

de prueba. En estos procedimientos se observará lo que antes hemos dicho respecto al modo de evacuar su cometido los peritos de primer nombramiento explicando las reglas 4.^a á 7.^a.—Debemos advertir, por último, que cada parte debe pagar los honorarios ó derechos del perito que haya nombrado, y por partes iguales entre todas las del perito tercero, sin perjuicio de la condenacion de costas que pueda imponerse en definitiva.

§. 6.^o

RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

Entre los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, el art. 279 coloca en sexto lugar el *reconocimiento judicial*, llamado tambien en la jurisprudencia antigua *inspeccion y vista ocular*, el cual consiste en el exámen que hace el Juez por sí mismo de la cosa litigiosa con el objeto de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. Tambien las leyes de Partida (1) reconocieron este medio de prueba, del cual puede hacerse uso á instancia de parte y de oficio: del primer modo, durante la dilacion probatoria; y de oficio, cuando el Juez lo decreta *para mejor proveer* en virtud de la facultad que le concede el artículo 48, que puede consultarse con su comentario en el tomo 1.^o

Nada indica la nueva Ley respecto de los casos en que podrá hacerse uso del reconocimiento judicial, dejando así subsistente la práctica antigua que lo permitia siempre que era indispensable que el Juez examinara por sí mismo la cosa litigiosa para poder formar juicio exacto acerca de la cuestion debatida en el pleito. "Contiendas é pleytos, dice la ley 13, tít. 14, Part. 3.^a, acaecen entre los omes que non se pueden departir por prueba de testigos, ó de carta, ó de sospecha; á menos que el judgador vea primeramente aquella cosa sobre que es la contienda, ó el pleyto." Esta es la regla general que habrá de observarse; pues aunque la misma ley y la 8.^a del propio título se refieren á las cuestiones de deslinde y amojonamiento, destruccion de edificios ruinosos, y lesiones corporales, esto lo hacen por vía de ejemplo, sin que se entiendan escluidos los demás casos en que los litigantes y el Juez crean necesario el reconocimiento judicial para que éste pueda fallar con acierto.

Ordinariamente el reconocimiento judicial recae sobre hechos, cuya existencia se halla probada en el pleito, pero que reúnen circunstancias especiales de influencia en la cuestion, que no pueden apreciarse debidamente sin que el Juez vea y examine por sí mismo el estado de la cosa litigiosa. Así lo evidencia la ley 13 antes citada, la cual concluye con estas palabras: "Ca en cualquiera de estas razones non deve el judgador *dar el pleyto por provado*, á menos de ver él primeramente, cual es el fecho porque ha de dar su juyzio, é en qué manera lo podrá mejor é mas derechamente departir."

Unas veces los hechos sometidos á la inspeccion del Juez son de tal naturaleza, que basta que este reconozca por sí mismo la cosa litigiosa para que pueda formar juicio exacto acerca de ellos; pero en otras, es indispensable la concurrencia de personas entendidas ó peritas para que le ilustren con su juicio. De aquí la práctica de ejecutarse la inspeccion ocular con asistencia de peritos, siempre que el asunto requiere que se oiga el dictámen de éstos. Aunque el art. 305 solo se concreta al caso en que el Juez deba practicar por sí solo el reconocimiento, no escluye, ni podia escluir, el otro caso en que es necesaria la concurrencia de peritos. Entonces vienen á practicarse á la vez dos medios de prueba, el reconocimiento judicial y el juicio de peritos, y deberán observarse las reglas que prescribe la Ley para uno y otro. Los peritos serán nombrados

1. Leyes 8 y 13, tít. 14, Part. 3.^a

y evacuarán su cometido con sujecion al art. 303, y el reconocimiento judicial se practicará con arreglo al 305, oyendo el Juez las observaciones de las partes y sus letrados, y tambien las de los peritos, consignándolo todo en el acta que deberá estenderse; y luego estos rendirán la oportuna declaracion, en la cual emitirán el dictámen ó juicio que hayan formado. Veamos ahora lo que disponen los arts. 304 y 305, que únicamente se refieren al modo de practicar el reconocimiento judicial.

ARTICULO 304.

El reconocimiento judicial se hará siempre con citacion prévia, determinada y espresa para él.

ARTÍCULO 305.

Las partes ó sus representantes y Letrados podrán concurrir á la diligencia de reconocimiento, y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportunas. Estas se insertarán en el acta que se estienda.

