

el juez las interrogaciones, pero tendrá que valerse de intérpretes, que se elegirán en la forma que prescribe el art. 303 respecto de los peritos, pues que aquellos pertenecen á esta clase de personas, los cuales despues de jurar que dirán en idioma castellano lo que el juez pregunte y el testigo deponga en el suyo, sin añadir, quitar ni tergiversar cosa alguna, procederán al exámen del testigo.

971. Deberá tomar el juez que conoce del pleito las declaraciones por sí mismo, cuando los testigos se hallaren en la misma residencia del juzgado; pero si el exámen de los testigos hubiere de tener lugar en punto distante del en que se siguiera el pleito, se acompañará el interrogatorio de repreguntas con el despacho que se libre en pliego cerrado, segun dispone el art. 312 de la ley. Este artículo aparece vago y dímínuto por referirse á las disposiciones generales de los artículos 33 y 34, por lo que para que se entienda debidamente, lo expondremos en combinacion con estos, en lo que se refieren á las declaraciones de los testigos.

972. Asi pues, cuando los testigos se hallaren en pueblo distinto del en que reside el juzgado ó la audiencia; pero dentro de su partido ó territorio, los ministros ponentes ó jueces de primera instancia en su caso respectivo, deberán remitir, los primeros, á los jueces de primera instancia, y estos á los de paz, despacho ó exhorto del interrogatorio de preguntas que presentó el litigante que solicita dicho exámen, y en su consecuencia el de repreguntas que presentó su contrario, en pliego cerrado con el despacho ó exhorto en que se libra el interrogatorio de preguntas, párrafo 2º. del art. 33 en combinacion con el 312. Mas esta remision no es obligatoria en nuestro concepto, puesto que el párrafo 2º. citado usa de la cláusula *podrán cometer*; por tanto y aconsejando la equidad y la justicia que cuando fuere de importancia el litigio y la distancia del lugar donde se hallan los testigos y el estado de salud ú ocupacion de estos les permita ir al juzgado sin gravámen considerable para las partes, deberán venir á él los testigos, por lo mucho que puede influir en el ánimo y criterio judicial la vista de estos y la firmeza ó vaguedad en sus deposiciones, no tendrá el juez obligacion de remitir los despachos mencionados á los jueces del pueblo en que se hallen aquellos.

Si los testigos se hallaren en pueblo fuera del partido del en que se sigue el pleito, se enviarán dichos despachos precisamente al juez de aquel en que han de ejecutarse: art. 34. Mas como este artículo se refiere á diligencias que no pueden practicarse en el partido en que se sigue el litigio, tampoco creemos que tenga el juez la obligacion de enviar dichos despachos si los testigos se avienen á presentarse en su juzgado, ó su partido.

La remision de estos despachos deberá hacerse á instancia de parte y con citacion del contrario, y el juez requerido retendrá el pliego que contenga el interrogatorio de repreguntas en la forma prevenida en el art. 311. esto es, en su poder y bajo su mas estrecha responsabilidad hasta el momento del exámen de los testigos: artículos 312 y 311. Practicada la diligencia, devolverá el despacho diligenciado en pliego cerrado y con el sigilo que reclama la prudencia para que no se divulgue su contenido.

Si el testigo estuviera sujeto á distinta jurisdiccion de la del juez que conoce del negocio, debe oficiarse á su juez propio para que le mande comparecer.

Los gastos que hicieren los testigos, ó las pérdidas que sufran en el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas, deben ser satisfechas por los litigantes á cuya instancia declaren: ley 27, tít. 16, Partida 3.

975. Los testigos han de ser examinados durante el término de prueba, de que trataremos al hablar del juicio ordinario, sin que baste juramentarlos dentro de él para examinarlos despues, como declara, expresamente el artículo 276, aboliendo la doctrina contraria anterior á la ley.

974. Las primeras preguntas que debe hacer el juez al testigo son las generales de la ley que comprende el interrogatorio, y ademas las que marca el art. 315 expuesto en el núm. 959. Despues pasará á interrogarles por las preguntas útiles.

