

te considerando rigurosa esta última opinion, á causa de la incertidumbre de la agresion, no se atreven á pronunciar contra el vivo, sino pena menor que la del homicidio. La opinion anterior á esta, es la mas conforme con la ley de 5 de Enero de 1857, supuesto que por su artículo 6º declara: que “todos los delitos de que trata, se deben reputar cometidos voluntariamente, á no ser que medien las circunstancias que ella marca, y de las que exige prueba” lo que es conforme con el Art. 9º del Cód. penal inserto en la ant pág. 75.—4º Cuando resulta que los dos adversarios se acometieron á un mismo tiempo, como si cada uno fué al encuentro del otro con espada en mano, ambos deben ser castigados si sobreviven, ó el que hirió ó mató.—Sobre la

excepcion, con la pena que pareciere al Juez no probando, con tanto que no sea mas recibido á prueba de allí adelante de aquella excepcion, ni de otra, ni por vía de restitucion *in integrum*, ni otra manera.”—2º Cuando el apelante presente nuevos testigos, jurando (protestando) que no lo hace por malicia ni por alargar el pleito, sino porque en el curso de la primera instancia se hallaban ausentes, ó no se acordó de ellos, segun declara la ley 39 (que equivocadamente dice Escriche que es la 40), tít. 16, Part. 3ª—3º “En **causa criminal**, pues en ella se admite prueba contra el reo y en su defensa despues de la publicacion,” (dice Hevia Bolaños, *Obra y lugar cit. n. 4*) “como además de otros lo dice Gregorio Lopez;” y con efecto éste en la glosa 3ª á la ley 37, tít. 16, Part. 3ª “hablando de la prescripcion de ésta sobre que no deben recibirse testigos despues de la publicacion de probanzas,” dice: “In causa civili intellige: nam in causa criminali, sive agatur per viam accusationis, vel inquisitionis ex officio per iudicem, possunt testes produci ad delicta punienda; et etiam per accusatum, vel idquisitum ad suam defensionem.”—4º Cuando el exámen de los testigos en la primera instancia hubiere padecido el vicio de **nulidad**, segun enseña Escriche en su “Diccionario,” art. “Apelacion.”—5º Cuando en la primera instancia no fueron examinados testigos, aunque hayan sido presentados, segun la doctrina del citado Hevia Bolaños, [*Obra y lugar citados, n. 4*].—6º Conforme á la doctrina del mismo, (allí), cuando entrambas partes se ofrecen á probar, ó consienten en la presentacion y exámen de los testigos.—7º Cuando los menores de edad ó cualquiera otro privilegiado á quien compete el beneficio de restitucion *in integrum*, pida esta, para probar sobre los mismos artículos de la primera instancia; [*Hevia Bolaños, allí*].—8º Cuando la causa fuere matrimonial, segun el repetido Escriche, que cita el Febrero Novis. Lib. 3, tít. 2, cap. 18, n. 12. (Parte 2ª del tomo 2º de mi “Nuevo Código de la Reforma,” pág. 418).—La Ley de 11 de Setiembre de 1820, que se circunscribió á dar “reglas sobre la sustanciacion de las causas criminales” solamente hace en el caso la siguiente prevencion: “Art. 17. En las segundas y terceras instancias no concederán nunca” (los Jueces y Tribunales) “nuevo término de prueba, sino sobre los hechos que la exijan, siendo de aquellos, que sin malicia se dejaron de proponer en la primera instancia, ó que propuestos no fueron admitidos.” (Tomo 1º de mi citada obra, pág. 281).—La ley de 17 de Enero de 1853 en su art. 46 (allí) se limita á declarar que puede promoverse “alguna prueba de las que segun las leyes son admisibles en segunda instancia,” y lo mismo absolutamente dicen el art. 25 de la ley de 6 de Diciembre de 1856 y el art. 66 de la de 5 de Enero de 1857; así es que, antes de la promulgacion del Código de proc. civ. de 15 de Agosto de 1872, no solo en los Tribunales federales y en los criminales comunes, se observaban las leyes y preinsertas doctrinas de los Prácticos, fundadas en el espíritu de la Legislacion Española y sancionadas por una práctica constante, sino aun en los Tribunales civiles comunes del Distrito y Baja California; pero no sucede lo mismo en la actualidad, pues el citado Código, hace las

confesion calificada del homicidio Vé las págs. 811 y 812 del tomo 1º de estos “Apuntes.”—En la inculpada defensa [*inculpada tutela*] no solo está comprendido el *homicidio necesario*, llamado así, porque no puede evitarse sino con peligro de la propia vida; sino tambien el *homicidio permitido*, que así se denomina, porque lo permite la ley en casos señalados.—Conforme á la ley 1ª, tít. 21, lib. 12, Nov. Recop., citada, es justa la muerte que se dá “acoriendo á padre ó á hijo, ó á abuelo ó á hermano, ó á otro hombre que se deba vengar por linage, que lo vea matar” [el pariente]; así es que tomándose la ley á la letra incluye el caso en que un marido mate por defender á su muger, puesta en peligro de perder la vida, porque le toca mas que al

siguientes declaraciones:—“Art. 1526. Los medios de prueba establecidos en el art. 594” [la confesion judicial ó extrajudicial, los instrumentos públicos y solemnes, los documentos privados, el juicio de Peritos, el reconocimiento judicial, los testigos, la fama pública y las presunciones] “son admisibles en segunda instancia con las excepciones siguientes:—“1º No se admitirán documentos sino en los casos previstos por los arts. 590 y 591.” (Para la inteligencia cumplida de esta fraccion, necesito detenerme, interrumpiendo el artículo, para insertar las citas de ella, como paso á hacerlo, sin excluir los demas artículos conducentes á las mismas.—**Diligencias de prueba posteriores al término probatorio.** Art. 584. Las diligencias de prueba, solo podrán practicarse dentro del término probatorio.” La Ley de Enjuiciamiento Español, en su art. 276 agrega á las preinsertas palabras: “sin que baste juramentar á los testigos dentro de él, para examinarlos despues;” y comentando esta disposicion D. José de Vicente y Caravantes en su obra citada, Lib. III, n. 110, dice: “Anteriormente se suscitaba la cuestion de si los testigos juramentados dentro del término de prueba, podian ser examinados pasado este. Los autores sentaban diferentes opiniones, porque la ley nada decia expresamente sobre el caso, ni concediendo que se examinaran, ni prohibiéndolo. Tres opiniones se sostenian con igual empeño: la una afirmativa, la otra negativa, y la otra que sentaba un término medio, consistente en distinguir entre los casos en que el plazo fenecido no era el de la ley, sino el que el Juez señaló á su arbitrio, y el caso en que era el legal: y en el primero, volvian á distinguir, si el auto se dió recibiendo á prueba con señalamiento de término para probar. Los que hacian estas distinciones, opinaban que cuando el término espirado era el legal, no podian ser examinados los testigos, en razon á que la ley cerraba la entrada á toda prueba despues de fenecido el plazo; pero si hubiera sido el convencional, y la fórmula del auto solo abrasase la condicion de *para probar*, entonces debian recibirse las declaraciones de los testigos antes juramentados, en razon á que la fórmula del auto estaba cumplida con la sola presentacion dentro del término señalado. El Sr. Conde de la Cañada opinaba que en todo caso en que el término fenecido no fuese el legal habia lugar al exámen de testigos juramentados en tiempo; porque como el plazo venció pendia de la voluntad del Juez, consignada en un auto interlocutorio, y este es reformable por el mismo Juez que le dió, ó bien expresamente, ó bien por hechos que induzcan iguales efectos, se convenia con toda evidencia que cuando el Juez recibia juramento á los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba, y reservaba recibir las declaraciones para despues de él, se entendia que le prorogaba por todo el tiempo necesario para concluir aquella probanza. Mas el citado Sr. Conde, segun decian los Sres. Goyena, Montalvan y Aguirre en su reforma del Febrero, no discurria en este caso con toda la solidez propia de su ingenio, ni demostraba lo que se proponia, porque se fundaba en un principio equivocado. Señalado una vez el término de prueba por el Juez, concluye su mision, y