Supérfluo nos parece el art. 304, por el cual se previene que el reconocimiento judicial se haga siempre con citacion prévia, determinada y espresa para él, toda vez que lo mismo sustancialmente preceptúa por regla general el art. 278 para toda diligencia de prueba. Si aquel artículo dijera que el reconocimiento judicial se hará siempre con señalamiento prévio del dia y hora en que haya de ejecutarse, creemos estaria mejor espresado su objeto, que no puede ser otro que el que acabamos de indicar, pues esa citacion prévia, determinada y espresa que ordena, es indudablemente para que puedan concurrir al acto las partes ó sus representantes y letrados, y á este fin es indispensable el señalamiento prévio de dia y hora, que siempre deberá hacer el Juez al admitir y ordenar este medio de prueba. Téngase presente que la citacion ha de hacerse á los procuradores de las partes (arts. 13 y 16) lo mas tarde el dia antes del en que hubiere de tener lugar el reconocimiento, como preceptúa el art. 278 antes citado.

Sobre ser supérfluo el art. 304, podrá dar lugar á una duda importante: cuando el reconocimiento judicial sea de libros y papeles de los litigantes; podrá dudarse si habrá de practicarse siempre con citacion prévia, determinada y espresa para él, como preceptúa dicho artículo, ó sin citacion de la parte contraria, como lo ordena el párrafo 2.^o del 278. Para nosotros es indudable que el art. 304 no deroga ni podia derogar el 278 en el particular antedicho, en cuyo favor existen las razones de conveniencia y de justicia que hemos espuesto en su comentario, en este tomo. Sin embargo, es necesario no confundir los casos: cuando el reconocimiento judicial de libros y papeles de uno de los litigantes tenga por objeto indagar la existencia de algun hecho ó documento que niegue el que los tenga en su poder, ó la práctica de cualquiera otra diligencia cuyos resultados pudieran frustrarse con el aviso prévio, entonces no solo no deberá citársele préviamente, sino que tampoco ha de notificarse el auto en que se mande, á cuyo caso se refiere indudablemente el art. 278; pero cuando el reconocimiento sea para practicar un cotejo, ver si los libros se llevan con las formalidades correspondientes, ó para cualquiera otra diligencia en que no haya dicho peligro, en tal caso no deberá omitirse la citacion prévia que prescribe el art. 304 que estamos comentando.

El 305 determina con bastante precision y claridad el modo de ejecutar el reconocimiento judicial. Siguiendo la práctica antigua ordena que "las partes ó sus representantes y letrados podrán concurrir á la diligencia de reconocimiento, y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportunas." Estas deberán ser pertinentes, y dirigidas á esclarecer la verdad de los hechos, para que el Juez pueda admitirlas. Nó-

tese que á pesar de que el art. 13 obliga á comparecer en juicio por medio de procurador en los casos que espresa, el que estamos comentando permite con razon que, además de los procuradores y letrados, puedan concurrir al reconocimiento judicial los litigantes mismos en persona, y hacer al Juez de palabra las observaciones que estimen oportunas: en muchos casos nadie podrá hacerlas con mas acierto que ellos. Practicado el reconocimiento, se estenderá en los autos el acta ó diligencia espresiva de todo lo que se haya visto y observado relativamente al hecho controvertido y que conduzca al esclarecimiento de la verdad, insertándose tambien en ella las observaciones que hubieren hecho las partes ó sus representantes y letrados, y en seguida será firmada por el Juez, el escribano y las demás personas que hubieren concurrido, haciendo espresion de las que no firman por no saber ó no poder. (Véase prácticamente en los formularios.)

En las observaciones que preceden á este comentario hemos demostrado que podrán practicarse á la vez el reconocimiento judicial y el juicio de peritos, los cuales serán nombrados y evacuarán su cometido con sujecion á las reglas del art. 303. Cuando esto suceda, tambien los peritos concurrirán al acto del reconocimiento para ilustrar al Juez, y se insertarán en el acta las observaciones que los mismos hicieren, sin perjuicio de rendir luego su declaracion.—Algunos autores prácticos aconsejan que cuando no asistan peritos á la inspeccion ocular, el Juez nombre dos testigos que la presencien. No vemos razon que lo justifique. Los testigos no pueden dar al acto mas autenticidad de la que le confieren la autorizacion del Juez, la intervencion de las partes, y la fé pública del escribano. Además, el art. 305 no exige la concurrencia de testigos; y de consiguiente, sin la presenencia de estos será legal el acto, aun cuando no hayan concurrido los interesados, toda vez que hayan sido citados con un dia de antelacion (artículos 278 y 304).