Aunque puede recibir el juramento á muchos testigos á la vez, en cuanto á las declaraciones, se halla dispuesto que los testigos serán examinados separada y sucesivamente, para evitar confusion en sus contestaciones, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros: art. 314, concordante con la ley 26, tít. 16, Part. 3, y que tiene por objeto que no se guien unos testigos por las declaraciones de otros ó las repitan y declaren una misma cosa.

975. Cada testigo debe ser examinado por las preguntas que le conciernen, si no se refieren á él todas las del interrogatorio, y por el órden con que se contienen en el mismo. Acto continuo de ser preguntado cada testigo acerca del interrogatorio, contestará las preguntas si se le hubieren propuesto y admitido; para que pueda apreciarse mas fácilmente si hay conformidad en sus contestaciones: §. 4 del art. 314.

976. El juez en el exámen de los testigos debe por medios razonables y observando la imparcialidad correspondiente, procurar que digan la verdad de lo que sepan, preguntándoles con este objeto sobre las circunstancias que juzgase necesarias para que resulte la razon de su dicho y claridad en sus deposiciones, como por ejemplo, el dia, hora y lugar en que sucedió lo que dijo, las personas que se hallaban presentes; pero no debe usar de medio alguno sugestivo ni que pueda coartar en cualquier concepto la libertad del que declara. El juez debe oír al testigo con agrado y mansedumbre y mirándole á la cara, pues en el semblante puede á veces conocer la sinceridad ó falsedad de su deposicion, ó como dice la ley 16, tít. 16, Part. 3, debe escucharle mansamente e callar fasta que haya acabado, catandol todavia en la cara, leyes 26 y 28 tít. 16, Part. 3, y 3, tít. 30, Part. 7, y 295 de la ley de Enjuiciamiento, que permite al juez pedir esplicaciones á la parte que presta confesion judicial.

977. Mas téngase presente, que las preguntas que puede hacer el juez al testigo y á que nos referimos en el párrafo anterior, han de versar sobre circunstancias relativas á las preguntas que hicieron las partes en sus inter-

rogatorios, y no á otras particularidades que aunque sean concernientes á la cuestion religiosa, no se refieran á lo interrogado por aquellas; pues el juez en los pleitos civiles, debe ceñirse en cuanto al hecho á lo que las mismas practicasen. Estas preguntas deben hacerse, como dicen Febrero y Tapia, cuando la razon que el testigo da de su ciencia y dicho no es verosímil ni satisfactoria, ó si implica ó titubea, y dichos autores traen por ejemplo de ellas las de que «cómo pudo ser respecto á lo que dice, qué tiempo hacia, si estaba claro ó nublado, cuándo sucedió el caso, á qué hora fué, quiénes eran los circunstantes, y demás preguntas genéricas é indirectas que le dicten la imparcialidad, prudencia y deseo del acierto, llevando el fin principal, no de que falte á la verdad, ni de confundirla ni oscurecerla, sino de desentrañarla, descubrir la mentira y saber si viene sobornado ó no el testigo por quien le presenta.»

978. Oida la respuesta del testigo, debe repetírsele lo que depuso y las razones que dió de su dicho, ó segun la ley 26, tít. 16, Part. 3, recontar lo que el testigo dijo, y si este manifestase ser tal su declaracion debe escribirse esta por el escribano, como dice la ley citada, «bien e lealmente de guisa que non sea menguada nin crecida ninguna cosa,» y como se lee en la ley 5, tít. 11, lib. 11 de la Nov. Recop. «á la letra y no en abreviatura, sin mudar palabra ni aclararla,» por lo que no deberán aclararse en élla ni aun las frases que diga el testigo, sino en la parte de redaccion que sea absolutamente indispensable para la claridad.

