

296. Cuando antiguamente se decía que tal persona no era apta mas que para prestar una simple declaracion, para dar simples noticias, esta restriccion tenia una gran importancia, puesto que indicaba, que una declaracion de tal clase no podia constituir nunca una unidad, sino á lo mas una fraccion, 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 declaracion, 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 declaracion, 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*, lib. I, cap. XVII) "la imagen de una escala dividida en diez gradas: esta escala tiene un lado *positivo*, en el cual se inscriben los grados de persuacion positiva, es decir, que afirman la existencia del hecho en cuestion, y otro lado *negativo*, en el cual se inscriben los grados de persuacion 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 persuacion en pró ó en contra. El testigo dice: "Mi persuacion 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 so-

398.—como si el que ha mentado una vez, no pudiera decir verdad en una segunda ocasion, si no tiene motivo alguno para apartarse de lo cierto.

En ningun art. del Cód. de proc., puede fundarse la prohibicion de que la mujer sea testigo, antes bien entre las tachas legales se dice que un cónyuge, sin hacer distincion de sexos, no puede ser testigo á favor del otro, lo cual supone que la mujer puede presentarse á declarar. Esto lo confirma el art. 734 que previene que el juez pueda tomar declaracion á las mujeres en su casa.—N. de los EE.—

"bre ó bajo cero. . . . Siganse los progresos del espíritu humano y se verá que en todo se busca dar á antiguas medidas un grado adicional de perfeccion. El electrómetro, el calorímetro, el fotómetro son "obra de nuestros dias. ¿Requiere la justicia menos exactitud que la química? Este descubrimiento de Bentham ha escitado muy poco entusiasmo, pues se ha comprendido que su *testimoniómetro* no era menos arbitrario que el cálculo de fracciones empleado en otro tiempo. M. Willis (*Circumstantial evidence*, cap. I, sec. 3) ha contestado á Bentham, que no se prueba un acontecimiento histórico, como se prueba la igualdad de dos triángulos que tienen un ángulo igual comprendido entre dos lados iguales. Y no obstante, el procedimiento civil de Austria parece haber querido realizar la teoría de Bentham. Segun el testimonio del profesor Beidtel (*Proc. ordin.*, §. 135) sobre el centro de la escala de verocimilitud, la ley coloca un punto de descanso. Sobre este punto de descanso, la prueba jurídica es una segunda semi-prueba. Debajo de este punto de descanso se llama una primera semi-prueba, etc. La persuacion positiva ó negativa no es susceptible de resolverse de esta suerte en guarismos. Sometida al escalpelo del análisis, la íntima conviccion se aja, se mística, si es permitido hablar así, á la manera que las flores de un invernáculo se secan y pierden sus vivos colores.

298. En el dia, en que no puede haber cuestion sino acerca de la certidumbre moral, los consejos que conviene dar al juez, en caso de colision de los testimonios, se fundan, como en Roma, únicamente en el buen sentido y en la observacion. Así es que los testigos que declaran *de visu* merecen mas confianza que los que declaran solamente *ex auditu*. "Un solo ojo, dice Loyseau (*Inst. cout.*, título de las pruebas, §. 3) tiene mas crédito que dos oidos tienen *audivi*." Con mas motivo se deberá admitir con suma circunspeccion las declaraciones que solo se apoyan en oidas. Ya hemos hecho resaltar, al tratar de la prueba testi-

monial 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, mas que indicaciones y no preceptos positivos. Los que quisieren mas amplios pormenores pueden consultar en Toullier (al fin del tomo IX) el capítulo de la *colision de los testimonios*, en el que hallarán un resumen bastante completo de observaciones; por lo comun mas 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, escepto siendo el monarca, no basta para justificar plenamente un hecho, aun cuando serviria de gran presuncion. (Véase la ley 42, tít. 16, Partida 3^a) La misma ley prescribe que dos testigos mayores de toda escepcion (esto es, aptos para testificar, de buena fama y sin tachas) y contestes ó acordes en el hecho y sus circunstancias, basten para hacer plena prueba. 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 atenderse á los de aquellos que entendiere dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella por ser sus declaraciones mas verosímiles ó francas, ó ellos de mejor fama, aunque los otros fuesen en mayor número. Si hubiera igualdad en los testigos, en razon á las circunstancias de sus personas y de la verosimilitud de sus dichos, debe atender el juez á los que fueren mas en número, y si los testigos fueren iguales en número, vecindad y fama, debe absolver al demandado.

