

dichos, mas no cuando se tema de la muerte de ellos ó ausencia diuturna, porque entonces muchos quisieron que baste la citacion en la casa: aun mas, ni citaciones requiere, cuando se tema la potencia del adversario, ó si hay peligro en la mora: sobre esta materia vé abajo en esta misma cuestion y en la 76.

Entiende que se requiere la citacion no solo en la recepcion y exámen de los testigos, sino tambien en la admision y produccion de los artículos, aun en las causas donde se proceda, no guardada la solemnidad del Derecho, en causas sumarias, en causas de mercaderes, en donde se procede *ex bono et aequo*, por *Mano Regia*, atendida so la la verdad del hecho, y cuando el Juez tenga cualquier libre y absoluto arbitrio.

Y en el exámen y recepcion de testigos no solo se requiere dicha citacion, sino tambien si la parte citada no haya podido comparecer por justo impedimento, tal recepcion seria nula, y si el pleito fuese contestado con el Procurador y no con el Señor, debe ser citado el Procurador y no el Señor: porque se requiere esta citacion, aun cuando los testigos sean producidos en la dilacion concedida á instancia de la parte, á no ser que se hubiese prefijado dia cierto para producir los testigos, ó se produjesen en el mismo dia del término, ó la parte hubiera sido citada para ver jurar á los testigos, cada uno de los dias y horas.

La regla procede aun en el Juez delegado, á quien simplemente se haya cometido el exámen de los testigos, y tambien en la publicacion de dichos testigos, aunque la causa se trate ante el Príncipe, en tanto que los testigos examinados, no citada la parte, nada prueban aunque fuesen mil, aun los no citados á favor; ni convalézcan por razon de que hayan sido examinados con los interrogatorios de la misma parte. Mas porque este artículo es dudoso, el *Autor* afirma que en este caso, la deposicion de los testigos vale ante Juez, á cuyo arbitrio se ha cometido la causa.

Se exceptúan de la regla muchos casos, y se marcan *quando hay peligro en la mora; quando se procede contra deudor sospechoso de fuga; ó quando hay temor de muerte ó ausencia; mas si sobreviven los testigos al tiempo de que comparece la parte y de contestar el pleito, se desvanece el dicho de ellos, ni hace prueba y deben enviarse las remisorias á la parte en donde se encuentran los testigos para hacer recíprocamente su exámen.*

Mas el temor de la muerte ó ausencia debe ser tal, que se pretenda que racionalmente se sigue, si la parte se citase antes ó el pleito se contestase. Mas cuando se teme potencia de adversario, no basta este temor solo, á no ser que se junte el temor de la ausencia ó de la muerte. Y aunque digan algunos que no se requiere tal citacion, cuando nada pudiera oponerse al testigo, esto es duro y no agrada al *autor*.

No se requiere la citacion cuando se reciben informaciones sobre habilidad ó inhabilidad de alguna persona que se ha de promover á alguna dignidad. Lo que se tiene antes de la promocion, mas no si se procediese despues para privar al mismo de la dignidad.

No se requiere ausente la parte en lugares muy distantes, por ejemplo, para

probar el naufragio en el mar, el hurto en el bosque, y en casos semejantes, con tal que tales pruebas así recibidas se exhiban dentro de un año y se trate de evitar el daño; como en los mercaderes que fueron despojados en el camino ó si fueron naufragio en el mar.

Item, cuando se tratase de la prueba de la costumbre introducida por el pueblo de la misma ciudad, si de tal costumbre reciba el orden el pleito, no la desicion de la causa, y con tal que la costumbre sea notoria.

Lo mismo cuando se gestione ante Juez que procede atendida la equidad natural, ó que puede juzgar segun su conciencia, ó sin conocimiento de causa como es el arbitrador.

Lo mismo en la prueba de la muerte, á no ser que se gestione en causa criminal; sin embargo, en todo tiempo no se puede proceder á sentencia definitiva.

Lo mismo cuando se reproduce el testigo para declarar su dicho; mas esto lo duda el *Autor*, y no lo admite, porque aunque en este testigo no se requiera juramento, sin embargo, sin interrogatorios la declaracion puede alterarse.

Y aun cuando es examinada una muger distinguida en su casa, digan algunos que no se requiere: lo contrario es mas verdadero.

Tampoco se requiere cuando el testigo depone cosas verosímiles ante Juez que procede atendida sola la verdad, ni en causa de *despojo*, ó donde está introducido esto por *estilo ó costumbre*: pero este estilo y costumbre es abusiva, y menos debe observarse en causa criminal, en donde principalmente se trata de la vida del hombre.

Pueden las partes dar licencia al Juez para recibir testigos sin citacion, ó no citadas las mismas, ni hay que citarlas cuando están presentes al juramento de los testigos: aun mas, basta en lugar de citacion la amonestacion del Juez; y si la parte citada es contumaz, aun así se examinan: aun mas, basta la citacion á la casa, y única, no trina y perentoria: y finalmente, no se requiere en el acto de la deposicion de testigos, sino en el acto del juramento. Otros sienten lo contrario."

El mismo *autor* en la cuestion 72, cap. 29, dice

Los testigos examinados en causa criminal sin citacion de parte, ni prueban ni hacen indicio alguno, aun mas, la citacion se requiere, cuando los testigos son repetidos en la tortura ó cuando se dá per la validez del testimonio.

Mas no inferas que cuando se proceda contra contumaz, ó por inquisicion de oficio. Y sea lo que fuere lo que otros digan, esto solo es verdadero, que los testigos examinados para informacion de la curia, estando el reo presente, nada prueban, á no ser que citado él, se confronten ó repitan.

De igual manera, cuando el juez tomó informaciones sobre lo notorio de un hecho permanente, ó sobre la fama, para que de ella pudiera formarse inquisicion, tal citacion no se requiere.