979. Estendida la declaracion debe leerse al testigo para que quede plenamente enterado de lo que dijo y pueda enmendar en el acto cualquiera equivocacion, ó añadir y quitar lo que le pareciere, ó afirmarse y ratificarse en su dicho, lo que deberá expresarse en la diligencia. Por último, debe firmar la declaracion, si sabe hacerlo, con el juez y el escribano, despues de salvadas las erratas, enmiendas ó adiciones que la misma contenga.

980. Si el testigo quiere dictar ó escribir ó leer por sí su declaracion, y rubricar las hojas de la misma para evitar que se altere, puede hacerlo, como que es produccion y acto suyo y nadie tiene derecho para impedirse-lo: ley 26, tít. 16, Part. 3, y art. 290 de la ley de Enjuiciamiento.

981. Si el testigo despues de haber firmado su declaracion y separándose de la presencia del juez que le examinó, quisiere añadirla ó quitar ó corregirla, podrá hacerlo, siempre que no haya hablado con las partes, segun dice la ley 30, tít. 16, Part. 3, para evitar que las mismas le instruyan sobre el modo de dar la declaracion; mas como no sea fácil al juez saber si el testigo habló ó no con ellas, dicen los autores, que no deberá permitírsele variar su declaracion, si hubiese habido tiempo para hablar con las mismas; lo que debe graduar el juez atendiendo á la distancia en que se hallaba de ellas á la sazón el testigo.

982. La misma ley 30 de Partida citada, disponia tambien, que cuando las partes vieren que no ha sido examinado el testigo al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito, esto es, fueron admitidas por el juez, pueden pedir á este que haga comparecer de

nuevo al testigo y que le pregunte por ellas, á lo que deberá accederse. Esta disposicion solo es aplicable, tanto con arreglo á las antiguas como á las nuevas disposiciones legales, en el caso de que se hubiera hecho publicacion de probanzas, pues hasta entonces no es posible á las partes saber la omision de dichas preguntas, y si bien antes se permitia juramentar á los testigos en el término de prueba y examinarlos despues, este exámen se hacia por lo comun antes de la publicacion de probanzas. El derecho canónico, de donde se tomó la disposicion expuesta, marcaba este caso terminantemente. El capítulo 48, *per tuas, de testibus*, de las Decretales, dispone en efecto que los testigos no deben ser preguntados despues de la publicacion aunque la parte lo pida, escepto cuando dejaron de serlo sobre algunos capítulos por negligencia ó malicia del que los examinó. Algunos intérpretes pretenden que en el dia no tendrá aplicacion la disposicion de Partida citada, al menos en los casos en que es improrogable el término de prueba, y que expondremos al tratar del juicio ordinario, fundándose en que el art. 276 de la ley de Enjuiciamiento previene, que no basta juramentar á los testigos dentro del término de prueba para examinarlos despues, y que trascurrido dicho término solo se admitan las escrituras ó documentos, y en el art. 31, segun el cual no pueden suspenderse ni abrirse los términos improrogables despues de cumplidos por motivo alguno. Pero esta interpretacion ofrece en nuestro juicio graves inconvenientes, puesto que podrá quedar indefensa la parte, al menos en primera instancia, por falta de memoria ó negligencia del juez. Además, la prohibicion de examinar á los testigos despues del término de prueba, no debe entenderse comprensiva de este caso, pues que los testigos se examinaron antes de concluir el término, y aquí no se hace mas que completar dicho exámen por las mismas preguntas del interrogatorio presentado en tiempo debido; no se toma una nueva declaracion, sino que se termina la principiada, y esto por una causa imprevista, y no premeditada y maliciosamente, ni en fraude de aquella disposicion. Respecto de las prohibiciones de admitir, concluido el término de prueba, declaraciones de testigos, y de no poderse abrir de nuevo dicho término, tampoco son aplicables á este caso, pues en él no se admiten nuevas declaraciones, sino que se completan las solicitadas en tiempo debido, ni debe considerarse que se abre el término de prueba de nuevo, pues que la diligencia se limita á subsanar un olvido ó defecto que padeció el juez al cumplir con su cargo. La legislacion anterior contenia estas dos prohibiciones, y sin embargo facultaba expresamente á las partes para pedir el nuevo exámen del testigo, y tambien al juez para proceder á ello de oficio en el caso expuesto.