Mas las reglas espuestas 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 apreciacion de la prueba de testigos. Así es, que en el artículo 317 de dicha ley se dispone, que los jueces y tribunales apreciaran segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Esta disposicion se halla ratificada por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de las que solo citaremos la de 13 de Octubre de 1836, que declaró que la ley

32, tít. 16, Part. 3^a, ha sido radicalmente modificada por el art. 317 de la de Enjuiciamiento civil; la de 23 de Diciembre de 1857 que declaró que la ley 40, tít. 16, Partida 3^a, y la 32 citada, solo 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, tít. 16, Part. 3^a, en que se establece que no puede estimarse probado ningun pleito por la declaracion 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, segun se ha decidido por otra sentencia de 30 de Noviembre de 1868, no tiene aplicacion 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 aquellos, 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 oírse á un testigo dos veces, de que trata M. Bonnier en el núm. 294, la ley 30, tít. 16, Part. 3, 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 pudiese tomar ende sano entendimiento," para que declare aquella duda, aunque el testigo hubiese hablado con las partes, á lo que los autores añaden el caso de que el testigo no hubiera dado razon de su dicho y el de que hubiese omitido el juez en el exámen algunas preguntas del interrogatorio. La misma ley de Partida previene tambien, 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, despues de haber firmado su de-

claracion 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 declaracion.

Acercas de las circunstancias que concurrán en los testigos á que deberá darse preferencia por el juez, de que trata M. Bonnier en el núm. 295 y sigts., encuéntranse en nuestras leyes y autores, disposiciones y doctrinas especiales en que se prefiere en general el noble al plebeyo, el anciano al jóven, el varon á la hembra. La ley 3, tít. 4, libro 2 del Fuero Juzgo, dice que el juez debe catar si los testimonios son de buen linaje y si son ricos ó pobres, ca mucho debe guardar el juez que la testimonia que es pobre, por la coyta que há, por ventura no venga á decir mentira, y la ley 32, título 7, lib. 7 del Espéculo funda dichas preferencias en estos términos: "Otrosí decimos que los ancianos deben ser mas creídos que los mancebos, porque vieron mas é pasaron mas por las cosas, é deben mas saber en los fechos. Otrosí decimos que mas debe ser creído el fidalgo que el villano, que bien semeja que mas ayna erraria el villano en lo que oviese á decir por miedo nin por premio, que el fidalgo, ca mas tenudo es de fazer cosa porque cayese en vergüenza por sí é por su linage el fidalgo que el otro. E mas deven creer al rico que al pobre, porque bien semeja que el pobre mas ayna derie mentira por codicia ó por promesa que el rico; é mas creído deve ser el varon que la muger, porque ha el seso mas cierto é mas 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 percepcion gran fuerza y vivacidad de sentidos y una memoria feliz y no gastada por la edad, etc. —(N. de C.)

§. 5. INFLUENCIA DE LA INFORMACION
Ó EXAMEN DE TESTIGOS SOBRE LA DECISION DEFINITIVA.

SUMARIO.

