

men, para probar la prescripción de treinta años, completar con presunciones la prueba que resultó de la información (sent. deneg. de 16 de Abril de 1860). Otra segunda consecuencia, señalada por Merlin; 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 despues de un exámen profundo. Así, se ha juzgado, en materia criminal (cas. 28 de Mayo de 1836), que podía muy 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 despues de un maduro exámen, que el hecho no era justificativo. En este sentido se han dictado multitud de decisiones. Y no se diga que esta doctrina propende á confundir las sentencias interlocutorias con las que solo son preparatorias, puesto que no se prejuzgaria el fondo, contra la disposición del art. 452 del Código de procedimientos. 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 aparte, y pueda en su consecuencia apelarse de ella (Cód. de proc., art. 451). En último resultado, 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 ningun empeño hácia ella. Una cosa es declarar legal y admisible una información, y otra cosa es sujetarse á sentenciar ciegamente, segun los datos ó resultados de la información, no obstante las luces que pueda arrojar por otra parte un exámen mas profundo de la causa. Entendida de esta manera la máxima que lo interlocutorio no sujeta al juez, está lejos de merecer el desden con que ha sido acogida por quienes no han comprendido bien su sentido práctico. Hoy, los hombres mas ilustrados de

Alemania, piden la reforma del principio contrario, autorizado en ciertos países, y especialmente en Baviera (*Revista crítica*, tomo XVIII, 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 tal vía determinada, que le prescribió 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. tambien 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 mas largo posible su independencia: *Non ad unam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere* (Callistr., l. 3^o, §. 2, D. de testib.)?

Pero reconociendo cuánto importa dejar al juez toda su libertad, nos asociamos á las sábias observaciones de M. Lavielle (*Estudios sobre la justicia civil ya citados, Revista crítica*, tom. XII, pág. 316) sobre el peligro "de admitir fácilmente providencias "interlocutorias, bajo pretexto de que *estando reservados los medios*, se podrá en definitiva, examinarlos mas adelante y con mas madurez. Este espediente dilatorio, "esta próroga de exámen, 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 despues. 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 la providencia interlocutoria.

Nuestro derecho y jurisprudencia se hallan conformes, en lo general, con la doctrina que espone 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 exámen y prueba de algun 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 arrojen los méritos del proceso y de todas las diligencias, actuaciones y pruebas practicadas, así como del exámen 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 atenderse al resultado combinado de todas las pruebas y á los méritos del proceso.—(N. de C.)

Sentencia definitiva es la que decide el negocio principal; interlocutoria es la que decide un incidente ó punto que no sea de puro trámite, [arts. 842 y 843] de modo que no puede decirse conforme á nuestro Código que el juez preocupe la cuestión principal decidiendo un incidente, pues en lo general tiene obligación de recibir todas las pruebas que las partes presenten, como no sean contra derecho ó contra la moral [art. 576], y la calificación de ellas se reserva para la sentencia definitiva [arts. 853 y 578]. Cuando á petición de parte, como debe hacerse, declara al contrario confeso, dentro del término probatorio, [art. 655] tampoco se preocupa el negocio principal porque el declarado confeso puede rendir prueba en contrario [art. 772] y el auto en que se ha hecho la declaración es apelable siempre que lo sea la sentencia definitiva por la calidad ó cuantía del negocio.—N. de los EE.—

FORMA SEGUNDA DEL EXÁMEN Ó INFORMACION.

Exámen ó información oral.

SUMARIO.

302. Casos en que se recibe en la audiencia la prueba testimonial.

302. El exámen de los testigos, ante un juez comisario encargado de estender por escrito sus declaraciones, no tiene lugar en ciertas materias civiles, en que se califica

de *sumaria* la información ó exámen, ni en los debates criminales. Hablemos primero de las informaciones civiles orales, en cuya organización han dejado mas huellas las formas de la información ordinaria, mientras que el curso mas libre de la prueba testimonial en lo criminal se rige por principios que le son peculiares.