Estrenado al crimen, de lesa-majestad y asesinato. Prueban tambien los testigos muertos antes examinados sin citacion, porque la muerte tiene fuerza de juramento: la citacion y el juramento se equiparán; y por tanto los muertos examinados

antes entre otros, hacen semiplena prueba contra el tercero no citado. Otros sienten lo contrario.

Bastan generalmente para captura, para recibir informaciones, pero aprehendido el reo, deben repetirse, para que prueben, y cuando procedemos en algún caso ó delito, para cuya prueba no se requiera plena, sino que basten por *estatu* argumentos y presunciones, no se requiere la citación. Otros opinan lo contrario y acaso con mas verdad.

La confrontación *ad faciem* del reo, tiene fuerza de citación; porque está en el arbitrio del juez confrontar ó repetir.

Generalmente siempre se puede hacer la confrontación; pero si no obstante ella, el reo insta por la repetición sobre los interrogatorios de él, esto no se le ha de negar.

Cuando el reo tuvo á los testigos por examinados *rite et recte*, entonces el defecto de la citación no infrinje sus dichos.

Pedro Murillo y Velarde, en su obra citada, lib. 2, tit. 29, n. 161, dice:

Para la recepción de testigos debe citarse al adversario *C. 2, Testib. et Attestat. L. 19, C. cod.* Porque se trata de su interes. *L. 47, ff. De Re judicat.* Y las atestaciones hechas de otro modo son nulas. *C. 2, Test. et Attestat. Et ibid. Gom.* á no ser que se trate de evitar el pecado como en el *C. 12, de Sponsalib.* ó si se reciban los testigos en el crimen de heregía. Porque entonces la citación de la parte la suplen dos personas honestas, religiosas y discretas que concurren juntamente con el notario al exámen de los testigos. *C. 11, § Verum, de Hæreticis in 6,* porque bajo el nombre de personas religiosas, vienen cualesquiera personas graves y prudentes que aunque no en el hábito sino en virtudes sean religiosas, *Dian. in Sum. V. Inquisitores, n. 218.* Tampoco se requiere la citación de la parte contraria, cuando ella renuncia á este derecho, ó si hay peligro en la mora, ó siempre que no se requiere contestación del pleito; ni en el crimen de sodomía por su enormidad se requiere citación de parte, segun sostiene Paz in *Praxi tom. 1, p. 1, tomp. 8, n. 55.* Y á la verdad para esta recepción basta la simple citación, y no se requiere que se intime por el juez como perentoria con conminación de proceder ad ulteriora: hecho lo que, son admitidas las partes citadas para que vean recibir á los testigos y jurar, mas no para que digan sus dichos, puesto que los testigos deben ser examinados secretamente *C. 52, Testib. et Attestat. L. 14. C. Eod.* Si la parte citada no comparece por contumacia, los testigos son recibidos ausente ella, y valen sus testimonios como si hubiera estado presente *C. 2, Testib. et Attestat.* Pero si tiene legítimo impedimento y esto consta al juez, la recepción de los testigos ausente la parte será nula *ipso jure; C. 2, Testib. et Attestat. Et ibid. Gom;* pero si no consta al juez aunque valga tal recepción, se rescinde probado el legítimo impedimento; *arg. C. 18, de Sent. et Rejudic.* El patron de Navío puede probar el naufragio ó la fuerza inferida por los enemigos ó otro caso fortuito por los testigos de la misma nave ante el juez del lugar mas próximo; aun que no se cite al contrario: y hace plena fé aquella prueba no solo contra el adversario ó señor de la nave, sino contra todos aquellos á quienes pertenecan la

mercancías que se llevan en la nave y que perecieron en el naufragio. Mas tal prueba debe exhibirse dentro de año ante juez competente: *L. 2, C. de Naufragiis. lib. 11.* Lo mismo debe decirse del conductor de asnos (Agasone) que en español se llama arriero y de otros que caminan. *Gomez 3, variar. cap. 12, n. 21, Hevia Cur. Philip. p. 1, § 17, n. 8.*

Domingo Gonzalo Suarez de Paz. "Prax. asclesiástica et secularis, tom. 1, Part. 1, tiempo 8, dice;

Omitida la citación (á las partes para ver presentar, jurar y conocer los testigos), la deposición de los testigos será de ningún momento. *Juxta test. cap. 2, juncta Glosa verb. Audire Extra de Testib. et ibi. communiter DD. et. in Auth. Sed. et si quis Cod. de Testib. et in leg. 23, tit. 16, p. 3.)*

Lo que sin embargo falla, cuando se recibiera testigo sobre crimen de Sodomía, porque entonces por la enormidad del crimen, no citada la parte, su deposición seria válida. (Segun Juan Andr. y Archid. in *cap. 1, de Homic. in 6, y Avend. in respons. 31, n. 10.*)

Tambien falla cuando por convenio de las partes es producido el testigo, porque entonces aun no citada la parte, su deposición será válida: (como en el comun de los Doctores resuelve, *Covar, lib. 2, variar. cap. 13, n. 5,*) y catorce casos en que pueden examinarse testigos sin citación de parte trae Felino *In dict. cap. 2, §c.*) Mas la dicha citación opera este efecto, que cualquiera parte puede oponer objeciones contra las personas y atestaciones de los testigos de su adversario, (como se colige de dicho cap. 2 de testib. de Baldo y de otros en la ley *Si cuand C. de testib.*)

Por lo que sucede que aunque tales objeciones por Derecho Real deben oponerse dentro de seis dias despues de publicadas las atestaciones, (*L. 1, tit. 6, lib. 4, Recop.*)

Sin embargo, si en el tiempo en que los testigos se produjeren, la parte contraria estuviere presente, en el mismo instante debia objetarlas en el término probatorio del negocio principal, como advirtió muy bien Juan Matienzo (*In dialog. Relatoris 3, part. cap. 45, n. 5*), lo que limita, á no ser que se objetasen vicios ó repulsas de corrupción de los testigos.