§. 7º

TESTIGOS.

Testigos, dice la ley de Partida (1), son omes ó mujeres, que son atales, que non pueden desechar de prueba que aducen las partes en juyzio, para probar las cosas negadas, ó dubdosas." Reduciendo esta definicion á términos mas precisos y adecuados al objeto de que se trata, diremos que *testigo* es toda persona que declara en juicio acerca de los hechos alegados ó controvertidos. Reciben en el foro diversas denominaciones segun las circunstancias que concurren en sus dichos: llámase *testigo presencial ó de vista*, el que depone sobre hechos que ha visto y presenciado: *de oídas*, el que se refiere al dicho de otra persona: *instrumental*, el que ha sido testigo del otorgamiento de una escritura: *falso*, el que ha faltado maliciosamente á la verdad en su declaracion: *abonado*, el que no pudiendo ratificarse por estar ausente ó haber fallecido, se corrobora su dicho con la justificacion de su veracidad y de no tener tacha legal: *libre de toda escepcion*, y tambien *abonado*, el que no tiene tacha legal: *testigos contestes*, aquellos cuyas declaraciones están conformes en el hecho y en sus circunstancias; y *singulares* los que discuerdan en el hecho, persona, ó en cualquiera otra circunstancia esencial. Esta *discordancia ó singularidad* de los testigos se dice *adversativa* ú *obstativa* cuando el dicho de un testigo está en contradiccion con el de otro: *diversificativa*, cuando cada testigo depone sobre hechos diferentes, pero que no se contradicen; y *acumulativa ó adminiculativa*, cuando los testigos declaran sobre hechos que, aunque diversos, se ayudan mutuamente por ir todos dirigidos á probar el punto que se controvierte. Conviene tener presentes estas calificaciones para poder apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, de lo cual nos ocuparemos en el comentario del art. 217.

1. Ley 1ª, tít. 16, Part. 3ª

Una triste esperiencia tiene demostrado que no hay prueba tan peligrosa como la de testigos, pero tampoco otra mas necesaria, porque, como dice la ley de Partida antes citada, "se sabe la verdad por su testimonio, que en otra manera seria escondida muchas veces." Así es que la han admitido todas las legislaciones desde los tiempos mas remotos hasta el dia, si bien adoptando las precauciones que se han creido oportunas para evitar en lo posible los fraudes á que tan fácilmente se presta. La nueva Ley por lo tanto no debia desecharla, si bien la ha colocado en último lugar entre los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios (art. 279), dando con ello á entender que la tiene por la mas débil y menos atendible.

Divididas se hallan las opiniones de los juriconsultos acerca de si deberán ó no ser recibidas en público ó á presencia de las partes las declaraciones de los testigos como medio mas conveniente para que se sujeten á la verdad. Cuando vimos en la base 4ª de la ley de 13 de Mayo de 1855 consignado el principio de que *la prueba sea pública para los litigantes*, creimos se hubiera dado á la de testigos esta publicidad, ensayada con buen éxito por regla geneal en las causas criminales (1), en los pleitos de menor cuantía (2), y en los negocios contencioso-administrativos (3). Sin embargo, los autores de la nueva Ley, teniendo sin duda en consideracion nuestra antigua jurisprudencia, que dicha forma de prueba no está en completa armonía con la organizacion de nuestros tribunales, y que en la misma base antedicha se previene que *los litigantes tendrán el derecho de presentar contra-interrogatorios*, los cuales serian innecesarios pudiendo presenciar el exámen de los testigos, no han creido conveniente hacer tan notable reforma, y no sin razon han tenido por cumplida dicha base acordando la publicidad de los interrogatorios (art. 307) pero con la reserva de los contra-interrogatorios (art. 311) y de las declaraciones (arts. 313 y sigs.). No deseñocemos los inconvenientes de la publicidad de la prueba de testigos en los términos absolutos que la estableció el art. 19 de la Instruccion de 30 de Setiembre de 1853; mas en nuestro concepto, se hubieran salvado habiendo fijado un término preciso para proponer la prueba, como hemos dicho en el comentario del art. 273 de este tomo, dentro del cual se hubieran de presentar tambien las listas de todos los testigos de que intentaran valerse las partes. No nos estendemos mas sobre este particular porque nuestro deber es explicar la Ley tal como á sido sancionada y debe ejecutarse.

