

servancia de las reglas del antiguo derecho no podría dar lugar á la casacion (1).

246. Una prueba por comun fama, que no es absolutamente exagerada, es la prueba de la misma opinion pública, especialmente en las cuestiones de posesion de estado, donde se investiga, por ejemplo (Cód. Nap., art. 321), si un hijo ha sido reconocido constantemente como legítimo entre las gentes. Es claro que entonces no pueden declarar los testigos sino sobre la opinion pública, puesto que la cuestion principal versa principalmente sobre este punto, siendo el objeto de la informacion, como dicen los jurisconsultos ingleses (número 241), el concurso de las opiniones sobre el mismo derecho.

247. Finalmente, en los casos en que se admite escepcionalmente la prueba por comun fama, llega á ser, en tésis general, un medio tan legal como otro cualquiera, y cuya influencia seria arbitrario restringir. Es preciso, pues, reconocer con el tribunal de Burdeos (sent. del 20 de Junio de 1826), que la prueba por comun fama tiene efecto, no solamente con relacion al administrador que descuidó hacer inventario, ó á sus herederos, sino tambien respecto de los terceros. Sin embargo, ya hemos visto (número 254) que á veces hay mas severidad para la prueba en lo que toca á un tercero interesado en que las relaciones de los esposos, cuando se trata de acreditar la importancia de sus derechos.

Segun 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 número 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 segun la ley 29, tít. 16, Part. 3.^a solo tiene fuerza sobre sucesos y otras cosas antiguas

1. Si puede consignarse la fama comun por una tradicion oral, con mas razon se puede probar por documentos judiciales. Por eso ha considerado una sentencia de 7 de Marzo de 1854, como título insuficiente, en favor del comun de Seillans, 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 1793, bien que no se hubieran dado entre las partes que litigaban á la sazón.

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 comun 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 y 14, tít. 14, Part. 3). Para que sirva de prueba se requiere: 1.^o que se derive de personas ciertas, graves, honestas, fidedignas y desinteresadas, no debiendo tomarse en consideracion la que nace de personas malélicas, sospechosas ó interesadas en ella; 2.^o que se funde en causas probables; 3.^o que se refiera á tiempo anterior al pleito, pues de lo contrario, tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de éste y que su motor la esparció; 4.^o 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 semi-plena probanza en los negocios civiles, debiendo apreciar siempre el juez las circunstancias de éstos y demás motivos especiales que pudieron desvirtuar ó afirmar aquella.

Segun sientan los autores, en los casos en que se trate de cosas muy antiguas que escuden 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 algun crédito y atencion. Así opinan Mazcardo, Paz, Jordan, Engel y otros; pero aun en estos casos, debe darse 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.^o Corroboracion con otras presunciones y datos, como su generalidad, la larga distancia del punto donde se supone el fallecimiento, la ausencia por mas 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).

En las causas criminales, la fama pública no constituye ni aun semi-plena 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. (V. la ley 12, tít. 14, Part. 3). (V. tambien la nota al número 52 de esta obra).

Respecto de la posesion inmemorial á que se refiere M. Bonnier en el número 245

como medio de prueba, la admite tambien nuestro derecho. Esta posesion 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. Tambien exige nuestro derecho la posesion inmemorial para probar la constitucion de las servidumbres discontinuas. (V. la ley 15, tít. 31, Part. 3). Para probar la posesion inmemorial respecto de los mayorazgos y señoríos y jurisdicciones civiles y criminales de las ciudades, villas y lugares, se requeriria por nuestras leyes la presentacion de testigos que dijieran que así lo vieron ellos por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, quienes tambien lo habian visto y oído sin cosa en contrario, siendo tal la pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. (V. las leyes 1, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Recop., y la 7, 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, tít. 7, lib. 5 de la Recop.). No se exigen, pues, por nuestro derecho estas circunstancias, ni las á que se refiere M. Bonnier en el número 245 citado, en la prueba por posesion inmemorial de las servidumbres discontinuas.—(N. de C.)

Nuestro Código de procedimientos establece para que la prueba de testigos haga fé plena que declaren de ciencia cierta; esto es, que hayan oído pronunciar las palabras, presenciado el acto ó visto el hecho material sobre que deponen [art. 788, frac. 3.^a]. Los testigos de oídas solo hacen fé respecto de hechos antiguos en los términos que explicamos en seguida [art. 792].

