

antes bien, han de especificar todas las circunstancias que pudieron alterar ó mudar su significado. Esto se entiende cuando la cosa de que se trata es perceptible por los sentidos; pero si fuere de aquellas que solo están sujetas al juicio ó al entendimiento, como sucede respecto de los peritos de cualquier facultad, entónces deben dar razon de los hechos sobre que recae el juicio que dicen haber formado. Por ejemplo, si dicen que en su juicio es mortal una herida, deben haberla visto; si aseguran que murió el paciente de resultas de ella, han de haber inspeccionado el cadáver. Nótese que se da muy poco ó ningun crédito al testigo que deponer de hecho que vió ó observó con maquinacion, acechado tras una puerta ó cortina, por el fraude y falacia que arguyen semejantes artificios. Y si el juez de oficio incurre en esta torpeza será sumamente reprehensible, á ménos que el delito sea de cohecho ú otro de muy difícil prueba (1). En los delitos que se cometen de noche, si los testigos no dan razon de haber habido luna, luz artificial, ó cómo pudieron verlo, no harán prueba concluyente, aunque sean fidedignos ó mayores de toda escepcion. Tambien se requiere en los testigos que ademas de dar razon de su dicho, depongan de cierta ciencia, pues no basta que lo hagan de creencia ó juicio, á no ser cuando declaran como peritos. Pondremos para mayor claridad un ejemplo. Declaran dos testigos que no vieron á N. cometer la muerte, pero creen que sea el homicida, porque lo vieron salir de la casa en la que se halló el herido con una espada desenvainada. Este juicio de mera creencia no es suficiente para condenar á N. pues solo equivale á decir que vieron salir de tal parte

(1) Farinac, de testib., q. 55 y 56. Villad, cap. 5 de la instruc. polit., pág. 157, n. 42.

donde se encontró el herido, á N. con una espada desenvainada.

Ademas de los requisitos que hemos espresado, deben tener el de ser contestes, esto es, han de convenir en el acto, tiempo, lugar y persona, pues de lo contrario como singulares no prueban. La singularidad de los testigos puede ser de tres modos, á saber: *obstativa, adminiculativa ó diversificativa*. Pudieran substituirse á estas denominaciones tan estrañas otras mas españolas y de mejor sonido; pero las hallamos generalmente adaptadas por los intérpretes, y no queremos pasar la plaza de innovadores. Es obstativa ó adversativa la singularidad cuando repugnan ó son contrarios entre sí los dichos de los testigos, en cuyo caso nada prueban. Por ejemplo, si dijese uno que vió á Pedro matar á Juan en México y declarase otro que le vió matar en Puebla; pues como el homicidio es un acto momentáneo y sin tracto sucesivo, es notoria la contradiccion y falsedad, suponiéndole ejecutado en dos ocasiones distintas. Lo mismo sucede cuando por razon de la distancia de los lugares y tiempos á que se refieren los hechos, no pueden enlazarse aunque por su naturaleza sean homogéneos ó de la misma especie. Asimismo hay singularidad obstativa cuando en los mismos hechos sobre que recaen las declaraciones hay implicancia, ó se contradicen y repugnan entre sí (1). Llámase singularidad *adminiculativa ó comulativa* segun otros, cuando los testigos deponen de hechos que aunque son diversos se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte. Presentándose esta singularidad en términos que la deposicion de un testigo coadyuve á la del otro, es capaz de hacer plena prueba reuniendo las diferentes especies declaradas por diversos testigos,

(1) Farinac, De testib., q. 62.

cuando éstas guardan correlacion ó pueden contribuir al mismo objeto sin implicarse; ya porque se comprende en un mismo género, ya porque pueden ocurrir sucesivamente en un propio acto ó en actos repetidos continuados, ó que pueden acumularse, sin obstarles unos á los otros. Por ejemplo, si uno declara que vió á Pedro acechar contra Juan, otro que vió perseguirle, y el tercero que vió matarle. Todas las declaraciones aunque de hechos diferentes coadyuvan las unas á las otras, y todas acumuladas conspiran al convencimiento del homicidio.