Por ejemplo, si se opone contra los testigos que fueron corrompidos por el adversario por dinero ó otra cosa que les dió para que depusiesen con falsedad: porque tales objeciones, podrán oponerse dentro de los seis dias despues de la publicación, sea que el objetante ó su procurador hayan estado presentes ó ausentes al tiempo de la producción de los testigos; y aunque fuera del caso dicho, la parte presente al tiempo de la producción de los testigos, no opusiese en el término probatorio las repulsas contra los testigos producidos;

Sin embargo, está obligada á protestar contra la parte contraria, que pone á salvo sus excepciones. y con esta protesta podrá despues, hecha la publicación, dentro de seis dias oponer las dichas objeciones; porque por tal protesta, parece que no dá su consentimiento tácito."

(Respecto al delito de herejía, ya se ha dicho que por la ley de 4 de Diciembre de 1860 ya no debe perseguirse ni de oficio, ni á petición de parte.)

12º Testigo que depone sin dar razon de su ciencia.—Vulpino, en la cuest. 70, cap. 1º, dice:

“Se o pone, que los testigos hayan depuasto sin razon y causa de ciencia, y á propósito se sostiene la Regla. es á saber: que el testigo para que pruebe ha de dar razon de su dicho; y á no ser que interrogado la dé, ya sea la interrogacion implícita ó explícita, nada prueba.

Y mucho mas cuando depone sobre aquellas cosas que son de derecho y se perciben por juicio del entendimiento.

Mas cuando están obligados los testigos á dar razon y causa de su ciencia, si no la dan, ó la dan no buena, congruente, concluyente, general, necesaria y manifiesta, no prueban ni aun hacen presuncion. Y es atendida en tanto esta razon, que si ella fuese buena y concluyente, pruebe el mismo testigo, aunque su dicho no concluya.

La deposicion del testigo sin razon, es *ipso jure* nula, y con mayor razon en lo criminal, ya se trate de condenar ó de atormentar; ya de pena corporal ó de pecuniaria: y debe deponer de noticia cierta.

Y procede tanto, que con un solo testigo que dé razon, se defiere el juramento supletorio. Y con mas motivo debe darse la dicha razon, cuando el testigo depone sobre cosas negativas, á no ser que éstas puedan facilísimamente entenderse por coartada del sugeto.

Y entonces vale el Estatuto que quiere que se dé fe á los testigos que dan mala razon de sus dichos, cuando manda que se pruebe sin dar razon ó causa; mas no si con mala causa; porque generalmente sin causa no prueba, sea que deponga para obligar ó para condenar. Y con mayor razon en aquellas cosas que son de difícil prueba, aunque el Juez tenga libre arbitrio, porque á semejante testigo aun no puede darle fe, aunque sea arbitro ó arbitrador: principalmente si se trata de la reprobacion de un instrumento.

Aun mas, el testigo que dolosamente calla, y no dá la razon, á no ser que sea rústico y simple, puede ser castigado de falso, principalmente cuando la parte dió los interrogatorios en causa de ciencia, y sobre ellos no fué examinado por culpa ó negligencia del Juez, ó cuando el testigo juró decir, fuese ó no interrogado.

Y con mayor razon cuando depone sobre algun hecho equívoco, que puede saberse y entenderse de diversos modos, sea que deponga sobre la cualidad de las personas ó sobre el dominio.

Lo mismo es, en los que deponen sobre la fama de alguna cosa ó persona, si el testigo es perito y tal, que verosíblemente sepa que es fama. Lo mismo en los que deponen sobre hecho notorio, cuyo conocimiento sea mas bien de derecho que de hecho, por esto, no preguntados deben dar razon de su dicho.

Y aunque en causa de mútuo muchos digan y muchos nieguen que esto se requiere, conciliálos diciendo, que la afirmativa procede en el contrato de mútuo, mas la negativa, en la numeracion del dinero ó en contarle, que es algo de hecho.

Extiende á los que deponen sobre *ebriedad, furor, adulterio, amistad, enemistad, valor, estimacion de la cosa*, en donde se trata y requiere inquisicion diligente y perspicaz reflexion detenida de la estimacion; mas no en las estimaciones de los peritos, en las que no hay necesidad de dar razon. Otros opinan lo contrario.

Tambien en la prueba de *prescripcion, de milagros, de diligencia, de negligencia, de ira, de doctrina, de jurisdiccion, de territorio, de derecho de diezmos* y de cosas semejantes, en todos los casos en que aun no interrogados deben dar razon.

Tambien amplia en la prueba del *clericado*, en cuyo caso no prueba, sino es que agregue, porque lo vió ordenar; pero si dice que lo vió usar del hábito y tonsura, prueba presuntiva y semiplenamente.

Mas en el caso de estipulacion, no basta que el testigo diga que hubo estipulacion, si no es que tambien refiera las palabras de la estipulacion. Lo mismo sobre *hipoteca ó obligacion de alguna cosa*.

Que alguno sea *vagabundo*. Tambien sobre la *comparacion de letras*; sobre el *tenor del instrumento perdido*, sobre la *fuerza inferida*, sobre el *deteriore de alguna cosa*. Tambien cuando se trata de probar la *mnerte de alguno, la edad, habitacion, los confines, que el delito se ha cometido en algun territorio, la consanguinidad y el dolo*: en todos los casos que aun no preguntados, como arriba se ha dicho, deben dar razon de su dicho.”

