

de la nueva ley, puesto que les prescribe se atengan á las de la sana crítica, reseñaremos brevemente las que exponen por lo comun los autores partidarios del criterio judicial.

Deberá pues, examinar el juez en todo testigo las particularidades físicas de que depende su capacidad de observacion; por lo que merecerá mas crédito el que tenga sus órganos mas ejercitados y penetrantes, v. gr. el dotado de buena vista, que el que la tenga corta, cuando se trata de un hecho que se percibe por este órgano, á saber, de declarar sobre actos ejecutados á cierta distancia, y ejercerá mayor influencia el dicho del que tenga cierta habilidad práctica respecto del hecho de que se trata, que el que por falta de ella no inspire tanta confianza en la exactitud de su declaracion. También es necesario apreciar las facultades psicológicas del testigo: se considerará, pues, que se acerca mas á la verdad el que teniendo su inteligencia desarrollada, da cuenta con una fidelidad perfecta del resultado de sus observaciones, que el testigo de entendimiento tosco é inculto, que solo vé la superficie de las cosas y no sabe apreciar debidamente la fisonomía propia de los hechos.

Debe considerarse asimismo, el estado en que se hallaba el testigo al tener lugar el acontecimiento sobre que declara; si estaba agitado por alguna pasión que turbase sus facultades de percepcion imparcial y tranquila, ó se hallaba absorbido en la contemplacion de otro objeto, ó preocupado con una noticia infausta: en tales casos no se entenderá que se acerca tanto á la verdad su declaracion como la del que se hallase dueño absoluto de sus facultades perceptivas.

La moralidad del testigo es, como ya hemos dicho, uno de los puntos principales á que debe atender el juez. Cuanto mas verídico y sordo á toda influencia de interés ó de afecto se haya mostrado hasta entonces; cuanto mas puras sean las opiniones religiosas y morales que profese por sus palabras y los actos de una vida que no han podido desviar del sendero del deber los intereses materiales, mas crédito merecerá su declaracion. El juez debe atender tambien á si el testigo, movido de una falsa piedad por creer que su declaracion verídica puede arruinar á una parte y no á la otra, oculta la verdad ó la desnaturaliza ú ofusca omitiendo hechos esenciales ó exagerando los accesorios.

Debe atenderse tambien al contenido de la declaracion para fijar el grado de credibilidad de la misma. El testigo que funda el conocimiento de los hechos en razones positivas, que demuestra su presencia en el lugar del suceso, y la imposibilidad de haberse equivocado, merecerá mas fe que el que dijere que se hallaba á cierta distancia, que no le ha sido posible presenciarse todos los pormenores del hecho, ó que los ha observado de un modo superficial é incompleto.

El modo mismo de prestar la declaracion servirá para apreciar hasta qué punto se acerca á la verdad. La presencia y continente sosegado y natural del testigo, la ingenuidad y sencillez de sus respuestas, la uniformidad y precision de sus dichos, son otras tantas pruebas, dice el autor de

quien tomamos estas ideas de una observacion atenta de los hechos y de completa veracidad; mas si por el contrario reyela su actitud pasión ó violencia, debe dudarse de su imparcialidad; si se contradice y embaraza en sus respuestas dará motivo para pensar que o no observó bien los hechos, ó no refiere fielmente lo que sabe.

Finalmente el juez deberá entender que se acerca tanto mas á la verdad el testigo, cuanto mas conocido sea por su probidad rígida, por su experiencia profunda, por su explicacion lúcida y franca, y asimismo preferirá tanto mas una declaracion á otra, cuanto mas conforme aparezca con la naturaleza del hecho sobre que versa, y esté mas en armonía con el resultado que suministran las demás pruebas y circunstancias del pleito. Véanse las observaciones expuestas en el núm. 1016.

Háse sentado tambien como regla en esta materia, que deben preferirse los testimonios afirmativos á los negativos, y que estos por numerosos que sean no pueden destruir la prueba de los primeros. V. Mascardo, *de probat. concl.* 20, n. 2. Mas esta doctrina ha dimanado de confundir las palabras. Los testigos que niegan (*negantes*) no son lo mismo que los que ignoran (*nescientes*). Respecto de esto, aunque sean muy numerosos y declaren que no saben el hecho, ya porque no lo presenciaron ó porque no lo advirtieron, no altera en nada su declaracion el testimonio de los que afirman. Mas si se presentan testigos que sostienen no haberse realizado el hecho y refieren circunstancias determinadas que están en oposicion formal con el testimonio afirmativo, como si habiendo declarado varios testigos que Juan recibió de Pedro en tal parte y tal dia una cantidad de dinero, declarasen otros, que Juan estuvo con ellos aquel dia en otro lugar; si en apoyo de sus denegaciones dan la prueba de que á ser real el hecho hubieran debido saberlo, la declaracion contraria de estos testigos, no puede resolverse *a priori* evidentemente en favor de los afirmativos.