983. La misma ley 30 faculta al juez para llamar de nuevo y de oficio al testigo cuando «fallase alguna palabra dudosa ó encubierta en su dicho, de manera que no pudiese tomar ende sano entendimiento» para que declare aquella duda, aunque el testigo hubiese hablado con las partes, á lo que los autores añadian el caso de que el testigo no hubiera dado razon de su dicho, y el de que hubiese omitido el juez en el exámen algunas preguntas del interrogatorio. Algunos intérpretes opinan que en el dia no podrá el

juez llamar al testigo de oficio en el caso expuesto, fundándose en que la nueva ley no le permite examinar de oficio á los testigos por autos para mejor proveer. V. el art. 48 de la ley. Pero en nuestro juicio esta disposicion no afecta al caso mencionado, porque en los autos para mejor proveer, el juez manda practicar una prueba que no adujeron las partes, y aquí no hace mas que cumplir y ejecutar debidamente lo que estas mismas produjeron y con arreglo á lo que determinaron; no hace mas que suplir el defecto de prueba á que dió ocasion su misma negligencia. Segun la antigua práctica y el capítulo citado de las Decretales, esta facultad podia ejercerse por el juez aun despues de la publicacion de probanzas. En el dia opinan algunos intérpretes que no podrá extenderse á este período, fundándose en las disposiciones de los arts. 276 y 31 de la ley de Enjuiciamiento ya expuestos; pero en nuestro juicio tampoco son aplicables dichos artículos á este caso, por las consideraciones dichas en el número anterior, y porque para el juez no queda cerrada nunca la prueba, como lo indica la facultad que tiene de dar autos para mejor proveer, además de que aquí no hace mas que suplir una falta que cometió al examinar al testigo. En este caso puede el juez examinar al testigo, aunque este hubiere hablado con las partes, porque estas no pueden prever que ha de ser examinado aquel.

984. No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del juez que los examina hasta que evacuen su declaracion, excepto que fuere tan larga que requiera mas de una audiencia, ó que no pueda recibírsela entonces, en cuyo caso se la ha de tomar despues y deben esperarle hasta quince dias á lo menos, segun la ley 26, tit. 16, Part. 3; de lo que se deduce, no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, si bien no puede serlo trascurrido el término probatorio, aunque se le hubiera juramentado dentro de él (art. 276). Si se le juramenta antes de tomarle la declaracion, debe extenderse el juramento en los autos y firmarlo el testigo, si sabe, y al tomarle la declaracion debe ponerse á su cabeza que la hace en fuerza del juramento que prestó en tal dia.

985. Cuando el testigo dice que duda de lo que se le pregunta ó no se acuerda ciertamente, dispone la ley 11, tit. 11, Part. 3, que «debe tomar plazo en que se pueda rememorar del fecho,» esto es, debe concedérsele el juez si lo pidiere: doctrina que califican de peligrosa los autores, porque pudiera aconsejarse de la parte para dar su declaracion; y que en efecto deberá, ya que no desecharse enteramente, limitarse al caso de que en el plazo que se le dió no pudiera hablar con la parte, segun se deduce del espíritu de la ley 30 de Partida citada. V. las leyes 3, tit. 13, Part. 3, y 1 y 2, tit. 9, libro 11, Nov. Recop., que limitan aquella facultad respecto de la parte que jure posiciones, á quien se le concedia tambien por la ley 11 de Partida citada.

986. Si el testigo dijese que no puede evacuar su declaracion por tener que inspeccionar algunos papeles, á fin de darla con toda exactitud, se le debe conceder tiempo para su inspeccion, pero cuidando de que no sea esto un pretexto para consultar á la parte.

