

crita en el 15; esto es, á que la parte no presentante de los testigos pueda tener conocimiento de las condiciones especiales de la instancia para saber si puede ó no ser tachado, si reúne ó no todos los antecedentes para cerciorarse de si el testigo merece ó no crédito, si puede ó no ser tachado por causa de aquellas condiciones. Ordena, pues, el *art. 316* que, prestada la declaracion, se comuniquen á la parte no presentante del testigo nota del nombre del mismo, de su profesion, del punto de su residencia, porque estos datos ciertamente podrán conducirle á la averiguacion de las condiciones personales de aquel.

ART. 317. *Los Jueces y Tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.*

Vamos á ocuparnos del artículo en nuestro sentir mas interesante de cuantos se refieren á las pruebas: todo lo que hasta aquí se ha dicho pertenece al sistema formulario ó de tramitacion, que si bien constituye una garantía de los derechos individuales, no puede influir tanto en el éxito de los negocios forenses, como la apreciacion de las pruebas practicadas en cada caso concreto. Por esa poderosa causa necesitamos detenernos algo mas, que lo que tenemos de costumbre, en la esposicion del pensamiento que encierra el *art. 317*.

Debemos con ese intento averiguar antes que todo, si la *Ley de enjuiciamiento* ha resuelto la cuestion debatida con tenaz empeño en todos tiempos y en todos los paises, sobre la conveniencia y la justicia ó al contrario, de tasacion de las pruebas, en su calidad y en su cantidad. De esta cuestion gravisima forma una parte integrante, supuesto que con ella se confunde, la de si es mas ó menos conveniente la autorizacion ó la denegacion del arbitrio judicial, respecto á ambos extremos, ó la limitacion de aquel á uno solo, y la libertad en cuanto al otro.

Los *arts. 279* y *317* nos ofrecen elementos suficientes para contestar, que la *Ley de enjuiciamiento* eligió el sistema de tasacion relativamente á los medios de probar, y que dejó al arbitrio prudente de los jueces la apreciacion de la testifical; dando á conocer que respecto de las otras pruebas no introdujo novedad alguna, sino que conservó intacta la antigua jurisprudencia.

La instrumental, la de reconocimiento judicial, la de confesion, la de juicio de peritos, son hoy lo mismo que fueron en cuanto á sus condiciones intrinsecas ó sustanciales. Vamos á demostrar la exactitud legal de las proposiciones que dejamos sentadas.

En el *Comentario al art. 279* demostramos ya que comprende una disposicion tasativa, porque enumera los medios de prueba que pueden utilizarse en los juicios, lo cual equivale á justificar que no puede hacerse uso de otros mas que los que en aquel artículo se citan. En los *Comentarios* á los siguientes hemos hecho ver que se limitan á consignar reglas para la tramitacion y práctica de las pruebas á que se refieren; luego, ó seria preciso conceder que en esos medios probatorios no reconoce la ley circunstancias esenciales en cuanto á su fondo, lo cual constituiria un absurdo, ó se tiene que convenir en que respecto á esas pruebas no es libre la apreciacion, sino que los jueces tienen que atemperarse estrictamente á las leyes, para declarar que la practicada es cumplida y acabada.

La testifical no se halla en ese caso; el *art. 317* lo dice clara y esplicitamente: los jueces apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; pero si bien esto es cierto; si de tales premisas podemos deducir que la ley no ha creído conveniente subordinar la prueba testifical á condiciones precisas; que no ha querido sujetarla á una apreciacion *á priori*, ¿nos será permitido afirmar con toda seguridad, que el *art. 317* deja á los jueces en plena libertad para determinar la fuerza probatoria de la justificacion por testigos? Mas claro, ¿podrá sentarse como doctrina incontrovertible, que aquella prueba no reconoce ya límites ni por razon del número de testigos, ni por la de las condiciones individuales de los mismos? ¿Podrá ser ya testigo admisible y digno de crédito, todo aquel que se halle en posibilidad de comparecer ante un juez, y referir lo que presenció, ó lo que oyó, ó lo que se le haya referido? Repetimos que la cuestion es grave, y que necesita ser examinada con detenimiento.

