

Juan Hevia Bolaños, *Cur. Philip. Part. 3, § 15, pág. 226, n. 9*, dice: "Cuando el testigo dice que no dijo lo que está escrito por el Escribano, tratándose de castigar al testigo, á él, antes que al Escribano, se ha de creer. Y al contrario, tratándose de castigar al Escribano, á él, y no al testigo, se ha de creer, si no es que muchos testigos de esta manera declaren contra el Escribano. Mas tratándose sobre á cuál se ha de creer en el dicho, en las causas civiles, se ha de creer al Escribano, si no es que todos los demas testigos dixeren de la misma manera que él, ó el testigo solo que esto dice es persona noble. Y en las criminales se ha de creer antes al testigo que al Escribano, si no es que el testigo firma su dicho, cu ya firma reconoce, ó declara ante otros testigos, ó ante el Juez, que dicen que así lo declaró, que entonces al Escribano se le ha de creer, y no al testigo, el cual puede ser castigado por falso."

Alfonso Azevedo, en sus *coment. á las leyes de la N. R., ley 2, tit. 8, lib. 4, núm. 45, pág. 207*, dice: Si el testigo dijo que él no declaró aquello que el notario escribió, se le creerá, ó al Notario, y quién será castigado? y debe decirse, que á ninguno de los dos se creeria ni se castigaria, porque no se sabe quién sea parjuro ó delincuente (Citas). . . . mas esto lo entiende el Sr. Covarrubias en la criminal, no en lo civil, en lo que es creído el notario, y no el testigo. (Comprobantes.) Y esta conclusion es verdadera, es á saber, si se procede para que el testigo que dijo que declaró de otro modo de lo escrito por el Notario, se castigue como falso, se cree al testigo mejor que al notario, y lo mismo por lo contrario, si se trata de que se castigue el Notario como falso, se cree á éste y no al testigo, (Citas) á no ser que haya muchos testigos contra el Notario; mas si se trata solo de á quién de ellos se creeria, en lo civil yo creeria al Notario, á no ser que todos los testigos digan que declararon todo lo contrario de lo escrito, ó el testigo que solamente dijo esto, sea persona notable, segun *Capitius decisiones 61, n. 5*; mas en lo criminal se cree mas bien al testigo que al notario, segun los referidos DD. (de las citas) y esto á no ser que el testigo haya signado aquel dicho con su propio signo y firma, ó haya declarado ante otros testigos ó el Juez cuyos testigos ó el Juez afirmen que el testigo dijo como está escrito, porque entonces ni en lo criminal seria creído, sino el notario, (citas) lo que enseña tambien el Sr. Covarr. lib. 2 Variar. cap. 13, n. 10, que por esto está establecido por derecho que en lo criminal no encomienden los jueces las declaraciones de testigos á los escribanos, sino que ellos mismos los examinen; estén presentes á sus declaraciones, y las firmen juntamente con el Escribano; y aun mas, entonces dice Jul. Clar. lib. 5, prac. crim. § fin, quest. 53, que si deponen lo contrario despues, puede ser castigado como falso. (Abundancia de citas.)

*Testigo que no quiere testificar:* Azeved Ob. cit. y lug. cit. dice en el n. 30 pag. 205: "Y que sucede si el testigo no recibió precio para no dar testimonio, sino que no quiere testificar acaso incurre en el crimen de falso? vé á Gregorio Lop. en la ley 35, tit. 16, P. 3 y á Specul. de instrum. editione, § instrumentum in princ. y Felin. in s. consult. de testib. cogend. n. 4 y Florent. 3, parte suae sum.

*mae Thasolog. tit. 9 cap. 11 § 3 in princ.* que dicen que no se castiga como falso sino como doloso, y así puede castigarse por crimen: de estelionato."

En la ley 35, tit. 16, P. 3, cuyo rubro es: "Como el Judgador debe apremiar á los testigos que no quieran ocurrir á decir el testimonio." Dice: "Testigos es cosa de que se pueden los omes comunalmente mucho aprovechar en sus pleytos, E por ende todo ome que fuera llamado que venga á testiguar por otro delante del Judgador, debe venir á decir su testimonio de lo que sabe ca mostrasse por obediente al Juez, aquel que lo haze. E demas haze merced [1], diziendo la verdad. E si alguno fuesse rebelde, que non quissiesse venir á dezir su testimonio, puede el juez apremiar, faziendole prender [2] fasta que venga. Empero si alguno quissiesse aducir por testigo en juicio, fuesse tan viejo, que oviesse de 70 años para arriba, ó que fuesse caballero, que estuviesse en Frontera ó en otro servicio del Rey, de que non osasse partirse sin su mandado, ó fuesse Juez de algun Lugar, ó fuesse cabdillo por fazer llevar viandas á huestes, e guiar recuas; ó el que fuesse en romería; ninguno de estos sobredichos, mientras estos embargos ovieren, non deben ser apremiados que vengan á testiguar en juyzio, si ellos non lo quissiesen fazer de su grado. Esto mismo dezimos del que oviesse tan gran enemistad, que non pudiesse ir sin algun peligro de sí, á dar testimonio á lugar do fuesse emplazado para decirlo. E el que fuesse enfermo de gran enfermedad. Otrosí dezimos que Arzobispo, nin Obispo, nin Perlado de Santa Iglesia, que tuviesse gran lugar, nin los Ricos homes honrados, nin mugeres honradas; ningunos destos non deben ser apremiados que vengan á dezir su testimonio en juyzio. Pero el Judgador ante quien fueran nombradas estas personas por testigos, si el pleyto fuere grauado, é non se pudiere saber la verdad; si non por estos testigos; entonces el Judgador debe ir él mismo al Lugar do fueran

