

ENERO I FEBRERO DE 1855.

MEMORIA que obtuvo el premio en el certámen de la Facultad de Leyes i Ciencias políticas de la Universidad de Chile en el año de 1854, por JOAQUIN BLEST GANA.

«EN QUÉ JENERO DE CAUSAS DEBE ADMITIRSE LA PRUEBA DE TESTIGOS
I REGLAS A QUE DEBE SUJETARSE CUANDO SE ADMITA.»

INTRODUCCION.

1. El orijen de la prueba de testigos se remonta al de los primeros procedimientos judiciales, al de las primeras formas de los juicios, como que en las relaciones jurídicas de un pueblo que comienza su vida, este medio probatorio debe presentarse con el juramento, la confesion, i la vista ocular como los únicos que pueden esclarecer la verdad controvertida de un juicio. La primitiva simplicidad de las sociedades, la naturaleza de las transacciones, ménos sencillas a medida que un pueblo se aleja de su cuna, la ignorancia de la escritura i el poderoso influjo del hábito, contribuyen en gran manera para arraigar en las costumbres el uso de esta prueba trasmitida posteriormente a los códigos escritos; i sin duda alguna ha debido representar un papel mui principal en los primeros pasos legales de las naciones antiguas, a juzgar por los datos que poseemos de aquellas cuya historia nos es mas conocida. La prueba testimonial encuentra su fundamento en un accidente innato de nuestro corazon, en una tendencia de nuestra naturaleza, en la predisposicion que experimentamos de prestar fé a lo asentado bajo la veracidad de nuestros semejantes i que cabe por otra parte en los limites de la posibilidad física i moral, segun los hechos que la esperiencia nos ofrece; porque el estado de creencia es anterior al de duda o incredulidad e inherente al modo de ser normal de nuestras facultades. Mas poco a poco los limites de la creencia se estrechan cuando hechos posteriores nos manifiestan la frecuencia i facilidad con que se altera la verdad: los intereses se complican, las transacciones desarrollándose cobran creciente importancia, i con ella un interes progresivo i el individuo i la sociedad se hacen mas cautos, puestos en guardia contra la palabra de los hombres, que llevando la forma de la primitiva verdad, no tiene ya aquel fondo de primitiva veracidad. La fé prestada al testimo-

no ciega al principio, mas reducida despues, se convierte mas tarde en un arbitrio legal cuya aplicacion tiene sus reglas para evitar sus peligros, tiene sus prescripciones para apreciar el crédito que debe darse a la expresion de los hombres exhibida en juicio, con sus graves males i sus medios de eludirlos mas o ménos fructuosos.

2. La prueba de testigos se apoya por una parte en la inclinacion a creer aquello que aseverado por otros, no se divisa un motivo que induzca a hacer esta aseveracion en cierto sentido; i por otra en la imposibilidad material de procurarse otro género de prueba: nace espontáneamente de la organizacion humana, i de la naturaleza de los hechos, para constituirse en una necesidad en las relaciones de los individuos. Pero la civilizacion avanza trayendo nuevos medios que facilitan la administracion de justicia, al mismo tiempo que desvirtúa el principio de fé, base fundamental del testimonio; i el arte de la escritura, las solemnidades que acompañan la formacion de los contratos, las fórmulas verbales o escritas que se adhieren a estos, vienen a estrechar mas i mas el amplisimo dominio ántes ocupado por la prueba testimonial. Las costumbres peculiares de algunos pueblos, los hábitos inveterados en ellos, el atraso de la jurisprudencia u otras causas de esta naturaleza, pueden mantener el antiguo crédito de la prueba de testigos en algunas legislaciones; mas estos ejemplos particulares i aislados, nada arguyen contra la tendencia general del derecho, que procura la veracidad i claridad de las pruebas i aleja cuanto mas puede el testimonio, como un riesgo funesto en la prosecucion de los juicios, como un medio peligroso en la averiguacion de la verdad, como un recurso probatorio legitimado por la necesidad; pero rechazado por la conveniencia. Este hecho es general, uniforme casi en todos los códigos, tanto mas notable a proporcion que nos acercamos a los tiempos modernos i tanto mas tambien en las naciones que reformando sus antiguas leyes, han querido consagrar un nuevo sistema de procedimientos mas conforme con las opiniones de los juriconsultos modernos i con el estado de la esperiencia social; esta observacion es no solo perceptible en las legislaciones de los tiempos contemporáneos, sino que tambien en las antiguas se divisa esta misma tendencia a restringir en lo posible los demesurados limites de la prueba de testigos.

3. Uno de los primeros pueblos que la jurisprudencia menciona como digno de notarse en sus anales es el Hebreo, que tan hermosas pájinas ha dado a la historia eclesiástica: nacion de patriarcas en que la virtud era hereditaria como la primogenitura, en que las familias educadas en el santo temor de Dios, llevaban a las transacciones sociales esa simplicidad de conciencia, esa pureza de costumbres que adquirian en el hogar doméstico. Los hebreos se juntaban regularmente en las puertas de sus ciudades, en donde celebraban sus contratos delante de todos aquellos que allí se encontraban, colocando la validez del pacto bajo la fé de la voz pública, tanto mas digna de fé cuanto que los testigos eran siempre personas de alguna respetabilidad social, regularmente mercaderes interesados en la conservacion de esa buena fé, que en todos los pueblos es la base de las transacciones comerciales. Dos testigos bastaban para formar prueba plena; pero el santo legislador aconseja aumentarlos i las leyes del pais exigen diez para la seguridad de algunos contratos como la compra-venta, cesion i otros semejantes; precaucion que manifiesta como la lei desconfiaba de la prueba de que le era menester echar mano en la carencia de otras i como conociendo sus riesgos, trataba de eludirlos algun tanto aumentando el número de testimonios. Por otra parte, era tambien mui frecuente entre ellos el uso de la escritura que habian aprendido de los babilonios i los contratos estendidos de esta manera, eran suscritos por los testigos presenciales i sellados con un sello que servia de salvaguardia contra los fraudes intentados despues de su consumacion, i

al mismo tiempo segun lo que puede colejirse de los libros sagrados, tenian ciertas fórmulas particulares para la celebracion de las convenciones. Inútil es decir que entre los hebreos como en todos los pueblos en que la prueba de testigos ha representado un rol interesante, se exijia el solemne juramento, conminándose con severísimos castigos el falso testimonio. La elegante i civilizada Atenas conoció desde muy temprano el uso de la escritura, que se empleaba regularmente en todos los contratos que se celebraban delante de muchos testigos, firmando el documento que se depositaba en manos de un ciudadano cuya honradez aseguraba la fidelidad de su conservacion. Era una máxima de la jurisprudencia Ateniense que no se admitia prueba de testigos contra una escritura, solo si de aquellos que aparecian suscribiendo la obligacion, i cuando la obligacion no constaba por escrito siempre se celebraba delante de testigos rogados para el efecto, que se aumentaban cuando la obligacion debia consumarse, como cuando se entregaba un dinero prometido por un pacto anterior, cuando se iba a tomar posesion de un fundo que se habia vendido. Parece fuera de duda que los atenienses aumentaban los testigos segun la importancia de la transaccion celebrada; i por otra parte la lei trata de precaver la falsedad del testimonio no solo por el juramento y las mas severas penas, sino tambien haciéndoles escribir sus dichos en unas tablas, de las que no podian borrarse. Los testigos de oídas, no eran admitidos en la jurisprudencia ateniense, i los procedimientos judiciales de aquel pueblo, manifiestan por lo que puede verse en las oraciones de Isócrates i Demóstenes, una inclinacion bien pronunciada a rodear la prueba de testigos, de todas aquellas formalidades esterioras que contribuyen a asegurar la veracidad del testimonio.

4. Roma, madre de la civilizacion moderna; Roma, nacion legal por excelencia, introdujo en los procedimientos judiciales, como en toda la legislacion, principios enteramente nuevos, que han venido a ser despues la admiracion del mundo i los fecundos modelos sobre los cuales se han pretendido calcar todos los códigos de las naciones civilizadas. Sabido es el rito solemne de la *mancipacion* con que los romanos celebraban la mayor parte de sus convenciones, sobre todo aquellas que debian producir el dominio *quiritano*, i conocido es tambien el número de cinco testigos, que con el *antestato* i el *libripende* concurrían a aquel acto. Esta manera tan singular como ingeniosa para representar la consumacion legal de un hecho o de un contrato, no era una mera esterioridad como algunos han creído; sino que a la par de una solemnizacion, constituía tambien una prueba que se exhibia en juicio por medio de los siete testigos que presenciaron la obligacion. El mismo carácter tenia la estipulacion por derecho antiguo, a la cual se adherían ciertas fórmulas verbales que servían para la apreciacion judicial de una convencion celebrada por este medio, i aunque la estipulacion perdió en el derecho nuevo las formalidades que la acompañaban en el antiguo, siempre prevaleció como una manera peculiar de contraer obligaciones i por consiguiente como un recurso de que las partes podían disponer para manifestar en juicio la existencia de aquellas.

5. Los romanos tambien acostumbraban llevar un registro diario en que asentaban sus transacciones, estendido a la manera de libro de cargo i data en que las partidas se firmaban por las partes contratantes en el libro de ambas, sirviendo así tanto para resolver las dudas que se suscitaren, cuanto para exhibirlo en caso de litis como una prueba bien digna de fé puesto que habia sido formada i constituida por el mismo individuo contra quien obraba. Con el uso creciente de las escrituras se introdujo tambien entre los romanos la costumbre de confiar su redaccion i conservacion a individuos que siendo al principio meros particulares, se elevaron despues al cargo público de *tabeliones*, los que fueron organizados i distribuidos en una corporacion por el Emperador Leon; pero los testigos subsistieron siempre, ya como

instrumentales en la formación de los contratos, ya como medio probatorio en los juicios. La jurisprudencia romana experimentó varias modificaciones en materia de testigos; porque al paso que encontramos la lei que exige el número de cinco idóneos i rogados, para aprobar en contra de una escritura, hallamos la prueba testimonial aceptada en todo jénero de causas, para justificar toda clase de hechos; bien que puede decirse que así como legislación ninguna la admitió con tanta latitud, ninguna tampoco la estrechó con tan numerosas restricciones; pues prescindiendo del juramento, severidad de la pena, escrupuloso i público exámen de los testigos por el juez de hecho, las tachas con que la legislación romana debilita o anula el testimonio, bastan para manifestar la cautela con que los legisladores aceptaban este recurso probatorio calificado por Justiniano mismo, como uno de los mas peligrosos en la administración de justicia.

6. Natural es que en la jurisprudencia de los tiempos medios la prueba de testigos ocupase un lugar muy preferente en las actuaciones judiciales, porque habia en la organización de aquellas sociedades, en la manera de ser legal de aquellos pueblos, causas demasiado poderosas para conservar al testimonio toda su primitiva influencia. La lamentable ignorancia de las mas usuales nociones del derecho, interpretadas por el poder material de los mas fuertes, la ninguna uniformidad en los procedimientos judiciales, la falta de códigos escritos, el descuido de la escritura relegada a los conventos; i otros motivos de esta especie conspiraron a dar a los testigos el esclusivo dominio de la prueba; i no es a la verdad de extrañarse que en ese triste noviciado de las sociedades modernas gozase este prestigio, cuando recordamos que en aquella edad los derechos se ventilaban con la espada, i los medio-probatorios mas usuales eran el agua hirviendo, la tortura i los hierros encendidos.

7. Empero regularizados ya los pueblos, la tramitación de los juicios llamó con merecida preferencia la atención de los gobernantes; i a medida que nos acercamos a la edad en que vivimos, la teoría i la práctica de la legislación procuran estrechar mas i mas los límites ántes tan latos de la prueba de testigos. Las legislaciones procuraron conseguir la economía, la celeridad i sencillez en los juicios, i encontrando en la admisión del testimonio un poderoso inconveniente, contra el cual eran insuficiente los paliativos inventados de tiempo atrás, trataron de removerlo, ora suprimiéndolo en muchos casos, ya sustituyéndolo con otra prueba mas conforme con las garantías sociales i la conveniencia individual. La práctica inglesa establece importantes limitaciones, las cortes provinciales de Francia dirijen representaciones a los reyes solicitando la esclusión de los testigos en numerosas causas; i por último, el derecho frances, en el Código de Napoleon, admite esta prueba solo en ciertos casos determinados de antemano por la lei, i esta es la doctrina seguida con mas o ménos variaciones en las legislaciones mas recientes de Austria, Cerdeña, Baviera, Jinebra, etc., etc.

8. Los Códigos de las naciones modernas han tenido sin duda alguna, sobrada razon para mirar la prueba testimonial con la desconfianza que hemos observado; porque hai en ella mucho que la constituye incompatible con los fines del enjuiciamiento, mal conforme con la celeridad que en toda causa debe procurarse, poco económica para las partes, engañosa para los jueces, i orijen muchas veces de esos funestos vicios que enervan la administración judicial, i que la ignorancia echa en cara a la justicia, como si esta fuese responsable de los males que la aquejan. En efecto, si analizamos los caracteres jurídicos de la prueba de testigos, veremos que ella es defectuosa e incompleta por numerosas causas, adheridas las unas a su propia naturaleza, dependientes las otras de circunstancias que no es dado a la lei eludir.

9. Observaremos en primer lugar que hai razones físicas que obran en contra de

la perfeccion del testimonio, las cuales pueden ser o peculiares a ciertos individuos o comunes i extensivas a todos los testigos, fundándose en la misma organizacion de nuestros sentidos, en la natural imperfeccion de nuestras sensaciones. La narracion del testigo recae necesariamente sobre hechos exteriores sujetos al dominio de la percepcion esterna; i por consiguiente esta narracion (suponiendo el ánimo de la veracidad) no es otra cosa que la esposicion de sus percepciones, el resultado de la impresion que los acontecimientos dejaron en sus sentidos. Este resultado es mas o menos perfecto segun las circunstancias exteriores que acompañaron el ejercicio de la percepcion, segun la situacion de los sentidos respecto del hecho, segun lo mas o ménos defectuoso de los órganos. ¿Quién no vé que de una conversacion escuchada a menor distancia, pueden deducirse las consecuencias claras, verdaderas, que no pudieran sacarse de esta misma conversacion oída a mayor distancia? ¿Quién no percibe la inmensa diferencia que resulta del tono con que se pronuncian las palabras, de la relacion gramatical que tienen entre si, i de mil otras circunstancias que sirven poderosamente a esclarecer el ánimo i la intencion del que las ha pronunciado? I si aplicamos esta observacion a cada uno de los sentidos, veremos que todos ellos adolecen de igual imperfeccion, la que subirá de punto cuando concurran en el testigo circunstancias peculiares que contribuyan a debilitar el poder material: i no se diga que la observacion es una sutileza que carece de aplicacion en la práctica; porque es mui lójica consecuencia que si el testimonio se funda en la accion de nuestros órganos, es natural que adolezca de los vicios que imperfeccionan a estos.

40. Los limites naturales que encierran dentro de cierta esfera el ejercicio de nuestra organizacion fisica, los obstáculos con que tiene que luchar este ejercicio i mas que todo el reducido alcance de los sentidos, que puede solo llegar hasta los actos materiales, son ya principios bien fecundos en consecuencias contra la prueba de testigos; principios que tiende nada ménos que a mostrar el vicio de esta prueba en su mismo origen, i que atacándola en su base debilita en gran manera la creencia que debe dispensársele. El juez sabe mui bien que nuestros sentidos son imperfectos, sabe mui bien sus frecuentes i numerosas equivocaciones, sabe mui bien que ni la mas sana intencion, ni el mas sólido criterio son poderosos a evitar esos involuntarios descarríos, i de aquí el principio moral de la desconfianza, de la dura incertidumbre del magistrado, al resolver sobre los datos de una prueba cuyos defectos *ab origine* conoce el mismo.

41. Mas patentes todavia bien que mas difíciles de evitarse por la lei i por consiguiente mas graves, son otros defectos que nacen de ciertos estados morales o intelectuales del testigo, que debilitan o inutilizan completamente su dicho. Si pudiese conseguirse que el testigo al presenciar el acto i al trasmitirlo al juez conservase el pleno uso de sus facultades, sin duda que el testimonio arrojaría una luz utilísima en los procesos; empero la experiencia i la razon nos prueban lo contrario; porque siendo pasados los hechos sobre los cuales se depone, sucede las mas veces que no pueden conservarse tan frescos i completos como seria de desear i la memoria del testigo experimenta dificultades invencibles, que talvez dejan ignoradas muchas partes interesantes de la narracion. El testigo al presenciar un acontecimiento, no se cura de guardarlo en sus recuerdos como que no tiene interes en ello, ni piensa entónces que tendrá que referirlo ante un juez para el esclarecimiento de un derecho; de manera que no le presta aquella atencion que debiera para obtener el objeto de la prueba; i siendo un asunto que en poco o en nada le importa, lo relega al olvido, entre los mil sucesos de su vida. La negligencia que nace del egoismo invencible en la naturaleza humana, desvirtúa el poder de la memoria i agrava la falta de atencion; i esto es sin tomar en cuenta las equivocaciones involuntarias por lo incompleto de los recuerdos; de modo que la deposicion de un testigo será mas o ménos lici; segun lo es mas o

dfientes escojan sus testigos como mejor les parezca i de entre los que mas les acomoden, i natural es suponer que nadie querrá volver contra si mismo el arma que se le presta; ofreciendo en juicio el testimonio de individuos cuya parcialidad no sea notoria a su favor. El testimonio no es pues una prueba *preconstituida* sino *circunstancial*, de aquellas que dejan al litigante la latitud necesaria para constituir la i prepararla a su placer; de lo que se deduce que la lei está obligada a aceptarla tal como el interesado la presenta, ignorando cómo se ha formado esta prueba, cuál es el impulso que provoca la deposicion del testigo, cuál el orijen vicioso o fidedigno de su declaracion, siendo como una moneda extranjera, cuyo valor es desconocido i tenemos que recibirla por aquel que le da el viajero que la circula.

18. Contra estos i otros inconvenientes que seria mui largo enumerar, los códigos de todos los pueblos han inventado varios remedios entre los cuales figuran en primera línea el juramento, las tachas i las sanciones contra el falso testimonio.

49. ¿Es el juramento un medio preventivo contra la infidelidad del testimonio? No contestaremos categóricamente esta pregunta, i diremos que si, respecto de ciertos hechos, de ciertas personas, de ciertas naciones, i que no, respecto de otras personas, de otros hechos, de otras naciones. La fuerza del juramento está en razon directa de la moralidad del testigo, i en inversa de las tentaciones para quebrantarlo; depende en gran manera de la educacion del individuo i de las costumbres del pueblo a que pertenece. Nada mas santo a la verdad, nada mas bello que la institucion del juramento, que coloca la verdad humana bajo la divina proteccion de la Providencia; pero nada también mas desconsolador para la humanidad que en las decepciones de su experiencia haya habido menester del amparo de Dios para velar a las puertas del templo de la verdad, que solo deberian estar guardadas por la honradez humana. La historia del juramento no es por desgracia mas que la crónica escandalosa del perjurio, en donde el nombre de Dios no es mas que la máscara del embuste, i lo que se imaginaba ser el mas poderoso coto a la inmoralidad, se ha venido a convertir en el mas ancho camino para la falsia i la mentira. No es esta la abultada hipóbole de una exajeracion asustadiza, sino el resultado doloroso, pero mui cierto de la experiencia judicial.

20 Otro de los remedios que ha inventado la jurisprudencia i han explicado los códigos es el de las tachas, las cuales son la expresion de los motivos fisicos o morales que imposibilitan a un testigo para comparecer como tal, o que atenúan la fuerza probatoria de sus deposiciones o la destruyen completamente. Sin entrar mui detenidamente en el exámen de las tachas, diremos, sin embargo, que estas si son un remedio, frecuentemente acontece que producen mayores males que los mismos que se trata de contar i que sin cumplir el objeto que los lejisladores se proponen, forman las fuentes inagotables de muchos vicios que embarazan la administracion judicial. Las tachas, se fundan sobre ciertas conjeturas derivadas de las leyes materiales i morales, o de circunstancias particulares que nacen del hecho controvertido. El parentesco, la amistad, la dependencia de deudor a creedor o de inquilino a propietario, son causas que estableciendo un lazo moral entre el testigo i el litigante inducen a sospechar de aquel i a juzgar comprometida su veracidad; de la misma manera que la falta de vista o la sordera, son inconvenientes fisicos que nos inclinan a excluir el testimonio de las personas que incurrén en ellos, sobre hechos que están bajo la jurisdiccion de aquellos órganos. Las tachas que se fundan sobre los defectos fisicos, son a la verdad mui razonables como que se deducen de motivos sensibles, palpables, i que fácilmente se pueden apreciar; mas no así las que nacen de las relaciones que unen al litigante con el deponente; porque siendo deducciones de motivos interiores, de conjeturas, de meras sospechas muchas veces, es natural que falten i que se excluya del juicio a individuos cuya honradez en nada pueden alterar las consideraciones

sociales o las relaciones de familia. Mas dudosas aun son las tachas deducidas de la conducta inmoral del testigo; porque éstas tachas no importan otra cosa que una regla demasiado general, por la que se sienta que siendo un individuo depravado en cierto sentido, lo será necesariamente en todos. Pero ni la lei ni el magistrado pueden tomar en cuenta estas escepciones; porque desde el momento que se aceptan las tachas se establece un principio ciego, fatal e inflexible, que no da lugar a privilegios de ninguna naturaleza. Esto es natural i justo; un grave defecto que no debe buscarse en los códigos sino en la misma prueba testimonial tan variable, tan móvil, tan difícil sino tan imposible de sujetar a reglas que no tengan mil vacios. Casi todas las legislaciones atemorizadas de la facilidad que los litigantes tenían para presentar testigos falseando la verdad con sus dichos cohechados, parciales o preparados de antemano, han dado a las tachas una latitud que parece no andar mui conforme con el objeto de la administración de justicia; pues cuando vemos en los códigos de las naciones civilizadas, que los histriones, las mujeres de mala fama, el hombre casado amancebado, etc. etc. son inhábiles para deponer en juicio, no nos podemos explicar estas exclusiones sino por la vigilante sospecha de la lei puesta en guardia contra la menor sombra de falta de veracidad, o por las nociones equivocadas que se han tenido sobre el papel que al testigo le cabe representar en los juicios; porque se ha creído por una poco meditada imitación de las leyes romanas, que el acto de declarar es mas bien un privilegio que una carga onerosa. Empero fácil es considerar que los comicios del Campo de Marte concluyeron con la República romana, i que ya no se ha menester del goce de la ciudadanía, para comparecer como testigo en una causa; porque la facultad de deponer debe considerarse no relativamente a las prescripciones del derecho público que concede el goce de ciertos privilegios, sino respecto del derecho civil que impone el cumplimiento de ciertas cargas.

21. Las tachas presentan mil inconvenientes entre los que no son pequeños los siguientes: 1.º contribuyen a retraer al testigo de presentarse en el juicio a prestar declaraciones; 2.º introducen un nuevo término probatorio i por consiguiente una nueva prueba con todos los inconvenientes de la primera. El primero de estos inconvenientes es natural; porque lo es tambien que pocos hombres dejen de incurrir en alguno de aquellos defectos que los inhabilita para presentarse como testigos o que debilitan el influjo probatorio de sus dichos; i aunque así no sea, basta la consideración que desde el momento en que se comparece como testigo se entrega su reputación, su vida pública i privada, a los tiros de la malicia o del interes del litigante contra el cual se ha declarado. Comparecer a declarar es siempre embarazoso; es una obligación de la que cada cual querría libertarse; i por esto es que los códigos imponen este deber acompañado de una sanción penal. ¿Cuánto mas embarazoso no será cuando en el testigo concurren algunos de aquellos defectos que designa la lei i que imprimen una marca de infamia al individuo a quien se imputan? De aquí es que regularmente vemos figurar en los procesos, cierta especie de hombres que no se curan mucho del menoscabo de su reputación, o que avezados a este género de escenas, conocen palmo a palmo ese terreno de intrigas, de injurias vertidas i contestadas en que no se perdona ni el sagrado recinto del hogar doméstico.

22. Las tachas introducen una nueva prueba; el código que admite la de testigos acepta tambien las tachas i como un corolario preciso, el término probatorio de tachas; i legislaciones hai como la canónica que no han tenido escrúpulo para añadir la prueba de tachas contra tachas. Manifiestos son los vicios i obstáculos orijinaos de este modo de proceder; porque conocido es que la prueba es el mayor embarazo de todo juicio i mucho mas la de testigos, que aumentada con tachas i término probatorio de estas, viene a introducir un jermen imotable de nuevas declaraciones.

nes, nuevos interrogatorios, dilaciones, i el proceso se convierte en un mar inmenso a que se lanza el juez entre aquel hacinamiento de contradicciones, pruebas, tachas, etc. etc? Bastaba ya una prueba para hacer dificultoso el camino judicial i la adición de otra no viene a hacer mas que un doble trabajo para el juez, una menor seguridad i mayor espensa para las partes, sin que la justicia haya conseguido otro provecho que el de asentar una resolucion confusa i vacilante sobre datos tan multiplicados i contradictorios entre sí.

23. La obligacion de declarar como todo precepto obligatorio va acompañado de una sancion, i la del testimonio puede derivarse de tres fuentes, segun se busque en la relijion, en las relaciones sociales o en los preceptos de la lei.

24. La sancion relijiosa, esto es, el castigo espiritual en una vida futura, obra en el testimonio de la misma manera que en todo precepto; esto es, como una sancion demasiado lejana, para detener al malvado inducido por el aliciente inmediato del crimen; como un freno poderoso para las conciencias timoratas, i como una valla demasiado débil para el delincuente avezado en el delito; sancion la mas terrible i tambien la mas bella si se considera su orijen, pero que casi completamente desvirtuada por el fatal escepticismo de nuestras sociedades modernas, no hace mas que añadir el pecado contra Dios, el crimen contra los hombres: fatal, lamentable degradacion del jénero humano que esteriliza i anula la mas noble de las sanciones que puede tener una lei!

25. La sancion social que nace del concepto que nuestros semejantes forman de nuestro carácter personal, segun nuestras acciones, constituyéndonos por ellas en individuos socialmente apreciables o indignos de consideracion, es tal vez mas influyente que la relijiosa pero influyente en un sentido equivoco, sobremanera incierto, segun la clase de la sociedad a que pertenece, i muchas veces en abierta contraposicion con el objeto de la lei. El público aplaude al testigo que ha faltado a su fé cuando de su perjurio ha resultado la absolucion de una persona, que aunque delincuente arrastra las simpatías, cuando ha declarado a favor del débil sin justicia, contra el fuerte poseedor de un buen derecho. El público por otra parte se cura muy poco de los testigos, sino es en las causas criminales de gran ruido; i la sancion social encuentra pocas ocasiones de ejercitarse, tanto por esta circunstancia, cuanto porque frecuentemente recae sobre personas colocadas en cierto nivel de la escala social, en que no es la reputacion mas que una palabra vana inventada por la preocupacion de las clases elevadas de la sociedad.

26. Sin duda que la sancion legal presenta a primera vista caractéres que podrian inducir a creer que contribuirá en alto grado a evitar el abuso del falso testimonio; porque ninguna mas inmediata, ninguna mas directamente unida al delito que la orijina, ninguna mas amenazadora, suspendida como la espada de Damocles sobre la cabeza del falso testigo; pero por otra parte, ¿cuánta dificultad para aplicar la pena, cuanta i casi imposibilidad para descubrir el crimen? ¿Qué cosa mas difícil de probar que un falso testimonio, en que el magistrado i la lei perdiéndose en conjeturas muchas veces puramente morales, casi nunca alcanzan a la certidumbre material que se requiere para aplicar el castigo? i ademas, ¿cómo aplicar con toda exactitud una pena no tanto concebida con analogía a la perversidad moral del delito i a los males que causa, sino a la frecuencia del falso testimonio i a la dificultad de probarlo? No es lo mas justo que por veinte que eluden el castigo no siendo descubiertos lo sufra uno cuyo delito fué notorio; i sin embargo esta es una consecuencia lójica en todo código criminal, i si algo arguye, es contra la natural imperfeccion de toda lei humana.