987. Las partes pueden, como dispone la ley 3, tit. 11, lib. 11, de la

Nov. Recop., «hablar á los testigos y traerles á la memoria aquello para que son presentados, y encargarles las conciencias que digan la verdad de lo que supieren y se les acordare; mas no inducirlos á que digan lo que no supieren ó lo que cumpliera á las mismas; á este efecto pueden entregarles copia del interrogatorio, como dice Febrero; pero estas advertencias, solo pueden hacerse por las partes antes de prestar aquellos sus declaraciones, no en el acto de prestarlas, que no pueden presenciar las partes.

988. Y en efecto, cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente, sin que los demás ni las partes, ni otra persona alguna mas que el juez, escribano, y los intérpretes en su caso, les vean declarar ni sepan lo que depusieron, hasta que se haga publicacion de probanzas, segun estaba dispuesto por nuestras antiguas leyes: ley 11, tit. 6, Part. 3, que decia: «tomando la jura (de los testigos) paladinamente ante las partes, é recibiendo despues los dichos de cada uno por sí en poridad é en lugar apartado.» La nueva ley de Enjuiciamiento, al adoptar la publicidad de la prueba, se ha limitado á dar copia á las partes de sus respectivos interrogatorios, y á autorizarlas para pedir, al presenciar el juramento de los testigos, cuantas noticias juzgaren necesarias para conocerlos. No se ha extendido, pues, á facultar á las mismas para presenciar las declaraciones, ni aun respecto de los pleitos de menor cuantía, como se hallaba establecido anteriormente, puesto que el art. 10 de la ley de 10 de enero de 1838, prevenia, que pudieran los litigantes ó sus defensores, presenciar todos los actos de la prueba y hacer á los testigos todas las preguntas concernientes al asunto. La nueva ley ha querido evitar la especie de coaccion que ejercia en los declarantes la presencia de las partes, y en especial las preguntas de aquella contra quien declaraban, por el temor y la ofuscacion que á veces producian en ellos el tono de reconvenccion y de amenaza con que se las dirigia. Véase lo expuesto sobre este punto en el núm. 286 de la introduccion de esta obra.

989. Acerca del número de testigos que pueden presentar las partes, nada dice la nueva ley de Enjuiciamiento, por lo que deberá estarse á nuestra legislacion anterior. El objeto que han tenido las leyes al limitar el número de testigos, ha sido, como decia la ley 1.^a tit. 5, lib. 22 del Digesto, evitar incomodidades innecesarias á los que son llamados como tales, y asi mismo los gastos y dilaciones que se seguirian de dejar amplia facultad sobre este punto á las partes, además de la dificultad que habria en la apreciacion de los dichos. Asi pues, la ley 36, tit. 7, lib. 4 del Espéculo, limitó este número á seis testigos por cada parte, *tres pares de testigos é non mas*; mas posteriormente, juzgándose demasiado reducido este número por haberse relajado el respeto al juramento, los legisladores de las Partidas sancionaron que pudieran las partes presentar hasta doce testigos; ley 92, título 16, Par. 3, y posteriormente las leyes 2 y 3, tit. 11, lib. 11, Nov. Recop., extendieron este número á treinta sobre cada una de las preguntas ó artículos del interrogatorio; pero con tal que jurasen no hacerlo por malicia ni por dilatar el pleito. La parte podrá segun dichas leyes usar de este derecho aun cuando despues de presentados unos, supiera de otros con quie-

nes creyese que podia probar mejor su intencion, aunque hubiera dicho que no queria presentar mas; en tal caso, dejando los que no estén examinados, se le deben admitir los que nombró nuevamente, hasta completar el número referido, con tal que los presente dentro del término probatorio, pues pasado este no se le deben recibir, como dice la ley 34, tit. 16 Part. 3.

