

del resultado de las actuaciones y de la calificación de los hechos, es propio de las atribuciones del tribunal *a quo*: sentencia de 16 de enero de 1861. Que no compete al Tribunal Supremo, sin declarar previamente la casación, examinar si han sido bien aplicadas las leyes en la apreciación que de las pruebas hace la audiencia, pues de lo contrario equivaldría á juzgar sobre la cuestión de los hechos: sentencia de 13 de octubre de 1856. Que son extrañas á la naturaleza del recurso de nulidad, las cuestiones referentes á no haberse arreglado la sentencia á lo alegado y probado por las partes y á haber desconocido el principio jurídico que prohíbe á todos aumentar su riqueza con daño de tercero, puesto que para resolver semejantes cuestiones era menester apreciar las pruebas, lo cual toca privativamente á los jueces y tribunales superiores, como encargados de fallar los pleitos bajo el doble punto de vista del hecho y del derecho: sentencia de 14 de mayo de 1855.

Aunque en ninguna de estas sentencias que acabamos de esponer, ni en otras varias que omitimos por razón de la brevedad, se espresa que la facultad del tribunal *a quo* para apreciar la prueba sin dar lugar al recurso de casación, se limite al caso de que no infringiere ley ó doctrina alguna legal no debe entenderse escluido por ellas en materia alguna, segun se ve, examinando los casos á que se refieren, pues en ninguno de ellos se apreció indebidamente la prueba por el tribunal *a quo*; debiendo advertirse, que el fundamento que se espresa en algunas para prohibir al Tribunal Supremo el conocimiento de dicha apreciación, cual es el ser ageno de sus atribuciones, conocer del hecho y del derecho, ó se refiere al caso en que la mala apreciación de la prueba no produzca nulidad, por no infringir ley ni doctrina legal, sino solo injusticia sobre el fondo del litigio, cuyo conocimiento es contrario al carácter de la casación, ó sobre recursos de nulidad en los cuales no podía en ningún caso el Tribunal Supremo, conocer sobre la cuestión principal objeto del litigio, inconveniente que ha desaparecido respecto de los de casación, pues la nueva ley faculta á dicho tribunal para ello, cuando la ejecutoria es contra ley ó doctrina legal.

1545. Por lo demás, la limitación indicada se espresa terminantemente en otras sentencias del Tribunal Supremo. Tales son la de 20 de marzo de 1858, en que se consigna ser doctrina inconcusa del Tribunal Supremo, que en las cuestiones de puro hecho, la simple apreciación de las pruebas, *mientras se encierra en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del tribunal sentenciador*, no es objeto del recurso de nulidad; la de 26 del mismo mes y año, que estableció en sus considerandos, que al fallar la sala de la audiencia, habia declarado que las pruebas de la parte demandante no son suficientes para justificar su acción..... que las apreciaciones de esta clase, *cuando al hacerlas no se ha quebrantado ley ni doctrina legal*, son de la exclusiva pertenencia del tribunal sentenciador, y que las hechas en el caso en cuestión, se reducian á la calificación de los hechos, y por lo mismo, el Tribunal Supremo no podia entrar en esta cuestión; la de 8 de mayo de 1861, segun la cual, debe estars

la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal sentenciador, *cuando sobre ella no se ha citado determinadamente ley ni jurisprudencia infringida*; y finalmente, las de 7 y 18 de enero del mismo año que previenen, que la apreciación de las pruebas corresponde á la sala sentenciadora y no al Tribunal Supremo, *cuando aquella ha sido hecha sin cometer ninguna infracción legal*.