27. Pero en donde son mas de observarse los defectos de la prueba de testigos es en su administracion, en sus relaciones con las leyes que determinan el modo como

debe recibirse por los jueces i presentarse por los litigantes; i en esta parte de los procedimientos juridicos las legislaciones todas han tratado de inventar nuevas reglas, nuevos sistemas, nuevas restricciones, sin que hasta el presente se haya conseguido nada que estirpe los inconvenientes, dilaciones, gastos, confusiones que se derivan del testimonio. Nada hai mas gravoso para los litigantes que la presentacion de los testigos; las espensas para conducirlos de lugares lejanos o las cartas interrogatorias para examinarlos en ellas, los interrogatorios, multiplicadas notificaciones i diligencias, imponen considerables gravámenes pecuniarios a las partes. Los testigos son por otra parte los pretextos justificativos de esos largos términos de prueba que saben explotar los litigantes de mala fé, es el apoyo que siempre buscan aquellos que inseguros en su derecho lo fortifican por medios cuya confeccion les deja toda la libertad para inclinarlos a su favor. Toda la sencillez i celeridad que se encuentra en las causas cuya prueba se funda en los documentos escritos, desaparece en las declaraciones; toda la simplicidad con que las partes deducen su derecho de una escritura, se pierde en las contradicciones i vacios de las deposiciones; todo el sello de invariabilidad que debe caracterizar la prueba, se desvanece en ese carácter inconstante de la de testigos; i sobre todo para el magistrado, ¿cuánto mas difícil e incómodo no es decidir fundándose en declaraciones i tachas, que en el sentido claro i fácil de interpretar de una escritura, que por mas defectos que se le suponga siempre tendrá ménos que los testimonios?

28. Descender a un prolijo análisis de los defectos de la prueba de que tratamos, sobre no entrar en el tema propuesto, demandaria mayor espacio que el que nos es dado ocupar; i si hemos avanzado las ideas que preceden superficiales i poco razonadas, ha sido para sentar como base de las observaciones mas detenidas, que pasamos a indicar, el mismo punto de vista que juzgamos habrá tenido la Facultad, al proponer la discusion de las cuestiones que encierra el tema encargado. En lo anterior buscamos solo un antecedente que se nos ha dado como fundamento de partida, sin que debamos detenernos largamente en su consideracion, para pasar al examen mas esmerado de los otros problemas científicos cuya solucion se pide.

En que jénero de causas debe admitirse la prueba de testigos.

29. El conocimiento mas o ménos perfecto de la naturaleza juridica de la prueba testimonial, la mayor o menor exactitud de nuestras ideas acerca de la importancia que debe dársele en los procedimientos judiciales, sirven para manifestarnos los casos i circunstancias en que su admision o aplicacion es necesaria o conveniente.

30. Hemos partido del principio inconcuso a nuestra manera de ver de que la prueba de testigos es en extremo peligrosa, sobrado incierta en sus resultados, poco económica, difícilísima de sujetarla a reglas determinadas que no pequen por muchumbre de excepciones; i considerada bajo este punto de vista que es en nuestra opinion el verdadero, sin duda que en un proyecto de procedimientos debe evitarse el uso de esta prueba en todos los casos que sea posible hacerlo, siempre que la restriccion pueda conciliarse con el interes de los particulares que litigan i de la jurisdiccion que responde de la acertada administracion de justicia. De aqui fluye pues una regla jeneral, un principio que formulándolo en la práctica pudiera establecerse diciendo «que la prueba de testigos no se admite sino en los casos determinados i especiales designados espresamente por la lei.» I a la verdad si esta prueba es un peligro i su aplicacion engorrosa, fuerza es que la lei la evite como un escollo i que así tambien lo enseñe a los ciudadanos para manifestarles que ella misma no acepta los testigos sino como una necesidad impuesta por el bien de la justicia, pero que

siempre los desecha cuando la sentencia encontrará el apoyo de otras pruebas mas abonadas. Un principio de esta naturaleza rompería es verdad las tradiciones de nuestra jurisprudencia, bien que por otra parte rendiría un justo tributo a las teorías mas universalmente aceptadas en la actualidad i a la esperiencia cotidiana de los tribunales; i decimos que rompería nuestras tradiciones; porque a nuestra lei i a nuestra práctica, la primera prueba que ocurre es la testimonial que gozando de una inmensa latitud por los códigos españoles, se ha adherido a nuestros hábitos judiciales, se ha arraigado en la formación de los contratos, en la prueba que se exhibe de estos ante los tribunales, en todas las transacciones, en todo jénero de causas. Empero esta regla debe tener tambien por base otro principio, i es la necesidad pública i privada de que ningun hecho que pueda llevarse a juicio o controvertirse en él, quede sin una prueba suficiente que lo justifique, i como por la naturaleza misma de las cosas hai ciertas causas i circunstancias que no podrian probarse sino por medio de los testigos, necesario es que la lei prevenga estos casos con toda la escrupulosidad posible, los califique e individualice determinadamente. Necesario es pues considerar cada una de las grandes fuentes de que pueden nacer las controversias judiciales, cada una de las grandes clasificaciones de que se deriva un derecho o una obligacion, i la manera como este derecho u obligacion pueden probarse en juicio. Adoptando una clasificacion jeneral podemos decir, que todo asunto que es materia de un juicio, procede de un hecho civil o criminal; i contrayéndonos al primero que las obligaciones i derechos se derivan de los modos jenerales o particulares de adquirir, de las convenciones, contratos, cuasi contratos i hechos que aunque no formulados por el derecho en clasificaciones individualizadas, producen sus derechos i obligaciones especiales. Aceptada esta clasificacion jeneral aplicaremos a cada una de sus partes estas diferentes cuestiones que fluyen de la primera parte del tema propuesto por la facultad. ¿Es conveniente la admision de la prueba testimonial en estas materias? ¿Si no es conveniente, es necesaria i pudiera prescindirse de ella sustituyéndola con otra prueba, ya sea de las conocidas en nuestro derecho, sea con otras inventadas para los diversos casos que se presenten?

La cuestion de la conveniencia no puede detenernos desde el momento en que se admita lo que llevamos sentado en la introduccion, i el mismo tema nos dispensa de analizarla profundamente, siendo manifiesto su espiritu por la no conveniencia de la prueba de testigos. I en efecto si esta prueba tiene los numerosos defectos que hemos indicado, mal puede convenir ni para los magistrados que administran justicia, ni para los particulares que la solicitan, i es del deber i de la incumbencia del lejislador remover este incomodo inconveniente i sustituirlo por otro arbitrio que cumpla con el objeto probatorio, en seguridad de las partes i en beneficio de la sociedad.

31. Entrando ahora a la cuestion de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba de testigos, la consideraremos en primer lugar respecto de las acciones civiles llevadas a juicio; principiando por las obligaciones convencionales, comprendidos en esta denominacion los pactos i contratos.

32. «Convencion es el consentimiento de dos o mas personas que se avienen sobre algo que deben dar o hacer, produciendo este avenimiento ciertas obligaciones.» Todas las convenciones segun nuestras leyes vijentes pueden verificarse, ya sea por escrito, sea verbalmente bastando que de cualquiera manera conste el consentimiento de los contratantes, sin necesidad de fórmula alguna exterior, i pueda pues exhibirse sobre la constancia de estas convenciones todos los jéneros probatorios i por consiguiente el de testigos, con toda la amplitud i estension, cuanta mayor no pudiera concederse. ¿Es esto justo, racional conveniente para las partes, útil para la sociedad?

33. Las convenciones no son hechos transitorios, sino que las partes mismas están directamente interesadas que haya de ellas una constancia fehaciente, puesto que alguna vez pueden controvertirse en juicio, de aquí nace un argumento contra la prueba de testigos en esta clase de obligaciones. Si a los contratantes importa que existan bases fidedignas que atestigüen la existencia, si ellos mas que otro alguno tienen algun inmediato interes en la conservacion de sus derechos, en las diversas condiciones estipuladas, ¿no es verdad que desearán fundar los unos i las otras sobre apoyos determinados, sobre pruebas claras, ciertas, suficientes para la resolucíon de toda duda? Esto es claro, como que todo hombre conspira hácia lo que le conviene, i natural es suponer que el interés privado mismo huye de confiarse de la prueba testimonial como garante de sus derechos, puesto que esta prueba puede convertirse en contra del individuo que posee la justicia, puede demorar, eternizar el juicio, puede ser ventajosamente explotada por el litigante injusto, i dejar burladas las esperanzas del que tiene el verdadero i lejítimo derecho. Celebrándose la convencion, los contratantes buscaron la claridad i los testigos la ofuscan, quisieron la celeridad en la resolucíon de cualquiera controversia, i los testigos han menester largos términos de prueba, prolíjos interrogatorios, tachas, etc., etc.; buscaron la economía i deben pagar los testigos que deponen, las notificaciones que deden hacerseles en lugares lejanos muchas veces, las cartas rogatorias; buscaron sobre todo la seguridad i constancia de la obligacion i necesitan confiarla al falible dicho de los hombres, a la memoria infiel de los testigos, a la palabra vendida frecuentemente; poco clara, equívoca, incompleta casi siempre. He aquí contrariada la intencion de los contratantes, burlados sus deseos, frustrados los objetos que tuvieron en consideracion. I no se ha contrariado ménos el interes de la justicia a la cual se le habrian ahorrado numerosas incomodidades, perniciosas lentitudes i talvez una sentencía dudosa e insegura si se hubiese presentado otra prueba.

34. Por otra parte, la naturaleza misma de las convenciones parece luchar abiertamente con el carácter propio de la prueba de testigos. Una convencion, un contrato cualquiera no se encierra en una sola e única condicion, sino que casi siempre se encuentra diseminado en diversas condiciones estipuladas, mas o ménos numerosas, mas o ménos complicadas, pero que siempre ofrecerán una grave dificultad a la memoria para conservarlas íntegras, ordenadas i conformes. El testigo podrá en buena hora deponer acertadamente sobre el hecho principal, jenerador de la convencion, ¿mas cómo recordar el precio del contrato, las seguridades estipuladas, los plizos, los objetos comprendidos en él, la muchedumbre de condiciones ligadas las unas con las otras, como diversas partes que unidas vienen a formar el todo principal?

35. Examinando la naturaleza de los contratos, vemos que estos se constituyen con la deliberada voluntad de las partes, con una intencion anterior i no por medio de un hecho casual e independiente del ánimo de los contratantes, i tienen estos por consiguiente la facultad de formular los medios probatorios que mejor garantizan la seguridad de su obligacion. Si las convenciones fuesen hechos aislados que se producen en un momento dado i no hubiese circunstancias que los prepararan ántes de realizarse i otras que se derivan de ellas, sin duda alguna que una prueba circunstancial i no preconstituida seria la que deberia presentarse en cuestiones de este jénero; pero dependiendo del albedrío de las partes, parece natural que estas formasen una prueba suficiente ya que tienen la plena libertad para poderlo hacer.

36. Hai por otra parte entre nosotros una razon especial que nace del estado de nuestra civilizacion i milita poderosamente contra la prueba de testigos en los asuntos de que hablamos; porque si como es una inconcusa verdad, este jénero de prueba, es un fecundo manantial de fraudes, ¿cuánto mayor será si todos los contrato-

pueden probarse por este medio, siendo celebrados entre contratantes en quienes existe por una parte todo el refinamiento i astucia de una educacion avanzada, i en otra toda la ignorancia i estrechez de intelijencia de un reducido concimiento del mundo? Veamos lo que sucede en nuestras provincias entre los ricos i los pequeños propietarios, explotados estos por su ignorancia i las intrigas de aquellos; veamos esos arriendos, esas ventas, que solo pueden esplicarse por las maquinaciones del engaño estraviando la ceguedad de la inocencia, ¿i no es verdad que si exijese otra prueba habria un freno mas poderoso para el dolo, una garantia mas segura para la buena fé? Pero pudiera decirse talvez que la prueba de que tratamos es uno de aquellos males necesarios cuyos perniciosos efectos se prueban, pero cuyos remedios no ha sido dado inventar hasta ahora; empero otras legislaciones han dado ya una satisfactoria respuesta a esta cuestion colocándola en la categoria de los problemas resueltos i de la manera mas incuestionable; i en los años que llevan de existencia los códigos frances, sardo i austriaco, se ha venido a corroborar por una feliz esperiencia las ideas que sobre la prueba de testigos en materia de convenciones habia formado la moderna escuela de publicistas.

37. Justa i racional es por demas en los buenos principios de la lójica legal, la division i base que nuestras leyes adoptan en la clasificacion i orijen obligatorio de los contratos copiados de la legislacion romana, pero lo que de ninguna manera es arreglado al espíritu de la justicia i de la convèniencia social, es la admision de todo jénero de prueba para patentizar judicialmente la existencia de estas convenciones. Un contrato puede en buen hora perfeccionarse para surtir todos sus efectos entre las partes por medio del consentimiento, la entrega de la cosa, las palabras, etc., etc.; mas admitir este consentimiento, esta entrega, estas palabras, de cualquiera manera que conste, es lo que no anda mui conforme ni con los intereses privados ni con los públicos; porque es verdad que para las partes no es menester mas que el hecho, realizado el cual queda perfecto e irrevocable el contrato, no así para el juez, para la administracion de justicia, que litigada la existencia o condiciones de una convencion, necesita pruebas palpables, determinadas, que puedan guiarla en la decision de la controversia. I la dificultad sube de punto cuando consideramos la lei de la Nov. Recop. que destruyendo las prescripciones del derecho, rompiendo todos los lazos de seguridad, establece esa latísima regla, fuente fecunda de litijios i que tiende a inutilizar las subdivisiones establecidas en nuestros mismos códigos. Necesario es tomar en cuenta que en toda convencion debemos mirar dos accidentes: su perfeccion respecto de las partes i su prueba en juicio: respecto del primero, obsérvese la base aceptada por nuestras leyes i las romanas; pero relativamente a lo segundo, nuestro derecho variaria ventajosamente sus prescripciones, exijiendo en juicio otro jénero de prueba para las convenciones.

38. Segun esto, nosotros deseamos la prueba de testigos en materia de convenciones; i en nuestro sentir la lei puede i debe establecer este principio: puede, porque licito le es echar mano de todos los medios con que juzga garantizados el objeto de la justicia i el interes de los particulares; i no se diga que estos mismos son los que mas acertadamente juzgan sobre su convencion; pues cuando los individuos son negligentes, fuerza es que la lei prevenga los perniciosos efectos de esta negligencia; debe, porque encargada de velar sobre el bienestar social es uno de sus sagrados deberes fomentarlo, ofreciendo a los ciudadanos un apoyo de sus derechos i una seguridad de que no serán burlados si se llevan a juicio por falta de pruebas que los justifiquen. Empero la cuestion no versa sobre la exclusion sino principalmente sobre la admisibilidad de la prueba de testigos, así es que sentados los antecedentes que llevamos establecidos, descenderemos a responder tomando por punto de partida las convenciones. ¿No hai algunas excepciones a la regla jeneral que hemos sentado

sobre la esclusión de los testigos en la materia que tratamos? Si las hai, i estas excepciones nacen de la naturaleza misma de los hechos sobre los cuales recaen i se fundan las reglas que la misma jurisprudencia nos suministra. En efecto, la razon i el objeto de la administracion de justicia nos dicen que es necesario que ningun hecho cuya validez o existencia pueda dilucidarse en juicio, quede sin una prueba que sea su justificativo i el apoyo de la decision del magistrado que debe resolver la controversia, i si es probable o posible que aceptando la regla de la absoluta esclusión de los testigos en materia de convenciones, puede correrse el funesto peligro de la carencia de prueba en algunos casos, menester es que la lei prevea i prevenga este peligro. Esta carencia de prueba puede nacer de la voluntad de las partes o por circunstancias independientes de su poder, i en el primer caso, esto es, cuando los contratantes pudieron pero no quisieron constituir la prueba que de su obligacion les exige la lei, ellos deben padecer las consecuencias de una negligencia culpable por la cual no puede con justicia reclamarse una excepcion: mas en el segundo caso, cuando por inconvenientes fisicos o por obstáculos morales ajenos de su voluntad no les fué posible formar la prueba requerida; natural i justisimo es que la lei les permita ofrecer la constancia judicial de su reclamo por medio de otros arbitrios probatorios. De aquí, pues, una excepcion al principio jeneral que anteriormente sentamos, excepcion en la imposibilidad, cualquiera que sea su naturaleza, de procurarse otro jénero de prueba. Sin embargo, si esta excepcion no se encuentra perfectamente deslindada en la lei, servirá de un ancho camino a los abusos con los que se eludirán las prescripciones hasta el extremo de esterilizarlas completamente. Necesario es, pues, determinar detalladamente, con cuanta prolijidad sea posible, las circunstancias que un individuo puede argüir en su favor para escusarse de la obligacion que la lei le impone de probar de cierta manera i no con testigos; bien que en la calificacion de estas circunstancias como que son hechos negativos, debe dejarse alguna latitud al juez, el que estimará mas bien por equidad que por estricto derecho, si el individuo que reclama la excepcion se ha encontrado realmente en la imposibilidad de formar la prueba *preconstituida* que la lei requiere.

39. La excepcion que acabamos de indicar; puede ofrecerse tambien bajo otro aspecto, cuando los contratantes sin embargo de haber formado la prueba al tiempo de la celebracion del contrato, se encuentran despues en la imposibilidad de presentarla en juicio; como si estendida escritura del contrato, el documento se estravia o perdió en un incendio del lugar en que se habia otorgado. En este caso como en el anterior sería tambien necesario justificar el hecho que inhabilita a las partes para exhibir la prueba; i las dos faces de la excepcion se apoyan en un motivo de justicia en favor del cual le es lícito a la lei suavizar su inflexibilidad: la lei dice a los contratantes—«para que mis magistrados diriman vuestros pleitos necesito que me probeis vuestro derecho de esta o de aquella manera; porque no admito los testigos en obligaciones de este jénero; pero si justificais que tuvisteis la intencion de cumplir con mis mandatos, mas no os fué lícito hacerlo, a mi vez, os acuerdo el privilegio de aducir el testimonio en vuestro favor; porque la presuncion de buena fé milita por vosotros.»

40. Otra excepcion que estableceriamos a la regla jeneral de la esclusión de la prueba de testigos en materia de convenciones, es el convencimiento de la parte contra quien se quiere probar; como si Pedro dice haber arrendado a Juan su fundo i negándolo Juan; el primero solicita probar con testigos su demanda consinténdolo Juan; porque si en el ejemplo presente Juan es el poseedor del derecho, esto es, del favor de la lei, bien puede renunciar este derecho i este favor como una facultad de la que siéndole conveniente le es lícito desprenderse. Cada uno puede renunciar lo que lo favorece, es una máxima mui racional del derecho, fundada en

un principio inconcuso de las leyes naturales; pero esta renuncia debe ser espresa i terminante, no bastando simples conjeturas, a no ser de aquellas por las que se presume un consentimiento tácito.

41. La tercera excepcion con que limitariamos la regla jeneral, seria cuando se exhibiese un principio de prueba de aquel jénero que la lei exige, como cuando pidiéndose por la lei una escritura pública, las partes presentaren un escrito privado en que estuviesen designadas las principales condiciones del contrato. Respetto de esta excepcion podrian seguirse las reglas jenerales del derecho sobre el valor que tienen en juicio las escrituras privadas segun nuestra lejislacion vijente, adoptando las restricciones establecidas en nuestros códigos sobre el reconocimiento i cotejo de firmas, valor probatorio de las cartas privadas, escrituras de la misma naturaleza, libros de cuentas i todos aquellos documentos que hacen un principio de prueba i sirven de fundamento para introducir otras que desarrollen i apoyen este principio. La excepcion indicada nace de la natural presuncion que hai en favor de aquel que exhibe el principio de prueba, pero racional es tambien que tenga sus limitaciones, porque de otra manera vendria a caerse en el mismo peligro que desea evitarse, i así la lei vendria a determinar con precision cuales son los actos que se presumen principio de prueba i que pueden corroborarse por otra; porque natural es por ejemplo, que si la litis recae sobre un contrato que debió celebrarse por medio de una escritura pública, no se admita como el principio de prueba una carta escrita por el mismo a quien favorece. Por otra parte, el que intenta probar deberia tambien justificar las circunstancias que le han imposibilitado tener otra prueba; porque si Juan i Diego disputan, por ejemplo, sobre un contrato de venta cuya validez sostiene el primero i niega el segundo, i aquel solo tiene para abonar su accion un documento privado, menester le es probar, por ejemplo, que el contrato se habia considerado enteramente perfecto, como puede deducirse de estas o aquellas circunstancias; pero que no se estendió la escritura pública exigida por la lei por inconvenientes que no estuvo en su mano estorbar. El principio de prueba vendria a representar el papel de las escrituras privadas con relacion a la via ejecutiva, de manera que insuficiente para constituir una prueba, formaria sin embargo una semiplena en favor de la cual se mitigaria el rigor de la lei que escluye el testimonio.

42. ¿Pero la absoluta esclusión de la prueba testimonial en materia de convenciones seria única i esclusiva sin reconocer algunas diferencias segun el valor sobre el cual las convenciones recaen? Esto no seria justo, porque ya entonces no militan muchos de los motivos que se tienen en consideracion para alejar los testigos; porque no es natural que se estienda una escritura sobre un contrato cuyo valor no suba mas de cien pesos, i casi todas las convenciones que se celebran sobre bajos valores versan regularmente sobre aquellas transacciones de la vida ordinaria, en las que no es posible andar pensando en las pruebas que garantizarán el contrato si este llega a controvertirse judicialmente. El que compra un mueble, un vestido o alquila un cuarto, seria ridiculo que tratase de asegurarse con una escritura, i sobre haber este poderoso inconveniente habria otro no menor violándose un principio de economia con el gravámen de un impuesto excesivo i recayendo las mas veces sobre los que cuentan mas cortos haberes. La libertad de la industria i la confianza que es el alma de esas pequeñas convenciones, sufririan notablemente si en su celebracion fuesen inenester aquellas prolijas pruebas que necesitan las transacciones de mas crecida importancia, i parece que todas las lejislaciones reconociendo la verdad de estas consideraciones, han colocado estos contratos bajo la salvaguardia de la buena fé i no del estricto derecho que preside en los otros. De aqui deduciremos otra cuarta excepcion a la regla jeneral, estableciendo que los testigos se admitan desde cierto valor hácia bajo, excepcion fundada en la naturaleza de las pequeñas transacciones i en

favor de una clase bien numerosa de la sociedad, harto desfavorecida ya por su propia condicion para que fuese justo hostilizarla con el rigor de una lei cuya aplicacion importaria un incómodo embarazo en todas sus relaciones civiles. ¿Pero cual será este valor que determina la admision de los testigos? Nuestras mismas leyes, nos suministran la respuesta con la division de los juicios segun su cuantía; abrazando esta division podria sentarse como regla en el caso de que tratamos, que la prueba testimonial será admisible en todo negocio, transaccion o contrato cuyo valor baje de ciento cincuenta pesos, pues si la lei i la práctica han colocado los negocios de esta cuantía bajo el imperio de diversos majistrados que los ordinarios i hasta cierto punto bajo ciertas leyes diferentes de las comunes, es esta sin duda la base mas determinada para la excepcion, tomándola por norma para decidir si se admiten o no los testigos en un caso dado.

43. Llevamos ya apuntadas cuatro excepciones a la regla que al principio se ha sentado, o mas bien, indicados cuatro casos en que debe admitirse la prueba de testigos. Los códigos modernos que han seguido la doctrina del derecho frances, han establecido otra excepcion fundada en las materias mercantiles; i los comentadores de estos códigos exponen que la latitud, buena fé i rapidez de los negocios comerciales exigen cierta flojedad en la estrictez jeneral de la lei i ciertos privilejios en la prueba que no seria justo acordar a los demas negocios que caen bajo la jurisdiccion del derecho. En efecto, no parece natural exigir a un comerciante en sus transacciones las mismas seguridades requeridas en las de otros individuos; ni el jénero de sus operaciones, ni el tiempo en que se efectúan toleran las restricciones que en nada embarazan las demas convenciones civiles; porque mientras un comerciante celebra 10 o 20 contratos en el dia, un simple ciudadano talvez no celebrará mas de uno en todo un año; i mientras las convenciones mercantiles no tienen muchas veces mas precedente que la vista casual de un efecto i sus consecuencias son jeneralmente inmediatas, los otros negocios civiles dan todo el tiempo suficiente para coordinar las diferentes condiciones del contrato, cuyos efectos son mas o menos tardios; pero siempre mas lentos que en un contrato de comercio; i mientras en un negocio civil hai casi siempre complicadas condiciones, en uno mercantil todo el pacto se reduce a una simple venta o permuta, sin mas condiciones que las esenciales a todo contrato. Razones son estas, sin duda, poderosas para establecer una excepcion en favor de los negocios mercantiles; pero a nuestra manera de ver, no deben confundirse en una sola excepción jeneral todos los negocios comerciales, como que hai en ellos muchos que por sus antecedentes i efectos tienen el mismo carácter de las otras convenciones civile. A la verdad, un contrato de seguro, de préstamo a la gruesa, de fletamento, compra de navios, etc., se prepara de antemano por las discusiones de los contratantes que convienen al fin sobre ciertas bases que sirven de fundamento a las condiciones que desarrollan los detalles del contrato; i convenciones de esta especie sobre dar todo el tiempo i facilidades necesarias para constituir la prueba mas segura, están destinadas a producir consecuencias tardias, que dejan a las partes la libertad que desean para celebrar el contrato con la rapidez o lentitud que les convenga. En nada, pues, perjudicaria ni a la celeridad i buena fé de las operaciones comerciales, si la lei desechase la prueba de testigos en contratos semejantes a los que acaban de mencionarse, i prueba de la verdad de este razonamiento la doctrina de todos los códigos comerciales que en el convenio de seguros, préstamo a la gruesa, sociedades mercantiles, etc. etc., han exigido la constitucion de escrituras públicas, yendo mas allá de las prescripciones del derecho. La excepcion podria recaer en aquellas convenciones comerciales diarias, por decirlo así, cuyos efectos son inmediatos i la manera de celebrarse uniforme casi siempre, sin complicadas condiciones, todas las cuales le seria sencillo a la lei determinar precisa i

detalladamente, estableciendo que en ellas se admitiría la prueba de testigos; i esta admision tendria menos peligro en este que en cualquiera otro caso; porque las transacciones mercantiles frecuentemente se efectúan delante de numerosos individuos, cuya situacion es una garantia para la veracidad del testimonio, interesados en la conservacion de la buena fé que preside el comercio, i por otra parte los testigos casi siempre se verian reforzados con la prueba escrita resultante de los libros de los contendientes.

44. Hemos desechado la prueba testimonial en materia de convenciones i establecido cinco excepciones a la regla que segun nuestra opinion deberia adoptar la lei, pero debemos observar que todos los contratos encierran mas o menos numerosas condiciones que se adhieren a ellos i les sirven de explicacion i complemento. Estas condiciones son esenciales segun miran a lo sustancial del contrato como la determinacion del precio, o accidentales cuando se refieren a ciertos detalles que no alteran el carácter del comercio, ni son integrantes en su existencia. ¿Qué género de prueba se exigiria para estas dos especies de condiciones? Si la condicion es esencial i tiene por consiguiente una fuerza decisiva en el contrato, exigiriamos la misma prueba que para las convenciones, o mas bien, la misma de la convencion particular a que pertenece la condicion que se litiga; porque no es presumible que los contratantes olviden lo que es tan principal en su contrato, i porque admitir los testigos en estos casos seria destruir completamente la regla de la exclusion. No así respecto de una condicion accidental, porque fácil es que esta se haya olvidado, o que los contratantes crean haberla incluido en una cláusula, cuya interpretacion aparece despues dudosa; en el primer caso existe una mui fuerte presuncion en contra del que arguye la existencia de la condicion, mientras en el segundo es natural i probable que las partes desquidassen la expresion detallada de lo que no era ni de gran importancia en el convenio principal, ni era tampoco de presumirse fuese a ponerse en cuestion. Pero las condiciones son sustanciales o accidentales, segun el contrato principal, i no puede establecerse una regla sino mui jeneral para calificarlas; porque son tan diferentes cuanto pueden serlo los objetos materias de contratos, i lo que se estimaria como sustancial en unos, se miraria como accidental en otros; por lo que el único medio de aplicar la denominacion a los casos prácticos que se ofrezcan, es el criterio del juez, el cual por la naturaleza particular de los contratos, los objetos sobre que versan i la importancia que en ellos tienen las condiciones que se litigan, determinará si estas son de considerarse como sustanciales o accidentales. Esto es por lo que respecta a la existencia de las condiciones; mas en cuanto a su interpretacion, esto es cuando se litiga el sentido que debe dárseles apareciendo dudoso, numerosos ejemplos habria en los que la prueba de testigos es aceptable segun los buenos principios de la jurisprudencia; porque la interpretacion de una condicion, o se resuelve segun el documento en que consta el contrato, o cuando este no da la luz suficiente, se probará por presunciones, testigos, que manifiesten como es de creerse que las partes contratantes tuvieron tal o cual intencion. I esto es natural; porque la intencion de las partes relativa al sentido en que debe tomarse una cláusula o condicion del contrato, se deduce de ciertos hechos de los que no puede haber constancia por escrito, hechos que muestran que ellas creyeron que la condicion litigada significaba esto o aquello, lo que no juzgaron indispensable espresar minuciosamente, porque cada una estimaba que las cláusulas, la naturaleza o espíritu del contrato resolvia la cuestion del modo como cada uno la interpretaba.