I. Exámen 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 exámen.
306. ¿Debe oirse al testigo tachado?
307. Exámen siempre sumario en el tribunal de comercio y en los juzgados de paz.
308. Curso mas 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 mas sencillos, indujo á los redactores de la ordenanza de 1667 (tít. XVII, art. 8) á introducir en los tribunales propiamente dichos el exámen oral respecto de las materias sumarias, no obstante las reclamaciones del presidente Lamoignon que, obedeciendo esta vez contra su costumbre á la preocupación y á la rutina, invocaba para rechazar esta innovacion parcial los mismos motivos que se ha invocado en nuestros dias para justificar el exámen escrito en los negocios comunes. No ha sido menos favorable la experiencia á esta disposición de la ordenanza, reproducida por nuestro Código de procedimientos. 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 al exámen ó 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 exámen, son, además de las cuestiones fáciles ó urgentes, cuya enumeración se encuentra en el artículo 404 del Código de procedimientos, 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 (Cód. 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 descartar 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 exámen 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 próroga del plazo, si há lugar á ella, se pida en el día fijado para oír á los testigos, puesto que no hay aquí plazo determinado, y que por otra parte, el Código de procedimientos (art. 409) no reproduce en materia sumaria la disposición del art. 279 (Douai, 14 de Setiembre de 1844). El tribunal puede también, si lo juzga conveniente, aplazar de oficio el exámen de testigos (sent. 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 sentencia de casación de 1.º de Agosto de 1832.

En cuanto al modo de redactarse el acta verbal de información ó exámen, 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 oír, 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 artículo 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 semejante circunstancia su declaración. Hácese sobre todo observar que en las causas sujetas á apelación, precisamente aquellas á que se aplica el art. 411, será tal vez imposible oír 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 esclusión de las declaraciones tachadas. Querer, en su consecuencia, que los jueces reciban la declaración de un testigo, y que hagan despues completamente abstracción de la impresión que hubieran causado en su ánimo, es exigir un imposible. Es ya de sentir que el juez comisario sea llamado habitualmente á providenciar despues de haber oído al testigo tachado, sin agravar aun este abuso, poniendo á todo el tribunal en esta falsa posición. El inconveniente accidental que resultaría de la imposibilidad de reproducir en apelación ciertos testimonios, no parece de tal naturaleza que pueda entrar en balanza con el vicio permanente de exámen de testigos, cuyas declaraciones no deberían tener influencia alguna. Este vicio será, en verdad, inevitable, cuando no se propongan las tachas sino despues del exámen, pero entonces la parte que tardó en hacerlas valer, solo puede imputarse á sí misma las consecuencias de su negligencia. Esta facultad de no presentar la tacha, hasta despues de tomada la declaración, ó aun de admitirla, 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 calidad. Finalmente, lo que parece decisivo es, que el exámen en materia sumaria corresponde exactamente á la lectura de la declaración en materia ordinaria, lectura que se halla espresamente 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 de 14 de Enero de 1853.

307. En los negocios mercantiles son siempre sumarias las informaciones. Sin embargo, los negocios mercantiles admiten mas sencillez aun que los civiles. En su consecuencia, pueden consentir las partes en

adoptar formas menos complicadas para oír á los testigos (Rennes 30 de Agosto de 1817). Se admite igualmente cuando no se ataca la prueba testimonial 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 298), liberta igualmente á los tribunales de la estricta observancia de las formas, y especialmente de la necesidad de articularse puramente las tachas (sentencia denegatoria de 3 de Enero de 1855).

En materia administrativa, se sigue generalmente la marcha establecida para las informaciones ante los juzgados de paz; 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 II, números 52 á 348).

Por derecho español se verifica el exámen de testigos separada y secretamente ó sin asistir á él las partes, según hemos indicado en la nota al núm. 251, bien se efectúe en juicio plenario ó en juicio sumario, puesto que al adoptarse por nuestras disposiciones legales este sistema, se han fundado en la esencia misma de este modo de declarar, esto es, en dar mayor libertad al testigo y en evitar que las partes pudieran influir en sus declaraciones, fundamento que lo mismo existe en el caso de que el juicio sea plenario, que en el de que sea sumario. Así es, que tanto los juicios verbales con carácter de juicio ordinario, de que tratan los artículos 1162 al 1180 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que se verifican en comparencia verbal ante el juez, como en los demás juicios ó comparencias verbales que prescribe la misma ley en los juicios sumarios, como en los interdictos, según se vé en los artículos 702, 714, 734 y