1546. Además, se ha declarado determinadamente la libertad del tribunal *a quo* para apreciar la prueba sobre daños y mejoras, por sentencia de 25 de noviembre de 1860, segun la cual la sala sentenciadora, al apreciar los hechos y calificar las pruebas documentales y de testigos sobre daños y mejoras, no puede infringir ley clara y terminante, porque no la hay para fijar las cualidades ó circunstancias de la prueba en tales casos, ni que limite al juez el derecho de valorar la prueba. Por otra sentencia del mismo año se ha consignado, que no se infringen las leyes relativas al abono de daños y perjuicios y á la calificación de las pruebas, cuando la sala sentenciadora, apreciando estas en debida forma, resuelve sobre aquellos lo que estima procedente. Véase tambien la de 7 de marzo de 1861.

Por otra de 12 de junio de 1861 se ha declarado, que no hay infracción de la ley 19, tit. 5, Part. 3, cuando la sala sentenciadora, al apreciar debidamente las pruebas, estima que el mandatario ó apoderado no se escedió de las facultades que en el poder le fueron conferidas.

Ha consignado tambien el Tribunal Supremo, que la apreciación de las pruebas sobre la necesidad y utilidad de la venta de bienes de menores, corresponde á la sala sentenciadora: sentencia de 12 de marzo de 1861: y asimismo, la de las pruebas sobre capacidad de testador y vecindad de los testigos del testamento: sentencia de 25 de marzo del mismo año.

Acerca de la prueba pericial, ha sentado tambien, que si bien las leyes 118 y 119, tit. 18, Part. 3, refundidas en su parte esencial en el artículo 290 de la de Enjuiciamiento civil, no califican de prueba acabada las declaraciones periciales, no prohiben por eso que los tribunales formen su juicio por el conjunto de todas las aducidas: sentencia de 2 de octubre de 1861.

1547. Mas si el Tribunal Supremo ha declarado no haber lugar al recurso de casación, cuando en la apreciación de la prueba, el tribunal *a quo*, no ha infringido ley ni doctrina legal alguna, por no existir leyes especiales que determinen la fuerza de cada probanza, ó por haber de combinarse los diversos medios de prueba propuesta por los contendientes, y siempre que el tribunal se circunscribe en los límites que la ley señala á la crítica racional y judicial criterio del juzgador, segun ya hemos visto en las decisiones espuestas, ha consignado, por el contrario, que procede dicho recurso, cuando el tribunal *a quo* no se encierre en estos límites, ó cuando existiendo leyes que determinan la fuerza probatoria ó la falta de eficacia legal de un medio de prueba, segun que concurren ó no en él las circunstancias y requisitos que exige el derecho para considerarle revestido de fuerza, ó no lo aprecia el tribunal debidamente, ya sea por no darle todo el valor que la ley

le concede, ya por atribuirle mayor fuerza de lo que tiene por derecho. Tal acaecería, por ejemplo, si presentándose en autos por un litigante un documento legalmente auténtico y sin el menor vicio, en que constara de una manera indubitable el hecho que alegaba como fundamento de su derecho, y cuando la parte contraria no lo combatiese legalmente ó no presentara otra prueba que lo desvirtuara, le negase el tribunal su fuerza probatoria, ó si por el contrario, presentándose un documento defectuoso, lo apreciara como instrumento público y legal, ó finalmente, si no se produjera ninguno de los medios de prueba reconocidos por derecho, sino que se alegaran circunstancias y actos que la ley no reconoce como medios probatorios, y el juez les diera el carácter de tales. Tal sucedería asimismo, si el juez hubiese recibido declaración á un litigante, bajo juramento decisorio, á solicitud del contrario, y habiéndolo aquel prestado con arreglo á las prescripciones legales, no lo considerase como prueba plena, faltando á lo dispuesto en el art. 294 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre que constituya plena probanza, no obstante cualesquiera otra que se presentare. No están facultados en tales casos los tribunales para apreciar discrecionalmente la prueba; si lo verifican sin sujetarse al derecho, cometen una infracción de ley y procede el recurso de casación; puesto que tiene este lugar siempre que hay infracción de ley ó de doctrina legal, bien se cometa interpretando ó aplicando indebidamente el derecho, bien calificando mal un hecho que constituye derecho ó apreciando indebidamente la prueba practicada en su derecho.