45. Pasemos a considerar los cuasi-contratos respecto de la prueba que analizamos; i definiendo estos, diremos que son *hechos honestos obligatorios en virtud de un consentimiento presumido*. Este consentimiento no es otorgado por ambas partes contratantes, sino por una sola que es obligada a las consecuencias que de él ema-

nan, i esta unilateralidad de los cuasi-contratos es lo que principalmente los distingue de los contratos perfectos; de manera que en este modo de obligarse las partes no concurren simultáneamente al acto de donde nace la accion, sino que solo una de ellas es la que verifica el hecho que forma la creencia i base de la obligacion. Los cuasi-contratos son tantos, cuantos pueden ser los hechos honestos obligatorios en fuerza de un consentimiento presumido por la equidad; pero el derecho se ha convenido en clasificar bajo esta denominacion ciertos actos determinados entre los que se enumeran como principales, la jestion de negocios, la paga de lo indebido, la administracion de la tutela o de una cosa comun, la aceptacion de la herencia etc.

46. ¿Será o no admisible la prueba de testigos en materia de cuasi contratos? A nuestra manera de ver no solo debe ser admisible, sino que esta admision se funda en el grave riesgo que habria de privar a los litigantes de la única prueba que les seria posible exhibir; porque en efecto si la obligacion es unilateral i nace de un hecho efectuado por solo una de las partes, hai una verdadera imposibilidad moral para formar otra prueba que la que la casualidad depare. En una jestion de negocios, por ejemplo, ¿qué otra prueba pudiera exijirse que la testimonial cuando se entablase accion contra el jector que habrá obrado ilegalmente?, ninguna a la verdad; porque el demandante ni pudo autorizar por escrito a su jector, porque ya pasaria a ser un mandato, ni constituir otra prueba porque la jestion se hizo aun sin su conocimiento. ¿I el jector de qué manera podria obligar a aquel en cuyos negocios ha jestionado?; solo por la manifestacion de los hechos apoyados en estas o aquellas pruebas, muchas veces en la testimonial; pero nunca por una escritura pública, a no ser por documentos de esta especie recaidos en las cosas sobre que se ha jestionado o por la venta de una casa, el arriendo de un fundo. Sucederia lo mismo en la administracion de una cosa comun, en la aceptacion tácita de la herencia, en la obligacion de los navieros i taberneros: en el primer caso la administracion de la cosa comun se probaria con los hechos, que manifiestan que Juan ha administrado lo que conjuntamente le pertenecia con Pedro i Diego; verdad es que esta administracion pudiera derivarse de un contrato celebrado por medio de una escritura, pero tambien frecuentemente aconteceria que encargado Juan de administrar, la única prueba que hubiese, serian los hechos por los cuales se deduciria que habiendo administrado, se encontraba obligado por el cuasi contrato de que hablamos. En el segundo caso la aceptacion tácita de la herencia es una obligacion que se presume por los hechos, que muestran como fulano o zutano ha ejecutado ciertos actos que inducen a creer que ha cedido la herencia i se sujeta a las consecuencias de esta adiccion, i aunque muchos de estos actos podrian probarse por escrito, otros habria que solo los testigos justifican. Contra los posaderos i navieros que cuasi contraen con sus huéspedes no seria dable presentar en la mayor parte de los casos otra prueba que la testimonial; porque ni es natural que los viajeros lleven una relacion autorizada de sus bagajes, ni que los navieros i posaderos formen un inventario prolijo de los efectos introducidos por los huéspedes.

No militan los mismos motivos respecto del cuasi contrato de la administracion de la tutela; porque sabido es que el tutor o curador no tanto derivan su autoridad i funciones del testamento en que se les ha nombrado o de la voluntad del menor que les designa para el cargo, quanto del acto judicial del discernimiento del cargo; por consiguiente, tratándose de hacer efectiva la obligacion del tutor o curador podria con facilidad presentarse ya el expediente en que corre el discernimiento, ya una copia autorizada de esta diligencia. Pero las cuestiones judiciales que pueden nacer del cuasi contrato de tutela, no se limitan a probar o negar la existencia del cuasi contrato; porque siendo esto un acto judicial se encontrará una prueba suficiente, los verdaderos i mas frecuentes litijios que ocurrirán en esta materia, versa-

rán sobre las consecuencias nacidas del cuasi contrato, esto es, sobre la fidelidad o infidelidad de las cuentas rendidas por el guardador, sobre la obligacion que le incumba de abonar esto o aquello, sobre que los bienes entregados no son de la misma calidad de los recibidos, sobre que no ha cuidado de ellos de la manera que le prescribe la lei. Cuestiones son estas que mui frecuentes en el foro i nacidas del cuasi contrato de que tratamos, será necesario admitir en ellas la prueba de testigos; porque, ¿cómo probar que las cosas de los pupilos que se encontraban en tal estado cuando el tutor se recibió del cargo, se han deteriorado por negligencia del tutor? ¿cómo probar esta negligencia sino es por actos que la manifiesten i actos que siendo pasajeros, unilaterales, exclusivos del tutor no pueden justificarse sino por medio de testigos?

47. Idénticas o semejantes razones serian de esperarse acerca del cuasi contrato de la paga de lo indebido, i por ellas nos inclinamos a creer que la prueba de testigos debe por regla general admitirse en materia de cuasi contratos, como siendo la única que en muchos casos será posible presentar a los litigantes. Recayendo los cuasi contratos sobre hechos acerca de los cuales no puede imputarse a negligencia de las partes el no haberse constituido una prueba anterior fehaciente, menester es que la lei provea a la necesidad de probar aceptando la que se ofrece; i como los hechos de que se trata son pasajeros e individuales, la que podrá ofrecerse será la testimonial, prueba circunstancial como dicen los expositores, formada al caso, constituida por la casualidad.

48. Empero a las ideas anteriores debe añadirse una limitacion, expresando los casos en los que en materia de cuasi contratos son de desecharse los testigos: porque su admision no se impone por una lei de necesidad o de conveniencia relativa a los litigantes, porque hai efectivamente diversos ejemplos en los que no argüiria el motivo que tenemos en consideracion para aceptar los testigos: asi se reconviene al tutor porque en el fundo del pupilo no aparece el ganado que tenia a la época de la entrega, o si un individuo demanda de otro lo que le pagó indebidamente, porque el documento en virtud del cual le cobró estaba cancelado, o en otros casos de esta naturaleza, las cuestiones podrian resolverse sin ocurrir a los testigos; porque hai otros medios mas fehacientes con que probar la obligacion. La lei dispone (siguiendo las consecuencias de lo que sentamos respecto de los contratos) que en toda convencion son inadmisibles los testigos, i lo mismo debe ser para la estincion de estas convenciones; i habiéndose otorgado una escritura cuando se prestó el dinero, natural es que el documento aparezca cancelado, i que para demandar al acreedor a quien se pagó por error, se emplee la misma prueba de que este se habria valido en contra del deudor. Del mismo modo en el ejemplo del tutor, habia una prueba escrita suficiente que haria constar las obligaciones emanadas del cuasi contrato de tutela; porque la lei exige a los tutores la formacion de un inventario de los bienes del pupilo, i el número de ganado en disputa constará de un documento que constituiria la verdadera prueba del caso propuesto. Al tenor de estos ejemplos ofrecieran varios en los que la lei usaria lejitimamente de la facultad de escluir los testigos en las causas que pueden resolverse con el apoyo de otras pruebas preconstituidas, i ejemplos que con mui cortas excepciones serian de comprenderse en una regla jeneral que abrazase la mayor parte de los casos que ocurriesen en la práctica. No se presenta inconveniente para que la lei adoptase el principio de que la prueba de testigos se admitiria en las causas que versasen sobre los cuasi contratos, salvo en los casos que el hecho o circunstancia sobre que se litiga debiese hacerse constar segun lo dispuesto por la misma lei con otra prueba distinta; porque de esta manera reconociéndose el carácter particular de los cuasi contratos con relacion a la prueba, se indicaban tambien aquellos casos que por apartarse de este carácter exijan una

A. 20 V.

diversa. Por otra parte, nada más fácil que determinar en cada caso dado si estaba comprendido en el principio jeneral de la admision del testimonio, o en la excepcion especial de aquellas causas que atendido su orijen debian probarse de otra manera, porque el juez tendria en los códigos una clave segura a que atenerse, i con estremada sencillez fijaria que tal o cual ejemplo siendo de esta o aquella especie, era uno de aquellos principios para los que la lei requeria una prueba escrita. Para este principio como para el consignado en los contratos, partimos del antecedente que los otros códigos en los diversos ramos de la legislacion civil, estatuyesen fija i determinadamente los actos, contratos, obligaciones i derechos sujetos a una fórmula escrita, porque las leyes de procedimientos no harán mas que corroborar lo establecido en aquellos, mas que aplicar prácticamente lo que dispusieron, mas que dirimir las cuestiones contenciosas con arreglo a las prescripciones existentes sobre la manera de formarse o perderse los derechos.

49. No solo de los contratos i cuasi contratos emanan derechos i obligaciones civiles que pueden controvertirse en juicio; mil i otras fuentes existen de las que nacen facultades para una parte, deberes i cargas para otra, o bien que confieren ciertos derechos a un individuo sin imponer obligaciones a otro. Las servidumbres, la prescripcion, los modos orijinarios i derivativos de adquirir la sucesion testamentaria i abintestato, son otros tantos fundamentos i orijenes de derechos que asi como se ejercitan, están sujetos a la discusion judicial i son materias de pleitos. Podemos clasificar en una misma linea las servidumbres, el uso, el usufructo o habitacion, como que con cortas diferencias se constituyen i pierden de los mismos modos, i aplicando a estas fuentes de derechos i obligaciones la cuestion de la admision o exclusion de la prueba de testigos, podemos decir, que segun los principios establecidos la aceptaremos o la desecharemos atendiendo a la variedad de casos que pueden presentarse. En efecto, las servidumbres, el uso, usufructo i habitacion pueden constituirse por contrato, últimas voluntades, juicio divisorio o uso, i en estas cuatro diversas maneras; tenemos tres que forman una prueba fehaciente, si el contrato, testamento i juicio se estienden como ordena la lei i como pensamos que deberia ordenar en los contratos. Constituida la servidumbre por contrato obedeceria a las mismas reglas que se observarían en toda convencion, i la prueba de testigos no se admitiria sino en los casos determinados como excepciones a la regla que se ha indicado arriba, si por testamento, la exhibicion de esta pieza o de la cláusula autorizada en que se establece la servidumbre, formaria una prueba competente que no habria menester de ser auxiliada por los testigos, si por un juicio, el expediente, la sentencia, serian los mejores justificativos del derecho que se pretende. Mas no sucede de la misma manera con el uso alegado como base orijinaria de la servidumbre; como fundamento del derecho que se persigue. El uso es un hecho que dependiendo del tiempo, de una causa absoluta, no está en la voluntad humana fijarlo en esta o aquella prueba, reforzarlo con estos u otros medios, que manifiesten su evidencia, sino que es necesario echar mano del primer recurso probatorio, del primer fundamento que sirva para averiguar si ha habido o no el uso que se requiere por el tiempo que exige la lei. Un individuo no puede formar una escritura sobre que está usando una servidumbre ajena; porque esto sobre ridículo i no servir de prueba como una declaracion en causa propia, seria mas que todo imposible, porque el derecho se funda en el hecho del uso, que como todo hecho accidental mas o ménos frecuente i al que no concurre mas que la misma persona que lo verifica, no encuentra otro justificativo de su constancia que los testigos, la declaracion de fulano o zutano que vieron muchas veces al dueño del fundo dominante pasar por los potreros del predio sirviente, formando una con el uso continuado e inmemorial la servidumbre de senda. Por otra parte, para que el uso sea un título constitutivo de una servidumbre, es menester que se apoye en la vista i pacien-

cia del dueño del predio dominante, hecho enteramente pasivo i cuya prueba como la del anterior no es posible consignar en un documento por la circunstancia de que el que ejecuta el hecho no está de ningun modo interesado en probarlo, i porque al prescribiente no le es lícito formar la prueba; pues esta adolecera del mismo defecto que señalamos en el trascurso del tiempo. Bajo el mismo punto de vista se presenta la pérdida de la servidumbre por el *no uso*, i por la *remision* tácita, la que como todo hecho que no es expreso, no se justifica sino por las conjeturas i circunstancias que inducen a creer que el dueño del predio dominante ha condonado la servidumbre al que la sufría. Mas no sucede lo mismo cuando la remision es expresa, porque entónces el derecho nace de un pacto, de un convenio, con todos los caracteres de tal, el que como todos estaria subordinado a la regla jeneral expuesta al principio.

- 50. De lo enunciado deducimos que las servidumbres, uso, usufructo i habitacion deben justificarse por regla jeneral por las pruebas que exige la lei en los casos no exceptuados o por las que se requieren para el hecho o acto de donde se derivan como el testamento, contrato; con la excepcion de cuando se constituyen o pierden por el uso o remision, porque entónces existen razones especiales fundadas en la naturaleza particular de estos hechos que solo por medio de testigos pueden probarse. Sobre el *uso* tambien se funda la *prescripcion* que no es otra cosa que el lapso de tiempo que concurriendo las circunstancias de buena fé, justo titulo, posesion continuada, confiere ciertos derechos sobre una cosa; por consiguiente en el hecho de la prescripcion no pueden determinarse ni fijarse otros puntos notables que su principio i su fin, esto es, cuando el derecho se inició i comenzó a formarse, i cuando corrido el tiempo se hace efectivo i sirve para rechazar en juicio al que alega mejor derecho que el que asiste al prescribiente. Ahora bien; estos puntos notables como que nacen de la casualidad no presentan otro medio de probarse que los testigos, una prueba casual; i el único documento existente es la voz de los hombres, ante quienes por acaso se desarrolló ese hecho. La prescripcion no es un acto humano sino un accidente del tiempo; no depende del hombre, porque él no verificó el hecho que le confiere sus derechos, sino que fué el trascurso de los años que encontrando a un individuo gozando de un fundo, por ejemplo, con buena fé, justo titulo i posesion, le hizo dueño por fin de este fundo sin que él tratase de justificar el tiempo en que principió o concluyó. ¿Quién seria aquel que al comenzar a prescribir se marchase donde un escribano i le dijese «estiéndame una escritura en la que conste que hoy he entrado en posesion de la casa de fulano, que aunque tengo buen titulo sobre ella para precaverme i adquirirla tambien por prescripcion necesito que haya constancia de esto?» Nadie; porque equivaldria a destruir el mismo derecho que trata de formarse, a viciarlo en su orijen, a violar las disposiciones de la lei en materia de prescripciones. Sin embargo, necesario se hace distinguir diversos aspectos en que se ofrece la prescripcion; porque hai en ella no solo el tiempo sino las otras circunstancias legales cuya concurrencia es indispensable para que se constituya el derecho i circunstancias que no se encuentran en el mismo lugar de la que acabamos de exponer. Las causas sobre prescripcion versarán (prescindiendo del tiempo) sobre el justo titulo, buena fé i posesion continuada, i estas tres cualidades no tienen los mismos caracteres; asi el justo titulo, esto es, el titulo traslativo de dominio, se deriva naturalmente de los modos de adquirir el dominio, esto es, los contratos, testamentos, juicios, donaciones, etc. etc., o un titulo *pro suo* como la ocupacion, i como en estos modos la mayor parte se constituyen por escrito, es natural que la prueba sobre el justo titulo no sea otra que la misma exhibicion del titulo arreglado a lo dispuesto por la lei en cuanto a su formacion. De aqui una regla por la que excluiriamos la prueba de testigos en la justificacion del titulo para probar la prescripcion,

excepto cuando este se derivase de un hecho personal o casual como la accesion, el hallazgo, la ocupacion, tanto; porque la lei no prescribira para estos hechos otra prueba que la testimonial, cuanto porque no podria hacerlo, como que la casualidad o una operacion individual i aislada son las fuentes de donde nace el dominio en este último caso. La buena fé consiste en la creencia de que aquel que nos trasmitió el título era su lejítimo poseedor, creencia que se deduce de actos esteriore practica-dos, ya por el prescribiente, ya por el que le trasmitió el título, i que manifiesta como el primero creyó haber en el segundo un verdadero derecho, o como el segundo obraba considerándose tal. Juan, por ejemplo, me donó su hacienda, i cuando la poseo mas de diez años se presenta un tercero reclamándola a título de dominio, i arguyendo la mala fé con que yo he comenzado la prescripcion: mi prueba se reducirá a justificar que el donante obraba i era considerado como el verdadero dueño, i que yo al aceptar la donacion lo hice porque los actos tales i cuales me indujeron a afirmarme en la persuasion del buen derecho con que contaba mi antecesor, mientras mi contendiente tratará de producir hechos por los cuales se manifieste que ni era presumible que se creyese a Juan un lejítimo poseedor, ni yo le tenia ni podía tenerle por tal. Una prueba de esta naturaleza debe necesariamente verificarse con testigos, los únicos que vieron o presenciaron los hechos que abonan mi derecho o el de mi contrario; porque tales hechos se han efectuado tal o cual vez, al caso, sin intencion premeditada de las partes, porque si la tuvieran i al ejecutarlos se tuviese el pensamiento de dejarlos probados para hacerlos justificar en juicio, se destruiria el requisito de la buena fé que es el que se busca. La posesion continuada es tambien uno de esos hechos cuya prueba es circunstancial, como que es un acontecimiento que no se verifica en un término dado, sino que se muestra por una muchedumbre de actos esteriore, personales, por una continuacion del mismo hecho al que no se puede fijar otro justificativo que el de la observacion i testimonio humano: hecho unilaterial, por otra parte, i en el que quien lo verifica no es racional que se lleve pensando como justificar cada paso que indica que está poseyendo, i su posesion constituyendo poco a poco uno de los requisitos exigidos en la prescripcion. I este mismo carácter distingue a todos los juicios que recaen sobre alguna materia relativa a la posesion como los *interdictos*, *accion de despojo*, juicios que se refieren al hecho de haber poseido i ser turbado, interrumpido o despojado de la posesion, que encierran, o ya ese suceso continuo de poseer cuya existencia no se prueba en un tiempo dado, sino en un periodo mas o ménos largo, i no se determina por hechos notables, fijos, sino por incidentes que no se perciben, que se unen de dia en dia i manifiestan al cabo de pasado cierto tiempo que ha habido posesion; o ya esos acontecimientos imprevistos, extraordinarios del despojo o turbacion de la posesion; que por su misma imprevision, porque se ignora como i cuando sucederán, no permiten al demandante, mas que formar una prueba imprevista, casual e imprevista tambien.

Con lo que se acaba de exponer tenemos ya otros varios ejemplos en los que debe admitirse la prueba de testigos, ejemplos en cuya enunciacion nos hemos ceñido a los principios sentados anteriormente, i que son la base fundamental de todas nuestras deducciones.

51. ¿Serán o no admisibles los testigos en las causas sobre testamentos? Debemos distinguir mui diversos casos relacionados a esta materia, i en los que no pueden ser idénticas las reglas siendo diversos los caracteres de los ejemplos. El testamento es nuncupativo o cerrado, i en ambos casos requiere ciertas solemnidades esteriore, cuya falta produce nulidad viciando el testamento, i en ambos se necesitan tambien ciertas solemnidades que el derecho llama internas, las cuales se fundan en el testador o en las instituciones del testamento; pues al paso que la primera debe tener

La capacidad i facultad de testar, deben tambien los instituidos tener los requisitos de idoneidad requeridos por la lei. Sentaremos primeramente que las solemnidades exteriores de un testamento cerrado no pueden probarse por testigos, ni su omision justificarse de otra manera que por la exhibicion del mismo documento; si Juan dice que el testamento que presenta es válido, por cuanto si aparecen en él seis testigos es porque fulano testigo no firmó por olvido u otra circunstancia que ofrece probar con personas abonadas, con la declaracion de los mismos que concurrían al acto, tal prueba no sería admisible; porque su aceptacion importaria destruir las prescripciones de la lei en materia de solemnidades exteriores de los testamentos, pero si se arguye la validez del testamento porque uno que aparece como testigo habrá muerto cuando se otorgó, o porque uno de los testigos era loco, tales hechos deberían probarse por medio de testigos. Del mismo modo en el testamento abierto sería de aceptarse o desecharse la prueba de testigos segun la diversidad de casos, esto es, segun la naturaleza de los hechos que se pretendiesen probar. Hariamos una indicacion respecto de la manera de hacer constar el testamento nuncupativo, que segun nuestras leyes es suficiente la exhibicion del testimonio de los testigos presenciales para protocolizar el instrumento i darle todo el valor de una escritura testamentaria. Esta disposicion presenta inconvenientes manifiestos, embarazos palpables en la prueba, i tanto más de temerse cuanto que recae sobre materia tan delicada i de tan frecuente disputa: solo en casos muy estremados debería permitirse una manera tan poco solemne de testar, i aun entónces rodeada de todas las precauciones necesarias para evitar el acceso de testigos falsos que se dicen presenciales, admitiéndose la declaracion de los testigos como constancia del testamento únicamente en circunstancias escepcionales, cuando fuese imposible al testador manifestar su voluntad de otra manera. Ademas debería exijirse al que pretendiese la validez de un testamento que solo consta por declaraciones, que comprobase de un modo fehaciente las causas que prohibieron al testador testar de otra manera, los antecedentes, los fundamentos de las instituciones i sin estos justificativos anteriores rechazariamos los testigos en la prueba del hecho principal.

52. Las solemnidades internas como hemos dicho se refieren a la idoneidad del instituyente i capacidad del instituido segun que en ellos concurren los requisitos que exijidos por la lei los constituyen hábiles al uno para disponer de sus bienes i al otro para disfrutar de esta disposicion. Los vicios de la institucion son relativos a ciertas cualidades que imposibilitan al individuo para testar i se manifiestan por actos exteriores como la locura, o bien a circunstancias que verificadas, colocan a una persona en la inhabilidad de testar de esta o aquella manera, como la supernacencia de un heredero forzoso. Un pariente, un interesado demandan nulidad de cierto testamento alegando que fulano testador estaba fuera de su sano juicio i por consiguiente inhábil para testar, ¿qué prueba alegará en favor de su demanda? la locura del testador se ha manifestado, por ejemplo, por haber este salido a la calle i golpeado a los transeuntes, por haber estado delirando durante toda la enfermedad que le causó la muerte. ¿Cómo justificar estos hechos parciales que manifiestan la existencia del hecho principal de la locura que se alega?, de ninguna otra manera que por testigos, como que estos son los únicos que pueden dar cuenta de aquellos actos de los cuales se deduce que el testador no se encontraba en su sano juicio: no hai en el caso presente otra prueba posible. La supernacencia de un heredero forzoso, la minoridad del testador que le incapacita para las funciones testamentarias, u otros requisitos de esta especie, pudieran plenamente probarse en juicio sin necesidad de apelar a los testigos; pero la incapacidad mental, la coaccion inflijida a un testador en virtud de la que dispone de sus bienes talvez como no quiere i otros de esta especie no dejan otro rastro, otra prueba que la voz de los testigos delante de los cuales se pro-

dujeron los hechos. Fácil, pues, sería a la lei distinguir estos diversos casos según sus caractéres i clasificarlos de una manera determinada, espresando que en estos se admitian los testigos, porque no existia otro medio de hacerlos constar, mientras en otros se desechaban; porque habia pruebas mas seguras que dirijian la investigacion judicial. Lo mismo sucederia respecto de las cualidades que concurren en un individuo incapacitándolo para recibir la herencia en que se le ha instituido; pues casos habrá en que esta incapacidad sea justificable solo por testigos, al paso que se ofrecerán otros muchos en que sea posible probarla por medio de otros recursos probatorios: si un hermano entabla accion contra el testamento otorgado por su hermano, por cuanto en él ha instituido una persona de condicion deshonrosa en perjuicio del demandante, necesario le será a éste aducir el testimonio en su favor; mientras si la nulidad del testamento se deduce de ciertos derechos que corresponden como heredero forzoso del testador por razon del parentezco, la cuestion está reducida entónces a una prueba de filiacion en la que no habria para que hacer intervenir los testigos.

53. De lo que acabamos de manifestar se deduce que en las causas sobre testamentos, ya rueden sobre las solemnidades internas, ora sobre las esternas, se ofrecen varios casos que deben distinguirse, entre los cuales unos han menester los testigos en su discusion judicial, al paso que en otros no existe la necesidad de admitir el testimonio, i es por consiguiente mas conveniente excluirlo. I estos diferentes casos están de antemano determinados por sí mismos, de manera que la lei no tiene otra incumbencia que la de clasificarlos, pudiendo con este fin adoptar la regla siguiente: o existia o no existia ántes una prueba de lo que se intenta justificar, esto es, o el hecho que se alega es casual i aislado i accidental como la demencia, o la coaccion, o es de aquellos que existen en virtud de otras causas como la minoridad, la imposibilidad de testar en favor de un estraño viviendo herederos legitimos; en el primer caso los testigos deberán admitirse, mientras en el segundo desecharse,

54. A los casos anteriores añadiremos otros ejemplos apoyados con corta diferencia en los fundamentos espresados ántes: las causas sobre *perjuicios, ocupacion i accesion*, se encuentran en el lugar de las que preceden, i militan respecto de ellas poderosos argumentos en favor de la admision de la prueba testimonial, aceptable por regla jeneral en las causas de esta especie. El autor de los perjuicios es el demandado, el autor de los hechos en cuestion, i no solo el único que pudo formar la prueba de ellos, sino tambien interesado en ocultar la que habria podido formarse como que directamente le perjudica; i por consiguiente no solo los medios probatorios estuvieron fuera del poder de aquel a quien toca el *onus probandi*, como que fueron ejecutados por otro, sino tambien que hai una presuncion bien sólida de que este último se habrá empeñado en hacer desaparecer los arbitrios para justificar lo sucedido. Fuerza es, pues, admitirle los testigos al que se pretende perjudicado. La ocupacion se halla en idénticas circunstancias, aunque por distinto sentido; en ella el hecho es unilateral tambien, i ya sea que el ocupante sea el demandado, ya que otro lo demande alegando el mismo titulo, en ambos casos no es posible la prueba preconstituida; porque si el ocupante es quien demanda, la presentacion de una prueba escrita (suponiendo la posibilidad de hacerlo) orijinaría una justa sospecha de mala fé; i mas que sospecha una contradiccion a la máxima de que nadie puede ser testigo en causa propia, i aun cuando la accion del demandante se rechazase con el argumento del dominio, tal dominio no podria justificarse casi nunca sino por medio de testigos; porque seria dominio sobre objetos muebles o semoventes, i la propiedad de estos objetos en rarísimos, por no decir en ningun caso constará por escritura. El hecho de la ocupacion es no solo unilateral i personal, sino tambien casual e imprevista las mas veces; soplóngase el *hallazgo, la caza, la pesca, la captura béli-*

ca. Analizando los diferentes ejemplos que se ofrecen en estas materias de tan poca aplicacion en el foro, se verá como en ellos, que el suceso orijinario del derecho que se litiga es hijo de la casualidad que muchas veces dejará a ambas partes sin prueba suficiente decidiendo la posesion la controversia que se suscite.

55. Igual carácter tienen las causas que se orijen en de la *accesion*, pues o ya estas recaen sobre objetos de muy poco valor como en casi todos los casos de confusion, especificacion, etc., o ya nacen de hechos independientes de la voluntad humana como el incremento de un campo por el *aluvion*; i ademas la mayor parte de los casos que pudieran ocurrirse en la práctica se derivarian de hechos ejecutados por el demandado, de manera que el demandante a quien incumbe el *onus probandi* no pudo formar la prueba que abonaria su derecho. Tal sucederia en los raros ejemplos que se presentasen de *especificacion, comixtion, confusion, escritura* o *plantacion* o *plantacion* o *edificacion*, los que segun su naturaleza seguirian las indicaciones que hemos hecho en los varios ejemplos que hemos espuesto anteriormente.

56. Otro género de causas mas frecuente en el foro que las que acabamos de indicar, son los juicios sobre filiacion natural demasiado comunes entre nosotros por desgracia, juicios orijinados de un hecho inmoral i cuyas consecuencias tratan de ocultarse siempre. Las causas sobre filiacion natural podrian compararse en muchos puntos a los juicios criminales, ya por la ocultacion de las circunstancias que justifican la accion, ya por la naturaleza de los hechos que se quiere comprobar. El seductor se rodea del silencio, del misterio, para abusar de la inocencia de una mujer, la que las mas veces jamas piensa que tendrá que arrancar por una sentencia contra el padre el alimento del hijo, o que privada de otro recurso tiene que publicar su deshonra i buscar los testigos de su debilidad, para obtener de los tribunales, ya que no de la piedad de su engañador, la justicia que se debe al fruto inocente de una falta ajena. En casos de esta naturaleza la prueba es en extremo difícil, i la de testigos es la única capaz de dar en ellos la certidumbre legal; porque hai en efecto un hecho que se oculta por una parte como vergonzoso, por la otra como de desagradables consecuencias, por ambas como contrario a la moral i hecho por consiguiente que no admite prueba anterior por su propio carácter. Escusamos razones sobre la admision de la prueba testimonial en estos juicios, porque basta enunciarlos para conocer que en ellos la exclusion de esa prueba, condenaria al demandante a nunca conseguir su derecho i a la justicia social a que jamas biciese sentir su accion en donde es tan necesaria.