hermano ú otro pariente cualquiera. La ley de 5 de Enero de 1857, lo mismo que la predicha recopilada hablaron de modo tan absoluto, que conforme á ellas cualquiera que fuese el grado de parentesco, el homicidio en los casos que ambas proponen, no debia tener pena, pues es lícita en los mismos casos la muerte inferida en auxilio de cualquier extraño.—Lorenzo Mateo en su obra *De Re criminali*, lib. 48, tít. 5º, cap. 2º, números 11 y 12, trae los fundamentos de tal disposicion, diciendo así: "La naturaleza ha instituido entre los hombres cierto parentesco, que nos hace correr en defensa del oprimido, y nos irrita contra el opresor. Si á esta relacion general de humanidad, se agrega la de ser ciudadanos, estamos ya obligados por doble

no le es lícito prorogarlo sino á instancia de parte; y como esta no la hace, puesto que sabiendo que sus testigos no están examinados, calla y no pide próroga, claro es que tampoco podrá acordarla el Juez de oficio; además de que en caso de que esto le fuera lícito, tendria que dictar providencia por escrito, porque no les es permitido otra cosa á los Jueces. Por otra parte, sabido es que la próroga produce un verdadero término de prueba dentro del que pueden las partes hacer de nuevo todas las que les plazca, además de la practicada, y por consiguiente que en el supuesto de que hubiese una prorogacion tácita, podrian los litigantes presentar nuevas pruebas; pero como esto no es así, es evidente que no hubo tal prorogacion. Así, pues, en la opinion de estos ilustres escritores, cualquiera que fuese la clase de término que hubiera espirado no podian examinarse los testigos despues de fenecido este, á pesar de que antes hubieran sido juramentados, porque todas las leyes á una voz prohiben la práctica de diligencias de prueba fuera del término señalado. La nueva ley de Enjuiciamiento ha venido á sancionar la opinion y doctrina de los ilustrados reformadores de Febrero en su art. 276. No podrá, pues, en el dia examinarse testigos pasado el término de prueba, ni aun por el Juez de oficio, en uso de la facultad que le conceden las leyes para averiguar la verdad por todos los medios que estén á su alcance, dando al efecto *autos para mejor proveer* como podia hacer anteriormente. . . .—Como la disposicion y doctrina Españolas precedentes, pecan de injustas, en caso de que el litigante no hubiera tenido participio en que el Juez no hubiere recibido las declaraciones de los testigos presentados y juramentados en tiempo hábil, tal vez por esta consideracion el Código citado del Distrito y California no las aceptó en su totalidad, sancionando así la práctica constante de nuestros tribunales, como aparece de las siguientes declaraciones:—"Art. 585. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las diligencias que, pedidas en tiempo legal, no hayan podido practicarse por causas, que además de ser impedimentos del interesado, provengan de caso fortuito, ó de fuerza mayor ó de dolo del colitigante."—Además, así como el art. 176 de la ley de Enjuiciamiento, hace estas otras excepciones: "Art. 590. Fuera de los casos de excepcion señalados en el art. 585, solo son admisibles despues del término de prueba, la confesion y las escrituras ó documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad, ó de los anteriores, cuya existencia ignorara el que los presente." [Véase el art. 624 del mismo Código, en la parte sobre "Posiciones," tratada en el tomo anterior, pág. 823].—"Art. 591. Tambien podrán admitirse los documentos, que aunque conocidos, no hubieren podido adquirirse con oportunidad."—"La ley 34, tít. 16, Part. 3ª" [inserta en la ant. pág. 142] "al paso que disponia" (dice Caravantes) "que no pudiera recibirse prueba de testigos, despues de transcurrido el término probatorio, exceptuaba de esta prohibicion los instrumentos, *salvo ende carta ó instrumento*. Igual facultad se deduce de las leyes 1, tít. 3, y 3, tít. 7, lib. 11, Nov. Recop., que al facultar á las partes para presentar las escrituras con que apoyaran su

vínculo para socorrernos: segun Séneca á nadie es permitido dañar á su Patria; luego tampoco á su conciudadano, porque es parte de aquella; y si no se le puede dañar, será forzosa consecuencia, que hay obligacion de socorrerle. Finalmente, si dista muy poco de ser autor del crimen el que pudiendo impedirlo, no lo impidió ¿por qué no ha de quedar libre de pena el que lo impidió?"—"Sin embargo," [dice Goyena], "por humana y respetable que sea esta doctrina, que tambien escribieron Gomez, *Variar Resol.*, tomo 3º, cap. 3, n. 21 y Farinacio, *quest.* 125, part. 5, ns. 267 y siguientes, no está ajustada á las antiguas leyes españolas, que se contraen á personas y casos determinados; pero el Código penal de 1822, la adoptó en su artículo