¿Quiénes pueden ser testigos? Hé aquí una pregunta importante, á que no contesta directa y categóricamente la nueva Ley de enjuiciamiento. El art. 320 fija las tachas legales que pueden objetarse á los testigos, y como demostraremos en su comentario, á ellas solas queda reducido el escesivo número de las que autorizaban las leyes de Partida. Sin embargo, hay prohibiciones que son de sentido comun por mas que no se hallen consignadas en la Ley. El hombre "que haya perdido el seso, en cuanto le dure, la locura," como dice la ley de Partida (4); el sordo--mudo; el ciego, respecto de hechos que solo pueden percibirse y apreciarse por el órgano de la vista, ¿cómo han de poder ser testigos? ¿Qué fé podrian merecer sus deposiciones? Aun cuando estos defectos no se hallen comprendidos entre las tachas legales, ellos imposibilitan al hombre física y moralmente para declarar como testigo; y una imposibilidad de esta naturaleza no puede ser rehabilitada por la Ley. Los tribunales, pues, desecharian las declaraciones de esos testigos, caso que se presentaran, haciendo uso de la facultad que les con-

1. Dispos. 8ª del artículo 51 del Reglam. prov. para la administracion de justicia; art. 23 del decreto de las Cortes de 17 de Abril de 1821 restablecido en 30 de Agosto de 1836, y art. 77 del Real decreto de 20 de Junio de 1852.

2. Art. 10 de la ley de 10 de Enero de 1838.

3. Art. 127 y 154 en su relacion con el 135 del reglamento de 30 de Diciembre de 1846.

4. Ley 8, tít. 16, Part. 3ª

cede el artículo 317. En el comentario de este artículo y en el del 320 completaremos esta materia.—Téngase presente que según las reglas de derecho internacional privado generalmente admitidas, la capacidad de los testigos se rige por las leyes del país en que ha tenido lugar el acto ó contrato sobre que declaran.

Tampoco espresa la nueva Ley la edad que se requiere para poder ser testigo: la de Partida (1) la fijó para las causas civiles en los catorce años cumplidos, teniendo en consideración que antes de esta edad no tiene el hombre el criterio necesario para poder discernir y apreciar los hechos; mas no por esto prohibió que se admitieran á declarar, antes bien añadió, que “seyendo de buen entendimiento, atales menores farian grand presumpcion al fecho sobre que fuesse el testimonio.” Del párrafo 3º del artículo 314 se deduce, que la nueva Ley acepta esta doctrina: en su consecuencia, el Juez deberá admitir la declaración del menor de 14 años; pero sin exigirle juramento, y á reserva de dar á su dicho el valor que entienda le corresponde, según las reglas de la sana crítica.

No fija tampoco la Ley de enjuiciamiento el número de testigos que cada parte podrá presentar en juicio: en doce los tasó la ley de Partida (2), y las Recopiladas aumentaron este número hasta treinta por cada pregunta (3). Estas disposiciones las creamos derogadas en virtud del art. 1415, y por las reglas que espusimos en la Introducción del tomo 1º. Bien conocemos que podrán los litigantes abusar de esta ilimitada facultad, á evitar lo cual iban dirigidas las leyes antes citadas: pero también tiene sus inconvenientes limitar la defensa de las partes. Como correctivo de tal abuso pudiera haberse establecido, á semejanza de lo que dispone el art. 281 del Código de procedimiento civil de Francia, que las costas causadas en el exámen de los testigos que pasaran de un número determinado, de seis por ejemplo, fueran en todo caso de cargo de la parte que los hubiera presentado.