57. Llegamos a las causas criminales en las que puede sentarse como axioma que en ningun caso es posible evitar la prueba de testigos. Todo delito supone un hecho meditado i quizá previsto, o un hecho imprevisto i casual; pero siempre en uno i otro caso un hecho que la persona que lo comete procura ocultarlo a los ojos de todos, i del que se empeña en no dejar ningun rastro que debate su criminalidad. Si lo medita i prevé, tiene conciencia que su accion es un quebrantamiento de la lei, cuyo castigo se empeñará en eludir temeroso de una retorsion que conoce; i si imprevisto, sobre no suponerse que haya olvidado que ejecuta un acto prohibido, es un acontecimiento casual, momentáneo, rápido muchas veces, como una puñalada, o el acto de tomar una bolsa de dinero. El criminal busca las tinieblas, la incauta confianza de su victima, huye la visera de los hombres, huye la prueba. Cuantos argumentos, cuántas razones se aleguen por la admision de la prueba testimonial en algunos casos, otros tantos i mas fuertes; mas inevitables obran en las causas criminales: si estos no fueren suficientes, bastarian ese reconocimiento universal, ese tributo rendido por todas las legislaciones, que en vano se empeñarian en buscar otra prueba; porque no hai otra alguna ni en el poder humano, ni en las leyes físicas i mora-

les invariables que gobiernan el universo. La sociedad o el ofendido necesitan probar el delito cometido; mas ¿cómo conseguirlo? ¿Por la confesion? pero el reo pocas veces confiesa, i si la lei no tuviese otra prueba que esta, seria de asegurar que la mayor parte de los delitos quedarian impunes. ¿Por las presunciones? estas no son una prueba sino principio, fundamento de prueba, que nunca puede arrojar la certidumbre que se busca. ¿Por las escrituras? las públicas no son posibles, las privadas no son suficientes. No hai otro medio, no hai otra prueba que los testigos, los testigos con todos sus defectos, con todos sus inconveniencias, los testigos impuestos por una necesidad inevitable; por un motivo de conveniencia pública, por la seguridad social que necesita hacer efectivas las sanciones de la lei, por la privada que pide la indemnizacion de un daño o el justo castigo de un delito que le ha turbado en el goce de sus derechos.

58. Hasta ahora hemos considerado la primera parte del tema propuesto, estableciendo mas bien que principios, ejemplos sacados de algunas fuentes de derechos i obligaciones, sentando una base que de induccion en induccion nos conduzca a una idea mas jeneral i comprensiva, que abrace la mayor parte de los casos, i pueda sentarse como regla dominante en la materia. Con los ejemplos ofrecidos hasta aqui, si no hemos creido hacer un análisis completo de todos i cada uno de los jéneros de causas en que se debe admitirse la prueba de testigos, por lo ménos hemos procurado que en los diferentes casos presentados se vean los principios fundamentales que en nuestra opinion gobiernan el asunto. Para completar las ideas espuestas, pasamos a reasumir lijeramente estos principios.

59. Dijimos anteriormente que la lei deberia consignar la disposicion de no admitir la prueba de testigos, sino en ciertos casos determinados de antemano; mas para una disposicion de esta naturaleza se requieren ciertos principios jenerales que la justifiquen, ciertas reglas anteriores que le sirvan de base; i pasando a esponer las que juzgamos mas interesantes, las enunciaremos de la manera siguiente: 1.ª cuando a las partes no sea posible presentar otra prueba; 2.ª cuando esta rueda sobre hechos que no dependieron de su voluntad; 3.ª cuando la obligacion se constituyó por uno solo; 4.ª cuando el que ejecutó el hecho está interesado en ocultarlo.

60. 4.ª La lei puede ordenar obrando en su esfera de accion, que los hechos que se discutan en juicio se prueben de una manera determinada; mas debe al propio tiempo velar sobre la seguridad de los derechos de los ciudadanos, de manera que ventilados estos contenciosamente, se averiguen i hagan constar de modo que las obligaciones i derechos que se discuten sean susceptibles de comprenderse i establecerse en la sentencia del juez. Examinando cierta clase de hechos, cierto jénero de causas, el legislador divisa que en ellos convendria establecer una prohibicion alejando los testigos, ya sea porque la prueba sea mas fácil i concluyente; de otra manera, ya porque los peligros de la testimonial aconsejan su exclusion, mayormente cuando hai otros medios con que sustituirla ventajosamente; mas sea que los riesgos de la una, o que la conveniencia de la otra inclinen a la lei a desechar los testigos, debe reconocer que hai algunos casos nacidos de accidentes imprevistos en los que la parte se encuentra imposibilitada de rendir la prueba requerida por la lei. Ante tal imposibilidad sea fisica o moral, debe el legislador acordar una excepcion tanto mas racional, cuanto que milita una presuncion a favor del que la solicita, pues él formó la prueba que de su obligacion se le exijia, no presentándola, porque un suceso fortuito e involuntario se lo prohibe, i es mui justa máxima de derecho que nadie es responsable por las consecuencias de un acontecimiento de esta especie. Véase el ejemplo arriba indicado de la pérdida o incendio del protocolo en que se anotan las escrituras, sin tener las partes una copia autorizada del documento otorgado, i dígnase si en este o en otros ejemplos semejantes no hai una razon de justicia social i de conve-

niencia privada para admitir los testigos? Ni a la lei, ni al legislador le es licito privar a un ciudadano de un derecho debidamente constituido, i en el que a mayor abundamiento este ha cumplido con todos los requisitos que se le exigen. Pero se diria talvez que la excepcion que establecemos trae muchos de los inconvenientes que nos proponemos evitar; porque para justificar la imposibilidad de presentar la prueba pedida, seria necesario introducir una nueva prueba con los inconvenientes de todas, i prueba testimonial que es lo que deseamos huir; la objeccion es verdadera pero inevitable, i entre un dilema de esta naturaleza aceptamos el partido mas justo, el que nos conduce a no dejar improbados los derechos de un individuo a quien motivos independientes de su voluntad, le pusieron en el caso de solicitar una excepcion de la regla jeneral. Por otra parte un obstáculo de esta naturaleza tendria mui pocas ocasiones de espermentarse en la práctica, porque serian mui reducidos los casos en que no se exhibiese la prueba por haberse esta perdido, como que sucesos de esta especie son de suyo estraordinarios, i por consiguiente mui poco frecuentes los ejemplos en que se hiciese preciso acordar esta relajacion de la regla.

61. 2.^a La excepcion anterior nace no de la naturaleza de las causas porque no se atiende a su carácter para deducirla sino a un motivo de justicia que tiene relacion con todo jénero de litijios; no asi la regla que indicamos en segundo lugar, la cual se funda en el modo peculiar de formar ciertas obligaciones i en la especialidad de los hechos de que se derivan las obligaciones o derechos litigados. Hai en efecto muchos hechos que no están sujetos al poder humano; porque dependen de accidentes fortuitos, de circunstancias imprevistas o de ciertas leyes de la naturaleza variables e indeterminadas en sus consecuencias, o bien que son casuales, sin antecedente ninguno, que pasan sin dejar otra señal de su verificacion que los resultados que produjeron; i en tales hechos como que no hubo una premisa determinada, una base segura en que apoyar la formacion de una prueba es necesario recibir aquella que la casualidad haya dejado. El tiempo que abona la prescripcion, el hecho de la posesion, son ejemplos palpables de esta observacion, pues en ellos el prescribiente o poseedor están naturalmente interesados en la probanza, i sin embargo se encuentran en una posicion que les prohíbe preparar de antemano sus medios probatorios; porque estos o adolecerian de un principio de mala fé que los vicia, o los interesados ignoran cuando se están verificando los hechos que refuerzan su derecho. Es una regla jeneral que nadie es responsable de lo que no ejecuta, i en materia de prueba tiene esta máxima una directa aplicacion, porque si yo no he verificado ni preparado un hecho, si talvez ni aun tengo conocimiento de él, mal puedo justificar su existencia por medios propios que yo confeccione, debiendo valerme de aquellos que se me ofrecen. De esta consideracion se derivaria el principio de la lei que aceptase la prueba de testigos en las causas que versasen sobre hechos, cuya ejecucion no hubiese dependido de la voluntad o poder del que intenta probarlos; i no se diga que la regla es metafisica, porque si descendemos a mirarla en los casos prácticos, pocos serán los ejemplos que la contradigan, i en asuntos como el que tratamos no es de esperarse aquella perfeccion que aleje todo caso excepcional. Ni tampoco que la lei debiese consignar el principio como la única clave que tendria el juez para determinar en cada caso si era de los comprendidos en la regla; porque los hechos que se cuestionan dependieron o no de la voluntad del que quiere probarlos, sino que la regla enunciada es como el apoyo, como el principio filosofico que servirá al legislador para fijar detalladamente las causas en que sea admisible el testimonio; pues no tratamos de determinar prolijamente cada caso o hecho que pueda ser asunto de pleito, sino de indicar las ideas que deducidas de la naturaleza de las cosas, forman el punto de partida para la determinacion particular de cada jénero de causas que debe hacerse en los códigos.

62. 3.^a Entre las obligaciones i derechos hai muchos en cuyo principio figura un

solo individuo, sea porque este solo es el obligado, sea porque uno solo es el que ha constituido la obligacion: en una gestion de negocios el gestor únicamente forma la obligacion que viene a corroborarse despues por el consentimiento presumido de aquel cuyos negocios ha gestionado: en una ocupacion solo el ocupante ha formado la prueba de su derecho, i en ambos casos como en otros muy frecuentes, divisamos un hecho unilateral constituido por una sola persona, i no solo esta sino por la persona favorecida. De aqui, pues, la aplicacion del axioma «que una prueba formada por el mismo a quien favorece no tiene valor en juicio», máxima nacida de la racional sospecha contra el que trata de reforzar su interes por los medios de su propia confeccion: un ocupante, el que encuentra un tesoro bien podria llamar un escribano para que certificase su derecho, pero tal certificacion léjos de fé induciria una fuerte presuncion en contra del que la presenta; en casos de esta naturaleza no solo es la prueba circunstancial la única posible, sino tambien la mejor prueba, la ménos sospechosa a diferencia de lo que acontece en la jeneralidad de las causas. Mayor es aun la necesidad cuando la obligacion se ha constituido por aquel contra quien se sigue el juicio; porque entónces el demandante ni supo talvez cuando se formó la obligacion que le dá un derecho, i no pudo por consiguiente preparar una prueba: un individuo se presenta contra otro que ha gestionado en sus negocios durante su ausencia, pidiendo el abono de los perjuicios orijinado por el mal manejo del gestor i la prestacion de la culpa que previene la lei; i tanto para justificar los perjuicios como para patentizar el dolo o negligencia orijen de la culpa, es menester ocurrir a los testigos. Nada mas fácil de concebir como en una estipulacion, en un contrato cualquiera en que ambas partes han concurrido deliberadamente a formar la obligacion, puede imponérseles que la hagan constar del modo mas fehaciente posible; porque ambas están interesadas en su conservacion, ambas en procurar los medios que la aseguren, ambas han consentido, concurrido al acto, la obligacion es bilateral, i lo que prueba el derecho de una parte, manifiesta la obligacion de la otra. I de la misma consideracion se deriva la dificultad de imponer idéntico gravámen en las causas que versen sobre hechos unilaterales; porque el derecho o se formó por el mismo que lo pretende probar, i entonces la prueba preconstituida es maliciosa, o se derivó de circunstancias casuales, imprevistas o fuera de su voluntad, i entónces está en la imposibilidad de formar otra prueba que la circunstancial, i siguiendo el dilema—o la obligacion se constituyó por el obligado, i entonces no le importa probarlo i hasta le interesa que quede improbado i el demandante tendrá que valerse de los testigos, o se formó por el demandante imponiéndosela a otro, i en este caso la prueba adolecera de la misma sospecha de mala fé que acabamos de indicar en otros.

63. 4.ª Nadie ignora que entre los hechos llegados a juicio, existen multiplicados ejemplos en que la parte que los ha verificado está directamente interesada en su ocultacion i en que no quede el mas pequeño rastro que manifieste lo acontecido. La formacion de la prueba en estos casos es tanto mas difícil, cuanto que no solo los hechos son unilaterales, sino que hai una intencion premeditada de destruir la prueba, un conato reflexivo de burlar la accion de la justicia, estraviándola en sus pesquisas, i natural es que la lei en estos casos trate de proveer mas que en otros a la necesidad de la probanza, dando a la justicia o al perjudicado los medios mas conducentes al descubrimiento de lo que se averigua. Por eso es que en los juicios criminales representan un papel bien interesante ciertas pruebas, que en los civiles no gozan de crédito alguno: la necesidad de defender a la sociedad contra la repeticion de iguales actos, la dificultad de probarlos, el ejemplo provechoso que están destinados a ejercer estos juicios, la utilidad de los medios preventivos i otras mil causas, autorizan al lejislador para recibir en estas materias no solo la prueba de testigos,

sino aun aquellas que como los indicios no merecen el nombre de pruebas. Los códigos todos han reconocido la verdad de estas reflexiones, i aunque algunos han restringido o ampliado mas los limites de la admision, ni lejislar ni lejislacon ninguna los ha puesto jamas en duda.

64. Otras dos reglas u otros dos principios añadiremos a los cuatro sentados juzgando que deben admitirse los testigos cuando las partes estuvieron en la absoluta imposibilidad de formar otra prueba, i cuando una razon de conveniencia particular reclama esta excepcion; sin poner en compromiso la justificacion de los hechos. Estos dos principios, lo reconocemos, tienen sus peligros, sus abusos no difciles de cometerse i servir de pretexto a relajaciones perjudiciales; pero por eso es que en las aplicaciones prácticas debe con ellos observarse el mas escrupuloso cuidado: asi no cualquier inconveniente deberia admitirse como disculpa para presentar testigos, sino inconvenientes de aquellos que colocan a las partes en la absoluta imposibilidad de formar la prueba como en el depósito miserable. De otra manera se echarian por tierra las prescripciones de la lei en punto a las exclusiones de la prueba testimonial; pero tambien era preciso que si se admitia esta regla se dejase al juicio del juez la calificacion de las circunstancias que imposibilitaron a un individuo para presentar la prueba exigida, i aunque tal providencia podria parecer contradictoria con el axioma jeneral, de que debe dejarse al criterio del hombre lo ménos que se pueda, los riesgos que son de temerse se desvanecerian con mucho considerando la mui poca frecuencia de los casos de esta especie.

65. Respecto del segundo principio, hemos indicado un ejemplo en las causas que versan sobre convenciones de poca monta, encontrando que en estas como en ciertas causas mercantiles, hai razones poderosas de conveniencia social que justifican una excepcion a la regla bajo la cual deberian comprenderse estos casos. Por punto jeneral i reasumiendo lo que llevamos espuesto, diremos que a nuestra manera de ver, el principal principio en cuanto a la admision de los testigos, la idea dominante que debe presidir las disposiciones de un código en esta materia es la de la necesidad, la imposibilidad de hacer constar los hechos de otro modo, las dificultades de la prueba i la exigencia de proveer a la justificacion de los derechos. Sin duda que no habria mejor lejislacon de procedimientos, que aquella que inventase espedientes eficaces que desterrasen para siempre i completamente la prueba de testigos; pero tal lejislacon no cabe en la posibilidad humana, porque no cabe tampoco en la naturaleza i carácter particular de muchos hechos. Hai un principio de necesidad inevitable que no puede eludirse por medio alguno de los hasta aqui inventados, i contra el que es de presumir no se inventarán mejores que condena a la lei a recibir los testigos mal que pese a los fines del enjuiciamiento, mal que contradiga el objeto de la justicia, mal que luche con el interes privado i la seguridad pública; empero en cada caso que esta necesidad desaparezca, no debe la lei desperdiciar la ocasion de sustituir el testimonio con otros arbitrios probatorios de mejor condicion, i siempre que la carencia de otra prueba o la precision de justificar lo que se pretende no obste a la prohibicion, un código de procedimientos debe establecerla con la seguridad de que haciéndolo, quitará muchos recursos al fraude i dará una base mas segura a la administracion de los juicios.

Reglas a que debe sujetarse.

66. Al principio manifestamos que una de las gravisimas dificultades que consigo trae la prueba testimonial es su administracion o aplicacion en la práctica. Prueba esencialmente peligrosa, que varia en cada ejemplo que de ella se ofrece i se presenta, ya con el riesgo del cohecho, ya con el de la ignorancia, ora con el de una reti-

nencia maliciosa, ora con el de una ocultacion involuntaria, incompleta en el hecho que trata de averiguarse, recargada otras veces de circunstancias que no atañen al asunto, contradictoria en la declaracion de un mismo testigo i mas naturalmente en las de varios, engorrosa para el juez i las partes, preciso es que sea dificil en extremo arbitrar las reglas a que su administracion deba sujetarse. I en efecto, estas reglas no pueden ser mas que las garantias ofrecidas por la lei de que en los casos en que el testimonio se admite, rendirá la verdad probatoria que en él se busca; o en otros términos, las réstricciones con que se rodea a la prueba testimonial para obtener de ella los resultados veridicos que se desean.

67. Las reglas que organizen la prueba de testigos, deben todas conspirar hácia un fin único que resume los diferentes objetos que el legislador propone: a que el testimonio sea *verdadero i perfecto*, o como dice Eenthan, *exacto i completo*. Verdad o exactitud es la conformidad del hecho sucedido con la narracion del testigo, i perfeccion o complemento del testimonio, consiste en que este encierre todas las circunstancias interesantes en el asunto, i de las que pueda deducirse alguna conclusion probatoria.

68. Un testigo falta a la exactitud cuando al trasmitir al juez el hecho sobre el cual se pide su deposicion, lo cuenta de una manera diversa a la verdadera, sea porque una mala intencion le impulsa a engañar al majistrado, sea porque una equivocacion involuntaria le arrasta a hacer una narracion inexacta; por consiguiente, la desconformidad de la declaracion con el hecho sucedido, puede derivarse de un dolo premeditado o de una imposibilidad inculpable en el deponente; i la inexactitud puede ser total o parcial, segun la declaracion sea completamente falsa o solo en algunas circunstancias del hecho. Diversos son los motivos influyentes en el ánimo de un testigo para faltar fraudulentamente a la verdad; porque estos nacen o de una relacion de antipatia con uno de los litigantes como la enemistad, o de una de simpatia con otro como el parentezco, o bien de una causa de conveniencia propia sin consideracion a la parte contra quien depone, como el cohecho. Pocos o casi ningun ejemplo pudiera presentarse que no estuviese comprendido en alguno de estos tres motivos; porque una declaracion dolosa casi nunca provendrá del miserable placer de faltar a la verdad, o de perjudicar a un individuo, contra el que no se tiene prevencion ninguna; i si los códigos han prohibido testificar a ciertas personas, como el asesino, ladron o prostituta, no es porque crean que ellos tienen una tendencia manifiesta a mentir, sino porque se juzga haber en ellos mayores facilidades para el cohecho i servir de instrumentos a intrigas depravadas. La declaracion fraudulenta es la mas peligrosa, la peor de las declaraciones; porque casi siempre vendrá preparada i confeccionada de antemano para estraviar el criterio del majistrado, habrá mayor dificultad para descubrir su falsedad como que el testigo tendrá tomadas todas sus precauciones, i es la que con mas riesgo puede desviar el recto camino de la justicia; porque tratará de conservar las tentadoras apariencias de una sólida verdad. Necesario es, pues, que la lei se poseione de toda su previsora prudencia para prevenirla, de toda su fria circunspeccion para combatirla i ponga a disposicion del juez las armas poderosas para huir del engaño en que amenaza caer. La narracion involuntariamente falsa del hecho controvertido, sino presenta tamaños i tan trascendentales peligros, trae tambien riesgos de consideracion a los cuales es menester aplicar los medios preventivos necesarios para eludirlos. Esta especie de falsedad emanará de ciertos motivos anteriores a la declaracion, como no haberse fijado el testigo bastante en los hechos para marcarlos en su memoria, o de razones coexistentes con la narracion-misma, como el no comprender la pregunta que se le hace, equivocar el sentido de ella, o referir una cosa que juzga cierta cuando no ha existido; i en todos estos casos como en los anteriores, es del deber i de la incumbencia de la lei indicar

aquellos medios que en la práctica contribuyan a evitar los inconvenientes que se temen.

69. La segunda condicion que hemos exijido en una declaracion es que sea completa o perfecta; esto es, revestida de todas aquellas circunstancias que esclarezcan el hecho que se averigua, de todo aquello que con él se relacione e influya en su mas verdadera i completa comprension. Se falta a este requisito lo mismo que al anterior premeditada o impremeditadamente, i los modos de faltar son por ignorancia inevitable, cuando no se sabe mas que lo que se dice; por ignorancia afectada cuando se narra solo lo que conviene: o con propósito doloso, por confusion, por equivocacion. El complemento o perfeccion de un testimonio bien que no de una importancia tan vital para el juzgamiento, encierra una condicion en gran manera interesante; porque sin ella los testigos que por su número u otras condiciones hubieran servido para rendir una suficiente evidencia probatoria, vendrán únicamente a introducir una misma confusion de los hechos con sus deposiciones incompletas. La justicia no necesita solo la verdad, sino la verdad entera con todos sus accidentes, el hecho con sus circunstancias, el esclarecimiento de lo dudoso, la exposicion clara, comprensiva de lo acontecido; porque de otra manera ni el derecho de las partes se ventila debidamente, ni el criterio del magistrado se ilumina con aquella luz segura que debe dirigirle en sus decisiones. La lei debe por consiguiente procurar por cuanto esfuerzo pueda que la delaracion del testigo encierre todos los datos que se buscan en una prueba, esto es, la manifestacion del hecho, de tal manera que no aparezca dudosa la administracion del derecho.

70. Bosquejado el doble objeto de la lei al aceptar la prueba de testigos, menester es avanzar las indicaciones que seria conveniente que considerase el lejislador para conseguir estos importantes fines i lograr del testimonio el grado de evidencia necesario al juez para fundar su sentencia; o en otros términos las reglas adoptables en la administracion de la prueba testimonial. Estas reglas a nuestra manera de ver i como acabamos de espresar, son ciertas restricciones a la admision de los testigos, ciertos arbitrios para evitar los fraudes, ciertas garantias con cuyo cumplimiento tendrá una declaracion aquel sello de veracidad que no tendria presentándose aislada i sin ninguna limitacion; porque si el medio probatorio de que tratamos contiene en su esencia un vicio rodical, si su aceptacion ilimitada presenta riesgos considerables, las reglas o principios de su aplicacion práctica deben ser naturalmente restrictivos.

71. Dos son las fuentes orijinarias de los defectos de la prueba de testigos: 1.º la persona del testigo: 2.º su declaracion, i de aqui nacen dos órdenes de restricciones, la una dirigida a no recibir en juicio sino personas dignas de fé, i la otra a no aceptar sino los dichos que pueden ser creidos: restriccion en los individuos, restriccion en las deposiciones; cualidades exijidas en aquellos, requisitos necesarios en éstas.

72 a. ¿Cuales son las condiciones personales, las cualidades que pediremos a un testigo para admitirlo a deponer en una causa? Pasaremos a enumerar i analizar algunas, protestando, sin embargo, del acierto de esta enumeracion i análisis como que recae sobre materia tan dificultosa de reducir a una clasificacion precisa.

72 b. 1.ª Capacidad fisica, moral e intelectual: 2.ª buena fé: 3.ª imparcialidad.

73. La capacidad fisica es la idoneidad de los órganos del testigo para percibir los hechos; i por consiguiente para poderlos narrar; i este requisito es tan esencial que sin su concurrencia se destruiria completamente el valor del testimonio, ¿cómo atestiguar que se ha visto siendo ciego, que se ha oido siendo sordo? Presentándose la inhabilidad de una manera tan clara i absoluta, no podria haber cuestion ninguna; pero si la habria si la inhabilidad no es tan manifiesta i puede haber acerca de ello alguna duda; por ejemplo. Juan sostiene que el testigo Pedro no pudo ver lo que pasaba, porque es ciego, mientras Diego sostiene que la ceguedad del testigo es solo

parcial i pudo por consiguiente ver mui bien lo sucedido. Una controversia de esta naturaleza, ofrece ya una duda que es menester aclarar i de cuya resolucion pende talvez el juicio del magistrado. ¿Pero, quién habrá de resolverla? ¿figurará la lei los actos o signos por los cuales se vendrá en conocimiento de la capacidad o incapacidad del testigo i a los que el juez debe sujetarse para decidir sobre la creencia o no crédito que debe darse a su dicho? Esto no seria posible; porque ni es racional que el legislador se introduzca en clasificaciones de esta naturaleza, ni estaria tampoco en los límites de la posibilidad determinar con fijeza los motivos por los que es presumible que un testigo no posea el grado de capacidad fisica que requiere la lei; porque estos motivos varian i se diversifican en cada caso particular de los mui numerosos que se ofrezcan a cada paso. Necesario es, pues, dejar la apreciacion de estas circunstancias al buen criterio del magistrado; i es el único que puede estar en posesion de aquellos datos que le darán a conocer si es o no capaz el testigo en cuestion. La incapacidad fisica la calificará el juez, o bien por sí mismo cuando no hubiese menester de conocimientos especiales, o por medio de peritos, siempre que alguna de las partes lo pidiese o se necesitasen ciertas nociones profesionales que no puede poseer el juez; i de aqui deduciríamos una regla que podria formularse de la manera siguiente: «No se admitirá a deponer como testigos a todos aquellos que por un defecto fisico natural o accidental no posean el libre uso de sus sentidos, debiendo esta inhabilidad determinarse por el juez, ya sea de oficio, ya a peticion de parte, mediante su propio conocimiento o auxiliado con el informe de peritos.»

74. Idéntico principio se adoptaria cuando la inhabilidad del testigo consistiese no en la imposibilidad de percibir los hechos, sino en la incapacidad para narrarlos delante del magistrado como en el testigo mudo, que no pudiese espresarse por medio de la palabra. En casos de esta naturaleza, se veria si el deponente se hace comprender por medio de la escritura o signos convencionales i es posible arribar a la verdadera intelijencia de lo que quiere manifestar; i como en el caso anterior, i por las mismas razones dejaríamos a la calificacion del magistrado el determinar si el testigo que se presenta esplica o no con la claridad que se necesita para que su testimonio merezca la fé de una declaracion.

75. La incapacidad moral o intelectual, o es perpetua o accidental, o total o parcial; i es aquella que embarazando el uso que tiene la jeneralidad de los hombres de sus facultades, despoja a un individuo de aquel grado de discernimiento sin el cual no es presumible que pueda prestar una declaracion digna de tomarse en cuenta. La inhabilidad intelectuales uno de aquellos impedimentos mas dificultosos de apreciarse debidamente en la práctica, i esta dificultad sube de punto cuando el embarazo intelectual es momentáneo, o se refiere a ciertos i determinados actos como sucede con los monómanos. Puede, sin embargo, en este punto adoptarse algunos principios, para los que pasamos a hacer las indicaciones siguientes.