[1] Greg. Lop. *Faze merced.*—Y los que se sustraen de la deposicion, están obligados al interés del pleito á la parte dañada, *L. argentarius § 10 fin D. de Edendo*, y por este texto así lo sostiene allí Bald. Angel y Paul de Castro donde tambien vé á Jas. Y si acaso los que no quieren testificar incurran en el crimen de falso, vé las cosas que dice Bald. *in l. praesbiteri C. de episcopis et cleric.* y en el cap. 1 *si de invest. inter domin et vasal* y en la *L. data opera col 7 C. de his qui acus non poss*, y es la resolucion, que cuando el testigo no juró, aunque se oculte, es castigado como doloso, no como falso; mas si juró, se castiga como falso, y así se entiende el dicho de Inoc. en el cap. De crimin. falsi. Y los que ocultan los instrumentos en daño de otros, de que modo estén obligados; vé la Glosa y allí á Baldo. en la ley *eum qui C. ad leg. Corn. de falsis*, y dice Sto. Tomás 2, 2, q. 70, art. 1, que si se exige del testigo el testimonio ocultamente de aquellos cuya infamia no precedió, no está obligado á testificar. . . . &c.

(2) *Prendar.*—Porque puede ser obligado tomándole prendas, é impuesta multa, como por la Glosa en dicha *L. si quand C. cod.*, y por Anzon en el mismo título *in sum. col. 1*, y por esto debe comenzarse primero. Mas si ni esto bastare, podría encarcelarse y obligarse por otros re medios."

é resebir su testimonio, faziendolo escrebir: é ellos deben decirle la verdad que ende supieran del pleyto. E si el pleyto non fuera granado, puede el Judgador embiar alla á su Escribano, que reciba los dichos dellos, é los escriba: é leyendo los testigos recebidos en esta manera tanto vale como si ellos mismos oviesen venido á dar su testimonio en juyzio."

Febrero mexicano de Pascua, tomo 7, *tít. 4, cap. 2, pág. 327, núm. 19.* Si los que son llamados para atestiguar se rehusaren á hacerlo ó á comparecer, se les podrá apremiar por prision y embargo de bienes: aunque si fueren mayores de 70 años, enfermos de gravedad, grandes, arzobispos, obispos ó mugeres honradas, de be el Juez, en causa grave, ir á recibirles en su casa la declaracion, y en causa de poca entidad, comisionar al escribano para que practique esta diligencia. [LL. 36, *tít. 16, P. 3 y 1, tít. 11, L. 10, N. R.*] En la práctica se observa que habiendo de testificar algun Magistrado de 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 desea saber. De esta distincion gozan tambien los gefes de algun ramo militar, [Resoluc. del Superior Consejo de Guerra de 3 de Marzo de 1781,] y tambien los administradores de rentas podrán enviar sus declaraciones, sin necesidad de presentarse á darlas en causa de poca entidad; si bien siendo estas graves duben ir á declarar en casa de los Jueces, quienes han de tratarles con la debida distincion, sin molestarlos ni causar perjuicio á la Hacienda pública. [Real órden de 20 de Marzo de 1790, Colon, Juzg. milit. tom. 3, n. 647.] Sobre esto véase la nota 25, pág. 155 de la ley que se anota.

El mismo Febrero, tomo 5, pág. 22, Lib. 3, *tít. 2, cap. 12, n. 35,* dice:

"No deben ser apremiados á ser testigos en juicio civil, el que fuere mayor de 70 años; el soldado ó otros que se hallaren ocupados en la guerra, mientras lo estén; el que tuviere tan poderoso enemigo, que sin gran peligro no pudiera ir al lugar destinado, ni el enfermo, interin lo esté. No deben ser obligados á ir á declarar ante el Juez, los arzobispos, obispos y otros personajes condecorados, ni las mugeres honradas que viven honestamente; por lo que si el pleito es grave, deba el Juez ir á su casa á recibirles sus deposiciones; y no siéndolo, comisionar para ello al escribano, [Ley 35, *tít. 16, P. 3*] peniendo auto por escrito, y no verbalmente, pues no basta. Esto disponia el derecho de las Partidas, acerca de lo cual se advierte que hoy los testigos en todas las causas deben examinarse precisamente por el Juez de ellas, como adelante veremos; y que el año de 1822, habiéndose consultado al Soberano Congreso sobre el modo con que debian declarar los señores diputados, en cierta causa criminal grave, resolvió en órden de 23 de Agosto, que parecia muy justo y conveniente que el Fiscal de la causa de que se trataba, ó cualquier Juez que necesitare saber alguna cosa de un diputado, se lo preguntase por escrito, debiendo éste contestar del mismo modo, con juramento ó sin él, segun el caso lo exija. Esto mismo parece debe observarse respecto del Presidente y vice de la República, Magistrados de la Corte de Justicia, Senadores y demas personas que sirvan plazas de igual condecoracion. En quanto á