Esta doctrina está apoyada por los autores y consignada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si el juez, dice Dalloz, después de haber reconocido una circunstancia ó un hecho *ó una prueba determinada*, hace de ellos una calificación indebida ó errónea. Hay violación de un texto legal y lugar al recurso de casación. La sala admite y declara, dice el señor marqués de Gerona, en el Exámen citado, la casación, donde quiera que encuentra infringida una ley espresa, aun cuando esta ley sea reguladora de la prueba legal de los hechos. Si se dejara á los tribunales, dice el señor Gomez de la Serna, el derecho de apreciar soberanamente todo género de pruebas; si tanta fuera la latitud que se les diera, se abriría una ancha brecha á la inobservancia de las leyes, se anularían todos los esfuerzos que se están haciendo para uniformar la jurisprudencia, y sería una sombra vana la vigilancia que el Tribunal Supremo está llamado á ejercer por medio de los recursos de casación. Abogo por la libertad de los tribunales superiores respecto á los puntos en que la ley les concede el arbitrio que no debe negarles: pero enemigo de su omnipotencia, me opongo á que en las pruebas, bajo el pretexto de interpretaciones viciosas y torcidas, salten por encima de las leyes, tengan implícitamente el derecho de derogarlas, y vengán así, de un modo indirecto, á usurpar las funciones legislativas. Por esto, cuando hay una ley que establece la fuerza que debe tener un medio de prueba, y el juez, separándose de sus principios, falla en sentido opuesto, no cabe duda á mi juicio, que hay lugar al recurso, porque se ha infringido una ley en la

sentencia. Casos de esta naturaleza se encontrarán, entre otros, en los pleitos en que la prueba hecha sea instrumental, ó consista en la confesión de uno de los litigantes. Puede, pues, decirse, que en todos los casos en que los hechos que han servido de fundamento al juicio tienen ya su determinación y carácter probatorio establecido en la ley, ó lo que es lo mismo, cuando las relaciones entre el hecho y la ley han sido previstas y regladas ya de un modo cierto por el legislador, y sin embargo, el Tribunal Superior no las acata, y sustituye á la voluntad soberana su opinión individual, entonces hay sin duda lugar al recurso, porque no se trata de la apreciación de una prueba que la ley deja al poder discrecional del juez, sino de la infracción de una ley que por sí sola da lugar al remedio extraordinario de la casación.

Respecto á la jurisprudencia, creemos deber citar en primer lugar, la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia, con fecha de 28 de junio de 1852 (dada en un recurso de nulidad que recayó sobre un caso de reconocimiento de paternidad, anulando una ejecutoria de una audiencia) ya por haber incurrido al darla en los dos defectos ó infracciones de ley indicadas, de no estimar prueba legal y completa la que lo era según la ley, y de calificar de prueba plena la que el derecho no reconoce como tal, ya por haberse pasado desapercibida esta importante decisión á la vista de respetables intérpretes, que pretenden no haberse desviado el Tribunal Supremo hasta la sentencia pronunciada en marzo de 1858, de la fórmula común de que no le competía examinar si habían sido bien apreciadas por la sala sentenciadora las pruebas, y no haberse considerado hasta entonces con jurisdicción para declarar la nulidad en el caso de que las audiencias, al hacer la apreciación de ellas quebrantasen alguna ley ó doctrina legal. El Tribunal Supremo consignó en los considerandos de dicha sentencia como doctrina, que *los tribunales no son árbitros de calificar de prueba plena la que no reconocen las leyes como tal, ni deben formar su criterio judicial fuera de las reglas establecidas por derecho*; que tampoco pueden hacer uso de conjeturas, principalmente cuando tales decisiones conducirían á una grave perturbación del orden social en el interés únicamente de las personas que por su conducta se habían hecho gravemente criminales.