299. Influencia de la sentencia interlocutoria, en general, sobre la sentencia definitiva.

300. Sentido en que se pregunta si lo interlocutorio sujeta al juez.

301. Exámen de la cuestion.

299. ¿Si pareciesen concluyentes al juez las declaraciones de los testigos, estará obligado por ello á sentenciar sobre la cuestion que se ventila á favor de la parte á quien fué favorable el exámen ó informacion de testigos? Esta cuestion se refiere á otra mucho mas 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 exámen ó informacion 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 decia (Cels. l. 13 D. *De re judic*): *Quod jussit ventrivo judex, contrario imperio tollere et repetere licet; de sentiis 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 accion arbitraria; órdenes que, así como nuestros autos preparatorios, no tenían carácter alguno irrevocable. Cuando, al contrario, prejuzga el fondo una decision 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, podria aplicarse la ley 13 de *re judicata* á las decisiones que prescribian de oficio suministrar tal ó cual prueba. Pero, cuando habiendo que probar una articulacion de hechos el tribunal ordena una informacion ó exámen, 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 cuestion la admisibilidad de la informacion; sino solamente controvertir sus resultados (sent. den. de 8 de Enero de 1829; cas. de 28 de Mayo de 1836). Si se encuentra á veces en autores antiguos la regla que lo interlocutorio no sujeta al juez, aplicada en el sentido de la ley 13 de *re judicata*, es porque antiguamente no estaba bien deter-

minada la significacion de las palabras *interlocutorio y preparatorio*, empleándose la una por la otra. La idea de estos autores, por equívocas que fuesen sus espresiones, 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 parece concebir 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 obligacion que "se niega, y admitiéndolo, á pesar de la "oposicion de otro, reconoce y anuncia por "esto mismo, implícitamente si se quiere, "pero de un modo muy claro, que si declara "ran los testigos con caractéres suficientes "de verdad, será quien negó la obligacion "condenado á devolver al otro la suma en "que consistia aquella obligacion." Pero esta proposicion me parece demasiado general. La admision de la prueba testimonial supone la solucion afirmativa de dos cuestiones; la una de hecho, la otra de derecho: 1ª, ¿Son admisibles los hechos? 2ª, ¿Permite su prueba la ley? (Cód. de proc., art. 253).

En cuanto á la cuestion de derecho, de que parece preocuparse especialmente Boitard, tiene mucha razon; el tribunal no puede prescindir de ella, desde que ha proclamado la prueba testimonial permitida ó proscrita por la ley. Menos pueden las partes, que tienen facultad de apelar, pedir al tribunal que reponga su providencia (Sent. de 12 de Enero de 1836).

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 empeña por esto á subordinar su sentencia definitiva al resultado de la informacion ó exámen (1). "En todo tiempo y lugar, dice

Observemos, no obstante, que no debe confundirse con una verdadera sentencia interlocutoria la que fija las

"Merlin (*Repert. Vº JUGEMENT §. III*), se "ha tenido constantemente por máxima, "que despues de haber ordenado la prueba "de un hecho que le parecia decisivo, el "juez que reconoce que este hecho es "diferente, puede sentenciar contra la parte misma que hizo la prueba." "En efecto, dice Duparc Poullain (*Principios de "derechos*, tom. IX, pág. 494), siempre se "presume que todo juez que ordena una "clase de instruccion 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. Solo un procedimiento perfecto puede desarrollar ante el juez "el verdadero punto de la decision; y si se "le quitára la libertad de separarse de lo que "parece haber prejuzgado por una sentencia interlocutoria, se le pondria 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 apreciacion, resulta esta primer consecuencia, que pueden pronunciar en favor de la parte que obtuvo la informacion, fundándose en otras pruebas distintas de la de testigos. La informacion ó exámen 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 despues de haber ordenado la prueba por testigos de hechos acreditados con títulos, á pretesto de no ser suficientes los títulos, se podia en seguida, aun cuando se anulara la informacion, reconocer los hechos como suficientemente acreditados por los mismos títulos. Con mas razon se puede, despues de haber ordenado una informacion ó exá-

bases de las condenas que hay que pronunciar; hombrando 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. [Sent. deneg. de 12 de Abril de 1847]. Así es prudente, para evitar toda dificultad en los casos dudosos, declarar, cuando solo 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].