

suspende la ejecucion. Si se condena á los testigos, el tribunal de casacion, en vista de las dos sentencias, despues de haberse asegurado bien de la identidad de los hechos que ocasionaron la primer condena y que despues fueron reconocidos como falsos, anula la primer sentencia, y remite ante un nuevo tribunal criminal, para que se proceda contra el acusado, subsistiendo el acta de acusacion (*ibid.*, art. 445). Sin embargo, no es posible la revision en esta hipótesis, como en la de que se alegase que el número de los condenados es superior al de los autores del hecho, sino en cuanto existe todavía el condenado para el cual se solicita la revision. El Código de instruccion criminal (art. 442) no admite la posibilidad de aliviar la memoria del condenado, sino en uno solo de los tres casos de revision, el en que hay suficientes indicios sobre la existencia de la persona cuya muerte supuesta ha dado lugar á la condena (artículo 444). La comision del cuerpo legislativo habia propuesto autorizar en todos los casos la revision despues de la muerte del condenado; pero el Consejo de Estado no quiso admitir esto sino en el caso en que hay prueba material del error del juez. En las otras hipótesis, y especialmente, cuando ha habido condena de testigos á cargo, son necesarios nuevos debates para llegar al conocimiento de la verdad. Y ¿cómo podría proceder el jurado á un debate esencialmente oral segun el espíritu de nuestras leyes, sin estar presente el primer interesado? Con motivo de una peticion de los herederos de Lesurques, la Asamblea legislativa examinó esta cuestion en 1851, habiéndose inutilizado los proyectos para introducir innovaciones, á consecuencia de un informe de M. de Parieu (Monitor del 5 de Junio de 1851) que tenia por objeto reclamar "el sostenimiento de una legislación que despues de mas de cuarenta años "de existencia, no era atacada en definitiva, "sino con ocasion de una sentencia anterior "á su promulgacion, y cuyas pretendidas

no criminal. Volvemos á tratar de estas delicadas cuestiones al hablar de la cosa juzgada.

"imperfecciones, referentes á las condiciones mismas del problema que habia que resolver, no podrian quedar borradas sino "haciendo nacer á su alrededor otros inconvenientes, por lo menos tan graves."

Si nos atenemos al texto del Código de instruccion que habla constantemente de crimen y de tribunal criminal (art. 443-445), la revision, en la hipótesis del testimonio falso, como en las otras dos hipótesis, no tiene lugar sino en el caso de condena, ya que no á una pena afflictiva ó infamante, por lo menos á una pena correccional impuesta por crimen (V. cas., 20 de Enero de 1831). Separándose de la letra de la ley, se llega lógicamente á aplicar la vía extraordinaria de la revision á condenas de simple policia, lo cual es inadmisibile. Pero las condenas correccionales pueden tener una gravedad que toca de muy cerca á la de las condenas criminales propiamente dichas. Esta consideracion de equidad ha hecho sensacion al tribunal regulador, tan poco dispuesto sin embargo á desviarse del texto en materia penal, y por sentencia de 10 de Mayo de 1850 ha estendido el beneficio de la revision á las materias correccionales. En el sistema contrario no tendria otro recurso el condenado que pedir indulto ó gracia, si bien aquí la gracia solo podría ser justicia.

332. Los testigos tienen derecho á una indemnizacion en lo criminal, lo mismo que en lo civil (*Tarifa criminal*; tít. I, cap. III). Pero háce 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 prevé la tarifa (1). 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 creido que entonces debia estar dispensado de testificar; pero esto es hacer que predomine el

1. En cuanto al perjuicio, por otra parte muy grave, que causaria al testigo la necesidad de acusarse él mismo para no faltar á la verdad, no es posible indemnizacion alguna, y ya hemos reconocido que en este caso [núm. 336] el testigo está en el derecho de abstenerse.

interés particular sobre el interés general. Solamente seria equitativo que se le concediera una justa indemnizacion, puesto que hay en esto una especie de expropiacion por causa de utilidad pública. No obstante, este cargo que debería soportar el tesoro público, si la revelacion fuera en el sentido de la acusacion, no se podría en la hipótesis inversa imponer al acusado que tuviere derecho á la absolucion, y en su consecuencia, no podría ser legalmente obligado á pagar en cierto modo su rescate. Entonces seria preciso referirse á su reconocimiento hácia la persona que hubiera debido sacrificar su interés al de la justicia.