demanda ó excepciones, jurando que no supieron de ellas, ó no pudieron haberlas antes, ó que las hubieron nuevamente, no fijó tiempo para su presentacion, y solo usaba de la cláusula, *despues en la prosecucion del pleito.*"—La presentacion de instrumentos [dice el Conde de la Cañada en sus "Instituciones prácticas," Part. 1ª, Cap. 8, ns. 61 y 62] "es permitida pasado el término de la prueba y aun despues de publicados los testigos hasta la conclusion de la causa, porque no admiten la sospecha de ser alterados á que están expuestos los testigos, cuando se buscan y presentan despues de publicadas sus deposiciones. Lo único que recelan las leyes en la presentacion de instrumentos, es la malicia de *haberlos reservado*, para irlos produciendo separadamente en el progreso de la causa, con el fin de dilatarla, omitiendo usar de ellos cuando debian ejecutarlo y en los plazos que están señalados. Para purgar la sospecha de esta malicia, sirve el juramento" (hoy protesta) "de haber llegado nuevamente á su noticia, al cual se defiere por ser la única prueba que puede admitir el pensamiento y dictámen á que se refieren, y aun sin el juramento que prescriben las leyes, se admiten los instrumentos antes de la conclusion, conforme á la práctica de los Tribunales."—"En el dia" [sigue diciendo Caravantes], "aunque el art. 276" (copiado en lo conducente en los preinsertos 590 y 591), "no expresa que sea necesario el juramento en ninguno de los casos que menciona, parece que deberá prestarse sobre que no se tuvo antes conocimiento de los hechos anteriores al término de prueba, que tratan de justificarse con los documentos presentados.—"Los testigos que se presentaren pasado el término ordinario de la ley, estando cerradas y sin publicar las probanzas están igualmente libres de todo recelo de que sean sobornados por la parte que los produce, y conviniendo en este punto con los instrumentos, parecia que debian admitirse en el tiempo indicado antes de la publicacion de probanzas; pero como estando ejecutadas las de alguna parte, aunque no se hayan publicado legalmente en el proceso, han podido llegar por otros medios á noticia del que quiere despues presentar otros, no conviene permitirse, para que no busque maliciosamente testigos amañados que destruyan los dichos de aquellos. A estas consideraciones pueden agregarse, las de que la prueba documental tiene mas caracteres de autenticidad, y existen respecto de ella menos temores de que sea alterada ó falsificada, que respecto de la de testigos, porque aquella es una prueba constituida con anterioridad al litigio, es un monumento establecido para hacer fé en lo porvenir, un testimonio histórico é invariable para hacer fé respecto de lo pasado, y por eso se ha llamado esa prueba *preconstituida*, esto es, formada con anterioridad, y la prueba de testigos se forma por el contrario, *ex post facto*, para utilidad de los litigantes interesados, y para influir en un pleito ya promovido, lo que la hace menos digna de confianza, porque se halla sometida á todas las faltas de la memoria de los hombres, á todas las influencias de los lugares, tiempos y sucesos y alteraciones que provienen de las pasiones de los litigantes."—Conforme á la doctrina del mismo Trata-

621:” de éste quizá la tomó la repetida ley de 1857, y se ha reproducido en el Código penal de 7 de Diciembre de 1871.—La obligación de dar *auxilio contra el injusto agresor* á cualquiera es tal, que segun la Regla 7ª, tít. 34, P. 7ª, el que “viendo que una persona sobre quien tiene autoridad acomete ó hace daño á otro, y no ocurre á prestar socorro á este y estorbar el delito pudiendo hacerlo, se hace cómplice, y debe ser castigado como tal,” pues como dice la ley “si non lo vieda semeja que lo consiente, é que es aparcero en ello.”—Farinacio en la Cuestion 120, us. 113 y siguientes escribe: que el que no socorre á las personas que no están enlazadas con él por los vínculos del parentesco ó afinidad, cuando se ven atacadas por

disto los documentos pueden presentarse *hasta la providencia por la que se mandan traer los autos para sentenciar*.—Encargándose despues de resolver la duda sobre *si podrán los litigantes presentar despues de la conclusion para definitiva los documentos que no hubiesen llegado antes á su noticia*, dice que la opinion sobre que solo *procede la presentacion hasta antes de la conclusion y no ya hecha ésta*, alega por apoyo la citada ley 34, tít. 16, Part. 3ª (anterior página 142), que al permitir la admision de documentos en general, pasado el término de prueba, requirió que se presentasen *ante de las razones cerradas*: en la ley 6, tít. 11, Lib. 3 del Ordenamiento Real, que tambien limitó la admision de instrumentos *fasta que sean las razones cerradas y el pleito concluso, porque despues non puede por carta ó instrumento mas probanza fazer*; y en que si bien, ni estas leyes ni otra alguna se refirieron expresamente á los documentos de que no hubieran tenido noticia los litigantes hasta despues de dicha conclusion, parece la consecuencia mas legítima *denegar su admision, efectuada dicha conclusion*, por ser los efectos de declarar el pleito concluso, cerrar la entrada á nuevas probanzas, y en su consecuencia á la admision de las escrituras; y porque habiéndose puesto por dichas citadas leyes un punto y término final hasta donde se consideró por estas lícito usar de aquellas, quedó en este punto extinguida la facultad de producir otras, no solo por efecto del argumento contrario, sino por lo esencial de la parte dispositiva de dichas leyes.—Los que opinaron por la admision *desde la conclusion de la causa hasta la sentencia definitiva*, de los documentos de que no habian tenido conocimiento las partes anteriormente, se fundan en que no hay en las antiguas leyes disposicion alguna que lo prohiba, pues las leyes ya citadas se refirieron á los instrumentos en general, no debiendo entenderse comprendidos los mencionados: en que asimismo las disposiciones de las leyes 1 y 2, tít. 3 y 1 y 3, tít. 7, Lib. 11 Nov. Recop., al facultar á las partes para deducir las escrituras de que no tuvieran conocimiento al presentar su demanda, contestacion, excepciones, reconveniones, réplicas y contraréplicas, no limitaron el término de la presentacion á la conclusion del pleito para definitiva, como se vé del texto expreso de la ley 1ª, tít. 3 citada, que usa de la cláusula *general despues, en la prosecucion del pleito*, y aun en la 3, tít. 7, que dice expresamente, que el demandado puede presentar las escrituras que apoyen su contra-réplica hasta la sentencia definitiva; y mas especialmente se apoyó esta opinion, en razones de equidad, por no ser justo desechar, cuando aun no se ha pronunciado la sentencia, una prueba que puede influir esencialmente en ésta, y respecto de la cual no existe el temor de que se ofrezca y amañe maliciosamente como la de los testigos, puesto que las escrituras existen con anterioridad al pleito, y mucho mas, presentándose con el juramento [protesta] de no haber tenido noticia de ellas hasta entonces; pudiendo añadirse á estas razones, que así se evitan dilaciones y gastos consiguientes á una 2ª Instancia, si se promoviera con el solo objeto de presentar dichas escrituras, segun faculta la ley 27, tít. 33, Part. 3ª; y que permitiéndose al Juez mandar traer á la vista

un injusto agresor, debe sufrir una pena mas ó ménos rigurosa, segun las circunstancias y el grado de la culpa.—Segun la ley 9, tít. 8, Part. 7ª y su glosa por Gregorio López, el criado ó dependiente, que viendo que sus amos están en peligro de ser heridos ó asesinados, no sale á su defensa, empleando en ella todos los esfuerzos posibles, incurre tambien en pena arbitraria y no en la de muerte, como sucedia antes con los esclavos ó siervos.—Sobre el auxilio debido á la autoridad, vé lo dicho en el tomo 1º de estos “Apuntes,” págs. 617 y 711 á 722, así como las págs. 4 y 5 del presente.—LADRONES, INCENDIARIOS, FORZADORES, ESTUPRADORES Y ADULTEROS, CUYAS MUERTES ERAN PERMITIDAS Y HOY SE CASTIGARÁN. En defensa del honor y