La materia que es objeto de la *Seccion séptima, tit. 7 de la Parte primera de la Ley de enjuiciamiento*, resuelve la duda relativa á las condiciones individuales del testigo, tanto respecto á su admisibilidad, como en cuanto á su crédito. Trata, en efecto, aquella *Seccion* de las tachas de los testigos, y el *art. 320*

las enumera; y como las que comprende se refieren á las circunstancias que concurren en aquellos, claro es que ni todas las personas pueden ser llamadas á dar testimonio, ni aunque lo sean merecerán crédito legal. A no ser así, la fijación de tachas individuales, sería la sancion ridícula de una contradicción ó de un absurdo, porque declarar tachable al consanguíneo del litigante que le presenta, y conceder crédito á su dicho, fuera una disposición contradictoria.

Sin embargo, es necesario que no perdamos de vista lo que hemos dicho en las *Observaciones* á la prueba testifical; es preciso recordar en este momento, que en los testigos pueden concurrir dos circunstancias de especie distinta; porque serán tales que constituyan incapacidad ó que justifiquen tan solo la tacha que alegará en su caso la parte á quien perjudiquen. Pues bien, habiendo prometido que en el *Comentario al art. 317* nos ocuparíamos de las causas de incapacidad de los testigos, y de las que autorizan para tacharlos, vamos á emprender esa complicada tarea para sentar despues, las consecuencias lógicas relativas á la credibilidad de sus dichos.

Reconocido el testimonio como medio de prueba, ó lo que es lo mismo sancionado el precepto que obliga al hombre á pasar por lo que los demas declaren respecto á los hechos que ante ellos pasaren, ó á lo que oyeren, no podia sin embargo la ley imponer aquella obligacion sin adoptar cuantas medidas de precaucion estuviesen á su alcance, para asegurarse de la verdad del testimonio, y en efecto, la ley las sancionó. De esas precauciones, unas pertenecen al sistema de los procedimientos, en cuanto por medio de solemnidades ha procurado asegurarse de la espontaneidad de la declaracion del testigo, ya considerada con relacion á sí misma, ya respecto á la influencia de terceras personas: el juramento, el secreto de las actuaciones son requisitos que tienden á ese objeto. La otra especie de precauciones legales se dirige á asegurarse de la capacidad física ó aptitud intelectual del testigo; y otras por último, tienden á cerciorarse de la integridad del mismo y de las circunstancias que le pueden colocar en una situacion escepcional que le haga sospechoso de parcialidad. Espliquemos estas teorías y busquemos sus relaciones en el derecho constituido.

Hemos dicho que la espontaneidad de la declaracion es requisito indispensable para que merezca crédito en juicio; y así es la verdad, porque impulsado el hombre por causas esternas á proceder de una ú otra manera no es dueño de su voluntad, y por tanto en la manifestacion del conocimiento que tenga de ciertos hechos faltará á la exactitud, cuando causas esternas de temor le impongan el compromiso de declarar de un modo dado, ó de sufrir padecimientos de cualquiera especie. Recordamos con este motivo el absurdo sistema del tormento, que colocaba al hombre en la terrible necesidad de padecer físicamente ó de faltar á la verdad: recordamos los apremios personales, las multas, el encierro y otros recursos de que los jueces autorizados por las leyes solian valerse para obligar á deponer al testigo, que resistia á manifestar lo que no supiera antes de faltar á la religiosidad del juramento.

Asimismo la fuerza irresistible, el miedo y todo género de coacciones de que personas terceras puedan valerse para imponer al testigo, así como las amenazas que puedan dirigirse para que falte á la verdad por el temor de perder un bien que se posee, ó de no adquirir el que se espera son tambien causas que contradicen la espontaneidad necesaria en el que testifica para que merezca crédito su dicho. Las leyes por tanto declararon solemnemente, que el testigo que por temor ó por violencia ó por cualquiera clase de coaccion moral hubiese depuesto, no merecia crédito alguno, salvo si su dicho perjudicara al que la ejerciera, porque en este caso el hecho respondia de la firmeza de su resolucion en no faltar á la verdad por inspiracion de su conciencia, y por respeto á la religiosidad del juramento.

Pero no considerando suficiente la posicion del testigo para merecer crédito, si al mismo tiempo no le acompañan las condiciones que acreditan la imparcialidad, las leyes no pudieron prescindir de exigirla. Sin embargo, menester es no confundir las ideas por un celo indiscreto; es necesario reconocer que la pesquisa de esas condiciones en cada caso concreto, produjera mayores males, que ventajas ofreciera en algun negocio en particular. La capacidad se presupone: toda persona es hábil para dar testimonio, y debe reputarse tal, á menos de que la parte proponga la justificacion correspondiente de la incapacidad absoluta

ó relativa, á no ser que sea evidente, ó que la calidad del asunto requiera una capacidad especial.