738, el juez deberá examinar á los testigos que presentaren las partes, separadamente y sin estar presentes aquellas, estendiéndose por escrito su declaracion en el acta del juicio. Segun se previene en los artículos 1170 y siguientes de dicha ley de Enjuiciamiento civil, que versan sobre los juicios verbales con carácter de ordinarios, y cuyas disposiciones sirven de regla para los demás juicios verbales, en cuanto permitan su aplicacion la naturaleza del objeto sobre que versen, en la comparecencia verbal, que se celebrará ante el juez y el secretario del juzgado de paz, esponen las partes por su orden lo que á su derecho conduzca, admitiéndose despues las pruebas que presentaren; de suerte, que segun el espíritu de este artículo, que es el 1172 de la ley, en esta comparecencia debe presentarse la prueba de testigos y tacharse á éstos; pero recibiendo el juez la declaracion de los mismos separadamente segun hemos dicho y sientan los autores. Para que las partes puedan preparar sus pruebas, se prescribe en el artículo 1170 de la ley, que entre la convocacion á juicio verbal que hace el juez y la celebracion de la comparecencia deberán mediar un término que no pase de seis dias.

Por nuestro derecho no tienen lugar los inconvenientes indicados en este pasaje y en otros de la obra de M. Bonnier sobre tomar la declaracion verbalmente ó por escrito un juez comisario, pues entre nosotros no se verifica esta delegacion, por lo comun, ni hay términos hábiles para ello, por no conocer en primera instancia un tribunal colegiado, sino un juez único, el cual toma la declaracion por sí, auxiliándose del escribano del juzgado, y solamente, segun dispone el art. 34 de la ley cuando no puedan practicarse las diligencias en el partido en que se sigue el litigio, deberán cometerse precisamente al juez de aquel en que hubieran de ejecutarse, y solo respecto de la segunda instancia de que conocen tribunales colegiados, dispone el art. 33 que los jueces y ministros ponentes recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba, pudiendo, sin embargo cometer á los jueces de primera instancia y éstos á los de paz las diligencias, cuando deban practicarse en pueblo que no sea el de su respectiva residencia.

El mismo sistema, de verificarse el examen de testigos separadamente y sin asistencia de las partes, se sigue entre nosotros en los procedimientos judiciales sobre negocios y causas de comercio, segun se deduce de los artículos 148 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento mercantil y se observa en la práctica.

Solamente en el procedimiento contencioso sobre materias administrativas está admitido por nuestras leyes que el examen de los testigos se verifique en audiencia pública y á presencia de las partes, debiendo aquellos responder sin apuntes ni borradores, y reduciéndose á escritura por el Secretario sus respuestas, que podrá oír la parte contraria, arts. 163, 152. al 155 y 134 al 136 del reglamento de 30 de Diciembre de 1830. Véase lo que esponemos en la adición inserta á continuacion del núm. 332, respecto al examen de testigos en el procedimiento criminal.—(N. de C.)

Conforme á nuestro Código de procedimientos en los juicios verbales ante los jueces menores se sigue el procedimiento oral examinándose los testigos bajo la protesta correspondiente á presencia de las partes quienes pueden lo mismo que el juez hacer las preguntas que les parezca referentes á los hechos que se trata de justificar [art. 1103]. Mas en cualquiera otros principios, el examen de los testigos, como hemos dicho en otra parte, se hará separada y sucesivamente sin que unos puedan presentarse las declaraciones de los otros, y sin que la parte contraria á la que los presenta pueda tampoco asistir mas que á la protesta que se reciba á los testigos, arts. 738 y 739. El juez despues de protestado los testigos y antes de ser examinados estos les hará las preguntas siguientes aun cuando no las contenga el interrogatorio. Primera, su nombre, apellido, edad, estado, profesion y domicilio. Segunda, si son parientes consanguíneos ó afines de alguno de los litigantes y en qué grado. Tercera, si tiene interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante. Cuarta, si son amigos íntimos ó enemigos de alguno de los litigantes [art. 747].—[N. de los EE.]

II.—Modo de practicar

la prueba testimonial en lo criminal.

SUMARIO.