por *autos para mejor proveer* antes de pronunciar la sentencia, cualquier documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes, parece que no debe prohibirse á las partes que presenten por sí dichos documentos, no debiendo hacer depender la justificacion de sus derechos de la circunstancia casual de que el Juez sepa la existencia de aquellos.—La práctica de los Tribunales se declaró por esta opinion afirmativa, movida tal vez de la fuerza de las consideraciones expuestas y de la autoridad de los Jurisconsultos que la sostenian. Por eso Febrero y sus reformadores y Hevia Bolaños en su “Curia Philípica” Parte 2ª, § 16, núm. 32 enseñaron el mismo sentir, agregando aquellos: que “para probar la *falsedad y suplantacion* de los instrumentos así expresados se ha de conceder por el Juez al que los redarguya de falsos, término competente, recibéndole juramento [protesta hoy] de que no lo hace con malicia, sino por convenir á su defensa.”—El Conde de la Cañada limitaba la admision de los documentos expresados á solo aquellos que condujeran principalmente á descubrir la verdad y la justicia de la parte que usare de ellos, y en cuanto al *conocimiento y diligencia que deben preceder á su admision y á la direccion del pleito, hasta volverlo á poner en estado de sentencia*, puntos áridos en la práctica, inserta Caravantes la siguiente doctrina de aquel respetable Jurisconsulto: “Supuesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion, toma el Juez un conocimiento pasajero de lo que contienen, y si concibe que no conducen ni prueban la principal intencion de la parte ó á lo menos duda de ello, provee el auto siguiente: “Póngase con los autos para los efectos que haya lugar, sin perjuicio de su estado.”—“En esta providencia se contiene una reserva para declarar en la sentencia definitiva si ha lugar ó no á admitir dichas escrituras, porque siendo este un artículo é incidente conexo con el mérito de la causa principal que pide mayor exámen, y no es de los judiciales que miran al orden del juicio; y teniendo, por otra parte, contra sí la ley, que prohibe admitir escrituras despues de la conclusion, entra por todos respectos la regla de que puede el Juez reservar la decision para definitiva, sin que en ella cause á las partes agravio que induzca nulidad, ni injusticia que dé motivo para apelar de la enunciada reserva que es sentencia interlocutoria.”—“El instrumento que se presente despues de la conclusion, ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente; pues entonces tiene lugar la equidad que obliga á relajar la regla establecida de excluir toda prueba despues de la conclusion, aunque sea de instrumentos, para que no perezca aquella justicia que se toca de bulto en la misma escritura, y como esta demostracion ha de resultar del reconocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es facil decidir esta calidad sin mas alto exámen y conocimiento de la causa principal.”—“Si por el reconocimiento que toma se el Juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia definitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas antes de la conclu-

bienes propios ó de la honra agena permitieron algunos homicidios las antiguas leyes. La citada 1ª, tít. 21, Lib. 12, Nov. Recop. autorizó la muerte del *enemigo conocido*: la del *ladron* encontrado de noche en una casa, ó que huyese con el robo; sin darse por preso; pero segun la ley 3, tít. 8, Part. 7ª era preciso que se defendiese ó resistiera con armas: conforme á esta ley, el *incendiario* ó que de noche destruyera de cualquier modo las casas, campos, mieses ó árboles, podía ser muerto por el dueño de éstos, y lo mismo el *ladron públicamente conocido* como tal, así como aquel que, aunque fuese de dia pretendiera quitar algo por la fuerza. La misma ley 1ª permitió tambien matar al *forzador y raptor* violento de alguna muger, así como tam-

sion en tiempo oportuno no inclinarían el ánimo del Juez á que las concibiese y declarase á favor del que las propone y presenta, entonces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo punto á dar sentencia definitiva en lo principal de la causa."—"Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo las escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á la parte contraria como seria preciso abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de falsedad, comprobaciones y otras diligencias, que dilatarían por mucho tiempo el fin de aquella causa."—"Pero si al tiempo de oír y de reconocer lo principal del proceso y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el Juez que si son verdaderas y legítimas, podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto admitiéndolas y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia definitiva."—"Si el Juez por el contexto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes para que usen de su derecho y defensa en los términos y por los medios indicados en el caso antecedente."—"Caravantes concluye manifestando, que no habiendo resuelto la duda la ley de Enjuiciamiento [como tampoco el Cód. de proc. civ. del Distrito y California], conservan toda su fuerza los argumentos y consideraciones ya expuestos; y que aun en el caso en que los Tribunales actuales se decidieran por la opinion contraria á la equidad y á la antigua práctica, siempre quedará á las partes, cuando tuvieran escrituras que conduzcan á descubrir la verdad, el arbitrio de hacerlo saber al Juez, quien en tal caso deberá mandar que se traigan á la vista por medio de autos para mejor proveer."—"Sobre este punto, sobre el que nada halló D. Jacinto Pallares en su única biblioteca, [mi "Nuevo Código de la Reforma,"] nada absolutamente dice á pesar del escapulario de *Tratadista completo* con que se ha exhibido al público. —Por fin, hay otro caso en que fenecido el término probatorio y aun hecha la publicacion de probanzas, pueden practicarse diligencias de prueba, y tales son los que expone Pascua en su "Febrero Mexicano," Cap. 12 precitado, n. 55 en los siguientes términos transcritos en el tomo 1º de mi citada obra, pág. 208: "Si el testigo *hubiese declarado ambiguamente, ó no hubiese dado razon de su dicho*, puede ser llamado por el Juez, aunque sea despues de hecha la publicacion, para que la dé, aclare las dudas que de su deposición resulten, y no quede oculta la justicia de la parte, en cuyo caso tendrá valor su dicho. Lo mismo puede practicar el Juez, á instancia de la parte que le presentó, cuando esta halla que *no fué preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio*, y las omitidas conciernen al pleito. Ley 31, tít. 16, Part. 3ª, Hermos. en la C. 56, tít. 5, glos. 7, n. 72."—"La ley 31 citada es inconducente, como ya he dicho otra vez, pues la comprobante es la 30, tít. 16, Part. 3ª que dice así: "Ciertas preguntas dan á las veces

bien autorizó al marido para quitar la vida al que hallara *adulterando con su muger*, y facultó al padre para dar muerte al que encontrase en su casa *corrompiendo á su hija*. Mis observaciones sobre la antigua legislacion y la actual sobre estos puntos en los que me parece que el Código penal no es consecuente con la preinserta fraccion 8ª del artículo 34, que se anota, y favorece á los seductores de una manera perjudicial para los maridos y los padres, pueden verse en la gran nota inferior sobre *prueba pericial*, frac. relativa al *reconocimiento del estupro y violacion*.