990. Con el objeto de que las partes puedan saber si comprenden á los testigos alguna de las circunstancias ó causas legales porque pueden ser tachados, dispone el art. 316, que *los nombres de los testigos que se presentaren, su profesion y residencia, se comunicarán mutuamente á las partes*; esto es, los presentados por la una á la otra *inmediatamente despues de su declaracion*. Tambien debieran comunicarse las demás circunstancias que comprende el art. 315, puesto que se refieren al mismo objeto de las tachas. Esta comunicacion debe hacerse aun cuando las partes hubieren presenciado el juramento de los testigos y pedido las noticias que creyeron necesarias para conocerlos, segun les faculta el art. 313, pues además de que han podido omitir las partes en sus preguntas las particularidades que marca el art. 316, no tienen aquellas noticias la exactitud ni la fuerza legal que las que emanan de la declaracion ó confesion propia del testigo, hecha bajo juramenio y con todas las solemnidades legales.

Fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

991. La prueba testifical es una de las que han ofrecido mas dificultades para la apreciacion de su fuerza probatoria, y para marcar debidamente los casos en que constituye ó no prueba plena, por las numerosas circunstancias que pueden concurrir á debilitarla ó robustecerla, ya con relacion á las personas de los mismos testigos, segun las pasiones y los intereses que pueden inducirles á ocultar ó disfrazar la verdad, ya relativamente á los hechos sobre que declaran, segun la fuerza probatoria de los actos en que estos se consignan, ya en fin, por las contradicciones que puedan ofrecer los dichos de testigos diferentes. De aquí los diversos sistemas sancionados por los legisladores, bien determinando en general por medio de reglas ó disposiciones legislativas las circunstancias y los casos en que ofrecen las declaraciones de los testigos suficientes grados de credibilidad para tener por cierto el hecho sobre que versan, ya omitiendo en las leyes la determinacion de estas reglas, y dejando al juez la facultad de formar su criterio respecto de dicha prueba conforme á las reglas de la crítica racional ó de la sana filosofía.

992. Nuestras leyes adoptaron en general el primero de dichos sistemas. La ley 42, tit. 16. Part. 5, establece, que el dicho de un solo testigo, por autorizado que sea, excepto siendo el monarca, no baste para justificar plenamente un hecho. «Por un testigo, decimos que ningun pleito se puede probar, cuanto quier que sea home bueno é honrado, como quier que faria presuncion al fecho sobre que testiguare, pero si emperador ó rey diesse testimonio sobre alguna cosa, decimos que abonda para probar todo pleito.»

993. La misma ley prescribe que dos testigos mayores de toda excepcion

y contestes, basten para hacer plena prueba. Por testigos mayores de toda excepcion se entienden aquellos que están exentos de toda circunstancia que les impida declarar en juicio, bien absoluta ó relativamente por ser tachables, de suerte que por razon de sus dichos y personas merezcan crédito. Dos testigos, dice la ley 32 citada, que sean de buena fama é que sean tales que no los puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes desde nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juicio. La misma disposicion se habia sancionado anteriormente en el Fuero Juzgo; ley 3, tit. 4. lib. 2; y en el Real, ley 1, tit. 8, lib. 2, que decia, en todo pleito vala testimonio de dos homes buenos. Por testigos constestes se entienden los que convienen en el hecho sobre que declaran, tiempo, lugar y circunstancias esenciales. Asi pues, los testigos que discordaren sobre estos puntos, á que se da el nombre de *testigos singulares*, ó que tuvieren prohibicion de serlo, ó tacha legal, no constituyen plena prueba, por si solos (ley 28, tit. 16, Part. 3), sino en su caso en union con otra semi plena prueba, pues que es regla que dos pruebas semi plenas hacen una plena, segun expondremos al hacernos cargo de la apreciacion general de las pruebas, cuando tratemos de la sentencia.