76. En la incapacidad intelectual perpetua convendria distinguir, si es de aquellas que embarazan completamente al testigo el uso de sus facultades, o de las que sin embargo de poner a un individuo fuera del juicio ordinario de los demas hombres, no le inhabilitan para formar concepto verdadero de los hechos que se desenvuelvan a su presencia; porque si lo primero, la exclusion del testigo es clara, concluyente i razonable por demas; mas si lo segundo, se necesitan ciertos antecedentes para admitir o escluir al deponente. I aun en el primer caso necesario seria que la incapacidad intelectual estuviese debidamente calificada, i como la exclusion, o admision de un testigo, puede perjudicar a una parte o a la sociedad en los juicios criminales mutilando la prueba, la justificacion de la absoluta incapacidad intelectual, deberia hacerse por el juez ayudado de peritos facultativos en la materia. Si

alguna de las partes alega, o el juez presume o duda que la incapacidad del testigo le embaraze el uso de sus facultades en cuanto se requiere para declarar acerca de los hechos de que se trata, una duda o cuestion de esta naturaleza debe resolverse como un antecedente primordial e indispensable para que el testigo se deseche o admita. Una resolucion en dudas de esta especie se determinaria por el exámen práctico del testigo, por peritos que pudiesen esclarecer al juez con los conocimientos médicos que él no posee; porque si diesemos al juez la facultad absoluta para desecharlo o admitir testigos, bajo pretexto de su capacidad o incapacidad intelectual, correríamos el riesgo de abrir un camino fácil de esplotarse por la mala fé de un juez corrompido. Mas determine o no la lei que solo al magistrado o a él acompañado de facultativos corresponde la calificacion de le ineptitud de un testigo, siempre estableceríamos como un principio que la incapacidad mental no absoluta no seria un motivo de exclusion contra el testigo que la padece, porque la misma presuncion que milita para no admitirlo, aboga tambien para que su declaracion se considere. ¿Quién podría determinar con fijeza los signos o actos por los cuales se viene en conocimiento de que la incapacidad intelectual relativa de un testigo, le imposibilita para declarar en tal o cual causa? ¿cómo saber si fulano incapaz de los negocios usuales de la vida, no lo es para narrar fidedignamente lo que ha visto? Hai un principio de duda; pero de duda que a nuestra manera de pensar debe resolverse por la admision del testigo; porque entre dos peligros probables escojeremos el mas pequeño i remoto, i tal consideramos el de que un testigo incapaz pueda extraviar el juicio del magistrado con una declaracion indigna de fé. El juez tiene para precaverse de este extravío la presuncion en contra del deponente, el sentido de sus palabras, el conocimiento que de su intelijencia le dá el exámen que de él hace. Pero pudiera preguntarse talvez si tachado un testigo de inhabilidad intelectual i justificada la tacha de manera que consten actos que dejan ver la corta intelijencia del deponente, i que por otra parte haya este testigo rendido una declaracion que satisfaga al juez, ¿será válida su declaracion o no le daremos valor alguno? En nuestra opinion será completamente válida i digna de fé como la mas abonada siempre que el magistrado así lo juzgue; porque adelantando un principio que consignaremos mas tarde, la apreciacion del valor probatorio de un testimonio es un acto puramente moral, de conciencia, para el cual solo pueden darse reglas jenerales con las que no seria posible comprender la muchedumbre de casos particulares que se ofrecen; i entre el peligro de la arbitrariedad i el de estrechar el juicio del magistrado a ciertos límites prescritos preferimos el primero; porque queda a la parte el recurso de la apelacion, el de hacer efectivas las garantías que aseguran los buenos juzgamientos; mientras si optamos por el segundo tendremos como consecuencia natural la destruccion de la base en que reposa la prueba testimonial, de la credibilidad que es un ejercicio interior de la conciencia. Fuerza es dejar alguna latitud al criterio del magistrado sino queremos quitar a la justicia su prestigio moral, i esta latitud tiene tantos menos peligros cuantas mayores i mas acertadas son las providencias que han adoptado los códigos modernos para asegurarse el recto proceder de los jueces.

77. Podría tambien ofrecerse otra cuestion en la misma materia de que tratamos i es cuando un individuo ha sido declarado *fátno* judicialmente para la administracion de sus bienes si seria válido su testimonio en juicio, sin embargo de haberse hecho presente la tacha de que adolece. Por razones semejantes a las anteriores admitiríamos este testigo i daríamos crédito a su declaracion, siempre que el juez creyese que su deposicion tenia todos los caractéres de veracidad que deben concurrir en ella; porque fácil es que una persona que por su reducida capacidad se encuentre imposibilitada de administrar sus bienes con el acierto que debiera, pueda sin embargo narrar un hecho que no ha menester alguna combinacion intelectual: se disputa, por

ejemplo, sobre la prescripcion de una servidumbre i en el juicio se exhibe a Diego despojado de la administracion de sus bienes por sentencia judicial, i este dice que durante 15 años ha visto al demandante ir a pasar por la hacienda del demandado, habiendo sido durante este tiempo vecino de ambos. ¿Qué esfuerzo de la inteligencia se necesita para una exposicion tan sencilla? ninguno a la verdad, i el fáctico para administrar sus bienes no lo es para hacer una narracion tan simple. Lo que acontece en este ejemplo sucederia en mil, en casi todos los casos en que los testigos se admiten i la prudencia i la razon están sin duda por admitir el testimonio de personas colocadas en circunstancias semejantes a las que hemos indicado; pero si con la limitacion de dejar al discernimiento del juez la calificacion de la inhabilidad o habilidad para declarar i del valor o nulidad de la declaracion.

78. Las leyes de todos los paises han establecido tambien ciertas restricciones para la admision de los individuos que no llegan a la edad que la lei determina para que sus declaraciones sean válidas, fundándose en que el desarrollo intelectual necesario para deponer, no se alcanza sin tener cierto número de años. A nuestra manera de ver i como tambien lo han hecho nuestras leyes deberia distinguirse entre la admision i credibilidad de un testigo que no llega a cierta edad; pero respecto de esta seguiremos un principio contrario al consignado en las leyes españolas. La declaracion de un niño aunque no tenga éste los años requeridos, bien que no de un peso decisivo en un juicio, puede sin embargo arrojar una presuncion i servir de principio de prueba; i negar la admision a un testigo de esta clase, es privarse de un apoyo para el magistrado, de una luz que puede guiarle, de una base sobre la cual reposen sus conjeturas e investigaciones: la lei i el juez no deben perder prueba ni circunstancia alguna que contribuya a esclarecer el hecho disputado, por ménos convincente que sea aquella prueba, por mas insignificante esa circunstancia: no que constituyan una prueba plena la declaracion de *dos infantes contestes*; pero admítaseles como las presunciones, como la fama pública, como los escritos privados en los juicios civiles como la confesion estrajudicial en los criminales.

79. Sabida es la distincion establecida por nuestras leyes sobre la edad necesaria para que la declaracion de un testigo haga fé en los juicios criminales, a diferencia de los civiles en los que se exige un menor número de años: poco lójica nos parece esta distincion, i a mayor abundamiento juzgamos que existen razones para que en los negocios criminales se admitiesen testigos que no harian tanta fé en los civiles por razon de la edad; porque (prescindiendo de la veracidad que asegura la inocencia) la prueba de un delito no rueda mas que sobre un hecho, sin averiguar su razon, sin formar juicio sobre sus antecedentes morales, sobre un hecho físico, i que por su rareza deja naturalmente mayor impresion en la memoria, sin tener necesidad mas que de la percepcion esterna; sin ejercicio ninguno intelectual. Un niño puede muy bien decir que ha visto a Juan robar su reloj a Pedro; mientras no podria explicar como un individuo se ha libertado del pago de un documento que se exhibe en su contra, porque él ha presenciado la cancelacion; porque talvez ignora lo que es un documento i una cancelacion, lo que supone ciertos conocimientos anteriores, cierto esfuerzo intelectual. Pero prescindiendo de esta circunstancia, ¿cuál seria la edad en que a nuestra manera de ver seria admisible un testigo para que su declaracion merezca el crédito de cualquiera otra abonada, i cuál la que pediriamos para que el testimonio solo hiciese presuncion? Las mismas leyes nos dan la solucion de la primera pregunta; porque si a los catorce años, segun ellas, puede comparecer como testigo en las causas civiles, si se puede nombrar curador, si se puede testar, si hai responsabilidad para los delitos, el mismo fundamento que las leyes tuvieron presente para conceder el goce de estos derechos, tendremos nosotros para decir que desde los catorce años es admitido todo individuo a testificar en toda causa sin dis-

función de civil i criminal. I a la verdad parece jeneral que en nuestros climas todo individuo posea a los catorce años aquel grado de discernimiento que se requiere para declarar con la conciencia i juicio necesarios; pero ántes de esta no sería posible establecer una regla jeneral que no adoleciese en la práctica de multitud de excepciones; porque así como habría algunos cuya intelijencia no haya alcanzado un suficiente desarrollo ántes de la pubertad, se ofrecerian muchos otros en los que, como dicen los canonistas, «la malicia suple a la edad.» Por otra parte, un impúber puede poseer o no un conocimiento cabal del asunto sobre el cual se le llama a deponer, segun sea la naturaleza de este asunto, porque el niño en aptitud para decir que vió como Juan habia herido a Pedro, no lo estará talvez para testificar sobre un delito contra la castidad no comprendiendo la malicia del acto que ha presenciado; porque mientras algunos hechos no han menester para su comprension ninguna nocion de la esperiencia, ningun desarrollo intelectual, otros habrá para los que se requieren ciertos conocimientos que dan el roce del mundo, la esfera social en que ha vivido el testigo, su mayor o menor precocidad. Segun esto, la declaracion de un impúber hará o solo presuncion relativamente a la claridad i conocimiento con que se explique, relativo a la intelijencia que manifieste en la comprension del hecho de que se trata. ¿Pero cómo determinar esta intelijencia, cómo establecer cuando los impúberes merecen crédito i sus declaraciones sirven para constituir una prueba, i cuando solo arrojan sus dichos una presuncion, un indicio, que sirve únicamente como una base dudosa en la investigacion judicial?

80. Menester es que la lei determine i resuelva este punto, porque muchas causas habrá en que figurará el testimonio de *infantes*, siendo por consiguiente necesario fijar el valor probatorio de este testimonio; i si como es racional asentar que la lei se encuentra imposibilitada para enunciar los diferentes casos en que se ofrezcan las diversas circunstancias con arreglo a las que la declaracion de un niño es mas o ménos digna de fé, fuerza es tambien dejar la apreciacion del crédito que merece un testimonio de esta clase al discernimiento del majistrado, lo mismo que establecimos respecto de la inhabilidad intelectual. I en verdad que no se puede aceptar otra conclusion; la que si es cierto que a primera vista presenta el riesgo de la arbitrariedad, fiando a la honradez i falible criterio del majistrado la determinacion de un punto que tan inmensa influencia puede ejercer en el resultado de un juicio, este peligro desaparece segun los datos de la práctica i segun los usos inveterados establecidos por nuestras leyes. Nuestros códigos, ¿qué otra cosa tienden a establecer en la práctica que la clasificacion por el juez de la borrachera, uso de malas compañías, o cuando el testigo es muy pobre o vil? ¿I estos defectos no se encuentran en la misma línea de la inhabilidad por falta de edad? Hai sobre todo un argumento concluyente i sin réplica, i es que si se considera absolutamente necesario resolver en cada caso que se exhiba el testimonio de *infantes*, si este hace prueba o no, si la lei no puede dar resueltos de antemano estos casos, indispensable es que alguno los dirima, no pudiendo otro que el juez, el que posee los antecedentes, juzga de la habilidad del testigo, vé por sí mismo si carece o no de la aptitud intelectual requerida, i tiene que resolver segun el mérito que a su juicio merezca la declaracion. Pesando sobre el majistrado la responsabilidad de la sentencia, natural es que a él correspondá la clasificacion de las bases en que la sentencia debe fundarse; porque lo uno se deriva de lo otro por una consecuencia lójica i necesaria.

81. Con la admision de los *infantes* como testigos, siendo unas veces completamente válida su declaracion, i sirviendo otras de mera presuncion, hemos establecido un principio nuevo para nuestra legislacion, la que, como es sabido, *no dá en los casos jenerales mas que la fuerza probatoria de presuncion a todas las declaraciones de las personas menores de catorce años.* ¿Pero cuál será el objeto,

cuál el fundamento de la lei al establecer una prescripcion de esta naturaleza? El objeto sin duda ha sido precaver el riesgo de prestar crédito a declaraciones que no lo merecen, i el fundamento, la conjetura de que no se puede tener la inteligencia suficiente para testificar ántes de los catorce años, Empero confesemos qua la lei ha sido cautelosa por demas en este punto, i que talvez no anda mui análoga con los dictados de la razon, i uno de los principales objetos que debe tener presente la administracion de justicia, el de no dejar sin prueba acto o hecho ninguno que pueda discutirse ante los tribunales. El riesgo que se teme está del todo salvado desde que la parte a quien convenga tiene óbvio el camino para tachar la persona i dichos del testigo, desde que debe suponerse en el juez la capacidad suficiente para saber apreciar el valor de una declaracion de este jénero i la honradez de que la lei le juzga revestido, para no admitir en el rol de testigo abonado al que no puede serlo por la corta inteligencia que alcanza por sus pocos años. Pero escluir del todo o admitir a los *infantes* solo como un medio secundario i no como una parte de prueba, tiene el gran peligro de privarse voluntariamente de un medio probatorio de igual naturaleza a los demas testigos, de dejar improbados talvez muchos hechos, de negarse a la luz de la evidencia; por qué si un individuo hace una narracion exacta, completa, con la claridad que se ha menester, si proporciona al juez todos los datos que éste necesita, o contesta a los interrogatorios con una inteligencia que no deja duda sobre que comprende bien lo que cuenta? ¿Por qué razon privará la lei a un litigante o a la justicia social, del fundamento en que apoya su derecho, de la base probatoria en que descansa su accion? Eludido el riesgo que se teme no hai razon alguna para que esta exclusion subsista en los códigos, i desde que se descubre el remedio, no hai por qué temer el mal.

82. De lo que se ha dicho deduciremos un principio que enunciado en regla lo expresamos de esta manera: «todo individuo que reuna los requisitos que la lei exige, será admitido como testigo desde la edad de 14 años, i ántes deberá el majistrado calificar su aptitud para declarar, i el valor que debe darse a su declaracion».

Del mismo requisito de la incapacidad intelectual se deriva la exclusion de los ébrios. El fundamento de esta exclusion nos parece bastante racional, como que hai un motivo poderoso para juzgar indigna de fé la declaracion de un individuo que a consecuencia de la embriaguez no goza el uso de la razon jeneral en los hombres; pero para aceptar la ebriedad como una tacha suficiente para anular la persona del testigo seria menester probar que esta es habitual, consuetudinaria. Podria decirse talvez que aun el ébrio consuetudinario, no siempre se encuentra fuera de sus sentidos, i que si es verdad que frecuentemente adolece del vicio que se le imputa, muchas veces tendrá el libre uso de su inteligencia; pero ejemplos particulares poco prueban cuando se trata de precaver el grave riesgo de una declaracion falsa o engañosa, i mas aun cuando no existe medio de evitar el peligro que se teme. Hemos admitido a los *infantes*, porque hai un medio espedito para impedir en la práctica los abusos que pudieran cometerse, lo que no sucede en la embriaguez, porque la prueba que rodase sobre que un testigo ébrio consuetudinario no lo estuvo cuando sucedió tal o cual hecho seria en extremo difícil; i mas que difícil casi imposible, como que recae sobre una materia negativa; i sabido es que hechos de esta naturaleza son improbables. La presuncion contra el testigo ébrio es demasiado fuerte, i necesario seria para desvanecerla una prueba mui concluyente; mas como no podria rondirse semejante prueba nos inclinamos al principio consignado en nuestras leyes que inhabilita al ébrio consuetudinario para presentarse como testigo. Sin embargo haremos respecto de los ébrios una observacion que juzgamos aplicable a los testigos que se excluyan, i es la de que semejantes testigos deberán admitirse en los juicios i mayormente criminales no para prestar a sus dichos el crédito de una declaracion sin tacha; pero si pa-

ra ilustrar al juez, pudiendo proporcionarle nociones que aunque sin fuerza probatoria, servirán en muchos casos para esclarecer la materia con datos desconocidos o que contribuyan a explicar i fortalecer los que se tienen. Porque a la verdad no siempre será de conseguirse que se presenten pruebas perfectas i concluyentes, i si se desprecian aquellas que no tienen una fuerza decisiva sino meramente una influencia demostrativa, se correría el peligro de verse muchas veces la justicia sin un indicio que la guiase, sin una presuncion que como el hilo de la mitolojía condujese por el laberinto de un hecho cuyos detalles se ignoran. Veamos, por ejemplo, un juicio criminal i consideremos sobre cuán pequeñas bases principia a fundarse el edificio de la prueba i como las circunstancias mas insignificantes, prestan una luz de gran valor, sirven de clave a las graves dificultades que se suscitan, i estas diferentes presunciones, esos diversos indicios, esos varios ápices que aislados nada valen, vienen a formar juntándolos i combinándolos, una prueba formidable que no habria podido constituirse si no se hubiesen tomado en cuenta esas pequeñas incidencias. Para la lei como para el juez nada debe haber perdido, nada inútil en materia de prueba, i tanto aquella como éste, cumplirían equivocadamente la mision que les está encargada, si por desperdiciar las débiles presunciones se pusieran en peligro de no poder formar una prueba mas sólida.

84. El segundo requisito que exigimos en la persona del testigo, es la buena fé, esto es, el ánimo de veracidad que debe tener el individuo al presentarse a deponer en un juicio. Pero se dirá tal vez que siendo la buena fé solo una intencion, un ánimo, mal puede la lei establecer prescripciones sobre hechos puramente interiores i morales en los cuales es vedado introducirse al derecho positivo; mas si es verdad que el ánimo o intencion de la buena fé son modificaciones meramente interiores, no lo es ménos que la lei puede determinar ciertos signos o conjeturas externas en virtud de las cuales se deduce que éste o aquel testigo carecen de esa cualidad tan necesaria en el testimonio. Supongamos en la vida ordinaria una persona que falta frecuentemente a la verdad, ¿no es cierto que cualquiera hecho aseverado por ella tendrá en su contra una presuncion tan fuerte como fundada?, de la misma manera hai para lei i para el juez muchedumbre de individuos que colocados en cierta situacion, militando en su contra ciertos antecedentes, sino existe una certidumbre completa de mala fé en sus declaraciones, hai por lo ménos un motivo poderoso para juzgar que no merecen el crédito que debieran tener para figurar en la prueba. A la lei le basta una buena razon inductiva o deductiva basada, ya en la experiencia, ya en un raciocinio; pero no es de pedirse una completa certidumbre en materia de prueba testimonial, que si la pudiera haber no existiría la necesidad de parapetarse en tan estrechas restricciones para huir errores bien fáciles de cometerse. El lejislador observa los diversos casos que se ofrecen, los fundamentos en pró i en contra de una disposicion i establece una regla jeneral para excluir por el defecto de mala fé a los testigos en quienes concurren ciertas circunstancias; la lei se equivocará tal vez en muchos casos particulares, numerosos ejemplos podrian aducirse, mas ella hace lo que debe hacer, esto es, apoyarse en el mayor número de casos, en las probabilidades mas racionales, para deducir la regla que comprenda lo que mas jeneralmente acontece i no lo que probablemente sucede o puede suceder en mas o ménos ejemplos aislados.

85. Procedamos a determinar los que el lejislador no deberá admitir en los juicios como testigos por carecer del requisito de la buena fé o probidad, como dicen nuestros comentadores. Los códigos españoles admitieron en esta materia una doctrinas algun tanto exajerada, multiplicando las exclusiones, entre las que figuran alguna ridiculas entre otras que son una muestra de la antigüedad de aquellos códigos tan sábios i filosóficos en su mayor parte. A la verdad, las tachas fulminadas contra el

hombre casado que vive amancebado, el apóstata, el forzador de doncella, el que casare con pariente en grado prohibido, solo pueden espicarse por una cautela estrechosa, defectos son estos en nada análogos a la falsedad del testimonio, i que si se ponen una depravacion moral, nos es precisamente de aquellas que implican una tendencia a faltar a la verdad. La lei debe buscar otro fundamento mas sólido a sus prescripciones que una mera sospecha, i para establecer la prohibicion deberia señalar una base mas conforme con la cosa prohibida: ahora bien, ¿cuál es el principio fundamental de la lei para prohibir la testificacion al apóstata, hombre amancebado etc., etc.? ¿Ha querido añadir una sancion de mas al castigo que los códigos han impuesto a estos delitos? Pero una pena de esta naturaleza es de la incumbencia del derecho penal i no de la lejislacion civil; ¿o ha querido inhabilitarlos para presentarse como testigos como para el goce de un derecho? Pero sabido es que declarar no es el uso de una facultad, sino el cumplimiento de una obligacion establecida no en beneficio de los individuos que la satisfacen, sino de la sociedad o de los litigantes que necesitan su testimonio. El que seduce doncella o monja delinque gravemente contra las leyes morales, relijiosas i sociales; de la misma manera que injuria las prescripciones canónicas el que casa con pariente en grado prohibido o apóstata de su relijion; mas estos descarríos producidos por la impetuosidad de una pasion irreflexiva, por una debilidad mental, un ofuscamiento de la razon, u otro motivo de esta especie, no importan de ninguna manera un ánimo de faltar a la verdad, o un principio de mala fé que falsee la veracidad necesaria en la deposicion.

86. La exclusion de los testigos por falta de probidad, es la consecuencia natural de una sospecha orijinada de la depravacion moral del deponente; pero ni todos los delitos arguyen la misma corrupcion i cada crimen tiene sus diversos grados, sus circunstancias agravantes i atenuantes, que aumentan o disminuyen la perversidad presumida en el delincuente. Si se examinasen ante la fria razon muchas de las exclusiones de las que se clasifican en la categoria de mala fé, se encontraria que en ellas mas bien que el temor del falso testimonio ha obrado en el ánimo del lejislador ese instinto de repulsion contra el delito, esa repugnancia a admitir a llenar una funcion de alta moralidad a individuos que quebrantan las leyes divinas i sociales; porque si descendemos al exámen de los casos prácticos, ¿cuántos no habrá en que un asesino u otro criminal de alta gravedad sea capaz de prestar una declaracion tan fidedigna como el mas honrado; porque en el carácter de testigo no divisa los motivos que le indujeran a perpetrar el delito que se le imputa? Pero es innegable que hai un argumento de conciencia ya que no de razon, algo que sea preocupacion moral o sea dato de la esperiencia, nos enseña a desconfiar de la veracidad del que ha cometido un delito, i ante esta conviccion universal la lei debe ceder i reconocerla, sin querer establecer un choque funesto con la opinion. Pero la mayor dificultad está en la clasificacion de los delitos que induzcan a creer que un testigo es indigno de fé por haber cometido tal o cual crimen, i nuestra lei ha dividido bien esta dificultad sin poderla eludir, porque la que ella establece sobre el defecto que acabamos de indicar, es por demas incompleta i deja numerosos vacios, i tanto mas notables, cuanto que la tacha debe individualizarse, i hai muchos delitos que no se encuentran mencionados en la lei. Mas dificiles de clasificarse son aquellos actos que sin ser verdaderos delitos manifiestan una mala conducta, cierto grado de depravacion que hacen sospechar de la buena fé de testigo, porque en estos actos hai mil modificaciones, mil grados que suponen mayor o menor maldad, mil distintos vicios que relajan el prestijio moral de un deponente i que seria moralmente imposible determinar, enumerar fijamente. Para nosotros esta materia es mas bien una apreciacion moral, una operacion de conciencia, una decision dentro de la mente del juez que la lei no deberia restringir en ciertos limites prescritos; porque toda regla sobre ella

adolecerá de numerosos defectos, de inconsecuencias para la teoría, de excepciones para la práctica; así es que al expresar la nuestra lo hacemos con timidez, sin seguridad en el raciocinio que nos guía, i conociendo mas que nunca ese carácter de la prueba testimonial que elude todas las reglas que las restrinjan o sirvan de garantía. Establecemos, sin embargo, conforme a las nociones que nos parecen mas racionales, el principio siguiente:—«son de ningún valor las declaraciones de todo individuo que haya cometido algún delito, o adolezca de algún vicio que en el concepto del juez supongan una mala fé que los inhabilite para declarar con la veracidad que se requiere.»

87. Reconocemos muy bien que este principio tiene sus grandes defectos; pero menores que los del sistema de nuestra lei, porque sin introducirse en una clasificación imposible de hacerse completa sobre los vicios o delitos que suponen una inmoralidad que hace sospechosa la declaración, reconoce una latitud de acción necesaria en esta materia. La intervención del juez es no solo conveniente sino indispensable; se diría tal vez que le dejamos una esfera de acción demasiado extensa; empero, ¿qué otra cosa hicieron nuestras leyes cuando establecieron las tachas de mala vida, domesticidad, muy pobre o vil i que usase de malas compañías? En casos de esta naturaleza es el juez quien debe calificar i apreciar si las pruebas aducidas manifiestan que el testigo incurre realmente en la tacha que lo hace indigno de declarar, i puede decirse que en la práctica es el juez i no la lei quien determina todas las tachas en último resultado, i que el peligro que se temería con la adopción de nuestra regla debería haberse temido en los largos siglos de existencia que lleva nuestra legislación; sin embargo la experiencia nos asegura que si la prueba de testigos no surte los efectos legales que debía desearse, no es por los magistrados que la califican, sino por las leyes que la reciben con exajerada amplitud, i por los litigantes que la exhiben con solapada malicia. Hai además otra consideración que deberá mitigar algun tanto el temor de los que desearían anular la conciencia del juez a trueque de asegurarse de su imparcialidad, i es la de que por fortuna son poco frecuentes los casos que ocurren en que se presenten testigos de esta especie, pues felizmente para la sociedad, criminales como los que hemos indicado arriba, no abundan mucho i se retraen por otra parte de comparecer en los juicios, como que adoleciendo de crímenes o defectos, natural es que no deseen exponerse a ser tachados.

88. El tercer requisito en la persona del testigo es la imparcialidad, esto es, la disposición en que se encuentra el testigo para declarar citándose únicamente a los dictados de la justicia, sin que haya un motivo particular que lo incline en favor o en contra de uno de los litigantes o del acusado. La parcialidad puede por consiguiente ser o contraria o favorable i nace de ciertas relaciones entre el testigo i el litigante o acusado, relaciones nacidas de amistad, enemistad, interés, parentesco, complicidad, cohecho, dependencia, etc. etc.

89. En efecto cada uno de estos motivos es un agente poderoso en el ánimo de un individuo, i que hace presumir sobradamente que aquel en quien concurre alguno de ellos, no es natural que conserve esa actitud imparcial de la estricta justicia. Verdad es que no faltará quien sofocando la natural influencia de estos móviles, se presete a declarar con cuanta honradez sea exigible; verdad es que muchos olvidando los lazos de sociabilidad o parentesco, espondrán únicamente la verdad de su convicción, pero estos son excepciones i excepciones contra lo que ordinaria i comunmente acontece, i que la lei no debe tomar en cuenta al establecer sus prescripciones jenerales comprensivas de los casos regulares i no de las individualidades aisladas. Aceptamos por consiguiente el principio consignado en nuestras leyes, i juzgando que la materia no necesita muy prolijos argumentos para demostrar la base racional de estas tachas, descenderemos a esponer algunas ligeras observaciones.

90. En los defectos enunciados hai solo uno que puede determinarse fijamente por la lei, espresando las circunstancias necesarias para considerarlo como tacha que anule las declaraciones de los testigos que de él adolezcan: tal es el parentesco, mientras en los demas no puede hacerse la misma especificacion. Un código diria i con sabrada razon «exclúyense a los parientes desde tal hasta tal grado;» mas, ¿cómo individualizar los actos por los cuales se conjetura un grado de amistad, enemistad, temor, interes, dependencia suficiente para faltar a la fé del testimonio? La lei diria: *gran amistad, gran enemistad, gran interes;* mas esto no especificaria, no determinaria con precision, i el juez se confundiria en cada caso que se le ofreciese; porque hai mil graduaciones entre grande i pequeño, i estos motivos obran tambieu de mui diferente manera segun el carácter, situacion social i educacion del individuo. No seria natural que la lei espresase simplemente, amistad, enemistad, interes, etc. etc.; pues un deudor de cien pesos no tiene el mismo interes respecto de su acreedor que uno de 20,000, i el individuo cuyas opiniones políticas i relijiosas he combatido, o cuya conducta pública he censurado, es talvez una persona que privadamente apreció, i cuyo carácter particular me merece respeto. Igual cosa acontece con el temor; porque la espresion técnica de la ciencia, temor capaz de intimidar a un varon constante, es una vaguedad que nada significa; i respecto del cohecho pueden ofrecerse tantas graduaciones cuantas son las dádivas que obligan la gratitud de un individuo, o las que compran su conciencia: dádivas cuyo influjo varia segun las personas, segun la intencion con que se hacen o se reciben, segun su valor, segun mil diversas modificaciones mas o menos graves i que arrojan mayor o menor evidencia de que el testigo ha sido cohechado o de que la dádiva de que se trata fue solo una deuda de reconocimiento, o una bagatela insuficiente para comprometer a un individuo de respetabilidad. No existe, pues, en estas exclusiones una base estable sobre la que la lei pueda fundar sus disposiciones en la materia que ocupa; porque a decir verdad estos accidentes se refieren mas bien a una operacion de conciencia que a una cuestion de legalidad, i nuestros códigos reconociéndolo, establecieron que tales i cuales motivos eran causas de exclusion por falta de imparcialidad; pero dejaron implicitamente cometido a la calificacion del juez el peso i aprecio de cada tacha de esta naturaleza que se presente en los juicios. No hai otro partido que adoptar, porque el dilema es terminante: un amigo, un enemigo, un acreedor, un deudor, un cómplice, no son buenos testigos; ¿pero de qué especie de amistad o enemistad, de qué interes, de qué participacion, como cómplice ha querido hablar la lei? fuerza es admitir la conclusion de nuestros códigos, mal que pese a los que nada querrian dejar a la honradez de los jueces.