FUERO DE GUERRA. En este rijen las preinsertas prescripciones del Código penal sobre *circunstancias exculpantes*, supuesto que no hay declaracio-

por escrito las partes á aquel que ha de recibir los testigos, pidiendo que por ellas los pregunte; é acaece que cuando abren los dichos dellos," [cuando se hace publicacion de probanzas], "non fallan y aquellas preguntas fechas, é por ende demandan que los pregunten de cabo. E por ende mandamos, que en tal caso como este, si la pregunta que non fuere fecha, fuere atal que *pertenezca al pleito*; que el Judgador faga venir ante sí los testigos, é que les pregunte *otra vez* en poridad, sobre aquellas cosas de que non fueron ante preguntados: é vale lo que dixerén, bien así como si los oviesen dello preguntado primeramente. Si el Judgador fallase alguna palabra *dubdosa ó encubierta* en el dicho del testigo, de manera que non pudiese tomar ende sano entendimiento, bien lo puede llamar ante sí é decirle en poridad, que declare aquella dubda: é el testigo debelo fazer, é valdrá lo que dixere en esta razon; magüer que oviesse hablado con alguna de las partes, despues que testiguó. Esso mismo dezimos de los testigos que fuesen rescebidos en pleito de pesquisa."—"La razon de que á pesar de haber hablado con las partes, valga lo que diga el testigo, es, que no se presume que lo hayan instruido para sus respuestas, porque no pueden proveer, que ha de ser llamado por el Juez para el nuevo exámen y explicaciones.—El Código de proced. civ. de 15 de Agosto de 1872 contiene al caso las siguientes prescripciones concordantes: "Art. 752. Cuando hecha la publicacion de las pruebas se observare que al examinar á un testigo, se omitió hacerle alguna de las preguntas contenidas en el interrogatorio, la parte que presentó éste, tiene derecho de pedir que el testigo sea examinado sobre el punto omitido." [Aun en 2ª Instancia puede hacerse este exámen, conforme al art. 1528, que veremos adelante].—"Art. 753. En el caso del artículo anterior, el Juez incurrirá en una multa de veinticinco á cien pesos, sin perjuicio de la responsabilidad á que haya lugar."—"El art. 752 deberá entenderse en caso de que la pregunta *pertenezca al pleito*, como dice la preinserta ley 30, tít. 16, Part. 3ª concorde con aquel, y como expresa el cap. 48 *per tuas, De testibus* en las Decretales, de donde se tomó la misma ley.—El fundamento de estas disposiciones, es, que no debe quedar indefensa la parte por mero hecho del omiso Juez, á quien con justicia se castiga por su descuido ó malicia; y que no se contrarian los principios sancionados, sobre que no es lícito examinar testigos despues del término de prueba, ni abrir otro nuevo; porque el testigo en el caso de los artículos preinsertos, fué ya examinado antes de expirar el término legal, y no es llamado despues de la publicacion para nuevo exámen pedido fuera de aquel, sino para completar la declaracion oportunamente rendida, y con arreglo á un interrogatorio presentado en tiempo hábil; de lo que resulta, que no se admiten nuevas declaraciones, sino que la ley se limita á subsanar el olvido ó malicia del Juez, que no es justo que perjudique al que no tuvo culpa de la omision, y por eso ordena que se perfeccionen las declaraciones rendidas.—Las últimas diligencias de ampliaciones de deposiciones pueden mandarse practicar aun **de oficio en los juicios civiles y aun conclusos los**

nes especiales relativas en el propio fuero. En el mismo como asenté en la pág. 391 del tomo 3º de mi "Nuevo Código," pueden darse casos de homicidio, ó heridas permitidos en todos los casos en que la Ordenanza del Ejército ordena que se haga fuego para sostener un puesto, alejar al que se acerque á él, impedirle la salida, etc.—Tal sucede: I. Cuando alguno quiere atropellar á la Centinela, y prevenido para que se contenga, á pesar de llamar aquella al Comandante del puesto, insiste el segundo en forzar ó atropellarla pues entonces puede la Centinela *usar de su arma*; art. 35, tít. 1, tratado 2º.—II. Cuando la Centinela manda que se detenga, para que reconozca su Cabo, al que quiere medir con pasos, cuerdas, perchas, ó de cualquier

autos y ya en estado de dictarse sentencia, á pesar de que hay quienes opinen, que esto no procede en la materia civil por estar prohibido que en esta dicte el Juez **auto para mejor proveer**, que según Escriche ["Dicc. de leg."] es: "el que dá el Juez espontáneamente en los casos dudosos, mandando practicar alguna diligencia, ó tomar alguna nueva declaración, ó presentar cierto instrumento, para poder sentenciar con mayor acierto." La razon que dan para la improcedencia del mismo auto, es la de que por este se manda practicar una prueba que no adujeron las partes, y es notorio que el Juez en los juicios civiles, no debe ayudarlas en puntos de hecho. La contestacion satisfactoria á esto, es, que no se trata de prueba no aducida por las partes, sino de que se cumpla y ejecute la que ellas mismas produjeron, supliéndose de oficio por el Juez el defecto de prueba que no emañó de la parte, sino del mismo Juez ó de las circunstancias. Por eso el Cód. de proced. civiles, aunque en su art. 584 dice: que "las diligencias de prueba solo podrán practicarse dentro del término probatorio;" en el art. 585 agrega: lo expuesto en la página 200 detallando en los arts. 586 á 589 cuál deberá ser en el caso la tramitacion del incidente respectivo; y por eso se dictaron tambien los preinsertos arts. 752 y 753. —Todavía con mayor claridad se expresa en el art. 191 diciendo: "Los Jueces y Tribunales podrán para mejor proveer:—1º Decretar que se traiga á la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de las partes:—2º. Exijir confesion judicial á cualquiera de los litigantes sobre los hechos que estimen de influencia en la cuestion y no resulten probados:—3º Decretar la práctica de cualquiera reconocimiento ó avalúo, que reputen necesario; y—4º Traer á la vista cualesquiera autos que tengan relacion con el pleito;" y por fin, por el art. 620 declara: que "Nunca concluye el término" [de prueba] "para el Juez; quien aun despues de la citacion para sentencia, ó de la vista, puede recibir todas las pruebas que crea necesarias para la aclaracion de los hechos;" concluyendo con las prescripciones siguientes: "Cuando el Juez en uso de la facultad que le conceden los arts. 191 y 620, nombrare algun perito, lo hará saber á las partes, para que puedan usar del derecho de recusacion. En este caso las diligencias se practicarán como está prevenido para los demas peritos." Art. 715.—El reconocimiento judicial puede practicarse á petición de parte, ó de oficio, si el Juez lo cree necesario." Art. 719.—No falta quien alegue contra el auto para mejor proveer la doctrina que en el artículo relativo á este asienta Escriche, sobre que puede causar perjuicios á las partes, por lo que parece mas conforme á los principios del derecho, que el Juez se atenga á lo que resultare de los autos, y sentencie según lo alegado y probado, dejando la puerta abierta á la parte que se sintiere agraviada, para que ocurra al Tribunal superior, y allí subsane sus omisiones; pero sobre que ya hemos visto que la ley misma autoriza el mismo auto para mejor proveer, hay que tener presente que el mismo Escriche asienta en el artículo "Juicio civil ordinario" § XVIII la siguiente doctrina, que parece estar