Esta singularidad adminiculativa es un medio idóneo para probar todo delito cuya perpetracion puede consistir en actos distintos y frecuentes; como el acceso carnal que puede suceder en diversos tiempos y lugares, deponiendo cada testigo del suyo diferente, prueban con evidencia el delito. Lo mismo sucede cuando el crimen, aunque uno é idéntico comprende varios artículos á que puede contravenirse, como el de herejía; pues atestiguando cada testigo diversa contravencion á aquellos, queda comprobada la perpetracion. Mas en aquellos delitos que consisten en un solo acto, como el homicidio, todos los testigos han de atestiguar este solo acto para probarlo legítimamente. Y aunque es verdad que para la averiguacion se recurre las mas veces á los hechos antecedentes y subsiguientes, estos son medios de mera conjetura, subsidiarios y no siempre seguros.

Llámase singularidad diversificativa, cuando la variedad consiste en hechos independientes, y los testigos no constan en el lugar ó tiempo, en cuyo caso la prueba de cada uno de los testigos no pasará de semiplena cuando mas; pues aun cuando los hechos de que depongan no sean contrarios ni se impli-

quen, tampoco son conexos, ni pueden acumularse para auxiliar los unos á los otros. Supongamos, pues, que un testigo dijese que Pedro, (supuesto asesino), tomó prestada cierta cantidad de Diego el día ántes de la muerte de Juan; que otro declarase que en el mismo día compró una espada, y otro dijese que le vió cometer el asesinato de Juan. Estas tres declaraciones no son contrarias unas á otras, pero no se auxilian ó corroboran mutuamente: cada una prueba simplemente el hecho que refiere sin dependencia de las otras, y todas tres discordan para el objeto de convencer que Pedro sea el ejecutor del asesinato.

Procediéndose por delitos de hechos, no se tienen por buena y completa probanza las declaraciones sobre dichos respectivos á aquellos, en consecuencia si dos testigos declaran uniformemente que oyeron decir á Juan: he de matar á Pedro, y despues se le quita á éste la vida, no será el testimonio de aquellos una prueba suficiente para condenar á Juan.

112. Cuando los reos ó los testigos varían entre sí, ó estos y aquellos, y los acusadores y acusados, suele recurrirse al careo con el objeto de apurar la verdad, oyéndoseles á presencia del juez sus declaraciones, y haciéndose mútuas reconconvenciones sobre ellas; y aunque algunos reprueban este medio del careo, nuestra opinion en este punto es contraria, por las razones que despues manifestaremos.

Aunque la idoneidad de los testigos es un requisito esencial para hacer buena probanza, se admiten sin embargo, los inhábiles en el delito de lesa magestad, escepto el enemigo capital que aun en este caso es desechado (1); en el peca-

(1) LL. 8 y 13, tit. 16, part. 3.

do nefando (1), y en otros delitos que se llaman privilegiados porque la ley dispensa ó suple algunas de las solemnidades ó requisitos necesarios en la probanza. A veces se concede este privilegio por la grande enormidad del crimen, como en el de lesa magestad; mas por lo regular, no es la gravedad del delito la que le hace privilegiado, ántes bien, parece que cuanta mayor sea aquella, debe exigirse una prueba mas sólida; sino la necesidad de acudir á este medio suplementario en ciertos delitos, que por su calidad y lugares en que suelen cometerse, es mas dificultoso hallar pruebas, y por consiguiente, quedarian impunes sus perpetradores, no valiéndose de este recurso. Así por ejemplo, el entrar los ganados á pastar á un sitio vedado, es un delito leve respecto de un homicidio y otros semejantes; pero siendo difícil probar el primero por acontecer en el campo, está mandado que el guarda con una prenda que tome al pastor, sea prueba suficiente. Como esta dispensa ó suplemento de solemnidad en la prueba es un privilegio, no debe estenderse á otros casos que á los que espcrsamente designan las leyes, sin que en esto deban admitirse opiniones de autores en contrario. En suma, será regla en cada delito de los privilegiados la ley patria que trate del modo de probarse cada uno, sin ampliar el privilegio á mas de lo que la ley espese. El célebre edicto espedido por el gran duque de Toscana Pedro Leopoldo, para la reforma de la legislación criminal, dice lo siguiente: *Art. 27. Se prohíbe absolutamente desde ahora en cualquier caso y en cualquier delito, aunque sea atrocísimo, el uso de las pruebas llamadas privilegiadas, que siendo siempre irregulares y de consiguiente injus-*