Y decimos capacidad absoluta ó relativa, porque las causas que la producen dimanar unas de la inteligencia, y otras de las relaciones del individuo con la cosa sobre la que ha de testificar. En efecto, no basta que el testigo tenga la capacidad intelectual suficiente para percibir las ideas y espresarlas por medio de la palabra ú otro signo inequívoco, es preciso que se hallase en aptitud para adquirir aquellas ideas al tiempo de perpetrarse los hechos que sean la materia del testimonio. Las leyes han sancionado las reglas convenientes y aun necesarias; y de ellas nos ocuparemos en la esposicion de cada una de las causas de incapacidad.

Comenzaremos, pues, por la capacidad relativa, y la encontraremos consignada en la *ley 28, tit. 16, Part. 3.^a*, en la cual con la sencillez del estilo propio de su época dice el Rey Sabio: "que seyendo el testigo preguntado, por qué razon, ó cómo sabe lo que dice en su testimonio; si dijese que lo sabe, porque estaba delante cuando fué fecho aquel pleyto, ó aquella cosa, é que la vido facer, es valedero su testimonio. Mas si dijere que la oyera decir á otro, non cumple lo que testigua."

Dijimos mas arriba que se conoce otra clase de incapacidad, que procede de la inteligencia. Asi es efectivamente; pero no en todos los casos que las leyes han prohibido el testimonio de ciertas personas, atendiendo á sus circunstancias de actualidad; es, segun varios escritores, la incapacidad el fundamento de aquella prohibicion. La *ley 9, tit. 16, Part. 3.^a*, hizo distincion entre las causas criminales y las civiles, y prescribió que el testigo que se presentase en las primeras habia de contar á lo menos veinte años para que su dicho hiciese testimonio; y en las segundas necesitaba ser cuando menos de catorce, y aclarando despues esas disposiciones prohibitivas, dice la ley citada, "é non tan solamente podrian testiguar estos suso nombrados en esta ley, en las cosas que vieron, ó que supieron, en la razon que eran en esta edad; mas aun en todas las otras que ovieren ante visto ó sabido, que bien se acordasen; mas si recibiesen su testimonio de menor de veinte años sobre pleyto criminal ó del que fuere menor de catorce años, en otros pleytos, decimos, que como quier que su dicho non empeceria acabadamente á

»aquel contra quien testiguase; pero seyendo de buen entendimiento, á tales menores facian grand presunpcion al fecho sobre que fuese el testimonio."

Hemos trascrito la última parte de la ley de Partida para demostrar con sus disposiciones testuales, que la causa principal en que se fundaron los legisladores para declarar comprendidos á los menores de catorce años en su prohibicion, no fué la falta de capacidad intelectual principalmente; porque si se hubiese creído que el estado de sus potencias mentales no les permitia tomar nocion de los hechos, no daría crédito alguno á sus dichos, aunque fuesen referentes á los que pasáran durante su infancia. En nuestra opinion las leyes negaron el testimonio á los menores de edad de catorce años, porque hasta entonces no se les recibia juramento, requisito sin el cual no podian prestarse declaraciones sobre los asuntos judiciales.

Pues bien, hoy que la *Ley de enjuiciamiento* autoriza la declaracion de los menores, si bien prescribe que no se les reciba juramento; hoy que el crédito de la prueba testifical no depende del número de testigos, sino de la apreciacion que hagan los jueces de sus declaraciones por las reglas de la sana critica, podrá sostenerse que no existe la incapacidad que procedia de la menor edad; hoy los testigos menores serán iguales á los demás en razon al crédito, supuesto que este depende del juicio que forme el juez de la inteligencia del menor.

Tambien la debilidad ó el desórden mental constituyen al testigo en incapacidad; pero como las circunstancias particulares que producen aquel estado siguen una graduacion infinita, las leyes no pueden establecer reglas especiales. La demencia, en la que para los efectos de la prueba comprendemos el fatuismo, y el idiotismo, y la embriaguez en el acto de la ejecucion de lo que quiere probarse, siempre produce incapacidad suficiente para que no se dé crédito á sus dichos.