ra otro modo, la muralla, foso, camino cubierto ó glasis de la fortificacion; ó al que con papel, pluma ó lápiz hace apuntacion ú observacion con cualquier instrumento: ó á los que reconocen la artillería ó minas, escalan la muralla ó hacen daño en la estacada; pues si á la tercera vez que les mande detenerse, no la obedecen *les hará fuego*; artículo 43 allí:—III. Cuando estando en la puerta de una plaza, al ver acercarse tropa armada ó peloton de gente, despues de haber llamado á su Cabo, conforme se vayan estos aproximando, no acuda aquel; pues en tal caso la Centinela cerrará por sí la barrera ó puerta, mandará hacer alto á los que se aproximen, y si no le obedecen y pasan adelante, *defenderá su puesto con fuego y bayoneta* has-

en contradiccion con la anterior: "como otro de los efectos de la conclusion [de los autos para las partes, despues de sus alegatos], es dejar tiempo al Juez para que examine el proceso, y se entere de la verdad á fin de sentenciar con acierto, es consiguiente, que si para *salir de alguna duda* que se le originare con motivo de dicho exámen, creyere oportuna ó necesaria alguna diligencia, puede decretarla de oficio y proceder á su verificacion, pues que para él *nunca concluye el pleito* hasta la sentencia. Así que, dando un *auto para mejor proveer*, puede hacer preguntas á cualquiera de los litigantes, exijirles juramento supletorio," [lo que ya hoy no procede según lo dicho en la ant. pág. 1ª], "proceder á la inspeccion ó vista ocular en los casos en que haya lugar á ella, llamar á alguno de los testigos ya examinados para que explique las expresiones confusas ú oscuras de su primera declaracion ó conteste á las preguntas del interrogatorio que se le dejaron de hacer por inadvertencia ú olvido, y aun podrá evacuar estas diligencias á instancia de parte; Ley 2, tít. 12, Part. 3ª con las glosas de Greg. Lopez y Ley 30, tít. 16, Part. 3ª; Curia Philip. Parte 1ª, § 16, n. 33 y Febrero Novis. Lib. 3, tít. 2, Cap. 14, ns. 4 y 5.—"Puede tambien recibir informes escritos ó verbales de cada una de las partes ó de sus Abogados y Procuradores; Ley 1ª, tít. 14, Lib. 11, Nov. Recop.—"Puede tambien consultar confidencialmente sobre las dudas que le ocurrieren á personas versadas en el Derecho; Ley 11, tít. 22, Part. 3ª....."—En la materia criminal, á pesar de la rapidez del procedimiento que previenen nuestras leyes, no estrechan tampoco la prueba para el Juez. Atestiguolo así la ley de 17 de Enero de 1853 que dice: "Art. 40. Concluida la vista de la causa, el Juez anunciará al reo ó á su defensor, que vá á pronunciar sentencia, y de facto la pronunciará dentro de tercero dia, á no ser que haya de practicar de oficio alguna diligencia sustancial, en cuyo caso podrá usar del término muy preciso para evacuarla, y de este anuncio ó citacion se pondrá la constancia respectiva." [Tomo 1º de mi "Nuevo Código," pág. 264].—La misma ley en su art. 42 [corriente allí en la pág. 265] agrega: "Si concluido este" [el término ordinario de ocho dias para la prueba, que es el máximum], "no hubiere rendido" [el Defensor] "la prueba, ya no tendrá lugar, á no ser que el Juez, con conocimiento de causa la crea indispensable para asegurar la verdad de los hechos y su conciencia y responsabilidad. En todo caso podrán usar de la facultad que expresa respecto de los testigos el art. 28." [Esto es apremiarlos, como aparece en la anterior pág. 3ª].—Por fin, en el art. 66 [inserto en la página 284 del citado tomo 1º] dice: "Los términos que se prefijan en esta ley, no podrán prorrogarse, sino en el caso extraordinario que sea imposible de otro modo practicar alguna diligencia judicial á juicio del Juez ó Tribunal, en cuyo caso decretará el mismo la próroga por el tiempo muy preciso." Con este artículo concuerdan el 36 de la ley de 6 de Diciembre de 1856 [corriente en el tomo 3º de mi mencionada obra, página 255] y el 73 de la ley de 5 de Enero de 1857 [inserto en la Part. 3ª del tomo 2º de la obra repetida, pág. 836].—Estas disposiciones rijen en toda su plenitud en los Tribunales de la Federacion y en los co-

ta perder la vida; art. 42 allí.—IV. Cuando la Centinela apostada en muralla, puerta ó paraje que pide precaucion, durante el tiempo de retreta hasta la diana, dá el *¿quién vive?* al que pase á su inmediacion; este calla ó responde mal, sucediendo lo mismo las dos veces posteriores en que se le dé el *¿quién vive?* y [se le pregunte en tiempo de paz *¿qué gente?* esto es, ¿si es paisano ó militar? y en el de guerra, *¿qué regimiento?* esto es, ¿á qué clase y Cuerpo de la Milicia pertenece? pues entonces debe llamar á la guardia la Centinela para arrestar al interrogado y si este huye le hará fuego; art. 50 allí.—V. Lo mismo puede suceder cuando se pretendiere quitar á un Oficial del puesto que tuviere órden de conservar á *todo coste* artículo

munes de la Baja California, pues en estos, los juicios criminales no están sugetos al sistema de Jurados; pero en el Distrito federal, en donde los Jueces del ramo criminal no tienen otro carácter que el de Jueces de instruccion del sumario, aplicadores de la pena al caso que como penable les con-signa el Jurado, no siendo ellos sino este, el que valoriza la prueba para declarar la culpabilidad ó inocencia del procesado, parece que no puede haber lugar al auto para mejor proveer, esto es, en causas formales sujetas al predicho Jurado, y no en Partidas ó procedimiento por delitos y faltas leves, en los que indudablemente rijen las prescripciones sobre el auto *para mejor proveer*.—Lo mismo absolutamente debe decirse respecto al fuero de guerra, para el caso en que el Comandante militar ó General en jefe proceda sobre casos livianos con los que no debe dar cuenta á los Jurados; porque si se tratare de procesos formales, militan las mismas razones indicadas sobre causas formales sujetas al Jurado comun, lo que no quiere decir, que en el curso del sumario no puedan los Jueces civiles ó mitares, recibir (dentro de la órbita legal) todos los testigos que crean necesarios para la perfeccion del mismo sumario; sino que terminado este, ya nada pueden hacer con relacion á la prueba. Vé adelante la ley 37, tít. 16, Part. 3^a, que despues del término de prueba, admite la de *tachas de testigos*.—Largo ha sido el paréntesis anterior que interrumpió á mi pesar el punto iniciado en la anterior pág. 196 sobre **Testigos u otro medio de prueba en las Instancias superiores**, para aclarar la frac. 1^a del Art. 1526 del Código de proced. civ., [ant. pág. 199] y no teniendo mas que decir sobre ella, es necesario insertar ya la conclusion del mismo Art. 1526, cuya fraccion última concorde con la preinserta ley 6, tít. 10, Lib. 11, Nov. Recop. (anterior página 197) dice así: “2^a No se admitirán testigos sobre los mismos hechos contenidos en los interrogatorios de primera instancia, ni sobre los directamente contrarios á ellos.”—Hay además en el mismo Código las declaraciones siguientes: “Art. 1527. Si en la primera instancia se hubiere omitido interrogar á un testigo presentado legalmente, podrá ser interrogado en la Segunda instancia.” [Vé el art. 585 en la ant. página 200].—“Art. 1528. Lo dispuesto en el artículo anterior se observará cuando en la primera instancia se haya omitido examinar á un testigo sobre algun punto de los comprendidos en el interrogatorio.” [Vé en la ant. página 205 los arts. 752 y especialmente el 753, cuya pena tendrá que hacerse efectiva].—“Art. 1529. En la segunda instancia, no se admitirán mas excepciones que las nacidas despues de la contestacion de la demanda.” [Las prescripciones preinsertas desde las del art. 1526 rijen en 3^a Instancia segun declara el art. 1533].—“Art. 1537. No se admitirán mas excepciones” [en la tercera instancia], “que las que sean posteriores á las de segunda instancia.”—Sustancialmente dice lo mismo que los antecedentes artículos desde el 1526 el art. 689 de la Ley Española de Enjuiciamiento, que funda Caravantes en el número 1336 del Libro 3^o de su Tratado, en que no hallándose nadie obligado á hacer mas de lo que está en sus facultades, que-

