

de los hechos acerca de los cuales hubiese declarado. (*Ley ant., arts. 306, 314 y 315.*)

La forma de practicar el exámen de testigos es análoga á la establecida para la confesion judicial, y en los puntos comunes nos referimos por tanto á lo que en el comentario de esta queda expuesto. Respecto á la razon de hacer á los testigos las preguntas generales y obligatorias del art. 648, puede verse lo dicho en la introduccion de este §, y la nota del art. 661.

Como pregunta general puede tambien considerarse la de la razon de ciencia del dicho del testigo, puesto que si no lo expresa espontáneamente deberá el Juez preguntárselo en uso de la facultad que le confiere el último párrafo del artículo 652. La ley 26, tít. 16, Partida 3ª, relativa al modo de hacer el exámen de los testigos, ordenaba tambien que el Juez les preguntara cómo habian sabido lo referido en sus declaraciones, si por vista, ó por oida, ó por oida ó por creencia, habiendo de consignarse lo que dijeren sobre este punto; y en el caso de que hecha la pregunta, se negase el testigo á manifestar la razon de su dicho quedaba nulo su testimonio. (Leyes 26 y 29 *ibid.*) La ley 28 del mismo título negaba por punto general todo valor á los testigos de oidas, ó sea á los que no fueren presenciales en el sentido de estar en una relacion inmediata con el hecho ó de ser su testimonio de primer grado, fuera de aquellos pleitos en que se tratase de hechos antiguos que hubieran de apreciarse por fama pública; y la 29, en que esta excepcion se establece, autorizaba tambien en estos casos que se diera valor al testimonio de creencia.

Los Jueces habrán de tener hoy en cuenta estas leyes como reglas de sana crítica, segun expondremos en la nota del art. 659, pues aunque están derogadas como tasacion de la prueba, contienen principios racionales de apreciacion que los Tribunales deben consultar para formar su juicio en cada caso.

Art. 653. Cuando no sea posible terminar en una audiencia el exámen de los testigos de una parte, se continuará en la siguiente ó en la que el Juez señale.

Art. 654. Si por cualquier motivo no se presentaren todos los testigos en la audiencia señalada para su exámen, á petición de la parte interesada hará el Juez nuevo señalamiento del dia y hora en que deban comparecer, haciéndolo saber á las partes.

La disposicion del art. 653 debe sin duda aplicarse, no solo al caso á que directamente se refiere, sino á aquel en que no haya sido posible dar principio al exámen en la audiencia señalada, y al del art. 650 cuando el Juez reconozca la necesidad de consultar antecedentes para contestar á una pregunta, puesto que el testigo no habrá podido elevarlos á la audiencia ni consultarlos de antemano, teniendo sobre este punto en cuenta lo que se expuso en la nota del art. 585; así como respecto al artículo 654 debe recordarse lo dicho en la nota del 643.

Art. 655. Si por enfermedad ú otro motivo que el Juez estime justo, no pudiere algun testigo personarse en la audiencia del Juzgado, podrá recibírsele la declaracion en su domicilio á presencia de las partes y de sus defensores, á no ser que, atendidas las circunstancias del caso, el Juez crea prudente no permitirles que concurran.

En este caso podrán enterarse de la declaracion en la escribanía.

Concuera este artículo con el 591 relativo á la confesion judicial; y creemos que cuando el Juez no haya permitido á las partes presenciar el exámen, no solo podrán enterarse de la declaracion en la escribanía, sino que podrán solicitar que el exámen se repita para exigir al testigo alguna aclaracion, conforme al art. 652, correspondiendo al Juzgado resolver sobre su pertinencia.

Art. 656. Cuando haya de verificarse el exámen de los testigos fuera del lugar del juicio, al exhorto ó despacho que para ello se dirija, se acompañará en pliego cerrado el interrogatorio de las repreguntas que hayan sido admitidas por el Juez del pleito.

El Juez exhortado abrirá dicho pliego en el acto de dar principio al exámen de los testigos. (*Ley ant., art. 312.*)

En este caso habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 574 y alcanzará al portador del exhorto y al Juez que lo reciba la responsabilidad á que alude el art. 641, que es, segun hemos dicho, la establecida en los artículos 377, 378 y 379 del Código penal.

Art. 657. Si algun testigo no entendiere ó no hablare el idioma español, será examinado por medio de intérprete, cuyo nombramiento se hará en la forma prevenida para el de los peritos.