Pero si el declarante tuviese lucidos intervalos, y durante alguno de ellos ocurriese el hecho objeto de la declaracion, ¿podrá dársele crédito? No queremos detenernos en discurrir sobre este punto; bastará recordar, que el prudente arbitrio de los jueces es el que ha de apreciar el valor de las pruebas, para sentar como doctrina hoy vigente, que los dichos de los demen-

tes relativos á hechos que pasaron durante un intervalo de buen juicio, manifestados en otro igual, lo mismo que los de aquellos en quienes se observe alguna debilidad mental, merecerán ó no crédito segun parezca al juez, único apreciador de las circunstancias.

A mas de la inhabilidad que nace de la incapacidad fisica, deben reconocerse la que dimana de otras causas. La falta de integridad del testigo le incapacita, no para ser admitido á deponer, sino para ser creído; pero las causas que motivan ese recelo de integridad pueden provenir de diferente origen, y serán por tanto ocasionales de inhabilidad absoluta ó relativa; porque si proceden del carácter reconocido del testigo, no merecerá crédito en ningun juicio, y si de imparcialidad por afeccion respecto á alguno de los litigantes, constituirá tacha en aquel pleito únicamente.

Por causa de falta de probidad con respecto al asunto litigioso, son tambien inhábiles para ser testigos, los excomulgados, los declarados infames de hecho ó de derecho, segun la *ley 8, tit. 16, Part. 3.^a*, los condenados por ladrones, alcahüetes, tahures ó borrachos, ó por delitos de esta especie; los que dijeren mentira por precio ó soborno; el falsario, alevoso, traidor, homicida; el excomulgado vitando, el casado públicamente amancebado, el seductor de doncellas, el apóstata mientras lo sea, el pobre no conocido del juez y del escribano, el judío, moro ó hereje en pleito contra cristiano, el co-reo contra otro en la misma causa, salvo cuando confesare su culpa propia, el preso y la mujer prostituta.

Hemos recordado estas disposiciones de la *leyes de Partida* determinantes de las tachas de los testigos por falta de integridad, porque no obstante que convenimos en que la jurisprudencia anterior á la *Ley de enjuiciamiento* permanece vigente, en nuestro entender esa regla general debe cesar en varios casos, en los cuales otras leyes modernas han introducido variaciones que no pueden estar en armonía con los preceptos de la ley de don Alonso. La 8.^a declara incapaces para deponer á los infames de hecho y de derecho; y habiéndose sancionado por el Código penal que ningun delito produce en la actualidad infamia, ó lo que es lo mismo, que ninguna pena es infamatoria, se deduce que

esa causa de incapacidad no existe en el dia, por falta de términos hábiles para incurrir en ella.

Asimismo el Código penal ha variado tambien las penas que se imponian segun la antigua jurisprudencia por algunos delitos de los enumerados en las leyes de Partida, y por eso nosotros pudiéramos dudar si la incapacidad que sancionaron aquellas leyes subsiste todavia. En nuestro entender la causa de esto no procede de la calidad ni de la cantidad de la pena imponible, nace de las condiciones que se suponen en el sugeto que cometió cierta clase de delitos, y por tanto cualquiera que sea el correctivo sancionado por las nuevas leyes, no por eso perderá el hecho criminal su condicion precisa; de modo que atendiendo á estas consideraciones, la tacha establecida por las leyes antiguas, fundada en actos criminales que demuestran falta de integridad en el testigo, producirá hoy el mismo efecto que aquellas la concedieron.

Los espositores modernos del derecho, y principalmente los que le han examinado en sus relaciones filosóficas, han creído sin embargo, que esa clase de tachas procedentes de las condiciones del individuo relativas á un hecho particular, que proceden de un defecto en las costumbres personales, que no afectan de tal manera á la condicion del testigo que por ellas se le haya de reputar de malos hábitos, no han podido ni debido sostenerse, luego que el estudio de la ciencia del derecho ha demostrado la ilegitimidad de una consecuencia que, siendo general, se deduce de premisas particulares. Como ejemplo el mas á propósito para demostrar el fundamento de ese razonamiento, recordaremos que se han citado constantemente la tacha que nace del amancebamiento, la que dimana de la prostitucion y otras de esta naturaleza, como la borrachera que constituye en una situacion viciosa especial al hombre, sin que de ella pueda inferirse que sea capaz de faltar á sus deberes en todo lo que no tenga relacion con ese defecto. Sin embargo, respetando nosotros, como no podemos menos de respetar, la fuerza de esa argumentacion, creemos que, mientras tanto que de una manera espresa y terminante no se declare la derogacion de las leyes que sancionaron esas tachas, deben reputarse vigentes, mucho mas cuando las razones que contra su existencia se alegan, tie-

nen mas de sofisticas que de reales; porque si bien es cierto que la honradez y la probidad en general pueden alguna vez estar al lado de defectos tan capitales como el del amancebamiento, de la prostitucion, de la embriaguéz, por ejemplo, la verdad es que el que no tiene reparo en perder su buen concepto en la consideracion pública por cualquiera de esa clase de vicios, con facilidad se hallará dispuesto al soborno, y á consentir en cuanto se le proponga, con tal que pueda contribuir al fomento de sus vicios dominantes.