Sientan asimismo por regla los autores, que debe creerse mas al noble que al plebeyo, al anciano que al jóven, al varon que á la hembra. V. Paz Jordan, *Elucubr.* div. lib. 18, n. 1500, y Sabello, *Suma*, §. *Testis*, n.º 17. Nuestras leyes mismas han sancionado esta doctrina. La ley 3, tít. 4, lib. 2 del Fuero Juzgo, dice que «el juez deve catar si las testimonias son de buen linage, y si son ricos omes, ca mucho deve guardar el juez que la testimonia que es pobre por la coyta que ha, por ventura no venga á decir mentira:» y la ley 52, tít. 7, lib. 4 del Espéculo, funda dicha preferencia en estos términos: «Otro si, decimos que los ancianos deben ser mas creidos que los mancebos porque vieron mas e pasaron mas por las cosas, e deben mas saber en los fechos. Otro si, decimos que mas debe ser creido el fidalgo que el villano, que bien semeja que mas ayna erraria el villano en lo que oviesse á decir, por medio nin por premio que el fidalgo: ca mas tenuto es de guardarse de facer cosa por que cayese en vergüenza, por sí e por su linage el fidalgo que el otro. E mas deven creer al rico que al pobre, porque bien semeja que el pobre mar ayna derie mentira por codicia o por prome-



sa, que el rico. E mas creido deve ser el varon que la muger, porque ha el seso mas cierto e mas firme.»

1024. Pero esta doctrina no parece aceptable de un modo absoluto, sino relativamente al objeto sobre que versan las declaraciones. Asi por ejemplo, si bien no ofrecerá tantos grados de credibilidad el testimonio de un jóven sobre hechos que comprenda y explique mejor un entendimiento amaestrado por la experiencia como el testimonio de un anciano, será preferible á este cuando se trate de hechos y pormenores que requieran para su percepcion gran fuerza y vivacidad de sentidos, y una memoria feliz, circunstancias que por lo comun no concurren en un anciano, por hallarse gastadas sus facultades físicas y morales. Asi tambien parece preferible la declaracion de un plebeyo á la de un noble cuando versa sobre hechos propios de su oficio ó de su género de vida, y aun la moderna filosofia ha reconocido respecto de las mujeres mas grados de credibilidad en sus declaraciones que en las de los varones, cuando se refieren á hechos de que tienen mas conocimiento que estos, v. gr. de modas ó trajes ó del estado de embarazo.

Mas cuando no concurren en las personas ó en las declaraciones de los testigos las circunstancias enunciadas, la equidad y la justicia aconsejan, no requerir para formar prueba mas de dos declaraciones contestes, puesto que obteniéndose con ellas los grados de credibilidad necesarios para juzgar sobre la existencia de un hecho, exigir mayor número de testigos seria causar gastos y molestias innecesarias á los litigantes, y tal vez dificultarles ó imposibilitarles hacer prueba por este medio, el mas comun y expedito de todos.

Un caso presentan, sin embargo, las leyes de procedimiento civil, en que se requiere para probar un hecho, mas de dos testigos contestes; tal es el de que se presente informacion testifical para probar en el juicio de despojo sobre este hecho (V. el art. 725 de la ley de Enjuiciamiento civil, que requiere en tal caso tres testigos) y generalmente en las informaciones en que no se da audiencia al contrario, y que tienen por objeto acreditar algun hecho que puede perjudicar inmediatamente al mismo. El fundamento de esta excepcion consiste, en que como tiene que producir efectos en perjuicio de tercero el dicho de los testigos, y no puede ser antes desvirtuado por la prueba del contrario, conviene asegurar su fuerza probatoria para evitar procedimientos injustos. Pero es digno de advertirse que aun en tales casos no se requiere mayor número de testigos que el de tres, lo que conviene con el testo sagrado de que reside toda verdad en los labios de dos ó *trestestigos: in ore duorum aut trium testium stat omne verbum*. Por lo demas, esta disposicion del art. 725 de la ley de Enjuiciamiento civil viene á desvirtuar la opinion de algunos intérpres que creen facultar á los jueces el contenido del art. 517, para no considerar como prueba completa las declaraciones de dos testigos libres de toda excepcion, contestes y en cuyas declaraciones no concurre alguna de las circunstancias expuestas en el núm. 1016, pues que no requiriendo el art. 725 mas que tres testigos para la informacion en el juicio de despojo, no obstante la desventaja que ofrece para el con-

trario en comparacion con la prueba testifical que se presenta en juicio, ni adoptando sobre este punto mas seguridades en el testimonio que la de un testigo mas, establecida con anterioridad á dicha ley, no seria la misma consecuencia, si requiriera igual número de testigos para la prueba testifica, que se ofrece en los casos comunes, y en su consecuencia, no parece exigir mas que dos testigos contra cuyas personas y declaraciones no haya nada que oponer.