91. Nosotros entre las causas que inducen tacha por falta de imparcialidad, aceptamos algunas no enumeradas por la lei; i en cambio desechamos otras aceptadas por ellas, o les concedemos mayor amplitud. En efecto, para ser consecuentes deberemos colocar la amistad entre las tachas, si la enemistad figura en ellas; porque existen en ambos efectos idénticos caractéres, produciendo las mismas consecuencias con la única diversidad de ser ambos opuestos en su naturaleza filosófica: si se teme al enemigo porque se presume que desoiga la honradez, no hai razon para confiar del amigo cuyo amor puede olvidar las nociones de la justicia: en ambos casos se reproduce el mismo argumento; en ambos se puede retorcer en favor del uno el raciocinio que se haga en favor del otro. El interes (tal como lo hemos entendido), es uno de los móviles mas poderosos del corazon humano, interes que olvida la justicia, la moral, por escuchar la voz del egoismo, interes que las mismas leyes han reconocido en otros casos como en las implicancias i recusaciones de los jueces. I si se considera bastante poderoso para estraviar la conciencia del majistrado, ¿cuánto mas no lo será para la del testigo? Hai no solo el interes que la lei reconoce, sino tambien

ótro de igual o mayor influencia; interes cuyos efectos son palpables a cada paso en las relaciones sociales. Supóngase un acreedor hipotecario, en un pleito sobre un dominio pretendido por un tercero sobre la cosa hipotecada, u otro ejemplo de esta naturaleza, i se verá cuan sólido fundamento hai para desconfiar del testimonio de un individuo ligado con ciertos vínculos de interes que es natural pongan en peligro la veracidad que se desea. No que nosotros creamos inútil la especificacion de los casos que la lei designa a este respecto, como la tacha del compañero en negocios de la compañía, del tutor en causas del menor, del abogado en la causa que defiende, etc. etc.; pues creemos que estas calificaciones individuales deben subsistir, i subsistirán en todos los casos en que sea posible hacer la misma designacion determinada; pero si descariamos un mayor ensanche del principio, que abrazase no solo los casos que pueden señalarse espresamente, sino tambien aquellos que pudieran nacer de las circunstancias peculiares de cada pleito, i que no serian de designarse de antemano por la lei, sin correr el peligro de hacer una clasificacion imperfecta i que no comprendiese muchos casos. Haremos respecto del interes otra observacion, i es la de que esta tacha deberia tambien comprender a los individuos de comunidad o ayuntamiento, que en el concepto de la lei no son tachables en las causas de la corporacion a que pertenecen; pues sabido es que el espíritu del cuerpo, obra jeneralmente en el mismo sentido egoista e individual que el interes particular. El hombre tiene una inclinacion innata hácia todo aquello que le pertenece sea por titulo propio, sea solo como participante de la que gozan otros muchos, i el interes de la corporacion absorbe hasta la independendencia del criterio, hasta la justicia de la conciencia, i de aquí ese encarnizamiento con que los cabildos, comunidades, universidades, corporaciones de cualquier carácter defienden sus privilegios, procuran ensanchar la esfera de sus derechos i exonerarse de las cargas que les corresponden. La historia toda está llena de muchedumbre de ejemplos de lo que puede el espíritu de corporacion aun contra los cálculos del interes personal; i a fé que no hai razon para creer que ese espíritu tan manifesto deje de hacerse sentir cuando el miembro de una corporacion se presenta como testigo en una causa sobre los intereses de su universidad, convento, municipalidad, etc. etc.

92. Mayor ensanche dariamos tambien a la tacha de complicidad mirándola bajo el aspecto de invalidar no solo la declaracion del cómplice contra su codelincuente, sino tambien la favorable a este; porque en este segundo caso hai una comunidad de intereses, habiéndose cometido el mismo delito o tenido alguna participacion en él, que inclina a sospechar como los codelincentes tratarán de descargarse mútuamente, para que el uno deponga a favor del otro i obligarse por medio de una mentira reciproca. Esto es un cálculo natural i que a primera vista se ocurre, cálculo nacido de un mútuo interes; i aun sin suponerlo, en la mayor parte de los delitos el cómplice verá que no le es posible delatar a su codelincuente sin acusarse a sí mismo; porque no le será fácil hacer la narracion del hecho sin mencionar circunstancias en las que él propio se encuentra complicado. Hai no solo el motivo de obligar la gratitud del cómplice por una declaracion favorable, sino el poderoso argumento de la conservacion personal.

93. Pero si encontramos razones que justifiquen la estension de las tachas indicadas, no hallamos ninguna para otras dos que excluimos; la que hai contra el hombre de otra creencia relijiosa i la del que está preso en las acusaciones criminales. Respecto de la primera, la misma lei al ordenar que se tome el juramento a cada testigo segun el Dios que adora i los principales artículos de su fé, ha derogado implícitamente el principio anteriormente consignado rindiendo un justo tributo a las nociones mas usuales de la civilizacion. Acerca de la que inhabilita al individuo preso en las acusaciones criminales, no parece mui lójica la razon de la lei, de te-

merse que su declaracion fuese instigada por la promesa de concederle la libertad; porque este mismo temor deberia haber en las causas civiles, i necesario es considerar que rara vez está un juez interesado en encontrar criminal al que no lo es. La lei ha querido colocar al testigo fuera del alcance de tentadoras influencias, pero estas surtirán sus efectos de mui distintas maneras, sin necesidad de buscar ese recurso tan excepcional i peligroso por demas; porque para hacer efectiva la promesa de poner en libertad a un individuo preso, es menester suponer connivencia del juez, del tribunal superior i aun de la autoridad ejecutiva en muchos casos; i desde el momento que se parta de esta suposicion, se destruye no solo la prueba de testigos sino todas las pruebas. o mas bien, toda la administracion de justicia. Un caso solo hai en que esta tacha nos pareceria aceptable, i es en las causas politicas en las que existe un interes mui diverso que el que se tiene en las demas; i en estas seria la verdad un buen medio preventivo; pero en las otras seria una garantia de mas, una precaucion inoficiosa i mas que inoficiosa sin un fundamento que la justifique.

94. Antes de concluir lo que llevamos indicado sobre las cualidades personales de los testigos, uniremos nuestra voz a la de los mas ilustrados criminalistas para pedir en nombre de la razon ilustrada, que se borre de nuestros códigos esa disposicion nada equitativa de la capacidad de los testigos inhábiles en las causas de traicion contra el Estado. Todos sabemos como en los vaivenes politicos de los pueblos modernos, es fácil esplotar esa arma inventada por la despótica suspicacia de las antiguas monarquias; i la civilizacion i el buen sentido claman por la abolicion de esas excepciones odiosas para la humanidad, i reprobadas por la moral del derecho.

95. Sin formular todo aquello en que seguimos las disposiciones de nuestras leyes, espresaremos solo los puntos en que abrigamos una opinion contraria o modificamos en algo. «Son inválidas e indignas de fé las declaraciones de todo individuo que tenga una amistad con la parte en cuyo favor depone, una dependencia respecto de ella, un interes en la causa, sea esta entre particulares, sea como miembro de una comunidad, ayuntamiento, etc. etc.; una enemistad por la contraria que segun la prueba rendida i el concepto que de ella forme el juez sean suficiente para inclinarlo a declarar olvidando la imparcialidad que todo testigo debe tener. Son igualmente inválidas las declaraciones del cómplice en favor o en contra de su codelincuente i la de todo individuo instigado a declarar por amenazas, temor, dádivas o promesas que a juicio del magistrado sean bastante poderosas para alterar la imparcialidad del testigo.»

96. Espresadas las cualidades personales que la lei deberia exigir a los testigos, cúmplenos tratar de las reglas con que debe recibirse la declaracion de estos. La materia se hace mas dificil en este punto, las cuestiones se complican, i he aquí un capitulo de la jurisprudencia en donde andan mas encontradas la teoria i la práctica, i en el que todas las legislaciones presentan vacios i defectos que no es dado remediar, porque emanan de la misma materia sobre que legislan. El asunto es en extremo vasto, i al bosquejar nuestras observaciones no nos asiste por cierto la pretension de llenar cumplidamente nuestro tema, ofreciéndolas con la timidez del que anda por un camino lleno de tropiezos, en el que es mui fácil caer, a la par que es dificil encontrar el termino de la senda en que marchamos.

97. Las reglas que prescriban la manera de recibirse la prueba de testigos deberán ser esencialmente restrictivas, combinando todas las garantias posibles no solo para evitar los falsos testimonios, sino para que la verdad probatoria pueda deducirse de las declaraciones exhibidas. Dos son, pues, los objetos que el legislador se propone en este punto: 1.º evitar que se falte a la fé de la deposicion: 2.º conspirar a que esta deposicion esclarezca cuanto sea posible el hecho sobre que recae.

98. ¿Cuáles serán las reglas, cuáles las prescripciones que servirán de guia al le-

¿Islador en tan interesante como dificultosa materia? No es de esperarse que nosotros hagamos una esposicion completa de todas, porque esto sobre exceder los límites de una memoria, seria tarea en extremo dificultosa ya que no imposible de llenarse con acierto, así es que nos contentaremos con apuntar las principales observaciones que se nos ocurran, desechando otras mil que aunque no de tan grave importancia servirian poderosamente para ilustrar el asunto.

99. 1.^a *Interrogatorio*. El interrogatorio es sin duda ninguna el mejor sino el único medio de obtener del testigo las nociones que se desean; ya sea para la veracidad, ya para mayor claridad i buena intelijencia: mil circunstancias interesantes, accidentes de importancia se perderian si por el arbitrio de un sistema de preguntas no se auxilia la memoria del deponente o se evitan los subterfujos o vacíos de que pudiera valerse si hiciese una narracion no interrumpida por preguntas. El interrogatorio, podemos decir, es un medio innato para descubrir la verdad aun en los negocios mas usuales e insignificantes de la vida comun; i aplicado a la administracion de justicia ha producido siempre los mejores efectos; pero hai diversas clases de interrogatorios, dirigidos los unos a obtener sencillamente una narracion del hecho, echando mano solo de las circunstancias conocidas por el juez, los otros a obtener esta misma narracion, pero consiguiéndola de cualquier modo, esto es, valiéndose el majistrado de todas las preguntas cuya contestacion juzgue conducente al esclarecimiento del hecho. ¿Qué método deberá prescribir la lei al majistrado? ¿Ordenará las reglas a las que el juez se ajuste para tomar la declaracion, o le dejará completa libertad para recibir el testimonio de la manera que juzgue mas acertada?

100. A nuestra manera de ver, no debe ponerse coto alguno al criterio del majistrado en la admision de las declaraciones, no debe la lei trazarle un camino necesario para tomarlas, i confiando en la rectitud i capacidad del majistrado, limitese solo a esponer ciertas reglas jenerales sin descender a la aplicacion en los detalles prácticos. El modo de tomar una declaracion varia infinito segun la causa i segun los testigos; las primeras son mas o ménos complicadas, mas o ménos llenas de detalles interesantes; los segundos son mas o ménos torpes, mas o ménos astutos, mas o ménos interesados en ocultar la verdad; i sujetar los diversos casos a una misma regla, es despreciar las naturales diferencias que hai entre todos ellos, es consignar un principio absoluto para la uniformidad de elementos heterojéneos. Lo que trata de averiguarse es la verdad, i hé aquí el gran fin de la lei en materia de prueba, i la verdad obtenida de cualquier modo, sea con preguntas maliciosas, sea con cuestiones sinceras, siempre que para tal objeto no se eche mano de arbitrios inmorales o que coarten la libertad del testigo. El juez debe formar su conciencia segun las pruebas que del hecho resulten; i mal puede formársela si se le traza un camino preciso, si no se le deja entera libertad de su juicio para formar su conviccion en las bases que él mismo se haya procurado. Obligando al juez a seguir ciertas prescripciones trazadas de antemano, sobre correrse el peligro de quitar a la declaracion la creencia que es lo único en que se apoya, se alejaria tambien el arbitrio de procurarse un conocimiento verdadero del hecho que se averigua, una instruccion completa en sus detalles, en todo aquello que sirva para esclarecer i dar al majistrado nociones acabadas sobre el asunto. Prohibase al juez el uso de penas afflictivas, recompensas inmorales u otros medios de esta especie, i no habrá peligro alguno para que él abuse del arma que la lei pone en sus manos; i sobre todo ordénesele no preguntar mas que aquello que toque al asunto, sin introducirse en lo que a este no atañe, i desaparecerá todo riesgo de vejacion al testigo. Una de las condiciones que la lei podria exigir en el interrogatorio es la de que éste siempre principiase por la averiguacion del estado del testigo, tanto respecto del acusado como de la sociedad en jeneral, su estado, edad, etc., to que nuestra práctica llama jenerales de la lei; pero no reducido

a una mera fórmula sino al objeto de obtener una idea cabal de la habilidad del deponente, de sus relaciones con el acusado, de sus antecedentes, lo que contribuirá poderosamente a determinar el grado de credibilidad que sus dichos merecen. Inútil es advertir que el resultado del interrogatorio deberá consignarse por escrito i que ántes de fijarse en el proceso se lea al deponente para que haga en su declaracion las modificaciones que juzgue necesarias o se le ocurran nuevamente.

101. Pero ahora se presenta una cuestion de trascendental importancia. ¿quienes tendrian derecho de interrogar al testigo, el juez solamente o las partes tambien, i de que manera se hará este interrogatorio?

102. El método interrogatorio adoptado por nuestras leyes en las causas civiles nos parece bastante conforme a los principios de la jurisprudencia, solo si que le daríamos mas latitud i estension en cuanto a las facultades que al juez corresponden en él. Nuestras leyes han querido en las materias civiles quitar toda participacion al majistrado en el esclarecimiento de los derechos que ante él se ventilan, i conspiran a que los litigantes lo hagan todo por ellos mismos, padeciendo ellos las consecuencias de su error o negligencia; asi el juez o el escribano deberán contentarse con lo que el testigo buenamente exponga sin tratar de averiguar mas que lo que espontáneamente dice. No juzgamos mui acertado el principio, ni miramos conveniente la práctica que de él resulta; pues si es verdad que nadie mejor que el interesado comprende lo que le conviene, i que por consiguiente tratará de confeccionar su interrogatorio de manera que los testigos rindan a su favor la mejor prueba posible, no es menos cierto que la justicia social está directamente interesada en el resultado de los juicios, como que le compete velar sobre el bienestar de los asociados i el prestigio de la justicia pública. Bien puede ser que los interrogatorios que se presenten para que a su tenor sean examinados los testigos, llenen perfectamente el objeto que se proponen las partes: pero tambien puede acontecer que el juez no alcance a formar con ellos la conciencia que necesita para resolver el asunto controvertido; pueden los litigantes ocultar involuntaria i maliciosamente algunas circunstancias que contribuyan al esclarecimiento del asunto; pueden quizá presentarlas de una manera que no ofrezca al juez las nociones que desea. La lei al aceptar la prueba de testigos encargó al majistrado una operacion de conciencia, una materia de conviccion moral; i a la verdad que es inconsecuente quitarle los medios de formar esta conviccion. Se dirá talvez que el argumento no tiene fuerza alguna desde el momento que algunas veces sucede que no es el juez de la causa quien toma la declaracion sino otro a quien se comisiona por una carta rogatoria; pero esto cuando mas probaria que el principio no surte sus efectos en todos los casos que se ofrecen, i por otra parte, aunque sea otro juez i no el de la causa el que reciba la deposicion, siempre seria un juez, esto es, un individuo suficientemente instruido, que no haria de un interrogatorio una mera fórmula, i que sobre todo podria tomar las declaraciones con arreglo no solo a los interrogatorios, sino tambien a las instrucciones que el majistrado de la causa le remitiese. Una carta rogatoria deberia ser (ya que de ella hablamos) no una simple copia del interrogatorio i la providencia, sino una exposicion sucinta del derecho litigado i de lo que el juez de la causa estima necesario averiguar ademas de lo consignado en el interrogatorio de las partes. Con esta instruccion a la vista, el juez comisionado sabria en que sentido deberia tomar la declaracion, sobre cuales preguntas insistir, cuales circunstancias detallar, i tomada la deposicion de esta manera vendria a surtir el mismo efecto que si se hubiese recibido por el juez que debe resolver la causa.

103. Segun lo expuesto, nosotros daríamos al juez entera libertad para recibir la deposicion sea en las causas civiles o criminales, pudiendo el majistrado preguntar mas que lo que las partes preguntan, sin obligarle a circunscribirse precisamente al

interrogatorio, dándole las facultades necesarias para averiguar todo aquello que juzgue conducente al asunto. Por este medio juzgamos que se evitaria en gran manera la comparecencia de testigos indignos de fé, se pondria un freno poderoso a la mala intencion del litigante que trata de que se averigüe del testigo solo lo que le conviene i no otras circunstancias que le perjudican; pero que servirian para esclarecer la verdad; i por otra parte el abuso de las tachas vendria a reducirse considerablemente, i el testimonio rendiria para el juez, para el litigante i para la verdad toda la fuerza probatoria de que es capaz. Uno de los grandés defectos que hemos notado en la prueba testimonial en materias civiles, segun nuestra lejislacion, es la desmesurada facultad de los litigantes para confeccionar i preparar esta prueba de la manera que mejor convenga a sus intereses i no a los de la justicia, haciendo decir al testigo lo que quieren i no lo que debe, ocultando, omitiendo a su sabor; mientras el magistrado acepta lo que el litigante le ofrece aunque naturalmente milite una fuerte presuncion en contra. Este grave inconveniente desaparece tambien con el expediente que acabamos de proponer, por medio del cual el testigo dirá todo aquello que el juez necesita para formar un concepto cabal i todo lo que las partes han menester para el esclarecimiento de sus derechos.

104. Autores hai entre los que es de notarse el ilustre inventor del sistema *utilitario* que conceden tambien a la parte o a su abogado un interrogatorio verbal de los testigos contrarios en presencia del juez. Por nuestra parte nos adherimos a esta opinion; pero con ciertas limitaciones que creemos destinadas a producir mui ventajosos resultados en la práctica, i para evitar algunos de los inconvenientes que se han observado en el principio que consignamos, podria adoptarse el siguiente método. Concluido el término probatorio i hecha la publicacion de probanzas se daria un término a las partes que al propio tiempo de servir para las tachas, pudiesen usarlo para dirigir al juez un pedimento en que se expresase que en tales dichos de los testigos de la contraria ha notado esta o aquella equivocacion que juzga poder desvanecer; porque o nacen de no haberse comprendido la pregunta, o de ser esta capciosa o de otro motivo de esta naturaleza. Esto es, nosotros exijiriamos individualizacion de las preguntas sobre las que se solicita un nuevo exámen del testigo i designacion por consiguiente de la persona del testigo cuya rectificacion o explicacion se pretende; empero dejariamos al discernimiento del magistrado aceptar o desechar este pedimento como nuestras leyes lo hacen con las tachas; i proveido, como se pide, se notificaria a la parte contraria para que por sí o por su patrocinante concurriesen al nuevo exámen de su testigo. Hecho el exámen delante del juez circunscribiéndose precisamente a las preguntas i testigos indicados en la solicitud, el resultado debería consignarse por escrito para agregarse a los antecedentes de la causa e hiciese parte de prueba.

105. Este arbitrio que aunque nuevo en nuestra práctica no lo es en Inglaterra, Estados-Únidos i Francia en las causas criminales no presenta inconvenientes de tanto bulto que hagan despreciar los beneficios reales que de su aplicacion resultarian. ¿Se temeria acaso la pérdida de tiempo, el alargamiento de la causa, o que un litigante mal intencionado se aprovechase de este expediente para prolongarla? pero estas objeciones desaparecen porque la primera se destruye diciendo, que el nuevo exámen se ejecutaria en el mismo tiempo que la lei concede para las tachas, i la segunda dejando al juez calificar de admisible o inadmisible la peticion, imponiendo a mas una multa al litigante que negada su pretension apelase i fuese condenado en la segunda instancia. ¿Se temeria recargar las ocupaciones del juez, distraerle de mas serias tareas con pueriles nimiedades? tampoco; porque él mismo es quien califica la importancia o inutilidad de lo que se pretende, i este inconveniente no querria decir sino que si un juez no puede atender a tantos negocios, debería aumen-

tarse el número de los jueces para que la justicia social fuese mas espedita i mas fácil de conseguirse el derecho de las partes. Otros dos temores podrian tambien abrigarse i son: primero, que este segundo exámen diese lugar a riñas o querellas entre los litigantes faltando al decoro del tribunal, i que el exámen se hiciese de una manera capciosa o maligna, de modo que se torciese el sentido jenuino de la declaracion, o se pusiese al testigo a riesgo de equivocarse, confundirse o contradecirse involuntariamente. Mas estos inconvenientes como los anteriores tienen sus remedios en el mismo expediente propuesto, porque por una parte, el juez hará que los litigantes guarden la compostura debida; i por otra, la parte a quien pertenece el testigo que se examina i aun al mismo juez impedirian que la parte contraria se aproveche de sutilezas indignas, no debiendo salir el exámen de los limites prescritos sin avanzarse a vejacion alguna en la persona del testigo, sin averiguar mas que aquello que se ha iudicado. Con estas limitaciones i mediante estos principios, aceptamos la opinion arriba consignada del exámen reciproco de los testigos.

406. Otro arbitrio nos parece todavia mas aceptable en el interrogatorio, i es el exámen mútuo de los testigos; esto es la facultad de interrogar a los testigos contrarios. Un litigante puede conocer mui bien las armas de que va a valerse su contendiente de mala fé, i que abusando de la honradez de sus testigos forma los interrogatorios de modo que se mencionen ciertas circunstancias, ocultando otras que talvez se perjudican. El interrogatorio mútuo neutraliza poderosamente las maquinaciones de esta especie; i mas que todo esclarecerá la verdad i la presentará revestida de todos los incidentes que obran en pro o en contra. Este medio es de igual carácter i con el mismo objeto que el que acaba de indicarse, por lo que pudiera adoptarse el uno o el otro, dirigidos ambos a evitar el defecto de los testigos que solo deponen segun las indicaciones de uno de los litigantes. El interrogatorio reciproco no ofrece el inconveniente de ninguna dilacion, ni es tampoco un recurso que pueda explotarse por la mala fé; pues si los testigos contrarios deponen siempre aunque yo les interrogo, a favor de la parte que los presenta, la prueba de la contraria se reforzará con una presuncion demas; i si declaran en mi apoyo, será un nuevo abono de mi derecho i una clave segura para descubrir las ocultaciones i malicia de la otra parte. Estos interrogatorios se harian durante el término probatorio concedido para ambas partes, i seguirian las mismas reglas de los otros.

107. 2.^a *Presencia del juez, quien debe tomar la declaracion.* Por lo que llevamos espuesto puede verse que exijimos la presencia del juez en el interrogatorio; i a la verdad, este requisito es a nuestro modo de pensar indispensable, necesario en tanto grado, cuanto que en él ciframos en su mayor parte el resultado del testimonio. Sabida es por todo aquel que tenga algun conocimiento de nuestros hábitos judiciales, la manera maquina, puede decirse, i nada solemne con que se toman las declaraciones; sabido es que actos que tan vital trascendencia pueden ejercer en el resultado de un juicio, se confian a individuos en gran parte de ninguna respetabilidad social que garantice la fuerza de sus procedimientos en materias de tan serio interes; de ninguna instruccion que asegure que se examinan los testigos con la circunspeccion que se debe. Sobre perder el testimonio todo su prestigio moral, i con él la base de credulidad en que reposa, se abre una fuente fecunda en abusos, mui ancho camino a fraudulentas maquinaciones, i mas que todo se pierde la luz de evidencia, el resultado probatorio de veracidad que podria dar este mismo testimonio administrado de otro modo. El acto de tomar una declaracion no es tan sencillo como podria suponerse, necesita cierto grado de instruccion en las leyes, ciertas solemnidades sin las cuales desaparece completamente ese prestigio de respetable autoridad que deben conservar todos los actos judiciales, i cierto interes en el éxito de la justicia que no puede esperarse en individuos que ejercen el oficio de recibir de

claraciones; así no es de esperarse que tales individuos instruyan al testigo de los solemnes deberes que está llamado a llenar en aquel momento, ni que tampoco procuren que las preguntas guarden consonancia con las respuestas, o que aclaren o soliciten la explicación de éstas cuando aparecen confusas, un testigo no guardará delante del escribano el respeto que le merece el juez cuya jurisdicción i facultades conoce; i el deponente astuto que eludirá con respetos evasivos la pregunta que se le hace, no se atreverá a usar los mismos subterfujos delante del magistrado cuya superioridad debe sentir. Por otra parte, el escribano sin conocer los antecedentes de la causa, ignorando talvez de lo que se trata ni puede desechar las respuestas inoficiosas, ni pedir explicación de las dudosas, ni saber cuándo el testigo depone al tenor de los hechos que se le preguntan; de aquí muchas veces esa confusión en los interrogatorios, de aquí como cada testigo regularmente aleccionado por la parte que lo presenta sabe de antemano de memoria lo que va a contestar maquinalmente persuadido que la declaración no se reducirá mas que a una simple lectura de las preguntas que ya conoce. Nos parece innegable tambien por otra parte que los falsos testimonios serian con mucho, ménos frecuentes si el juez examinase los testigos, hai algo en ese respecto innato a la justicia que retraeria a muchos de cometer un perjurio, i hai algo tambien en el modo particular de tomar la declaración que aumentaria las dificultades de cometerlo.

108. Bien conocieron nuestras leyes el peso de estas i otras razones que escusamos exponer en favor de la brevedad que nos es necesaria; pero el principio consignado en ellas sobre ser poco aceptable ha dado márgen a una práctica mui viciosa. En efecto, segun nuestra legislación vigente las declaraciones deben ser tomadas por el juez en las causas criminales, pero en las civiles solo en las de alguna importancia. La distincion entre las causas civiles i criminales puede ser algun tanto lójica en el presente caso; por cuanto la lei ha considerado que a las partes toca velar por sus intereses en los procesos civiles, formando sus interrogatorios de manera que rindan la mejor prueba posible; mas no juzgamos mui razonable la diferencia entre las causas civiles de grande i de pequeña importancia. ¿Porqué son mas importantes unas causas que otras? ¿es acaso porque en unas se trata de un mayor interes pecuniario que en las otras? tal base en una distincion es hasta inhumana; porque la importancia de una causa segun su interes pecuniario depende de la condicion poderosa o miserable de los litigantes, i los 200 pesos que son para Diego millonario una pequeñez inapercibida, son para Juan pobre toda una fortuna. ¿O es segun la importancia jurídica de la cuestion ventilada? pero tambien entónces no se cumpliria con el objeto de la justicia, porque la cuestion no es para las partes interesante por su importancia científica sino por la controversia que afecta a sus intereses. La distincion indicada ha producido por resultado necesario que jamas los jueces examinen los testigos por ellos mismos en las causas civiles; i es esta naturalmente la consecuencia precisa de la diferencia poco razonable que la lei establecia. Varias otras objeciones podrian representarse a la necesidad que en nuestra opinion existe de que los jueces reciban personalmente las deposiciones tales como el temor de recargar las ocupaciones de los jueces, o de que el arbitrio pierda su eficacia, cuando por estar los testigos en otro punto es necesario enviar cartas rogatorias a otro juez. Mas estas objeciones quedan contestadas cuando se habló del interrogatorio; i manifestado el poco fundamento en que estos temores se apoyan. Creemos tambien que hai una razon especial para que nuestra jurisprudencia consiga el principio de la presencia del juez en el interrogatorio, razon que nace del estado social de la mayor parte de nuestros conciudadanos, que alejados todavia del conocimiento de aquellas nociones mas comunes de la civilizaci6n presentan con su ignorancia otro grave peligro para la exactitud del testimonio. Si a la natural ignorancia de los declarantes añadimos la de los que

toman las declaraciones el peligro subirá de punto; i las prescripciones de la lei vienen a esterilizarse completamente; porque en efecto, ¿a qué se reducen las *jenerales de la lei* que se fijan a la cabeza de todos los interrogatorios si el que recibe la declaracion no esplica i especifica al testigo las diversas prohibiciones para declarar que los codigos establecen; i, a qué aquel tan esencial requisito de que los testigos den razon de sus dichos, entre jentes que no comprenden muchas veces lo que es un interrogatorio, ni ménos les interesa que este produzca los efectos que se desean, obligando al testigo a que exprese la razon, el fundamento de lo que dice? A las otras ventajas que acabamos de apuntar debe pues añadirse el otro inconveniente que resulta de adoptar el sistema actual para tomar las declaraciones, i de estas circunstancias deduciremos la regla siguiente. «Los testigos que las partes presentaren o los que el juez examinare de oficio, serán preguntados por el juez al tenor de los interrogatorios que los contendientes presentan, pudiendo el magistrado hacer ademas de las preguntas contenidas en los interrogatorios aquellas que juzgase conducentes al esclarecimiento de la causa; pero cuando por no encontrarse el testigo en el lugar del juzgado o por otro motivo de esta naturaleza no pueda el juez examinarlo personalmente, se pedirá su declaracion por medio de una *carta rogatoria* dirigida al juez de la residencia del testigo, en la cual el juez de la causa ademas de una relacion precisa i compendiosa del hecho que trata de averiguarse, dará al juez rogado las instrucciones que estime necesarias para que la declaracion reuna la exactitud i perfeccion que debe tener.»

