § 264): 1.°, que no haya tenido lugar la confesión solo ante el juez instructor, sino en la audiencia; 2.°, que el inculpado se halle sano de entendimiento; 3.°, que la confesión sea clara y terminante, y no resulte de una expresión ó de un ademán equívoco; 4.°, que no consista en una simple respuesta á una pregunta, sino en un relato del inculpado mismo; 5.°, que esté acorde con las informaciones ya obtenidas (1). * El nuevo *Código de instrucción criminal* austriaco de 1873 se limita á decir, art. 200: «Las confesiones del inculpado no dispensan, pues, al juez de instrucción del deber de llegar, en cuanto sea posible, á la demostración de los hechos. Si la confesión es general y confirmada por los otros datos del sumario, la obligación de proceder á nuevas investigaciones estará subordinada á los requerimientos especiales de la acusación».

Este es también el punto de vista del *Código de procedimiento penal* alemán de 1877 (V. trad. Ferri. Daguin, pág. 133, nota 1.ª, y pág. 159, nota 2.ª). «La confesión está considerada como un simple elemento de prueba entregado á la apreciación del juez y que él debe en general comprobar con la ayuda de los medios de investigación de que dispone).» *

Pero una regla restrictiva no es conforme con los principios de nuestro procedimiento penal, y aun cuando se supusiera imposible su existencia, esta restricción no se sancionaría respecto de los crí-

(1) Puede consultarse también á M. Mittermaier (caps. 33 y 34) sobre las condiciones de la confesión en el fondo y en la forma.

menes enormes, puesto que el jurado no motiva sus decisiones. Háse sostenido con algo más de fundamento, en materia de policía simple ó correccional, en que se motivan los fallos, que no figurando la confesión entre el número de las pruebas enumeradas por la ley (*Cód. de inst.*, arts. 153 y 190), no podría por sí sola justificar una condena. Pero ¿ha lugar á creer que el legislador, al indicar los medios de probar más usados en los debates, haya entendido que se había de regular la decisión únicamente conforme á estos medios? Es cierto que por sentencia del tribunal de Turín de 28 de Abril de 1810 se anuló una condena correccional, porque sólo se fundaba en la confesión. Pero no debe verse en esta sentencia más que una reminiscencia de la doctrina antigua, que propendiendo á reprimir el abuso de medios deplorables empleados en otro tiempo para arrancar una confesión al acusado, rehusaba ver en la confesión aislada una prueba suficiente. Si nada obliga á los jueces á contentarse con la confesión, cuando por otra parte no les parece suficientemente acreditada la culpabilidad (Sent. deneg. de 15 de Diciembre de 1814), no es permitido rechazar la confesión, fundándose únicamente en el antiguo adagio: *Nemo auditur perire volens*, y esto es lo que ha juzgado el Tribunal Supremo muchas veces, y aun por sentencias de casación (Sents. denegs. de 23 de Septiembre de 1837; Cas. 4 de Septiembre de 1847 y 29 de Junio de 1848). «La violación de una máxima de jurisprudencia, dice el fallo de 1837, no puede constituir un medio de casación, sino en cuanto esta máxima se halle revestida del carácter legislativo, y no hay ley alguna que prohiba á los jueces correccionales de primera ó última instancia hacer entrar en sus elementos de convicción la confesión del acusado, y que no les imponga respecto á esto reglas diferentes de las que existen para los jurados». El tribunal regulador ha rechazado igualmente (Cas. 20 de Junio de 1848) la doctrina que exigía una comprobación anticipada del cuerpo del delito (V. núm. 109). Esta decisión puede apoyarse, por otra parte, en el art. 190 del Código de instrucción, que prescribe expresamente el interrogatorio del acusado en policía correccional. Habría una falta de armonía extraña en una legislación que fuera más exigente respecto de la prueba de los delitos, que para la de los crímenes ó de las contravenciones.

366. Más delicada es la cuestión de saber si, en el adulterio puede motivar la confesión del cómplice de la mujer, una condena contra él. En efecto, el art. 338 del Código penal no admite otras pruebas contra este cómplice, que el flagrante delito ó los docu-

mentos escritos de que él fuera autor. Háse invocado un fallo del tribunal de París del 18 de Marzo de 1829 para sostener que, por la aplicación de este artículo, los jueces no se hallan autorizados á condenar al cómplice por su confesión. Pero no se trata en esta sentencia sino de una declaración ante el juez de instrucción, la cual no había sido, según el tribunal, ni *libre* ni *espontánea*. En cuanto á la verdadera confesión extrajudicial, veamos cuál es el objeto de la restricción que estableció el Código penal. Oigamos al orador del cuerpo legislativo: «Conviene fijar la naturaleza de las pruebas que podrán admitirse para acreditar una complicidad que á veces se complace en buscar la malignidad en indicios frívolos, conjeturas aventuradas, ó conexiones fortuitas (1). Después de las pruebas del flagrante delito, las menos equívocas de todas, los tribunales no podrán admitir más que las que resulten de cartas ó piezas escritas por el acusado, puesto que, en efecto, en estas cartas es donde revela el seductor su pasión, y deja escapar su secreto». Pero ¿hay indicio frívolo, conjetura aventurada ó conexión fortuita en una confesión terminante, articulada en juicio? Permitiendo apoderarse de la correspondencia del acusado para tener un arma contra él, el Código penal autoriza la investigación de una confesión tácita, que podría ser equívoca, puesto que se ha visto á veces amistades exaltadas emplear el lenguaje de la pasión. ¿Cómo se había de haber rehusado al mismo tiempo toda fe á la confesión expresa, dando así más fuerza á las inducciones tomadas de una declaración extrajudicial, que á la demostración que suministra la confesión judicial? En vez de atribuir al legislador semejante contradicción, ¿no es más sencillo atenerse á la intención que ha anunciado de un modo manifiesto de proteger al acusado contra la malignidad pública? ¿No deberá, en su consecuencia, reservar la exclusión del art. 338 á otros medios de prueba distintos de la declaración del mismo acusado, que no puede quejarse formalmente de haber sido condenado de un modo arbitrario, cuando lo es solamente por su propia confesión? (2). Así, el

(1) Sería demasiado peligroso aplicar aquí el antiguo adagio: *Quando scholaris loquitur cum puella, non præsumitur dicere Pater noster* (Mascardo, concl. 1062, número 23).

(2) Un exceso contrario, al exceso en que incurren los que no consideran la confesión más que como una prueba imperfecta, es la opinión que la juzga necesaria para que pueda pronunciarse una condena capital. Spon (*Historia de Ginebra*, año 1802) habla de un famoso ladrón «que siempre logró librarse de la pena porque no se condenaba á nadie si la misma persona no confesaba, y que resistió á toda clase de tormentos.» No es de temer que este sistema vuelva á ponerse en uso en nuestros días.

mismo tribunal de París en un fallo más reciente (del 13 de Mayo de 1847), ha considerado como comprendido en las pruebas escritas autorizadas por la ley, el interrogatorio, aun sufrido ante el juez de instrucción; y háse consagrado la misma doctrina por sentencia de 13 de Diciembre de 1851 (en el mismo sentido, Rouen, 2 de Junio de 1853; Amiens, 13 de Noviembre de 1858). Con más razón no hay género de duda en lo relativo á la confesión hecha en la audiencia.

La confesión del marido ó de la mujer perseguida por adulterio es admisible en los términos del derecho común (Sent. deneg. de 6 de Mayo de 1853). Pero si se tratase de la prueba del adulterio en lo civil para llegar á la separación de cuerpos, no podría constituir prueba por sí sola la simple confesión, puesto que ésta sería un medio fácil de llegar á una separación voluntaria. Sin embargo, podría ser tomada en consideración, si se unía con otras pruebas, y nada indicaba que hubiera habido colusión (Sent. deneg. de 6 de Junio de 1853).

367. ¿Puede retractarse la confesión en materia criminal? La regla que prohibe esta retractación en materia civil, á no ser que se justifique un error de hecho (*Cod. civil*, art. 1356), tiende á que la confesión constituya á favor de la parte contraria un derecho adquirido. Nada hay semejante en el procedimiento penal. El juez de instrucción que ha obtenido una confesión, no por esto deja de proceder á la investigación de la verdad, y nada le impide acoger más adelante la retractación, si le parece sincera y en armonía con los documentos de la instrucción (Rennes, 17 de Febrero de 1864). Debe, pues, decidirse con el Código bávaro (§ 273), que si apareciese sumamente probable que en el momento de la confesión el inculpado no pudo ni quiso decir la verdad, debe admitirse la retractación (V. Mittermaier, ibid., cap. 37).

368. En lo relativo á la indivisibilidad de la confesión, el motivo principal en que se funda en materia civil no existe aquí. No se puede decir que sea necesario tener completa confianza en la buena fe de aquél contra quien no se tienen otras pruebas, puesto que es claro que no ha dependido del Ministerio público consignar la infracción por *un acta* en forma debida. En su consecuencia, no hay obligación alguna de aceptar en su totalidad la confesión que llaman los intérpretes *confesión cualificada*, es decir, en la cual el acusado modifica su declaración por adición de circunstancias que hacen desaparecer ó por lo menos atenúan su culpabilidad. Una sentencia denegatoria de 23 de Junio de 1837 reconoce, en su consecuencia, al juez un poder discrecional para apreciar la verosimi-

litud de las circunstancias así añadidas á la confesión (1). Pero el principio de la indivisibilidad de ésta recobra toda su fuerza, cuando la existencia del contrato civil que presupone el delito, especialmente del mandato en materia de abuso de confianza, no se apoya sino en una confesión, y el acusado, confesando el mandato, declara al mismo tiempo haber quedado libre de su obligación con el mandante. Entonces es preciso aplicar, por identidad de razón, como lo ha hecho un fallo denegatorio de 28 de Julio de 1854, el art. 1924 del Código civil.

En todos los casos, para que el Ministerio público obtenga la confesión del hecho principal, es preciso que este hecho se desprenda bien de los accesorios sobre que versa la controversia. Así, el que reconoce haber cometido un asesinato, añadiendo que no lo cometió sino en un caso de necesidad, puede ser condenado como homicida si no justifica esta necesidad. De otra suerte sería, si la restricción se refiriese á las circunstancias constitutivas del delito, ó á las circunstancias agravantes. Así, no se podría condenar por violación, por confesión propia, á quien sólo confesara actos preparatorios, tales como tactos deshonestos; ni por homicidio, al que confesara solamente haber causado heridas, etc. La confesión, así cualificada, no es más que una confesión parcial, que está obligada á completar la acusación, haciendo la prueba de las circunstancias que no están comprendidas en ella; porque si puede ser permitido dividirla, es siempre imposible añadir nada á ella (V. sobre este punto las juiciosas observaciones de M. Mittermaier, ibid., cap. 36).

369. En cuanto á la espontaneidad de la confesión, se refiere precisamente á la cuestión de forma, al procedimiento de que vamos á tratar al presente.

*** Según nuestras leyes de Partida, la confesión extrajudicial en materia criminal no hace prueba plena, aunque induce gran sospecha, y además puede retractarse según la ley y los glosadores. Así, pues, no le perjudicará al que la hizo si siendo acusado la negase en juicio. «Conosciendo (confesando) algún ome fuera de juicio, dice la ley 7.ª, tít. 13, Part. 3.ª, que él había fecho algún yerro ó mal á otri, si después que le demandasen en juicio negase que nunca ficiera aquel yerro, decimos que si de otra manera non le pueda ser probado, non le empesce la conoscencia (confesión) que assi fizo, como quier que grand sospecha pueden aver dél en razón del fecho ó de la cossa que assi conosció (confesó).» Esto se funda en que semejante confesión suele dictarla la necia é imprudente preocupación que da cierta fama de valiente al que perpetró ciertos delitos, incitándole á jactarse de haberlos cometido.

(1) Este principio se admite igualmente según la doctrina inglesa. *The jury may believe taht point wich charges the prisoner, and reject that wich is in his favor, if they see sufficient grounds for so doing* (M. Greenleaf, ibid., pág. 285).

La confesión judicial que hiciere el acusado ú otra persona de haber cometido el delito que se le imputa, hace prueba completa contra él; mas para esto es necesario que conste la existencia ó perpetración del delito y que concurra otra prueba semiplena contra el que hizo la confesión, pues no concurriendo estas circunstancias no hará prueba completa. Es verdad que la ley 2.ª, tít. 13, Part. 3.ª dice que por la confesión de una parte hecha en juicio, presente la contraria, se puede librar el pleito como si se probase con testigos y legítimas cartas, y que lo mismo se entienda de la confesión hecha en cualquier juicio criminal; pero la ley 5.ª, tít. 13, Partida 3.ª establece la limitación que acabamos de exponer, diciendo: «Otrossi decimos, que si algún ome conociesse (confesase) delante del juzgado que había muerto algún ome que es vivo, ó murió de su enfermedad ó de su muerte, sin ferida ninguna que le dieren, ó otorgase que diera feridas á algund ome que non era ferido nin llagado, que tal conosciencia como ésta non debe valer, porque semeja que con yerro ó gran locura la fizo.»

Aun cuando conste la existencia del delito, es necesario para que la confesión que hiciere alguna persona de haberlo cometido constituya contra ella prueba plena, que concurra otra prueba semiplena contra el que confesó, pues á veces acontece que sea otra persona la que lo cometió y se haga aquella confesión por el acusado para poner fin á sus desgracias, por turbación, insensatez ó seducción. Es cierto que, sin embargo, la ley 5.ª, tít. 13, Part. 3.ª establece que la confesión de uno que se dice haber muerto ó herido á otro que realmente se halla herido ó muerto, aunque sea un tercero el delincuente, le perjudica como si él mismo lo fuese, porque se dió á sabiendas por autor del mal que otro hizo, amándole más que á sí mismo; de modo que si después quisiera probar que otro cometió el delito, no debe ser oído; pero esta disposición parece referirse sólo al caso en que se verifica dicha confesión por salvar el verdadero delincuente, y no debe aplicarse á los casos en que se hace esta confesión por otros motivos. Además, Gregorio López, en la glosa 10 á esta ley, sienta que debe entenderse del caso en que se trate civilmente del delito en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, y no del caso en que se trate criminalmente respecto de la pena. De todos modos, aunque el reo confiese el delito que se le imputa, se buscan otros indicios que comprueben lo confesado y se le da término para que alegue y pruebe contra su confesión, porque puede haber padecido error ó no hallarse en el completo uso de sus facultades intelectuales (V. Escriche, *Diccionario*, artículos *Confesión judicial* y *prueba en materia criminal*).

Tampoco tiene fuerza la confesión que hace el reo por *premio de tormentos ó de feridas*, ó por miedo de muerte ó deshonra, ley 5.ª, tít. 13, Part. 3.ª, ó por error ó por promesa que se le hubiere hecho de librarle.—*(N. del T.)*

*** Conforme á la ley de Enjuiciamiento criminal, el juez, de oficio, ó á instancia del Ministerio fiscal ó del querellante particular, hará que los procesados presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos; á su vez los procesados podrán declarar cuantas veces quisieren. No se les exigirá juramento, exhortándoles solamente á decir verdad. Previas las preguntas relativas á sus nombres, apellidos, apodos, edad, naturaleza, vecindad, estado, profesión, arte, oficio ó modo de vivir, antecedentes penales, instrucción y conocimiento del motivo de su procesamiento, las demás que se les dirijan serán directas; se prohiben las capciosas y sugestivas, y el empleo de coacción, amenaza, cargos y reconvenciones, sin perjuicio de que si en las declaraciones posteriores se pusieren en contradicción con las anteriores ó retractaren éstas, sean interrogados sobre el móvil de sus contradicciones y las causas de su retractación. Las declaraciones serán orales, pero puede permitírseles redactar en la presencia judicial una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar y que consulten apuntes y notas.

Cuando el procesado rehuse contestar ó se finja loco, sordo ó mudo, el juez le advertirá que, no obstante aquellas excusas, se continuará la ins-

trucción del proceso. Tampoco puede aquél excusarse de declarar á pretexto de incompetencia, aunque sí protestar de ésta, consignándolo en los autos. Si no supiere el idioma español, ó fuere sordomudo, se observará lo dispuesto para el mismo caso respecto de los testigos.

Para recibir declaración al procesado menor de edad no habrá necesidad de nombrarle curador.

La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito (artículos 385 al 409).

En el juicio oral, y relativamente á la responsabilidad civil, el Presidente del Tribunal apercibirá con declarar confeso al procesado que se niegue á contestar á sus preguntas, y así lo hará si persiste en su negativa (art. 700).

Según sentencia de casación, fecha 7 de Enero de 1887, la doctrina sobre la individualidad del valor probatorio de las confesiones procesales, en el sentido de ser preciso admitir la declaración del procesado, así en lo perjudicial como en lo beneficioso, carece de autoridad legal, y aun teniéndola, decaería ante la libertad de criterio concedida ilimitadamente á los Tribunales por el art. 742 de la ley de Enjuiciamiento criminal.—*(N. de la R.)*

SECCIÓN SEGUNDA

Provocación de la confesión.

SUMARIO: 370. Diversos modos de provocar la confesión en lo civil y en lo criminal.

370. Tiene tanta importancia la confesión, que no debe esperarse á que se produzca por sí misma, lo cual sería siempre bastante raro, sino que más bien debe buscarse ocasionarla, interrogando á la parte. Nada más legítimo que este interrogatorio. En el tipo más sencillo de la Administración de justicia, en el procedimiento doméstico, ¿no se llega con frecuencia al descubrimiento de la verdad por medio de las preguntas que se dirigen á las personas á quienes se imputó tal ó cual hecho? Dos caminos pueden seguirse en materia civil para provocar la confesión: el uno secreto y embarazado de prescripciones más perjudiciales que útiles, *el interrogatorio sobre hechos y artículos;* el otro público y libre de formas arbitrarias, *la comparecencia de las partes.* En materia criminal, el interrogatorio es secreto ó público á elección del juez. Ambos medios se emplean sucesivamente en las diversas fases de la instrucción, como hemos visto que se hacía para oir á los testigos (1).

---

(1) Véase respecto del derecho español las adiciones insertas á continuación de los números 271, 381, 383 y 387.—*(N. del T.)*

PRIMERA DIVISIÓN

PROVOCACIÓN DE LA CONFESIÓN EN MATERIA CIVIL

SUMARIO: 371. Historia del interrogatorio sobre hechos y artículos.—372. Introducción de la comparecencia personal.

371. Era costumbre en Atenas que los litigantes, al principio del pleito, se dirigiesen, bien fuera extrajudicialmente, bien ante un árbitro (1), proposiciones que tuvieran por objeto simplificar el proceso y acelerar su ejecución. Verificábanse en presencia de testigos, y se extendían por escrito, para que el autor de la proposición pudiera sacar instrucciones favorables al sostenimiento de su causa, bien fuese de la contestación del adversario, bien de su negativa á contestar. Cada una de las partes podía igualmente interpelar á la otra ante el magistrado encargado de la resolución del litigio (V. M. Cauvet, *Organización judicial entre los atenienses*, *Revista de legislación*, t. 20, págs. 296 y 297). En Roma eran interrogados los litigantes públicamente en presencia uno de otro, bien se verificara la interrogación *in jure*, ante el magistrado, para ilustrar anticipadamente el punto litigioso, bien se verificase *in judicio*, ante el juez, que estaba especialmente encargado de recibir la prueba de los hechos. La provocación de la confesión no era entonces un incidente, sino que resultaba de la marcha misma de la instancia. Hallándose ambas partes en presencia del juez, eran llamadas naturalmente á dar noticias sobre las circunstancias que se trataba de acreditar. Lo mismo sucedía antiguamente entre nosotros. Los procuradores no eran más que mandatarios escogidos voluntariamente por las partes, y aun, en un principio, era preciso obtener del soberano, mediante seis sueldos *parisis* (2), la facultad de litigar por medio de procurador; de donde la antigua máxima: *Nadie, excepto el Rey, litiga por procurador*, máxima que no es más que un contrasentido en nuestro sistema judicial. (V. nuestros *Elementos de organización judicial*, núm. 299, y *de procedimiento civil*, núm. 92. * Añádase E. Naquet, *De la máxima que nadie, á no ser el Rey, puede litigar por procurador*, en la *Revista crítica de legislación y jurisprudencia*, 1875, págs. 638 y siguientes.*) En 1528, Francisco I

(1) Se ve, pues, que la idea del preliminar de conciliación es muy antigua. La ley de las Doce Tablas aconsejaba la avenencia, pero no organizó institución alguna que se dirigiera á efectuarla.

(2) Moneda antigua parisien.

permitió á toda clase de personas litigar por medio de procurador, *sin cartas de gracia* (1). Conforme se fué revistiendo el procedimiento de un carácter más técnico, sustituyeron las actas escritas á las noticias orales; la comparecencia de las partes llegó á ser excepcional, y cuando la Ordenanza de 1620, instituyendo procuradores á título de oficio en la mayor parte de las jurisdicciones, hizo su ministerio obligatorio, no hizo sino sancionar lo que se verificaba en la práctica. Sin embargo, nuestras más antiguas ordenanzas, para suplir en cierto modo la presencia de los litigantes, querían que se comprometiese su fe en el litigio. Insistiendo sobre el juramento *de calumnia*, impuesto por Justiniano (l. 2.°, Cód. *De jurej. propt. calumn.*) al demandante y al demandado, y conservado por el derecho canónico, una ordenanza dada por Luis XII, en 1499, se hallaba concebida en estos términos (art. 16): «*Item*, mandamos, que después que el demandante haya sentado y afirmado bajo juramento ante los Santos Evangelios que cree ser verdadero el contenido de su demanda y escrituras, tanto en nuestros tribunales de parlamento como ante nuestros jueces reales, estará obligado el demandado á responder por *crédito ó no crédito* conducentemente, bajo juramento ante los Evangelios, á cada artículo de los escritos del demandante.» Vemos también que por la sentencia del Parlamento de París del 10 de Mayo de 1535, se condenó este abuso, que se había arrogado el derecho de citar al litigante y guardarle á la vista en su casa, hasta que hubiese dado sus contestaciones y prestado sus juramentos. Esta intervención indirecta impuesta á las partes, no aclaraba nada, y no era más que un manantial de gastos y vejaciones (2). Así, en tiempo de Francisco I, la Ordenanza de 1539, artículo 29, abrogó las contestaciones de *crédito y no crédito* (3), para sustituirlas con el interrogatorio sobre hechos y artículos, pura-

(1) En Inglaterra se ha permitido desde la época de Eduardo I litigar por medio de procurador, sin cartas patentes del Rey. Pero el ministerio de los hombres de ley no ha sido jamás obligatorio; es verdad que la complicación del procedimiento inglés apenas permite privarse de su auxilio.

(2) Vemos, no obstante, en el proceso de Juana de Arco (M. Wallon, *Juana de Arco*, tomo 2.°, pág. 102) estrechar el promotor á los jueces para que fijasen un término, pasado el cual todo artículo á que no hubiese contestado el acusado, *sería tenido por confesado*. Así, este modo de proceder había invadido la instrucción criminal.

(3) Estas expresiones, así como la de *pareatis*, que se mencionan aun en el artículo 547 del Código de procedimientos, pertenecen al antiguo estilo judicial, en que se hacía uso de la lengua latina. La Ordenanza de 1539 fué la que prescribió se redactaran los procedimientos civiles en la *lengua materna francesa;* cambio ya introducido por Carlos VIII en 1490 respecto de los procedimientos criminales.

mente facultativos. La Ordenanza de 1667 libró á su vez al interrogatorio de las dos trabas establecidas en 1539; de la necesidad de contestar por medio de un sí o un no, vestigio de la Ordenanza de 1499, que suprimía toda ilustración útil; y de la multa de veinte libras por cada hecho falso, multa cuya aplicación daba lugar á un nuevo procedimiento que se refería á la sinceridad de las contestaciones. Finalmente, el Código de procedimiento, dejando subsistir en el interrogatorio vicios graves, señalados ya cuando se redactó la Ordenanza de 1667, suprimió por lo menos el juramento que paralizaba la facultad de defenderse libremente, poniendo al interrogado en la necesidad de hacer traición á sus intereses ó de cometer un perjurio.

Encuéntrase algo enteramente semejante á esto en nuestro antiguo interrogatorio bajo juramento en el procedimiento de los tribunales de equidad de Inglaterra, donde cada parte tiene derecho á hacer interrogar á la otra prestando juramento. «Medio, dice Blackstone (lib. 3.°, cap. 27), de llegar al descubrimiento de la verdad, que ha hecho adquirir á los tribunales de equidad una jurisdicción sobre casi todas las materias de fraude.»

372. El otro modo de provocar la confesión, esto es, la comparecencia de las partes, aunque más sencillo, no se ha adoptado sino mucho más recientemente. En un principio, no se usaba sino ante las jurisdicciones consulares. Pero *habiendo bendecido Dios la sencillez de los jueces cónsules,* según las expresiones de M. Pussort, cuando se redactó la Ordenanza de 1667, introdujo poco á poco la práctica ante los jueces civiles la misma comparecencia, llamada algunas veces *comparecencia personal*, en oposición á la comparecencia ficticia que se verifica por medio de procurador. El Código de procedimiento autoriza expresamente esta comparecencia, de que hablaremos en segundo lugar, para conformarnos á la marcha histórica de la legislación.

*** Nuestras leyes de Partida (1.ª y 2.ª, tit. 10, Part. 3.ª), tratan de las preguntas que se pueden fazer al demandador ó al demandado antes que se comience el pleito por demanda é por respuesta. Estas preguntas debian versar únicamente sobre la personalidad de las partes litigantes, en el asunto de que se trataba, mas no sobre puntos de derecho ó sobre el fondo de la cuestión litigiosa. El objeto de estas preguntas es que los litigantes puedan enterarse de ciertos hechos ó circunstancias para entablar debidamente sus acciones ó excepciones, y que el juicio no se haga ilusorio por medio de las excepciones que de otra suerte podrían proponerse.—*(N. del T.)*

*** El art. 497 de la ley de Enjuiciamiento civil autoriza al actor para preparar el juicio pidiendo declaración jurada á aquel contra quien se proponga dirigir la demanda, acerca de algún hecho relativo á la personalidad del segundo y sin cuyo conocimiento no puede entrarse en el juicio.

Para preparar, en su caso, la acción ejecutiva puede el acreedor pedir que el deudor reconozca la firma del documento de deber ó confiese bajo juramento la certeza de la deuda. La confesión hecha en el juicio ordinario absolviendo posiciones después de contestar la demanda no constituye título ejecutivo (arts. 1430, 1432 y 1434).

Por regla general, desde que se reciba el pleito á prueba hasta la citación para sentencia, todo litigante está obligado á declarar, bajo juramento, cuando así lo exigiere el contrario (art. 579). Para mejor proveer pueden los Jueces y Tribunales exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados (arts. 340 y 874).

Ya hemos advertido en la nota precedente que en lo criminal el juez de oficio ó á instancia del Ministerio fiscal ó del querellante particular hará que los procesados presten cuantas declaraciones estime convenientes para la averiguación de los hechos.—*(N. de la R.)*

I.—Interrogatorio sobre hechos y artículos.