21, título 17, tratado 2^o.—VI. En cualquiera accion de guerra, con cualquier individuo de tropa que intente huir, se atreva á desobedecer ó proferir especies que puedan en aquella ocasion intimidar ó desordenar á los demas, pues entonces *puede usar del último rigor con cualquiera*; art. 59, tít. 17, trat. 2^o; y—VII. Cuando el individuo de tropa, por cobardía fuere el primero en volver la espalda en accion de guerra, bien sea empezada ya, ó á la vista del enemigo, marchando á buscarle, ó esperándole á la defensiva, pues *podrá en el mismo acto ser muerto para su castigo y ejemplo de los demas*; art. 117, tít. 10, trat. 8^o y art. 55 de la ley de 12 de Febrero de 1857, corrientes en el tomo anterior, págs. 263, 265, 743 y 744, y tomo presente, págs. 46 y

daria indefenso el litigante, si no se le concediera verificar su prueba, cuando por causa no imputable al mismo no hubiese podido hacerse aquella en la 1^a Instancia, como si la práctica de la prueba dependiera de hecho ageno ó si dependiendo de hecho propio, se opusiera á ello algun obstáculo natural ó artificial cuya remocion no hubiera estado al alcance del propio litigante.—Como segun el art. 590 (anterior página 200) puede admitirse prueba sobre hechos ocurridos con posterioridad al término de prueba, lo que es conforme á la frac. 2^a del citado art. 869, comentándola Caravantes dice: “Puede suceder que ocurra el hecho nuevo con posterioridad al último día de la prueba y que no se conceda sobre él esta en 2^a Instancia, ó que ocurra dentro de dicho término y se dé sobre dicha prueba. El primer caso se verificará cuando ocurriese el hecho dentro del término de prueba que no fuese el total que concede la ley, ó siendo prorogable, no se hubiese pedido la próroga, pues entonces se entiende que renunció el litigante á su derecho de probar. El segundo caso acontecerá, cuando por ocurrir el hecho en los últimos días de la prueba ó en los anteriores, no fuere posible hacer ésta por la premura del tiempo, ó por otra causa no imputable al que la solicite en 2^a Instancia, pues entonces milita la regla de la ley para concederse la prueba.”—Conforme al repetido art. 590 (anterior pág. 200), concorde con la frac. 3^a del predicho art. 869 de la ley Española, debe admitirse la prueba sobre hechos anteriores al término de ella, pero que se ignoraban, siendo la razon de esto, como dice el mismo Caravantes, que no giraron sobre ellos las alegaciones ni las pruebas de 1^a Instancia, sin causa imputable al litigante.—Antes de terminar esta materia creo que deberá tenerse presente la doctrina de Hevia Bolaños inserta en la Part. 2^a del tomo 2^o de mi “Nuevo Código de la Reforma,” pág. 419, y la cual dice así: “Aunque la apelacion de la sentencia definitiva no solo puede justificarse por los mismos autos deducidos en 1^a Instancia, sino tambien por los nuevos deducidos en la 2^a; empero la apelacion de la sentencia interlocutoria no se puede justificar por nuevos autos” [pruebas] “sino solo por los mismos primeros, segun Paz” [Curia Philípica, Parte V, § 3, número 10].—**Exámen de testigos en Instancias superiores: quienes lo harán.** Por fin, en los casos en que deban examinarse testigos en las expresadas Instancias deben tenerse presentes las disposiciones siguientes: La Ley de 9 de Octubre de 1812 que en el ARTÍCULO 17 del Capítulo 2^o dijo: “Todos los testigos que hayan de declarar en cualquiera causa civil ó criminal, serán examinados precisamente por el Juez de la misma, y si existiesen en otro Pueblo, lo serán por el Juez ó Alcalde de su residencia.”—ART. 10 [del cap. 2^o] “En todas las diligencias que se ofrezcan en las causas así civiles como criminales, no se podrán valer los Jueces de Partido, sino de los Alcaldes de los respectivos Pueblos.” (Tomo 1^o de mi “Nuevo Código,” págs. 308 y 311). El espíritu de estas disposiciones es aplicable á los Tribunales superiores; pero es mas explícita la letra de la ley de 23 de Mayo de 1837 que dijo: “ART. 122. Todos los testigos que hayan de examinarse en cualquiera causa civil

47, en donde demostré los disparates de D. Jacinto Pallares.

"9ª (Circunstancia exculpante). Quebrantar una ley penal violentado por una FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE."

"10ª Quebrantarla violentado por una FUERZA MORAL, SI ESTA PRODUCE TEMOR FUNDADO É IRRESISTIBLE DE UN MAL INMINENTE Y GRAVE en la persona del infractor."—FUERZA en general, [dije en la Part. 3ª del tom. 2º de mi "Nuevo Código," págs. 120 y 121, insertando las doctrinas de Escribano] es: "el delito que comete el que pone injustamente á otro, por medios á que no puede resistir, en la necesidad de dar, hacer ó no hacer alguna cosa contra su voluntad," ó bien: "la violencia que hace una persona á otra