(1) L. 2, tit. 30, lib. 12, N. R.

tas, no pueden permitirse en ningun caso posible; pues que debiéndose buscar la verdad en todos los delitos por unos mismos medios, si estos no son aptos para hallarla en un caso, tampoco en otros." Esta razon es poderosísima; y aun pudiera añadirse, que cuanto mas atroz es el delito, mayor es la pena que se le impone, mayor el daño que resulta al reo y aun á toda su familia que queda afrentada; de consiguiente, la prueba debería ser en estos casos aun mas completa, si cabe, que en otros delitos cuyas consecuencias no son tan funestas, como anteriormente tenemos espuesto.

Si los que son llamados para atestiguar rehusaren hacerlo ó á comparecer, se les podrá apremiar por prision y embargo de bienes; aunque si fueren mayores de sesenta años, enfermos de gravedad, grandes, arzobispos, obispos, ó mugeres honradas, debe el juez en causa grave ir á recibirles en sus casas la declaracion, y en causa de poca entidad comisionar al escribano para que practique esta diligencia (1). En la práctica se observa que habiendo que testificar algun magistrado del tribunal superior, no es necesario que haga su declaracion jurada, bastando que se le pida una certificacion sobre el hecho ó delito que se trate de justificar, ó que se le pase un oficio preguntándole lo que se desea saber. De esta distincion gozan tambien los gefes del ramo militar (2); y tambien los administradores de rentas podrán enviar sus declaraciones sin necesidad de presentarse á darlas en causas de poca entidad; si bien siendo éstas graves, deben ir á declarar en casa de los jueces, quienes han de tratarlos con la debida distincion, sin molestarlos ni

[1] LL. 36, tit. 16, part. 3, y 1, tit. 11, lib. 10 N. R.
[2] Resolucion del supremo consejo de guerra de 3 de Marzo de 1781.

causar perjuicio á la hacienda pública (1). Sobre este punto nos remitimos á lo que tenemos dicho en el juicio ordinario.

Habiéndose de examinar algun testigo sujeto á diversa jurisdiccion de la del juez que entiende en la causa, debe preceder el correspondiente aviso de éste al superior del testigo, escepto en los casos criminales y ejecutivos, pues en estos tiene que declarar inmediatamente sin que preceda aquel requisito, si bien para que le conste ha de pasársele un oficio comunicándole que se ha recibido tal declaracion. Véase el artículo 123 de la ley de 23 de Mayo de 1837, que indujo una innovacion, y de que poco há hemos hecho mérito. Aunque la declaracion de los testigos hecha ante un juez incompetente es de ningun momento para condenar, segun se dijo tambien de la confesion, pueden no obstante servir para que quien lo sea legítimo forme su sumaria practicando de nuevo aquellas diligencias y otras que le parezcan conducentes.

113. Pasemos ahora á tratar de la ratificacion de los testigos, la cual segun práctica introducida en todos los tribunales, es necesaria para que sean válidas sus declaraciones. Así que, todos los testigos examinados en el sumario sin citacion del reo, han de ratificarse, prévia esta (so pena de nulidad) en el término de prueba. Esto es conforme á una ley de la Novísima Recopilacion (2), la cual despues de mandar que los alcaldes de corte y de las chancillerías reciban por sí mismos las declaraciones en las causas criminales, y solo ante los escribanos del crimen; ordena que estos mismos hagan ratificar los testigos del sumario an-

[1] Real orden de 20 de Marzo de 1790. Colon, juz. milit., tom. 3, n. 647.
[2] L. 17, tit. 32, lib. 12, N. R.

te el alcalde, y que no se de fé á los que se examinen de otra manera, y si alguno de los testigos hubiere fallecido ó se hallare ausente, y se ignore el lugar de su paradero, deberá abonársele. Tambien han de ratificarse en todas las causas criminales, por tenerse en concepto de testigos, los médicos, cirujanos, y otros cualesquiera que hayan depuesto en ellas; debiendo advertirse, que para la ratificacion de los testigos han de leerseles sus declaraciones.

El acto de la ratificacion se solemniza con el juramento del ratificante, siendo de esencia preguntarle directamente si le tocan ó no las generales de la ley (1). Despues de haberseles explicado que esta solemnidad tiene por objeto hacer que el testigo se afirme en lo que ántes declaró, para que la ratificacion sea efectiva, no ha de haber variacion en lo declarado; y en el caso de haberla, se ha de atender á si es sustancial ó accidental; pues hay gran diferencia de la una á la otra, como despues manifestaremos. Si la causa se sigue á instancia de parte y á esta en vista de la sumaria, se le ofrece adicionar las deposiciones de los testigos, ha de presentar cédulas de adiciones ántes de ser ratificados, para que el las y la ratificacion sea todo un acto, y no se incurra en el absurdo de hacer dar dos declaraciones distintas á un propio testigo por un mismo contendiente, lo cual no está permitido (2). Por los artículos 124 y 125 de la citada ley de 23 de Mayo de 1837, se previene que los careos de los testigos con el reo solo se practicarán cuando el juez lo califique absolutamente necesario; y que tanto éstos como las ratificaciones, se ejecutarán en la sumaria in-

[1] Herr., lib. 2, cap. 2, § 2, n. 4.
[2] Herr., dicho cap. y lib., § 3, n. 6.

mediatamente despues de haberse examinado al testigo, haciendo comparecer al reo para que lo conozca, y citándolo en el acto para la ratificacion que deberá practicarse desde luego retirado aquel. Esto no se opone á que los propios testigos de que se valió la una parte para la prueba, sirvan á la otra para la suya; pues es lícito y vale este arbitrio para justificar especies independientes de las ya depuestas, y para manifestar algunas circunstancias ocurridas en el hecho que se omitieron en las primitivas deposiciones, por descuido, malicia, ó por el modo con que fueron examinados (1).

Puede el testigo ampliar su deposicion cuando la ratifica con esplicaciones ó adiciones de circunstancias que aclaran el concepto é inteligencia de aquella, sin mudar ni enervar la sustancia; pero siempre ha de ser despues de la ratificacion y en su apoyo, no para contradecir lo que ántes hubiere asegurado. Y aun cuando lo depuesto se funde en creencia, opinion, ó de oídas, podrá enmendar su declaracion, esplicando los nuevos motivos que tenga para modificar ó variar su dictámen (2).

Si el dicho es asertivo y de cierta ciencia, cuyo fundamento consiste en la percepcion de alguno de los sentidos corporales, cualquiera alteracion que haga el testigo por inconstancia ó malicia, no deja de ser culpable y digna de castigo, que suele ser de multa, graduada segun la gravedad de la variacion ó enmienda (3). Y si esta es tan grave como de perjurio notorio, se arresta desde luego al testigo, y se le trata criminalmente como á los demas reos. Lo mismo se hará y aun con mayor motivo si

[1] Herr. lib. 2, § 2, n. 7.

[2] Herr. lib. 2, § 2, n. 7.

[3] Herr. alli. Estos testigos pecuniarios se reservan de ordinario para definitiva.

la variacion arguye complicidad en el delito principal.

La ratificacion únicamente se hace por requisitoria en el caso que no pueda verificarse por otro medio, y entónces no ha de hacerse por copia inserta de la declaracion del testigo, sino por ella misma original, desglosándola con este fin del proceso si no hubiere otro arbitrio, pues así conviene, á causa de que las mas veces el testigo ha de ver y reconocer su firma, rúbrica, y hasta la letra con que está escrita, para calificar la ratificacion ó los motivos de retractarse ó variarla si le parece.

En casos urgentísimos como en el de temerse próxima la muerte del herido que dió una declaracion de importancia, ó siendo el testigo extranjero transeunte, que ha de hacer una larga é incierta ausencia, ó bien algun condenado á muerte ó á presidio, cuyas condenas han de ejecutarse sin tardanza, y así otros, se debe ratificar segun Herrera (1), luego que hagan su declaracion, aun cuando sea en estado de sumario ó fuera del término de prueba; y sin necesidad de repetir las en este, valen como si dentro de él se ratificasen, cuidando que en ningun caso de estos falte la citacion de los reos; sobre esto hemos ya dicho que las ratificaciones deben en el dia ejecutarse en la sumaria.

Cuando el testigo resulta falso ó perjurio, se le arresta como ya se ha dicho, y se le examina y hace cargo; y en caso de no alegar un fundamento sólido ó por lo menos una excusa plausible de su inconsecuencia, se le agrava la prision con el objeto de que se afirme y ratifique en su primera declaracion, no siendo justo que por su malicia ó torpeza quede impune el delito con perjuicio de la causa

(1) Lib. 1, cap. 4, pág. 269, n. 19.

pública. Si esto no bastare se le apremia todavia mas, advirtiéndole que cuando hay estos apremios equivalentes al tormento antiguo, la ratificacion ha de hacerse hasta despues de las veinticuatro horas de la ley, pues de otro modo pareceria hecha por fuerza. Este medio del apremio solo tiene lugar en causas de pena de sangre, pues en las otras de menor gravedad al testigo vario se le castiga con multa como ya se dijo.

A veces ocurre que el testigo luego que acaba su declaracion, pretende enmendarla ó dar otro sentido á lo que declaró, lo cual es contrario á derecho (1); no obstante, si con el fin de comprobar su falsía ó soborno conviene examinarle nuevamente, ha de ser separado, y ejecutado con previo auto que lo mande (2). Este caso es muy distinto de aquellos en que el testigo amplía su dicho en el acto de la ratificacion, y tambien de aquel en que por error ó equivocacion incurre en algun desliz ó inconsecuencia, que quiere enmendar en el mismo acto de la declaracion.

114. Prueba instrumental es aquella que se hace con escritura ú otros documentos, sean públicos ó privados. Toda escritura pública ó que esté otorgada por escribano con los requisitos legales, hace plena probanza, si por ella se acredita el crimen y su autor; por ejemplo, el contrato usurario ó simoniaco; un billete de banco falsificado, con la firma del falsificador y la fe del escribano: en este segundo ejemplo el escrito es el mismo cuerpo del delito, y en el primero el instrumento sirve para justificar directamente el crimen. Los otros escritos ó instrumentos que se llaman privados, como las cartas y otros papeles que se encuentran

(1) L. 31, tit. 16, part. 3.

(2) Herr., práct. crim., lib. 2, cap. 2, § 4, n. 11.

al reo si este no los reconoce judicialmente, solo suministrarán contra él indicios, en cuyo caso se recurre á la comprobacion ó cotejo de letras por peritos. Mas esta comprobacion tampoco forma prueba plena ó completa, por cuanto los peritos solo pueden afirmar que les parece semejante tal y tal letra, pero no que sea efectivamente de una misma mano, en razon de que hay muchos que tienen habilidad para contrahacer ó imitar letras ajenas. Por el contrario, suele suceder que dos letras de un mismo sujeto no sean semejantes por haberlas hecho una en estado de salud y otra en estado de enfermedad, por la alteracion del pulso, diversidad de la tinta, pluma etc.; y así debe conceptuarse muy falaz el juicio que se hace sobre la comprobacion.

A la prueba instrumental puede reducirse tambien la que resulta de los actos judiciales, y se divide en dos especies. Una es la que producen las partes en sus escritos y comparecencias, cuyas confesiones contenidas en ellos hacen probanza idónea y plena contra el producente. Otra es la de los autos y diligencias que estiende el escribano actuario de espreso ó presunto mandato del juez, como son los testimonios, certificaciones y otras diligencias judiciales. Para dar los primeros se requiere mandato espreso del juez (1) como tambien que estén autorizados con el signo y firma del escribano. Las demas diligencias se autorizan con la firma y el *ante mí*, con cuyos requisitos unos y otros actos hacen prueba; pero las certificaciones y diligencias simples que no están autorizadas con el signo ni el *ante mí* no merecen mas crédito que el de un testigo cualquiera. Por consiguiente, la fe del escribano es esencialmente necesaria en el juicio, so pena de nulidad

[1] Matth., cont. 18, ns. 22 y sigs.