Febrero Mexicano, adicionado por el Lic. D. Anastacio de la Pascua, *lib. 3, tít. 2, cap. 12, núm. 33*, tratando de la Prueba civil, pág. 20 del tomo 5º, dice: “La segunda circunstancia es que ademas de tener la correspondiente capacidad y ser sugetos de buena vida y opinion, den razon de su dicho, y que aquella sea diversa de éste, como tambien que depongan de positiva y cierta ciencia, y no de parecer ó creencia, lo que percibieron por los sentidos; pues semejante deposicion, como que dimana de conjeturas y nada afirma, solo induce presuncion, y así no hace fe; excepto que tenga relacion muy próxima con el sentido, por el cual se pueda percibir la verdad del hecho, v. g., haber visto á un hombre y muger desnudos, solos y encerrados, por cuyo hecho se presume y puede creer el adulterio; ó cuando concurren otros adminículos para creer aquello que se trata y el testigo les expone, ó en casos de difícil probanza, ó para probar la inocencia del reo, ó cosas que consisten en la práctica del arte, v. g., del de los médicos y comadres, ó contra el que presenta el testigo. (Leyes 8 y 10, tít. 16, P. 3.)

El mismo Febrero, tomo 7º, pág. 323, tít. 4, cap. 2, tratando de la Prueba criminal, dice en el núm. 11: “Para hacer prueba plena en las causas criminales, lo mismo que en las civiles, se necesitan dos testigos mayores de toda excepcion, etc. debiendo, ademas, dar razon congruente de sus dichos, (En consecuencia de esto será excluido el ciego, si el delito sobre que ha de declarar es de un hecho sujeta al sentido de la vista.) ó percibido por otro sentido corporal, como en el delito de injuria verbal por haberlo oido, etc. (En la injuria verbal y otros delitos que consisten en dichos ó en palabras, han de expresar los testigos no solo cuáles fueron éstas, sino el tono y gesto con que se prefirieron, pues hay gran diferencia de una ofensa á otra, segun los diversos modos de expresarse; y á veces la

palabra, aunque mal sonante, no será ofensiva, si por el gesto ó otras señales externas se conoce que la intencion no fué de zaherir. De consiguiente, para que los testigos sobredichos hagan plena probanza, no ha de limitarse su uniformidad á las expresiones que oyeron, antes bien, han de especificar todas las circunstancias que pudieron alterar ó mudar su significado.) "Esto se entiende cuando el hecho ó cosa de que se trata es perceptible por los sentidos; pero si fuese de aquellas que solo están sujetas al juicio ó al entendimiento, como sucede respecto de los peritos de cualquier facultad, entonces deben dar razon de los hechos sobre que recae el juicio que dicen haber formado. Por ejemplo, si dicen que es mortal la herida, deben haberla visto; si aseguran que murió el paciente de resultas de ella, han de haber inspeccionado el cadáver." En los delitos que se cometen de noche, si los testigos no dan razon de haber habido una luz artificial, ó como pudieron verlo, no harán prueba concluyente, aunque sean fidedignos ó mayores de toda excepcion. 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. Pondré para mayor claridad un ejemplo: Declaran dos testigos que no vieron á N. cometer la muerte, pero creen que sea el homicida, porque le vieron salir de la casa, en cuyo portal se halló el herido, con una espada desenvainada. Este juicio de nueva creencia no es suficiente para condenar á N., pues solo equivale á decir que vieron salir de tal parte, donde se encontró al herido, á N. con una espada desenvainada."

Vulpino, (alli) en el capítulo 2º, dice:

"Antes se han visto los casos en los que los testigos están obligados á dar la razon y causa de su ciencia, así en el presente se mencionan aquellos en los que los mismos testigos no están obligados á esto.

Limita, que no están obligados cuando no son preguntados, excepto en 53 casos arriba enumerados, y expuestos en el precedente capítulo. Y sea lo que fuere, en aquellas cosas que se perciben por el sentido del entendimiento, lo contrario es en aquellas cosas que son de hecho, y pueden ser percibidas por el sentido del cuerpo.

Mas si el testigo deponga sobre cosa que se percibe juntamente por el sentido del cuerpo, como por el juicio del entendimiento, entonces debe atenderse á si prevalece el juicio del entendimiento ó el juicio del sentido; porque si prevalece el juicio del entendimiento, no prueba el testigo si no dá razon; mas lo contrario si no es así. Mas cuando la deposicion del testigo es adminiculada, entonces parece que prueba, aun cuando haya emanado sin razon.

Mas si el testigo en su deposicion dió la razon, no está obligado á asignarla mas, aun cuando sea interrogado, mas si en este caso interrogado dá razon nula é inválida, no por esto se vicia su dicho, si esta segunda razon sea concordable con la primera.

Mas si el reo deponga para purgar su inocencia, no está obligado á dar razon. Igualmente en los Peritos que no están obligados á dar razon y causa de ciencia

cuando deponen de su ciencia, á no ser que fuesen elegidos por la parte, porque entonces singularmente están obligados á darla.

Los testigos que deponen sobre el delito y maleficio que cae sobre sentido corpóreo, cuando no se procede criminalmente para pena, no están obligados á dar razon. Mas si alguno diga: *sé que Scio mató á Ticio*, no prueba, si no es que dé razon.

Puesto que diciendo que él sabe, habla oscuramente, pudiendo suceder que sepa por vehemente sospecha; pero si diga: *que es verdad que Ticio mató á Scio*, entonces si prueba aun sin razon, con tal que su dicho sea adminiculado.

Mas en causas civiles, el testigo no está obligado á dar razon, cuando no puede percibirla por sentido corpóreo: y esto propiamente acontece, cuando depone del tiempo, como por ejemplo, si diga: hoy estamos en el mes de Agosto, si es preguntado como sabe esto, no es necesario que dé razon.