ó criminal, serán examinados precisamente por los Tribunales ó Jueces de ellas mismas, y si existieren en otros puntos, por el Juez ó Alcalde de su residencia."—La ley de 17 de Enero de 1853 hablando de la prueba en 2ª Instancia dice: "ART. 48. Si fuere indispensable que las diligencias que se promuevan, se practiquen por los Juzgados inferiores, el Superior, atendiendo al espíritu de este Decreto, les fijará para ello los términos mas breves. Fuera de este caso se practicarán por el Ministro semanero de la Sala que conozca del negocio y en el término mas corto posible señalado asimismo por el Tribunal." [Tomo 1º de mi "Nuevo Código," pág. 281].—La ley de 6 de Diciembre de 1856 dice tambien: "ART. 26. Si fuere indispensable que se practiquen algunas diligencias por los Jueces inferiores" (de Distrito) "el Tribunal" (de Circuito) "lo dispondrá así, encargando la prontitud, y haciendo constar el día de la remision de la causa y el del recibo; fuera de este caso se practicarán por el mismo Tribunal, en el término mas corto posible." [Tomo 3º de mi misma obra, pág. 253].—Las leyes de 5 de Enero y 4 de Mayo de 1857 nada dicen al caso.—Respecto á la 3ª Instancia, el art. 59 de la misma ley de 1853 [Cit. tomo 1º, pág. 283], el 34 de la propia ley de 1856 (Cit. tomo 3º, pág. 255) y el 72 de la de 5 de Enero de 1857 (Parte 3ª del tomo 2º de mi citada obra, pág. 835), declaran que deberá sustanciarse lo mismo que la 2ª Instancia.—El Reglam. de la Suprema Corte de Justicia de la Nacion, de 29 de Julio de 1862 en el cap. IV trae el siguiente ART. 5º: "Recibirá" [el Ministro semanero] "las declaraciones de los reos y practicará las demas diligencias que se ofrecieren en la sustanciacion de las causas del conocimiento del Tribunal." [Parte 2ª del tomo 2º de mi citada obra, pág. 548].—El Reglam., del Trib. Super. de Just. del Distr. feder. de 26 de Noviembre de 1868 dice en la frac. II del ART. 38: "Es atribucion del Ministro semanero examinar los testigos y formar las sumarias de las causas que comenzaren en el Tribunal, continuándolas aun acabada su semana. Si aconteciere que estando pendiente una sumaria, ocurra otra, la instruirá el que le siga en orden." (Cit. Part. 2ª, pág. 566).—Por fin, el Cód. de proced. civ. de 15 de Agosto de 1872 hace las siguientes prevenciones: "ART. 182. Los Jueces y los Ministros semaneros en los Tribunales colegiados recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba."—"ART. 183. Los Ministros semaneros, sin embargo, podrán cometer á los Jueces de 1ª Instancia y éstos á los menores, la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior, cuando deban tener lugar en Pueblo que no sea el de su respectiva residencia."—"ART. 184. Ni los Ministros semaneros, ni los Jueces de 1ª Instancia, ni los menores podrán cometer estas diligencias á los Escribanos, Secretarios ó testigos de asistencia."—"ART. 185. Las diligencias que no puedan practicarse en el Partido en que se siga el litigio, deberán cometerse precisamente al Juez de aquel en que han de ejecutarse."

XXI. PREFERENCIA DE TESTIGOS. CRÍTICA PRIVADA DEL JUEZ SOBRE ESTOS. En el preinserto artículo se recopilaron las doctrinas y disposiciones

sin derecho, y con la intencion de hacerle algun daño en su persona ó en sus cosas," ó como dice la ley 1ª, tít. 10, Part. 7ª: "cosa que es hecha á otro torticeramente, de que non se puede amparar el que lo recibe." Las leyes 1 á 6, del mismo título y Partida precisan algunos casos de "fuerza con armas," de los que no me ocupo por no ser preciso; pero sí haré mencion de la ley 7, del propio título y citada Partida, y de la 2, tít. 8, Part. 7ª, que conforme al principio consagrado por el derecho natural y sancionado por la legislacion de todos los paises, que dice: *Vim vi repellere omnes leges, omniaque jura permittunt*, declaran que todo hombre puede repeler la fuerza con la fuerza, y armarse y reunir hombres armados en su casa ó en otro lugar para defen-

legales y de sana razon que ya se han expendido, como acabo de manifestar, y es por eso innecesario extenderse mas sobre este punto, pareciéndome de mas interes ocuparme del de la preferencia entre dos pruebas contrarias. La ley 40, tít. 16, Part. 3ª dando reglas en el caso, dice así: "La fuerza que han los testigos en los pleytos sobre que contienden los omes en juyzio es esta: que quando alguna de las partes los aduze por sí, ó prueba por ellos cumplidamente su intencion, si non á tales, que por ninguna de las razones que diximos en este título, non pueden ser desechados, deve el Judgador seguir su testimonio ó dar el juyzio por la parte que los traxo. Mas quando ambas las partes aduxessen testigos en juyzio, é cada una dellas provasse su intencion por ellos, de manera que los dichos de la una parte fuessen contrarios á la otra, entonce deve catar el Judgador é creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere que dizen la verdad, é que se acercan mas á ella, é que son omes de mejor fama: é de mayor derecho deve creer á estos atales, é seguirse por lo que testiguassen; magüer que los otros que dixessen el contrario fuessen mas. E si por aventura fuesse igualdad en los testigos, en razon de sus personas, é de sus dichos, porque tambien los unos como los otros fuessen buenos, é cada uno dellos semejasse que dize cosa que podria ser, entonce deve creer los testigos que se acordaren é fuessen mas, é judgar por la parte que los aduxo. E si la prueba fuesse aducha en juyzio, de manera que fuessen tantos de la una parte como de la otra, é fuessen iguales en sus dichos é en su fama; entonce dezimos que deve el Judgador dar por quito al demandado de la demanda que le fazen, é non lo deven empecer los testigos que fueren aduchos contra el: porque los Judgadores siempre deven ser aparejados, mas para quitar al demandado que para condenarlo, quando fallassen razones derechas para fazerlo."—El mismo Cód. de proced. civiles sancionó las reglas de la preinserta ley en estos términos: "ART. 794. Si por ambas partes hubiere igual número de testigos, el Juez se decidirá por el dicho de los que le merezcan mayor confianza. Si todos la merecen igualmente, y no hay otra prueba plena, se absolverá al demandado."—"ART. 795. Si por una parte hubiere mayor número de testigos que por la otra, el Juez se decidirá por la mayoría, siempre que en todos concurren los mismos motivos de confianza: En caso contrario, obrará como lo dicte su conciencia, fundando especialmente esta parte de su resolucion."—D. José de Vicente y Caravantes en su "Tratado de proced. en mat. civ.," Lib. 2º, núms. 117 y sigs. dice que las anteriores reglas se tomaron de la Legislacion Romana y del Derecho Canónico, para desterrar la opinion que parece haber introducido la ley 2, tít. 8, Lib. 2 del Fuero Real que prevenia, que el Juez atendiera á qual de las partes probó mejor é con mas testimonios. Despues refiriéndole al punto en que la preinserta ley 40 dice que el Juez debe preferir á aquellos testigos que entiende que dicen mas verdad; manifesta que el Legislador no ha establecido reglas sobre este punto, porque es independiente de las cualidades particulares y de diversas circunstancias que por lo comun se manifiestan en el acto mismo de las declaraciones, y cuya apre-