1548. Acerca de la prueba de confesión, ha declarado el Tribunal Supremo que la sentencia que da valor á la confesión hecha en juicio vaga é indeterminadamente (v. g., no señalando, ni describiendo, ni fijando la parte de las fincas en cuestión y á que se refiere) infringe la ley 4, título 13, Part. 3, que prescribe, para que la confesión judicial perjudique á quien la hace y aproveche á su contrario, que la haga sobre cosa, cuantía ó hecho cierto ó concreto, y en su consecuencia, ha lugar al recurso de casación; sentencia de 4 de octubre de 1860. Asimismo ha consignado, que para que tenga aplicación la doctrina legal de que la prueba del hecho incumbe al que lo afirma, y que aquel que lo confiesa con circunstancias que lo destruyen ó modifican, está obligado á justificarlas, es indispensable que la confesión recaiga sobre el hecho fundamental origen de la obligación

que se quiere hacer valer, y no sobre otro por mas inductivo que sea: y en su consecuencia, habrá ó no lugar á la casacion, segun que el tribunal *a quo* aprecie ó no en este sentido la prueba: sentencia de 28 de diciembre de 1860.

1549. En cuanto á la prueba documental, ha declarado el tribunal supremo, haber lugar á la casacion por no apreciar el tribunal *a quo* debidamente esta prueba, cuando habiendo probado el demandante su intencion con documentos fehacientes, se absuelve de la demanda al demandado, por infringirse en tal caso la ley 1, tit. 14, Part. 3, pues aunque se ordena meramente en su letra, que no probando el demandante se absuelva al demandado lógica y necesariamente hay que inferir lo contrario en el caso inverso: sentencia de 10 de noviembre de 1860. Asimismo ha declarado, haber lugar á la casacion por apreciacion indebida de la prueba, cuando en caso inverso al anterior, no habiéndose practicado prueba alguna sobre uno de los extremos de la demanda por el demandante, condena el tribunal *a quo* al demandado, pues, se infringe la ley 1, tit. 14, Part. 3, que da por *quito* á este cuando no se justifica la demanda: sentencia de 22 de junio de 1860. En el caso que motivó esta sentencia, consideró el Tribunal Superior que no habia probado parte de su demanda el actor, por constar la cantidad que se referia en un libro de cuentas de una sociedad con correcciones y enmiendas y no haber sido reconocida esta partida por el demandado. En su consecuencia, declaró el tribunal, que no mereciendo fe en juicio los libros de cuentas de una sociedad, que además de carecer de las formalidades legales, tienen enmiendas y correcciones, si solo por ellos resulta el ingreso del capital social de las partidas que bajo este concepto reclama el socio demandante, únicamente pueden ser de abono las reconocidas por el demandado; que en dicho caso, si la sentencia declara abonable todo el capital que figura en la liquidacion presentado por el socio demandante, no habiendo el demandado reconocido mas que una parte de él, se infringe la ley 1, tit. 14, Part. 3. Asimismo ha declarado el Tribunal Supremo, haber lugar á la casacion por haberse apreciado la prueba documental indebidamente contra la siguiente doctrina que se consignó en los considerandos de la sentencia anulatoria. Que segun el espíritu de la ley 2, tit. 16, lib. 10, Nov. Recop. en el caso de haberse perdido los protocolos y registros, debe darse valor y plena fé á la primera copia de un documento público, socado del verdadero original por el mismo escribano que lo autorizó, cuando no se le opone vicio de falsedad, ni otro defecto que la falta de comprobacion ó de cotejo: que este principio, apoyado en las leyes y admitido en la jurisprudencia, no ha sido alterado por las nuevas disposiciones legales, que por el contrario, dan á las primeras copias el valor de una prueba acabada y perfecta; que no debe declararse la ineficacia de un documento público, solo por la falta de cotejo, cuando es notorio el extravío de los protocolos; y que en tal caso deben apreciarse los demás datos que se suministren para apreciar su autenticidad: sentencia de 24 de mayo de 1860.—Finalmente, por sentencia de 8 de noviembre de 1860 se anuló en recurso de casacion