SUMARIO: 373. Sobre qué puntos puede versar.—374. A qué personas puede interrogarse.—375. Interrogación por medio de otro.—376. Curso del interrogatorio.—377. Providencia que lo autoriza.—378. Comunicación de los hechos.—379. Falta de comprobación de la parte contraria.—380. Mejoras en dos puntos del sistema de 1667.—381. Vicios de este procedimiento.

373. Las partes pueden, según el art. 324 del Código de procedimiento, hacerse interrogar respectivamente en toda clase de materias y en cualquier estado de la causa, sobre hechos y artículos pertinentes. Dice la ley *en toda clase de materias*, y por consiguiente, aun en aquellas en que no basta la confesión, por ejemplo, en las cuestiones de separación de cuerpos (núm. 366): el interrogatorio ofrece siempre noticias preciosas para aclarar y completar los testimonios. Así se halla formalmente autorizado en materia administrativa por el art. 14 del decreto de 22 de Julio de 1806. Entiéndase bien que el interrogatorio está prohibido, cuando tiene por objeto averiguar lo que prohibe la ley misma, por ejemplo, una filiación incestuosa ó adulterina.

Los hechos y artículos deben ser *pertinentes*; lo cual es de derecho sin duda, en toda clase de materias, pero que era conveniente recordar aquí, para separar positivamente las preguntas indiscretas que quisiera hacer el demandante, y esto es lo que expresa con exceso el artículo, cuando añade, *concerniente tan sólo á la materia de que se trata*. Esta prescripción se halla comprendida, por otra parte, en el principio general (núm. 61) que quiere que los hechos de que se quiere hacer prueba sean concluyentes; el tribunal tiene un poder discrecional para apreciar si las preguntas propuestas tienen formal trascendencia (Sent. deneg. de 12 de Diciembre de 1827).

Sosteníase en otro tiempo que el interrogatorio no podía ordenarse con ocasión de hechos que fueran de tal naturaleza, que expusieran al que los reconociera á penas criminales, ó aun al deshonor. Pero el juramento, que entonces estaba en uso, y que ponía á la parte interrogada en la alternativa, ó de cometer un perjurio ó de acusarse á sí misma, podía justificar esta restricción: *Non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosa*, dice una sentencia del senado de Chambery del 25 de Junio de 1612 (1). En el día no existe ya este motivo. Exento de la fuerza moral del juramento, el demandado es enteramente libre para dar contestaciones evasivas, en cuanto á los puntos que puedan comprometerle; pero no puede impedir que se le hagan las preguntas. Muchos tribunales habían pedido que se expresara formalmente que no fueran los hechos *calumniosos, ni capciosos, ni perjudiciales á las partes y que no tuvieran por objeto descubrir sus torpezas;* pero estas observaciones, recuerdo de un orden de cosas ya pasado, no ejercieron ninguna influencia en la decisión del Consejo de Estado, que no inscribió nada semejante en la ley. Por sentencia del Tribunal de Lieja de 5 de Abril de 1811, se permitió interrogar á una parte sobre hechos que tenían por objeto inculparle de usura.

374. En cuanto á las personas que pueden ser interrogadas, es evidente que sólo puede interrogarse á las partes (2); el interrogatorio dirigido contra terceros degeneraría en información, y debería someterse á otras formas (Den. 25 de Noviembre de 1861). Pero ¿se puede interrogar á una persona que se halle interesada en la causa, sin ser directamente parte en ella? Esta pregunta que se agita sobre todo con relación á la mujer casada, y sobre la que se halla dividida la jurisprudencia, nos parece no poder resolverse sino haciendo una distinción. Si el asunto concierne en el fondo á sólo la mujer, por ejemplo, si se trata de acciones sobre muebles que pertenecen á la misma, y cuyo ejercicio tiene el marido, se debe poder interrogarla, porque sería muy singular que no se pudiera pedir aclaraciones y noticias á la verdadera interesada. Más duda se ofrece si el negocio corresponde á la comunión de bienes; esta comunión, se dice, es un ser moral que tiene por jefe al ma-

(1) * El jefe del Estado no podrá ser interrogado sobre hechos y artículos, porque litiga por medio de procurador, y por consecuencia, no es personalmente parte en los procesos que interesan su fortuna (Sent. 11 de Agosto de 1873.) *

(2) En la jurisprudencia inglesa, en que se ve desfavorablemente la provocación de la confesión, puede el demandado negarse á contestar sobre puntos que tuvieran por objeto acriminarle. (M. Greenleaf, tom. 1.°, pág. 588, nota 4.ª)

rido, el cual es el único que tiene aptitud para presentarse en juicio; la mujer tiene un interés eventual en la comunidad para el caso en que la aceptase; pero es extraña á todo lo concerniente á la administración actual (Caen, 10 de Abril de 1823; Metz, 16 de Junio de 1827). Rebuffe *(Tract. de Resp.*., art. 4.°) quiere que se pueda dirigir siempre á la mujer, *quia poterit uxor citius veritatem dicere quam ejus maritus, qui forte est procurator vel advocatus antiquus, qui non solent laqueis capi, sicut nec annosa vulpes*. Este motivo prueba demasiado, porque autorizaría para interrogar á la mujer en toda clase de asuntos concernientes á su marido; lo cual es inadmisible cuando la mujer no es virtualmente parte en la causa, según lo ha juzgado el tribunal de Orleans el 10 de Julio de 1812, en un cuasi delito imputado al marido. Pero no podría negarse que no haya muchas veces en la gestión de la comunidad hechos á los que no es extraña la mujer, y respecto de los cuales puede ser muy útil interrogarla (1). Pues bien: no podría oírsela como testigo, puesto que tiene interés en la causa; en su consecuencia, ó bien es necesario renunciar á obtener de ella noticia ó aclaración alguna, ó bien es preciso autorizar su interrogación. Las consideraciones que habían hecho admitir la facultad de interrogar á la mujer en tal caso han conservado toda su fuerza en el derecho actual (Sentencia cit. de Orleans; Bruselas, 11 de Octubre de 1808; Poitiers, 13 de Febrero de 1827). Recientemente, el tribunal de París (Sentencia de 21 de Julio de 1860) ha rehusado autorizar el interrogatorio de la mujer, pero en un negocio que sólo la interesaba indirectamente; se trataba de la pretendida simulación de un aumento de precio que se afirmaba haberse pagado á su marido (2).

Pregúntase igualmente si el tutor puede ser interrogado sobre hechos relativos al patrimonio de su pupilo. Puede serlo en cuanto á lo mueble, pues respecto á esto le es lícito intentar toda clase de acciones, pero no en cuanto á los inmuebles, á no ser que se trate de simples hechos de administración, porque no puede enajenar por sí solo los bienes inmuebles directa ni indirectamente. En cuanto al mismo menor, como es completamente incapaz, á no estar emancipado, y en los límites de los poderes que le concede le

(1) *The admissions of the wife*, dice M. Greenleaf (tomo 1.°, pág. 246), *will bind the husband, where she has autority to make them*. Pero por derecho común, la confesión de uno de los esposos no perjudica al otro, según la ley inglesa (Blackstone, edición Chompré, tomo 2.°, pág. 217 y la nota).

(2) * Cpr. Garsonnet, *Curso de procedimiento*, tom. 2.°, pág. 423 y nota 24. Mourlon y Naquet, *Repeticiones escritas de proc.*, pág. 609, nota 2.ª) *

emancipación, no pueden perjudicarle sus respuestas, y en su consecuencia es superfluo todo interrogatorio, á no ser que se trate de delitos ó de cuasi delitos (*Cód. civ.*, art. 1310).

375. El único caso en que puede interrogarse á otro, que prevé el Código de procedimiento, es aquel en que se trata de establecimientos públicos. Estos establecimientos delegan á un administrador (1), al cual dan un poder especial, en el que se explican y se afirman como verdaderas las contestaciones (*Cód. de proc.*, artículo 366). Pero es evidente que es inútil semejante interrogatorio, puesto que se formulan todas las preguntas anticipadamente, y se conseguiría este objeto de un modo más sencillo, limitándose á una notificación ó comunicación de escrituras. Es verdad que se puede también (art. cit. 336) interrogar al administrador sobre los hechos que le son personales; y aun parece que antes de la Ordenanza de 1667 degeneraba esta facultad en abuso, pudiendo comprometer las confesiones de un agente imprudente ó corrompido, al establecimiento que le había dado su delegación. Por eso el presidente Lamoignon hizo observar que, en las comunidades religiosas, se encargaba ordinariamente de la procura, el canónigo ó religioso más joven que no tenía conocimiento alguno de los asuntos. Para obviar este inconveniente se puso en la redacción de la ordenanza, á petición del presidente, la restricción que se encuentra en el Código de procedimiento (Ibid.), *para que el tribunal la aprecie según creyere justo.* En el dia se sostiene generalmente que, no teniendo efecto el interrogatorio propiamente dicho, sino en lo que toca personalmente al administrador, no puede quedar ligada la corporación sino por las respuestas escritas que emanen de ella, y en su consecuencia, no está sometida á un verdadero interrogatorio.

376. Después de haber visto los puntos sobre que puede versar el interrogatorio y las personas que pueden ser interrogadas, veamos cuál es la marcha trazada por la ley en esta materia.

377. Háse pensado siempre que, á diferencia de lo que se practica para la información, no debe tener lugar aquí un debate previo relativamente á la admisión de los hechos. De otra suerte, no sería cierto decir que tiene lugar el interrogatorio, *sin retraso de la*

(1) No se consideraría en el sentido de la ley como *administrador ó agente* un procurador, por ejemplo, el de la administración de los hospicios (Tolosa 27 de Junio de 1838).

instrucción ni de la sentencia (Ibid., art. 324): una vez señalados anticipadamente los hechos, no sería lícito al demandante dejar á la parte contraria tan sólo veinticuatro horas para preparar sus respuestas (Ibid., art. 329), y este plazo ya demasiado largo, como vamos á ver, se prolongaría indefinidamente. Por eso se contentaban en otro tiempo con una simple orden del presidente, quien apreciaba el carácter de los hechos y nombraba á un juez comisario. Según la ley actual (Ibid., art. 325), el interrogatorio se manda practicar siempre á instancia de parte, pero por providencia que se da en la audiencia. Esta innovación ha inducido en error á ciertos tribunales que han creído que el legislador había querido dictar una verdadera sentencia interlocutoria, como en lo relativo á las informaciones. En su consecuencia, autorizaron al demandado para litigar sobre la admisión de la solicitud y para atacar las decisiones dadas en la audiencia por vía de oposición ó apelación (V. especialmente Tolosa, 5 de Mayo de 1829; Angers, 14 de Febrero de 1835; Caen, 11 de Mayo de 1852). Pero esta opinión, poco conforme con el conjunto del Código de procedimiento, se halla además contradicha formalmente por el art. 79 de la tarifa, que se expresa en estos términos acerca de la instancia para poder interrogar sobre hechos y artículos. «No se notificará esta solicitud ni se llamará á la parte antes de dictar la providencia que admita ó deseche la demanda para hacer interrogar: sólo se notificará con la providencia y la ordenanza del juez comisario para que tenga lugar el interrogatorio.» El mérito de la solicitud no debe, pues, debatirse de un modo contradictorio, y es preciso reconocer con otras sentencias (Cas. de 9 de Febrero de 1857; Tolosa, 23 de Enero de 1853; * Dijón, 26 de Marzo de 1873; Tolosa, 31 de Diciembre de 1874 *) que se trata aquí de una sentencia *sui generis*, que el mismo legislador califica de *ordenanza (Cód. de proc.*, art. 329), y que corresponde efectivamente á la ordenanza que se obtenía en otro tiempo del presidente, salvo que el Tribunal en pleno sustituyera á este magistrado. No puede, pues, haber en esto ni debate contradictorio, ni oposición, ni apelación. Solamente la parte que alegase que los hechos no son pertinentes podría á su costa y riesgo negarse á contestar; acudiríase de nuevo ante el tribunal, y se juzgaría el incidente en el fondo, salvo atacar su totalidad por las vías de los recurso legales. Estas vías de recursos serían también admisibles contra la sentencia que ordenó el interrogatorio, si contra el curso legal se hubiera dado en un debate contradictorio, porque entonces no existiría ya el secreto que había querido la ley (Bastia, 5

de Abril de 1854). (V. también Caen, 26 de Julio de 1865) (1).

En los juicios sumarios debe pedirse el interrogatorio en la audiencia, pero siempre sin discusión.

378. El juez comisario fija los días y hora del interrogatorio. En caso de impedimento legítimo, se traslada al lugar en que está detenida la parte (Ibid., arts. 327 y 328). Se notifica al demandado veinticuatro horas por lo menos antes del interrogatorio la instancia para obtenerlo, la ordenanza del tribunal que lo autoriza y la del juez comisario que fija el momento de dar principio al interrogatorio. La instancia ó solicitud comprende necesariamente los hechos sobre que debe ser interrogada la parte; comunicación vivamente criticada desde 1667 por el presidente Lamoignon, que alegó la costumbre de Normandía contraria sobre este punto al uso general. «Por lo común, decía, los que sean interrogados consultan mucho menos su conciencia que al foro sobre lo que han de decir; llevan enteramente preparadas sus respuestas, de manera que el efecto de su interrogatorio consiste en transcribir contestaciones que la misma parte ha redactado ya por escrito (2). No se ha visto que un hombre preparado sobre lo que debe contestar haya perdido nunca pleito por su dicho, y ocasiona con frecuencia un perjurio premeditado que sería mucho mejor atajar; mas, al contrario, cuando acude una parte á prestar el interrogatorio, sin haber tenido comunicación de los hechos, es difícil cuando se hallan éstos bien expuestos que no incurra en alguna contradicción, cuando quiere disfrazar la verdad.» No habiéndose admitido la proposición del presidente, consiguió por lo menos hacer insertar en la Ordenanza una disposición adicional, que se encuentra hoy en el art. 333 del Código de procedimiento, y por la que el juez está autorizado para interrogar de oficio sobre hechos no comunicados. Así, es fácil eludir la necesidad de una comunicación previa. El demandante no inserta en su solicitud sino hechos insignificantes, y suministra al juez comisario notas con el auxilio de las cuales formula de oficio las preguntas más importantes. Pero es preciso convenir en que esta marcha carece de franqueza (3) y tiene

(1) * La jurisprudencia contraria á la oposición y apelación parece vencer. Cf. Garsonnet, *Curso de procedimiento*, tom. 2.°, pág. 429, nota 27. *

(2) El presidente supone que la parte ha aprendido de memoria las respuestas que va á dar; porque ya por la ordenanza (tit. 20, art. 6.°), lo mismo que por el Código de procedimiento (art. 333) le estaba prohibido leer ningún proyecto escrito.

(3) Repugnaba á la naturaleza sencilla y leal de Pothier, que juzgaba no hallarse esto *en la regla* (*Proc. civil*, part. 1.ª, cap. 3.°, art. 5.°, § 2.°); es igualmente reprobada por M. Lavielle (*Revista crit.*, tom. 12, pág. 334).

además el inconveniente de dejar demasiada latitud al juez, que puede muy bien, por escrúpulo ó por otra causa, negarse á interrogar de esta suerte y de improviso sobre los puntos más graves. Más valdría suprimir tan molesta prescripción, en vez de tratar de esta suerte de atenuarla indirectamente. Lo que hace más vicioso aun el sistema del Código de procedimiento es, que la facultad de no comunicar los hechos sino veinticuatro horas antes, se ha hecho ilusoria por el art. 331, que permite al contumaz ó rebelde presentarse ulteriormente, con tal que sea antes de la sentencia definitiva, con sólo la carga de pagar los gastos ocasionados por su falta. Así, es siempre fácil disponer de un tiempo considerable para preparar sus respuestas, y la ley se complace, por decirlo así, en destruir por sí misma las pocas garantías que puede asegurar este procedimiento al demandante.

379. Un punto no menos digno de crítica es la manera como se procede al interrogatorio. El secreto, y todas las censuras que se dirigen á la clandestinidad del examen de los testigos en lo civil no son menos fundadas en lo concerniente á la parte, á quien la falta de publicidad no puede menos de animar igualmente á mentir con más resolución. Aun más: tal vez por inadvertencia más bien que de propósito, no se ha reproducido, en el título del interrogatorio sobre hechos y artículos, la sabia concesión que se había hecho en punto á las informaciones, la asistencia de la parte interesada. No admitiendo el art. 333 la presencia de quien requería el interrogatorio, ha seguido una jurisprudencia viciosa, constante en París, pero rechazada en otras jurisdicciones (Merlín, *Repert.*, v.° *Interrogatoire sur faits et articles,* § 20), y que Dumoulin, con ocasión de un proceso en que se hallaba personalmente interesado y en que había pedido en vano asistir á las contestaciones de su adversario, *quia non tam facile negaret,* ha condenado con esta célebre frase: *et in hoc curia pessime judicavit.* El Consejo de Estado, cuando preparó los materiales del Código de procedimiento, estuvo frecuentemente bajo la influencia de la preocupación vulgar que mira el procedimiento como un asunto de pura práctica; y despreció las luces que podía suministrarle la antigua doctrina, ó aun su propio criterio, para abandonarse á una ciega rutina. ¿Por qué, pues, había de ser menos útil la confrontación de las partes en lo civil que en lo criminal?

380. Las reformas introducidas en este procedimiento se limitan á dos puntos; la dispensa del juramento que ya hemos señalado, y la disposición del art. 323, según la cual, si el citado no

comparece ó rehusa contestar, *los hechos se podrán tener por verídicos*. Según la Ordenanza de 1667, los hechos eran necesariamente tenidos por verídicos. El presidente Lamoignon criticó vivamente este rigor, que, en ciertas circunstancias degeneraba en injusticia. Sobre este segundo punto, como en lo tocante al juramento, los redactores del título del interrogatorio han tenido en consideración las observaciones de tan ilustre magistrado, á quien parece no haberse escapado ninguno de los vicios de la antigua práctica. Si hubieran tenido en cuenta las sabias reflexiones del mismo sobre otros puntos, hubieran establecido un sistema mejor.

381. Los vicios de la marcha consagrada por este título del Código de procedimiento, han sido enérgicamente señalados en el informe de M. Bellot, sobre la ley de procedimiento de Ginebra: «Si alguna vez se propone un legislador el problema sobre el modo más seguro de no averiguar la verdad, el Código de procedimiento francés le suministrará la solución en el título del interrogatorio sobre hechos y artículos. Para evitar á la parte la molestia de la publicidad, el embarazo de un contradictor, para disminuir las consecuencias de sus tergiversaciones y la vergüenza de la mentira, para suministrarle los medios de meditar con calma, de calcular sus contestaciones, exige el Código que se le interrogue en secreto, por un solo juez, fuera de la presencia de su adversario, y que los hechos sobre los cuales se ha requerido el interrogatorio se le comuniquen veinticuatro horas antes. ¿Causará admiración que con tan absurdas medidas, jamás hayan obtenido nuestros abogados y nuestros jueces resultado alguno de semejantes interrogatorios?» Estas censuras, en cuanto se fundan en el fondo, son algún tanto exageradas. Ignoro si en Ginebra han sido jamás útiles los interrogatorios, pero lo cierto es que en Francia, en la jurisprudencia antigua y moderna, han ocasionado con frecuencia importantes revelaciones. Es verdad que se han conseguido estos efectos, no por la marcha que se ha adoptado, sino á pesar de esta marcha; y aun debe reconocerse que hay circunstancias en que puede tener el interrogatorio útiles resultados, puesto que algunas veces se verifica aun en materia mercantil (Rouen, 18 de Mayo de 1828; Nimes, 4 de Mayo de 1829).

En Ginebra el interrogatorio no público, no se halla autorizado más que en el caso de impedimento legítimo de la parte á quien se debe interrogar; pero entonces se verifica en presencia del adversario, y sin comunicarse previamente los hechos. No obstante, le es lícito al juez no admitir la asistencia de la parte contraria, si

teme que esta asistencia perjudique á la manifestación de la verdad. Sería tan fuera de razón exigir siempre su presencia, como prohibirla de un modo absoluto. Con estas modificaciones, debe admitirse el interrogatorio como modo especial. En los casos ordinarios se debe preferir la comparecencia personal (1), de la cual nos resta que hablar (2).

*** Acerca de las enunciaciones que hace M. Bonnier en el núm. 373 sobre las materias en que puede tener lugar, debe tenerse presente, que por nuestro derecho se han establecido algunas limitaciones, provenientes muchas de ellas de la circunstancia de prestarse estas declaraciones ó confesiones por medio de juramento decisorio. Así, pues, en las causas de divorcio no puede deferirse este juramento por el marido á la mujer, ni por ésta al marido sobre los hechos alegados, porque podría dar lugar á que la separación se hiciera por mutuo consentimiento, lo cual está prohibido. Tampoco puede deferirse el juramento sobre hechos que expusieran al que declara á penas criminales, y verificándose la confesión ó declaración de que tratamos, por nuestro derecho, por medio de este juramento no puede prestarse en tal caso, pues sería obligar á aquél á acusarse á sí mismo ó á ser perjuro.

Acerca de las personas que pueden ser interrogadas, de que trata M. Bonnier en el núm. 374, prescriben también nuestras leyes no poder deferirse el juramento decisorio, sino sobre un hecho que sea personal ó concerniente á la parte á quien se defiere (leyes 10, 12 y 13, tit. 11, Part. 3.ª). Mas, sin embargo, puede deferirse á uno el juramento sobre un hecho ajeno en el que él tiene responsabilidad, no precisamente sobre el hecho en sí mismo, sino sobre la noticia ó conocimiento que de él tuviese, porque este conocimiento es un hecho que le es personal ó le concierne. No puede deferir ni aceptar el juramento decisorio, tanto en juicio, como fuera de él, el menor de 25 años, ni el hijo de familia, en cuanto al peculio profecticio, ni el demente ni el pródigo, á quien se prohibió la administración de sus bienes, á no ser con la autorización de la persona en cuya potestad ó guarda se hallaren constituidos (leyes 3.ª y 7.ª, tit. 11, Part. 3.ª). Los tutores y demás que administran cosas de otro con autoridad de la ley, no pueden deferir el juramento sino en el caso de que no puedan haber prueba de testigos ni de instrumentos, y de que el pleito sea dudoso (ley 9.ª, tit. 11, Part. 3.ª). El procurador ó mandatario no puede deferir el juramento sin poder especial que le confiera facultad para hacer todo lo que en el negocio podría hacer el poderdante (ley 4.ª, tit. 11, Part. 3.ª).

Acerca del modo de procederse para esta declaración ó confesión, de que trata M. Bonnier en los núms. 376 y sigs., según legislación y la práctica de nuestros tribunales, las preguntas que se hacen para este efecto no se verifican por medio de interrogación, sino que se formulan diciendo: conviene que D declare como es cierto tal ó cual hecho; á cuyas preguntas así formuladas se da el nombre de posiciones. Las posiciones suelen presentarse para que se guarde secreto, en escrito cerrado y sellado, solicitando el que las hace que se abra por el juez en el acto de empezar á recibir la declaración, á fin de que el que va á declarar no tenga tiempo para prepararse á contestar con subterfugios, ni se valga de ardides para ocultar ó confundir la verdad sobre los hechos puestos en duda. No obstante, si el interrogado pide algún plazo, debe otorgársele, á no que se presuma con funda-

(1) Añadamos con M. Lavielle (loc. cit., pág. 337) en favor de la comparecencia, los gastos considerables del interrogatorio: instancia, juicio, ordenanza del juez comisario, notificación del proceso verbal.

(2) El Código de procedimiento italiano, que por otra parte admite la presencia del demandante en el interrogatorio, tiene todavía la sinrazón de no autorizar más que como subsidiaria la comparecencia en la audiencia (art. 211).

mento que intenta consultar sobre ellas con su defensor, pues entonces ha de contestar en el acto (ley 2.ª, tit. 3.º, Part. 3.ª—*(N. del T.)*

* * Previene la ley de Enjuiciamiento civil que las posiciones serán formuladas por escrito con claridad y precisión y en sentido afirmativo, y deberán concretarse á hechos que sean objeto del debate. La parte interesada podrá presentarlas en pliego cerrado que conservará el Juez sin abrirlo hasta el acto de la comparecencia para absolverlas. También podrá reservarse para dicho acto la presentación del interrogatorio. El que ha de ser interrogado será citado con un día de anticipación, por lo menos. Si no compareciese ni alegare justa causa que se lo impida, se le volverá á citar bajo apercibimiento de tenerle por confeso si no se presentare. Las contestaciones deberán ser afirmativas ó negativas, pudiendo agregar el que las dé las explicaciones que estime convenientes ó las que el Juez le pida. Si se negare á declarar sobre hechos propios ó sus respuestas fueran evasivas, le apercibirá el Juez de tenerle por confeso sobre los hechos objeto de la negativa ó de dichas respuestas (art. 581, 582, 583 y 586).

Como complemento de estas indicaciones, véase lo expuesto en nuestras notas precedentes.—*(N. de la R.)*

II.—Comparecencia de las partes.

SUMARIO: 382. Utilidad de esta medida.—383. Punto del proceso verbal.—384. Consecuencias de la falta de comparecencia.

382. Menos rigurosa aquí que en el recibimiento de la prueba testimonial, en que se halla enteramente excluída la publicidad en materia ordinaria, la ley permite á los jueces que quieran saber la verdad por manifestación de las mismas partes, que ordenen su comparecencia en la audiencia. Los magistrados ilustrados tomarán este partido siempre que se trate de una de esas cuestiones de hecho sobre las cuales las explicaciones orales y contradictorias de los interesados, arrojan más luz que todas las piezas que puedan producir y todos los alegatos que puedan hacerse. Los casos en que puede ordenarse la comparecencia, son los mismos que aquellos en que puede ordenarse el interrogatorio. Así, el Tribunal de casación ha pensado (Sent. deneg. de 11 de Enero de 1815) que es siempre lícito al juez, cuando se le pide un interrogatorio, ordenar preferentemente una comparecencia. Y el tribunal de Rennes, por sentencia de 15 de Agosto de 1828, indebidamente criticada por Cavré, ha declarado admisible la comparecencia en casos en que no podría serlo la prueba testimonial. La opinión contraria propende á confundir con la información las noticias personales dadas por las partes; y sería igualmente confundir la comparecencia con la información llamar á la audiencia una persona extraña á la causa (Den. 25 de Noviembre de 1861).

383. No se ha designado forma alguna para consignar los dichos de los comparecientes. No prescribiendo la ley que se redacte

un proceso verbal especial, no se redacta en la práctica (1). Deberáse, pues, en la redacción misma de la sentencia reproducir las declaraciones que se hayan hecho ante el tribunal, pues de otra suerte acontecería lo que ha acontecido ante un tribunal de apelación (Amiens, 14 de Julio de 1828), que sería necesario, en caso de apelación, ordenar de nuevo la comparecencia por el mero hecho de no haber dejado vestigios el primer examen de las partes. Basta que las explicaciones de las partes ante los primeros jueces sean reproducidas sustancialmente en las sentencias (Sent. 17 de Enero de 1865). Pero la sola circunstancia de no haber sido especialmente consignada la comparecencia, no sería un cargo grave, si resultase la comparecencia voluntaria de las partes de los resultandos de la sentencia (Sent. deneg. de 30 de Mayo de 1859). Es más esencial que todos los jueces hayan asistido á la comparecencia (2) (Poitierrs, 12 de Junio de 1856).