Por derecho español, es regla general, que toda persona, de cualquiera clase, fuere y condicion que sea, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal, está obligada á comparecer ante el juez que conozca de ella, luego que sea citada por éste, sin necesidad de previo permiso del jefe ó superior respectivo, y lo mismo está prevenido respecto de cualquiera persona del fuero comun que tenga que declarar ante un juez militar ó eclesiástico, debiendo en tales casos prestarse el testimonio, no por certificacion ó informe sino por declaracion bajo juramento en forma: ley de 11 de Setiembre de 1811, arts. 2º y 3º. Sin embargo, estas reglas tienen varias escepciones. Sin trasladar aquí las ya espuestas en la adiccion inserta á continuacion del número 274 de esta obra, y limitándonos á las referentes á la clase militar de que trata aquí M. Bonnier, advertiremos, que cuando hayan de declarar los militares, cualquiera que sea su clase ó graduacion, es necesario que los juzgados ó tribunales den aviso á los jefes de los cuerpos ó comandantes de que aquellos dependan, para que dispongan su presentacion en el dia y hora que hubiesen señalado: real orden de 3 de Febrero de 1857. Asimismo, cuando los que hayan de declarar son militares graduados de comandantes, ó con empleo efectivo de tales, ó superiores á éstos, deben concurrir para declarar con el juez á la Sala primera de la audiencia respectiva, en horas en que se halle disuelto el tribunal, ó á las casas consistoriales en los pueblos donde no hubiere audiencia: reales órdenes de 12 de Octubre de 1839 y de 22 de Febrero de 1845.

Asimismo, se hallan esceptuados de presentarse á declarar personalmente ante el

juez, y de prestar sus declaraciones verbalmente los comisarios y demás empleados de vigilancia pública y los jefes de division de los caminos de hierro, pues el juez debe cometer á la autoridad respectiva de la residencia de aquellos, para que ante ella presenten sus declaraciones, á no ser en casos graves y escepcionales; y cuando dichos jefes tengan que suministrar antecedentes ó datos facultativos ó emitir su opinion en asuntos relativos á su cargo, puede escusarse su comparecencia en los tribunales, bastando que suministren aquellos datos ó que espongan su dictámen por medio de certificacion ó informe segun los casos: reales órdenes de 4, 6 y 8 de Setiembre de 1860.

El testigo que se negare á comparecer para declarar judicialmente, puede ser apremiado á ello por el juez con multa, embargo de bienes y aun arresto: ley 1ª, tít. 2º, lib. 11, Nov. Recop.

Respecto á la fórmula del juramento que debe tomarse á los testigos, y á que se refiere M. Bonnier en el número 325, en España se consigna del modo siguiente. La fórmula comun de los católicos seglares es esta: "Jurais á Dios y á esta señal de la Cruz decir verdad en cuanto supiereis y fuéreis preguntado? á lo que contesta el testigo: sí juro, y el juez añade: si así lo hicieris, Dios os lo premie, y si no, os lo demande; "y á esto replica el testigo: amen ó así sea." Los eclesiásticos juran *in verbo sacerdotis* por las sagradas órdenes que han recibido y segun su estado, poniendo la mano derecha sobre el pecho, y en las causas criminales protestando además porque no se imponga por su declaracion pena de sangre. Los arzobispos y obispos juran como los anteriores, pero teniendo delante los Santos Evangelios. Los caballeros de las órdenes militares juran por Dios y por la Cruz de su hábito que llevan al pecho, tocándola al mismo tiempo con la mano derecha. Los militares juran poniendo la mano derecha sobre la Cruz de su espada. Los judíos, moros y demás sectarios hacen juramento por la divinidad pagana ó fingida en quien creen. (V. las leyes 24, tít. 16 y 20, 21 y 24, tít. II, Part. 3). Además, aunque no lo previene la ley, suele advertirse á los testigos la obligacion que tienen de decir verdad y las penas en que incurren los que dan falso testimonio, con arreglo á los artículos 241 al 249 del Código penal que las enumeran, y donde pueden verse las diferencias que hay entre esta penalidad y la que impone el Código penal francés y que espone M. Bonnier en el número 228 y siguientes.

Respecto á la indemnizacion que se debe

á los testigos, de que trata M. Bonnier en el núm. 332, ya hemos dicho que se la concede también nuestro derecho (V. la adición inscrita á continuación del núm. 274). —(N. de C.)

4. 3. ESCLUSIÓN 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. Exámen sin juramento en virtud de poder discrecional.
 339. Exclusion por diferencia de religion y de color.
 340. Condenaciones penales. Menores de quince años.

333. Raras en lo 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 vite suae, 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 los testimonios armas en manos de las partes, puesto que las declaraciones se ponian en juego por las pasiones, en vez de analizarse á sangre fría, importaba á lo menos impedir que estas armas fueran mortales. En los países, al contrario, como el nuestro, en que prevalece el sistema *inquisitorial*, en el sentido favorable de la palabra, donde la persecucion se dirige por la autoridad pública, y no por las pasiones privadas, se puede ser sóbrio de exclusiones sin peligro. Los testigos no reciben ya anticipadamente las instruccio-

1. En Inglaterra los casos en que hay exclusion de testimonio *incompetency of witnesses* son igualmente muy numerosos [Philips, *on the law of evidence*, lib. I, part. I, cap. II y sigs.]. Pero la legislacion 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 [*miscellaneous*].

nes del acusador ó del acusado. ¿Quién se atreveria hoy á dar, respecto á éste, el consejo que dá Quintiliano á los abogados de su tiempo (*Inst. orat.*, libro V, cap. XII): *Multum domi ante versandi, variis percontationibus explorandi?* Las restricciones que podrian ser útiles, cuando los testigos solo eran instrumentos en manos de las partes, no serian ya mas 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 oidos de la justicia; no se comprenderia, pues, que se quisiera cerrar estos ojos y estos oidos.