994. Sin embargo, hay que distinguir tres clases de testigos singulares, segun los autores. V. Farinac. *de testib. Georgi, de teste singulari*. La singularidad se dice *diversificativa*, cuando los testigos declaran de diversos hechos que aunque no son contrarios ni repugnantes entre sí no se ayudan el uno al otro por ser diferentes; v. g. si un testigo dice que Pedro prestó á Juan 2,000 rs. en tal dia y tal parte, y el otro que le prestó 1,000, en otro dia y paraje; pues en tal caso, hará solo semi plena prueba el dicho del testigo que fuese mayor de toda excepcion y que declarase sobre hecho perteneciente al litigio. (Farinac. q. 61).

Admniculativa ó acumulativa se llama la diversidad, cuando los testigos deponen hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte; v. gr. si uno dice que oyó á Juan prometer á Pedro entregarle cien duros á las doce, y otro que vió á Pedro con cien duros en la mano á la misma hora. Estas declaraciones no se destruyen mutuamente, por el contrario, se corroboran; de suerte, que en los pleitos civiles, dos declaraciones sobre hecho por su naturaleza sucesivo, continuo ó genérico, hacen plena prueba (Glos. *in leg. ob Carmen, Dig. de testib.*) porque se dirigen á un propio fin y se juzgan contestes (ley *qui sent.* Cod. *de pænis*); pero si se trata de algun acto particular ó especial ó individual no prueban plenamente, si bien hacen presuncion.

Obstativa ó adversativa se dice la diversidad que contiene contrariedad de los testigos deponentes de un mismo hecho, ó que encierra repugnancia, en sus dichos, como si uno dice que tal hecho se realizó en un lugar y el otro que en lugar distinto, en este caso, como hay contrariedad en las dos declaraciones, no debe creerse á ninguna, porque ambas se destruyen mutuamente: Capit. *in nostra* 32, *de testib. Mascardo, de probat.*; y ley 28, tit. 16, Part. 3. Invalidando la contradiccion mútua de dos testigos su de-

claración, es consiguiente que no merezca fe tampoco ninguna de las declaraciones contradictorias que diera un mismo testigo, según dispone la ley 41, tit. 16, Part. 3.

995. Cuando ambas partes hacen prueba por testigos, de suerte que los dichos de la una son contrarios á los de la otra, debe el juez atenerse á los de aquellos que entendiére dicen la verdad ó que se acercan mas á ella, por ser sus declaraciones mas verosímiles y francas ó ellos de mejor fama, aunque los otros fueren en mayor número. Si hubiera igualdad en los testigos en razon á las circunstancias de sus personas y de la verosimilitud de sus dichos, debe atender el juez á los que fuesen mas en número, y si los testigos fuesen iguales en número, veracidad y fama, debe absolver al demandado: ley 40, tit. 16, Part. 3.

996. Si discordaren en sus dichos los testigos de una parte, debe creerse á los que digan lo mas verosímil y sean de mejor fama, aunque fuesen los otros en mayor número: ley 41.

997. Mas la disposición expuesta sobre ser suficientes para constituir prueba plena dos testigos libres de excepción y contestes, sufre excepciones por las leyes de Partida cuando se produce la prueba testifical respecto de documentos. Así, según la ley 32 de Partida citada, para probar el pago de una deuda, cuando esta consta por escritura pública, se requieren cinco testigos que digan haber estado presentes cuando se hizo el pago ó perdon de la deuda y que para ello fueron llamados y rogados.

998. Cuando hubiese contradicción entre el contenido de un documento público y lo que aseguran los testigos que concurrieron á su otorgamiento, debe darse fe al instrumento, si concuerda con el protocolo y el escribeno es de buena fama; pero si el instrumento fuere reciente y el escribano no gozase de buena opinion, se dará fe á los testigos instrumentales: ley 115, tit. 17, Part. 3. Según algunos autores, basta que el documento sea antiguo para que obtenga mayor fe que los testigos.

999. Conforme á la ley 117, tit. 18, Par. 4, para probar la falsedad de un instrumento público, ó escritura hecha ante escribano, se requieren cuatro testigos idóneos, que aseguren que la parte estaba en otro lugar distinto del sitio del otorgamiento el dia en que se otorgó; mas si el instrumento fuese privado bastan dos testigos para la prueba mencionada.