otro fallo de una audiencia, que apreció la prueba en contra de la siguiente doctrina, consignada por el Tribunal Supremo en los considerandos de su sentencia. Que con arreglo á lo que prescribe la ley 115, tit. 18, Part. 3, cuando el escribano autorizante sostiene la verdad del otorgamiento de una escritura y los testigos instrumentales contradicen su aserto y niegan haberlo sido del acto, debe ser creído aquel y no estos, siempre que sea de buena fama y el documento concuerde con sus notas ó protocolo: Que siendo válida, como lo es, la escritura en el caso antedicho, con mayoría de razon debe serlo, cuando los testigos instrumentales están acordes con el escribano acerca de que el acto pasó como aparecia en la escritura: Que se infringe dicha ley de Partida en la sentencia que declara de ningun valor ni efecto una donacion contenida en un documento público, cuando este se halla revestido de todas las formalidades que el derecho prescribe para su validez, y á mayor abundamiento, el escribano autorizante es de buena fama y los testigos instrumentales aseveran que todo pasó tal y como aparece de la escritura.

1550. No obstante el rigor que demuestra la jurisprudencia porque se respete la prueba documental por el tribunal *a quo*, no ha podido menos de dejar á este sobre ella la libertad de combinarla con las demás pruebas aducidas, consecuente á la doctrina que llevamos sentada: asi, pues, ha consignado en sentencia de 2 de octubre de 1861, que por muy eficaz que sea la prueba documental, no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho, que para enervarla es de valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni aun á la prueba testifical, admitida tambien por la ley; y asimismo, por sentencia de 27 de diciembre de 1857, se declaró, que las leyes 1,114 y siguientes, tit. 18, Part. 3, relativas al valor de los instrumentos, se contraen á los casos en que estos se presenten contra el mismo que los otorgó, y que tampoco basta para probar un hecho consignarle en un documento público, si este puede ser combatido legalmente, ó si la existencia de otro demuestra su ineficacia.

1551. Acerca de las facultades ó atribuciones que concede la ley al tribunal *a quo* para apreciar la prueba testifical practicada sobre cuestiones de hecho, sin dar lugar al recuso de casacion, existe entre los autores gran divergencia de opiniones á que ha dado ocasion la vaguedad, poca exactitud, y aun al parecer, contradiccion que se advierte en la diversidad de sentencias pronunciadas sobre este punto por el Tribunal Supremo.

El artículo 317 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil previene, que los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

Esta disposicion ha sido esplicada por respetables autores en un sentido sobrado lato y absoluto, en nuestro concepto, hasta el punto de no dejar apenas lugar en caso alguno de apreciarse la prueba de testigos, al recurso de casacion.

1552. El señor Ortiz de Zúñiga, en su Práctica general forense, cuarta



edición, se espresa de esta suerte: En las cuestiones en que nunca ó rarisíma vez procede el recurso extraordinario de casacion, es en las de hechos justificados única y exclusivamente por testigos, porque en este punto la ley de Enjuiciamiento civil ha introducido una innovacion notabilísima en su art. 317..... «Dos testigos que sean de buena fama (decia la ley 52, tít. 16, Part. 3), é que sean á tales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juicio.» Esta inflexibilidad en la tasa del valor de la prueba testimonial ha sido por muchos siglos un axioma jurídico, al cual han tenido los tribunales que someter su conciencia y subyugar su conviccion, á pesar de descubrir moralmente en muchas ocasiones la inverosimilitud, y tal vez hasta la falsedad de lo que esos dos testigos aseguraban. Pero la nueva ley, dejando al prudente criterio del juzgador una libertad razonable, le ha trasformado, de autómeta ó de instrumento mecánico, en un ser pensador é inteligente, capaz de ejercitar la sana crítica y de aplicar las reglas de la buena lógica al exámen de los hechos atestiguados por dos ó mas personas, y esta es la gran reforma verificada por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.»