Del art. 601 puede deducirse que si en algun caso hubiera descuidado la parte que presente el testigo solicitar el nombramiento de intérprete con la anticipacion necesaria, podrá excusarse si, concurriendo las dos partes al acto del exámen, estuvieren conformes sobre la traduccion de las palabras que pronuncie el testigo.

En el mismo artículo se ha indicado quiénes son las personas que habrán de ser nombradas con preferencia, cuando se trate de idiomas extranjeros, sin perjuicio del derecho de las partes para ponerse de acuerdo sobre otras, con arreglo á lo prevenido en el § referente al dictámen pericial, y de que si no comparecen ó no se ponen de acuerdo lo nombre el Juez. Esto último tendrá una aplicacion frecuentísima en las provincias en que no se habla la lengua oficial, ó castellano, pues las partes podrán convenir en la misma comparecencia en que sirva de intérprete el actuario, si entiende el dialecto, ú otra persona, y si no comparecen podrá hacer el Juez el nombramiento en el mismo acto.

El intérprete habrá de leer la declaracion despues de escrita y traducirla al testigo; por su mediacion le hará el Juez la pregunta que ordena el art. 651, y ambos habrán de firmar la declaracion despues de consignar las observaciones que hayan hecho sobre su redaccion ó su contenido.

Art. 658. Los sordo-mudos podrán ser admitidos como testigos en el caso de que, por saber leer y escribir, puedan dar sus declaraciones por escrito.

Este artículo debe ser igualmente aplicable á los mudos solamente, y constituye una excepcion necesaria al 650, puesto que pudiendo ser testigos idóneos bajo todos conceptos para deponer sobre hechos apreciables por sus sentidos sanos, no puede rechazarse su testimonio. La ley exige que tengan un medio de expresion comun y conocido de todos, como es la escritura; pero la exclusion que se establece cuando falte este conocimiento, está en cierto modo en pugna con el artículo anterior en los casos en que estos testigos tengan un lenguaje mímico que pueda ser fielmente interpretado por personas peritas.

Art. 659. Los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideracion la

razon de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren.

Sin embargo, cuando la ley determina el número ó la calidad de los testigos como solemnidad ó circunstancia especial del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso. (*Ley ant., art. 317.*)

El artículo concordante de la ley anterior se limitaba á declarar que los Jueces y Tribunales habian de apreciar segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

A esta declaracion se ha añadido, para marcar las bases sobre las cuales ha de recaer principalmente la crítica de los Tribunales, que harán la apreciacion teniendo en consideracion la razon de ciencia que hubieran dado los testigos y las circunstancias que en ellos concurren.

El segundo párrafo es nuevo, y á nuestro juicio, no debiera habers añadido al artículo, porque no se refiere á los testigos que se presenten en los pleitos para acreditar la certeza de un hecho dudoso, sino á los testigos que han de haber concurrido ó intervenido en un acto extrajudicial para que este acto sea válido y eficaz. Las palabras con que comienza ese segundo párrafo, aumentan los motivos de censura, porque lo hacen aparecer como una excepcion al primero, siendo así que de ningun modo tiene este carácter porque no se refiere á la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, sino á una solemnidad del acto extrajudicial que ha de probarse como el acto mismo para que éste sea válido y eficaz. No ha debido, pues, decir la Ley: *Sin embargo*, de lo dispuesto en el párrafo anterior sobre apreciacion de la fuerza probatoria..... etc., se tendrá en cuenta el número cuando así esté ordenado, porque el tener esto en cuenta no servirá para graduar la fuerza probatoria de los testigos que hayan declarado en juicio, sino para saber si el acto extrajudicial fué nulo ó válido, lo cual es enteramente distinto de saber si en realidad fué ó no ejecutado, por más que para los efectos civiles puede ser equivalente la nulidad á la falta de ejecucion.

El segundo párrafo de este artículo, solo es aplicable, como excepcion al párrafo primero, en algunos *actos* de Jurisdiccion voluntaria en que se exige que las informaciones se practiquen con un número determinado de testigos, como en los expedientes para autorizar la enajenacion de bienes de menores ó incapacitados (art. 2013), ó para poner

en administracion los bienes de un ausente (art. 2033). Pero en los *pleitos* no puede tener nunca aplicacion como ley procesal para la *prueba* del hecho, sino como ley sustantiva para estimar la *eficacia* del acto, de tal modo, que si resulta que no concurrieron á éste los testigos necesarios, no se ha de tener el hecho por falso ó no probado, aunque el Tribunal tenga un convencimiento completo de que efectivamente se realizó, sino que se ha de tener por nulo é ineficaz por no haber sido ejecutado con las condiciones y solemnidades precisas, para que pudiera producir efectos civiles.