Singular y notablemente los que deponen sobre numeracion del dinero, ó sobre contarlos, (*numeracione pecuniae*) sobre pago, sobre acto ó contrato hecho por alguno, ó sobre color de alguna cosa, porque se presume siempre el sentido de la vista, no se requiere que den razon,

Igualmente, que alguno canta *alta ó bajamente*, mal ó bien, porque en esto se presume el sentido del oido. Lo mismo, que la cosa sea *dulce ó amarga*, porque se presume el sentido del gusto. Lo mismo finalmente, sobre *suavidad ó dureza*; que sea de *bueno ó fétido olor*, porque se subentiende el sentido del tacto ó del olfato.

En la prueba de *posesion*, aunque antes en el antecedente capítulo, se haya dicho, que no prueban los testigos si no dan razon, sin embargo, cuando dicen que *Ticio tenia ó poseia tal cosa*, si no son preguntados, no están obligados á dar la razon de la ciencia; porque el *poseer* cae bajo el sentido de la vista; y si dicen que *poseia* bien ó justamente, se entiende de la posesion de *hecho* ó natural, no de la de derecho, y probada esta natural, se entiende probada la civil que se tiene con el ánimo.

Lo que no procede cuando el testigo dice, que alguno posee á ciencia y paciencia de Ticio, porque no prueba tal ciencia y paciencia, á no ser que dé la razon."

En la misma cuestion, capítulo 3º, dice:

Cual deba ser la razon y causa de ciencia, para que el dicho del testigo se sostenga y pruebe.

Se examina en este capítulo, cuál deba ser la *justa razon y causa de ciencia*, para lo que se forman las conclusiones que siguen.

Sea la 1ª, que deba dar razon, y que la deba dar por un sentido corpóreo, es á saber por la *vista*, el *oído*, el *gusto*, el *olfato*, el *tacto*; y dada de otro modo no es buena.

2ª. Que deba darla por sentido apto á aquella cosa sobre la que depone, de otra manera no vale; porque donde el testigo depone de aquellas cosas que se perciben por el sentido de la vista, la razon debe darse por el sentido de la vista.

y no por el del oído: y así de cada uno de los demás: de otro modo no se sostiene.

3^a Que la razón que *vió ó tocó*, parece buena, aun en aquellas cosas que se perciben por el oído ó otro sentido, otros opinan lo contrario. Concilia, diciendo que esto procede en el testigo Idiota, mas no en el sagaz; ó cuando se percibe por sentido que es muy afin con el sentido de la vista y del tacto; de lo que ó por lo que en cosa perceptible por un sentido, puede darse la razón por otro, cuando el uso comun recibe un sentido por otro.

La 4^a sea, que cuando se trata de la prueba de alguna cosa que se perciba por doble sentido, entonces deba darse la razón por ambos sentidos por lo que aquella cosa se percibe. Declarando sin embargo, que en cosa proporcional al sentido de la vista y del oído, si el testigo deponga por el sentido de la vista, vale ciertamente tal razón, sea que la cosa se proporcione á ambos sentidos distributiva ó aun copulativamente, y de aquí es, que si el testigo deponga: Sé que prometió Ticio por estipulación, porque esta se percibe por ambos sentidos, basta en este caso dar la razón por solo la causa de la vista, mas si la causa sea proporcional al sentido de la vista y del oído á la vez, dubitativamente, entonces basta dar la razón por el sentido del oído, no así, por el contrario.

5^a Que el testigo interrogado por la razón, si responda *Sé porque lo percibí por el sentido del cuerpo*, no parece buena razón; pero es mas verdadera que es buena segun Farinacio y los referidos por él.

6^a No es buena razón aquella que sea la misma con el dicho, y de aquí es que no prueba el testigo que dice: *sé porque sé ó sé porque así es*.

7^a Basta concluir la razón probablemente, como en muchos casos, y frecuente y comunmente en aquellos accidentes que directa é inmediatamente no pueden percibirse; lo contrario en aquellos que pueden percibirse por el inmediato sentido corporeo.

8^a Que la razón que deba darse por el testigo, sea bastante que se dé implícitamente y que su deposición tenga en sí causa anexa é implícita de la que concluyendo directa ó indirectamente, expresa ó tácitamente concluya bien.

9^a Basta que tal razón se dé naturalmente y de un modo rústico ó comun, porque no se exige del testigo aquella razón que puede darse por el filósofo ó el gista.

10^a Que en el testimonio concienal, cuando el testigo depone sobre aquello que en su conciencia cree, no se requiere razón por el sentido del cuerpo.

11^a Que sea buena razón la del testigo que dice, *sé porque fui presente*. Y aun que otros digan lo contrario, tú sostén esta regla. Pero ampliala, que cuando el testigo depone acertivamente algun hecho ó dicho, se presume que estuvo presente, si depone de su propia presencia, mas no, si de la presencia de otro.

Ni bastaria esto, cuando se tratase de probar que alguno consintió; ni en los estatutos, leyes y contratos, en donde se requiere físicamente la presencia del testigo, porque entonces debe dar razón de oídas é inteligencia; por lo que notablemente diré que la conclusión procede, cuando el testigo diga, *sé porque estuve presente*.

12^a Que la razón que debe darse por el testigo, puede darse por los diez predicamentos relacionados por Baldo en la ley *solam n. 7, versic. istis sic prae missis*: unido el n. 8, *C. de Testib.* y mas latamente en el *cap. cum causam, n. 37 versic. ulterius prosequor &c. Seq. extr. cod.* ó igualmente se dice buena la que se dá por cuatro causas, á saber: material, formal, eficiente y final.

13^a Que no es buena la razón que el testigo dá, diciendo: *lo sé porque ninguno lo duda, ó lo sé porque todos lo dicen*.

14^a Ni es buena razón la del testigo que dice, *sé porque estoy cierto*, porque aun está obligado á dar la razón de su certidumbre.