384. La rebeldía de la parte llamada á comparecer, ¿puede autorizar al juez para tener por verídicos los hechos alegados, como cuando se trata de un interrogatorio? (*Cód. de proc.*, art. 330). En principio debe admitirse la aplicación de una disposición puramente facultativa (Sent. deneg. de 15 de Febrero de 1812; Rennes, 15 de Agosto de 1828). No obstante, la falta de comparecencia no tiene aquí igual gravedad; ignorando la parte los puntos sobre que debe ser interrogada, la confesión tácita que resulta de abstenerse, puede no tener ya la misma precisión, y los jueces deben ser mucho más circunspectos, si se trata de pronunciar una condena por este solo motivo. En el caso juzgado por el tribunal de Rennes, la cuestión sobre que debía dirigirse la interrogación se hallaba perfectamente determinada, y había presunciones graves contra la parte que había rehusado acudir á la audiencia (3).

*** Véase nuestra nota anterior en cuanto á los efectos de la falta de comparecencia del citado para declarar.—*(N. de la R.)*

---

(1) * Podrá resultar de la comparecencia personal un principio de prueba por escrito, cuando el Tribunal haya hecho tomar nota escrita de los dichos de las partes (V. Cas. 19 de Octubre 1885.) *

(2) * El fallo podrá disponer que la comparecencia personal tenga lugar, bien ante el juez comisionado por el tribunal, bien ante todo el tribunal en audiencia pública ó en cámara de consejo (V. Garsonnet, *Curso de proc. civ.*, tom. 2.°, p. 435. Cpr. Cas. civ. 12 de Marzo de 1879 y Cas. 30 de Junio de 1875.) *

(3) La comparecencia de las partes se ha deslizado en cierto modo en la redacción del Código de procedimiento, como se insinuó en otro tiempo en la práctica. no ha atraído la atención del legislador, que la ha admitido sin pensar en organizarla debidamente.

SEGUNDA DIVISIÓN

Provocación de la confesión en materia criminal.

SUMARIO: 385. Disidencia grave sobre este punto, entre el sistema de la acusación y el sistema inquisitorial.— 386. Abuso del interrogatorio; tormento. Reacción en sentido opuesto en la práctica inglesa.—387. Justificación del interrogatorio tal como está organizado por nuestras leyes.

385. El poder de interrogar á las partes, que no se niega al juez en materia civil, se le niega, por el contrario, positivamente por ciertos sistemas de procedimiento criminal. En los países en que se abandona la acusación á las partes perjudicadas, se deja al acusador y al acusado combatirse como en campo cerrado; á ellos corresponde probar respectivamente la afirmativa y la negativa que sostienen; el juez, impasible en su tribunal, hasta el momento en que pronuncia la sentencia, no hace personalmente ningún esfuerzo, no da ningún paso para conseguir el descubrimiento de la verdad. Tal era en Roma el antiguo procedimiento de los *publica judicia*, bien se verificasen ante los *judices*, análogos á nuestros jurados, ó bien ante la asamblea del pueblo. Había de una y otra parte informe, producción de piezas ó documentos, y de testigos; pero no se sometía al acusado á ningún interrogatorio por sus jueces. Lo mismo sucedía en Atenas. Tal es también la propensión del procedimiento inglés que se vuelve á encontrar con escasas modificaciones en los Estados Unidos. Se pueden dirigir preguntas al acusado cuando se entablan las primeras diligencias para la persecución del delito ante los jueces de paz, al menos cuando se trata de *felonía*, es decir, de un crimen grave, en virtud de dos estatutos de Felipe y de María; pero jamás una vez, abiertos los debates por el tribunal criminal, se permite dirigirle interpelación alguna. Solamente antes de comenzar el examen se le pregunta si quiere litigar *guilty or not guilty*, como culpable ó como no culpable. La confesión hecha voluntariamente en aquel momento hace que toda controversia sobre el hecho sea útil, y se procede en seguida á aplicar la pena, que la sinceridad del acusado hace habitualmente más moderada. Pero si en el curso del procedimiento se le escapa una confesión, aunque no provocada, el presidente, en vez de apresurarse á consignarla, advierte caritativamente al acusado las consecuencias de sus palabras, y le compromete en cierto modo á retractarlas, antes de formarse acta ó proceso verbal de ellas (1). Cuando el acusado ha

(1) Un sacerdote católico debió la vida en el último siglo á esta regla de la

confesado al principiarse los debates, no se atiende ya á la prueba del hecho; pues se la considera como perfectamente consignada, lo cual no se verifica en los sistemas de instrucción que se apoyan en otro principio. Por eso en Atenas (1) y en Roma, cuando confesaba el acusado, no había *judicium;* el magistrado aplicaba inmediatamente la pena; *confessus pro judicato est*, dice Paulo (l. 1.°, D. *De confess.*). Parece, no obstante, contradictorio á primera vista dar semejante importancia á la confesión, cuando no se hace ningún esfuerzo por provocarla; pero esto es siempre la consecuencia del mismo sistema, la impasibilidad del juez. En cuanto se confiesa vencido el acusado, nada tiene ya que hacer el acusador; y el juez no tiene ya la misión de defender al acusado, cuando él mismo abandona su causa, así como no tenía misión de defender al acusador. Este sistema aplica pura y simplemente en materia penal, los principios del derecho civil, de que el demandante es quien debe hacer la prueba, y que cuando confiesa el demandado, no es ya posible controversia sobre el hecho (núms. 96 y sigs.).

De otra suerte se procede, según el sistema *inquisitorial*, en que la autoridad pública investiga de oficio los delitos más graves, en lugar de abandonar su persecución á la diligencia de los particulares. Entonces no se trata ya de un combate singular entre la acusación y la defensa, que parece reproducir en el seno mismo de las instituciones judiciales las antiguas guerras privadas. El poder social no se contenta ya con intervenir, sino que dirige el procedimiento. Esta marcha ocasiona dos consecuencias diametralmente opuestas á lo que acontecía en el primer sistema. Por un lado el juez, cuyo papel no es ya simplemente pasivo, se esfuerza en provocar la confesión, que es habitualmente la mejor prueba de la culpabilidad; mas, por otro lado, no se considera la condena como obligada por el solo hecho de existir una confesión. No siendo el objeto que se propone este sistema resolver sobre pretensiones

jurisprudencia francesa, que no autoriza la interrogación. Fué acusado de haber celebrado misa en Inglaterra, hecho castigado con pena de muerte según las leyes existentes, aun cuando la opinión principiara á sublevarse contra ellas. Oyóse á los testigos; se probó el hecho, y el acusador gozaba ya de su triunfo; pero con gran sorpresa suya y con satisfacción general del público, fué absuelto el acusado, atendiendo á haberse probado que había dicho misa, pero que no se había probado que fuera sacerdote, lo cual no hubiera podido saberse con seguridad sino interrogándole. Vése, no obstante, que es preciso suponer leyes atroces para que se desee semejante resultado. Bajo el imperio de leyes justas, lo que fué entonces un triunfo para la humanidad, se convierte en un deplorable escándalo.

(1) Muchas veces el acusado, entre los atenienses, litigaba *guilty*, es decir, confesaba el crimen, solicitando la aplicación de una pena más ligera. Sócrates rehusó salvar así su cabeza, confesándose culpable de impiedad.

opuestas, sino averiguar la verdad, se debe examinar antes de pronunciar la condena, si las circunstancias que por otra parte pueden conocerse, hacen la confesión verosímil (núm. 364).

386. La tendencia al sistema inquisitorial comenzó á manifestarse en Atenas, cuando se estableció una magistratura permanente encargada de resolver sobre los crímenes más graves, el tribunal del Areópago. «Este augusto tribunal, dice Esquines en su discurso contra Timarco, fundó su opinión, no sobre la elocuencia de las partes ó sobre las declaraciones de los testigos, sino sobre investigaciones personales y sobre nociones anteriores». Pero incurriendo ya en el abuso del sistema que inauguraba, el Areópago administraba justicia durante la noche, para sustraerse á la influencia que pudiera ejercer sobre él, ya el arte oratorio, ya la vista misma del acusado. En general, para los crímenes políticos ó religiosos había una instrucción preparatoria; era permitido interrogar á los acusados y confrontarlos ó carearlos, ya entre sí, ya con los testigos de la causa. En Roma se introdujo el mismo espíritu en la jurisprudencia, cuando conocieron los magistrados por sí mismos de las acusaciones que se remitían otras veces ante el pueblo ó ante los *judices*. Marciano nos dice (l. 6.°, § 1.°, D. *De cust. reor.*), que desde los tiempos de Antonino el Piadoso, había oficiales especiales llamados *irenarchæ* (1), repecto de los cuales prescribió un edicto de este emperador, «*ut cum apprehenderint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus, et interrogationes cum litteris inclusas atque obsignatas ad cognitionem magistratus mittant.*» El mismo texto llama *quæstio seu inquisitio* el procedimiento dirigido por el magistrado. Vemos que tiene grave importancia el interrogatorio en los procedimientos que precedieron al martirio de los cristianos, y aun en la Pasión de Jesucristo, tal cual nos la refieren los Evangelistas (2). La existencia de la persecución de oficio, al lado de las acusaciones privadas, se halla claramente demostrada en estas palabras dirigidas por Trajano á Plinio el Joven, en su famosa carta relativa á los cristianos (*Cartas de Plinio*, lib. 10, cart. 98): *Conquirendi non sunt; si deferantur et arguantur, puniendi sunt.*

Cuando salió vencedor de las persecuciones el cristianismo, ejerció á su vez una poderosa influencia sobre la legislación crimi-

(1) Es decir, custodios de la paz (εἰρήνην ἄρχοντας). Vése, pues, que la denominación de *juez de paz* no es tan moderna como se cree generalmente. Los *irenarchæ* se asemejan á los jueces de paz de Inglaterra.

(2) *Ecce ego coram vobis interrogans*, dice Pilatos, (*S. Luc.*, c. 23, vers. 14), *nullam causam inveni in homine isto, in his in quibus eum accusatis.*

nal, y no pudo menos de fortalecer la tendencia á provocar la confesión, puesto que se elevó por la Iglesia la confesión á la dignidad de sacramento. Debían redoblarse los esfuerzos para obtener una declaración sincera, que era á un tiempo mismo una prueba grave para el juez, y el cumplimiento de un deber de conciencia respecto del acusado. Algunas veces, bajo la influencia de esta idea, el Santo Oficio, cuyos rigores han hecho odioso el nombre de *Inquisición,* perdonó la confesión que iba acompañada de arrepentimiento; indulgencia de que se encuentran pocos ejemplos en las jurisdicciones laicales. Sin ir tan lejos como los tribunales eclesiásticos, los tribunales de la Europa continental dieron un gran valor á la condena del acusado por su propio dicho. Desgraciadamente, el deseo de obtener la confesión, tan laudable en sí mismo, fué llevado hasta el fanatismo, y el tormento, ese deplorable legado dejado por la antigüedad á la jurisprudencia de la Edad Media, fué aceptado por ésta con demasiada solicitud. En Atenas y en Roma sólo se aplicaba este modo de procedimiento por excepción á los hombres libres (1), y el derecho canónico admitía igualmente distinciones. En ninguna parte vemos que las *Decretales* hayan hecho del tormento un recurso de la información, como hicieron más adelante nuestras Ordenanzas (Van Espen, *Jus eccl.,* part. 3.ª, tit. 7.º, cap. 3.º). Nuestra práctica francesa admitió la igualdad de todos los acusados ante el tormento. «Según el derecho civil y el canónico, dice Jean Imbert (*Práctica judicial,* lib. 3.º, cap. 14), no podían ser atormentadas algunas personas por la excelencia de sus dignidades, como los decuriones y los sacerdotes; pero en el día todos están sujetos al tormento sin distinción alguna.» Para oprobio de nuestra civilización, que se considera antigua, y que bajo este respecto salió ayer de las tinieblas de barbarie (2), no se abolió en Europa este horrible abuso hasta fines del último siglo (3).

---

(1) Esto fué lo que hizo decir á Rittemeier (*De origine quæstionis per tormenta*) que la servidumbre es la madre del tormento: *servitutem quæstionis procreationem et quasi parentem.*

(2) Pothier, tan reservado habitualmente en sus doctrinas, tan enemigo de innovaciones, estaba más adelantado sobre este punto que la mayor parte de sus contemporáneos. «Evitábase, dice M. Fremont (*Investigaciones históricas y biográficas* sobre Pothier, pág. 57), repartirle causas criminales, en las que se preveía que iba á haber lugar al tormento, no porque se temiera, como avanza Letrosne, que la sensibilidad de sus órganos físicos no pudiera soportar semejante espectáculo, sino porque se sabía que su gran piedad y su razón ilustrada le hacían considerar el tormento como un acto inhumano y muy frecuentemente inútil.»

(3) En Francia fué abolido por Luis XVI, el 24 de Agosto de 1780, el *tormento*

Estos excesos han ocasionado una reacción contra el sistema inquisitorial, que no se ha considerado ya por muchos talentos sino como un abuso de poder, una vejación intolerable. Las dudas suscitadas por los publicistas del último siglo sobre la fuerza legal de la confesión y sobre la legitimidad del interrogatorio, se explican por el justo horror que inspiraban los procedimientos que se empleaban para arrancar una confesión. En Inglaterra, donde la opinión pública rechazó enérgicamente el tormento, usado durante algún tiempo bajo el reinado de Isabel, esta misma reacción contra los abusos de los jueces continentales fué la que estableció y conservó hasta nuestros días el sistema según el cual, el poder tiene una representación puramente pasiva en la mayor parte de las acusaciones. De aquí el principio que ha prevalecido en Inglaterra y que se ha consagrado por la Constitución de los Estados Unidos (Amend., art. 5.º), sobre que no pueda obligarse á nadie en materia penal á ser testigo contra sí mismo. Tal es igualmente el origen del sistema del derecho común inglés, que prescribe al juez descartar *à priori*, sin someterlo á la apreciación del jurado, toda confesión dictada por el temor ó la esperanza. Los jurisconsultos más ilustrados reconocen en el día que es muy delicada la distinción entre esta confesión y la confesión voluntaria, y confiesan que en la aplicación de dicha regla se ha sacrificado con sobrada frecuencia la justicia y el buen sentido á falsas consideraciones de humanidad (M. Greenleaf, t. 1.º, pág. 288, nota 1.ª). Evidentemente, es preferible el sistema escocés, que, advirtiendo al jurado de las circunstancias de la confesión, le constituye juez de la fuerza ó valor de ésta (Alison, *Criminal Law of Scotland*, págs. 581 y 582).

387. Hoy, que ha desaparecido el tormento, á lo menos en los países en que ha extendido su imperio la civilización europea, reconocen los mejores publicistas la superioridad del sistema inquisitorial moderado. El procedimiento por el que se emplea el juez activamente en investigar la verdad, es muy superior á aquel en que se contenta con asistir á la lucha de las pasiones y de los intereses opuestos. Bentham (*Pruebas judiciales*, libro 8.º, cap. 11) responde felicísimamente á Beccaria, que pretende que es contrario á la humanidad el interrogatorio, en cuanto exige de un hombre que sea su propio acusador. «Otros os dirán, dice el publicista inglés, que el

---

preparatorio, que tenía por objeto suplir la insuficiencia de las pruebas, arrancando al paciente una confesión en que se declaraba culpable. El *tormento previo*, el cual se aplicaba á los condenados á muerte para hacer que revelaran sus cómplices, sólo lo fué por un decreto de la Asamblea constituyente del 9 de Octubre de 1789.

interrogatorio personal no es un modo de proceder generoso; es valerse de un hombre en perjuicio suyo. El interrogado se halla en una situación desgraciada; el juez debe ser su amigo más bien que su enemigo, y es acto noble no prevalerse de lo que pudiera escapársele en contra suya. Pudiera creerse que estas nociones se han tomado de las máximas de honor de los combates singulares. Es contrario á las reglas estrechar á un adversario á quien puso un accidente fuera del estado de resistir; es contrario á las reglas luchar con un enemigo que ha caído en tierra... en tal caso, debe dársele otra lanza y el tiempo necesario para levantarse... El juez más sensible y más humano no debe ser amigo ni enemigo del acusado, sino amigo de la verdad y de las leyes. No debe buscar ni un inocente ni un culpable, sino que debe querer hallar lo que es realmente.» Estas últimas palabras definen con exactitud la verdadera naturaleza del sistema inquisitorial.

Pero sin hablar del tormento, de que no puede tratarse en el día, hay en la aplicación de este sistema un exceso que conviene evitar. Tal como se practica en el derecho común alemán, poco distante de nuestra antigua jurisprudencia, el sistema inquisitorial supone la acción exclusiva y aislada del juez, sin ninguna discusión pública. Es cierto que el calor de los debates ha perjudicado algunas veces á la manifestación de la verdad, y que se ha visto sustraer del cadalso á grandes culpables, la elocuencia de los abogados. Pero al querer suprimir las pasiones, se suprime el movimiento de la vida, y por querer tocar demasiado directamente el objeto á que se aspira, no se consigue más que desviarse de él, puesto que se deja de usar voluntariamente de ciertos medios ó recursos que pueden servir para que se manifieste la verdad. Un tribunal que, como hacía con frecuencia el Areópago en Atenas, administrase justicia de noche (núm. 386), lo cual es el ideal del sistema, sustrayéndose así de toda impresión personal, mutilaría la instrucción judicial con el pretexto de purificarla (1). Inútil es añadir una consideración que nadie dejará de comprender, la utilidad de la publicidad como garantía contra las vejaciones, vestigios del antiguo tormento señalados en estos términos por M. Mittermaier (trad. de M. Alexandre, página 300, nota): «El carácter enteramente inquisitorial del pro-

(1) La sala en que juzgaban los *inquisidores de Estado*, que se me enseñó en Venecia en el palacio ducal, se halla dispuesta de modo que los jueces no pueden ver al acusado. Es llevar al último grado de perfección el procedimiento secreto. Afortunadamente, esta sala no es en el día mas que un recuerdo histórico, así como los *plomos* y los *pozos* de Venecia.

cedimiento criminal alemán da lugar á una de las más perjudiciales consecuencias. El juez de instrucción ó del sumario, se ve inducido forzosamente á tomar la confesión como el blanco de todos sus esfuerzos. De aquí, con frecuencia, el hacerse al inculpado representaciones engañosas, amenazas, promesas; de aquí esas detenciones preventivas, prolongadas intencionadamente con la esperanza de una confesión que se retarda. Las leyes alemanas autorizan con el nombre de *penas de desobediencia,* los golpes y encarcelamiento más prolongado ó más riguroso contra todo inculpado que rehusa contestar, se conduce mal ó miente á la justicia: todo esto son otros tantos pretextos suministrados al juez para imponer verdaderos tormentos al inculpado que no quiere confesar, y que muchas veces, inducido, en tales casos, por la desesperación, dice otras tantas falsedades en formade confesión.»

* Aun antes de la promulgación del *Código de procedimiento penal* alemán de 1877, las penas disciplinarias en que se ha incurrido, por la negativa á contestar á las respuestas falsas habían desaparecido de la mayor parte de los Estados alemanes. También una ley prusiana de 10 de Julio de 1846, renovó la prohibición de emplear medios de violencia para conseguir la confesión del acusado. El código austriaco de 1850 prohibe también toda prisión directa é indirecta. El código de 1853 había vuelto, es verdad, al menos en parte, sobre esta innovación liberal.

En cuanto al código alemán de 1877, conformándose con las disposiciones vigentes en la mayor parte de los Estados alemanes, descarta con su silencio todos esos procedimientos de prisión indirecta (V. art. 136). El *Código de instrucción criminal* austriaco de 1873 está más explícito. El cap. 15, consagrado al interrogatorio del acusado, encierra minuciosas prescripciones dirigidas al juez para impedir todo abuso de su parte (Cpr. especialmente artículos 198, 199, 200 al 202. Consultar sobre toda esta materia la Introducción de M. F. Daguin á su traducción al *Código de procedimiento penal* alemán de 1877 y la nota 1.ª del *Código de instrucción criminal* austriaco de 1873, traducido por MM. Edm. Bertrand y Ch. Lyon-Caen, página 94). *

Nuestro Código de instrucción ó procedimiento criminal, al conservar el principio inquisitorial en lo que tiene de justo y saludable, ha sabido evitar los excesos. Un juez de instrucción no temió escribir que era preciso arrebatar una confesión. ¡Qué escándalo, la confesión falsa de un parricidio, arrancada así á la mujer Gardin! (Tribunal del jurado del Norte, 13 de Abril de 1861). Por eso se ha

presentado la proposición (núm. 310) de introducir la publicidad en la instrucción preparatoria.

Hoy en día el interrogatorio, así como el examen de testigos, se verifica primero en secreto, después en público. Al seguirle en sus diversas fases sólo nos atendremos al procedimiento establecido para los crímenes, puesto que el interrogatorio no ofrece ningún carácter particular en materia de policía correccional y de simple policía.

*** Véase nuestra nota al núm. 369.—*(N. de la R.)*

§ I.—Interrogatorio en la instrucción ó procedimiento preparatorio.

SUMARIO: 388. Quién debe interrogar al acusado.—389. Importancia del interrogatorio.—390. Debe estarse, en cuanto á las formas, á la ordenanza de 1670. —391. Cómo se presta el interrogatorio.—392. Debe ser secreto.—393. Abolición del juramento previo.—394. Utilidad de reiterar el interrogatorio.—395. Interrogatorio previo, hecho por el presidente del tribunal criminal (*de Assises*).

388. Según el Código de instrucción criminal, que ha sido fiel bajo este respecto á las tradiciones de la antigua jurisprudencia, el juez de instrucción es el encargado de interrogar al acusado. El procurador de la República, cuyas funciones normales consisten en activar el procedimiento con sus excitaciones, pero no en dirigirlo, no debe proceder al interrogatorio sino en casos excepcionales *(Código de inst.*, art. 40). Y en los casos mismos en que este funcionario es llamado á hacer, bien sea personalmente, bien por el órgano de uno de sus oficiales de policía auxiliares, los primeros actos de instrucción, estos actos deben transmitirse siempre al juez, que puede rehacerlos si lo juzga conveniente (Ibid., art. 60).

389. La Ordenanza de 1539, art. 146, quería que los acusados fuesen «interrogados bien y diligentemente... para averiguar la verdad de sus crímenes, delitos y excesos, por manifestación de los acusados, si es posible». Siendo el objeto que se propone descubrir la verdad, esta medida es exigida tanto en favor de la justificación de los inocentes, como para el descubrimiento de los culpables. «En el interrogatorio es donde particularmente puede emplear el acusado, decía el presidente Lamoignon en las conferencias sobre la Ordenanza de 1670, los medios naturales de su defensa, y donde el juez puede con su prudencia y autoridad descubrir la verdad, y penetrar los disfraces del criminal». Así, la Ordenanza de 1670 exigía (tít. 14, art. 1.º) que los acusados de crímenes fueran interrogados dentro de veinticuatro horas. Esta regla, violada con frecuen-

cia en otro tiempo, no se observa hoy tampoco exactamente en el caso en que se reproduce entre nosotros, es decir, cuando hay mandato de conducir al inculpado, mandato que debe decretar el juez de instrucción, bien sea cuando se trata de un crimen, bien cuando no está domiciliado el inculpado. En los casos más graves en que el juez no decreta más que un mandato de comparecencia, como no tiene ningún derecho para retener á aquel á quien hizo venir ante él, debe hacerse el interrogatorio inmediatamente *(Cód. de inst.*, art. 93). Por lo demás, aunque no se prescriba el interrogatorio por la ley, bajo pena de nulidad, se considera como una forma sustancial del procedimiento (Ibid., art. 103), y no puede cerrarse una instrucción, sin que haya sido puesto el inculpado, por medio de un mandato, en posición de explicarse sobre los hechos que se le han imputado (Cas. 6 de Noviembre de 1834, 12 de Febrero de 1835, 11 de Noviembre de 1839, 16 de Noviembre de 1849 * y 21 de Marzo de 1873 *).

390. A pesar de la importancia que han dado nuestras leyes modernas al interrogatorio previo, han descuidado trazar sus formas; por lo cual, es necesario referirse, en lo relativo á esta materia, al tít. 14 de la Ordenanza de 1670, en cuanto son compatibles las disposiciones de este título con la actual organización de la justicia, y no han sido abrogadas por el decreto de 9 de Octubre de 1789, que ha consagrado ciertas reformas relativas al interrogatorio. Echemos una ojeada sobre las disposiciones que ofrecen más interés.

391. El juez estaba obligado á proceder en persona al interrogatorio, que no podía en ningún caso practicarse por el escribano (1). (*Ord. de 1670*, tít. 14, art. 2.º) La Ordenanza pronuncia la nulidad del interrogatorio, si lo verifica el escribano, y una multa de quinientas libras, tanto contra el escribano, como contra el juez. La primera de estas sanciones es la única que se permite aplicar en el día.

El interrogatorio debía tener lugar en la audiencia, y no en la casa del juez (Ibid., art. 14.). En el día debe practicarse también del mismo modo. El art. 1040 del Código de procedimiento quiere que todos los actos y procesos verbales del ministerio del juez se

(1) Ya el art. 144 de la Ordenanza de 1539 había prescrito á los jueces, que procedieran en persona á los interrogatorios y careos. Pero hasta la Ordenanza de 1670, podía delegarse la información á un escribano, á un notario ó á un alguacil; lo que acarreaba graves abusos.

hagan en el lugar donde está situado el tribunal. En materia criminal hay identidad de motivo para ello.

392. Los inculpados deben ser interrogados con separación, sin asistir persona alguna más que el juez y el escribano (Ibid., artículo 6.º). La práctica es constante en este sentido. La Asamblea constituyente, al establecer la publicidad de los debates en lo criminal, reconoció formalmente la utilidad de conservar el secreto de la instrucción preparatoria. El inculpado, salvo permiso extraordinario del juez de instrucción, no está autorizado para aconsejarse de letrado, sino después de su traslación á la casa de justicia del lugar donde se reune el tribunal criminal *(de Assises)*. *(Cód. de inst.*, arts. 294, 302.) El mismo Ministerio público no debe asistir al interrogatorio. Puesto que el acusado no tiene aún defensor, se debe separar igualmente el órgano de la acusación. Si, pues, el artículo 94 del Código de instrucción dice que el juez *decrete el auto de detención* después de haber oído á los acusados y al Fiscal, esto no debe entenderse en el sentido de que se oiga simultáneamente al Ministerio público y á los acusados, sino en el sentido de que se sucedan estos dos actos; primeramente el interrogatorio y después las requisitorias del Ministerio público con el fin de que se verifique la detención.