1000. De las disposiciones expuestas se deduce que al paso que nuestras leyes de Partida establecieron las reglas principales que debian servir de norma al juez para apreciar las declaraciones de los testigos, dejaron vasto campo al criterio judicial en la aplicacion inmediata de estas reglas, puesto que el origen ó fundamento de la fuerza probatoria del testimonio consiste en la presuncion de que quien le presta pudo observar y quiso decir exactamente la verdad, y puesto que no puede saberse completamente los grados de fuerza que pierde ó adquiere esta presuncion hasta el momento de tomar las declaraciones, porque entonces es cuando se manifiesta no solo la firmeza y verosimilitud de las mismas, sino hasta las cualidades particulares del testigo en el orden físico y moral.

1001. Así, pues, aunque el juez no podia calificar de prueba plena ó semi-plena la que la ley no consideraba como tal, podia dar aquella fuerza á las demás pruebas sobre que la ley no prescribía regla determinada, y asimismo elevar ó disminuir los grados de probabilidad de las determinadas por la ley, cuando concurrían con otras que las robustecían ó desvirtuaban, sin incurrir por ello en responsabilidad, ni dar ocasion á recurso de nulidad.

1002. Esta doctrina se halla sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Así, por sentencia de 18 de enero de 1852, pronunciada en un recurso de nulidad entablado con motivo de un pleito en que habiéndose practicado prueba plena por testigos, por fama pública, posesion no interrumpida, y documentos por una parte, y presentándose por la otra una justificacion testifical incompleta, practicada por sus mas próximos parientes que fue estimada por la Audiencia como prueba plena, pronunciando sentencia á favor de esta parte, declaró dicho Tribunal Supremo haber lugar al recurso, considerando, que los tribunales no son árbitros de calificar de plena prueba, la que no reconocen las leyes como tal, ni deben formar su criterio judicial fuera de las reglas establecidas por derecho. Igualmente, por otra de 15 de julio de 1848, dada sobre pleito en que se practicaba prueba con varias enunciativas consignadas en documentos públicos que la Audiencia calificó de suficiente, declaró no haber lugar al recurso por ser la cuestion sobre que versaba de hecho y de conviccion moral, sin que se hubiese infringido ni podido infringir en esta parte ley alguna *por no existir disposiciones legislativas especiales que determinen las cualidades ú circunstancias de las probanzas en tales casos* y que limiten en el juez su derecho de apreciacion y valoracion de las presentadas; y finalmente, respecto de la tercera alternativa, declaró por sentencia de 19 de octubre de 1853 no haber lugar al recurso de nulidad interpuesto por pretenderse infringidas las leyes 119, tit. 18, y 52, tit. 16, Part. 3, y 1.^a, tit. 11, Part. 4, considerando, que la sala de revista, al calificar de insuficientes las pruebas practicadas por la parte actora al apreciar todos los hechos consignados en el proceso, según los méritos del mismo resultantes para dictar sentencia, no infringió las leyes citadas al establecerse dicho recurso, leyes que, *si bien establecen el valor de algunas probanzas, no por eso excluyen el que á otras se atribuye debiendo resultar del exámen, comparacion y apreciacion de las que en cada caso se practiquen por ambas partes en los litigios la decision ó sentencia judicial.*

1003. Tal era el estado de nuestra legislacion y jurisprudencia, respecto de la prueba de testigos, antes de publicarse la nueva Ley de Enjuiciamiento.

Los redactores de esta ley adoptaron las modernas teorías que aconsejan dejar al criterio judicial la apreciacion de la prueba de testigos. En su consecuencia, dispusieron en su art. 317, que *los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.* Una disposición análoga se habia prescrito anteriormente en el reglamento del Consejo Real, puesto que en sus artículos 147 y 148 se prevenia, que no pudieran ser examinados como testigos los ascendientes,