¿Qué podrá en efecto esperarse de la mujer prostituta á que se refiere la *ley 40, tit. 16, Partida 3.ª*? ¿Qué inconveniente tendrá en hacer comercio de su veracidad, la persona que no ha tenido reparo en poner á ganancias su reputacion y su honra, tan estimables en la sociedad? Repetimos, pues, que los razonamientos de la nueva escuela tienen mas de especiosos que de reales y positivos.

Otra sería nuestra opinion si se nos preguntase la que profesamos respecto á la incapacidad que las leyes antiguas de casi todos los paises reconocían como inherente á ciertos oficios ó empleos. En efecto, si justo, si aceptable es que, al que por sentencia judicial se le declaró reo de uno de aquellos delitos que presuponen perversidad de costumbres, se le escluya del testimonio, porque esa prueba acredita su propension al vicio, no se explica igualmente la justicia de una prohibicion que no procede de las condiciones individuales, que son las que han de tenerse presentes para reputar ó no al testigo digno de crédito. Bien comprendemos que ciertos oficios ó empleos no se acomodan mucho con la dignidad del hombre; no desconocemos que, los que los ejerzan, se hallarán mas propensos á caer en faltas censurables en verdad; pero si bien esta circunstancia puede dar ocasion á que el juez procure cerciorarse de las condiciones individuales del testigo, solo cuando estas acrediten sus malos hábitos morales, podrá confirmarse en la sospecha general que indica el empleo del deponente.

Hemos hablado hasta aqui de las causas de incapacidad ya absoluta, ya relativa, y consignado nuestra opinion respecto á los efectos que deben producir las prohibiciones de las leyes de nuestros códigos, en consideracion á la reforma que introduce el

art. 317 sobre apreciacion de la prueba testifical; mas adelante sentaremos las reglas que, segun nuestras doctrinas, deben tenerse presentes para apreciarla justamente: por ahora el buen orden exige que nos ocupemos de explicar las causas que producen inhabilidad por sospechas de parcialidad.

Pues bien, esas causas son las mismas que enumera el *artículo 320* bajo la denominacion de tachas, de las cuales tratamos anticipadamente en este lugar por su inmediata relacion con el crédito de la prueba testifical.

Todas las causas que hacen tachable al testigo producen inhabilidad parcial, porque precisamente se fundan, en la que se teme con razon de parte de aquel hácia una de las personas que litigan, ó hácia sí mismo. Pero como es imposible señalar los grados de afeccion que pueden ligar al testigo con las partes que sostienen el litigio por causa de la complicacion de las circunstancias, las leyes tuvieron que adoptar las reglas generales que estimaron convenientes, por su relacion con lo establecido por las mismas en otras materias del derecho.

Es indudable que el parentesco por consanguinidad natural ó civil, ó por afinidad tiene que producir por un sentimiento instintivo cierta afeccion que inclina al perjurio; pero como, aunque esa afeccion decrece en proporcion de la distancia de los grados sin que por eso concluya, hubiera sido bajo todos conceptos inconveniente considerar tachable al testigo, cualquiera que fuese el grado de parentesco. La *Ley de enjuiciamiento* le circunscribió al cuarto civil para con el litigante que presente al testigo. A pesar de que no menciona al marido ni á la mujer, creemos que ninguno de ellos puede testificar en pleito del otro, ni pendiente el matrimonio ni despues del divorcio.

Por la misma razon de afecciones personales hácia la persona del litigante, se considera tambien tachable al testigo que se hallase bajo la dependencia de la persona presentante al tiempo de tener que declarar en el pleito, sobre lo cual puede verse lo que esponemos en el *Comentario al art. 320*.

Tambien el interés directo ó indirecto en el pleito ú otro semejante se ha reputado causa de esclusion para la prueba testifical, y la causa en que esto se funda es tan trivial y sencilla que apenas necesita explicacion de ninguna especie. Lo único