109. 3.º *Que el testigo dé razon de su dicho.* Este requisito esencialísimo ha sido tambien indicado por nuestras leyes, bien que una práctica poco cautelosa i relajada casi lo ha convertido en una prescripcion de consejo i no de obligatorio precepto. Esta cualidad del testimonio es nada ménos que todo su fundamento, su principal apoyo para la creencia que se le preste, i sin él, ademas de igualarse los buenos con los malos testimonios se desvirtúa la base filosófica de la prueba, la creencia racional, la conviccion intelectual sobre que debe reposar todo medio probatorio. Juan dice que le consta que Diego ha pagado el documento que ahora le cobra Pedro ¿pero cómo le consta de adonde deriva su persuacion?; porque necesario es que tenga algunos motivos poderosos para aseverar el hecho, preciso es que antes se convenza la intelijencia del juez por medio de razonamientos o aserciones que le induzcan a creer que el deponente presta su declaracion con conocimiento de causa, preciso es ántes persuadir a que se crea, para que haya creencia i ministrar a la razon los apoyos del criterio, que no es otra cosa que una operacion deductiva de la intelijencia del juez que deriva de estos o aquellos fundamentos la resolucion de creer o no creer al testigo. Si se dejase a cada testigo decir simplemente lo que sabe sin referir el origen de su deposicion, nada habria mas sencillo que forjar embustes con entera impunidad: exigir del deponente que manifieste las razones de la creencia que emite, es manifestarle la cautela con que la lei aceptó su narracion, es quitarle un pretexto de falsedad i es por otra parte tanto mayor fuerza a la declaracion. Sin duda alguna que un testimonio razonado, especificado en sus diferentes circunstancias, que nos manifiesta los antecedentes que lo han formado, i nos muestre la relacion lójica de lo que se vió u oyó con lo que refiere, nos encontraria dispuestos a dispensarle la creencia que merece todo aquello que trae en su abono el apoyo de la razon, base de todo convencimiento; i en las causas criminales es de tan grave importancia el requisito de que hablamos que a carecer de él, las declaraciones no tendran mas que una utilidad indirecta, i de ninguna manera podrán formar esa conviccion que se requiere para resolver en asuntos de tamãna trascendencia. Por otra parte, el testigo dando razon de su dicho no solo abona su propio testimonio, sino que tambien puede proporcionar al juez, sobre todo en las causas criminales, multitud de

antecedentes de gran valor para el descubrimiento de la verdad que se averigua: un testigo dando razon de su dicho nos dirá que le consta que Juan ha herido a Pedro; porque casualmente se encontraba en el lugar del hecho con tales o cuales individuos, los que dijeron que la riña era consecuencia de haber provocado el herido al autor del delito. De aqui para el juez dos circunstancias que contribuirán a esclarecerle, la existencia de otros testigos i la causa de la infraccion a las leyes de la que se deriva una circunstancia atenuante del crimen, i como en este ejemplo, la mayor parte de los que se presentan en las materias criminales manifestarán como la razon del dicho es una fuente fecunda de prueba, un principio que desarrollándose guia muchas veces al fin de la evidencia. Las leyes deberian exigir estrictamente esta cualidad en todas las declaraciones; ma no reducida a unas mera fórmula exterior, sino a un requisito sin el cual la deposicion no tendria la fuerza probatoria que pretende, sin cuyo cumplimiento el testigo no podria contribuir a formar una prueba plena; mas la exigencia de la lei no deberia limitarse a esta sola circunstancia, sino tambien a especificar determinadamente lo que ella entiende por dar razon de su dicho, como nuestra lei de partida indicò lo que el majistrado deberia preguntar a l testigo en las causas criminales las circunstancias que precedieron, acompañaron i siguieron al hecho, como lo que nuestras mismas leyes han tambien exigido a los testigos de un testamento que se pretende protocolizar. Esta individualizacion o expresion especial de lo que constituye la razon del dicho serviria tambien para la calificacion del valor i fuerza de la declaracion, segun que la que se preste reuna los requisitos pedidos por la lei a este respecto; porque natural es que cuanto mas razonada sea, esto es, cuantas mas cualidades explicativas reuna, tanto mayor merito tendrá a los ojos de la justicia, que encontrará en ella no solo una declaracion digna de fé, sino tambien el arbitrio de procurarse otras pruebas.

410. Ya que hemos hablado del interrogatorio i de la presencia del juez justo es que emitamos algunas ideas sobre la publicidad, requisito mui en voga entre muchos teóricos modernos, que siguiendo la escuela inglesa, han creido encontrar en esta cualidad una de las mejores garantias de la bondad del testimonio. Empero no juzgamos que debe darse a este requisito la trascendental importancia que se ha pretendido atribuirle, ni menos concederle en la práctica la tan provechosa influencia que mencionan sus partidarios, pues al contrario nos inclinamos al lado de los que creen que lejos de resultados ventajosos podria producir incómodas consecuencias para la administracion de justicia. Nadie duda que la publicidad de los juicios contribuye en gran manera a asegurar la justicia de las decisiones, la honradez de los procedimientos de los jueces, mas esta publicidad tiene tambien sus límites que si se exceden se orijinan quizá perniciosos embarazos para la sustanciacion de las causas, límites aconsejados para el mismo objeto de los procedimientos judiciales, i que se refieren tanto a la conveniencia pública como a la privada. La lei llena suficientemente el requisito de la publicidad con la publicacion de la sentencia, con la libertad que tiene el público de presenciar la relacion i alegato de las causas, i de leer en los archivos cuantas piezas desee del proceso; esta es la manera con que la administracion de justicia rinde cuenta a los ciudadanos de sus procedimientos, gozando cada cual del uso espedito de su derecho, de criticar i censurar esos procedimientos por medio de la prensa, o de exigir el exámen de la conducta de un juez entablado la querrela de capítulos. Pero, ¿cuáles son las ventajas que a la sociedad resultan del público exámen de los testigos? ¿Se creeria acaso que cuanto mayor sea el número de espectadores, tanto menor será la probabilidad del falso testimonio? Pero este razonamiento nos llevaria hasta concluir que en aquellos juicios que no interesan al público habria un gran temor de que los testigos faltasen a la verdad, debiendo las partes para precaverse, influir sobre sus parientes i relaciones para que con su asis-

tencia quitasen a los declarantes la tentacion de mentir. ¿O se temeria que un juez mal intencionado podría valerse del sijilo de las declaraciones para confeccionarlas a su sabor i ejecutar impunemente sus malvados manejos? Este temor sobre ser pueril está contradicho por la esperiencia, tanto en las causas civiles como en las criminales: las declaraciones constan por escrito, firmadas por el deponente a quien se leen, i seria menester que el juez i el escribano se coludiesen para alterarlas, i puede asegurarse que en toda la historia judicial tan abundante en curiosos ejemplos, poquissimos i mui contados serán los que puedan indicarse de haber los jueces faltado de esta manera a sus deberes. Notemos tambien que esta pretendida garantia se hace las mas veces ilusoria por motivos mui fáciles de percibir; porque el público no se preocupa sino de aquellas causas que exitan poderosamente su curiosidad; i aun en esas pocos tendrán la suficiente paciencia para concurrir a todos los interrogatorios; hecho que seria mucho mas de notarse entre nosotros; pues vemos diariamente desiertos nuestros tribunales de apelacion sin embargo de estar abiertos para todos lo que deseen presenciar las interesantes cuestiones que en ellos se presentan cada dia. Por otra parte, como acabamos de decir, no solo no divisamos ventajas en este requisito sino que aun encontramos inconvenientes de considerable peso; porque en efecto, si vemos en los procesos criminales, la interrogacion pública de los testigos quitara muchas veces al juez la probabilidad de descubrir al delincuente, no podrian formarse los cargos ni argüir a un testigo con lo que otro ha declarado. Si los testigos i el reo pudiesen examinarse en una misma sesion no habria temor que los testigos falsos confeccionasen sus dichos con arreglo a los que ha oido a los demas; pero este arbitrio seria imposible de adoptarse, i de esta manera se daria tiempo al falso deponente para que arreglase su declaracion por lo que la voz pública le habia trasmitido de lo que los otros han declarado. Mayor peligro tendria la publicidad en los negocios civiles; porque sabiendo una parte los interrogatorios de la otra i la declaracion de sus testigos, le seria mui sencillo acomodar su prueba, de modo que neutralizase los dichos contrarios; i sin añadir ninguna ventaja para la verdad de los testimonios, se crearia por el contrario una fuente inagotable de intrigas i contradicciones.

111. 4.º *Que las deposiciones se estiendan por escrito, firmadas por el juez, el escribano i el declarante.* La sola enunciacion de estas garantias nos manifiesta su importancia i la inmediata aplicacion que tienen en la práctica judicial. Basta solo indicar las ventajas siguientes para convencerse de la necesidad que existe de que la lei exija con cuanta estrictez se pueda el cumplimiento de estos requisitos: 1.º garantia que no se alterarán las declaraciones; 2.º fundamento visible de la sentencia que en ellas se apoye; 3.º fundamento para la sentencia de segunda instancia, i el tribunal de apelacion no necesita examinar nuevamente a los testigos; 4.º constancia fehaciente del testimonio que pudiera servir para cualquier otro caso relacionado con este. Mas, no solo las declaraciones deberán anotarse con escrupulosa prolijidad, sino tambien todas las preguntas del juez con sus palabras testuales si es posible en los interrogatorios de las causas criminales de oficio, i en las civiles i criminales a instancia de parte, cuando los jueces usen de la facultad que les hemos concedido de añadir a los interrogatorios las preguntas o circunstancias que estimaren necesarias para el mas amplio conocimiento en el asunto. Sobre la conveniencia i absoluta necesidad de los requisitos indicados no cabe cuestion ninguna ni creemos que haya legislacion ni práctica alguna que no los haya sancionado. Una excepcion mui lógica se presenta para el cumplimiento de esta cualidad en los juicios verbales de menor cuantia, cuya tramitacion especial aleja todas aquellas dilaciones que necesarias en los juicios tramitados por escrito, servirian solo de un incómodo embarazo en las

causas verbales. Mas fuera de este, especialísimo caso, las cualidades indicadas son de la mas reconocida importancia en la tramitacion de los juicios.

112, 5.º *Dos testigos contestes hacen plena prueba reuniendo por otra parte los demas requisitos exigidos por la lei.* Esta máxima parece universal en las legislaciones; i máxima fundada en una razon tan lójica como usual aun en la vida ordinaria; porque si ya sentimos una inclinacion bien pronunciada a creer lo que es aseverado solo por uno, con tal que este uno nos merezca por su honradez i antecedentes la fé necesaria para prestarle creencia, sin duda alguna que lo que era solamente una fuerte inclinacion, se convertirá en una persuacion si el mismo hecho es asegurado por otra persona con las mismas cualidades de la primera. Por otra parte, la práctica judicial de largos siglos ha consagrado esta máxima en dogma de la jurisprudencia, que jamas la ha puesto en duda en las diversas naciones cuyas leyes han merecido alguna atencion; i a nuestra noticia no ha llegado código ninguna que haya pretendido atacar este principio que el tiempo i la sabiduria de tantos legisladores han proclamado incontrovertible. Este argumento histórico es de gran peso en la materia; porque la uniformidad del mismo hecho, en tan distintos paises, en tan diversas legislaciones, en tan variadas épocas, manifiesta que en el hecho hai algo que muestra la racionalidad i sólido fundamento del principio, porque ni tantas generaciones, ni tantos legisladores es fácil que se hayan equivocado de este modo. Multitud de ejemplos particulares podrian aducirse para combatir el principio que establecemos de acuerdo con nuestras leyes, mil especiosas objeciones podrian producirse contra la aplicación absoluta de este principio; pero esto cuando mas argüirá la imperfección de la regla i no la bondad de cualesquiera otra con que se pretendiese sustituirla. En esta ocasion como en otras, diremos que hai mucho que lamentarse en todas las instituciones humanas, en todas las disposiciones de los códigos i mayormente en la materia de que tratamos, una de las mas dificultosas en la teoria i de las mas engorrosas en la práctica. La regla de que dos testigos contestes hacen plena prueba es la única aceptable, el solo término medio que se encuentra apoyado en la razon i en los datos de la esperiencia; pero necesario es que la lei establezca de antemano para prevenir todo abuso; lo que ella entiende por *contestes*, que a nuestro modo de ver no es otra cosa, *que la conformidad de los testigos en el hecho o cosa, lugar i tiempo en que se verificó, personas que intervinieron i otras circunstancias principales de lo acontecido.* Esta definicion es mas lata que la adoptada entre nosotros, i esta mayor latitud está destinada en nuestra opinion a prevenir muchos casos, en los que no es posible espresar en la lei las coincidencias de los testigos que ademas de la persona i hecho los constituye *contestes*; porque el tiempo, lugar, persona, hecho o cosa, no son a veces suficientes para adquirir un cabal conocimiento de la materia en cuestion. Concebimos mui bien como en los juicios criminales i en gran parte de los civiles, el tiempo i lugar son accidentes tan interesantes que sin ellos no se conseguiria una idea perfecta de los acontecimientos; como tambien que en muchas causas civiles, la prueba no saca fuerza del tiempo i lugar en que los hechos sucedieron, siendo mas bien en estos ejemplos cualidades esplicativas, que esenciales del testimonio. Juan i Pedro se presentan como testigos en una acusacion contra Diego, procesado por asesinato: ambos dicen haberle visto herir a la víctima, ambos que fué a las doce del dia i en la plaza pública; pero el uno depone diciendo que el occiso atacó al acusado i éste le mató por defenderse, mientras el otro declara que Diego asesinó sin provocacion alguna: he aqui conformidad en el hecho, lugar, tiempo, personas, i sin embargo los dos testigos no están *contestes* para nuestra definicion, ni forman una prueba plena, porque hai entre ellos diversidad en cuanto a algunas circunstancias principales, esenciales del hecho i que le hacen tomar el carácter de inocente o criminoso, segun se refuerce por otra prueba

la declaracion de uno u otro de los testigos. Veamos ahora otro ejemplo: Pedro demanda a Juan el precio de una partida de azucar que le ha vendido, i el demandado presenta dos testigos de los cuales dice el primero que vio a Pedro recibir de Diego tal cantidad, (la misma que se demanda), i segun se le dijo por ambos litigantes era el precio de una partida de azucar, i que el hecho sucedió en la tienda de Pedro. El otro testigo depone lo mismo, con la diferencia de no acordarse del lugar, i consta por confesion del mismo demandante que no ha vendido al demandado otra azucar que ésta cuyo precio litiga ahora. Hai conformidad en todo ménos en el lugar; i a pesar de esto los testigos están perfectamente contestes, j el hecho suficientemente probado para fallar absolviendo al demandado, i los mismos ejemplos podrian reproducirse acerca del tiempo. Las cualidades absolutamente necesarias en toda causa, son, pues, las personas i hechos; porque en cuanto al lugar i tiempo muchas causas habrán en las que no sea de tomarlos en cuenta como un requisito sustancial para la prueba; en cambio que se ofrecerán otras en las que aun conviniendo los testigos en las personas, cosas o hecho, tiempo i lugar no están contestes; porque fallan otras circunstancias sin las cuales no puede comprenderse la verdadera naturaleza juridica del asunto litigado. De aqui es que nuestra definicion indica la conformidad en *otras circunstancias principales*, circunstancias que varian en cada hecho, en cada cuestion particular, por lo que la determinacion de ellas debe dejarse al concepto del juez, el cual deberá espresarlo en su sentencia, i manifestar detalladamente los motivos de conformidad o desconformidad de los testigos, en los detalles esenciales del juicio en cuestion.

113. ¿Habrá casos en que un solo testigo baste para formar prueba plena? Respondemos la pregunta negativamente; porque por mas abonado e intachable que sea, hai una sospecha fuertisima i una regla de innata prudencia para desechar una prueba que sobre tener todas las presunciones que hai en contra del testimonio, se presenta aislada, tan sujeta a todos esos peligros ocultos que en vano intenta la lei evitar: *testis unus testis nullus*, ha sido siempre una máxima jeneral de la jurisprudencia que jamas ha sido puesta en duda. ¿I qué regla se adoptaria cuando se presentase un solo testigo abonado i una semiplena prueba de otra especie? En nuestro sentir en este caso como en otros en que se presentasen dos semiplenas pruebas de distinta naturaleza, no creeriamos que juntándolas bastarian para formar una prueba suficiente i plena; porque serian dos elementos de distinta naturaleza, de caracter diverso quizá i heterojéneos, que aunque se junten i combinen no pueden formar un todo uniforme, porque las partes de que este se compondria conservarían cada una su carácter peculiar. Admitir un principio contrario seria hacer la prueba en extremo sencilla, i aceptar recursos probatorios con un valor que ni la razon ni la jurisprudencia pueden darle. Verdad es que una serie de semiplenas pruebas podria conducir hasta una verdad suficientemente probada, lo que mayormente es de observarse en los procesos criminales; pero esto no justificaria la esposicion de una regla jeneral que consagrarse el principio de que dos pruebas semiplenas forman una plena i fehaciente. Los peligros de un principio semejante son harto palpables i notorios para que necesiten dilucidacion i ejemplos.

114. 6.º *Ratificacion*. El objeto de la ratificacion es que el testigo se asegure en su declaracion en enmienda o corrija sus dichos en lo que juzgase conveniente, i esta operacion es en la mayor parte de los juicios civiles coexistente con la declaracion, otorgándose acabada que sea i leida al testigo, mientras en los criminales i civiles precedidos de sumaria, los testigos deponentes en éste se ratifican en el plenario. El principio fundamental de la disposicion es por una parte facilitar al testigo todos los medios de dar una declaracion acertada i sin errores, i por otra la máxima de la invalidez de toda deposicion dada sin citacion de la parte contra quien obra; i sobre

estos dos fundamentos se apoyan las ventajas deducidas de la ratificación, entre las cuales se cuentan como muy principales i provechosas las siguientes: 1.^a evitar la colusión del juez i escribano para suponer delaciones falsas; 2.^a que por este medio se podrán descubrir otras circunstancias interesantes en el hecho que se averigua i que talvez se perderian si no se ratificase el testigo; 3.^a que se dá al testigo el tiempo i la ocasion de corregir sus errores voluntarios o involuntarios. En nuestro sentir estas ventajas son en gran parte ilusorias, i mas que ilusorias hai inconvenientes que las contrapesan i las sobrepasan con exceso, en fuerza de los cuales admitiendo la ratificación inmediata, desechamos la posterior, esto es, aquella que se administra en el plenario a los testigos de los juicios sumarios. El primer beneficio que se pretende deducir es una garantía contra las colusiones posibles aunque no probables; garantía que desaparece desde el momento que consideramos las mil maneras con que un juez malvado puede abusar de su sagrado ministerio, sin tener necesidad de recurrir a estampár en una declaración lo que el testigo no dijo. Este espediente tendria sus peligros, mientras hai otros con menores riesgos i de mayor seguridad, como la admision de un testigo cohechado o de otra cualquiera semejante, en que estuviese oculta la tacha a la parte contraria. El argumento de la colusión no es una razon de peso en esta materia; porque las leyes tienen mucho que confiar en la buena fé del magistrado, i el temor de este peligro probaria mucho sin probar nada; porque pudiera aplicarse a cada facultad que la lei se vé obligada a conceder al juez. La segunda ventaja nos hace mucha fuerza i es por eso que admitimos la ratificación inmediata i no la remota, en la que media largo tiempo entre la ratificación i la declaración; porque en esta última del mismo modo que puede servir para añadir circunstancias interesantes, es tambien una oportunidad que podria explotarse para introducir embustes que desvirtuen la verdad que se habia declarado al principio; i mas aun si en la ratificación se introducen algunos nuevos hechos, hai una presunción bastante fuerte en contra del testigo; porque debemos partir de un principio que nos dice, que la verdad es un hecho espontáneo i la mentira una combinacion premeditada; i que el testigo que dijo invenciblemente la verdad en su declaración la falseará en la ratificación, habiendo tenido el tiempo suficiente para urdir su embuste. Por otra parte, el testigo entre la ratificación i la declaración puede haber variado de condicion, puede estar aleccionado por la parte, cohechado; i aunque es verdad que este mismo argumento se retuerce en nuestra contra, diciendo que tambien el que declara la falsedad se ratificará con la verdad, lo cierto es que en igualdad de circunstancias hai mas fundamentos para temer el peligro que para aprovecharse de la ventaja. Idénticas razones argüiriamos contra la tercera ventaja i para todas pondriamos este dilema: o el testigo en su declaración declaró con fidelidad, o cometió un falso testimonio; si lo primero la ratificación es inútil; si lo segundo es natural que persista otra vez en su falso testimonio; porque nadie quiere cargar los reproches de lijero o mentiroso i por consiguiente es tambien inútil la ratificación. Consideremos por otra parte, las dilaciones, nuevos gastos, nuevos entorpecimientos que traen las ratificaciones; que ya no está el testigo en el lugar del juicio, que ha muerto, que ha desaparecido, i añadir nuevas declaraciones a las anteriores. ¿Cuántos criminales no han eludido el justo castigo de sus crímenes por esta sutileza legal? I sobre todo el principio de que ninguna declaración es válida sin la citacion de la parte a quien perjudica, es por la práctica i por la misma lei nulo sino ridiculo, pues sabemos muy bien que esta citacion no tiene otro objeto que presenciar el juramento, lo que si es una seguridad para la parte viene a ser tan indirecta que sabemos tambien que rarísimos son los que hacen uso del derecho de presenciar el juramento de los testigos.

145. La lei reúne todas las garantías suficientes i posibles exijiendo la ratificación

inmediata; i a nuestra manera de ver debería exijirla tanto en los juicios plenarios como en los sumarios, en los civiles como en los criminales, fundados en las razones que llevamos espuestas, i de aqui deduciremos esta regla.—«Terminada que sea la declaracion de un testigo en todo juicio, se leerá al deponente, el cual espresará lo que juzgue conveniente, ampliándola, modificándola, corrijiéndola en lo que juzgare de verdad i es su ánimo decir, pudiendo el juez hacerle las observaciones que estimare útiles, al tenor de las cuales responderá el testigo; i sea que este se conforme con lo que hai escrito; sea que en alguna manera lo modifique, se asentará esta diligencia con su detalle al pié o al márgen de la declaracion firmando el juez, el escribano o el testigo.»

116. 7.º *Juramento*. En todos los paises las declaraciones de los testigos han sido precedidas por el juramento de decir verdad, i es mui de notarse la uniformidad de todas las lejislaciones a este respecto, que rinden un tributo a una triste esperiencia que manifiesta que el hombre necesita para creer en la veracidad de otro hombre, que esta vaya apoyada en el nombre de Dios. Dijimos al principio que el juramento era una de aquellas garantías mas fácil i frecuentemente burladas; pero esto no obsta para que en su aplicacion práctica surta algunos buenos efectos, ya que no en aquellos familiarizados con el crimen, a lo ménos en los que conservan aun si no la fuerza, la timidez siquiera de la conciencia. No se necesita estar mui versado en nuestros misterios judiciales para saber que hai rondando por todos nuestros tribunales una raza de seres abyectos, que tienen la impudencia de llamarse a ellos mismos *juradores*; porque su oficio es prestarse a atestiguar en cualquiera causa mediante una recompensa pecuniaria; pero la lei no habla con estos corazones empedernidos que burlándose de la moral humana han perdido el temor de Dios, i procura hacer sentir sus efectos en aquellos que, sea por amor a los deberes sociales, sea por miedo a una sancion espiritual, se prestan a decir la verdad que se les pregunta en juicio. Nosotros impondriamos el juramento como una condicion esencial de toda buena declaracion; porque si es cierto que no es sino una garantía mui precaria, la facilidad i ningun peligro de su aplicacion, la aconsejan como la de aquellos medicamentos que si no estirpan el mal de raiz, contribuyen a mitigar muchos de sus dolores.

117. *Apropósito de juramento*, nuestras leyes i prácticas mueven una cuestion en la materia, a saber: si juramentado el testigo puede apartarse de la presencia del juez para evacuar despues su declaracion, i la solucion dada a ella nos parece bien conforme a los principios de la jurisprudencia, porque las dos excepciones con las que se resuelve la cuestion, están bien fundadas en sólidas razones. Estas dos excepciones son: cuando no se le pueda tomar las declaraciones por las ocupaciones del juzgado; i segunda cuando el testigo dijese que tenia que consultar apuntes o refrescar su memoria para poder declarar; i en ambos casos la suspension de la declaracion no presenta dificultad ninguna; ¿pero qué sucedería cuando principiada a tomar la declaracion esta tiene que interrumpirse? Distinguiremos: si la interrupcion proviene del juez por sus ocupaciones u otro motivo imprevisto o extraordinario, o si es solicitada por el mismo deponente, i en el primer caso, no estableceríamos precaucion alguna como que no existe presuncion en contra del testigo cuya declaracion se interrumpe sin que él lo solicite; pero en el segundo estableceríamos que el deponente manifestase al juez la naturaleza de los motivos que le prohiben continuar declarando, i entonces el magistrado calificaria si realmente el testigo necesita consultar sus papeles, o refrescar su memoria de esta o aquella manera, o si solo pide la interrupcion de la declaracion por motivos pueriles o por un subterfujio. En ambos casos exijiriamos, sin embargo, un nuevo juramento como una seguridad de que el ánimo del testigo no ha variado. No insistimos mas acerca de este punto, porque los

casos de esta naturaleza que se ofrecen en la práctica son mui poco frecuentes, tan poco, que en mil testigos no ocurrirían dos.

118. Creemos si que el juramento debe abrazar no solo la aseveracion de decir verdad en lo que supiere i fuere preguntado, sino tambien otras circunstancias de sumo interes en la declaracion; así nosotros exijiriamos que todo testigo ántes de declarar jurase que no se mueve a hacerlo por amenazas, promesas o dádivas, por amistad con una de las partes o enemistad por la otra, i ántes de principiar la declaracion debe el juez instruirle brevemente de las obligaciones que el juramento le impone, i las penas con que la lei conmina a los falsos testigos. El modo nada solemne con que entre nosotros se toma el juramento, la ignorancia muchas veces de los deberes que nacen de ese empeño sagrado, son sino la causa de muchos falsos testimonios, un motivo de mas para que muchos testigos falten a la verdad. La lei deberia establecer el principio siguiente: «a toda declaracion debe preceder un juramento prestado por el testigo ante el juez el cual le preguntará si jura por Dios i los principales artículos de su creencia, que dirá todo lo que supiere acerca del hecho sobre que se le examina, que no va a declarar por qué se le ha amenazado, pagado, movido por amistad, ódio, venganza, etc., etc.; i ántes de recibir este juramento el juez esplicará al testigo lo que vá a hacer, las serias funciones que vá a llenar, i le espresará la pena con que la lei castiga a los perjuros.»