393. Se aplicará también la disposición de la Ordenanza (título citado, art. 11) que mandaba se diese un intérprete á los extranjeros que no entendieran la lengua francesa, y la que ordenaba leer y hacer firmar al inculpado su interrogatorio (Ibid., art. 13), según lo prescribe la ley expresamente respecto de los testigos (*Cód. de inst.*, art. 76). Pero no es así en cuanto al juramento, el cual se exige antes del interrogatorio *(Ord.*, ibid., art. 7.º). Esta odiosa exigencia se había tomado de un digno orígen, de un *Directorio de los inquisidores*, publicado en 1360. Criticada por los talentos más eminentes: en el siglo XVI, por el famoso criminalista Julio Claro, uno de los primeros dignatarios del Senado de Milán, en tiempo de Felipe II (1); en el siglo XVII por el presidente Lamoignon, cuyas explicaciones sobre esta cuestión cuando se redactó la Ordenanza no dejan nada que desear: finalmente, en el siglo XVIII, por los numerosos publicistas que batieron en brecha los abusos de nuestro antiguo procedimiento, ha sido, en fin, abolida por el artículo 12 del decreto de 9 de Octubre de 1789. Aquí, nuestra legislación criminal está en perfecta armonía con la legislación civil, la

(1) *Mihi certe hæc practica numquam placuit, quia est manifesta occasio perjurii.*

cual, ya hemos visto que ha suprimido el juramento que precedia en otro tiempo al interrogatorio sobre hechos y artículos.

394. En el día, lo mismo que rigiendo la Ordenanza (Ibid., artículo 15), puede reiterarse el interrogatorio. Conviene también, en general, antes de cerrar la instrucción, proceder á un interrogatorio final. No puede menos de aplaudirse lo que se lee con este motivo en una circular del procurador general de Orleans, del 21 de Marzo de 1836: «He observado en los procedimientos criminales que los señores jueces de instrucción se contentan frecuentemente con hacer sufrir al inculpado un solo interrogatorio, que se verifica inmediatamente después del arresto y al incoarse el procedimiento. Este interrogatorio no puede ser suficiente, porque no es posible poner al inculpado, en este primer momento, en posición de explicarse sobre el conjunto de los cargos que, por lo común, no se forman, al menos debidamente, sino por el examen posterior de los testigos (1). Conviene, pues, que independientemente de este primer interrogatorio y de los que pueden haber parecido necesarios en el curso de los procedimientos, sufra el inculpado un *interrogatorio final*, cuando se ha terminado enteramente la información. En este último interrogatorio pueden los magistrados fácilmente interpelar al acusado sobre la totalidad de los cargos, y ponerle en posición de justificarse sobre cada uno de ellos, bien sea con sus explicaciones, bien por la indicación de nuevos testigos. Por medio de esta precaución, los Magistrados de la sala del Consejo y de la sala de acusación, estarán seguros de tener á la vista un sistema completo de defensa al lado del sistema de acusación, y podrán de este modo, pero de este modo solamente, determinar con suficiente conocimiento de causa.» Cuando se procede de esta suerte á un nuevo interrogatorio, se pregunta si deben leerse los interrogatorios precedentes. Autorizar, en principio, á los inculpados para reclamar esta lectura, sería favorecerles con los medios de hacer traición á la verdad, y se les pondría en guardia contra las contradicciones ó variaciones que hubieran podido escapárseles. Solamente cuando crea el juez de instrucción en la buena fe del inculpado, puede volver á leerle, en todo ó en parte, sus primeras declaraciones, á fin de ponerle en el caso de explicarse sobre contradicciones que sólo serán aparentes.

395. Por último, además del interrogatorio ó interrogatorios

(1) La ley de 17 de lluvioso, año IX, prescribía lo mismo (art. 10), siguiendo la práctica antigua y moderna, un primer interrogatorio del acusado antes de *haber tenido conocimiento de los cargos y declaraciones.*

sufridos ante el juez de instrucción, la persona contra quien se ha dado auto para que se proceda á su acusación debe ser interrogada de nuevo secretamente por el presidente del tribunal criminal *(de Assises)* ó por un juez delegado, veinticuatro horas después de su llegada á la audiencia ó tribunal del lugar donde debe celebrarse el juicio *(Cód. de inst.,* art. 293). Esta es una fórmula sustancial cuyo cumplimiento debe consignarse en forma bajo pena de nulidad (Cas. de 30 de Septiembre y 20 de Diciembre de 1847, 3 de Enero de 1850, 29 de Marzo de 1860) (1). Sin embargo, la observancia del término de veinticuatro horas, así como la de muchos plazos semejantes de nuestras leyes, no tienen más sanción que el celo y la conciencia de los magistrados (Sents. den. de 16 de Enero de 1852, 4 de Agosto de 1853 y 21 de Enero de 1864). El objeto principal de este interrogatorio es invitar al acusado á elegirse un defensor, y advertirle que tiene cinco días para atacar la providencia de remisión dada por la sala encargada de declarar si ha lugar á las acusaciones (Ibid., arts. 294 y 296). No pudiendo abrirse los debates mientras permanezca en suspenso esta providencia, habrá necesariamente cinco días por lo menos de intervalo entre la interrogación y la apertura de los debates. La ley prescribe que se extienda un proceso verbal en que se consigne el cumplimiento de estas formalidades y las declaraciones del acusado, si ha lugar á ello (Ibid., art. 291). Pero es bastante raro que se hagan así revelaciones ante el presidente del tribunal criminal, quien frecuentemente no da bastante importancia á este interrogatorio, cuya tarea delega á otro juez.

*** Véase nuestra nota al núm. 369.—*(N. de la R.)*

§ III.—Interrogatorio durante los debates.

SUMARIO: 396. Utilidad y legalidad de este interrogatorio.—397. No debe haber violencia física.—398. Consignación de la identidad del acusado.—399. Orden que debe seguirse si hay coacusados.—400. Forma del interrogatorio.—401. Falta de sugestión.—402. ¿Puede haber falso testimonio por parte del acusado?—403. ¿Qué debe decirse del testigo que puede comprometerse con su declaración?

396. Es entre nosotros esencial á la instrucción ó procedimiento criminal que se invite al acusado á dar explicaciones verbales; pero no se emplea medio alguno de violencia para obligarle

(1) * La omisión total ó parcial de este interrogatorio entrañaría la nulidad del procedimiento subsiguiente (Cas. 10 Octubre 1872.—Cpr. Cas. 6 Junio 1878.) *

á contestar á las interpelaciones que se le hacen. Si la negativa á contestar puede interpretarse desfavorablemente para el acusado, no da lugar á ninguna medida especial para castigar su terquedad. Entre nosotros no se conocen *las penas de desobediencia*, es decir, los golpes, el encarcelamiento más riguroso ó prolongado que imponen las leyes alemanas contra el acusado que se niega á contestar (V. Mittermaier, nota citada, núm. 387). Libre de toda violencia, el interrogatorio en la audiencia, que no se presta á los mismos abusos que el interrogatorio secreto, es tan favorable á la defensa como á la acusación. Nuestra jurisprudencia es constante en este sentido. Habiendo sostenido un acusado ante el alto tribunal de Bourges que el interrogatorio, sobre todo antes del examen de testigos, era un abuso tomado de la Inquisición, condenado por la legislación inglesa y proscrito por el Código de instrucción, el alto tribunal juzgó el 9 de Marzo de 1849 que, conforme á la combinación de los artículos de este Código, «pertenece al presidente el derecho de preguntar á los acusados antes del examen de testigos lo que le parezca necesario para la manifestación de la verdad». No se considera ya en el día, como bajo la Ordenanza de 1670 (título 18, art. 8.°), al que se niega á contestar después de tres interpelaciones, como *mudo voluntario*, y como privado en su consecuencia de la facultad de volver ulteriormente sobre los puntos respecto de los cuales no quiso explicarse (1), pues se considera con razón el derecho de defensa como imprescriptible mientras no ha recaído condena.

¿Pero no es hacer revivir hasta cierto punto las penas contra el silencio voluntario, el obligar al acusado á responder, bajo pena de ser expulsado de la audiencia, como si se hubiera *negado á comparecer*, según los términos de los artículos 8.° y 9.° de la ley de 9 de Septiembre de 1835? Una decisión dictada contra el acusado, bajo esta hipótesis, por el Tribunal de Casación el 14 de Octubre de 1853, parece caer en el exceso opuesto al de la doctrina inglesa, que proscribe el interrogatorio. Nos es difícil comprender cómo, según los términos del fallo, *la audiencia sería turbada y el curso de la justicia impedido* por la simple negativa de responder. Ningún texto obliga al acusado á contestar, como le obliga al testigo á declarar (*Inst. crim.*, art. 335). Mucho más sabia nos parece la con-

(1) Según los términos del art. 224 del Código de procedimiento penal de Nápoles, se considera el interrogatorio como una ventaja para el acusado, ventaja de que se ve privado si rehusa contestar al principio de los debates.

ducta de la mayor parte de los precedentes Códigos, que bajo ese concepto dejan toda libertad al acusado.

397. El acusado comparece ante el tribunal criminal libre *(Código de inst.*, art. 310), al menos en el sentido de que no debe comprimir sus miembros ligadura alguna. La violencia física, refluyendo sobre sus disposiciones morales, perjudicaría á la libertad de la defensa. Es, pues, preciso abstenerse de ella cuando no es necesaria, y basta por lo común que le acompañen guardias para impedir que se evada. Pero en caso de que resulte del proceso verbal que el acusado es de carácter impetuoso y arrebatado, que es ágil, sagaz y robusto, se ha juzgado que el presidente encargado de la policía de la audiencia tiene el poder de emplear todo medio de sujeción que el buen orden y la seguridad de los asistentes hicieran indispensable, aun cuando tuviera que poner esposas al acusado (Sent. deneg. de 7 de Octubre de 1830). Más difícil es aprobar otra decisión (Sent. deneg. de 2 de Enero de 1857), que dió validez á un procedimiento en que se habían quitado los grillos al acusado después de leerse el acta de acusación, porque si pudo dejarse al acusado libre de toda sujeción desde este momento, ¿por qué no había de poder dejársele desde el instante de su comparecencia?

398. Antes de abrir los debates, el presidente pregunta al acusado su nombre, apellido, edad, profesión, residencia y el lugar de su nacimiento (art. cit., 310). No es esta la interrogación propiamente dicha, sino simplemente un medio de probar la identidad de la persona. El interrogatorio formal, que es la parte esencial de los debates, no puede tener lugar sino después de instalarse el jurado, de la lectura del auto de remisión y del acta de acusación, y de la citación de los testigos.

399. Si hay muchos acusados, determina el presidente los que deben ser primeramente sometidos á los debates, principiando por el principal acusado, si lo hay (Ibid., art. 334). La determinación de este orden puede tener sin duda una gran influencia en la dirección de los debates. ¡Pero apreciar cuál es el principal acusado, es entregarse á un examen que es enteramente de hecho! ¿Cómo podría el Tribunal de Casación, sin entrar en un orden de atribuciones que le es enteramente extraño, anular los debates con motivo de la decisión que hubiera tomado el presidente sobre este punto? ¡Háse, pues, reconocido que esta regla, á pesar de su utilidad, debe abandonarse enteramente al poder discrecional, y que se evade por su naturaleza de la comprobación del Tribunal de Casación (Sents. denegatorias de 3 de Mayo de 1834 y de 4 de Agosto de 1843).

El presidente puede, por lo demás, cuando teme que la presencia de ciertos acusados ejerza una influencia desfavorable en las contestaciones de sus coacusados, ordenar que se interrogue á algunos de ellos con separación, salvo advertir á aquellos á quienes se haya hecho retirar provisionalmente, de lo ocurrido en su ausencia. Esta medida la indica la ley con ocasión de la declaración de los testigos (Ibid., art. 317), de los que puede ser esencial aislar á los acusados (núm. 318). Pero existe absolutamente la misma razón respecto del examen separado de cada acusado; los coacusados son respectivamente testigos, los unos respecto de los otros. En último resultado, la *afrontación* de los acusados entre sí, lo mismo que su *confrontación* ó careo con los testigos, no tienen importancia sino en cuanto se dirigen á la manifestación de la verdad, y sería sacrificar el objeto al medio, no admitir excepciones necesarias en favor de esta manifestación.

400. En cuanto al modo como debe dirigirse el interrogatorio, la ley se remite á la ilustración del magistrado que preside los debates; prescribe solamente que se presenten al acusado todas las piezas relativas al delito y que pueden servir para probarlo é interpelarle á declarar si las reconoce (Ibid., art. 329). La presencia de los objetos mismos que han servido para perpetrar el crimen ó de los despojos de la víctima, puede obrar en su conciencia y ocasionar una revelación. Si ignora el idioma, se le debe nombrar un intérprete, como se hace respecto de los testigos (1). (Ibid., art. 332.) El presidente debe tomar esta medida de oficio, siempre que le parezca que el acusado no entiende suficientemente la lengua del pais en que se sigue el procedimiento; pero si no hay reclamación alguna ni por parte del acusado ni por la de su defensor, se presume haber podido seguir útilmente los debates según lo ha decidido el Tribunal de Casación, especialmente el 12 de Mayo de 1855 * (Cpr. Cas. 12 de Agosto de 1885). * Igual asistencia necesita el sordo-mudo (Ibid., art. 333). Por último, es evidente que si los testigos no deben leer ningún proyecto ó borrador escrito (Ibid., art. 317),

(1) Una jurisprudencia deplorable, pero conforme con la letra de la ley, que solo llama al intérprete (art. 332 citado) á traducir los *discursos que hay que transmitir* entre el acusado y los testigos, no exige que se consigne la traducción del auto de remisión y el resumen del acta de acusación (Sent. de 29 de Mayo de 1850). Así, pues, sería de desear que se aplicase á todas las causas concernientes á personas que no entienden el idioma, la disposición del art. 68 de la Ordenanza de 26 de Septiembre de 1842, que prescribió un análisis sumario en lengua árabe, realizado por un intérprete juramentado, de toda notificación hecha á un musulmán en la Argelia.

debe ser lo mismo con más razón respecto del acusado, en quien ha de despertar el interrogatorio recuerdos enteramente personales. Pero no conviene confundir con las respuestas redactadas anticipadamente las que da inmediatamente por escrito en la audiencia el sordomudo que sabe escribir (Ibid., art. 333), respuestas que si bien no son verbales no por eso dejan de ser menos espontáneas. La ley tiene razón en preferir estas respuestas por escrito, cuando pueden obtenerse, al lenguaje por gestos ó ademanes, cuya interpretación puede no ser perfectamente exacta. Y en el caso de que un extranjero supiera francés sin poder hablarlo, nos inclinaríamos á concederle igualmente la facultad de contestar por escrito. Conviene evitar el empleo de personas intermedias, y poner al acusado en relación inmediata con sus jueces.

401. Detengámonos un instante en el carácter general que debe tener el interrogatorio, bien sea público ó secreto. El juez que lo dirige debe conducirlo con habilidad para conseguir insensiblemente una confesión que el acusado no tenía intención de hacer, pero que resulta forzosamente de las circunstancias sucesivamente acreditadas contra él; mas esta habilidad no debe degenerar en dolo. Procede, pues, proscribir esas preguntas capciosas, equívocas, que hacen decir al acusado lo contrario de lo que quiere. No existe confesión desde que la declaración hecha en juicio no es la libre expresión del interrogado. Tender lazos á un acusado es organizar contra él un verdadero tormento moral. Ciertas legislaciones, como la ley penal de Baviera (art. 267, núm. 4), anulan la confesión que se obtiene á consecuencia de preguntas capciosas; pero esta nulidad es difícil de aplicar. ¿Cuál es el límite en que terminan las preguntas lícitas, y en qué comienzan las preguntas capciosas? El único remedio verdaderamente eficaz contra este peligro se halla en la publicidad del interrogatorio y en la asistencia á los debates de un defensor. Si hay quejas á veces, con razón ó sin ella, sobre la manera como se ha practicado el interrogatorio por el juez de instrucción, no pueden elevarse las mismas quejas en cuanto á los debates, donde todo acontece á vista del público, donde se deja toda latitud á la defensa; y sólo por el resultado de los debates debe formarse la convicción del jurado.

En cuanto á la compostura que debe observar frente á los acusados el juez que les interroga, no se le puede dar mejor consejo que decir con Callistrato (l. 19, § 1.°, D. *De off. præsid.*): *Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos quos malos putat, neque precibus calamitosorun in lacrymari oportet; id enim non est constan-*

tis et recte judicis, cujus animi motum vultus detegit. Et summatim ita jus reddet, ut auctoritatem dignitatis ingenio suo augeat.

402. Conviene observar que si la legislación moderna no ha permitido que la declaración del acusado tuviera por sanción el juramento, menos se debe admitir que pueda alcanzar penalidad alguna á quien no vendió la verdad sino para sustraerse á un grave peligro; lo cual se reconocía ya antiguamente, aunque hubiera en tal caso perjurio, según la antigua práctica. En su consecuencia, no podría constituir el crimen de falso testimonio la falsedad de sus respuestas (Cas., 22 de lluvioso, año XI). Más aún: el simple hecho de haber contestado y firmado con un nombre falso, no siendo más que el ejercicio del derecho de su defensa, no puede constituir falsedad (Cas. 29 de Abril y sent. den. de 1.° de Septiembre de 1826). De otra suerte sería, si el acusado hubiera tomado el nombre de una persona determinada, de manera que hiciese recaer moralmente sobre ella el peso de la condena, según lo ha decidido con mucha razón el Tribunal de Casación (Cas. 12 de Abril de 1855; sent. denegatoria de 1.° de Julio de 1858). Aunque haya dicho Cicerón *(pro Milone): Omnis est honesta ratio conservandæ salutis*, nunca podrían llegar las inmunidades de la defensa hasta causar el más grave perjuicio á otro.

403. Suscítase una cuestión más delicada, y es, saber si se debe considerar como legalmente sujeto á la fe del juramento al testigo, que sin ser actualmente acusado, puede comprometerse si revela la verdad. En favor de la afirmativa, se hace valer la consideración de que el testimonio falso supone la intención de causar perjuicio á otro, mientras que quien es verdaderamente parte en la causa no dice una mentira ó falsedad, sino en favor de su defensa. Pero el Tribunal de Casación juzga constantemente (Cas. 27 de Agosto de 1824; sents. denegs. de 22 de Abril y 23 de Diciembre de 1847), que no puede dispensarse al testigo por ninguna consideración personal de los deberes sagrados que impone el juramento. Esta doctrina rigurosa nos parece exacta desde que se prestó juramento; solamente le pertenece al poder discrecional autorizar con conocimiento de causa á los que se encuentran en semejante posición para dar simples noticias (V. el núm. 326), ó aun para abstenerse (Burdeos, 6 de Junio de 1851), según el principio admitido en el derecho común inglés (M. Greenleaf, tom. 1.° págs. 587 y siguientes). En todos los casos la antigua jurisprudencia, según relata de Jousse *(Justicia criminal*, tomo 3.°, pág. 434), castigaba con una pena menos grave que la ordinaria del testigo falso, al que decla-

raba falsamente en una causa en que tenía interés, y en el día, el jurado podrá siempre aplicar en semejante hipótesis el beneficio de circunstancias atenuantes.

*** Véase nuestra nota al núm. 369.—*(N. de la R.)*

SEGUNDA CLASE DE CONFESIÓN

Confesión tácita.—Juramento decisorio.

SUMARIO: 404. Confesión tácita, inadmisible en lo criminal.—405. Confesión tácita en lo civil.—Juramento decisorio.—406. Del juramento en general.—407. Juramento promisorio.—408. Juramento *afirmativo, decisorio ó suplctorio.*

404. La conducta de una parte puede ser tal, que implique reconocimiento del hecho alegado contra ella, aunque no haya confesión formal por su parte. Por eso, en Roma, se consideraba al que había transigido por dinero con la parte adversa, como habiendo hecho la confesión del hecho que se le imputaba. *Intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*, dice Paulo. (L. 5.°, D. *De his qui bon. not. inf.)* Sin embargo, esta decisión sólo se aplicaba á las acciones privadas y á las acusaciones no capitales. Cuando la acusación era capital, podía tener lugar la transacción por temor de una condena injusta: *In capitalibus criminibus*, dice Ulpiano (l. 1.°, D. *De eor. qui ant. sent.*), *à principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corrupit; sed in his demum quæ pœnam mortis continent: nam ignoscendum censuerunt ei qui sanguinem suum qualiter redemptum voluit*. En el día, es evidente que en materia criminal no puede la confesión tácita tener una fuerza que se rehusa á la confesión formal. Una tentativa de soborno respecto del Ministerio público ó de la parte civil, no constituiría más que un indicio grave contra el acusado. La apreciación de circunstancias de esta naturaleza se deja enteramente al juez en materia criminal. Asimismo, el silencio tenaz del acusado en vista de las acusaciones más graves puede sin duda perjudicarle, pero no tiene contra él un efecto absoluto. Ya lo hemos dicho, los rigores que se ejercían en otro tiempo contra el *mudo voluntario*, no existen ya en el derecho actual, y el juez debe suplir los medios de defensa aun del mismo que hubiera renunciado completamente á defenderse. Esta doctrina es al menos incontestable dentro del sistema inquisitorial, que ha prevalecido entre nosotros en cuanto á la instrucción criminal. Al contrario, en lo civil, en que ordinariamente el procedimiento es *requisitorial*, el juez no se halla obligado á defender á la parte que aban-

dona ella misma su causa, y la ley puede ver muy bien en este abandono una confesión tácita.

405. A veces el legislador deja al juez la facultad de tener por reconocidos los hechos, solamente porque el demandado (1) no ha querido prestarse á lo que se exigía de él, y ya hemos visto, en efecto, que no avanza más el Código de procedimiento (art. 330) en lo relativo al interrogatorio sobre hechos y artículos. Pero en muchas otras hipótesis, la negativa á contradecir las alegaciones del adversario se considera como una confesión, que los jueces no tienen libertad de admitir ó de desechar. Ya veremos que esto es lo que se verifica en el cotejo de escrituras; puesto que el escrito sobre cuya exactitud no quiere explicarse su poseedor se considera como reconocido por éste (*Cód. cit.*, art. 194). El caso más notable tal vez de confesión tácita, es el que resulta de la negativa de prestar ó de deferir el juramento decisorio. Así, la delación del juramento se ha asimilado siempre al interrogatorio, con el cual tiene una gran afinidad, puesto que propende igualmente, aunque de una manera solemne, á apelar de él á la conciencia del adversario.

406. Pero antes de hablar especialmente del juramento decisorio, demos algunas nociones preliminares sobre el juramento en general.

El juramento es el acto de tomar por testigo á la Divinidad (2) en apoyo de una declaración del hombre. Dando una gran importancia al juramento, nuestra legislación, á que se ha acusado á veces de atea, profesa implícitamente, pero de un modo muy formal, la creencia en la existencia de Dios y en la inmortalidad del alma (3). Si algún día llegaran á prevalecer las doctrinas materialistas ó *positivistas*, no habría otro medio de fortalecer la declaración del hombre que apelar á su *honor*. Pero el honor supone cierta educación, por lo que no afecta sino á determinadas clases de

---

(1) Se trata del demandado en el incidente, que podría ser muy bien el demandante primitivo. Así, cuando persigo á uno en virtud de un documento y este lo redarguye de falsedad, hago en este procedimiento incidental el papel de demandado.

(2) Hay juramentos que no se dirigen á la Divinidad; así los habitantes de Sumatra juran por las osamentas de sus padres; los árabes por la velocidad de sus corceles, y por el viento que sopla de la montaña. Pero el juramento judicial de los pueblos civilizados se dirige siempre á Dios.

(3) * Es dudoso que el juramento, salvo cuando se trata del de los jurados, tenga una significación religiosa. Volveremos sobre esta cuestión y sobre los incidentes recientes suscitados por los testigos ó jurados, que se han negado á prestar juramento bajo pretexto de atentar á la libertad de conciencia, en el núm. 423 duplicado. *

la sociedad, al paso que la religión habla á todos el mismo lenguaje.

Este testimonio de la creencia de los pueblos en una Justicia suprema se encuentra en todos los países y en toda época. Pitágoras llegaba hasta pretender que el mundo debía su origen á un juramento que Dios mismo hubiera prestado de toda eternidad, y cuyo cumplimiento fuera la creación (1). Mas desgraciadamente se ha abusado también en todo tiempo del juramento, y la apelación á la Divinidad se ha convertido en una nueva arma para el fraude. Esto explica por qué el Evangelio está lejos de ser favorable al uso del juramento: *Ego autem dico vobis non jurare omnino... sit autem sermo vester: Est, est; non, non: quod autem his abundantius est, à malo est.* (S. Math., cap. 5.°, vers. 34 y 37). Pero esta prescripción ha sido muy mal observada. La influencia del cristianismo en la legislación romana no hizo más que multiplicar los juramentos; sabido es cómo se han prodigado en la Constitución de Justiniano, que obliga á las dos partes, así como á los abogados, á prestar juramento al principio de cada proceso. (Just., l. 2.°, Cód. *De jurej. propt. calumn.)* Los pueblos modernos han recurrido también mucho más frecuentemente á esta garantía, que pierde toda su eficacia cuando se hace vulgar, y por decirlo así, de estilo ó de fórmula.

407. Según que la declaración del hombre se refiere á lo pasado ó al porvenir, el juramento es *afirmativo* ó *promisorio*. Aquí sólo debemos ocuparnos del juramento afirmativo. Si puede comprenderse en la materia de que tratamos el juramento promisorio, es cuando se refiere al modo de practicarse la prueba. Así es, que hemos determinado especialmente (núms. 118, 272 y 325) el que prestan los peritos y los testigos. Hemos visto igualmente que el antiguo derecho exigía el juramento de la parte, bien fuese antes de producir el interrogatorio, bien en lo civil, bien en lo criminal; pero que esta odiosa exigencia fué abolida por nuestra legislación moderna (núms. 371 y 393). Lo que vamos á decir en cuanto á la forma del juramento afirmativo, es directamente aplicable á la forma del juramento promisorio. En cuanto al fondo, es evidente que el juramento promisorio no se dirige á probar nada, sino solamente á contraer un compromiso para el porvenir, compromiso que

(1) Compréndese bien que esta explicación, como la mayor parte de las que da la filosofía sobre el misterioso problema del origen del mundo, es más oscura que el hecho mismo que hay que explicar.

no tiene generalmente importancia en nuestro derecho sino en cuanto se trata del ejercicio de ciertas funciones (1).

408. El juramento afirmativo puede deferirse por una de las partes á la otra, ó bien por el juez á la parte que estime más digna de fe. En el primer caso, se le llama *decisorio,* porque basta por sí sola la delación del juramento para terminar el proceso. En el segundo caso, se le llama *supletorio,* porque el juramento deferido por el juez no hace más que completar una prueba preexistente. El juramento afirmativo se califica por el Código civil (art. 1357) de juramento *judicial,* porque es el que se defiere más frecuentemente en juicio. Pothier es más exacto, cuando reserva el nombre de *juramentum judiciale* al juramento supletorio que exige necesariamente la intervención del juez, mientras que la delación del juramento decisorio puede ser extrajudicial. Aquí sólo trataremos del juramento decisorio, el cual se refiere á la confesión, como emanando por lo común (2) de la parte que tiene interés en negar los hechos objeto del litigio.

Por el contrario, uniremos al tercer medio de prueba oral, á la declaración del demandante, el juramento supletorio, que tiene un carácter especial, puesto que frecuentemente se defiere al mismo demandante, llamado á dar testimonio en su propio interés.