309. Informacion completamente secreta en el antiguo derecho.

310. Secreto de la instruccion ó procedimiento preparatorio solamente, en el derecho actual.

311. Por qué nos fijamos por nuestra parte en la prueba practicada en los debates.

309. En Roma, la prueba testimonial se ha practicado siempre oral y públicamente. En Atenas declaraban los testigos previamente por escrito, y con frecuencia no se hacia mas que leer sus declaraciones en la audiencia (1), salvo pedirles esplicaciones verbales. Ya hemos visto (núms. 248 y 251) como se introdujo en nuestro antiguo

1. Esta peligrosa práctica de escribir los testimonios esplicaria, segun M. Cauvet [*Rev. de legislación*, t. XX, pág. 302], las sospechas injuriosas contra los testigos que acudían de la Grecia, de que se hace eco Ciceron, cuando dice [*pro Flacco*]: *Testimoniorum religionem et fidem nunquam ista natio coluit.*

derecho la práctica secreta de la prueba testimonial, tanto en lo civil como en lo criminal, habiéndose introducido el uso de juzgar las causas por los relatos de las informaciones, sin oír á los testigos en la audiencia. En lo criminal, el secreto del procedimiento prevaleció del modo mas absoluto á contar desde el siglo XIII, puesto que jamás debia comunicárseles la informacion, además de que debia verificarse sin estar presente el querellante ni el acusado (Muyart de Vouglans, *Inst. al derecho criminal*, part. V, cap. III.) 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 ratificacion de los testigos, es decir, la reiteracion de su testimonio, segun el reglamento del proceso cuando era por *extraordinario* (1) propendia 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 podia dejar de practicarse por motivos que se reputaban graves, tales como el temor que podia inspirar el acusado á los que declararan contra él (*ibid.*, part. V, cap. XII): "Todos estos procedimientos secretos, dice Voltaire (*Valor de la justicia y de la humanidad*, fragmento ya citado, art. 22, §. 5), se parecen demasiado á la mecha que arde imperceptiblemente para poner fuego á la bomba. ¿Acaso debe ser secreta la justicia? ¡Solo el crimen es lo que debe ocultarse!"

El Código de instruccion ó procedimiento criminal de Austria, del 29 de Julio de 1853, cuyo sistema no tardará probablemente en estenderse, adopta una especie de medio término entre el procedimiento secreto y el procedimiento público (§. 223): no dá derecho á acudir á los debates sino á ciertos abogados ó funcionarios, y á diez

1. El reglamento del proceso consistia en decidir si se juzgaria por *extraordinario*, es decir, con las formas particulares á la instruccion criminal, ó bien, convirtiéndose en proceso civil, es decir, juzgado en la audiencia.

personas designadas especialmente por mitad por el acusado y por la parte dañada ó perjudicada.

310. Nuestra Asamblea constituyente adoptó con franqueza el debate oral y público que reclamaban los publicistas. La declaracion de los testigos en la Audiencia que llevaba consigo necesariamente el careo, se prescribió por la ley de 29 de Setiembre de 1791. Sin embargo, vuelve á encontrarse en nuestro derecho criminal (C. de instr., art. 228 y 335) la *informacion*; pero en el día no es otra cosa que el examen de los testigos en el procedimiento preparatorio ante el juez de instruccion. Los testigos eran oídos de esta suerte, segun la práctica inglesa, ante el jurado de acusacion bajo el imperio de la ley de 29 de Setiembre de 1791. La del 7 lluvioso del año IX, al suprimir que se oyera á los testigos, y al limitar el examen de las piezas escritas la mision del jurado de acusacion, preparó que se restituyera completamente á la magistratura la instruccion preparatoria, restitucion efectuada por el Código de instruccion criminal. No puede disimularse por otra parte que la institucion del jurado es 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 instruccion preparatoria, y esta audiencia debe ser secreta (V. cas. 5 de Julio de 1855). Hay igualmente esceso en el sistema que arroja un velo en toda la instruccion, comprendiendo en ella los debates definitivos, y en el sistema diametralmente opuesto que se usa en Inglaterra, que haciendo la acusacion pública desde los primeros actos, se espone á dar la voz de alarma á los co-delincuentes y á los cómplices.

La estension por escrito de las declaraciones, solo 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. 314) en el número de elementos sobre los que se forma la convicción del jurado, y se