El señor Gomez de la Serna, en los Motivos de las variaciones principales que ha introducido la ley de Enjuiciamiento en los procedimientos, al esplicar el espíritu del art. 317, comparándole con el de las leyes de Partida, dice lo siguiente: «El número de testigos es la única circunstancia que nuestras leyes anteriores á la de Enjuiciamiento civil, quisieron que sirviera de norte para el fallo del juzgador; dos testigos contestes, se decia, hacen plena prueba; el juez debe someter á semejante testimonio su conciencia: en nada se apreciaban las circunstancias especiales de los testigos, mientras no eran motivo de tacha legal, el número, no la calidad, debia considerarse; en una palabra, los testimonios no se pesaban, sino que se contaban. Esto pareció á la comision absurdo, insostenible; el derecho romano lo rechazó; quiso y con razon dejar en este punto á la ciencia y conciencia de los jueces la apreciacion de los medios que debian formar su conviccion; no los sujetó inflexiblemente á lo que dijieran dos testigos desautorizados tal vez y cuyo testimonio, á fuerza de demasiado conteste, daba lugar á que se creyese que era amañado y estudiado hasta en las palabras, y que estaba bien aprendido. Quede al juez la libertad prudente y racional para formar su conviccion, no se le sujete á condiciones repugnantes, fiese mas en su buen juicio y en su responsabilidad, y no se le convierta en un autómeta, degradando su alto ministerio. Quanto mas se ensalcen las instituciones judiciales, mas ganará la justicia, mas ganará el pais. Por esto la comision, separándose del derecho anterior, proclamó un principio mas antiguo, mas racional, mas filósofo, á saber: que los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.»

1555. Por nuestra parte, reconociendo que la disposicion del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, ha abierto un campo vasto al criterio del juzgador,

le ha dado mas latitud y holgura en la apreciacion de la prueba testifical, que nuestras leyes anteriores, segun espondremos mas adelante, consideramos las interpretaciones que acabamos de extraer, sobrado estensivas, y algo exageradas y poco exactas. Y en efecto, no es exacto decir, al menos con relacion á todas las leyes de Partida que graduan la prueba testifical, que el número de testigos fuese la única circunstancia que nuestras leyes quisieron que sirviera de norma al juez para su fallo, pues que en dichas leyes se atendió á la mayor veracidad, bondad y fama de los testigos, como lo prueba la ley 40, tít. 16, Part. 3, referente al caso en que los dichos de los testigos presentados por una de las partes fuesen contrarios á los de la otra, puesto que prescribe, que el juez crea á los que dicen la verdad ó que se acercan mas á ella, ó que son de mayor fama, *aun cuando los otros fueren mas*, y la 41 que versa sobre el caso de discordancia entre los testigos presentados por una misma parte, en la cual se previene que el juez debe creer á los que juzgase que se acercan mas á la verdad y que acuerdan mas con el fecho, *maguer que los otros fuesen mas*, de manera que el litigante puede probar su intencion por algunos *dellos que sean omes buenos*, con tal que los que dicen lo contrario *non sean mas ó mejores*. Por otra parte, la libertad que se deja al juez por estas leyes para apreciar qué testigos se acercan mas á la verdad y se acuerdan mas en el fecho, esto es, quienes aparecen mas verosímiles en sus declaraciones y mas exactos respecto de lo que se trata de averiguar, pueden tal vez suplir en parte lo diminutas y poco espresivas que aparecen nuestras leyes en la designacion de las tachas legales, puesto que el juez puede valuar en poco ó desechar la declaracion que le aparezca amañada, contradictoria, oscura, apasionada ó parcial. La prescripcion de la ley 52, tít. 16, Part. 3, sobre que dos testigos contestes y libres de toda escepcion, basten para hacer plena prueba, que essin duda alguna la mas rigurosa y restrictiva del criterio del juez que aparece en nuestros códigos, ha adquirido gran parte de su rigidez por el modo absoluto y el rigorismo con que ha sido interpretada en la práctica, sin considerarla desvirtuada en modo y caso alguno por las otras pruebas mas ó menos incompletas presentadas por la parte contraria, aun cuando el juez estuviera persuadido moralmente de la inverosimilitud y falsedad de sus dichos. No debe perderse tampoco de vista, que todas las leyes de Partidas citadas en las reglas que fijan al juez para la apreciacion de la prueba testifical, no tanto se refieren á las declaraciones presentadas á este por escrito y que no recibió por sí esto es, á lo que entendia el derecho romano por testimonios, *testimonia*, medio probatorio que fue condenado por incompleto é ineficaz, sino principalmente á las declaraciones orales que recibe el juez de los mismos testigos, pudiendo observar su continente, su aspecto, (debiendo mirarles á la cara, como dice una ley de Partida) el tono de su voz y su manera de espresarse, si es firme y resuelta, ó balbuciente, ó vacilante; pudiendo carearlos y aclarar sus contestaciones con nuevas preguntas, para disipar las dudas que pueden ocasionar sus términos impropios ó su falta de esplicacion de ciertas circunstancias. Este procedimiento, lejos de rechazarlo el