Usándose sólo en lo civil la delación del juramento, á diferencia del interrogatorio, nuestras explicaciones sobre esta parte versarán exclusivamente sobre las materias civiles; explicando sola-

---

(1) En Roma el juramento promisorio, añadido á convenciones ordinarias, excluía la restitución por entero á favor de los menores de 25 años. *Neque perfidiæ, neque perjurii auctorem me tibi futurum spērare debuisti,* responde Alejandro Severo (l. 1.°, Código *Si adv. vend.*) en un caso de esta naturaleza. Por juramento se obligaban también los manumitidos á prestar ciertos servicios á sus patronos. En la Edad Media, el juramento añadido á la declaración que se contenía en una acta escrita, atraía la jurisdicción eclesiástica. En el día, el juramento promisorio no tiene ningún efecto en el derecho privado. Encuéntrasele, sin embargo, aplicado en el art. 603 del Código civil, que sujeta ú obliga al usufructuario, cuando se le abandonan ciertos bienes muebles para su uso personal, si no puede suministrar verdadera fianza, á caucionarse ó afianzarse él mismo por medio de su juramento *(caucion juratoria).*

(2) Decimos *por lo común,* porque, en efecto, casi siempre será el demandante en cuanto al objeto principal del litigio, ó el demandado convertido en demandante en cuanto á sus medios de defensa, quien exigirá que jure el adversario interesado en negar. Sin embargo, podría acontecer lo contrario. Quien solo se defiende, podría, para abreviar el pleito, deferir el juramento al demandante. Pero esto ocurrirá raras veces, porque sería preciso estar muy mal aconsejado para suministrar á su adversario un medio tan fácil de triunfar.

mente después por qué han desechado los pueblos modernos en materia criminal el juramento decisorio.

*** Véase la nota al núm. 417.—*(N. de la R.)*

SECCIÓN PRIMERA

USO DEL JURAMENTO DECISORIO EN LO CIVIL

SUMARIO: 409. Carácter del juramento decisorio. División.

409. El juramento decisorio ofrecido y aceptado constituye una verdadera transacción; *speciem transactionis continet*, dice Paulo. (L. 2.°, D. *De jurej.)* Pero este género de transacción se diferencia de las transacciones ordinarias en que hay obligación, respecto de la parte á quien propongo tener confianza en su palabra, de aceptar mi ofrecimiento ó de confesar la justicia de mis pretensiones. Debe confesarse, sin embargo, que este modo de cortar la dificultad está lejos de ser siempre satisfactorio, y que la práctica americana que, sin rechazar el juramento decisorio, previene por lo común su empleo por medio de la interrogación de las partes *in limine* (M. Greenleaf, tom. 3.°, página 433), ofrece formales ventajas. Trataremos, pues, sucesivamente de la delación del juramento, del modo de prestarlo y del efecto del juramento prestado: finalmente, hablaremos de la confesión tácita, que lleva consigo la negativa de prestarlo ó de deferirlo.

§ I.—Delación del juramento.

SUMARIO: 410. En qué materias puede tener lugar esta delación.—411. ¿Es admisible en materia administrativa?—412. Casos en que se trata de hechos personales.—413. La delación del juramento decisorio, ¿se halla subordinada á la apreciación del juez?—414. ¿Ante qué jurisdicción puede tener lugar?—415. Delación extrajudicial.—416. Capacidad que se requiere para deferir el juramento.—417. Delación del juramento cuando se trata de un ser moral.

410. El juramento, lo mismo que el interrogatorio, no se presta en manera alguna á la arbitrariedad ni al fraude, puesto que se dirige al mismo demandado, llamado á decidir en su propia causa. Así, el Código civil (art. 1358), quiere que pueda deferirse el juramento decisorio *sobre alguna especie de contestación, cualquiera que sea*, es decir, en materia real ó personal y cualquiera que sea el valor del litigio (Ibid., arts. 1358 y 1360). Añadamos, como respecto del interrogatorio sobre hechos y artículos (núm. 373), aun cuando fueran los hechos de tal naturaleza que perjudicasen á quien los confesara.

Pero la disposición del art. 1358 no es absoluta; de otra suerte, destruiría toda la economía de nuestro derecho. Así, el que tiene en su favor una prueba legal, como la que resulta de una escritura auténtica (Comp. *Cód. ital.*, art. 136), no estará obligado á jurar que es fundada su pretensión, salvo al adversario redargüir de falsa dicha escritura, y deferir entonces el juramento en este procedimiento, si lo juzga á propósito. No obstante, es preciso distinguir, como veremos más adelante, los hechos atestiguados por el notario, y los que solamente se le han declarado. Por eso el tribunal de Grenoble admitió el 10 de Julio de 1806 la delación del juramento sobre la sinceridad del precio de una cesión, no obstante hallarse declarada por una acta pública. Asimismo, muchas decisiones judiciales han permitido deferir el juramento sobre la simulación de pago, aun cuando no se alegase complicidad alguna del oficial público (1). Creemos, pues, que el tribunal de Montpellier avanzó demasiado, el 25 de Junio de 1819, rechazando de un modo absoluto la delación del juramento sobre todo lo que se halla declarado en una escritura auténtica, mientras que, por el contrario, el tribunal de Turín, no hizo bien en admitir, sin distinción alguna, el 10 de nevoso, año XIV, la aplicación del art. 1358 á las actas ó documentos auténticos.

Con más razón, no se permite deferir el juramento á quien invoca la autoridad de la cosa juzgada (Sent. deneg. de 22 de Agosto de 1822). En sentido inverso no se podría suplir por la delación de un juramento la falta de un acta solemne, tal como el contrato de matrimonio (Cas. de 21 de Julio de 1852) ó una donación entre vivos (Pau, 24 de Agosto de 1870). Asimismo, la facultad de deferir el juramento no podría extenderse á las materias electorales. Así lo ha juzgado el tribunal de Nancy, el 21 de Junio de 1830, en el sistema de censo electoral, en cuanto á las contestaciones sobre la propiedad real de los inmuebles atribuídos á un elector por la Administración; y lo que debería deducirse aun hoy día, en cuanto á la consignación del domicilio electoral, en un sistema que sólo exige condiciones de edad y de domicilio. En otro orden de ideas, el Tribunal de Casación (Sent. deneg. de 1.° de Mayo de 1849) no ha permitido á un procurador deferir el juramento á su cliente sobre las costas que á aquél se le debían por no haber producido el libro que deben tener y presentar en juicio los procuradores (Tarifa

(1) El art. 296 de la costumbre de Bretaña, aboliendo la excepción de *dinero no contado* (V. núm. 46), permitía, no obstante, requerir el juramento del acreedor.

del 16 de Febrero de 1807, art. 151). Aun es menos dudoso, que en las materias en que no hace prueba la confesión, como en la cuestión de separación entre los esposos (*Cód. de proc.*, art. 878), no es permitido tampoco hacer depender el éxito del proceso de una prestación de juramento (Grenoble, 19 de Julio de 1838). Pero ¿deberá decirse lo mismo respecto de las cuestiones de estado propiamente dichas, en lo concerniente á la filiación? La ley, es verdad, no prohibe expresamente la transacción en estas materias, como la prohibe en las que se refieren al estado de los esposos; pero refiriéndose á la filiación intereses no menos graves, conviene que se manifieste la verdad, y por eso ha decidido con razón la jurisprudencia (Cas. 12 de Junio de 1838 y 27 de Febrero de 1839), que no se puede transigir sobre reclamaciones de esta clase, que son declaradas por la ley no susceptibles de compromiso (*Cód. de proc.*, artículo 1004) y aun imprescriptibles (*Cód. civil*, art. 328). En su consecuencia, el juramento decisorio no puede deferirse sobre la paternidad, ni aun sobre la maternidad, aunque se ha admitido sobre este último punto la afirmativa por el tribunal de Rennes el 16 de Diciembre de 1836. El caso sobre que recayó esta sentencia era, no obstante, muy desfavorable, puesto que se trataba de deferir el juramento á una joven soltera, para saber si era ella la madre de un hijo natural. Obligarla á jurar de esta suerte sin tener contra ella un principio de prueba por escrito era violar el art. 341, que no permite atacar tan bruscamente el honor de una soltera ó de una viuda. Habiéndose recurrido en casación contra esta sentencia, fué admitido el recurso; pero la recurrente, fatigada con las dilaciones judiciales, dió fin al proceso, prestando el juramento que se le exigía. Sin embargo, no es casi permitido creer, según el espíritu de la jurisprudencia del Tribunal de Casación, que hubiera llegado á deferirse impunemente á la sala civil una sentencia tan escandalosa.

* El Tribunal de Casación ha tenido que pronunciarse sobre esta cuestión el 23 de Noviembre de 1885. Tratábase de una instancia para investigar la maternidad en interés de un menor. Pretendía el tutor que la otra parte debía prestar juramento para saber si no había llegado á su conocimiento que el menor tenía por madre á Fulana de Tal. El Tribunal de Casación no admitió semejante modo de prueba, basándose sobre la idea de que el juramento decisorio implica la de un convenio del que el estado de las personas no puede ser materia, según los términos del art. 1128 del Código civil (Cas. de 23 de Noviembre de 1885). *

Finalmente, no siempre es posible deferir el juramento contra una presunción legal. Al tratar de las presunciones examinaremos la delicada cuestión que se suscita sobre la admisibilidad de la confesión ó del juramento, cuando se trata de combatirlas *(Cód. civil*, art. 1352).

411. ¿Puede deferirse el juramento decisorio ante la jurisdicción administrativa? No existe sobre este punto ningún texto legal, y todo lo que conviene examinar es si se opone la naturaleza de las cuestiones administrativas á la prestación del juramento. Lo más frecuente sin duda es que los intereses en litigio toquen al orden general de la sociedad y, en su consecuencia, no sean susceptibles de transacción. ¿Pero sucede siempre así? Existe sobre este punto una sola sentencia, dada por el Consejo de Estado el 29 de Noviembre de 1851, que declara de un modo absoluto, «que los arts. 1358 y siguientes de Código civil, relativos al juramento decisorio, no se aplican más que á las contestaciones llevadas á los tribunales; que n nguna disposición legal ha extendido sus efectos á la jurisdicción administrativa, y que motivos de orden público se oponen á que semejante juramento sea deferido ante esta jurisdicción.»

No obstante haberse aprobado tal decisión sin restricción alguna, por la grave autoridad de M. Dufour *(Derecho administrativo*, tomo 2.º, núm. 348), no nos parece conforme á la razón. ¿Por qué había de rechazarse *à priori* el juramento, cuando admite la ley (decreto de 22 de Julio de 1806, art. 14) el interrogatorio, que presenta una gran afinidad con el juramento? Decir que se oponen motivos de orden público á la delación del juramento, ¿no es generalizar *id quod plerumque fit*, como cuando se dice (V. el núm. 148), que es siempre admisible la prueba testimonial ante los tribunales criminales? En el caso de 1851, se trataba de una controversia de puro interés privado, entre concesionarios de trabajos públicos y de particulares, es decir, entre partes dueñas de sus derechos, y creemos, como M. Lebon, en su anotación sobre la sentencia de 1851, que el Consejo de Estado se dejó arrastrar á una decisión mucho más absoluta. La cuestión es, por otra parte, demasiado grave para que se pudiese considerar la jurisprudencia del Consejo como fijada por una sola sentencia.

412. La ley misma consagra una excepción importante al principio de que el juramento puede deferirse para toda clase de contestación ó controversia. Esta delación es, como el interrogatorio, un llamamiento á la conciencia de la parte á quien se dirige. Pues bien: este llamamiento no puede ser formal sino en cuanto se

trata de un hecho personal á esta parte (Ibid., art. 1359). Por eso se decía en Roma (Paulo, sent. 2.ª, tít. 1.º, § 4.º): *Hæredi ejus cum quo contractum est, jusjurandum deferri non potest; quoniam contractum ignorare potest.* Quintiliano dice igualmente *(Inst. orat.*, l. 5.º, cap. 9.º): *Nisi facti res est ea, quam credibile sit notam ipsi non esse.* Pothier reconoce igualmente esta excepción *(Oblig.*, núm. 913): «Lo que no es un hecho mío, dice, es un hecho del difunto, que no estoy obligado á saber. Pero es uso entre nosotros, que en este caso, se me pueda deferir el juramento sobre el hecho de si tengo conocimiento de que el difunto debiese la suma demandada; porque en este caso, no se me defiere el juramento sobre el hecho de la verdad, sino sobre el hecho del conocimiento que se pretende que tengo de la deuda, que es hecho mío propio.» Este juramento se ha autorizado en los estatutos de Milán de 1498: *Si vero fuerit heres vel successor etiam singularis* (Stat. 95), *sufficiat jurare de credulitate, ipsum debitum esse solutum.* La práctica moderna autoriza igualmente el juramento de *credibilidad*, admitido por el relator del Tribunado, y que volvemos á encontrar en el texto del Código en materia de prescripción de breve tiempo; cuando los herederos invocan una prescripción de esta naturaleza, el acreedor puede exigir de ellos una declaración jurada, que se dirige, no sobre el origen de la deuda, hecho que no les es personal, sino sobre si tienen algún conocimiento de que su autor haya contraído alguna deuda *(Cód. civil*, art. 2275). Esta decisión se halla en armonía con la distinción establecida, para los escritos privados, entre el pretendido firmante, que debe reconocer ó desconocer su letra, y el habiente-causa, que puede limitarse á declarar que no conoce el escrito de su autor *(Cód. civil*, art. 1323). El juramento de credibilidad, ¿puede deferirse igualmente al tutor en nombre del menor? El Código civil (Ibid.) lo decide en materia de prescripciones de breve tiempo; pero no debe generalizarse esta decisión, puesto que el tutor, á diferencia de la viuda ó del heredero, no tiene capacidad de disponer de los derechos de aquel á quien representa (Colmar., 23 de Agosto de 1859). Solamente en el caso en que se trate de objetos, tales como las rentas de que tiene el tutor la libre administración, puede deferírsele el juramento de credibilidad, puesto que se podría también deferirle el juramento decisorio ordinario.

* El art. 1359, relacionado con el 2275, ha originado una cuestión que trae divididos á los autores. ¿Se debe considerar el artículo 1359 como estableciendo una regla absoluta, la cual no ha sido

derogada más que en los casos limitativamente determinados por el art. 2275? Esto es lo que opina M. Laurent *(Principios de derecho civil*, t. 20, núm. 249). La mayor parte de los autores, por el contrario, así como la jurisprudencia, creen que es preciso generalizar la decisión contenida en el art. 2275, y si bien este artículo no se refiere más que á las prescripciones cortas, debe admitirse el juramento de credibilidad que él consagra en toda clase de materias, con tal que no se salga del círculo de las personas que indica (Aubry y Rau, *Dr. civ. fr.*, 4.ª edic., t. 8.°, § 753, texto *c*, nota 22). Y en efecto, cuando se trata de las viudas y herederos, no es posible afirmar que se encuentran en ignorancia absoluta respecto de los negocios de la persona fallecida. Sin duda en ciertos casos puede ser así, mas los tribunales tomarán entonces de su poder discrecional el derecho de rechazar la dilación del juramento decisorio. (V. Cas. civ. 17 de Julio de 1876.) Pero no iremos más lejos por este camino, y no podemos admitir la opinión más amplia de M. Larombiere *(Oblig.*, t. 5.°, art. 1359, núm. 12), según el que es suficiente que el hecho personal acerca del que el juramento se ha deferido sea de tal naturaleza, que produzca consecuencias jurídicas con relación á la persona á quien se defiere. En este caso, en efecto, no se puede apoyar ya en los motivos especiales que hemos hecho valer á propósito de las viudas y herederos mayores de edad. *

Si se tratase de un hecho personal á aquel á quien se defirió el juramento (1), no le sería lícito, en principio, limitarse á prestar el juramento de credibilidad. No es esto decir que no pueda acontecernos olvidar hechos en que hemos sido nosotros mismos actores; pero este olvido es poco probable cuando se trata de circunstancias importantes que han debido fijar nuestra atención. Así, se decidiría entre nosotros lo que decidió el tribunal de Bruselas el 22 de Abril de 1819, que hay insuficiencia en el juramento de un cervecero que afirma *que ignora haber hecho destilaciones* contra lo prescrito por los reglamentos. Pero es admisible el olvido en casos excepcionales: así es, que el tribunal de Besançon, en 22 de Febrero de 1856, admitió á un mandatario que afirmara bajo juramento no haberse acordado de sentar en sus cuentas ciertos artícu-

(1) Los provisoratos defieren aún el juramento sobre cuestiones personales muy delicadas: así, en una causa sobre nulidad de matrimonio juzgada en el tribunal del Sena (el 17 de Mayo de 1861), se ha citado el juramento prestado sucesivamente y en sentido contrario al provisorato de París, por el marido y por la mujer sobre el hecho de la consumación del matrimonio.

los (1). En un caso más reciente, el mismo tribunal no ha querido, por el contrario, admitir la negación de juramento por falta de memoria (1.° de Abril de 1862); al desestimar la apelación presentada contra esta última sentencia (8 de Junio de 1863), parece que el Tribunal Supremo quiere dejar á los jueces del hecho su entera libertad de apreciación.

413. Es verdad que en Roma podía deferirse el juramento decisorio á falta de toda clase de pruebas; *omnibus probationibus aliis deficientibus*, dice Paulo (l. 36, pr., D. *De jurej.*). Sin embargo, en otro tiempo, muchos doctores, especialmente Bartolo, sostenían que el juramento decisorio, lo mismo que el juramento supletorio, no podía deferirse á falta de un principio de prueba. Su principal argumento consistía en decir que no debía permitirse, sin ningún objeto, obligar á una persona timorata á prestar un juramento que puede repugnar á su conciencia. Estrechados en el terreno de las leyes romanas, hacían observar que había en Roma cierta garantía á favor del demandado en el juramento de *calumnia* que debía prestar cada una de las partes antes de sostener el pleito. (Gayo, *Comm.*, l. 4.°, § 126; Just., *Inst.*, § 1.° *De pœn. temp. litig.*) La opinión contraria, seguida por Cujas *(Observ.*, 22, 18); por Vinio *(Select. quæst.*, 1.°, 42), y por Pothier *(Oblig.*, núm. 914), se halla igualmente consagrada por el texto del Código civil, que autoriza la delación del juramento, aunque no exista ningún principio de prueba de la demanda ó de la excepción sobre que se provoca. «Aquel á quien se defiere el juramento, dice la exposición de motivos, no se considera que sufre un perjuicio porque se le pida que declare la verdad.» Esto mismo ha decidido el Código de procedimiento de Austria (§ 265). En último resultado, el juramento de calumnia era muy débil garantía (como todo lo que es de puro estilo), y el que se queja de una demanda vejatoria tiene un recurso mucho más eficaz, el de formar una demanda reconvencional por indemnización de daños y perjuicios.

Solamente es preciso que los hechos sobre que se defiere el juramento sean concluyentes (Sents. den. de 6 de Mayo de 1834 y de 9 de Noviembre de 1846). Por toda *especie de contestación* debe entenderse toda controversia susceptible de llegar á un resultado serio. Pero cuando no se ha negado que sean los hechos concluyen-

(1) Tal es igualmente la trascendencia de la fórmula autorizada en Austria, según las circunstancias (*Cód. de proc.*, § 269): *En tanto cuanto tengo conocimiento y memoria.*

tes, es una arbitrariedad, á nuestro juicio, que diversas decisiones judiciales (V. especialmente Den. 17 de Noviembre de 1863 y 19 de Abril de 1870) hayan atribuído á los Tribunales un poder discrecional para admitir ó desechar la delación del juramento. A las partes y no á los magistrados es á quienes concede la ley la facultad de deferir el juramento decisorio. (En este sentido, Nimes 24 de Marzo de 1852; Bastia, 12 de Abril de 1864.) Si el art. 120 del Código de procedimiento supone una sentencia que ordena el juramento y enuncia los hechos sobre que debe recibirse, es porque este artículo se coloca en la hipótesis de que se suscite una dificultad previa sobre la admisibilidad del juramento, por razón, sea de la materia, sea de la capacidad de las partes. De otra suerte, es constante que la prestación del juramento puede ser espontánea.

Ciertas sentencias (Den. de 15 de Marzo de 1852; Burdeos, 22 de Agosto de 1871) han tratado de ladear la dificultad, transformando el juramento decisorio en juramento supletorio, en casos en que la delación del juramento no había tenido lugar sino subsidiariamente, y entrando así en la hipótesis de que pertenece al juez decidir si debe deferirse el juramento (*Cód. civil*, arts. 1366 y 1367). Pero si el juramento supletorio exige un principio de prueba, es una suposición enteramente gratuita exigir la falta absoluta de pruebas para validar la delación del juramento decisorio. Cuando se dice que se defiere este juramento *omnibus probationibus aliis deficientibus* (Paulo, l. 35, pr., D. *De jurej.)*, se habla solamente de lo que acontece con más frecuencia, puesto que según los términos del Código civil (art. 1360), el juramento decisorio puede ser deferido *en cualquiera estado de la causa;* puede serlo subsidiariamente con otros medios de prueba, y nada nos autoriza á separarnos de la clasificación establecida por el legislador, cuando al tratar sucesivamente del *juramento decisorio* y del *juramento deferido de oficio,* coloca sin duda alguna en la primera categoría todo juramento deferido por uno de los litigantes á la parte contraria. No obstante, en sentido inverso puede desecharse la delación del juramento, cuando la demanda, en apoyo de la cual se invoca, está suficientemente justificada (Sent. den. de 6 de Agosto de 1836). En Austria una decisión de 19 de Junio de 1847 dejó al tribunal la facultad de decidir si la delación del juramento debe tener lugar subsidiaria ó acumulativamente.

* La jurisprudencia persiste en su idea de que los tribunales tienen un poder discrecional para admitir ó desechar la delación del juramento decisorio (V. Cas. 11 de Marzo de 1884). Una de las

consideraciones que parecen impulsarla, es el abuso que pudiera hacer del juramento decisorio una parte que litigara de mala fe, bien transformándole en un puro medio de vejamen, bien sirviéndose del mismo para prolongar el litigio. Es preciso añadir que no es posible tratar el juramento de otro modo que como un medio de prueba ordinario. Pues bien: si nos colocamos bajo ese punto de vista, es difícil imponer al juez, cuando su convicción está formada, el que defiera un juramento que le parece absolutamente inútil. Esta es aquí, creemos nosotros, la consideración decisiva. (V., en sentido contrario, Colmet de Santerre, tomo 5.°, núm. 337 duplicado 5.°; Demolombe, tomo 30, núm. 614.) *

414. Del principio que el juramento puede ser deferido en cualquier estado de la causa, debe deducirse que puede verificarse su delación lo mismo en segunda instancia que en primera; pero no es lo mismo ante el Tribunal de Casación, donde no se trata ya de probar el hecho, sino del examen del derecho, al cual es inaplicable el juramento, lo mismo que la confesión (núm. 352).

415. La delación del juramento no produce efectos legales respecto del adversario, sino en cuanto se verifica en juicio. Nadie está obligado á consentir en una transacción extrajudicial (1). Y esto es exacto, aun cuando las partes se hallen ante el juez de paz en su juzgado de conciliación. Puede objetarse que, según los términos del Código de procedimiento (art. 55), si una de las partes defiere el juramento á la otra, el juez de paz debe recibirlo ó hacer mención de la negativa de prestarlo. Pero en esto no hay nada que suponga la obligación de jurar á requerimiento del adversario. Si se presta el juramento voluntariamente, el juez de paz da acta de su prestación, así como todo oficial público daría acta de un juramento que se prestase ante el, á consecuencia de un convenio que hace veces de ley entre las partes (*Cód. civil.*, art. 1134). En cuanto á la negativa de prestar el juramento, se prescribe que se mencione, pero no se dice que esta negativa deba ser decisiva contra la parte que no quiso jurar. Esta mención se transmitirá solamente al tribunal que entiende del negocio, quien podrá sacar de la conducta de esta parte inducciones más ó menos desfavorables contra ella (Sents. denegs. de 17 de Julio de 1819; Douai, 5 de Enero de 1854). Pero, según veremos, la fuerza de las simples presunciones está muy lejos de ser la misma que la de la confesión judicial.

(1) Esta transacción, poco frecuente en nuestras costumbres, lo era en Roma, puesto que el juramento prestado *extra jus* ó *extra judicium* daba lugar á una acción especial, llamada *jurisjurandi*. (Just., *Inst.*, § 11, *De action.*)

416. Para poder deferir el juramento es preciso ser capaz de transigir el pleito. Nos extralimitaríamos de nuestro objeto si examináramos hasta qué punto puede deferirse por un tutor, por un acreedor solidario, por un mandatario en general. Son éstas puras cuestiones de capacidad, cuyo examen en nada se refiere á la teoría de las pruebas, puesto que todo él está basado en el fondo del derecho. Los principios generales sobre las transacciones suponen igualmente, que la delación no debe ser el resultado del dolo, de la violencia ó del error. Si tal fuese su carácter, sería permitido revocar, no ya el juramento que se prestó, que es en sí mismo inatacable, sino el convenio á consecuencia del cual se prestó aquél. Así se establece claramente por Pothier *(Oblig.*, núm. 919), y no tiene apenas duda, al menos en lo concerniente á las causas ordinarias de nulidad de las convenciones. La cuestión adquiere otra gravedad cuando se quiere retractar el convenio que se propuso á la parte contraria, fundándose en causas enteramente especiales á las transacciones, por ejemplo, invocando un título nuevamente descubierto, que acredita la falta de todo derecho respecto de la parte que ha jurado *(Cód. civil*, art. 2057). Si nos fijamos en la idea de que deferir el juramento es transigir, nos inclinaremos á decidir que el descubrimiento del título desconocido debe invalidar la transacción, por hallarse desprovista de causa. Pero puede contestarse, que por exacta que sea en teoría la asimilación del juramento decisorio y de la transacción, esto no es más que un punto doctrinal, que no se halla en manera alguna formulado en la ley. Y como después de todo, hay algo más grave en volver sobre la convención celebrada entre las partes, cuando se trata de acreditar un perjurio, parece difícil trasladar á otro asunto la disposición favorable, pero exorbitante, del art. 2057 del Código civil. De otra suerte sería si se tratara de una pieza decisiva retenida por el adversario, pues entonces habría un dolo que estaría comprendido en las causas ordinarias de nulidad; y en efecto, sólo en esta última hipótesis permite Pothier (Ibid., núms. 916 y 919) revocar la delación del juramento por razón de haberse recuperado un título ó documento.

417. No se puede deferir el juramento, como se dirige el interrogatorio, á un ser moral, tal como un establecimiento público, porque el ser moral en sí mismo no podría considerarse como teniendo conciencia. En cuanto al agente, no puede por un juramento, como ni tampoco por una confesión *(Cód. de proc.*, art. 336), comprometer los intereses que se le han confiado. No está prohi-

bido en verdad (Ibid.) deferirle el juramento sobre hechos personales; pero la negativa por su parte de prestarlo le perjudicaría á él mismo si intervenía personalmente en el juicio, sin poder nunca perjudicar al cuerpo á quien representa.

*** El juramento decisorio puede deferirse, según las disposiciones legales de España, tanto en las acciones reales como en las personales, así sobre las demandas, como sobre las excepciones, desde la contestación de la demanda hasta la citación para sentencia definitiva, y no sólo en el juicio de primera instancia, sino también en el de apelación; porque este juramento surte los mismos efectos que una transacción. Véanse las leyes 10, 12, 13, 18 y 22, tit. 11, Partida 3.ª, y el art. 292 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855.