15^a Que es buena la razón del testigo que dice, *sé porque así lo encuentro en mi memorial*.

En la misma cuestion, cap. 4, escribe:

Si acaso es buena razón, cuando el testigo dice: sé porque soy vecino ó consanguíneo.

Se sostiene la regla, que es buena la razón que dá el testigo preguntado sobre la causa de su ciencia, diciendo, *sé porque soy vecino ó consanguíneo*, aunque otros opinen lo contrario, de lo que no hagas caso. Aun mas, ampliando el dicho del vecino prevalece á los otros de los no vecinos principalmente cuando se trata de probar *la habitación, edad, muerte, posesion*, que alguno es usurero, en general, que *le mujer es puta*. Tambien amplia, cuando se trata de probar que alguno es *blasfemo, jugador, fornicario ó prójimo*.

Sin embargo, no bastaria esta razón en aquellas cosas que caen bajo el juicio del entendimiento y no bajo sentido del cuerpo, ó cuando se tratase de probar algun acto ó contrato hecho en casa del vecino ó consanguíneo, ó en la prueba del adulterio; del estupro ó de otro particular delito cometido en la casa y generalmente cuando se admite tal razón, de ella no resulta prueba general y concluyente sino solo presuntiva; pero es verdad que esta presunción, llamándose *juris*, basta para condenar hasta que se pruebe otra cosa.

Elativamente de la prueba de testigos que dan por razón la de ser vecinos ó consanguíneos, no puede imponerse pena ordinaria y con mayor razón en causas criminales. Aun mas, la sentencia-pronunciada por tal razón, como fundada en presunciones, jamas pasa á cosa juzgada, ni por esta se defiende el juramento en suplemento, porque la regla procede cuando el vecino consanguíneo ó conjunto depone de acto sucesivo y frecuentado; mas no, si sobre momentáneo, ó sobre aquel que puede ocultarse á los ojos del vecino, ó en aquellos que comunmente no son notorios para ellos.

Por lo que no concluyen sino comunmente en los accidentes y en los presumidos por derecho, mas no en otros, por lo que bien valen para probar algo *in genere, no in especie*, y en todo caso en que dicha razón de vecindad es admitida y la conjunción se ha de probar por dos testigos.

Ni basta la asercion de vecindad ó conjunción, á no ser que fuesen dos testigos los que así mismo se refiriesen recíprocamente y se nombrasen mutuamente vecinos y conjuntos.

13^a y último. El repetido Vulpino, éstractando la cuestion 74: *Si acaso y cuan-*

do prueban los testigos examinados sin juramento, y bajo qué forma deben jurar. dice:

"Es regla firmísima que los testigos no jurados no prueban, aunque hayan jurado nulamente, porque para la validez del juramento se necesita que el testigo jure decir toda la verdad, (esto en la práctica no se observa), que jure sobre toda la causa, que jure que de ningún modo está corrompido, pero esto se subentende mediante la amonestación hecha por el juez. Que jure que á ninguno ha de revelar su testimonio antes de la publicación y esto se practica específicamente en causas arduas, aunque en todas sea de forma, y por otra parte el testigo que lo hace puede ser castigado.

Y aunque el juramento deba prestarse sobre los santos Evangelios de Dios, por costumbre los legos juran tocadas las Escrituras, los clérigos sacerdotes tocado el pecho, los caballeros tocada la cruz."

Aunque se ha dicho ya en las notas anteriores; es preciso repetir que quedó extinguido el juramento por la ley de 4 de Diciembre de 1860, que lo reemplaza con la promesa de decir verdad; y que el tormento que desde la Constitución española de 1812 dejó de usarse, quedó definitivamente suprimido en México por el artículo 22 de la Constitución política de la República de 5 de Febrero de 1857.

Con arreglo á las leyes y opiniones de su tiempo, enseña Vulpino en su citado extracto de las doctrinas de Próspero Farinacio: que los cómicos ó farzantes [*Historiones*], los Truanes, Juglares, Bufones ó graciosos de comedia [*Mimi*], ó aquellos que por causa de arte del juego ó de diversiones salen á la escena pública, y los semejantes á éstos, son repelidos de testificar, lo mismo que los Bailarines ó Danzantes, [*Saltatores*] los Atletas ó Luchadores [*Arenarii*], y los Charlatanes y Empíricos, dando por razón para no considerarlos idóneos, la de que se reputan infames pero como por fortuna nuestro sistema republicano, y especialmente la Constitución federal de 5 de Febrero 1857, rechazan esa nota de infamia tan ridícula é injustamente arrojada á las personas que ejercen los artes ó industrias expresados, es evidente que ha cesado el antiguo anatema, de la misma manera que cesó para el hijo del traidor, para el que interviniera ó suplicara por aquel, para el apaleado ó azotado con vara [*Fustigatus*], para el Pródigo y para el litigante continuo y comprador de pleitos, que estimados como infames, no podrían testificar, según enseña dicho autor con los de su época.

Siendo bastante frecuente en algunos testigos maliciosos, negar las declaraciones que han rendido, parece que no será fuera de propósito transcribir las doctrinas de Sebastian Guazzino en su citada obra, *Defensae Carceratorum, inquisitorum Reorum*, Defensa 23, capítulo 15, en donde formulando la cuestión en estos términos:

¿Si es mas de creerse al testigo ó al escribano cuando el testigo dice que no dijo como aparece escrito? Guazzino en su ob. cit. Def. 23, cap. 15, dice:

"Sea lo que fuere respecto á la duda en causas civiles, en cuanto á las criminales cuando se procede para pena, no se cree ni al escribano ó notario contra el testigo, ni al testigo contra aquel. *Nat. cons.* 342, n. 1, lib. 3, *Capic. dec.* 94, n. 1

Boss. tit. de fals. n. 10 y 18. *Hier de Mont. q.* 12, n. 3, *Cras. com. opin. lib.* 2, s. 17, q. 22, en donde alega á otros, y afirma ser opinión común, *Jul. Clar. §. falsum* n. 11, y q. 36, n. 17. *Menoch. de praesumpt. lib.* 2, *praesumpt.* 99, n. 15, *vers. sacus in crim.* *Mascar. de probat. concl.* 1093, n. 9. *Jul. Pacian. de probat. lib.* 2, c. 48, n. 57. todos los que alegan concordantes, como lo hace *Mod. Rom. q.* 159, n. 104.