derecho romano, fue el que se recomendó especialmente en la época de su restauracion como mas autorizado que el escrito. Y por esto escribía el emperador Adriano á Gabino Máximo: *Alia est auctoritas præsentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent.* Y por eso remitía á un presidente de provincia un proceso en que no se le presentaban testigos, sino testimonios: *Quod crimina objecerit apud me Alexander Apro, et quia non probabat, nec testes producebat, sed TESTIMONIIS uti volebat, QUIBIS APUD ME LOCUS NON EST, NAM IPSOS INTERROGARE SOLEO, quem remis ad pævinciæ præsidem, etc.*

Examinadas é interpretadas las leyes de Partida estensiva y profundamente, aparecen que se fundaron, en lo general, en las reglas del racional criterio y de la sana crítica, segun hemos espuesto en el libro 2.º, número 1,008 al 1,027 de esta obra, aun cuando se note algo de rigorísimo, de diminuto y poco espresivo en varias de sus disposiciones. Estos defectos ha tratado de enmedar la nueva ley de Enjuiciamiento en su art. 317, mas al hacerlo, ha estado lejos de someter al libre arbitrio del juez la apreciacion de la prueba de testigos, puesto que la ha limitado *sujetádadle á observar las reglas de la sana crítica*, y que en su consecuencia, cuando infrinja estas reglas, infrinje el art. 317 de la ley, y ha lugar al recurso de casacion, segun se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo que espondremos mas adelante. La misma ley de Enjuiciamiento *tasa* en tres el número de testigos que bastan para probar en el juicio de despojo sobre este hecho, (art. 725) de acuerdo con nuestras antiguas leyes, que se fundaban para exigir un testigo mas, en este caso que en los ordinarios, en que como produce efectos en perjuicio de tercero esta prueba y no puede ser desvirtuada previamente por la de este, conviene asegurar la fuerza probatoria para evitar procedimientos injustos. Véase lo espuesto en el núm. 1,021, párrafo 5, lib. 2.º de esta obra.