Así, nuestra antigua jurisprudencia, que admitia el sistema inquisitorial, ha sido más amplia para admitir testigos en materia criminal, que en materia civil. "El peligro de dejar impunes los crímenes que turban el orden de la sociedad," dice Merlin (*Repert. v. TEMORIS JUDICIAIRE*, F. I, art. 7), "ha parecido á los tribunales supremos mayor y mas temible que el de esponer á algunos testigos al perjurio." Así, mientras que la ordenanza de 1667 prohibia, como hemos visto, oír á los consanguíneos ó afines hasta el octavo grado inclusive, 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*, art. 3, §. I), pueden ser testigos en materia criminal, puesto que la ordenanza de 1670, tit. 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 podia tachar á los testigos en las informaciones lo mismo que en el exámen; pero se ha observado generalmente la antigua máxima que nos cita Loysel (*Instit. 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 permitia que no declarase el testigo (Merlin *Loc. cit.*). En la línea colateral, se exceptuaban únicamen-

te los hermanos ó hermanas. Y aun podia oírse á las personas mas próximas cuando compelia al juez á ello la fuerza de las cosas, 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 en un pozo, estando sacando agua, fuese aplicado al tormento, aun cuando solo declarasen contra él dos de sus hijos. Véase, pues, que eran raras en la antigua jurisprudencia las incapacidades absolutas. Sin embargo, cuando habia contra los testigos algun motivo de sospecha, dejaban de ser estos testigos clásicos *omni exceptioni maiores*, cuya declaracion conteste, cuando eran en número de dos á lo menos, producía el convencimiento del juez. Las personas sospechosas no podian dar mas que simples noticias, y no un testimonio propiamente dicho, distincion mucho mas 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 exclusion absoluta de la facultad de testificar. Solamente permite (art. 322) al acusado, al procurador general y á la parte civil, que se opongan al exámen:

1º 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.

2º De los hijos, hijas, nietos, nietas, ó de cualquier otro descendiente.

3º De los hermanos y hermanas.

4º De los afines en los mismos grados.

5º Del marido ó de la mujer (1).

6º 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

1. Es punto controvertido entre los juriconsultos ingleses [M. Greenleaf, tomo I, página 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 [sent. den. de 16 de Abril y 24 de Diciembre de 1849].

de denunciadores (*ibid.*, art. 323). Por lo demás difícilmente se hallan hoy ejemplos (1) de denunciadores que sean recompensados pecuniariamente. Puede citarse la ley de 4 de germinal año II, que remite ó perdona la multa y la confiscacion al que denuncia la prevaricacion de un comisionado de aduanas. Y como solo se trata de un delito en esta ley y en otras que contienen disposiciones semejantes, solo en casos excepcionales, por ejemplo, cuando se haya planteado una cuestion subsidiaria por el presidente, era cuando podia aplicarse esta disposicion por un tribunal criminal. Es bastante notable, que la jurisprudencia inglesa, que en lo criminal, lo mismo que en lo civil, desecha *á priori* los testigos que tienen interés en la causa, admite la declaracion de los denunciadores recompensados pecuniariamente (Mr. Greenleaf, tom. I, pág. 535), fundándose en el motivo de que la recompensa se ha establecido por la autoridad para facilitar la averiguacion de los crímenes y en que no se alcanzaria el objeto propuesto si no se permitiera oír al denunciador.

A falta de oposicion, ya del ministerio público, ya del acusado, el presidente, y en caso de controversia, el tribunal criminal, pueden desechar de oficio las declaraciones que segun los términos del art. 322, *no pueden ser recibidas* (Sent. den. de 30 de Marzo de 1856).

335. Las causas de tachas formuladas por la ley no pueden estenderse, de donde se deduce la consecuencia, que pueden declarar los consanguíneos y afines de la parte civil. Si eran desechados en el antiguo derecho, era solamente bajo el punto de vista de la accion de la parte civil. "Cuando se trata dice Jousse (*Justicia criminal*, Part. III, lib. I, tit. III, núm. 117), de un crimen que se persigue, tanto á instancia de la parte civil, como de la parte pública, "no deben tener consideracion los jueces "á la declaracion de los testigos consanguí-

1. En los asignados se hallaba escrito que la nacion recompensaba al denunciador. Nada hay en el día parecido á esto respecto de los billetes falsos de banco ó á la moneda falsa.