La fama pública para que sea admitida como prueba debe tener las condiciones siguientes: 1.^o Que se refiera á época anterior al principio del pleito; 2.^o Que tenga origen de personas determinadas, que sean ó hayan sido conocidas, honradas, fidedignas y que no hayan tenido ni tengan interés alguno en el negocio de que se trata; 3.^o Que sea uniforme, constante y aceptada por la generalidad de la poblacion donde se supone acontecido el suceso de que se trate; 4.^o Que no tenga por fundamento las preocupaciones religiosas ó populares, ni las exageraciones de los partidos políticos, sino una tradicion racional ó algunos hechos que, aunque indirectamente, la comprueben [art. 754]. Debe probarse la fama pública con tres ó mas testigos que no solo sean mayores de toda escepcion, sino que por su edad, por su inteligencia y por la independencia de su posicion social merezcan verdaderamente el nombre de fidedignos. Deben declarar no solo las personas á quienes oyeron referir el suceso, sino tambien las causas probables en que descansa la creencia de la sociedad [arts. 755 y 756].—[N. de los EE].

SECCION SEGUNDA.

MODO DE PRACTICARSE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

SUMARIO.

248. Distincion entre el procedimiento civil y el criminal.

249. ¿Es fundada esta distincion?

250. Division.

248. Despues de haber visto cuándo se admite la prueba testimonial por nuestras leyes, debemos examinar cómo se produce esta prueba en la práctica. El exámen de testigos, que estaba libre de toda especie de formas en la legislacion romana, fué recargado por la antigua jurisprudencia con una multitud de trabas facticias. En esta materia, el sistema de las pruebas legales, cuya peligrosa propension hemos señalado, ha recibido aplicaciones muy singulares. Ya veremos que no subsisten en el día mas que algunos vestigios del sistema que tasaba los testimonios en vez de someterlos á la conciencia del juez. Pero otra práctica, que se refiere 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 produccion secreta de la prueba testimonial se introdujo en la Edad Media, tan solo lentamente y á consecuencia de circunstancias particulares. Montesquieu (*Esprit de las leyes*, lib. 28, cap. 34), piensa que la reaccion 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 (número 251), la institucion de la apelacion que contribuyó á fortificar el hábito de juzgar, 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 de muy temprano á la

publicidad, parece haber influido también en los hábitos de nuestros jueces, especialmente durante la residencia de los Papas en Avignon (1). Como quiera que sea, solo 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 esta época apoyar en las leyes romanas las doctrinas más estrañas á las ideas de los jurisperitos romanos, se pretendió volver á encontrar el secreto de las informaciones en una constitución de Zenon (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. IX).

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 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 espresamente prohibido á los escribanos comunicar las informaciones (Ord. de 1670, tít. IV, art. 15). Por último, la Asamblea constituyente decidió por la ley de 29 de Setiembre de 1691, 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. Desgraciadamen-

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 [Stat. 15 y 16, Vict., cap. 86] que sometió al derecho común el examen de los testigos.

te este decreto se contentó con asentar 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 procedimientos, 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. Hácela combatido, no solamente por teóricos á veces sospechosos, tales como Bentham, sino también por Boncenne, siempre tan preocupado de lo que requiere la práctica; por Boitard, este espíritu tan sábio y tan elevado á un tiempo mismo; más recientemente aun, 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*, tomo XII, pág. 318 y sigs.) Las ventajas que ofrece la publicidad, ya por permitir al juez averiguar la verdad observando el acento de los testigos y todo su continente (2), ya para garantizar 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 procedimientos 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

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 oírle.*

altercados que puedan comprometer la dignidad del tribunal; finalmente, el inconveniente de ocupar á todo el 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 escitadas. Y no obstante, la experiencia ha hecho justicia sobre estos temores, que se han realizado raras 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 criminal. Pero ¿quién no vé, que cuando se trata de un pequeño número de testigos, es más fácil oírles 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? (1). 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

1. La ley de 15 de Junio de 1869 previene que inmediatamente que un testigo haya declarado contra el acusado se proceda al careo de ambos, lo cual indica que la primera declaración se ha de practicar en secreto. Los testigos deben concurrir al acto del jurado que es público, y allí ratificar ó ampliar sus declaraciones que les serán leídas para este efecto, practicándose otra especie de careo con el procesado. Las partes pueden presentar al jurado nuevos testigos y pueden también interrogar á los que no hubiesen presentado: artículos 9, y del 17 al 20.—N. de los EE.—

procedimiento de 1819, no puede ser decisiva para nosotros (1). 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 inclinamos 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 adoptase á esta importante reforma.

250. Entrando ahora en los pormenores de la legislación actual, ocupémonos primeramente del examen de los testigos en las materias civiles ordinarias, donde se ha seguido más los procedimientos de la antigua jurisprudencia. En seguida hablaremos del examen oral, primeramente respecto de las materias civiles, y después, de las criminales.

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 (capítulo XL), que comisionadas para oír á los testigos, se llaman *oidores*, porque deben oír 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 querrela." Ha-

1. Véase la nota al número 251.—(N. de C.)