1554. En apoyo de las reflexiones que acabamos de esponer, debemos citar la opinion de tres de los comentadores de la nueva ley de Enjuiciamiento, los señores Manresa, Miquel y Reus, quienes al hacerse cargo del primer precepto de la ley 52, tit. 16, Part. 3, sobre que el dicho de dos testigos contestes y libre de toda escepcion, bastan para hacer prueba plena, dicen lo siguiente: «Si se considera dicho principio como una regla general y absoluta para todos los casos, cual solia entenderse en la práctica, indudablemente ha sido modificado por el artículo que estamos comentando. Dos testigos, aunque estén contestes y sin tacha legal, no pueden hacer prueba plena, cuando sus declaraciones han sido desvirtuadas por algun otro medio de prueba, ó cuando los hechos sobre que declaran son iverosímiles en el órden material de las cosas, ó cuando no concurren en ellos las condiciones necesarias para poder apreciar los hechos debidamente sin temor de que puedan haber sido engañados. Pero fuera de estos casos, los jueces y tribunales no podrán menos de dar entera fé y crédito al dicho conteste de dos testigos libres de toda escepcion, cuando sean personas de buena fama, imparciales, de buen criterio y con las dotes necesarias para poder apreciar

los hechos cuales son en sí... Sostener lo contrario, seria proceder arbitrariamente y contra las reglas de sana crítica, y de consiguiente contra el precepto terminante del art. 317 de la ley.»

1555. A la última parte de este comentario, se ha hecho oposicion en un artículo inserto en la Revista general de legislacion, tomo 16, pág. 466, firmado por el señor Poblacion Fernandez diciendo: «No admitimos que deba darse entero crédito al dicho conteste de los dos testigos, porque la buena fama, la imparcialidad y el buen criterio no son cosas que en la mayoría de los casos, ni con mucho, se revelen por las circunstancias puramente esternas que la ley exige á los testigos. Un parentesco de quinto grado, por ejemplo, suele ser muchas veces motivo de mayor parcialidad que un parentesco de segundo ó de tercero, y sin embargo, no es tacha legal. Una amistad íntima, *completamente ignorada é improbable*, suele ser tambien motivo de parcialidad, y sin embargo, no estar al alcance del juez por el resultado de los autos. Mas fuerte que la amistad todavía, puede ser un beneficio del momento, y al que para corresponder tenga el testigo que declarar en favor del que se lo hizo. Nada mas frecuente que ver en las informaciones de pobreza el dicho de tres testigos contestes y libres de toda escepcion, y sin embargo, puede declararse pobre y se declara en efecto á la persona que esté mas distante de serlo. Las garantías que la ley exige á los testigos, ni son ni podrán ser nunca bastantes para que el juez pueda conocer por ellas la verdad de las declaraciones. La buena fama se supone mientras no se pruebe la mala que existe muchas veces, sin que se intente siquiera su prueba, por ser imposible. La imparcialidad se supone mientras no hay tacha legal, y aun sin haberla, pueden ser infinitos los motivos de parcialidad que impulsen al testigo á faltar á la verdad.»

1556. Concedemos por nuestra parte que podrá haber casos en que el juez no deba dar completa fé al dicho de dos testigos contestes, de buen criterio y con las dotes necesarias para apreciar los hechos sobre que declaran cuales son en sí, cuando á pesar de reconocerlos imparciales la ley, por no haberse alegado contra ellos alguna de las tachas que la misma establece, hay motivos para dudar de su parcialidad ó veracidad, por lo que resulta de autos ó por la forma como prestaron sus declaraciones, v. gr., por la falta de fuerza y seguridad, ó sobrada pasion con que declararon en pro ó en contra de algunas de las partes, puesto que ya hemos reconocido que nuestras leyes están diminutas y poco espresivas en la determinacion de las tachas, pero estos motivos han de resultar precisamente de lo que aparece en los autos, sin que en manera alguna influyan en el ánimo del juez las noticias ó circunstancias fuera del proceso, como se da á entender en las reflexiones anteriores. Es regla y principio inconcuso que el juez debe sentenciar *secundum allegata et probata*: de lo contrario seria convertir al juez de derecho en juez de hecho, á los tribunales en jurados, y esta infraccion de la regla y principio espuestos podria aplicarse, lo mismo á la prueba de testigos que á la documental y demás que establece el derecho, puesto que el juez podria saber judicialmente que el documento que se le