1025. En cuanto á las reglas que establecen las leyes de Partida acerca del número de testigos necesario para constituir prueba sobre falsedad del otorgamiento ó contenido de instrumentos públicos, opinan algunos intérpres hallarse hoy derogadas por el art. 517 de la ley de Enjuiciamiento civil, y en su consecuencia, que no podrá servir de regla general la tasa ó limitacion del número de testigos que hacen dichas leyes. Mas en nuestro concepto no existe fundamento para esta derogacion. El legislador se ha mostrado filosófico y consecuente al establecer aquellas reglas. Al requerir mas de dos testigos para hacer prueba contra el otorgamiento ó sobre falsedad del contenido de instrumentos públicos, no ha atendido ni debido atender tan solo al número necesario de testimonios para que la prueba testifical tuviera completa fuerza probatoria, segun las reglas comunes y ordinarias sobre esta materia, sino que ha considerado asimismo los grados de prueba del documento que se trata de invalidar; y no hubiera sido en verdad consecuente ni conforme con los principios que tasan y regulan la prueba, si hubiera tratado de destruir la que tiene, por ejemplo, cuatro grados de fuerza probatoria con la que solo tiene dos. Asi pues, al disponer la ley 117 tít. 18, Part. 3. que sean necesarios para probar la falsedad de un instrumento público, *cuatro testigos* idóneos que aseguren haberse hallado la parte otorgante en otro lugar distinto del otorgamiento, el dia en que se otorgó, no ha hecho mas que graduar la fuerza de la prueba de falsedad respecto de la que tiene el instrumento, puesto que debiendo concurrir en su otorgamiento para su validez escribano público y dos testigos, segun las leyes 114 y 54, tít. 18, Part. 3, entre otras, y en su consecuencia, afirmando estos que la parte otorgante se hallaba en el lugar del otorgamiento el dia en que se otorgó, son necesarios dos testigos para destruir el dicho de las dos instrumentales, y otros dos para destruir la fuerza del testimonio del escribano, á quien considera el derecho en los actos de su oficio con el carácter de dos testigos: véase entre otras, la ley 1, tít. 18, lib. 10 de la Novísima, que requiere para otorgar testamento tres testigos vecinos y escribano público ó *cinco* testigos, si este no concurre. Esta misma consideracion ha tenido presente el legislador que ha sancionado el art. 517, al sancionar el 965, en donde previene que para que pueda oponerse excepcion de compensacion contra un documento ejecutivo, en este juicio, es necesario que aquella resulte tambien de documento que tenga fuerza ejecutiva. Mal pudiera pues el legislador, que sancionó expresamente aquel principio, derogarlo tácitamente en una disposicion general. La misma razon legal milita en la disposicion de la ley citada sobre que bastan dos testigos para probar



la falsedad de un documento privado, pues que no existiendo en este mas testimonios que los de las partes que reciprocamente atestiguan su permanencia en el punto en que lo redactaron, no son necesarios mas que dos testigos que depongan lo contrario.