Y si fuesen muchos los testigos que digan que no dijeron como se encuentra escrito, no puede ser atormentado el notario, sino que solamente la deposición de ellos haria indicio para inquirir. *Rold. cons.* 39, sub. n. 17 & 33 & seq. *lib.* 1. *Nart. cons.* 392, per totum. *lib.* 2, en donde alega á otros, y bajo el n. 7 y sig. dice que lo mismo sucederia cuando muchos testigos afirmasen que no fueron examinados aunque sostenga lo contrario *Capic. dec.* 94 in fin, que puede ser atormentado el notario por la deposición de muchos testigos

Mas si se trata de inferir tortura, *Bossio, tit. de fals.* n. 16 y 17, asienta que el testigo "de jure" puede ser atormentado, cuando el notario y testigo se contradicen mutuamente, puesto que el notario sostiene las veces de dos testigos, aunque por impericia de los Jueces no se observa en la práctica, y lo sigue *Mascard. de prob. concl.* 194, n. 2. *lib.* 2, y que tampoco se observa entre nosotros, lo dice *Mod. Rom. q.* 159, n. 209. Verdaderamente jamas vi en este caso que el testigo fuese atormentado, porque en lo judicial un testigo no hace indicio para tortura contra el notario; *Nart. cons.* 392, n. 7, & seq. *vol.* 2, en donde dá la razón.

Mas en cuanto á prueba, si el testigo niega que depuso, como el notario escribió, se cree mas á la escritura y al notario que al testigo, *tot. de fals.* n. 16. *Covar. variar. resolut. lib.* 2, cap. 13, n. 10. *Alciat. de praesumpt. reg.* 3, *praesumpt.* 13, n. 1. *Jul. Clar. §. falsum* n. 11, et seq. 53, n. 17. *Menoch. de praesumpt. lib.* 1, *praesumpt.* 79, n. 14. *Mascard. de probat. concl.* 1094, n. 7, et seq. *lib.* 2. *Pacian. de probation. lib.* 2, c. 48, n. 56, todos los que acumularon otros concordantes.

Lo que sin dificultad procede en los actos judiciales. *Nart. d. cons.* 392, n. 7, & seqq. puesto en lo extrajudicial es lo contrario, como vemos, que un testigo instrumental hace vacilar el instrumento, de tal suerte que no haga fe ni prueba en causa civil. *Parif. concilio* 152, n. 8, *volum.* 4. *Menoch. de arb. cas.* 105, n. 13, & seqq. *lib.* 2. *Honded. consil.* 99, n. 2, *vol.* 2. *Villagut. in pract. crim. lib.* 8, cap. 1, *concl.* 17.

Y el que se crea mas, en cuanto á prueba al Notario que al testigo, procede, cuando el Notario examinase y tuviese Escribiente que escribiese el examen. *Alciat. de praesumpt. reg.* 3, *praesumpt.* 13, n. 10. *Menoch. de praesumpt. lib.* 2, *praesumpt.* 79, n. 16. *Baiard §. falsum.* n. 17, *Mascard. de probation. concl.* 1084, n. 20, *lib.* 3, en donde dice: que tambien procede en causa criminal, y lo sigue *Mod. Rom. quest.* 59, n. 191.

Y mucho mas procede, si el testigo haya firmado su examen; *Cravert. consil. crim.* 47 n. 2, etc. *seqq.* en donde declara, que con tal que en la suscripción se lea al testigo su examen, para que pueda corregir el error, si lo pide, de otro modo, no, que es lo que ante nosotros se observa, como lo afirma *Mod. Rom. dict.*

quæst. 159, n. 192, Jul. Clar. dic. §. falsum. n. 11, in fin, y lo sigue Villagut. in d. conclus. 17, en donde dice, que lo mismo es, si el testigo, no supiese escribir, y si hiciese la señal de la cruz.

Mas si hubiese sido examinado con intervencion del Juez, pasa sin dificultad, que mas se crea al Notario ó á su escritura, que al testigo. Jul. Clar. q. 53, n. 17, Hier. de Mont. q. 12, n. 4, Covar. Var. Resol. lib. 2, cap. 13, n. 11. Curt. de testibus concl. 42 n. 88. Cravet. cons. 13, n. 2. Modern. Rom. d. q. 559, n. 189. Mascard. de probat. concl. 1094, n. 11, vol. 2, todos los que alegan á Villagut. in d. concl. 13.

Y lo que hemos dicho que en cuanto á la prueba se cree mas al Notario que al testigo, procede, á no ser que al Juez le parezca otra cosa, atendida la cualidad de las personas; porque el Notario fuese persona sospechosa y no de buena fama, y el testigo persona fidedigna. Jacob. de Aret. in l. 1, §. si quis neget, n. 2. vers. si alias Tebellio ff. quemadmodum testam. aperiant. Albert. n. 3 y 4. Butr. in c. ad audientiam n. 17. Imol. n. 3. Abb. n. 7, Felin. n. 6. extra de præscript. Tiraquel. de poen. caus. 51, n. 129, Curt. de testib. concl. 40, n. 85, Mascard. de probat. concl. 1094 n. 13, §c. seq. lib. 2, Baiard. q. 53, n. 35, Modern. Rom. q. 159, n. 133.