los Regidores del Ayuntamiento de México, dispuso una cédula de 15 de Noviembre de 1768 (Beleña Providencias, núm. 634) que en las causas criminales no se excusasen de acudir ante cualquiera Jueces á practicar las declaraciones que se ofreciesen para su instruccion, y que en las demas guardasen el estilo que hubieran." [Véase la nota anterior 25, pág. 155.]

"Asimismo no deben ser apremiados para declarar como testigos los ascendientes, descendientes ni transversales dentro del 4º grado en causas contra sus personas, fama ó pérdida de la mayor parte de sus bienes; ni los suegros, yernos, padrastros é hijastros unos contra otros, bien que si [espontáneamente testificaren, valdrá su dicho [Leyes 10, 11 y 15, *tít. 16, P. 3 y fin, tít. 30, P. 7*]; pero se deberá espresar así en su declaracion, como lo advierte Gregorio López en la glos. 3 de la ley 11, *tít. 16, P. 3,* y el escribano lo tendrá presente: ni el marido y muger uno contra otro, [Leyes 15, *tít. 16, P. 3 y fin, tít. 30, P. 7*] ni el corredor sobre la cosa vendida por su mano, sino de unánime consentimiento de las partes [Ley 37, *tít. 16, P. 3*]."

Testigo: no puede ser obligado á declarar, si de ello se le sigue detrimento, si no es cuando no puede descubrirse la verdad de otro modo. Sebastian Guazzino, Def. 14, cap. 11, tom. 1, de la obra citada, dice:

"Mas si del testimonio ó declaracion de los testigos puede venirles peligro, por que puedan contraer enemistad con algun poderoso, no han de ser obligados los testigos á dar testimonio. Menoch. de arbitr. casu 487 n. 3 & seq., en donde dá la razon, porque si conviene á la amistad que ninguno dé testimonio en perjuicio de sus parientes (atinentium), mucho menos equitativo es que alguno testifique en daño del mismo, supuesto que cualquier sábio desea evitar la enemistad, y la caridad bien ordenada comienza por uno mismo, como latamente sostiene Mod. Rom. in q. 78, n. 123, en donde sin embargo, bajo el núm. 124 afirma que no procede cuando la verdad no puede tenerse por otro término, y allí acumuló concordantes latamente Villag. in prac. crim. lib 8 de test. c. 2, concl. 3, vers. an si testis, concl. 3."

Cerrará la nota sobre prueba testimonial la cuestion sobre el testigo que creyendo decir verdad, dice falsedad.

Azevedo, lug. cit. pág. 205, dice en el núm. 32: "Si alguno cree decir verdad, y sin embargo depone falsedad, se castiga como falso, segun Senior referido por Villalobos, in suo cesario mille commun opin. litera T. n. 145, diciendo que esta es comun opinion; en el núm. 66, (pág. 209) añade: "Y si acaso se castigue como perjuro, aquel que no vió el hecho, y depone como si lo hubiera visto, pero sin embargo dice verdad, vé á Ancharrau, consil. 40, versio. ideo discutiendum, y Felin. in c. fraternitatis in fin de haeretic."

Prosiguiendo en el empeño de dar nociones sobre la Prueba, parece oportuno hablar de la confesion y de la Inspeccion ocular.

La ley 2, *tít. 13, part. 3,* dice: que por la confesion de una de las partes hecha en juicio, presente la contraria, puede librarse el pleito, como si se probase con testigos ó legítimas cartas: que el juez por ella debe dar sentencia definitiva, si el pleito es-

tuviere contestado; y que lo mismo se entienda de la confesion hecha en cualquier pleito criminal; pero es preciso que conste el hecho del delito y que concorra ademas alguna semiplena probanza contra el reo: asentando los autores que la *confesion calificada* que hace el reo de haber cometido el delito pero en defensa propia se puede admitir en una parte y repudiar en otra, y que admitiéndose solo en cuanto a la perpetracion del delito, perjudica al que la hace, si no prueba la calidad de la defensa, porque en los delitos siempre se presume dolo mientras no se prueba lo contrario: bien que por esta confesion no quieren que se condene al reo en la pena ordinaria del delito sino en otra mas suave, y por lo comun pecuniaria; y admiten en su favor, para eximirlo de toda pena, conjeturas, indicios, presunciones y testimonios de parientes consanguíneos ó afines y de domésticos. Véase á *Ant. Gom. Tom. 3, var. cap. 3, núm. 26 y 27.*

Hay, sin embargo, otros autores que sostienen que esa confesion calificada debe aceptarse en el todo. Véase á *Escríche Dice. de Legist. Artículos Confesion y Prueba en materia criminal*, en donde parece se inclina al sentir de los últimos. