

29. Cuando concurren ante uno mismo dos sumarias ó mas, y no le fuere posible atender á ellas á un tiempo, preferirá la mas grave por sus circunstancias y escándalo que haya producido en el público.

30. Concluidas las diligencias espresadas, se cerrará la acta, firmándola el juez menor y el escribano ó los testigos de asistencia, é inmediatamente se remitirá al juez de primera instancia de lo criminal, que en aquel dia estuviere de turno.

31. Si en un caso extraordinario, y por insuperable im-

ral en 22 de Agosto de 1822 que dijo: "que interin se tomaba en consideracion el decreto de 11 de Setiembre de 1820 sobre arreglo en la sustanciacion de causas criminales, le parecia muy justo que cualquier Juez que necesite saber alguna cosa de un Diputado, se lo preguntara por escrito, debiendo éste contestar del mismo modo, con juramento ó sin él, segun el caso lo exija."

Del mismo modo no vacilo en declarar que la resolucion de Marzo de 1781 y la providencia de la Comandancia general de México de 12 de Noviembre de 1829 son insubsistentes, siendo un abuso que, conforme á ellas, aun haya quien haga que por oficio declaren los Generales testigos en las causas militares.

En comprobacion de esto viene la Orden de la Plaza de 21 de Setiembre de 1838, que resolvió que el Coronel del Batallon del Comercio debia comparecer personalmente á ratificar su declaracion ante el fiscal del Coronel ladrón Juan Yañez, conforme al art. 123 de la ley de 23 de Mayo de 1837; y aunque es verdad que la ilegal Resolucion de la corte marcial de 21 de Agosto de 1840 al fin dada por soldados parciales) mandó que los Generales declararan como los Diputados, y que cuando hubiera necesidad de careos con ellos, se hicieran supletoriamente; este desatino (hijo del estravagante fuero pretendido para todo evento por los orgullosos hombres del sable, que de todas maneras desean distinguir y superar al resto de los ciudadanos que pagan sus servicios, y que á la hora del mayor peligro, ó los acompañan á arrostrarlo ó les anteceden para vencerlo); ni pudo derogar en su tiempo al artículo 123 de la predicha ley de Mayo, ni puede oponerse con buen éxito á la ley de 5 de Enero de 1857, que previene lo mismo que la otra, ni menos destruir el nivel puesto en observancia por la Constitucion de 5 de Febrero de 1857; así es que los Generales, lo mismo que el último ciudadano á quien sirven, están obligados á comparecer personalmente ante el juez, cuando los necesite para declarar; y no temo decir que en igual caso estan los Diputados, si es una verdad lo que enseña el espíritu que dictó la espresada Carta federal que tanto se imboea para conculcarla.

pedimento, no pudiere el juez menor concluir sus actuaciones en los términos arriba designados, no obstante eso, vencidos estos, las pasará al de letras en el estado en que se hallan, asentando la debida constancia del impedimento porque no ha concluido.

CAPITULO II.

DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA.

32. Lo dispuesto en los artículos anteriores, de ninguna manera escluye á los jueces de primera instancia, quienes podrán tomar conocimiento de las causas desde el principio, en cuyo caso se arreglarán igualmente á los términos de esta ley.

33. Luego que el juez de primera instancia reciba las actuaciones que le remita el juez menor, pondrá razon del dia y hora en que llegan á su poder, y si hubiere que subsanar algunas faltas para completar la averiguacion, lo verificará á lo mas dentro del término de otras sesenta horas.²⁶

34. En seguida tomará al reo su confesion²⁷ con

(26) Antes, esto es, á mas tardar dentro de tercero dia de iniciado su procedimiento, debe dar aviso de la formacion de causa al superior. Así lo prevenia el art. 276 de la Constitucion de 1812, y así lo ordenó el art. 99 de la ley de 23 de Mayo de 1837.

(27) Es la última diligencia del sumario segun el art. 10 del decreto de 11 de Setiembre de 1820.

Para tomarla al menor de edad debe provérsele de curador ad litem aunque sea cabeza de familia, casado y tenga padre. Así lo enseña Escribiche "Juicio criminal," § 72 y Villanova Obs. 9, cap. 7, núm. 45.

Así lo enseña el nuevo Febrero mexicano lib. 3, tít. 2, cap. 5.º números 6 á 8, diciendo que si no tiene nombrado curador desde la declaracion indagatoria, debe dársele por el juez, bien por nombramiento del menor, ó si rehúsa hacerlo,

cargos, leyéndosele antes las declaraciones recibidas, y dándosele el conocimiento y noticias de que hablan los artículos 24 y 25, si por no haberse aprehendido antes, no se hubiese hecho.

35. Al concluir la confesion se le prevendrá que nombre defensor, y si no lo hiciere, se encargará la defensa á los abogados de pobres, ²⁸ por riguroso turno, que llevará el juez mas antiguo, en un libro en que firmará la partida el abogado que corresponda.

36. En el mismo dia en que se nombre defensor, se le hará saber á éste su nombramiento, y en el acto se le

de oficio, aunque dicho curador no puede presenciar la confesion, ni debe leerse para que no la haga transpirar.

El artículo 130 de la ley de 23 de Mayo de 1837 dice: "Se omitirá el nombramiento de curador, cuando los reos sean menores de veinticinco años y mayores de diez y siete años.

Por fin, el art. 99 de la ley de 5 de Enero de 1857 previene, que á los vagos menores de diez y seis años se les hará saber que pueden nombrar un defensor, y una vez hecho el nombramiento, el nombrado queda obligado al desempeño, sin admitírsele mas excusa que la de imposibilidad física; imponiéndoles multa si no concurren al juicio.

(28) Téngase presente que la frac. 10. del art. 55 de la ley de 5 de Enero de 1857 dice que, "Recibida la declaracion preparatoria, podrá desde luego nombrarse defensor para que gestione por el acusado cuanto convenga á su derecho; y que el defensor debe concurrir con el reo á la práctica de todas aquellas diligencias que no exigen reserva.

La Resolucion de Justicia comunicada en 1º de Diciembre de 1856 al Tribunal Superior del Distrito Federal y circulada por él á los Jueces del ramo criminal de México en 3 del mismo Diciembre, previno: que los defensores de pobres del expresado Tribunal deben patrocinar igualmente á los reos y á los acusadores que son pobres.

La fraccion 4ª del artículo 20 de la Constitucion previene: que se faciliten al acusado los datos que necesite y consten en el proceso, para preparar sus descargos; y la fraccion siguiente manda, que se le oiga en defensa por sí ó por persona de su confianza, ó por ambos, segun su voluntad; y que en caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de los defensores de oficio, para que elija al que, ó á los que le convengan.

entregarán las actuaciones, asentándose la hora en que esto se verifique. ²⁹

37. Si no pasaren de cincuenta fojas, las devolverá el defensor dentro de las veinticuatro horas siguientes, manifestando en una nota, que firmará en las mismas, si tiene prueba que rendir, ó no teniéndola, que está dispuesto á producir las defensas de sus clientes. Si pasaren de cincuenta fojas, el juez señalará al defensor el término que crea bastante, y que para este objeto nunca podrá pasar de tres dias.

38. En el caso de que no se hayan de recibir pruebas, ³⁰ al tercer dia despues de aquel en que el defensor

(29) La Circular de Justicia de 20 de Junio de 1856 reformó este artículo previniendo que las causas criminales sean sacadas y devueltas por el ministro ejecutor de los juzgados, y que para el efecto se le entregara el libro de anotaciones á fin de que en él firmen los defensores el recibo correspondiente. En cuanto á demoras de la causa por el defensor, véanse las penas de éste y del procurador en el art. 58 de la ley de 5 de Enero de 1857.

Esta misma ley en su art. 63 confia las defensas á los abogados de pobres, á falta de estos, á los abogados particulares, por riguroso turno, y por su falta, á cualquiera vecino, sin admitir á estos, ni á los abogados excusos, que no justificaren sin demora.

(30) Como en estas ha lugar la presentacion de Instrumentos; para inquirir si éstos han sido otorgados con las prescripciones de derecho, debe verse el decreto de 21 de Noviembre de 1867 sobre notarios y actuarios del Distrito Federal; sin olvidar que los actuarios de los juzgados de lo civil de México no podrán autorizar instrumento alguno, ni intervenir como escribanos en contratos que se celebren fuera de juicio, segun previene el art. 11 de la ley de 15 de Noviembre de 1867.

Respecto á la fe de los documentos otorgados en la República, para que la surtan de un Estado al Distrito Federal ó viceversa, ó para fuera de la Republica puede verse el decreto de 28 de Octubre de 1853.

Respecto á requisitos de exhortos de México al Estranjero ó viceversa, puede verse el decreto de 20 de Enero de 1854, declarado vigente por Circular de Justicia de 14 de Febrero de 1856.

Los testimonios de las escrituras sobre contratos de traslacion de dominio por cualquiera título que sea, no surten efecto legal alguno, si no contienen inserto el

reño del último tercio de contribuciones. incurriendo en responsabilidad los escribanos por esta falta, según previene el art. 34 de la ley de contribuciones de 4 de Febrero de 1861.

Todo título ó documento que estando sujeto al registro en el libro de Hipotecas conforme á lo prevenido por la ley de contribuciones de 4 de Febrero de 1861. no se hallare registrado, será nulo y de ningún valor en juicio ó fuera de él, según lo determinado por el art. 58 de la misma ley.

Por último, como en las pruebas suelen presentarse certificados, es preciso tener presente la Circular de Gobernación de 13 de Enero de 1863 que declaró nulos y de ningún valor los certificados de atestaciones en negocios que se suponen agitados ó resueltos en el tiempo en que fungían los que los dan con fecha posterior, con carácter oficial que ya no tienen; expresando que los que los espidan, serán castigados con arreglo á las facultades del Gobierno.

Para la apreciación de la prueba en los juicios criminales, deben tenerse presentes las siguientes leyes y doctrinas

La ley 7.^a, tit. 31, p. 7.^a que enseña, que debe imponerse la pena después de probado y confesado en juicio el delito, y con arreglo á lo alegado y probado por ambas partes; y á ninguno por sospechas, señales ó presunciones.

Sin duda que la ley 16, tit. 21, lib. 12, de la Novis. Recop. se opondrá á la anterior, pues condenaba sin otra prueba, salvo el derecho de defensa, á los vecinos en cuya casa se hallara un muerto, ignorándose quien era el matador; y esto era condenar por indicios; pero los A. A. y la práctica ya ese hallazgo lo consideran solo con tal carácter.

La ley 26, tit. 1, part. 7, que establece que siendo el hombre lo mas noble de la tierra, el juez debe procurar que en lo criminal existan contra él pruebas claras como la luz: que no habiéndolas y siendo el acusado de buena fama, le absuelva; si de mala y militan contra él presunciones, le atormente: si no se le encuentra culpable por confesión ó prueba, le absuelva.... (Continúa hablando de la pena que debe imponerse al acusador que no pruebe su acusación, á no ser que lo fuese por injuria propia ó de sus ascendientes hasta el visabuelo, descendientes hasta el bisnieto, y colaterales hasta el nieto de su hermano ó hermano; ó si fuese por la hecha á su esposa.) Hoy no tiene aplicación el tormento.

La ley 9, tit. 31, part. 7, que dice: que no estando el delito claramente probado, ó siendo dudoso, debe el juez inclinarse mas á absolver que á condenar al reo, por ser mas justo dejar sin pena al que la merezca que imponerla al inocente.

La ley 11, tit. 34 part. 7. (Regla 11 del derecho) que dice que el que puede condenar puede absolver; mas no al contrario: si ante el adelantado fuese acusado el juez ordinario por delito de muerte ó perdimento de miembro, no puede condenarsele sin dar cuenta al rey; pero si absolverle.

La ley 12.^a tit. 14. p. 3.^a que establece que la prueba en pleito criminal debe darse por testigos, cartas ó confesión del acusado y no por solas sospechas; pues dice que ha de ser tan clara como la luz, que no admita duda alguna; y que será cosa mas

santa absolver al acusado contra quien no aparezca prueba cierta; que dar sentencia contra el inocente por indicio de alguna sospecha que le resulte en contra. Añade: pero en ciertos casos puede admitirse la prueba por sospechas; y concluye, poniendo por ejemplo el delito de adulterio.

Con efecto, la ley 12 tit. 14 p. 7.^a, tiene por justificado el adulterio, si receloso uno de que otro le hace ó intenta hacer agravio con su muger, le requiere tres veces por escritura de escribano público, ó ante testigos, para que se abstenga de tratarla, y aun la corrige á ella para que no hable con él, y después los encuentra juntos conversando en su casa ó otra, ó en huerta ó casa distante de la villa ó de sus arrabales.

Las leyes 1.^a y 2.^a tit. 30 lib. 12 de la Novis. Recop., admiten la prueba incompleta en el delito nefando, como lo hicieron en cuanto á los de lesa-majestad, admitiendo en el delito de traición las leyes 8 y 13 tit. 16 part. 3, el testimonio de personas en lo general prohibidas de declarar, en obvio sin duda, como dicen los autores en los delitos llamados por lo mismo *privilegiados*, á la dificultad de su prueba y al deseo de no dejarlos impunes.

Delito nefando es lo mismo que bestialidad, esto es, el acceso de hombre ó muger con una bestia; y según las mismas leyes citadas y la 3.^a del mismo título y libro, la tentativa ó conato se debe castigar como la consumación, si ésta no se verificó, no por arrepentimiento, sino por circunstancias independientes de la voluntad del culpable. Cualquiera del pueblo puede acusar este delito: bastan para su prueba las deposiciones de tres testigos singulares mayores de toda excepción, ó la de cuatro menos idóneos, con el adinículo de otros indicios ó presunciones: la justicia ordinaria conoce de tal crimen, sin que valga fuero; y el reo debe ser quemado y confiscados sus bienes. Hoy la pena adoptada por la práctica es la de presidio por mas ó menos tiempo, según las circunstancias, matándose al animal objeto del concubito.

Los delitos ocultos, como éste, y generalmente todos los de incontinencia, admiten la prueba de indicios, de que hablaré mas tarde, porque de otro modo no podrian justificarse.

Entre éstos tiene lugar la sodomía, que es el concubito que sucede entre personas de un mismo sexo, ó su vaso indebido, y que es lo mismo que *pederastia*, generalmente hablando; pero la ley no entiende por ésta, sino el concubito con hombre. El proemio del tit. 21 de la partida 7.^a, y su ley 1.^a y 2.^a; las leyes 5.^a y 6.^a tit. 5 lib. 3 del Fuero Juzgo; la ley 2 tit. 9 lib. 4 del Fuero Real; y la ley 1.^a tit. 30 lib. 12 Nov. Recop., imponían la muerte lenta, castramiento y otras horribles penas á los sodomitas, declarando las leyes de partida que el forzado y el menor de catorce años no han de haber pena alguna; pero la práctica ha rechazado esa severidad, y hoy el castigo es arbitrario, según las circunstancias.

D. Francisco de la Pradilla Barveo y D. Francisco de la Barreda, en su obra "Suma de todas las leyes penales", 2.^a parte. caso 31, dicen: "Para llamarse alguna muger deshonestá, basta consentir que hombres, y particularmente clérigos y estudiantes, continúen su casa, y la que de ordinario habla, ó escribe á hom-

bres y consienta que le alleguen á las manos, y á los pechos, y la besen, que todo suele ser junto, y á veces mas escandaloso que el carnal acceso tenido en secreto, sic dicit Bald." (copia de citas). "Y concurriendo juntamente con estos actos deshonestos, el trato y cópula carnal con los hombres, de modo que se venga á saber, mayor será el escándalo y la deshonestidad. Pero mayor es y grandísima, digna de castigo, y pena que el derecho le dá tener una muger con otro acceso y cópula, como sucedió en Sevilla el año de 2611 en una muger en quien la Real Audiencia de ella ejecutó la pena de la ley..... Las mugeres, pues, cometen este delito de sodomía y contra natura, en una de dos maneras, haciendo la una oficio de hombre sobre la otra, con fricacion solamente en las partes inferiores, y sin instrumento artificial, ó interviniendo y usando para mayor delectacion, de algun instrumento de vidrio, ó de otra cosa. Y en el primer caso, si tienen acceso, la pena es menor y arbitraria; mas en el segundo cuando interviene instrumento, tiene pena de muerte y ha de ser quemada. Hæc est commun. opin. in l. foedissima, C. ad Leg. Jul. de adult; ex Decio in authent. Si qua mulier C. de secund. nupt. n. 9; Aut. Gómez in L. 80 Tau-ri, n. 34; Angel. de malefic. verb. Che mai adulterato, col. 15. versic. quero que sit poena stupri; Jul. clar. lib. 5. sententiarum, § farnicatio n. 28; Boer. Decis. 316. circa fin. El hombre que tiene acceso con alguna muger, ó la corrompe con algun palo, ú otro instrumento material, tiene la dicha pena de muerte, segun Antonio Gómez en dicha ley 80 de Toro n. 34. Y asimismo el hombre que tuviese acceso con muger muerta, Boer. dicha Decis. 316 n. 13; Jul. Clar. ubi supra n. 23 al principio."

En la misma obra parte 1^a, cap. 11, se lee: "Esta mismo delito de sodomía se comete cuando el hombre tiene acceso con su muger ó con otra, por la parte no deputada por naturaleza, y tienen la misma pena de muerte etc."

En la práctica las penas son arbitrarias, segun las circunstancias.

Es una especie de sodomía imperfecta el Onanismo y la Masturbacion, que son el vicio de suplir el goce de la cópula carnal por propios actos y manipulaciones segun asienta el Doctor Federico Hollick en su obra "Los órganos generativos masculinos, cap. 9^o: así es que como en la sodomía perfecta cabe la prueba privilegiada, que igualmente se admite en el delito de traicion, segun las leyes antes citadas; en la baratería y el cohecho ó soborno que iguala en pena la ley 9, tit. 1, lib. 11, Recop.; y que pueda acreditarse con tres ó mas testigos, que depongan con juramento haber dado los dones ó regalos, aunque cada uno diga solo de su hecho, siendo tales que deban ser creidos, y habiende otras circunstancias que persuadan la verdad de sus dichos: bien que para que los hombres no se muevan por la codicia á dar testimonio contra la verdad, estos testigos singulares no deben recobrar lo que dieron, salvo si lo probaren, con prueba cumplida ó perfecta, segun la ley 8, tit. 1^o lib. 11 de la Nov. Recop.; y en el duelo ó desafio, que con arreglo á la pragmática de Felipe V de 27 de Enero de 1716, renovada por Fernando VII en 9 de Mayo de 1757, (ley 2, tit. 20 lib. 12, Nov. Recop.) puede pro-

base con testigos singulares, indicios y conjeturas, de manera que las probanzas han de ser tan privilegiadas en él como en el de lesa-magestad.

La ligereza con que lo general de la raza humana atribuye á crímen actos que ostensiblemente parecen emanados de la perversidad, cuando mas bien son el resultado de alguna dolencia, me obligan á transcribir algunos trozos del citado Doctor Hollick por ser conducentes al caso.

En la Guia de casados ó historia natural de la Generacion, parte 1^a, cap 2^o, define al Ostrum diciendo, que es: la excitacion peculiar conocida por sexual ó ardorosa, que incita á la hembra á solicitar la compañía del macho, lo que tambien se llama ardor ó calentura.

En el mismo capítulo describiendo la Ninfomanía ó Furor uterino, dice: "Las niñas en su union superior avanzan en forma de un arco circular dentro del qual se halla un pequeño cuerpo duro, del tamaño de un garbanzo, el que se llama clitoris. Este órgano es sumamente importante y de mucho interes por varias causas: tante en configuracion, como en sus funciones tiene mucha analogía con la pene del varon, siendo como esta una substancia esponjo-
sa, altamente sensitiva, y que disfruta de igual encogimiento y erccion. En realidad es el asiento principal de la sensacion, en la mayoría de las mugeres, y la intensidad del orgasmo sexual, depende, al parecer, de la mayor ó menor perfeccion de su organizacion nerviosa. Cuando es escesivamente desarrollada ó ex-citable, el deseo sexual se hace á veces irresistible, y produce la Ninfomanía ó Furor uterino, que conduce á crímenes morales, fruto de meras causas físicas.... algunas mugeres lo poseen de tan extraordinario tamaño, que se parece mucho al miembro varonil, y puede emplearse con otra muger aunque imperfectamente. Esto lo puedo asegurar positivamente, pues he visto un caso en que el clitoris era de las dimensiones de la pene ordinaria de un muchacho de nueve á diez años, y que adquiría completa dureza y erccion.... Es este órgano esquisi-tamente sensitivo en algunas mugeres, que apenas pueden impedir el que se excite y ocasione el apetito sexual. El roce de la ropa, y hasta el mero contacto con los labios, en el acto de caminar lo irrita y enardece, excitando acto continuo el útero y el cerebro. En tales casos es necedad é ignorancia el suponer, que el fuerte deseo sexual experimentado nace meramente de depravacion, y que puede domi-narse con solo efectos morales. Igual propiedad habria en suponer que, los de-sesos de un estómago vacío, nacen de un desordenado apetito, y que tambien podian calmarse con efectos morales..... cuando el clitoris es demasiado gran-de, puede amputarse fácilmente, mas ó menos segun sea necesario para dismi-nuir su irritabilidad"

En el citado capítulo 5^o hablando del Priapismo, dice que es: "la erccion no natural, é involuntaria de la pene.... El paciente no puede dominar la erccion en lo mas mínimo, y por regla general no es posible evitarla, en tanto que el estado morbido, continúa..... El período mas largo que he conocido, que el de seis semanas, precisamente en un hombre casado." Por fin, el mismo autor en su obra Los órganos generativos masculinos capítulo 12, hablando

de la *Satiriacis, Erotomanía* ó *Furor erótico* de que curó á un casado virtuoso, dice: "Si ese hombre hubiera cometido un acto de chocante inmoralidad, durante uno de los períodos de excitación, se hubiera considerado puramente como resultado de depravación moral, y en vez de tratamiento facultativo no se hubiera pensado más que en castigarle.... La *Erotomanía* se diferencia de la *Satiriacis* respecto al asiento de la enfermedad, el cual, en aquella es el cerebro, y no los genitales; estos solos se ven afectados secundariamente. Es en realidad una especie de manía ó de demencia que ocupa constantemente la imaginación con asuntos sexuales, sintiendo el paciente un deseo mórbido, continuo, de goces; á veces, aun hallándose el individuo impotente....."

Tornando á la *prueba* en materia criminal, la ley 32, tít. 16, part. 3, declara plena prueba para condenar á un acusado, el testimonio de testigos oculares mayores de toda excepción ó sin tacha, contestes y concordantes así en cuanto el delito y sus circunstancias, como en cuanto á la persona del delincuente.

Las tachas de los testigos no se tratan con la extensión debida por los autores rudimentarios de que se sirven los estudiantes; y como el fin principal de estos apuntes es poner al alcance de las personas no versadas en el derecho las noticias que solo podrían adquirir con el estudio de obras que no son comunes; por esta circunstancia, y por la de que, siendo la *prueba testimonial* la de uso más frecuente, merece más detención; no creo que se me culpará por haberme resuelto á publicar cuanto he creído conveniente para ilustrar el punto.

Debo hacer observar, que en razón de que la ley que se anota figura como base del *juicio criminal* soy prolijo y cansado en las notas referentes á aquella disposición, con el fin de que una vez establecidos en ella los fundamentos del *procedimiento*, baste, en las demás disposiciones relativas, hacer simples referencias, quedando con este sistema expedita la breve publicación; y con tal salvedad entro desde luego á ocuparme de las personas que son tachables como testigos.

Lo son 1º—Por falta de edad en las causas civiles el que todavía no haya cumplido catorce años, y en las criminales el que no haya cumplido veinte años; aunque antes de llegar á estas edades puede cualquiera ser llamado á declarar; y servirá su dicho de presunción; (ley 9, tít. 16, P. 3ª)

Vulpino en el Ext. de la Cuest. 58 de la *Obra Criminal* de Farinaccio, dice:

"Se establece la regla de que el impúbere varón menor de 14 años y la mujer menor de 12, son repelidos de estar en causas civiles, y con mayor razón el infante, es á saber, el menor de 7 años.

Aun cuando el mayor de 14 años, ó el púbere pueda hacer testamento y en él ser testigo, no se admite en las causas criminales, en las que son repelidos aun los púberos.

El testimonio del impúbere es "*ipso jure*" nulo, tanto en las causas civiles como en las criminales; mas en las civiles el púbere menor de 25 años puede ser testigo, á no ser que la causa sea ardua y grave.

En las criminales es admitido el próximo á la pubertad para hacer un indicio cualquiera; y en el crimen de lesa-majestad el mayor de 14 años es obligado á testificar.

En la práctica, sea lo que fuere en derecho, cuando se trata de hecho doméstico, cuya verdad no puede ser descubierta por otros, se admiten los impúberos; y el testimonio del menor en derecho, no debe ser recibido; sin embargo, en la práctica se admite por la costumbre aun al menor de 14 años para el caso de indagar la verdad.

Principalmente en los delitos atroces, en los que su dicho administrado es suficiente para tortura. Mas el impúbere hecho púbere, puede testificar de aquellas cosas que vió en la edad pupilar, á no ser que se requieran por el Estatuto testigos mayores, no para la prueba, sino para la solemnidad y sustancia del acto.

Aun más; puede testificar del testamento militar que vió hacer en la edad pupilar.

Mas las cosas que depone haber visto en edad pupilar, deben ser tales, que caigan sobre el sentido y entendimiento del pupilo; lo contrario si no son así; y por lo mismo, si siendo adulto depone que él vió en su edad pupilar que se fabricaba moneda falsa, no se le cree.

Generalmente, es preciso ó necesario que haya visto aquellas cosas que depone, no en el tiempo de la infancia, esto es, de los siete años á abajo, sino próximo á la pubertad, á no ser que las cosas vistas en la infancia fuesen tales, que pudiesen caer bajo el sentido del infante."

Sobre esta materia, véase á Murillo en su *Curso de Derecho Canónico*, lib. 2, tít. 20 núm. 152, en donde enseña que el menor de veinte años puede ser testigo en causa civil, pero no en la criminal; en la que debe tener veinte años cumplidos; y que si se admite su testimonio no producirá sino verdadera presunción.

Villanova en la Obs. 10, cap. 2 núm. 107 dice: "que aunque la ley acorta la edad de veinte años para el testigo, se tiene por legal y suficiente la de diez y seis años."

2º—No son testigos hábiles—Por falta de conocimiento: el loco, fatuo ó mentecato, el ébrio ó el embriagado ó el que de cualquier modo esté desituado de juicio; (ley 8, tít. 16, P. 3ª)

Vulpino en la obra citada, oposición 9ª del Extracto de la *Cuestión 61*, dice:

"El testigo furioso, así como no puede fungir como Juez, así tampoco testificar. Se extiende al Indiscreto, Mentecato, Frenético, Fatuo Demente, Lunático, y generalmente á todos los que carecen de sentido y entendimiento. Ni en el testamento pueden servir, aunque en tiempo del testamento no hayan sido furiosos, sino que se hayan hecho así en el tiempo en que se abren las tablas. Sería admitido el furioso si vuelto al estado de razón, depusiese de lo que vió en tiempo que estaba furioso.

El autor (Farin) impugna y dice que no es verdadera esta limitación, aunque comunmente recibida.

Se admite aquel que tiene lúcidos intervalos, si depone en tiempo que le cesa

el furor, aunque no aparezca que la testificación emanó en tiempo de sano juicio. Finalmente son admitidos los *Similes, Estúpidos, Tontos* (Grossi) (pero que no carecen de entendimiento) aunque no tienen íntegro vigor de alma; porque lo que se dice del furioso, no se extiende al género de tales hombres."

El Dr. C. J. A. Mittermaier en su tratado de Prueba en Materia Criminal, parte 5, cap. 41, pág. 229, dice: Son incapaces (testigos) también los *insensatos, los idiotas los locos furiosos*, cuando en el momento de ocurrir los hechos ó en el de su comparecencia, se hallan bajo la impresión de su enfermedad mental. Si hay intervalos *lúcidos* ya sea en la época de los acontecimientos sobre que gira el debate, ya en el instante mismo de la comparecencia del testigo el Juez deberá mostrarse sumamente circunspecto; puede dejarse estraviar, por lo que no es mas que una *lucidez aparente*, y aun cuando la enfermedad no se manifieste por violentos accesos, puede obrar en el interior, é imprimir á los órganos del entendimiento una dirección errónea; ¿cómo creer en la observación exacta de los hechos, y en una deposición que les sea conforme?"

En cuanto á los *borrachos*, dice Vulpino en el art. 12 de la Cuestión 56: que el *ébrio* también es repelido; y examinado nada prueba, si lo estaba en el tiempo en que testificó; pero que si no lo estaba, sería admitido, á no ser que tuviera *costumbre de embriagarse*: que por esto los (*Popinones*) que están continuamente en la taberna ó los que otros llaman *taberneros* que pasan la vida en las tabernas, comiendo, bebiendo y jugando, se repelen de testificar; y por fin, que la regla proceda en el absolutamente *ébrio* que no sabe lo que hace ni lo que dice, mas no en el alegre que goza con el vino.

Antonio Gomez Var. Resolut., tom 3, cap. 12 núm. 19, también declara incapaces de ser testigos á los *ébríos*, y lo mismo asienta D. Félix Colon en los Formularios de su obra "Juzgados militares de España é Indias" núm. 587.

El citado Vulpino en la Oposición 10ª del Extracto de la Cuestión citada, en cargándose del *testigo ciego*, dice:

El *testigo ciego* regularmente es repelido de testificar, y aun mas, no es admitido en la confección de inventarios ni en el testamento. Es recibido, sin embargo, cuando depusiese de aquellas cosas que no se perciben con la vista, sino con el oído, con tal que de tal modo tenga conocidas las voces de los contrayentes, y de los que hablan, que no pueda engañarse: pero ni en este caso es mayor de toda excepción.

En las causas civiles hace tan solo presunción, y en las criminales no es admitido, si depone particularmente de alguna voz; de suerte que pueda ser engañado; pero sería recibido si depusiese de las cosas vistas antes de la ceguera, ó de las que caigan sobre el sentido del oído."

Don Félix Colon en su obra "Juzgados militares," tomo 3, tratando de la prueba de testigos en el Formulario de Procesos núm. 587, pág. 316, dice: "Son testigos inhábiles los *ciegos, sordos, mudos, locos, mentecatos, niños y borrachos*, y estos no pueden admitirse en ninguna causa por privilegiada que sea; bien entendido que en cuanto al ciego, sordo y mudo debe advertirse que solo tienen im-

posibilidad respectiva al sentido que les falta, como si el ciego declarase del color ó el sordo del sonido; pero en otras para cuyo conocimiento no se hayan impedidos, bien podrán deponer, como si el ciego lo excusase de lo que oyó, y el sordo de lo que ve, teniendo presente que el oído puede engañarse, equivocando las voces parecidas, ó que pueden fingirse, y así en esto obrará mucho la prudencia del Juez. El mudo regularmente es sordo, pero por otro capítulo tiene impedimento, porque no puede perfectamente responder á lo que se le pregunta, ni explicar su concepto; pero en los delitos de difícil prueba no habiendo otro, pueden prestar algún indicio, según las circunstancias."

El Dr. C. J. A. Mittermaier en su Trat. de Prueba en materia criminal parte 5, cap. 41, pág. 329 dice: "Aquel á quien falte el sentido absolutamente necesario para la observancia de los hechos, debe ser declarado incapaz. Asimismo el que no puede expresar claramente sus ideas por la palabra ó la escritura; si hace señas, hay que interpretarlas, y esta interpretación puede con facilidad ser engañosa."

De donde se sigue que la deposición de un *sordo-mudo* que no sabe escribir, dará siempre ocasión á dificultades y dudas.

El mismo Vulpino en la opinión 11ª de la citada cuestión 61, sobre el *mudo y sordo*, dice:

El *Mudo* y el *Sordo* no son admitidos á testificar, ya sea mudo y sordo de naturaleza, ó de accidente, con tal que no oiga ó hable, y con tal que carezca de todo entendimiento, de manera que no pueda de algun modo expresar el concepto de su mente; sería lo contrario si el mudo pudiera explicarlo todo con señas y aquellos signos ciertos é indudables.

Lo que procede así en lo civil como en lo criminal si quiere deponer por escritura, porque tal testimonio por escritura del mudo, puede ser recibido, si por accidente el mudo sabe escribir, pues en este caso puede ser obligado á darlo por escrito, cuando se procede criminalmente, no así si se gestiona en lo civil. Finalmente es admitido el que es un *poco sordo*, el *tartamudo* y el que *tardamente oye ó habla*."

Lo mismo dice Murillo en su curso de Der. Cau. lib. 2, tit. 20 n. 149, al fin; D. Félix Colon en sus Juzg. milit. tomo 3º Formul. n. 587, pág. 316, y Villanova Obs. 10, cap. 4, n. 108.

3º.—Son inhábiles por reputarse parciales, las personas siguientes:

"Primeramente:—el enemigo capital, según la ley 22 tit. 16. part. 3ª que dice: "si la enemistad fuere de pariente que haya muerto, ó que se haya trabajado de matar á él mismo; ó si le oviese acusado ó enflamado sobre tal cosa, que si le fuera probado, oviera de recibir muerte por ello, ó perdimiento de la mayor parte de sus bienes, ca por qualquier destas maneras que aya enemistad entre los ómes, non deven testiguar los unos contra los otros en cuanto la enemistad durare."

Juan Bautista Vulpino, en su obra *Succus ex universo opere criminali Prosperi Farinacii Extractus*, Part. 6 Cuest. 53 tit. 6 lib. 2 del citado Farinacio, dice:

"El testigo *enemigo*, ya sea hombre ó muger se repele de testificar aun en los crímenes exceptuados, ocultos y de difícil prueba: ni aun el juez que tiene libre y ámplio arbitrio puede recibir tal testigo.

Aun mas: ni el príncipe de *potentia ordinaria* puede hacer que se crea al enemigo: su inhabilitad ni por la tortura se suple, y ni aun en artículo de muerte se le cree: No basta *ad inquirendum specialiter*. La tacha de enemistad impide la recepcion del testigo, con tal que se pruebe incontinenti, aun cuando la enemistad se haya causado por hecho y culpa de aquel contra quien se presenta el testigo, aun cuando haya tenido origen de causa menos probable, aun cuando no conste plenamente de la enemistad, con tal que aparezcan causas de enemistad; y ya sea enemigo verdadero ó aun presunto, sospechoso y oculto. La regla se estiende al *odioso ó no benévolo, ó que no ama á aquel contra quien se produce*. Mas si las causas de enemistad no son conocidas, no para aquel contra el que se produce el testigo, sino para el mismo testigo, no bastarán para repelerlo, á no ser que el testigo, al tiempo de la deposicion, supiese la causa, y ésta traiga en sí algun ódio. Así igualmente el *odio público*, no es tacha ó no hace que se repele al testigo, lo que sucede cuando alguno tiene ódio á otro como á facineroso, infame ó pecador; mas el *odio privado* es algo carnal ó familiar, que emana de causa capital y se funda en causa capital, y éste repele específicamente.

El *enemigo de mi consanguineo* se repele de testificar, así como el *consanguineo de mi enemigo el socio y doméstico y aquel que tiene liga parentela ó hace confederacion con mi enemigo*. El *hermano ó otro conjunto, familiar y doméstico de mi amigo* no se repele de testificar contra mí, y de aquí procede la regla que dice: *que cuando la familiaridad con el enemigo es grande y tal que pueda inducir al testigo á deponer con falsedad, debe repelerse*. De igual manera el *amigo de mi enemigo ó el que habita con este y comercia con él*, con tal que la habitacion ó comunicacion sea continua y antigua, disminuye la fe del testigo.

Ampliacion.—Del testimonio proferido en causa criminal, nace enemistad capital, por lo que el examinado así una vez, no puede por segunda vez admitirse á testifico, si la primera vez se ofreció espontáneamente al exámen, no así si fué obligado; pero aun en este caso, no podrá llamarse mayor de toda excepcion.

Hablando generalmente en lo civil, la enemistad debe ser capital; mas en lo criminal, aun la leve repele al testigo. En el primer caso ni el testigo es idóneo ni induce semiplena prueba, á no ser que por otras razones al arbitrio del Juez parezca lo contrario.

Generalmente no se repele al *enemigo reconciliado ó pacificado*, á no ser que la reconciliacion y la paz hayan sido hecha, ó despues de la deposicion ó date de fecha reciente, es reciente hasta tres dias, y supuesto que la reconciliacion no se presume, por lo mismo debe probarse. La Regla no proceda, si la *enemistad es afectada y procurada* para impedir la deposicion. ¿Cuándo lo sea ó no? queda al arbitrio del juez estimarlo.

El *enemigo admitido para testificar por oficio del juez ó á instancia de la parte* no es idóneo, ni prueba; mas si la parte consiente y se ofrece estar á la deposi-

cion de él, nada obsta para que se admita: y ciertamente prueba el testigo *enemigo* contra el que lo produce, y tambien en cualquier caso, supuesto que la enemistad no se presume, y al que la alega, le incumbe la carga de probarla.

Aun cuando muchos hayan querido que el dicho administrado del testigo *enemigo*, haga indicio para tortura, afirma lo contrario, lo que es concluyente segun la mente de Farinacio, que dá razones muy magistráles y buenas; y así se ha de observar al juzgar.

Sobre esta cuestion puede verse á Murillo en su curso de Derecho Canónico, lib. 2º tit. 20 núm. 154, en don se escribe las doctrinas asentadas, añadiendo que al *enemigo capital* no se le crea, aun cuando haya recibido el Sacramento Viático ó la Eucaristia.

En segundo lugar no se reputa imparcial al *Amigo* para testificar.

Vulpino en la Observ. 5 de la cuestion 55, encargándose de la fe que merezca, dice:

"No están contestes los doctores sobre si el amigo puede ser admitido á testificar por su *amigo*, y si admitido es de íntegra fe y prueba. El autor (Farin) despues de hacer relacion de las opiniones opuestas, forma la siguiente regla: *El amigo testigo, aunque no sea repeli-do de testificar, no es de íntegra fe ni mayor de toda excepcion*. Seria íntegro testigo, cuando no se tratase de comodidad ó incomodidad de su amigo, y en cualquier caso los dichos de los testigos amigos se suplen por la deposicion de los co-testigos, de modo que en el caso que dos testigos no amigos probarian plenamente, prueban tres ó mas amigos, á no ser que la amistad fuese muy grande.

Tambien son admitidos los amigos si la parte nada opone.

Tambien los amigos unidos (*conjuncti*) por cierto afecto ó dileccion lleni de piedad, é *caritativa*: ó el *amigo de ambas partes*; y tambien indistintamente, cuando la verdad no se puede descubrir por otro modo ó término, y por lo mismo son admitidos para probar el hurto ó el dolo cometido en las casas del amigo. De aquí es, que *el compatriota es admitido* á no ser que contra él haya otra excepcion cualquiera que sea el modo de pensar contrario de algunos.

El que quiera repeler á los testigos con el pretexto de amistad, debe probarla no solo genericamente, sino específicamente y señalando con puntualidad las cualidades y circunstancias de la amistad, para que el Juez pueda conocer si es tal que disminuye la fe del testigo.

De aquí se infiere, que si el testigo interrogado dice simplemente que es amigo del que lo produce, así como comunmente del otro, por tal respuesta no se vuelva inválido su dicho. Si responde que él simplemente es amigo, ni aun así se entiende probada la amistad. Si depone vehementemente que él espontria la vida en caso contingente en favor del que lo produce, aun cuando se perciba una fuerte benevolencia y ardiente amor, con todo, no se vuelve inútil el testimonio, por la razon de que no se presume que quiera esponer su alma, depóniendo con falsedad."

Villanova, en la Observ. 10, cap. 4, núm. 127, dice: que el que es amigo de