119. 8.º *Tachas*. Las tachas son los defectos alegados contra las personas o dichos de los testigos, o contra el procedimiento que se observa en su exámen; para inhabilitar sus declaraciones i que estas no tengan mérito en el concepto del juez. Toda legislacion que admite la prueba de testigos aunque sea en mui reducidos casos acepta las tachas como una consecuencia precisa estrechamente ligada a ella; i sin embargo de conocer los graves inconvenientes que producen estas nuevas tramitaciones, la naturaleza misma del testimonio las hace necesarias. Nadie dudará de los gastos, dilaciones, entorpecimientos que las tachas orijinan, nadie desconocerá que los inconvenientes de la prueba se multiplican produciendo una segunda de la misma naturaleza de la primera, i con mas el inconveniente de que esta segunda prueba no se puede abonar por otra; empero, ¿cómo remediar tamaño mal, cómo evitar la necesidad de echar mano de este tan peligroso como incómodo expediente? Todos estamos acordes en sus riesgos, todos en lo inconciliable con la economía, celeridad i sencillez i aun con la misma veracidad; mas todos tambien tenemos que reconocer como un hecho fatal, indispensable en la prueba de testigos la admission de las tachas: la dificultad consiste en la reglamentacion de este arbitrio, en la regularizacion de las tachas, para que éstas produzcan el efecto que la lei se propone con ellas, i se salven algunos de los inconvenientes que presentan. Todas las legislaciones se han afanado en vano en establecer en esta materia reglas que no adolezcan de los vicios que imperfeccionan todos los intereses conocidos, i todas tambien han conocido que en las leyes como en todo lo humano hai efectos inevitables, escollos que se conocen; pero de los que no puede huirse sin correr otro riesgo talvez mayor. En vano la teoria critica las disposiciones de los códigos, si por su parte no propone los medios de evitar las imperfecciones que eensura; i en nuestro sentir lo mas que puede hacer una lei es precaver los riesgos de las tachas por arbitrios indirectos, que tiendan mas bien a evitar la presentacion de malos testigos i a que los presentados rindan toda la verdad que de ellos puede esperarse con la claridad i discernimiento posibles; i entre estos arbitrios indicaremos algunos que llevamos señalados ya, como la reduccion del número de causas en que se admita la prueba testimonial, la necesidad de ciertas cualidades personales, la presencia del juez, la razon del dicho, el juramento, i últimamente la sancion penal.

120. Pero colocados en la necesidad de organizar la administracion de las tachas,

opinariamos que si el sistema de nuestras leyes no es de los mas perfectos, es a lo ménos mui avanzado en la materia, pudiendo, sin embargo, introducirse en él algunas modificaciones provechosas. Los mayores males de las tachas nacen de las personales, no de las que recaen sobre los dichos o exámen de los testigos; porque estas no necesitan de otra prueba que el razonamiento para manifestar las contradicciones en que incurre el deponente, i la simple manifestacion de la solemnidad que en su exámen se ha omitido; no así las personales que nacen del estado del testigo respecto de la contraria, de su situacion social, de los inconvenientes en fin que le imposibilitan declarar o que hacen inválidos sus dichos: circunstancias todas que envuelven hechos mas o ménos complicados i sobre los cuales debe rendirse una prueba que los justifique, prueba que desgraciadamente es casi siempre la testimonial. Estas tachas son las grandes armas de los litigantes mal intencionados que buscan defectos a los testigos que no deponen en su favor, i que sabiendo que sus declaraciones le perjudican se esfuerzan en debilitarlas o anularlas turbándolos, i de aquí la necesidad de conceder un término probatorio de tachas con sus interrogatorios, sus notificaciones, exámenes de nuevos testigos, etc., etc. Hai un expediente que nuestra misma lei de Partida parece haber previsto para evitar los numerosos inconvenientes que nacen de las tachas personales, i es el de que tales tachas se opongan ántes de la publicacion de probanzas, esto es, ántes de los dichos de los testigos. Por este medio los litigantes se harán mas cautelosos para tachar, i las tachas tendrán a su favor la presuncion de ser opuestas de buena fé que de ningún modo tienen con el sistema actual, i por otra parte disminuirá las tachas i hará ménos engorrosa la prueba de éstas. Sobre no ofrecer inconveniente alguno este arbitrio, está fundado ademas en una medida preventiva destinada a producir mui buenos efectos en la práctica, porque el litigante malicioso se retraerá de tachar a los testigos cuya honradez conoce, pero cuyos dichos ignora, i esta sola duda bastará en muchos casos para tenerle a raya en los manejos que segun nuestro sistema ejecuta impunemente, pues sabido es que aun contra el hombre mas abonado no faltarán testigos que lo tachen. Otra gran ventaja podria resultar del expediente propuesto; i es la facilidad de abreviar el testimonio probatorio de tachas, pues teniendo los litigantes todo el término de prueba para tachar los testigos, concluido este i llegado el tiempo de recibir la causa a prueba de tachas, cada litigante tendria prontos sus justificativos, o a lo ménos la lei debe presumirlo así, pues que ha tenido un término suficiente para prepararlos, hacer venir sus testigos si están fuera, i tomar todas aquellas providencias necesarias para probar sus tachas.

121. Sin embargo de este arbitrio iríamos mas allá con el objeto de erocurar garantías contra la multitud de tachas maliciosas, imponiendo una multa pecuniaria al litigante que oponiendo una tacha no la probase semi-plenamente siquiera. Este género de medios preventivos es el mas eficaz en la administración de justicia, como en el recurso de nulidad o en las recusaciones i la amenaza mas temible contra el que quisiera burlarse de la lei. Estaria ademas justificado tanto por la necesidad de precaver las dilaciones, entorpecimientos i gastos inútiles que orijnan las tachas falsas cuanto por la presuncion de mala fé contra el que tuvo la lijereza o la malicia de oponer tachas que no tienen mas fundamento que el conato de inhabilitar los testigos contrarios. El término de que las tachas deban justificarse semiplenamente, a lo ménos parece también justo, porque si la tacha fué verdadera, pero por desgracia no se consiguió hablarla, es de suponer a lo ménos tuvo una semi-plena prueba en su abono; i si falsa, la justicia adopta el término de una prueba semi plena como el partido medio, como el único que en la mayor parte de los casos le mostrará si la tacha fué bien intencionada o maliciosa.

122. Añadiendo estas garantías (con las que se formula esta regla) no hacemos en

lo demas variacion ninguna a nuestras disposiciones, que han comprendido muy bien el papel del juez en la prueba de testigos dándole las facultades necesarias para admitir o rechazar las tachas, del mismo modo que en la individualizacion i designacion especial que de cada una debe hacerse al oponerlas.

123. *¿Qué regla se adoptará cuando ambas partes prueben por medio de testigos?* El principio de la lei de Partida contiene toda la filosofia al mismo tiempo que toda la aplicabilidad práctica que pudiera desearse: si ámbas partes prueban, el juez resuelve por la parte cuyos testigos entendiése merecen mas crédito, o son de mejor fama; si los testigos de ambas fuesen iguales, en estas circunstancias atenderá al mayor número; i si iguales en número absolverá al demandado. Esta regla se funda en un verdadero conocimiento de las cualidades características de la prueba testimonial, i da al magistrado el lugar que le corresponde en el peso i valorizacion de la prueba; i aunque a primera vista pudiera parecer que deja el juez un espacio demasiado vasto, límites demasiado estendidos en los que cabe un abuso fácil, estas objeciones se desvanecen cuando se considera por una parte la dificultad de establecer otra regla que no tenga mayores inconvenientes; i por otra el poco fundamento de los temores que contra la de la lei de Partida pudieran argüirse.—La lei i nosotros establecemos como principio fundamental que dos testigos contestes hacen prueba plena; pero presentándose por ámbas partes mas de dos, o dos por una parte i tres, cuatro o cinco por otra, sin que en ninguno de estos testigos concurren algunas de las tachas legales, necesario es suministrar algun arbitrio para resolver la dificultad que naturalmente nace de este conflicto, i para ello no hai mas que dos medios, o el número o la conciencia del juez. La lei se ha decidido por el segundo: i la razon que debió tener en consideracion fué sin duda que hai defectos en los testigos que la lei no puede clasificar i que sin embargo ejercen un imperio inmediato en la declaracion de estos testigos, haciendo su dicho sino indigno de fé, ménos digno a lo ménos que el de otro que no adolezca de ellos; porque a la verdad, entre un testimonio enteramente abonado, intachable, no solo a los ojos del derecho sino tambien para el criterio moral i otro falso, hai una gran distancia entre la que se clasifican varios otros testimonios mas o ménos creíbles i sólidos, cuanto mas se acercan al primero o al segundo. La claridad, seguridad, abundancia de antecedentes, fuerza de razones con que se espresa un deponente, constituyen su declaracion de mayor mérito que la de otro, que sin tener ningun vicio tachable segun la lei, no apoya su dicho sino en razones que aunque suficientes para no ser tachadas, no lo son para dar al juez la seguridad de que su deposicion se funda en un completo conocimiento de causa. Todo hecho se apoya mas o ménos en algunas razones que se deducen ya de la naturaleza de sus leyes físicas, ya de las leyes morales, ora del modo comun de obrar entre los hombres; i cuando estas leyes vienen en abono de una declaracion, sin duda que esta se refuerza mas que aquella que sin embargo de ser buena, no cuenta con estas adiciones que la esplican, fortifican i uniforman con la razon.

124. Hai un testigo, por ejemplo, que espone bien el punto principal de la cuestion; pero que se contradice en algunos detalles o no los esplica satisfactoriamente; mientras por la parte contraria hai otro testigo, que no solo manifiesta un perfecto conocimiento del hecho sustancial sino que tambien aduce otros no tan importantes; pero que contribuyen a esclarecerlo i a dar otra razon en su apoyo. Entre estos testigos hai sin duda ninguna una diferencia favorable al segundo. Por otra parte es bien sabido que los antecedentes de un individuo, su condicion social, las relaciones que le ligan a los litigantes, sus costumbres, su reputacion, contribuyen poderosamente a disminuir o aumentar la propension de dar crédito a sus dichos, porque la creencia, que el juez dispensa, es el resultado de una conviccion moral que se apoya en la esperienci, en lo que durante el proceso deduce acerca de los testigos i en los dic-

tados de su razon, que le manifiesta como un testigo que es; por ejemplo, el criado de mi hermano, no merece tanto crédito como otro que no tiene vínculo alguno con la parte contraria. Mil modificaciones hai, sea en los dichos, sea en las personas de los testigos que dan a sus declaraciones cierto sello de mayor o menor veracidad i modificaciones que no puede tomar en cuenta la lei; porque no le es dado descender a esas clasificaciones minuciosas que la harian difícil en su intelijencia, embarazosa en su aplicacion; cuando no hubiese incurrido en el natural defecto de olvidar muchas circunstancias tan interesantes como las que enumeraria. El majistrado cumple con el precepto de la lei i con el principio de la jurisprudencia de que, «dos testigos contestes i excentos de tacha hacen plena prueba;» pero presentándose el conflicto que hemos indicado, la conciencia, el juicio, la honradez del juez entra a calificar; porque la jurisdiccion de la lei se detiene en donde principia el ejercicio de las facultades morales del individuo; i esta distincion de los limites en que la lei debe detenerse, es tanto mas necesaria, cuanto que los códigos no pueden dar al majistrado reglas seguras para la apreciacion de las tachas que recaen sobre los dichos de los testigos; porque ¿cómo distinguir los diversos casos de contradiccion, confusion, o cuando son mas o ménos racionales i lójicas las declaraciones?

125. Sin embargo de aceptar el principio de la lei de Partida en la cuestion propuesta, no lo hacemos sino con una limitacion i es la de que el juez espese en los considerandos de su sentencia las razones en que se funda para dar preferencia al menor número de testigos sobre el mayor. Este arbitrio daria una garantia de la buena administracion de justicia en casos de esta naturaleza, ofreceria a los litigantes en la apelacion el medio de desvanecer o reforzar lo establecido en la sentencia, i sobre todo, presentaria al tribunal superior una base en que apoyar su juzgamiento; porque si el juez de primera instancia ha decidido en contra del mayor número (lo que no es natural,) preciso es que tenga algunas razones, las que debe conocer el tribunal de alzada, para decidir en el mismo sentido o adoptar el contrario, segun el concepto que forme de los antecedentes que se le esponen. La arbitrariedad que pudiera temerse, queda de este modo reducida a límites que la hacen casi imposible de cometer; porque el juez antes de dar un paso tan sério, pesará, meditará maduramente sobre el apoyo de su resolucion, tratará de darle los considerandos que la robustecen i la esplican, i sobre quitar al litigante la probabilidad de presentar la sentencia al tribunal superior bajo un concepto engañoso, rinde al público en general i a las partes en particular la mejor razon de un procedimiento que pudiera parecer extraño.

126. Otras dos soluciones se podrian tambien establecer para la cuestion enunciada, i son o que el juez cite a los testigos para un *careo* entre ellos con presencia i aun intervencion de las partes; o que abra nuevo término probatorio por el tiempo que juzgue conveniente para que se adelanten nuevas pruebas o se refuerce a los testigos con otros. Ambos expedientes puede decirse ser estremados; pero son tambien difíciles i extraordinarias las circunstancias en que nos colocamos, i ahora no se trata de esclarecer el derecho de las partes, sino de facilitar al juez los medios de dar una resolucion acertada. Un *careo* podria producir mui buenos efectos; i mas aun cuando la perplejidad naciese de alguna confusion o contradiccion en los dichos, i este nuevo exámen, sabiendo el juez de donde nace la dificultad de colocar el asunto en su verdadero punto de vista, cuales son las circunstancias que esclarecidas descubririan la verdad, en muchos casos contribuiria a desvanecer las dudas. El juez preguntaria a los testigos confrontando sus dichos, les exijiria esplicaciones sobre lo dudoso, haria en fin todas aquellas preguntas que le condujeran a averiguar que tales o cuales testigos se acercaban mas a la verdad, ya sea por la naturaleza del asunto que se tratase, ya por el mayor acopio de fundamentos con que algunos testigos

reforzarian sus dichos. No encontramos tampoco dificultad para que en casos de esta especie se permitiese la intervencion de las partes, para que estas hiciesen reciprocamente a los deponentes contrarios las preguntas que juzgaren convenientes a la defensa de su derecho, o a desvanecer las dificultades del magistrado, porque tratándose de materia tan interesante para la justicia i para los individuos que la piden, no son de despreciar cualesquiera que sean los medios que se presenten cuando no irrogran otros males. Sobre todo, en casos de esta naturaleza hai una presuncion en contra del principio que la lei i nosotros establecemos; porque en el sentido jeneral el mayor número de testigos intachables prevalece sobre el menor, i las sospechas no legales, sino meramente del juez contra aquel mayor número, pueden nacer de un estravio del juicio en el magistrado, de una aparente confusion, de que los testigos juzgaron inoficioso esplicarse mas detalladamente, o de otro motivo de esta especie; i la lei debe proveer para que se destruya la presuncion que en su contra milita. Efectuado el *careo* se podria tambien permitir que las partes alegasen de bien probado, ya sea verbalmente, ya por escrito, i el resultado del *careo* se estenderia compendiosamente por escrito, para agregarse al proceso i servir tanto de fundamento en la sentencia de primera instancia, como para la ilustracion del tribunal superior. El *careo* por otra parte, no presentaria los inconvenientes de otra operacion de esta naturaleza; porque ya está suficientemente ventilado el derecho de los litigantes, i lo que se trata de obviar son las dudas del juez para lo cual este podria indicar las preguntas sobre que rodaria el nuevo exámen, i no seria de temerse ninguna maquinacion maliciosa; porque el acto del *careo* justificaria lo que en él se habrá hecho formándolo los concurrentes, i en virtud de estos datos entraria tambien a conocer el tribunal de apelacion.

127. Cuando los testigos estuviesen fuera del lugar del juzgado, o el defecto del mayor número naciese de ciertas sospechas sobre su persona, seria conveniente adoptar el espediente del nuevo término probatorio. Esto traeria a la verdad el obstáculo de la prolongacion de la causa, de nuevas tachas i todos los que son consiguientes a una prueba; empero estas dificultades se disminuirian considerablemente estableciendo el juez en su decreto que la prueba rodaria sobre tales o cuales hechos solamente i que los interrogatorios deberian ceñirse a tales circunstancias determinadas sin admitirse nada impertinente a ellas. Ademas no existe ya como en la jeneralidad de los casos esa presuncion tan racional de la lei de que los litigantes de mala fe esploten los términos probatorios para introducir dilaciones e incomodidades; porque en el caso presente ambas partes han probado, ambas han cumplido con las prescripciones de la lei, esterilizándose sus esfuerzos solo por una circunstancia casual que no era de preverse. Las ventajas de este nuevo término son manifiestas; porque en él los litigantes podrian presentar testigos que aunque no contribuyesen a reforzar nada a los otros en la cuestion principal, arrojarian una nueva luz sobre el hecho, presentando otros detalles, otras circunstancias que aclarando o fortificando el dicho de los testigos anteriores, talvez darian a la cuestion su verdadero aspecto i ofrecerian al juez nuevos antecedentes para fundar una decision, no ya vacilante i sin conciencia, sino premunida de todos los justificativos sobre que se apoyaria una conviccion de evidencia judicial i de conciencia moral.

128. 9.º *Término probatorio*. Los largos términos de prueba son de los mayores obstáculos que encuentra la administracion de justicia i en ellos se ha mostrado nuestra lei demasiado pródiga, demasiado jenerosa para con los litigantes, sin que para ello militen razones mui poderosas que justifiquen esos prolongados términos. Hai segun la lei tres especies de términos probatorios: el ordinario, el extraordinario, i el que la ordenanza señalase a cada pueblo en donde se debe recibir la prueba fuera del lugar del juicio; i los tres se conceden con miramiento principalmente a los testigos.

129. La práctica manifiesta que el término de ochenta días es inoficioso i largo en extremo, sirviendo únicamente para el litigante de mala fé que tratá de recabar dilaciones a cualquier precio; i en efecto, si la prueba se rinde en el mismo lugar que se sigue el juicio, fácil es a un litigante prevenirse i estar preparado para presentar sus testigos apenas se conceda el último probatorio; porque cada cual sabe estimar mui bien si el pleito que se ventila es de aquellos que deben recibirse a prueba; i son reducidísimos los casos en que sea dudoso si la causa es o no de las que requieren prueba. Si los testigos residen en el lugar del juicio, la confeccion de los interrogatorios, presentacion i exámen de los testigos, son operaciones que para todo el que sepa lo que es un juicio, no demandan ni siquiera la mitad del término que concede la lei; i mucho mas cuando los litigantes no emplean este tiempo sino en formar los interrogatorios i presentarlos buscando sus testigos; pues en cuanto al exámen, si este no puede hacerse por ocupaciones del juzgado, la misma lei les presenta el remedio del mal. I no se diga que el juez concede un término arbitral; porque la práctica i la necesidad introducen las prórrogas que deben concederse so pena de perder mas tiempo en los trámites de una apelacion.

130. En nuestro sentir la administracion de justicia ganaria mucho si circunscribiese el término probatorio ordinario a solo cuarenta días, pero si la prueba se hubiese de rendir en un lugar fuera de aquel en que se sigue el juicio, adoptariamos otra regla distinta a la vijente que fundariamos en una distincion: Si los hechos sobre los que debe rodar la prueba sucedieron en el lugar del juicio i los testigos se dice que estan fuera de él, se pide el término de ordenanza para examinar testigos en el lugar en que sucedieron los hechos distinto del lugar del juicio.

131. En el primer caso nosotros pediriamos estas condiciones para conceder el término de ordenanza: 1.º Que el solicitante justificase a lo menos semi-plenamente que los testigos de que intenta valerse están fuera del lugar del juicio, i en el otro en que se pretende examinarlos i que se encontraban en donde sucedieron los hechos cuando estos tuvieron lugar: 2.º Que indiquen individualmente los testigos i que el término de ordenanza se pida al mismo tiempo que el ordinario o dentro de él, no habiendo pasado la mitad de este; i 3.º Que deposite una multa que el juez conceptuare que el contrario gastará en sí o en enviar persona que presencie el juramento de aquellos testigos, perdiendo tambien una multa arbitraria en caso de que no se encuentren los tales testigos, a no ser que se justifique su muerte o mudanza de residencia. Estas son poco mas o menos las condiciones que la lei exige para la concesion del término ultra-marino, fundándose en la presuncion de sospecha contra el litigante que solicita este término; presuncion que si no es tan fuerte, no es por eso menos natural respecto del que pide el término probatorio de ordenanza cuando los hechos sobre que se intenta probar sucedieron en el lugar del juicio i se arguye que los testigos estan en otro. Si la lei, como se hace en la actualidad, no exijiese las condiciones enunciadas, en vano se toçarian otros medios para evitar los frecuentes abusos de los larguissimos términos de ordenanza; i mas que todo esas dilaciones serán de temerse con mayor razon en el caso que suponemos; porque será mucho mas frecuente que se pida el término de ordenanza que el ultra-marino. Por otra parte, el litigante no padeceria vejacion alguna, porque los requisitos exijidos son para purgar la presuncion de mala fé que le perjudica; i la pérdida de una multa en el caso de no encontrarse los testigos no habiendo muerto o mudado de residencia, servirá de la mas eficaz garantia para refrenar la mala intencion del litigante de mala fé, i un justo castigo sin el cual quedaria impune una maquinacion tan contraria a los intereses de la justicia i de la otra parte. Si el término de ordenanza se pidiese para hechos sucedidos fuera del lugar del juicio, residiendo allí los testigos, desapareciendo el motivo de la presuncion desaparecerian tambien las restricciones indicadas; pe-

ro en ambos casos nos parece que deberian restringirse los términos de emplazamiento señalados por la ordenanza como demasiado prolongados i prescritos en tiempos en que los medios de comunicacion eran mas dificiles i menos seguros que en la actualidad.

132. Respecto del término ultra-marino que la misma lei i con razon ha mirado con recelo, exijiriamos tambien las mismas condiciones indicadas que con las de la lei; pero añadiendo una restriccion mas aconsejada por la prudencia i la sospecha consiguiente a la solicitud de este término. Presentándose un pedimento de esta naturaleza i ofrecido informacion para acreditar la ausencia de los testigos, i su residencia en el lugar donde sucedieron los hechos, se daria *trastado* a la parte contraria, para que dentro del mismo tiempo que se da al solicitante para justificar las circunstancias exijidas por la lei, ella tambien pudiese rendir una contra-informacion para contradecir los fundamentos de la peticion i probar como los testigos no existian o no residian en el lugar que se pretende. Contra este arbitrio podria argüirse tal vez diciendo que seria buscar multiplicidad de trámites cuando tratamos de ahorrarlos; pero necesariamente se ha de dar al peticionario un término para justificar las condiciones requeridas, i el juicio no sufrirá mas dilaciones; porque ambas partes se presenten a probar en lugar de una sola; i si es verdad que la contra-informacion es un gravámen para la parte que la rinde, bien puede, si lo cree necesario, prescindir de esta garantia; i si al contrario juzga que la dilacion promovida por el término ultra-marino se pide maliciosamente, el derecho que se le confiere hará ineficaces los mal intencionados esfuerzos de su contendiente. Mas prescindiendo de este inconveniente de pequeña importancia, aun iriamos mas allá en punto a restricciones del término ultra-marino; porque los otros términos de prueba, son mas largos que los que vendria para dar a la administracion de justicia ese impulso de celeridad que tanto necesita; con veinte parece que se habria hecho lo suficiente en favor de aquel cuyo derecho necesitase de una prueba fuera del país i aunque por fortuna son poco frecuentes en la práctica los casos de esta naturaleza, la lei previsora i atendiendo a todos los riesgos posibles debe procurar precaverlos para evitar abusos perniciosos.

133. Antes de concluir el término probatorio debemos tambien hacer algunas advertencias de las cuales pueden deducirse otras reglas prácticas en la materia que esponemos. Por punto jeneral estableceriamos que el término probatorio en jeneral es irrestituible i una vez fenecido no pudiesen admitirse mas testigos por mas abonados que estos se supongan; principio deducido de la imperiosa necesidad de restringir los términos de prueba, suficientes por demás para que fuesen justificables nuevas dilaciones; mas de este principio se deriva una escepcion natural i lójica cuando se pide nuevo término para testigos que presentados en tiempo hábil no pudieron examinarse por motivos independientes de la voluntad de la parte que los presenta, porque entónces desapareciendo el motivo influyente en la lei, cesa tambien la razon restrictiva. Empero no aceptamos la restitution por menor edad que con tanta prodigalidad dispensan nuestras leyes, ya en los contratos, en las pruebas, en la sentencia; i que nacida de un objeto el mas noble, ha venido a convertirse en la práctica en una alma tan sospechosa como fatal para la justicia en jeneral i los litigantes en particular. Se dirá talvez, i he aqui la razon de nuestros códigos, que el menor de edad puede ser la víctima inocente de maquinaciones que no le es dado conocer, perjudicado por la negligencia de su guardador, de su abogado, o por otras circunstancias que lejitiman una relajacion de los buenos principios de la jurisprudencia en favor del desvalido a quien la sociedad i la lei le deben el amparo que reclama la debilidad engañada; pero, ¿por qué la lei no guarda el mismo miramiento a las mujeres; a los ignorantes, a los pobres, defendidos por abogados que reciben su defensa

como una incómoda carga que satisfacen a medida de su buena o mala voluntad, de su buena o mala conciencia? El menor tiene su tutor o curador, su abogado, i sobre todo un funcionario encargado por la misma lei de velar sobre sus intereses; i apesar de todo esto se le protege no solo durante su infancia, sino tambien cuando alcanzando el comun raciocinio de todo hombre la lei le ampara solo; porque no ha salido de la menor edad, atendiendo no a la razon de lójica sino a la del tiempo, no asi puede ser engañado, sino si ha cumplido o no los 25 años. I menos justa es todavia la restitucion concedida a los conventos, iglesias, fundaciones piadosas; porque nadie ignora que estos tienen sus defensores, sus representantes lejitimos, sobre los que deberian recaer los perjuicios inferidos por su negligencia o mala fé i no sobre los que tienen la desgracia de litigar con ellos. La lei no deberia establecer estas distinciones que lejos de garantías contribuyen a esterilizar los esfuerzos que se hagan en otro sentido, introduciendo relajaciones peligrosas que si justificadas en la teoria producen en la práctica los mas perniciosos resultados. Los privilegios de esta naturaleza sin traer muchas veces mas que un engañoso beneficio a unos pocos agraciados, perjudican a la sociedad en jeneral, con nuevos riesgos, con nuevas dilaciones, con nuevas inseguridades para la consecucion de los derechos en juicio; hágase efectiva la responsabilidad de los tutores i sindicos, exijase de los defensores de menores i obras pias todas las garantías del buen cumplimiento de sus cargos, i entónces desaparecerán esas escepciones abusivas. Omitimos prolijas reflexiones en este punto, porque lo juzgamos ya resuelto por el buen sentido de la jurisprudencia, por los datos de la práctica, i aun por la inutilidad de los privilegios respecto de los mismos privilegiados.

134. Tocamos ya al término de nuestras observaciones, i repitiendo lo que espresamos al principio de esta parte, diremos: que ni al comenzarlas ni al concluir las nos ha lisonjeado la idea de haber llenado el tema propuesto en toda su detallada extension, no solo por la dificultad intrínseca de la materia, sino tambien porque hai muchas cuestiones de las que hemos juzgado mas prudente prescindir en favor de la brevedad que nos ha sido necesaria para no fastidiar con prolongadas i minuciosas disertaciones sobre un asunto bastante abstracto por si mismo. Entre las muchas cuestiones que pueden suscitarse acerca de la prueba testimonial, evitamos algunas que no tienen sino un interes secundario i omitimos otras, que resueltas por nuestras leyes en un sentido satisfactorio no necesitaban de nuestros comentarios para dilucidarlas. Creemos que el tema propuesto se dirige a que se espongan os nuevos principios que convendria adoptar respecto de la prueba de testigos, o las modificaciones que en la materia seria útil introducir en nuestras leyes; i en este concepto nos hemos ceñido a manifestar los principios fundamentales, las ideas mas sustanciales que a nuestro juicio deberian aceptarse descuidando los detalles prácticos que nacen de estos principios, i los que habria sido mui largo tratar con detencion. Hemos descado sí, enunciar las mas importantes cuestiones del asunto, ya esponiéndolas directamente, ya consignándolas en ciertos principios jenerales: si hemos conseguido resolverlas de una manera acertada, no es a nosotros a quienes toca decidirlo, a la ilustracion de los jueces ante cuyo juicioso criterio sometemos las observaciones que preceden.

135. No se nos oculta que hai en la materia que hemos tratado mucho que no puede someterse a reglas determinadas, mucho que depende del individuo que recibe la prueba, de la organizacion de los tribunales que administran justicia. En las escrituras la lei tiene bases fijas para determinar el diferente grado de prueba que rinden los diversos jéneros de escritos que en un juicio pueden exhibirse, desde un documento público hasta una carta cuya firma no se reconozca, mientras en los testigos los caracteres de la prueba varian en cada individuo, en cada caso, i mientras

en las escrituras los vicios o méritos son palpables, materiales, en los testigos son las mas veces invisibles, ocultos por una intencion deliberada, o reducidos a conjeturas mas o menos lógicas, mas o menos probables, pero nunca infalibles. De aqui la necesidad inevitable de estender las facultades de los jueces a limites quizá no convenientes, i de aqui tambien la imperfeccion de toda lei que desease preveer todos los casos posibles, para no dejar a los tribunales una latitud que pudiera ser perniciosa. Por fortuna los códigos tienen otros medios para asegurarse del buen procedimiento de los magistrados, por los que las leyes manifiestan que si una necesidad imperiosa las obliga a dejar algo a la conciencia del hombre, ha tomado tambien todas las providencias que están dentro de su jurisdiccion para garantizar la rectitud de esa conciencia.