No puede deferirse este juramento al que invoca una excepción perentoria que destruye la acción y acaba el litigio, v. gr., al que tiene á su favor una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, porque entonces el juramento, además de inútil, sería vejatorio; ni al que hace una prueba completa de su derecho; ni sobre actos y convenciones en que se hubieran omitido las formalidades que para su validez ó prueba estuvieran prescritas por las leyes. Véase también las demás limitaciones que hemos expuesto en la adición sobre la confesión judicial, inserta á continuación del núm. 381.

También se expresa en nuestras leyes la limitación ó requisito á que se refiere M. Bonnier en el núm. 412, sobre que el hecho acerca del cual se defiere el juramento debe ser personal ó concerniente á la parte á quien se defiere. (Leyes 10, 12 y 13, tít. 11, Partida 3.ª)

Como consecuencia de las limitaciones expuestas á la delación del juramento, incumbe al juez la aprobación de los hechos sobre que ha de recaer, mas sin que por esto se entienda coartada la libre facultad que confiere la ley á las partes, para hacer uso de este género de prueba.

Tanto la parte que ha deferido el juramento como la que lo devuelve no puede retractarse luego que la contraria ha declarado que se halla dispuesta á prestarlo, pues desde entonces queda perfecto el contrato verificado por voluntad de ambas y no puede revocarse por la de una sola; mas antes de la aceptación de la parte á quien se defirió el juramento puede arrepentirse y retractarse la que lo defirió, sin que pueda en tal caso deferirse después: ley 8.ª, tít. 11, Partida 3.ª Véase la adición expuesta á continuación del núm. 381.—*(A. del T.)*

*** Según el art. 580 de la ley de Enjuiciamiento civil, las declaraciones en confesión judicial se prestarán á elección del que las pidiera, bajo juramento decisorio ó indecisorio. En el primer caso harán prueba plena, no obstante cualesquiera otras. En el segundo sólo perjudicarán al confesante.

Acerca de este punto previene el Código civil que, cuando se solicite la confesión judicial bajo juramento decisorio, la parte á quien se pida podrá deferir el juramento á la contraria, y si ésta se negare á prestarlo, se la tendrá por confesa. No puede pedirse juramento decisorio sobre hechos punibles, ni sobre cuestiones acerca de las cuales las partes no puedan transigir. La confesión prestada bajo juramento decisorio, ya sea deferido ó referido, sólo constituye prueba á favor ó en contra de las partes que á él se sometieran y de sus herederos ó causahabientes. No se admitirá prueba sobre la falsedad de dicho juramento (arts. 1236, 1237 y 1238). Conforme al Reglamento de lo Contencioso de 29 de Diciembre de 1890, las declaraciones de los litigantes sólo se prestarán bajo juramento indecisorio, y únicamente perjudicarán al confesante (art. 342).—*(N. de la R.)*

§ II.—Prestación del juramento.

SUMARIO: 418. Cuándo se necesita sentencia.—419. Prestación inmediata; su peligro.—420. Forma del juramento.—421. ¿Qué debe hacerse en caso de que el testigo no tenga creencias religiosas?—422. ¿Puede obligarse á una parte á prestar juramento según un rito determinado?—422 duplicado. Proyectos de reforma en materia de juramento.

418. El juramento deferido puede aceptarse y prestarse inmediatamente sin que se suscite dificultad alguna. Entonces no es necesaria la intervención del juez sino para dar acta del juramento, y para sacar de él las consecuencias legales en la sentencia que termine la instancia. Si, por el contrario, se disputa al demandante el derecho de deferir el juramento, es preciso que el tribunal resuelva por una decisión interlocutoria sobre la admisibilidad de este medio de prueba. En vista de esta hipótesis (al menos en lo concerniente al juramento decisorio) quiere el art. 120 del Código de procedimiento, que se mande por una providencia el juramento, y se enuncien los hechos sobre que será recibido. Regularmente será precisa otra sentencia sobre el fondo de la controversia; pero muchas veces en la práctica, para no multiplicar las costas, se da una sola providencia, por la cual se pronuncia anticipadamente la condenación de la parte que no prestase el juramento que se le defirió; porque si lo presta, será preciso dar siempre acta de su prestación. En todo caso, puesto que la prestación del juramento es un hecho personal á la parte interpelada, la providencia que lo autorice, debe, como la que ordena un interrogatorio, y por los mismos motivos, notificarse, tanto al procurador como á la parte (*Cód. de proc.*, art. 147). El juramento debe, por lo demás, prestarse tal como se ha deferido, pues prestarlo de otro modo sería negarse á su prestación (Sent. deneg. de 8 de Marzo de 1852).

419. La parte presta juramento en persona en la audiencia, si no hay impedimento legítimo, en cuyo caso, el juramento debiera tener lugar en su domicilio, en presencia del juez delegado. El artículo 173 de la ley de procedimiento de Ginebra ha introducido en esta materia una notable mejora. El presidente expone en audiencia pública á la parte los hechos sobre que se le defiere el juramento: le recuerda las penas del perjurio (1), y se remite la pres-

(1) Según el Código de procedimiento italiano (art. 226), el juez debe hacer á la parte que se presenta una admonición acerca de la importancia y santidad del juramento. * Una ley de 30 de Junio—5 de Julio de 1875, ha sido originada por las negativas opuestas por los testigos á jurar sobre el Evangelio. El proyecto de la

tación del juramento á una audiencia subsiguiente, si no exigen las circunstancias que se verifique inmediatamente. Este procedimiento induce á la parte á reflexionar, y no la coloca bruscamente entre su conciencia y el temor de retractar aserciones precedentes. «La precipitación y un falso punto de honor, dice M. Bellot (Exposición de la ley de procedimiento de Ginebra), han causado más perjurios que el interés mismo.» Sería muy ventajoso introducir en la práctica esta remisión, que admite tantas dilaciones mucho menos motivadas.

420. La forma del juramento, tal como se usa en la jurisprudencia moderna, es sumamente sencilla. Consiste en jurar que tal ó cual aserción es fundada, alzando la mano; formalidad que recuerda la ley, especialmente en lo relativo al juramento de los jurados *(Cód. de inst.,* art. 312), pero que debe generalizarse (1). Antiguamente era más complicado el juramento: comprendía dos partes; la una la invocación por la cual se tomaba á Dios por testigo; la otra la imprecación, por la que se suplicaba vengar el perjurio si no se había dicho la verdad. Muchos autores antiguos consideraban la imprecación como esencial del juramento, y la ley de procedimiento de Ginebra (art. 172), adhiriéndose á esta idea, quiere que el presidente añada, después que ha jurado la parte: *¡Que Dios, testigo de vuestro juramento, os castigue si sois perjuro!* Pero la utilidad de semejante adición nos parece dudosa. La invocación de la Divinidad contiene virtualmente el llamamiento del castigo divino sobre la cabeza del perjuro; de otra suerte, esta invocación no tendría sentido. Pues bien: se concibe que espíritus pervertidos, pero débiles, retrocedan á veces ante una mentira, cuando se trata de confirmarla por medio de un juramento (2); pero la distinción ca-

---

Cámara de los Diputados suprimía al juramento todo lo que tenía de religioso. El Senado, por el contrario, ha mantenido el carácter religioso á la admonición que debe hacer el presidente antes de admitir al testigo á prestar juramento. (Véase *Anuario de legislación extranjera* de 1877, traducción y notas de M. Fern. Dreyfus.) *

(1) El ceremonial del juramento ha variado conforme á los tiempos y lugares; pero el uso de alzar la mano derecha, generalmente en vigor en el día, trae origen de la más remota antigüedad. Encuéntrasele en la fórmula más antigua del juramento que se nos ha transmitido. *Levo manum meam,* dice Abraham (*Génesis,* cap. 4.°, vers. 22), *ad Dominum Deum excelsum, possessorem cœli et terræ.* Pero el juramento no sería anulado, porque la parte se hallase privada del brazo derecho (Den. 26 Julio de 1866).

(2) Puede consultarse sobre este asunto la curiosa disertación de M. Berriat Saint Prix, sobre el juramento judicial (*Rev. de legisl.,* t. 7.°, págs. 268 y 269). En ella se encontrarán ejemplos notables de la importancia que se daba al juramento por gentes del pueblo que se permitían sin escrúpulo falsas declaraciones no juradas.

suística entre la invocación simple y la invocación acompañada de imprecación, parece sobrado sutil para causar impresión en muchas conciencias. Este llamamiento solemne á la venganza de la Divinidad no disminuiría los perjurios; antes los haría más escandalosos haciéndolos resaltar más.

421. Pero, ¿qué debe decidirse, si el litigante, y en general la persona llamada á hacer una declaración en juicio, lo más frecuente en la práctica, un testigo, tiene la desgracia de no creer en la Divinidad? Entiéndase bien, que se presume que todos creen en Dios, y tanto, que la antigua práctica inglesa de interrogar al testigo sobre su creencia religiosa, abandonada en el día (M. Greenleaf, t. 1.°, pág. 488, nota 2.ª), es inadmisible en nuestras costumbres que rechazan toda indagación de esta naturaleza. Suponemos, lo cual no carece de ejemplo, que hiciera una profesión formal de ateismo la persona llamada á declarar en juicio. Es verdad que nuestras leyes no han previsto el ateismo, así como Solón no previó el parricidio. En semejante caso el litigante no podría prestar juramento, ni el testigo hacer una declaración juramentada, salvo suministrar simples noticias, como el niño, ó el condenado á degradación civil. Se ha propuesto romper este último lazo que une á nuestros modernos Gobiernos, no ya á tal ó cual culto, sino á las creencias espiritualistas. La comisión encargada en Bélgica de la reforma de las leyes de procedimiento ha adoptado, por mayoría de cuatro votos contra tres, disposiciones autorizando á la parte que rechaza todo juramento á limitarse á afirmar ó negar los hechos. Entre nosotros, la sección de legislación del Consejo de Estado, encargada por el último Gobierno de examinar el proyecto de reforma del Código de procedimiento, ha, por el contrario, mantenido el juramento, porque no puede concebirse la existencia de la sociedad sin la creencia en las verdades fundamentales del orden moral. (V. sobre este punto el artículo de M. Migneret, antiguo Consejero de Estado, *Revista crítica de Legislación*, nueva serie, t. 1.°, pág. 668.) Varios Estados de la América del Norte han llegado hasta reconocer el derecho de propagar el ateismo. Los estatutos recientes de estos Estados (Michigan, stat. de 1846, cap. 102, § 96; Marne, stat. de 1847, cap. 34; Wisconsin, const., art. 1.°, § 18; Missouri, stat. rev. de 1845, cap. 186, § 21) declaran que ningún testigo debe ser desechado á causa de sus opiniones religiosas. En otros Estados basta para ser admitido al juramento, creer en la existencia de un Sér Supremo. (Connecticut, stat. rev. de 1849, tít. 1.°, § 140; New-Hampshire, stat. rev. de 1842, cap. 138, § 9.°) Otros

(Nueva York, stat. rev., vol. 2.°, pág. 505; Missouri, stat. rev. de 1835, pág. 419) exigen la creencia en un Dios *que castiga el perjurio*. Finalmente, rigiendo esta última legislación, pregúntase si es necesario creer en el castigo del perjurio en el otro mundo ó solamente en la tierra. Entre nosotros, aunque esté basado el juramento en la fe implícita en otra vida, no se puede exigir de los litigantes ó de los testigos nada más de lo que supone la fórmula legal, es decir, de la creencia en Dios, que se presume por el solo hecho de no negarse de un modo formal.

422. El llamamiento á la conciencia del litigante será más eficaz, si se refiere á las formas del culto que éste profesa: *Divus Pius*, dice Ulpiano (l. 5.°, § 1.°, D. *De jurej.), jurejurando quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit.* Así se ha reconocido, y este punto no ofrece duda en el día, que el juramento que se presta voluntariamente, según formas más solemnes y más complicadas, puede perfectamente reemplazar al juramento ordinario. Pero cuando quiere un litigante prestar juramento en la forma ordinaria, ¿se le puede obligar á recurrir á las solemnidades religiosas de su culto? Esta cuestión se ha suscitado en la práctica, en lo concerniente á los judíos. En la antigua jurisprudencia, y especialmente en virtud de cartas patentes de 10 de Julio de 1784, los judíos de Alsacia estaban obligados á prestar juramento según un rito especial establecido por el Talmud, lo que podía entonces considerarse por ellos como una ventaja á su favor, puesto que la fórmula ordinaria obligaba á descubrir y levantar la mano ante la imagen de Jesucristo. Desde 1791 á 1805 fueron sometidos los judíos al derecho común respecto de sus afirmaciones ante los tribunales. De 1805 á 1818, en virtud de decretos imperiales motivados por graves acusaciones de usura, los israelitas de la Alsacia fueron sometidos á un régimen excepcional. También se mandó de nuevo la prestación del juramento *more judaico* por una carta del Ministro de Justicia. Para sostener que esta prestación debe imponerse á los judíos, aun después que se sometieron al derecho común, se ha hecho observar que espíritus acostumbrados á un aparato imponente podían dar poca importancia á una afirmación concebida en formas sumamente sencillas (1). Pero una decisión dada por los grandes rabinos en 1844

(1) Esta consideración no carece tal vez de fuerza para los judíos argelinos, menos ilustrados que los judíos franceses: así, el tribunal de Argel ha conservado con respecto á ellos, las formas acostumbradas en los países antes de la conquista (Sent. de 18 de Junio de 1845), y el Gobierno ha seguido la misma marcha, en

responde á esta objeción, declarando al judío ligado por la fórmula ordinaria: *Lo juro;* y por otra parte, el rito solemne tomado del Talmud y usado entre los judíos de Alsacia, no es aplicable á los judíos del rito portugués, que no reconocen la autoridad del Talmud. ¡Debiera haberse distinguido entre los judíos del rito alemán y los judíos del rito portugués! También los tribunales del Mediodía han rechazado siempre la prestación del juramento *more judaico*. Finalmente, el Tribunal do Casación (3 de Marzo de 1846; Den. 16 de Junio de 1869), ha decidido *in terminis* que no se debe obligar á nadie á jurar según una fórmula que no se menciona en nuestras leyes. Dejando aparte todas las fórmulas especiales que suponían la creencia en tal ó cual culto, como el juramento prestado sobre la Biblia, el legislador ha manifestado la intención de establecer una regla común á todos los hombres que creen en la Divinidad, de cualquier manera que la adoren. Suponer que esta regla no es conveniente relativamente á tal ó cual litigante, no es ya aplicar la ley, es rehacerla. No obstante, los sectarios, tales como los *cuákeros*, que consideran el juramento como ilícito, serán admitidos, como lo son en el día generalmente en Europa (1), á afirmar por su alma y conciencia (Sent. den. de 28 de Marzo de 1810). Esta solución no está en oposición con la precedente, porque una cosa es prohibir á una persona el uso de la fórmula legal, cuando requiere su publicación, y otra cosa suplirla con equivalentes, cuando fuera preciso violentar las conciencias para exigir su uso.

Todo lo que acabamos de decir sobre la fórmula del juramento se aplica igualmente al juramento supletorio, al que prestan los testigos, los jurados, etc.

* 422 dulplicado. Desde que estas líneas se han escrito, la cuestión del juramento y de su naturaleza civil ó religiosa ha sido suscitada varias veces ante los tribunales, y nuestra legislación está en vísperas de modificarse acerca de este punto. Los incidentes recientes que han motivado la intervención del poder legislativo no se han presentado para el juramento decisorio, como tampoco para el supletorio. Pero ha sucedido que algunos jurados, ante el tribu-

---

cuanto al juramento de los jueces y de los miembros de los consistorios (Sentencia den. de 2 de Septiembre de 1835; Cód. de 9 de Noviembre de 1845). En Austria, la ley de 3 de Mayo de 1868, que establece la uniformidad en el juramento, hace todavía excepción respecto de los israelitas.

(1) Guillermo III (Stats 7.° y 8.°, cap. 34) admitió la afirmación de los cuákeros ante los tribunales de justicia inglesa, pero haciendo excepción respecto del testimonio en materia criminal.

nal criminal *(de Assises)*, se han negado á cumplir este requisito, alegando no pertenecer á ninguna religión y no creer en Dios. Ante tal actitud, ciertos presidentes de tribunales criminales *(de Assises)* han creído poder eliminar de la fórmula del juramento del artículo 312 *(Cód. de inst. crim.)* las palabras *ante Dios*. Otros han dejado á los jurados hacer preceder de una protesta el juramento que ellos prestaban. El Tribunal de Casación ha condenado estas diversas interpretaciones del art. 312. Tan pronto como la cuestión le ha sido presentada, ha decidido que la fórmula del juramento no puede modificarse; que éste debe prestarse sin reservas ni restricciones, y finalmente, que la negativa de prestar el juramento dentro de estas condiciones debía ocasionar la exclusión del jurado, con las consecuencias que nuestra ley fija á la negativa de tomar asiento como jurado. Ha decidido por lo mismo implícitamente, que este juramento tiene en nuestra legislación un carácter esencialmente religioso (V. especialmente Cas. crim., 20 de Mayo de 1882 y 13 de Febrero de 1886). Aunque la cuestión no se ha presentado más que para el juramento de los jurados, podría también suscitarse para el juramento de los testigos, bien en materia civil, bien en materia criminal, y para el juramento decisorio y supletorio. En lo que concierne al juramento de los jurados, el carácter religioso no parece muy discutible en presencia de la fórmula del art. 312. *(Cód. de inst. crim.)* Sin duda el juramento impuesto no tiene el carácter de confesión, en el sentido de que puede variar según la religión del que tiene que prestarlo; mas estas modificaciones no quitan nada de su naturaleza religiosa al mismo juramento. Esta idea ha sido muy bien puesta de relieve en el informe de M. el consejero de La Rouverade, acerca de la sentencia de 20 de Mayo de 1882. Pero el ilustrado magistrado va demasiado lejos cuando afirma «que no se podría citar á un solo jurista gozando de alguna autoridad que no haya considerado el juramento judicial, promisorio ó afirmativo, como un acto á la vez civil y religioso». La opinión contraria ha sido sostenida en efecto con gran fuerza por M. Laurent *(Principios de Derecho civil*, t. 20); por M. Garsonnet, *Curso de procedimiento*, t. 2.°, § 335), y por M. Humbert en la discusión que ha tenido lugar en la Cámara de los Diputados y en el Senado (V. *Diario oficial* de 1882 y 1883, debates de la Cámara de los Diputados y del Senado, *passim*). Según estos jurisconsultos, el juramento, por eso mismo que no encierra en su fórmula las palabras *ante Dios*, no tiene ninguna significación religiosa, salvo para los que creen en Dios. Sucedería lo

mismo para cualquier otro juramento diferente del que está impuesto á los jurados.

Esta distinción carece de base en mi opinión; y creo que en todos los casos tiene necesariamente el juramento en nuestro derecho un carácter religioso. No es sólo la tradición absolutamente constante la que impone esta manera de ver; es también, y sobre todo, la anomalía con que se podría reconvenir á una legislación que impusiera el carácter religioso al juramento de los jurados, y que dejase ese carácter religioso esencialmente facultativo para todos los demás juramentos.

He dicho que á las Cámaras les habían sido presentados proyectos de reforma con este objeto. M. Humbert, guardasellos, depositó el primer proyecto en la Cámara de Diputados el 18 de Marzo de 1882 *(Diario oficial,* 1882, Debates parlamentarios, página 346); consagraba el carácter facultativamente laico ó religioso del juramento. El juramento habría permanecido religioso para las personas que tuviesen creencias religiosas, y se hubiera establecido una sencilla fórmula de afirmación para uso de aquellos cuyas opiniones no les permitieran invocar la Divinidad. La Cámara rechazó este proyecto, y decidió que las palabras «ante Dios y ante los hombres» se suprimirían en las fórmulas de juramento que se encuentran en los artículos 312 y 348 *(Cód. de inst. crim.),* y al mismo tiempo que se añadirían al juramento de los testigos las palabras «por mi honor y mi conciencia.» El juramento perdería así su carácter religioso. Y la consecuencia sería el despojar las salas de audiencia de todo emblema religioso (V. *Diario oficial* de 1882, Debates de la Cámara de los Diputados, sesiones del 20, 22 y 24 de Junio de 1882). Finalmente, el Senado, ante quien el proyecto fué remitido, no aprobó esta decisión. Votó una proposición, con arreglo á cuyos términos las palabras «ante Dios y ante los hombres» se han suprimido en el juramento de los jurados, mientras que para el juramento de los testigos, las palabras «por mi honor y mi conciencia», añadidas por la Cámara de los Diputados, se han suprimido también. Dentro de la manera de pensar del Senado, el juramento tiene, pues, un carácter religioso para aquellos que creen en Dios, y es una simple afirmación solemne para los librepensadores y los ateos. La diferencia con el primer proyecto presentado por M. Humbert consiste, pues, simplemente en lo siguiente: que no hay dos formas de juramento, sino una sola, la cual no implica la afirmación de la existencia de Dios más que para aquellos que creen en Él (V. *Diario oficial* de 1883, sesión

del 2 de Febrero). La Cámara no se ha pronunciado todavía acerca de la modificación que el Senado ha hecho sufrir á su proyecto. La comisión propone, sin embargo, volver al proyecto tal como había sido votado por la Cámara (V. el informe de M. Jullien en la *Gaceta de los Tribunales* de 25 de Noviembre de 1885).

Queda una última solución propuesta por M. Jeanvrot en su obra la *Cuestión del juramento*. Consiste en hacer desaparecer pura y sencillamente de nuestro derecho toda fórmula de afirmación, cualquiera que ella sea. Es tal vez la solución más lógica. El juramento no tiene, según parece, razón de ser más que cuando es religioso. Si en el estado actual de las cosas no puede conservar este carácter, la solución más sencilla es la que evita todas las dificultades de aplicación contra las cuales tropiezan los sistemas mixtos que se han ideado, y consiste en hacerle desaparecer (1).

*** En cuanto á la fórmula del juramento, de que trata M. Bonnier en el número 420, se encuentra minuciosamente expuesta en las leyes 19, 20, 21 y 24 del título 11 de la Partida 3.ª con aplicación al estado y condición de las personas, y al diferente culto que profesan, cuyo extracto hemos ya expuesto. La fórmula de los judíos, de que se ocupa M. Bonnier especialmente en el núm. 422, se halla latamente expuesta en la ley 20 de la Partida citada, reduciéndose á la de hacerles jurar «por un solo Dios Todopoderoso que crió el cielo y la tierra y sacó á su pueblo de la esclavitud de Egipto, llevándole á la tierra de promisión; por la ley de Moisés que profesan y por todo lo que creen de la sagrada Biblia.»—*(A. del T.)*

*** En lo civil, la ley procesal vigente no determina la fórmula del juramento. En lo criminal, según el art. 434 de la ley de Enjuiciamiento, se prestará en nombre de Dios. Los testigos prestarán el juramento con arreglo á su religión. Conforme á la ley de 20 de Abril de 1888 estableciendo el juicio por jurados, éstos prestarán el juramento de rodillas ante un Crucifijo y los Evangelios. Si alguno de los jurados manifestase que por razón de sus creencias no puede prestar el juramento con aquellas solemnidades, lo hará en pie delante del presidente, y respondiendo á su pregunta, diciendo: *Lo juro*. La misma ley marca la sanción penal en que incurren los jurados que se niegan á prestar el juramento en una de las dos expresadas fórmulas (arts. 58 y 59).—*(N. de la R.)*

§ III.—Efectos de la prestación del juramento.

SUMARIO: 423. Solución del litigio.—424. Indivisibilidad del juramento.—425. Cuándo se puede considerar como prestado el juramento.—426. Prohibición de revocar la prestación del juramento.—427. ¿Puede probarse el perjurio por medio de testigos ante la jurisdicción criminal?

423. Una vez prestado el juramento, suponiendo válida la tran-

(1) * Consultar sobre la cuestión del juramento y soluciones que ha recibido en las diversas legislaciones extranjeras: Charles Carpentier, *Algunas notas sobre el juramento;* Victor Jeanvrot, *La cuestión del juramento*, y la *Compte rendu* de M. Fernando Daguin en el *Boletín de la Sociedad de legislación comparada*, 1887, pág. 218. *

sacción á que se refiere, termina irrevocablemente la controversia. El efecto del juramento, así como el de la confesión, respecto de terceros, por ejemplo, en las relaciones del deudor y de la caución, de los coacreedores, de los codeudores solidarios entre sí *(Cód. civil*, art. 1365) entra en la teoría más general del efecto de las sentencias con respecto á terceros. Sentaremos los principios más importantes sobre este punto, cuando lleguemos al lugar de la materia, á la presunción que produce la autoridad de la cosa juzgada.

Además, si la delación del juramento extrajudicial no es en nada obligatoria, no sucede lo mismo respecto de su prestación, cuando tiene lugar voluntariamente. El juramento así prestado por una parte capaz, tiene todos los efectos de un verdadero juramento decisorio, puesto que ha habido transacción propuesta y consentida.

424. El juramento es indivisible, como la confesión, según lo ha decidido una sentencia de casación de 18 de Enero de 1813. Será, pues, preciso aplicar á la declaración juramentada lo que hemos dicho de la confesión ordinaria. Solamente se suscitará menos veces la cuestión sobre la indivisibilidad, en lo relativo al juramento que se defiere habitualmente sobre un hecho único. Lo indudable es que no tendrá efecto alguno la prestación incompleta (Sent. denegatoria de 8 de Marzo de 1852).

425. Se considera algunas veces en la práctica, según el sistema admitido en Austria *(Cód. de proc.* de 1782, § 297), como habiendo prestado juramento el que fué sorprendido por la muerte ó por algún accidente, cuando estaba á punto de prestarlo (Douai, 26 de Marzo de 1814; Aix, 13 de Agosto de 1829). Esta decisión no es rigurosamente exacta. La ley dice que la parte que ha deferido el juramento no puede retractarse cuando el adversario ha declarado que estaba pronto á jurar (1). *(Cód. civil.*, art. 1363.) Pero no se sigue de aquí que se presuma por esto solo prestado el juramento. ¿Es seguro que la parte, que en el primer momento no retrocedía ante el perjurio, no hubiera sido detenida por su conciencia en el momento decisivo? *Jusjurandum*, dice Dumoulin (sobre la ley 3.ª, Código *De jurej.), à judice delatum defuncto, sed nondum præstitum ab illo, non potest objici per de defuncti heredem.* Es preciso, pues, reconocer (2) (Caen 20 de Enero de 1846; * Chambery, 21 de Marzo de 1879 *), que no se ha cumplido la condición; todo lo que puede

(1) Sin esta aceptación, la providencia misma fijando un día para la prestación del juramento, no ligaría á la parte que lo defirió (París, 25 de Mayo de 1854).

(2) * Este último fallo ha intervenido acerca de una hipótesis del juramento suplétorio. Pero los motivos de la decisión son idénticos. *

admitirse es que, si no se ha retardado la prestación del juramento por los amaños del adversario, se le supondrá prestado (Ibid., artículo 1178).