Mas si fuesen muchos los testigos que contradijesen al notario, si acaso en cuanto á prueba se ha de creer mas á ellos que al notario, hay opiniones varias que relacionó y acumuló Mod. Rom. in d. q. 59, n. 197, §c. seqq. Y finalmente, parece que debe tenerse presente la distincion de que antes se habló, de que se ha de atender la cualidad del notario y de los testigos, de modo, que se crea mas al notario que á muchos testigos, cuando el notario fuese de buena condicion y fama y los testigos no fuesen idóneos, y por el contrario, mas se cree á los testigos fidedignos que al notario que fuere sospechoso, segun lo que asienta Specul. in tit. de instruc. audit. §. restat. videri n. 10, en donde disputa el artículo en pre y en contra Butr. in cap. ad audientiam n. 17, in fin extra de præscrip. y allí Alejand. Naevo, n. 14, Gram. cons. crim. 67, n. 7 Guid. Pap. dec. 540 n. 2, en donde afirma que así fué resuelto en aquella curia en otro tiempo. Capic. dec. 94, n. 2, pero Thesaur. in q. forens. q. 31. n. 7, despues que refiere varias opiniones, concluye, que el senado juzgó que debia estarse mas al notario que á los testigos, cuando no fuesen muchos en número, lo contrario, si exceden del número de dos y depongan concluyentemente, porque entonces puede llegarse contra el notario hasta la tortura, y así afirma haberlo visto observar.

Y si se produce alguna escritura con algun espacio en blanco, y despues de la produccion se escriba en dicho espacio blanco, si acaso puede ser castigado el que lo escribió, latamente trae esta cuestion y la declara bien Petr. Cabal. in q. crim. cas. 217, per totum cent 3.^o

Alonso de Villadiego Instruc. polit. y prac. Judic, cap. 3, n. 23, pág. 61, dice: "Pero si los testigos se examinaren ante el Juez, aunque dijeren despues que no habian dicho lo que está escrito, ó que lo dijeron de otra manera, se ha de dar mas crédito á lo escrito, lo cual no seria si dijeron ante el Escribano, sin estar delante el Juez, porque en tal caso se pone mucha duda á lo escrito, mayormente

te si lo contradijesen dos ó tres; y si fuese escritura pública, cuatro testigos. (Cita á Abb. in cap. causam de testib. Bald. pertent. in leg. 115 y allí Greg. tit. 18, part. 3.^a)

El Lic. Castillo de Bobadilla, Polit. para corregidores, lib. 3, cap. 14, tom. 2 pág. 251, dice en el núm. 46: "Y aunque algun testigo jure que no testificó lo que parece estar escrito por el Escribano, no se le ha de dar crédito, sino pasar por lo escrito, salvo si se tratase de acusar al testigo ó al escribano, que entonces á ninguno se daria crédito segun doctrina de Especulador y otros. (Specul. in tit. de Teste, §. 1, versic. Sed pone Judea y en el tit. de Instrument. editio, §. restat vers, Quods. si unus, Abb. in c. cum causam col. fin de testibus, Roland, cons. 37, n. 17, vol. 1, Covar. lib. 2, Var. c. 13, núm. 10, Clar. in pract. §. fin q. 53, n. 17, pág. 404, ubi alios refert, dicentes hanc esse com. opin. idem, in lib. 5, Sentent. §. falsum n. 10, pág. 199, Paz in Pract. in princip. annotat. ultima, n. 33, fol. 19 Gramat, cons. 47, n. 1, etc., com. 67, etc., cons. 30, n. 11, post. Avil. in cap. 37, Praetor gloss. Porsi, n. 20.) porque las probanzas en las causas criminales han de ser concluyentes, Pero si muchos testigos jurasen no haber dicho lo que parece estar escrito, si la causa fuese civil, enflaqueceria la fé del Escribano: salvo si en conformidad de lo que el Escribano dá fé haber depuesto aquellos testigos, hubiesen otros testificado lo mismo; (Roland. in dict. consil. 38, dict. n. 17, 23, 24, 29, etc., 41 Paz ubi supra) pero si la causa fuese criminal, aunque los testigos depongan contra el Escribano, diciendo no haber testificado como él certifica, no podrá ser castigado por ello, ni los testigos tampoco, por estar encontradas las probanzas, segun Thomas Gramatico y otros: (Grammat. voto 26, Roland ubi supra.)

Mas habiendo asistido el Juez al exámen de los testigos, de poco servirá la retractacion de ellos, contra la presuncion de la ley por el Juez y por el Escribano. (Cap. Quoniam contra de Probatio. Abb. in c. cum causam, in fin, de Testib. Avila in cap. 37 Praetor gloss. Porsi núm. 20.)

Y para invalidar la escritura pública autorizada del Escribano, puesto que segun algunos bastaban dos testigos, aunque no fuesen instrumentales; pero conforme á las leyes de Partida, y resolucion de Montalvo, Cevarrubias, Gregorio López y otros; si el Escribano es de buena fama, son menester cuatro testigos contestes, y no lo siendo y habiéndose otorgado la escritura de poco tiempo atrás, y siendo los testigos instrumentales de buena fama, bien bastarán los instrumentales para invadirla, aunque no para condenar de falso al Escribano, como mas en particular lo discuten y examinan los dichos doctores: en lo cual por ser materia larga paso con esta resolucion; y así se determinó en estos dias en el consejo en el negocio de Alonso Martin, escribano de la villa de Usanos, á quien yo defendia.

Y en los casos árduos y graves es buena cautela, que los testigos se examinen por el Juez y Escribano, y en presencia de personas fidedignas que juren guardar secreto, porque no se dude si el Juez y el Escribano hicieron bien su oficio. (Bonifac. in peregrin. verb. Probatio folio 293, col. 4.)