Dá por supuesto la Ley que cada parte ha de presentar en el juzgado los testigos de que intente valerse, y no ha previsto el caso bastante frecuente de que estos se nieguen á comparecer. Como en tal caso no sería justo dejar privado al litigante de este medio de prueba, quizás el único que tenga para justificar sus pretensiones, la equidad y la justicia aconsejan que siga observándose lo que la jurisprudencia y las leyes (4) tienen establecido. El litigante, pues, que se encuentre en dicho caso, solicitará que se haga comparecer á los testigos que no han querido hacerlo á invitación suya: el Juez, accediendo á esta petición, mandará que se les cite para el día y hora que señale, cuya citación se hará por medio de cédula ó papeleta que les entregará el alguacil ó escribano, ó por medio de oficio dirigido á la autoridad de quien dependan en caso de ser aforados (5). Si no comparecieren, á petición también de la parte, el Juez les apremiará, apercibiéndoles con multa arreglada al tipo que marca el art. 42; y si esto no bastara, dispondrá que se les exija la multa, y que sean conducidos por la fuerza ante el tribunal ó juzgado, debiendo formarles causa criminal cuando la desobediencia fuere grave. Mas, téngase presente que están dispensados de comparecer en el juzgado para prestar su declaración los mayores de sesenta años; los militares en campaña; los que no puedan hacerlo sin riesgo de su seguridad personal; los enfermos gravemente, ó físicamente impedidos; los arzobispos, obispos y demás personas constituidas en alta dignidad ó autoridad, y las mujeres honradas: cuando alguno de estos tenga que declarar,

1. Ley 9, tít. 16, Part. 3ª

2. Ley 32, tít. 16, Part. 3ª

3. Leyes 2, 4 y 5, tít. 11, lib. 11, Nov. Rec.

4. Leyes 35, tít. 16, Part. 3ª; y 1ª, tít. 11, lib. 11, Nov. Rec.

5. Nota 4ª al tít. 11, lib. 11, Nov. Rec.

debe el Juez pasar á su casa á recibirle la declaración (1), sin poder comisionar para ello al escribano (art. 33).

Aunque el art. 312 determina lo que habrá de hacerse cuando el exámen de los testigos haya de verificarse en punto distinto del en que se siga el pleito, ni en él ni en otra parte se fijan los casos en que esto podrá tener lugar. A falta de disposición terminante habrá de seguirse lo que la práctica mas generalmente admitida y mejor fundada tiene establecido. Los testigos que residan en el lugar del juicio deberán comparecer ante el Juez que conoce del pleito. Si residen en otro pueblo del mismo partido, también deben comparecer ante dicho Juez, particularmente siendo el pleito de importancia, á no ser que por ocupaciones graves ó por otra causa justa no pudieran verificarlo, en cuyo caso á solicitud de la parte interesada se dá comision al Juez de paz del lugar en que residen para que les reciba la declaración. Y si residen fuera del partido, no se les obliga en ningún caso á que comparezcan ante el Juez de la causa, aunque podrán hacerlo voluntariamente; y para su exámen, también á petición de la parte interesada, se dirige exhorto cometido al Juez de primera instancia del partido en que se hallen, siempre con citación contraria. Sobre esta materia téngase presente lo que disponen los artículos 33 y 34 y cuanto hemos espuesto en su comentario, en el tomo 1º; como asimismo lo que ordena el art. 312.—Cada litigante debe abonar á sus testigos los gastos ó perjuicios que se les originen para comparecer en el juzgado (2).

De algunas otras dudas y omisiones nos haremos cargo en los comentarios de los artículos 306 á 317 que vamos á examinar, en los cuales se determinan las reglas que han de observarse para llevar á efecto la prueba de testigos.

ARTÍCULO 306.

El exámen de testigos se hará con sujeción á los interrogatorios por capítulos que presenten las partes.

ARTÍCULO 307.

Los jueces examinarán dichos interrogatorios, y aprobados que sean, ó eschuidas las preguntas que estimen no pertinentes, mandarán dar de ellos copia á la otra parte.

ARTÍCULO 308.

Los litigantes podrán presentar interrogatorios de repreguntas antes del exámen de los testigos. El Juez aprobará los pertinentes, y desechará las demás.

ARTÍCULO 309.

Los interrogatorios de preguntas y repreguntas deberán formularse de una manera afirmativa.

El art. 306 viene á sancionar lo mismo que hasta ahora se ha ejecutado con arreglo á nuestra antigua jurisprudencia, esto es, que “el exámen de testigos se hará con sujeción á los interrogatorios por capítulos que presenten las partes.” Estos interrogatorios han de presentarse autorizados con la firma del abogado (3) y del procurador de la parte. Los capítulos ó preguntas deben ser concernientes á los hechos que se controvertan: el buen método exige que se presenten numerados, siguiendo el orden natural de los acontecimientos, redactados con claridad y precisión, “por pocas palabras, non embolviendo muchas razones en uno, de manera que el preguntado las pueda en-

1. Ley 35, tít. 16, Part. 3ª

2. Ley 26; tít. 16, Part. 3ª

3. Ley 8ª, tít. 10, lib. 11, Nov. Rec.