En cuanto al primer párrafo ya hemos dicho que la modificacion introducida consiste en llamar la atencion de los Tribunales sobre los dos puntos de que principalmente se deriva la fuerza del testimonio, segun se ha indicado al final de la nota de introduccion á este párrafo y en la del art. 649.

Las leyes de partida, que consignaron expresamente las reglas de sana crítica á que habian de ajustarse los Tribunales para la apreciacion de la prueba testifical, las hicieron preceptivas miéntras no hubiera oposicion de una informacion á otra, ó no hubiese discordancia entre los testigos de una parte, pero en cualquiera de estos dos casos dejaron que los Tribunales formaran libremente su criterio. Así establecieron, como precepto, que ningun pleito pudiera probarse por un solo testigo, aunque siendo bueno y honrado debiese hacer gran presuncion su dicho (ley 32, tít. 16, Partida 3ª), y que dos testigos conformes y sin tacha hicieran prueba plena en cualquier pleito, á no ser que se tratara de de probar el pago de una deuda consignada en escritura pública ó la ausencia del lugar en que apareciese otorgado un documento público, en la fecha del otorgamiento, para lo cual se necesitarian cinco ó cuatro testigos respectivamente (la misma ley 32 y la 117, tít. 18, Part. 3ª). Y autorizando la libre apreciacion de los Tribunales, declararon: que si discordaren los testigos presentados por una parte, debia el Tribunal aceptar el dicho de los que á su juicio merecieren más crédito, aunque los otros fueren en mayor número (ley 42, tít. 16), y que lo mismo habia de hacer cuando estuvieren en oposicion los testigos de una parte con los de la otra, á no ser que todos le pareciesen igualmente dignos de crédito, en cuyo caso debia seguir al mayor número, y si era el número igual, absolver al demandado (ley 41, *ibid*).

Estas leyes y principalmente las preceptivas, han sido esencialmente

modificadas por la de Enjuiciamiento civil que en todos los casos encomienda á los Tribunales la apreciacion de la prueba testifical, hayan sido ó no tachados los testigos, y háyanse ó no impugnado con otras pruebas su testimonio. La jurisprudencia, en algunas ocasiones estrechada sobre la libertad en que han quedado los Tribunales, explica perfectamente cuál es el derecho positivo en la materia, debiendo referirnos en cuanto á los fundamentos en que descansa nuestra legislacion, á lo que queda dicho en la introduccion de este párrafo.

*Jurisprudencia.*—Con arreglo á lo establecido en el art. 317 (1) de la ley de Enjuiciamiento civil y á lo declarado reiteradamente en conformidad con el mismo por el Tribunal Supremo de Justicia, los Jueces y Tribunales tienen la facultad de apreciar, segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. (S., 20 de Febrero de 1869; Gac. del 28.)

Segun el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, es de la exclusiva competencia del Tribunal sentenciador la apreciacion de la prueba testifical, no siendo las reglas de la crítica racional otra cosa que una funcion del entendimiento que analiza y sintetiza los hechos sometidos al juicio del juzgador, conforme á las reglas inflexibles de la lógica. (S., 31 de Mayo de 1873; Gac. de 18 de Agosto.)

Segun doctrina del Tribunal Supremo, emanada del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Tribunales tienen acerca del testimonio de los testigos, libertad prudente y racional para formar su conviccion, sin que pueda invocarse contra la apreciacion de la Sala sentenciadora lo que previenen las leyes del tít. 16, Part. 3ª, porque tanto estas como las demas taxativas del valor y fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, han sido esencialmente modificadas por el citado artículo de la ley procesal en materia civil.—(S., 14 de Mayo de 1859; Gac. del 20.—S., 21 de Junio de 1864; Gac. del 27.—S., 9 de Octubre de 1865; Gac. del 12.—S., 28 de Abril de 1866; Gac. de 17 de Mayo.—S., 28 de Diciembre de 1868; Gac. de 6 de Enero de 1869.—S., 31 de Mayo de 1873; Gac. de 18 de Agosto.—S., 14 de Enero de 1880; Gac. de 11 de Febrero.—S., 17 de Enero de 1880; Gac. de 15 de Marzo.—S., 14 de Octubre de 1880; Gac. del 30.)