426. Háse reconocido en todos tiempos que no se admite, en principio, á probar la falsedad del juramento. *Non illud quæritur an pecunia debeatur, sed an juraverit.* (*Inst.*, § 2.°, *De action.*) No obstante, Justiniano, cortando una cuestión controvertida, quiso, al al menos en materia de legados y de fideicomisos, que si se demostraba el perjurio, no aprovechase al que se había hecho culpable de él. (L. últ., Cód. *De reb. cred. et. jurej.*) En el Código civil no se encuentra ninguna excepción de esta naturaleza que excluya de un modo general (art. 1363) la facultad de atacar el juramento. Pero ciertos autores, al convenir que el debate no puede renovarse ante la misma jurisdicción, piensan que no está prohibido presentarse como parte civil en lo criminal, si se persigue el perjurio por el Ministerio público. Esta opinión no nos parece fundada; porque, cuando la discusión del Código penal se trató precisamente del peligro de esta intervención de la parte, con desprecio de la fe de la transacción, y se arguyó con este peligro para pedir la supresión de la disposición penal señalada contra el perjurio (1). (*Cód. penal*, artículo 366.) Pero la respuesta á la objeción fué precisamente que no se trataba de derogar las reglas del Código civil. «Esta disposición, dice la exposición de los motivos del Cuerpo legislativo, no puede destruir ó alterar el art. 1363 del Código civil, que previene, que cuando se hubiese prestado el juramento referido ó deferido, no se admita al adversario á probar su falsedad... Tal no es y no podía ser el objeto y el sentido de la disposición que se os propone, la cual no abre ninguna nueva acción al condenado. El Código civil ha regulado todo lo relativo á los intereses privados y á la parte civil; el Ministerio público podrá, por solo el interés de la sociedad, perseguir el perjurio». En vista de una declaración tan formal, es difícil no reconocer que el art. 1363 domina todas las jurisdicciones (2), y que no se ha querido dejar ningún medio directo ó in-

(1) La pena del perjurio ha experimentado muchas variaciones. En Roma unas veces quedó impune, otras fué castigado con destierro, azotes, ó al menos con pena de infamia. Según las Capitulares, consistía la pena en la pérdida de la mano derecha; en nuestra antigua jurisprudencia era arbitraria, y las más veces consistía en una multa. La legislación intermedia la había dejado impune. Finalmente, á la degradación cívica, con que había sido castigado en 1810, la ley de 13 de Marzo de 1863 ha sustituído las penas correccionales.

(2) En el procedimiento austriaco (*Cód. de proc.* de 1782, §§ 299 y 300), la parte que alega el perjurio transmite sus medios de prueba al juez criminal, el cual per-

directo de volverse atrás del juramento ofrecido al adversario (Sent. deneg. de 7 de Mayo de 1843).

427. Pregúntase, no obstante, si el Ministerio público, único admisible, según la intención del legislador, para perseguir el perjurio ante el tribunal criminal *(de Assises)*, podrá probar la falsedad del juramento, acreditando por todos los medios posibles que era falsa la alegación apoyada por este juramento, aun cuando se tratase de valor de más de 150 francos. Para sostener la negativa, la fundan en este principio, hoy constante en jurisprudencia, que nos ha parecido perfectamente exacto; que las reglas sobre la prueba, tales como están fijadas en el Código civil, son aplicables á todas las jurisdicciones. En su consecuencia, se ha dicho: un crédito superior á la tasa legal, que sólo se prueba por testigos, no está legalmente probado. El Ministerio público no puede acreditar el perjurio, valiéndose de pruebas reputadas insuficientes. Estas consideraciones serían decisivas, si la acción del Ministerio público debiese tener aquí, como en toda otra materia, influencia en los intereses civiles. Y esta fué la idea con que la comisión del Cuerpo legislativo pidió la supresión del art. 366 del Código penal, como ofreciendo á la parte civil un medio indirecto de eludir las leyes sobre la prueba testimonial. Pero se ha respondido á esta objeción, así como á la sacada del art. 1363 del Código civil, haciendo notar que la acción se atribuye exclusivamente al Ministerio público. «No se podrá ya, dice la exposición de motivos, abusar de esta disposición, para eludir el art. 1341 del Código Napoleón, que prohibe toda clase de prueba por testigos de todas las cosas que exceden de la suma ó valor de 150 francos, para hacer recibir en apoyo de una acusación criminal una prueba que es inadmisible ante los tribunales civiles, y hacer revivir de esta suerte, bajo otra forma, una acción justamente extinguida ó prescrita... El Ministerio público es quien podrá, por sólo el interés social, perseguir el perjurio; quien hubiere hecho, pues, un juramento falso, para librarse de una deuda que hubiese contraído, pero cuya prueba no hubiera sido presentada ó *admitida* por los tribunales civiles, no gozará en paz del fruto de su impostura, la cual quedará descubierta á la luz de la justicia criminal.» Parece resultar de un modo claro de estas palabras que no se ha encontrado inconve-

---

sigue de oficio. Si se prueba el perjurio, es condenado el culpable á la restitución y á la indemnización de daños y perjuicios, así como á la pena legal. El art. 1480 del Código sardo está en el mismo sentido.

niente en dejar toda latitud á la prueba del perjurio, sino en cuanto se tratara de la parte civil; pero una vez no interviniendo en la causa la parte civil, no hay ya motivos suficientes para obligar al Ministerio público á tal medio de justificación; porque la exposición de motivos prevé aun el caso en que no se hubiera *admitido* la prueba por los tribunales civiles, lo cual alude á las prohibiciones legales, y quiere que, aun entonces, no quede impune el perjurio. Esta doctrina se concibe, por lo demás, en la posición excepcional en que se encuentra aquí colocada. Y en efecto, uno de los principales motivos de las restricciones impuestas al uso de la prueba testimonial, el peligro del soborno de los testigos, desaparece por completo en un asunto en que sólo entra en juego la accion pública. Queda la incertidumbre de la prueba testimonial; ¿pero esta incertidumbre existe igualmente en las circunstancias en que obliga la necesidad á admitir esta prueba? ¿No existe por otra parte respecto del Ministerio público la imposibilidad moral de procurarse un principio de prueba por escrito en un proceso en que no hay parte civil? El Tribunal de Casación se había desde luego pronunciado contra la admisión de la prueba testimonial; después se retractó de su primera jurisprudencia por sentencia de 21 de Agosto de 1834; y en último lugar decidió, por varias sentencias de casación, á contar del 16 de Agosto de 1844 (1), que cuando se trata de una estipulación, cuyo objeto excede del valor de 150 francos, no puede perseguir el Ministerio público el perjurio, si por lo menos no tiene un principio de prueba por escrito de esta estipulación. El tribunal se fundó en esta doctrina, «que respecto de los hechos civiles, la ley que determina el género de prueba que puede admitirse extiende su imperio sobre el procedimiento criminal, lo mismo que sobre el civil; que debe ser respetada y observada por los jueces de lo criminal, aun en el caso en que el hecho regido por la ley civil, ligándose por medio de relaciones necesarias y absolutas al hecho castigado por la ley criminal, no pueda verificarse la prueba del hecho criminal sino por medio de la del hecho civil, y debe ser su consecuencia.» Esta es la doctrina que siempre hemos profesado en teoría general, y es un grave error sostener con el tribunal de Limoges (en los considerandos de la sentencia contra la cual el recurso que se intentó fué desechado en 1834) «que la ley ha trazado

(1) * Véase en el mismo sentido Cas. crim. 22 de Marzo, y Limoges, 26 de Febrero de 1885. *

para la formación de las pruebas en materia civil y en materia criminal reglas distintas que importa no confundir». Pero al adherirnos con la convicción más completa al sistema general del Tribunal de Casación, creemos que éste va demasiado lejos, rehusando apartarse del mencionado sistema en una hipótesis enteramente excepcional, en que no hay ya que invocar motivos de sospecha, puesto que los intereses civiles no reportarían beneficio alguno directa ó indirectamente de la decisión dada por los jueces de lo criminal.

*** En cuanto á los efectos del juramento decisorio deferido, véase la nota al núm. 417. En el lugar oportuno hemos recordado ya la responsabilidad de los perjuros.—*(N. de la R.)*

§ IV.—Negativa de prestar ó de deferir el juramento.

SUMARIO: 428. Casos en puede deferirse el juramento.—429. Obligación de prestarlo ó deferirlo. En Austria prueba *pro exonerandá conscientia*.—430. Capacidad requerida para la confesión tácita.

428. La persona á quien se defiere el juramento puede elegir, ó el prestarlo ó el deferirlo á la otra parte, que no puede quejarse de encontrarse en la posición en que ella quiso poner á su adversario. Pero como no se puede deferir el juramento sobre un hecho que no es personal á la parte que lo defiere, no se permite á esta parte deferirlo, cuando el hecho de que se trata le es puramente personal *(Cód. civil*, art. 1362). Así, el menor perseguido por un acreedor por sustracción de efectos de la sucesión, y á quien éste defiriese el juramento, no sería admitido á deferirlo. Esta excepción á la facultad general de referir el juramento, no es la única. Cuando la parte interpelada para jurar es un incapaz, tal como un menor que puede hacer mejor su condición, pero no empeorarla, este incapaz puede prestar el juramento que se dirige á libertarle; pero no se le permite referirlo, pues esto comprometería singularmente sus intereses.

En cuanto al juramento extrajudicial, ya hemos visto que la delación de este juramento en nada es obligatoria, y es evidente, que debe decirse lo mismo del juramento referido extrajudicialmente. Si se presta este juramento, resultará una transacción; pero no se podrá condenar al que se negó á prestarlo.

429. Cuando se defiere en juicio el juramento á una persona capaz, si rehusa prestarlo ó referirlo, hay por su parte confesión tácita, y debe sucumbir en su demanda ó en su defensa *(Cód. civil*,

art. 1361). *Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* (Paulo, l. 38, D. *De jurej.)* Hay, no obstante, personas á cuya conciencia repugna ganar el pleito con un medio tan fácil; *se probare malle quæ affirmet,* dice Quintiliano *(Inst. orat.,* lib. 5.º, cap. 6.º), *quam dubium relinquere an perjuraverit.* El Código de procedimiento austriaco (§ 266) autoriza á estas personas á hacer la prueba directa de su derecho, *pro exoneranda conscientia;* pero si no consiguen hacer esta prueba, pierden el derecho de prestar el juramento ó de referirlo. Nuestro legislador no ha entrado en estas delicadas distinciones.

430. Entiéndase bien, no obstante, que la confesión tácita no es admisible, sino en los casos en que puede admitirse la confesión expresa. Así es, que el incapaz no podrá ya perjudicarse ni guardando silencio ni defiriendo ó refiriendo el juramento. Igualmente, el silencio de un co-obligado no podrá comprometer á los demás obligados, sino en cuanto tenga poder expreso ó tácito para representarlos. Sobre esto hay que referirse á los principios que estableceremos más adelante sobre la autoridad de la cosa juzgada.

*** Véase la nota al núm. 417.—*(N. de la R.)*

SECCIÓN SEGUNDA

Inadmisión del juramento decisorio en materia criminal

SUMARIO: 431. Uso de este juramento en la antigüedad.

431. Si el juramento decisorio supone una transacción, no es desde entonces admisible este juramento, como hemos reconocido, sino en las materias sobre las cuales es permitido á las partes transigir. No se puede concebir su uso en lo criminal sino bajo el imperio de legislaciones que permiten la acusación á los particulares. En la antigüedad, donde estaba en pleno vigor este sistema, parece en efecto haberse ampliado el juramento, con frecuencia, para decidir el resultado de una causa criminal. En Atenas, las oraciones ó informes de Demóstenes ofrecen más de un ejemplo de esta práctica que parece tan singular en nuestras costumbres (1). En Roma, Quintiliano que se ocupa casi exclusivamente en sus *Instituciones oratorias* de los asuntos criminales, presenta la delación

(1) Por eso el orador ateniense declara en uno de sus informes *(in Aphob.,* 3.º, § 16) que él había ofrecido atenerse al juramento que prestase el acusado sobre la cabeza de su hija; pero que este no quiso ni prestar ni deferir el juramento.

del juramento (l. 5.°, cap. 6.°) como una medida peligrosa y reprobada por los antiguos prácticos: *Nobis adolescentibus seniores in agendo facti præcipere solebant, ne unquam jusjurandum deferremus;* pero por lo mismo que advierte que se use de él con suma sobriedad, es fácil ver que lo considera como perfectamente admisible.

Entre los modernos, el uso del juramento decisorio en lo criminal parece haberse abandonado prontamente. Desde luego, donde prevaleció el sistema inquisitorial, fué abolida la facultad de transigir sobre las acusaciones, facultad en que se apoya la delación de este juramento. Y aun en los países en que, como la Inglaterra, se ha conservado el sistema de las acusaciones privadas, no se admite casi en la práctica esta consecuencia tan extrema, ante la cual no retrocedió la antigüedad. No se ve, pues, como en Atenas y en Roma, provocarse respectivamente al juramento el acusador y el acusado. El buen sentido del jurado se niega á hacer depender de un medio de prueba tan peligroso la suerte de una acusación capital. En el procedimiento alemán, «aunque se han levantado muchas voces, dice Mittermaier (cap. 56), para que se admita el juramento en el proceso de acusación, se ha reconocido á tiempo, que esto era un acto de procedimiento antipático á todo proceso criminal; la delación del juramento supone una especie de pacto, y no puede haber pacto, sino donde se admite el desistimiento con respecto al objeto litigioso.» (V. el núm. 99.) Se puede, pues, considerar el juramento decisorio, como habiendo desaparecido completamente de los pueblos modernos en materia criminal.

*** Nuestra ley 10, tit. 11, Part. 3.ª autorizaba la delación del juramento en las causas criminales con las siguientes palabras: «Otrosí decimos; que en todo pleyto criminal que non pueda ser probado por otorgamiento de las partes, ni por testigos, que puede el un contendor dar la jura al otro, si se avinieran en ello». De esta disposición deducen también algunos autores, que en cuanto á delitos, sólo puede tener lugar el juramento, deferido en aquellos que desaparecen con el perdón de la parte ofendida, como sucede en las injurias leves; mas no procede jamás en aquellos en que se interesa la vindicta pública. En nuestro juicio en el dia, no tiene ya lugar en las causas criminales la disposición de la ley de Partida citada, ni la doctrina de los autores sobre el juramento que llamaban de propagación de indicios, ni otro alguno, ya versen aquellas sobre delitos públicos ó sobre delitos privados, desde que por el art. 291 de la Constitución de 1812, restablecida como decreto por la ley de 16 de Septiembre de 1837, á nadie ha de tomarse juramento en materias criminales sobre hecho propio.—*(A. del T.)*

*** Véanse nuestras notas relativas á la prueba de testigos en materia criminal.—*(N. de la R.)*

TERCER MEDIO DE PRUEBA ORAL

Declaración del demandante.

SUMARIO: 432. Peligro de esta declaración.—433. Fe que se atribuye, ya á la declaración del demandante, ya á la de una de las partes, á elección del juez. *Affidavit* inglés.

432. Tan natural como es referirse al testimonio de terceros desinteresados en el litigio, ó á la confesión del mismo demandado, tan extraño parece referirse á la afirmación del demandante, llamado de esta suerte á hacer ganar el litigio por medio de su propio testimonio. Cuando ciertas legislaciones bárbaras permitieron, á influjo de un sentimiento exagerado de la moralidad humana, referirse en toda clase de materias á la declaración del demandante, esta facultad dió origen á enormes abusos. Así, entre los lombardos, en su origen, bastaba al que presentaba la escritura ó título de una heredad, si se suscitaba controversia, jurar sobre los Evangelios la verdad de este título, y sin ningún juicio previo se hacía dueño de la heredad. De esta suerte los perjuros tenían seguridad de hacer adquisiciones (V. la ley de los Lombardos, l. 2.°, tít. 55, cap. 34). Hasta la reacción que tuvo lugar en la opinión pública contra estos escándalos (1) parece haber contribuído poderosamente á propagar el uso del combate judicial.

433. Actualmente, la declaración del demandante, sin tener tan grande autoridad, es invocada aun con frecuencia, por lo menos en derecho civil, y ya veremos que este medio de prueba, atacado frecuentemente con justo motivo, es en ciertas hipótesis justificable, y aun á veces necesario.

Volvemos á encontrarlo en Inglaterra, en el *affidavit*, declaración jurada y detallada que hace una parte en apoyo de su pretensión (V. los *affidavit* presentados por el conde Apponyi el 27 de Febrero, y por el abogado Kossuth el 16 de Marzo de 1861 en el tribunal de la cancillería inglesa, en el asunto del emperador Francisco José contra Kossuth).

Una distinción importante domina la materia. Unas veces es la ley quien designa exclusivamente á una de las partes, por lo co-

(1) *Ab Italiæ proceribus est proclamatum, ut imperator sanctus, mutata lege facinus indignum destrueret.* (Ley de los Lomb., ibid.)

mún al demandante, para cortar el debate por medio de su declaración; otras se deja al juez la facultad de sujetarse á la declaración de la una ó de la otra de las partes, á su elección, y entonces es cuando interviene el juramento supletorio, de que nos ocuparemos en último lugar (1).

SECCIÓN PRIMERA

Casos en que da la ley crédito exclusivo á la declaración de una de las partes.

SUMARIO: 434. Motivos de este crédito exclusivo.—435. Cualidad de la persona. Locatario ó arrendatario.—436. Declaración del dueño sobre los salarios: artículo 1781 del Código abrogado en 1868.—437. Afirmación del procurador reclamando la distracción de los gastos.—438. Juramento del demandante.

434. Dos clases de causas pueden determinar á la ley á referirse únicamente, respecto de ciertas cuestiones, á la declaración de una de las partes, y aun por lo común, á la del demandante (2). Algunas veces es la cualidad de la persona quien la hace juzgar digna de confianza; otras veces la posición enteramente especial del demandante hace que él solo se halle en estado de dar noticias sobre el hecho litigioso.

435. La cualidad de la persona ha determinado al legislador á referirse exclusivamente á una de las partes, cuando quiere que el locador sea creído por su juramento, en caso de controversia sobre el precio de un arrendamiento verbal que ha comenzado á ejecutarse (núm. 179) cuando no exista recibo (*Cód. civil*, art. 1716). Esta disposición se halla templada por la facultad concedida al locatario ó arrendatario de pedir su tasación por peritos, siendo de su cuenta los gastos de esta diligencia, si la tasa de los peritos es mayor que el precio que él declaró (art. cit.); así es que esta disposición no ha sido objeto de censuras formales como contraria á la igualdad democrática, porque acontece con frecuencia en la locación que la posición social del locatario es más elevada que la del locator.

436. No sucede lo mismo respecto del art. 1781 del Código ci-

---

(1) Véase, respecto del derecho español, la adición inserta á continuación del núm. 438.—*(N. del T.)*

(2) Entiéndase bien, que llamamos aquí *demandante* á aquel á quien incumbe la prueba del hecho en apoyo del cual se invoca su propia declaración, aun cuando su pretensión viniera á presentarse incidentalmente en un procedimiento civil en que fuese demandado.

vil, según el cual, en lo relativo al salario de los domésticos y operarios, al *dueño* se le cree por su dicho ó *afirmación* en cuanto á la cuota de los salarios, para el pago del salario del año vencido, y para lo que diga haber dado á cuenta por el año corriente, cuando el doméstico ó criado no presenta recibo alguno. Este artículo, impregnado de un espíritu poco democrático, parece una reminiscencia del antiguo adagio consuetudinario: *no hay gran lealtad en gran pobreza*. La expresión misma de *dueño* tiene algo malsonante para oídos democráticos. Así, la abrogación de este artículo fué vivamente solicitada después de la revolución de 1848. La proposición de modificar el Código en esta materia se tomó en consideración por el Poder legislativo, pero no hubo conformidad sobre cuál era el mejor sistema que debía adoptarse para reemplazar el art. 1781. No obstante, cuando la revisión del Código italiano en 1868 se anuló la disposición que correspondia á dicho artículo. También Inglaterra nos tomó la delantera para abrogar en 1867 (1) la ley del amo y del servidor *(master and servans act)* que quería que la afirmación del primero fuese siempre creída con preferencia. La ley francesa de 2 de Agosto de 1868 dió por fin satisfacción á su vez al espíritu de igualdad, volviendo sobre una decisión sacada de la antiquísima jurisprudencia del *Chatelet de París*. Dicha ley declara pura y sencillamente la abrogación del art. 1781 del Código civil.

Este cambio, según han pensado algunas personas, podría crear para el *amo* una situación difícil. Mientras que al criado le es fácil justificar el hecho de sus servicios, es bastante incómodo para el amo el obtener un recibo del criado, aun en el supuesto de que sepa escribir ó de hacerle el pago de su salario ante testigos. Se había propuesto, en consecuencia, dar fe á los registros regulares llevados por el amo. Pero esta es todavía una disposición exagerada. La comisión del Cuerpo legislativo ha creído, pues, deber rechazar una enmienda redactada en ese sentido, y el proyecto de ley ha sido adoptado sin discusión. Si la abrogación del art. 1781 presenta, en efecto, algunos inconvenientes, la experiencia será la que los haga resaltar.

437. Puede citarse también como motivada, en atención á la cualidad de la persona, la disposición del Código de procedimiento (art. 133), que autoriza al procurador de la parte vencedora para

(1) Una nueva reclamación se había hecho en aquella época cuando la Exposición universal de París por las delegaciones obreras. El informe agrícola no menciona ninguna queja por parte de los campesinos.

reclamar la separación de los gastos en beneficio suyo, afirmando que hizo la mayor parte de los adelantos. La posición del oficial ministerial no permite suponer que quiera comprometer su carácter y su porvenir con una declaración falsa. No se trata, por otra parte, de un debate en el fondo entre el procurador y su cliente, sino de una medida provisional de ejecución. Aquí la práctica constante de nuestros tribunales no exige el juramento, y esta práctica ofrece poco peligro en último resultado, puesto que puede obligarse al procurador á presentar el libro que debe llevar conforme al art. 51 de la tarifa (núm. 410); libro que justifica la exactitud de sus aserciones (Limoges, 27 de Agosto de 1823).

438. Finalmente, hay casos en que la necesidad misma obliga á referirse á las alegaciones del demandante; entonces es imposible probar de otro modo el valor reclamado, é interviene el llamado por los autores *juramento en el pleito (en plaids)* de que trata el artículo 1369 del Código civil. Esta es por lo menos la única aplicación que tiene este juramento entre nosotros.

El juramento *in litem* tenía en Roma una aplicación más extensa; empleábasele para castigar el dolo del demandado, autorizando al demandante á fijar el precio de afección que daba al objeto reclamado. *Non ab judice doli æstimatio,* dice Ulpiano (l. 64, *De judic.*), *ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem juratur.* El juramento podía entonces tener lugar por un valor ilimitado; solamente era de elección del juez añadir una *taxatio*, es decir, fijar un *máximum* del que no debía exceder la declaración. (Ulp., l. 4.°, § 2.°, ibid., *De in lit. jur.)* Entre nosotros se contenta la ley con señalar en este caso daños é intereses bajo una base más amplia (*Cód. civil*, artículos 1150 y 1151). El juramento sobre el valor del objeto demandado no puede deferirse por el juez al demandante, sino cuando es por otra parte imposible consignar de otra suerte su valor (*Cód. civil*, art. 1369). «El *juramentum affectionis,* dice Pothier (*Oblig.*, número 930), no tiene lugar en nuestros usos y costumbres; pues solamente hemos admitido en ellos el *juramentum veritatis.*»

Ha lugar á este último juramento, siempre que acreditándose una pérdida, no se puede probar su importancia, sino por la declaración de la parte misma que la ha sufrido, si no es posible invocar de hecho la prueba testimonial, aunque sea por común fama. Esta parte debe entonces afirmar en conciencia, no el precio de afección que atribuía al objeto perdido, sino su valor real. Así, cuando un viajero pierde sus efectos en una posada, donde le era imposible moralmente probar su valor, se ha reconocido en todo

tiempo que es preciso en semejantes circunstancias referirse á su declaración, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y de las circunstancias de la causa. Entonces el juez, como se hacía casi siempre en Roma, determinà (*Cód. civil*, ibid.) la suma hasta cuya concurrencia debe ser creído el demandante por su juramento. Más aún; el juramento prestado no liga al juez, que puede en último análisis, si la tasación le parece exagerada, reducir la condena á una tasa inferior. Así lo admitía Ulpiano, *ex magna causa et postea repertis probationibus*. (L. 4.°, § 3.° *De in lit. jurej.*) Tal es igualmente la doctrina de Beaumanoir (cap. 39, § 79): «La magnitud de los perjuicios pudiera ser muy grande y vejatoria, y si la fama atestiguaba que no tenía yo el valor de cien libras de propiedad y yo quisiera jurar que mi perjuicio ascendía á quinientas libras ó á mil, no se me creería; así es que los daños debieran regularse por medio de una leal investigación, según lo que correspondiese á mi posición social.» Esto es, en fin, lo que enseña Pothier (*Oblig.*, número 932), y es poco probable que los redactores del Código civil hayan tratado de separarse de tal doctrina.

El juramento *in litem*, más personal aun que el juramento supletorio, no puede tampoco ser referido (Ibid., art. 1368).

*** Según el art. 1584 del Código civil, el amo será creído, salvo prueba en contrario: sobre el tanto de salario del servicio doméstico; sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.

Los artículos 8.° y 12 de la ley de Enjuiciamiento civil autorizan para jurar sus cuentas á los procuradores y sus herederos y á los abogados. —*(N. de la R.)*

SECCIÓN SEGUNDA

Declaración del demandante ó del demandado, á elección del juez.—Juramento supletorio.

SUMARIO: 439. Peligro de este juramento.

439. *Solent judices in dubiis causis*, dice Gayo (l. 31, D. *De jurej.*), *exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit*. Esta práctica no tiene nada contrario á las reglas ordinarias, cuando se defiere el juramento por el juez al demandado, puesto que su adversario podría siempre imponerle la misma obligación, defiriéndole el juramento decisorio. Pero cuando es el demandante á quien se defiere este juramento, se dirige á destruir la máxima, tan conveniente como razonable, que obliga al demandante á hacer la prueba. Supónese entonces al juramento una eficacia que se halla

sobrado desmentida por la experiencia. Así, esta clase de prueba tan equívoca, cayó desde luego en descrédito en nuestra antigua jurisprudencia. «Juramentos supletorios, dice Papón, no se reciben en el Parlamento de París como cosa perjudicial á la salvación eterna, por haber llegado las costumbres de los hombres depravados, por inclinación del tiempo, hasta el punto de tener tal juramento en poca cosa.» Pero no se supo conservar esta sabia práctica, y en el último siglo llegó á ser sumamente frecuente el uso del juramento supletorio. Sabida es la declaración que hace Pothier, con este motivo, en su *Tratado de las obligaciones* (núm. 925): «Hace más de cuarenta años que ejerzo mi profesión (habla aquí como juez y no como profesor); he visto infinidad de veces deferir el juramento, y no he visto que ocurriera más de dos veces que se detuviera una parte por la religión del juramento en persistir en lo que había sostenido» (1).

Si este expediente puede ofrecer alguna utilidad, es tan sólo en casos enteramente especiales, en que la buena reputación de una parte puede suplir á lo incompleto de las pruebas que invoca, ó bien relativamente al juramento *in litem*, admitido según hemos visto (núm. 438) por necesidad. Pero el número de inconvenientes sobre este punto supera en mucho al de las ventajas. Nuestra legislación ha autorizado, no obstante, el juramento supletorio en materia civil (2); y ha debido desecharlo menos en materia criminal, en la que se ha sostenido en otras naciones, como veremos al concluir (3).