En las mismas consideraciones expuestas se fundaba la disposicion de la ley 52, tit. 18, Part. 3, que requería para probar el pago de una deuda que constara por escritura pública cinco testigos llamados y rogados que declarasen haber presenciado el pago. Sin embargo, esta ley, tomada de la 18, tit. 20, lib. 4 del Cód. 1, *testium*, se consideró ya derogada, por Gregorio Lopez y otros intérpretes, en cuanto al número de testigos que requería, por la ley de Toledo; últ. tit. 8, lib. 3 del Ordenamiento Real que forma la 1, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., por la cual se permitía oponer contra el documento ejecutivo excepcion de pago probado por testigos, y como en tales casos no se exigía mayor número de testigos que el de dos, pues que la ley hablaba en general y se refería á la prueba testifical en los casos comunes (V. la Curia Filípica, en donde se cita esta ley diciendo, que basta probar las excepciones en juicio ejecutivo *por prueba de escrituras ó prueba de testigos* por lo menos de dos), los autores á que nos referimos opinaban que tampoco se necesitaban mas de dos testigos para probar el pago de la deuda que constase de escritura pública, aun cuando esta fuera de enfiteusis, respecto del cual previene el mismo legislador se constituya por escritura pública. Y en efecto, no solamente podia fundarse esta derogacion en la ley recopilada, sino que existian en apoyo de dicha doctrina razones legales muy atendibles. No militan seguramente respecto de este caso las mismas razones que en el de la prueba de falsedad del documento, este caso se halla comprendido en los demás ordinarios, y por consiguiente, debe regirse por las reglas comunes. La prueba testifical que aquí se presenta no se refiere á un hecho atestiguado por los testigos instrumentales, como en el de la falsedad del instrumento en el que aquellos atestiguan la presencia del otorgante en el lugar donde se otorgó este, sino á un hecho que no se contiene en el instrumento, el hecho de haberse verificado el pago de la deuda, hecho acaecido despues del otorgamiento de la escritura. y en su consecuencia, sobre el que nada han podido testificar los testigos de la misma. No afectando pues la prueba testifical sobre el pago de la deuda, á la fuerza probatoria de los testimonios instrumentales, no es necesario graduar el número de testigos proporcional y relativamente al de la escritura, y es suficiente que concurra el número designado por la ley para constituir prueba completa en los casos ordinarios, esto es, dos testigos libres de toda excepcion y contestes. Esta doctrina puede considerarse ratificada por la nueva ley de Enjuiciamiento, pues si bien en su artículo 963, en que trata de las excepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo, al mencionar la de pago, no expresa que pueda probarse por medio de testigos, ni el número de estos necesario, para hacer prueba, lo que agregado á hablarse en una misma cláusula del pago y de la compensacion, ha dado motivo á algunos intérpretes de la ley para sentar que dicho

paga debía acreditarse por medio de documento que tuviera fuerza ejecutiva, ha recaído ejecutoria de la Audiencia de Madrid, con fecha 27 de marzo del presente año, declarándose haber lugar á la prueba de testigos en juicio ejecutivo, y no referirse al pago lo prescrito sobre que la compensacion resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; puesto que el pago concluye con la accion ejecutiva lejos de producirla.

1026. La disposicion de la ley 115 de Partida, sobre que cuando los testigos instrumentales contradicen el contenido de la escritura en que intervinieron, deba estarse al instrumento, si concuerda con el protocolo y el escribano es de buena fama, y al contrario, deban ser creidos los testigos, si el escribano no tuviere buena opinion y fuese reciente el instrumento, se funda en la suposicion de que, en el primer caso, no se acuerdan los testigos del contenido del instrumento por el largo tiempo que trascurrió desde su otorgamiento, y sí en el caso segundo. No tienen pues aquí completa aplicacion las reglas porque se gradúa la mayor ó menor fuerza de la prueba testifical, y en su consecuencia, no hay fundamento para creer que haya ocasionado en ellas innovacion alguna el contenido del art. 317 de la nueva ley de Enjuiciamiento.

1027. De las consideraciones que llevamos expuestas se deduce claramente, que las leyes de Partida al determinar reglas generales sobre la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, se ajustaron á las que prescribe la sana crítica; de manera, que aun cuando se entendiesen derogadas por el art. 317 de la nueva ley las disposiciones de nuestros códigos anteriores que marcan el valor ó fuerza legal de la prueba de testigos, aun cuando no debieran considerarse vigentes por las razones expuestas en el núm. 740 de este libro y en los 271 al 278 de la Introduccion de esta obra, deberian seguirse y adoptarse como reglas fundadas en la crítica racional y en la buena lógica, como seguras guias moderadoras del arbitrio judicial y reguladoras de su criterio.

1028. La jurisprudencia moderna á que ha dado lugar la nueva ley, no solamente no limita ni restringe los principios en que se fundaba la antigua, y que hemos expuesto en su lugar, para vigilar sobre la apreciacion de la prueba hecha por el juez, sino que antes bien las dilata y extiende, puesto que se ha dado á los recursos de casacion mayor latitud que la que tenian los antiguos recursos de nulidad, con arreglo á lo prescrito en la base 6.ª de la ley publicada en 5 de mayo de 1855, sobre que se facilitara el recurso de nulidad cuanto fuera necesario para que alcanzaran cumplida justicia todos los litigantes. Asi pues, los nuevos recursos de casacion aparecen con mas celo que anteriormente vigilando sobre la arbitrariedad de los jueces en la apreciacion de las pruebas, segun lo ha confirmado ya la doctrina sentada en los considerandos de la sentencia de casacion de 13 de octubre de 1856, y expondremos en la seccion VI.