Para suponer infringido el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil,

1 En la nota anterior hemos indicado cómo concuerda el artículo 317 de la Ley de 1855 con el 659 de la vigente.

es preciso determinar la regla de sana crítica á que se haya faltado en la apreciacion de las declaraciones de los testigos, y demostrar el error en que por aquella apreciacion se haya incurrido, sin cuyas circunstancias no cabe la infraccion del referido artículo. (S., 24 de Diciembre de 1867; Gac. de 13 de Enero de 1868.—S., 29 de Noviembre de 1879; Gac. de 7 de Diciembre.)

Segun doctrina del Tribunal Supremo emanada del artículo 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, los juzgadores tienen acerca del testimonio de los testigos libertad racional y prudente para formar su conviccion. Para reputar quebrantado ese artículo, no basta suponer aventuradamente que la apreciacion se ha ejecutado con error, sino que es preciso demostrar en qué consiste éste. (S., 20 de Junio de 1865; Gac. del 28.)

Si bien, aunque inverosímil, es posible alguna vez la infraccion del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento, por faltarse en la apreciacion de una prueba testifical á las reglas de la sana crítica, es necesario, para dirigir un cargo tan duro, hecho al buen sentido de un Tribunal, que se compruebe de un modo indudable. (S., 26 de Febrero de 1867; Gac. de 4 de Marzo.)

Contra la apreciacion hecha por la Sala sentenciadora de la prueba testifical suministrada sobre una cuestion de mero hecho y de la competencia exclusiva de la Sala, no puede alegarse la infraccion del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil: 1º Porque para hacerla, la Sala aprecia la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, segun su racional criterio, que es lo que dicho artículo la prescribe: 2º Porque las reglas de la sana crítica aplicables á este objeto, segun el mismo artículo, no pueden invocarse vagamente en impugnacion del convencimiento adquirido por la Sala, y ménos formularse como leyes determinadas y preexistentes, cuales debieran ser para que su infraccion pudiera alegarse como legítimo motivo de casacion, puesto que por su propia naturaleza son indeterminables á priori, y necesariamente concretas y brotan en cada caso particular de la razon y de la conciencia del Juez por su estudio acerca de la credibilidad de cada una de las declaraciones testificales, combinada con los demas datos del proceso; y 3º Porque el Tribunal Supremo, fallando en casacion, no tiene competencia para resolver cuestiones de mero hecho, únicas que pueden ser objeto de la prueba de testigos, ni autoridad para suprimir respecto de

ellos el criterio y la conviccion de la Sala sentenciadora, reemplazándolos con los suyos propios, puesto que su mision se limita á la recta inteligencia y aplicacion del derecho. (S., 8 de Noviembre de 1870; Gac. de 2 de Enero de 1871.)

Segun lo ha declarado reiteradamente el Supremo Tribunal, no puede ser alegada como fundamento eficaz de casacion la infraccion del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando la Sala sentenciadora aprecia con arreglo á su racional criterio la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos sobre cuestiones de mero hecho, ajenas al objeto del indicado recurso, que se limita á la recta inteligencia y aplicacion del derecho. (S., 9 de Febrero de 1874; Gac. de 3 de Marzo.)

El art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos sea apreciada segun las reglas de la sana crítica, no impone á los Jueces y Tribunales el deber de contar, sino de pesar los testimonios, dejando á los juzgadores libertad prudente y racional de formar su conviccion; y por tanto no se infringe el artículo, cuando la apreciacion de la prueba no está basada en el número. (S., 15 de Junio de 1864; Gac. del 20.)

Nunca ha sido principio de derecho que los juzgadores deban atenderse para la calificacion y apreciacion de las pruebas al número de los testigos presentados, sino al valor que merezcan sus dichos, en conformidad á la ley 41, tít. 16, Part. 3ª. (S., 27 de Marzo de 1865; Gac. de 13 de Abril.—S., 24 de Diciembre de 1867; Gac. de 13 de Enero de 1868.—S., 3 de Abril de 1868; Gac. del 26.)

Si bien por un testigo ningún pleito *non se puede probar*, segun la ley 42, tít. 16, Partida 3ª, conforme con las reglas de la sana crítica, no tiene aplicacion esta doctrina cuando ademas concurren otros testigos ó medios de prueba de los que debe apreciar el Tribunal sentenciador. (S., 30 de Noviembre de 1868; Gac. de 13 de Diciembre.)

No pueden hacer fe en juicio las declaraciones de testigos que no concuerdan en lo sustancial. (S., 24 de Setiembre de 1875; Gaceta de 2 de Octubre.)