---

(1) Portalis se ha explicado en estos términos en el Consejo de los Ancianos, á propósito del juramento impuesto á los sacerdotes por las leyes revolucionarias: «Hubiera sido digno de nuestro siglo reconocer que el juramento es una débil prueba para los hombres cultos y refinados, que no es necesaria sino en los pueblos toscos á quien la falsedad ó la mentira cuestan menos que el perjurio; pero que en nuestras costumbres esta augusta ceremonia no es más que una fórmula que ultraja al cielo, inútil para la sociedad y ofensiva para aquellos á quienes se obliga á someterse á ella.»

(2) El número de los juramentos judiciales propende á diminuir. Desde 1840 á 1850, por término medio, los juramentos deferidos por las partes han sido de 535 por año; los juramentos deferidos por el juez, de 296 solamente.

(3) Véase, respecto del derecho español, la adición inserta á continuación de los números 446 y 450.—*(N. del T.)*

DIVISIÓN PRIMERA

USO DEL JURAMENTO SUPLETORIO EN LO CIVIL

SUMARIO: 440. Casos en que puede hacerse uso de este juramento.—441. A quién conviene deferirlo.—442. Deben ser los hechos personales.—443. Facultad de retractar el juramento supletorio.—444. Negativa de prestarlo.—445. Imposibilidad de deferirlo.—446. Puntos comunes á este juramento y al juramento *in litem*.

440. ¿En qué casos tiene el juez facultad para deferir este juramento? El Código civil (art. 1367), que reproduce la doctrina de nuestros antiguos autores, no se explica muy claramente sobre este punto. «El juez, se dice en él, no puede deferir de oficio el juramento, ya sea sobre la demanda, ya sobre la excepción que se opone á ella, sino con las dos condiciones siguientes: es preciso, 1.°, que la demanda ó la excepción no se halle plenamente justificada; 2.°, que no esté destituída enteramente de prueba. Fuera de estos dos casos, debe el juez admitir ó desechar pura y simplemente la demanda».

Resulta de aquí de un modo cierto, sin contradicción, que no puede deferirse de oficio el juramento en los dos casos extremos en que es completa la prueba ó en que falta totalmente. Pero, ¿cuál es la posición intermedia en que podrá el juez deferirlo? Este punto se abandonaba á su prudencia entre los romanos, y los antiguos intérpretes definían muy vagamente, lo que llaman pruebas *semiplenas* (1). Pero, en nuestra legislación, que rechaza la prueba testimonial de las convenciones cuyo objeto exceda en valor de 150 francos, es bastante natural someter á la misma restricción el juramento supletorio, mucho más peligroso aún que el testimonio de los terceros. Así la doctrina y la jurisprudencia entienden el art. 1367 en el sentido de que es permitido al juez deferir el juramento en los casos en que es admisible la prueba testimonial. * (Cas. 6 de Junio de 1883.) * Aun está permitido (Den. 14 de Julio de 1865) ver un principio de prueba por escrito en las explicaciones dadas durante la audiencia (V. núm. 169). En sentido inverso, donde no existe restricción para el uso de la prueba testimonial, puesto que los jueces pueden condenar por simples indicios, pueden corroborarlos, defiriendo el juramento supletorio (Sents. denegs. de 22 de Enero

(1) *Hoc intelligendum*, dice Dumoulin (sobre el tít. 1.° del Código), *de conjecturis præsumptionibus judicis gravibus, bonis efficacibus, non autem de frivolis et stultis*. Mascardo (concl. 957, núm. 8.°), pone por ejemplo una alegación fundada en la declaración de un solo testigo.

de 1828 y de 9 de Noviembre de 1831; *Cas. 11 de Junio de 1873*). Sin embargo, no ha lugar á poner absolutamente en la misma línea la admisibilidad de este juramento, y el de la prueba testimonial. «Debe exceptuarse de esta regla, dice Pothier *(Oblig.,* núm. 926), las causas de gran importancia, tales como las causas matrimoniales.» Y en el día, que no admitimos ya la máxima: *Creditur virgini juranti,* etc., es preciso desechar en materia de filiación el juramento supletorio, así como el decisorio (núm. 410), aun cuando fuera admisible la prueba testimonial. Si la probidad aparente de un litigante puede permitir al juez referirse á su delicadeza en un asunto puramente pecuniario, no debe ser lo mismo cuando se trata de los intereses más sagrados de la sociedad. En cuanto á la cuestión de saber si, por el contrario, es admisible este juramento, sin que lo sea asimismo la prueba testimonial, con el apoyo del registro ó libro que un comerciante invoca contra un particular no comerciante (*Cód. civil,* art. 1329), se refiere sobrado íntimamente á la fe de los libros ó registros, para que convenga tratarla aquí anticipadamente.

441. Al juez sólo pertenece habitualmente elegir la parte á que quiere deferir el juramento. Su elección se guiará, por lo común, por los antecedentes más ó menos favorables de los litigantes y por las circunstancias de la causa. Pero, en igualdad de circunstancias, deberá dirigirse al demandado, no siendo admisible la afirmación del demandante en su propia causa, cuando no hay nada que haga inclinar la balanza en su favor. Hay un caso en que la ley misma hace la elección; es aquel en que un comerciante á cuyos libros ofrece la otra parte dar crédito, rehusa presentarlos (*Cód. de Com.,* art. 17); entonces el que ha pedido esta presentación es quien debe deferir el juramento. La negativa de presentar sus libros es, en efecto, una presunción grave contra el adversario. En semejantes casos, en que se eleva una fuerte presunción contra una de las partes por razón de su conducta en el litigio, si, por ejemplo, negó un hecho, que se halla en seguida claramente probado, los jueces se conformarán con el espíritu de la ley, defiriendo siempre el juramento á la otra parte. Además, ésta es una cuestión de apreciación personal, y no de capacidad. *Adolescens vero, si velit, jurare potest,* dice Ulpiano. (L. 4.°, pr., D. *De in lit. jur.)*

442. Háse preguntado si puede deferirse de oficio el juramento sobre un hecho que no es personal á la parte; en el silencio de la ley, nos parece imposible autorizar á los jueces para poner á un litigante en el caso de afirmar bajo juramento un hecho que le

fu era completamente extraño. Invócase inoportunamente, en este sentido, la autoridad del Tribunal de Casación; pues en el caso en que autorizó la delación del juramento supletorio (Sent. den. de 18 de Diciembre de 1823), se trataba de un préstamo hecho á la madre de la parte; no se trataba, pues, en último resultado, más que de un juramento de credibilidad, y ya hemos visto que semejante juramento puede deferirse, aun por la parte contraria (número 412), puesto que la creencia invocada de esta suerte no es otra cosa más que un hecho personal. De la misma manera puede explicarse la decisión (Sent. den. de 19 de Mayo de 1842) que autoriza para deferir el juramento al marido, en un proceso en que éste representa á su mujer. * (Cpr. Cas. 19 de Noviembre de 1878, *et suprà*, núm. 412.) *

443. La prestación del juramento supletorio no corta de una manera perentoria la contestación, como la del juramento decisorio. No se trata, pues, aquí, de una transacción, sino de un medio de prueba ordinario, al cual no se ha adherido el adversario en manera alguna. (Gayo, l. 31, D. *De jurej.)* Es, pues, permitido combatir en apelación las alegaciones de la parte contraria, aunque apoyadas por el juramento de esta naturaleza (Sent. den. de 15 de Marzo de 1852); y el juez de apelación puede también, como enseña Pothier (*Oblig.*, núm. 928), deferir el juramento al litigante á quien el primer juez no quiso dirigirse. Por el mismo motivo, el Código, conforme á la antigua doctrina, no reproduce, en cuanto al juramento deferido de oficio, la disposición que prohibe probar la falsedad del juramento que se hubiera referido ó deferido á sí mismo *(Cód. civil,* art. 1363). Nada se opone á que pueda mostrarme parte civil, y reclamar daños é intereses, cuando es llamada la jurisdicción criminal á apreciar la sinceridad de un juramento, al cual jamás he querido someterme (Sent. den. de 20 de Enero de 1843).

444. La negativa de prestar el juramento supletorio hará casi siempre perder su pleito á la parte interpelada para jurar. Pero esto sucederá las más veces en la cuestión de hecho. En principio, la negativa de jurar no se considera ya aquí como una confesión tácita. Aplícase la máxima, cuyo verdadero sentido hemos desarrollado más arriba (núms. 299 y siguientes), que no queda ligado el juez por una decisión interlocutoria. Si, por ejemplo, se ha recobrado una pieza decisiva, después que se ha ordenado el juramento, se ha juzgado con razón (Limoges, 23 de Marzo de 1825; Tolosa, 3 de Julio de 1827) que el tribunal puede volver sobre la de-

lación del juramento. En semejante caso, la negativa de prestar el juramento no perjudicaría á la parte cuyos derechos se hallan así claramente demostrados (Sent. den. de 10 de Diciembre de 1823).

445. Un punto sobre el cual está terminante la ley es la imposibilidad de referir el juramento deferido de oficio *(Cód. civil,* artículo 1368). Compréndese que la confianza concedida por el juez á uno de los litigantes es enteramente personal.

446. Ya hemos visto (núm. 438), que la imposibilidad de referir el juramento, así como la facultad de volver sobre el juramento prestado, existen igualmente respecto del juramento *in litem*, que no es en último resultado más que una variedad del juramento supletorio.

*** El juramento supletorio ó que defiere el juez de oficio ó manda hacer á una de las partes para completar la prueba se halla sancionado en nuestras antiguas leyes. V. la 2.ª, tit 11, Part. 3.ª Puede deferirse al actor por razón de la acción, y al demandado por razón de la excepción, cuando la demanda ó la excepción no están plenamente justificadas ni desnudas enteramente de pruebas, y debe deferirse por el juez despues de examinadas las pruebas hechas por una y otra parte, para ver si conviene ó no deferirle y á cuál de las partes.—*(A. del T.)*

*** Hemos recordado ya que, conforme el art. 340 de la ley de Enjuiciamiento civil, los jueces pueden, para mejor proveer, exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.—*(N. de la R.)*

DIVISIÓN SEGUNDA

INADMISIÓN DEL JURAMENTO SUPLETORIO EN LO CRIMINAL

SUMARIO: 447. Tres sistemas sobre este punto.—448. Primer sistema: Juramento deferido al acusador.—449. Segundo sistema: Juramento purgatorio, deferido al acusado.—450. Tercer sistema, que proscribe todo juramento en lo criminal.

447. Pueden concebirse, en materia criminal, tres sistemas en cuanto al juramento supletorio. La ley puede permitir deferirlo al acusador, á fin de corroborar su alegación: puede, por el contrario, constituir un medio de defensa para el acusado, y entonces se llama *juramento purgatorio;* finalmente, puede proscribir todo juramento de una ú otra de las partes en los procesos criminales. Cada uno de estos sistemas corresponde á un período diferente en el estado de la civilización y de la legislación penal.

448. El primer sistema pertenece á la infancia de la justicia criminal. El referirse á la declaración del demandante, en lo relativo á los intereses pecuniarios, puede tolerarse, al menos como lo hemos visto en ciertas circunstancias. Pero que se disponga de

la vida ó del honor de un acusado, porque el juramento del acusador haya venido á corroborar una prueba incompleta, es una práctica deplorable, y que no es necesario admitir en los países en que se abandona la acusación á los particulares. Cuando se hallan así en juego intereses tan sagrados, conviene atenerse estrictamente á la regla: *Actore non probante, reus absolvitur.* Entre los pueblos primitivos que han conservado una gran fe en la palabra del hombre, y en un estado de civilización en que es difícil practicar pruebas ordinarias, encontramos este uso del juramento. Las leyes galas (*Legg. wall.*, ed. Wotton, libro 3.º, cap. 3.º, § 31) autorizan á acreditar la acusación de robo manifiesto por medio del juramento del acusador y de otras tres personas, prestado á la puerta del cementerio, ó de la iglesia, y por fin, sobre el altar. Estas leyes tienen igualmente plena confianza en el juramento de una joven soltera respecto del atentado contra las costumbres, lo cual recuerda nuestra antigua máxima: *Creditur virgini juranti se ex Titio prægnantem.* Semejante sistema no se encuentra en el día sino en las comarcas de Oriente, donde se administra la justicia criminal con la mas increible ligereza. Allí, el legislador, supliendo la cualidad de las pruebas con su número, autoriza á probar el asesinato por medio de *cincuenta juramentos* prestados por los parientes de la víctima. (V. los *Estudios sobre la ley musulmana*, de M. Vincent, páginas 65 y sigs.) No se encuentra sin duda alguna semejante abuso del juramento en Atenas y en Roma. Vése allí, sin embargo, ofrecer todavía el acusador espontáneamente su juramento, que sin tener una fuerza perentoria, entra en los elementos de la convicción del juez (1). Pero cualquiera que sea el sistema de instrucción criminal adoptado en las naciones de la Europa moderna, el juramento supletorio del acusador es universalmente desechado, así como el juramento decisorio en lo criminal.

449. No sucede lo mismo con el juramento purgatorio, cuyo uso subsiste aún entre ciertos pueblos civilizados. La facultad de deferir el juramento al acusado es en efecto más favorable, puesto que se dirige á libertarle en vez de agravar su posición, porque es preciso reconocer, á no confundir los principios de procedimiento criminal con los del procedimiento civil, que no debe considerarse aquí la negativa de jurar como una confesión tácita. Así, en Atenas, podía el acusado con el consentimiento del acusador, obtener

(1) Véase el juramento solemne del acusador en la oración de Demóstenes contra Conon, § 14.

su absolución por medio de un juramento con imprecación sobre su propia cabeza. El juramento purgatorio había adquirido una gran importancia en la Edad Media. Según las costumbres germánicas, el acusado llevaba consigo cierto número de parientes ó de amigos que juraban con él *(conjuratores)* (1). Primitivamente la institución de los conjuradores no era otra cosa que una transformación de las guerras privadas; los miembros de la misma familia y de la misma tribu, llamados así en juicio, no daban un testimonio propiamente dicho, sino que sostenían la causa del acusado por medio de su juramento, como la habrían sostenido con las armas en la mano. Más adelante, la Iglesia se apoderó de esta institución, que se llamó *purgatio canonica*, y la transformó en un medio de prueba común, que entraba en el espíritu del antiguo procedimiento inquisitorial, donde se trataba sobre todo de hacer un llamamiento á la conciencia del acusado. Su aplicación se restringió al caso en que fueran inciertas y ligeras las pruebas de la acusación. Hállanse ejemplos del uso de estos *conjuratores* en Alemania hasta 1548; en Suecia una Ordenanza de Cristina (§ 4.°) lo autorizó todavía en 1653. Y el juramento purgatorio deferido al acusado sólo sobrevivió en el derecho común alemán á la abolición del juramento colectivo. Pero en el día, no se usa ya sino en materia no capital, en los casos de sospechas graves contra personas, cuyos antecedentes son honrosos por otra parte. Este juramento se refiere á la *absolutio ab instantia*, permitiendo obtener una absolución completa, en vez de permanecer perpetuamente amenazado por la acusación. Puede considerarse como un correctivo impuesto á un sistema vicioso. * El juramento purgatorio desapareció con la *absolución de la instancia* del Código de procedimiento penal alemán de 1877. * Hállase igualmente en las antiguas leyes inglesas la admisión de la oferta de afirmar por parte del demandado, aun cuando no se tratase más que de una multa: «La ley, dice Blackstone (lib. 3.°, cap. 22, § 6.°), en la sencillez de los antiguos tiempos, no presumía que un hombre quisiera hacerse perjuro por todos los bienes de este mundo.» La democracia americana consagra un abuso mucho más grave del juramento purgatorio, cuando autoriza al plantador, acusado de violencia contra sus esclavos, para discul-

(2) En materia de violación, de adulterio, de virginidad, las leyes galas admiten la exculpación por medio de cierto número de juramentos. Sabido es que tres obispos y trescientos señores afirmaron solemnemente la legitimidad de Clotario II para disculpar á su madre la famosa Fredegunda.

parse, afirmando con juramento su inocencia, lo cual es una prima que se ofrece al perjurio (V. M. Eliseo Reclus, *Revista de Ambos Mundos*, t. 30, pág. 872).

450. En una civilización avanzada, no es tampoco permitido al legislador tener tanta fe en la moralidad humana. Debe desaparecer el juramento purgatorio, como ha desaparecido hace mucho tiempo en los pueblos modernos el juramento deferido al acusador. En Inglaterra, desde el tiempo de Blackstone (loc. cit.), se ha ideado sustituir á las acciones en que se admitía al demandado para que afirmase, acciones nuevas en las cuales no se admite esta afirmación. La jurisprudencia francesa ha rechazado, hace mucho tiempo, toda juramento supletorio en lo criminal, aun respecto á la acción civil (Mascardo, prelim., cuest. 9.ª, núms. 31-37). En Alemania antes de que aboliesen por preterición en el Código de procedimiento penal de 1877 el *juramento purgatorio*, había sido rechazado ya por la Ordenanza criminal de Prusia (§ 392) y por la de Bade acerca del juramento (§ 12). En América, la orden inicua que hemos señalado desapareció con la esclavitud á consecuencia de la terrible prueba de que Lincoln fué mártir.

*** Por derecho español, no puede deferirse el juramento supletorio en las causas criminales, aun al mismo reo para purgarse de los indicios que resultan contra él, como se practicaba anteriormente, pues en el día, y según ya hemos expuesto en otras adiciones á esta obra, no puede tomarse juramento á persona alguna en materias criminales sobre hecho propio, ni tampoco tiene lugar la delación de este juramento al acusador, pues, como dice un escritor notable, nada se adelanta en dichas causas con este juramento.—*(A. del T.)*

*** Véanse nuestras notas relativas á la confesión judicial y á la prueba de testigos.—*(N. de la R.)*

FIN DEL TOMO PRIMERO

ÍNDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO PRIMERO

Páginas.

Prólogo del Traductor VII

Prólogo de la quinta y última edición francesa, y de la
definitiva edición española 1

Introducción 3

Idea sobre el derecho general 5

I. De los diversos medios de prueba en general 14

II. De los diversos medios de prueba en materia judicial 24

Idea sobre el derecho especial 25

Nociones generales sobre el curso de la prueba 26

I. Quién debe probar 27

Regla: onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat 31

Regla: la carga de la prueba incumbe en todos los casos
al que afirma 34

Idea sobre el derecho especial 42

II. Qué debe destituirse á falta de pruebas suficientes 47

Idea sobre el derecho especial 52

III. ¿Qué se puede probar? 56

§ 1. Principios generales sobre los hechos susceptibles de
prueba 58

Idea sobre el derecho especial 59

§ 2. De la prueba en materia de filiación 60

Idea sobre el derecho especial 65

Antigua ley de la filiación para con los difuntos 91

Idea sobre el derecho especial 108

IV. Aplicación de los principios sobre la prueba en materia civil
y en materia criminal 109

Idea sobre el derecho especial 110

PRIMERA PARTE

Introducción especial 113

Idea sobre el derecho especial 118

ÍNDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO PRIMERO

Páginas.

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR V
PRÓLOGO DE LA QUINTA Y ÚLTIMA EDICIÓN FRANCESA, Y DE LA SEGUNDA EDICIÓN ESPAÑOLA VII
INTRODUCCIÓN 1
Adición sobre el derecho español 5
I. De los diversos medios de prueba en general 6
II. De los diversos medios de prueba en materia judicial 15
Adición sobre el derecho español 24
Nociones generales sobre el curso de la prueba 26
I. Quién debe probar 27
Primer punto: ¿Es imposible la prueba de un hecho negativo? 31
Segundo punto: La carga de la prueba, ¿incumbe en todos los casos al que afirma? 34
Adición sobre el derecho español 42
II. Qué debe decidirse á falta de pruebas suficientes 44
Adición sobre el derecho español 53
III. ¿Qué se puede probar? 56
§ 1. Principios generales sobre los hechos susceptibles de prueba 56
Adición sobre el derecho español 59
§ 2. De la prueba en materia de difamación 60
Adición sobre el derecho español 85
APÉNDICE. De la difamación para con los difuntos 91
Adición sobre el derecho español 105
IV. Aplicación de los principios sobre la prueba en materia civil y en materia criminal 106
Adición sobre el derecho español 110

PARTE PRIMERA

EXPERIENCIA PERSONAL 112
Adición sobre el derecho español 115

Páginas.

SECCIÓN PRIMERA

Reconocimiento judicial ó inspección ocular de lugares..... 115
1.º En materia civil..... 115
2.º En materia criminal..... 118
Adición sobre el derecho español..... 122

SECCIÓN SEGUNDA

Complemento de la experiencia personal.—Juicio pericial..... 124
I. Juicio pericial en lo civil..... 126
1.º Curso del juicio pericial..... 128
Adición sobre el derecho español..... 133
2.º Fe ó fuerza del juicio pericial..... 136
Adición sobre el derecho español..... 141
II. Juicio pericial en lo criminal..... 141
Adición sobre el derecho español..... 145

PARTE SEGUNDA

FUERZA Ó FE EN EL TESTIMONIO.—PRUEBAS PROPIAMENTE DICHAS. 147
Adición sobre el derecho español..... 151

LIBRO PRIMERO

PRUEBAS EN SU FORMA MÁS SENCILLA, GENERALMENTE ORALES.... 152

PRIMER MEDIO DE PRUEBA ORAL

Prueba por testigos..... 153

SECCIÓN PRIMERA

Admisión de la prueba de testigos..... 153
Adición sobre el derecho español..... 154

REGLA PRIMERA

Exclusión de la prueba de testigos, contra y fuera del contenido de las actas ó instrumentos..... 155
Adición sobre el derecho español..... 171

REGLA SEGUNDA

Exclusión total de la prueba por testigos en ciertas materias..... 173
División primera.—Exclusión de la prueba por testigos en materia de convenciones ó contratos..... 175
Adición sobre el derecho español..... 179
§ 1. Aplicación de esta regla..... 180
§ 2. Excepciones á esta regla..... 184
Primera causa de excepción. Modicidad del valor del litigio. 185
Adición sobre el derecho español..... 193
Segunda causa de excepción. Principio de prueba por escrito. 193
Adición sobre el derecho español..... 198

Páginas.

Tercera causa de excepción. Imposibilidad de proporcionarse una prueba literal ó instrumental 198
Adición sobre el derecho español 206
Cuarta causa de excepción. Consentimiento del adversario .. 206
Adición sobre el derecho español 209
§ 3. Casos en que se extiende más la exclusión 209
Adición sobre el derecho español 218
División segunda.—Restricciones especiales respecto de las cuestiones de Estado 220
Adición sobre el derecho español 224
§ 1. Nacimiento y defunción 225
Adición sobre el derecho español 228
§ 2. Matrimonio 230
Adición sobre el derecho español 240
§ 3. Filiación 241
1.º Legítima 242
Adición sobre el derecho español 253
2.º Natural 255
Adición sobre el derecho español 271
División tercera.—Admisibilidad en lo criminal de la prueba testimonial 274
Adición sobre el derecho español 290
APÉNDICE DE LA PRIMERA SECCIÓN.—Prueba testimonial en segundo grado.—Prueba de pública voz y fama 291
Adición sobre el derecho español 299

SECCIÓN SEGUNDA

Modo de practicarse la prueba testimonial 300
Adición sobre el derecho español 304

PRIMERA FORMA DE EXAMEN

Examen ó información escrita 304
Adición sobre el derecho español 304
§ 1. Curso general de la información ó examen de testigos ... 306
Adición sobre el derecho español 320
§ 2. Sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos 322
Adición sobre el derecho español 328
§ 3. Exclusión de ciertos testigos 330
Adición sobre el derecho español 344
§ 4. Apreciación de los testimonios 345
Adición sobre el derecho español 354
§ 5. Influencia de la información ó examen de testigos sobre la decisión definitiva 356

Páginas.

SEGUNDA FORMA DEL EXAMEN Ó INFORMACIÓN

Adición sobre el derecho español..... 361
Examen ó información oral..... 361
I. Examen oral en lo civil, llamado sumario..... 362
Adición sobre el derecho español..... 365
II. Modo de practicarse la prueba testimonial en materia criminal..... 365
§ 1. Curso general de los debates..... 368
Adición sobre el derecho español..... 378
§ 2. Sanciones de la comparecencia y de la veracidad de los testigos..... 379
Adición sobre el derecho español..... 389
§ 3. Exclusión de ciertos testimonios..... 390
Adición sobre el derecho español..... 398
§ 4. Apreciación de los testimonios..... 399
Adición sobre el derecho español..... 404

SEGUNDO MEDIO DE PRUEBA ORAL

Declaración del demandado.—Confesión expresa ó tácita..... 405
Adición sobre el derecho español..... 405

PRIMERA ESPECIE DE CONFESIÓN

Confesión expresa, ó confesión propiamente dicha..... 405

SECCIÓN PRIMERA

Fuerza de la confesión..... 406
División primera.—Fuerza de la confesión en materia civil..... 406
§ 1. Confesión judicial..... 407
Adición sobre el derecho español..... 419
§ 2. Confesión extrajudicial..... 421
Adición sobre el derecho español..... 424
División segunda.—Fuerza de la confesión en materia criminal..... 425
Adición sobre el derecho español..... 433

SECCIÓN SEGUNDA

Provocación de la confesión..... 435
División primera.—En materia civil..... 436
Adición sobre el derecho español..... 438
I. Interrogatorio sobre hechos y artículos..... 439
Adición sobre el derecho español..... 447
II. Comparecencia de las partes..... 448
Adición sobre el derecho español..... 449
División segunda.—Provocación de la confesión en materia criminal. 450
Adición sobre el derecho español..... 457

Páginas.

§ 1. Interrogatorio en la instrucción ó procedimiento preparatorio..... 457
Adición sobre el derecho español..... 461
§ 2. Interrogatorio durante los debates..... 461
Adición sobre el derecho español..... 467

SEGUNDA ESPECIE DE CONFESIÓN

Confesión tácita.—Juramento decisorio..... 467

SECCIÓN PRIMERA

Uso del juramento decisorio en lo civil..... 471
§ 1. Declaración del juramento..... 471
Adición sobre el derecho español..... 481
§ 2. Prestación del juramento..... 482
Adición sobre el derecho español..... 489
§ 3. Efectos de la prestación del juramento..... 489
Adición sobre el derecho español..... 494
§ 4. Negativa á prestar ó á referir el juramento..... 494
Adición sobre el derecho español..... 495

SECCIÓN SEGUNDA

Inadmisión del juramento decisorio en materia criminal..... 495
Adición sobre el derecho español..... 496

TERCER MEDIO DE PRUEBA ORAL

Declaración del demandante..... 497

SECCIÓN PRIMERA

Casos en que da la ley crédito exclusivo á la declaración de una de las partes..... 498
Adición sobre el derecho español..... 501

SECCIÓN SEGUNDA

Declaración del demandante ó del demandado, á elección del juez. —Juramento supletorio..... 501
Adición sobre el derecho español; nota..... 502
División primera.—Uso del juramento supletorio en lo civil..... 503
Adición sobre el derecho español..... 506
División segunda.—Inadmisión del juramento supletorio en lo criminal..... 506
Adición sobre el derecho español..... 509

FIN DEL ÍNDICE

BONNIER

TRATADO

DE DERECHO CIVIL

Y PENAL

1

15.612