La regla de sana crítica de que dos testigos contestes y de buena fama bastan para justificar una demanda, no quiere decir que siempre que concurren la demanda deba declararse probada, y mucho ménos quan-

do se trata de apreciar pruebas complejas. (S., 4 de Mayo de 1880; Gac. de 23 de Agosto.)

La declaracion uniforme de dos testigos no siempre ni con aplicacion á todos los casos y circunstancias justifica la verdad legal, porque á más de que lo dispuesto en esta parte por la ley 32, tít 16 de la Partida 3ª, se halla esencialmente modificado por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, no siendo el precepto de aquella ley absoluto, por las excepciones que contiene, se concreta tambien al caso de que solo hubiese dos testigos, y no comprende ni podia comprender aquellos en que declarasen otros en diverso sentido sobre el mismo hecho, ó en que se practiquen otras pruebas en contrario, ni aplicarse tampoco á los dos testigos si no están enteramente conformes no solo en lo sustancial de los hechos, sino en los accidentes que contribuyen á esclarecer la verdad. (S., 18 de Marzo de 1867; Gac. del 23.)

Aun concediendo como regla de sana crítica que dos ó más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias, sin tacha ni interes en faltar á la verdad puedan hacer prueba plena cuando sus dichos no hayan sido desvirtuados por otra en contrario, semejante regla no tiene aplicacion cuando la Sala estima que los testigos presentados no reunen aquellos requisitos. (S., 28 de Diciembre de 1868; Gac. de 5 de Enero de 1869.)

No puede estimarse como regla de sana crítica 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 hubieren practicado por ambas ó por alguna de las partes, hayan sido ó no tachados los testigos. (S., 22 de Diciembre de 1868; Gac. del 31.)

Disponiendo la ley 41, tít. 16 de la Partida 3ª, que cuando ambas partes litigantes presenten testigos que se contradigan entre sí, debe el juzgador creer los dichos de aquel que *entendiere* que dicen la verdad ó que se acercan más á ella, la Sala sentenciadora está en su derecho, á virtud de esta sola prescripcion legal, apreciando la prueba testifical del litigio con arreglo á su conciencia. (S., 21 de Mayo de 1877; Gac. de 29 de Agosto.)

Si por una y otra parte se presentasen testigos y las declaraciones y

fama de unos y de otros fuesen iguales, el Juez debe dar por libre al demandado. (C. de U., 7 de Junio de 1858; Gac del 10.)

No es doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, la de que la posicion de diez testigos mayores de edad y sin excepcion tiene en el foro la misma fuerza que un documento público. (S., 30 de Setiembre de 1864; Gac. de 5 de Octubre )

### § 8º

#### *De las tachas de los testigos.*

Todas las pruebas pueden impugnarse oponiendo otras sobre los hechos que el contrario intente acreditar, en cuyo caso la impugnacion directa al hecho recae sobre el medio probatorio, como si á una escritura se opondrá la justificacion del fallecimiento anterior á su fecha del otorgante: ó impugnado el medio probatorio para demostrar que no merece crédito, en cuyo caso la impugnacion directa al medio trasciende á la certeza del hecho, como si la escritura presentada se redarguye de falsa civil ó criminalmente. En la prueba de testigos, esta segunda clase de impugnacion se hace por medio de las *tachas*, que son las alegaciones que se oponen, no directamente á los hechos declarados por los testigos, sino á la fuerza probatoria de sus declaraciones. Los autores dividen en tres clases las tachas segun se oponen á las *personas* de los testigos, á sus *dichos* ó á su *exámen*. En sentido estricto y considerando las tachas, segun lo hace este párrafo, como trámite especial del pleito, solo lo son las que se oponen á las personas de los testigos, pues la impugnacion que se haga á la fuerza probatoria de sus declaraciones por la razon de ciencia de su dicho ó por no haber querido manifestarla, ó por haber sido su relacion oscura, contradictoria ó inverosímil, lo mismo que la que se funde en la infraccion de las formalidades establecidas por la Ley para su exámen, por ser sin citacion, ó sin juramento, ó fuerza de plazo, etc., tiene su justificacion ó sus elementos de discusion en los autos mismos sin necesidad de que sobre ello se hagan pruebas especiales.

Por esto la Ley solo da el nombre de tachas á las personales; pero al señalar las que pueden alegarse es, á nuestro juicio, por extremo deficiente. En la nota de introduccion á la prueba de testigos, hemos expuesto las condiciones que racional y legalmente han de reunir para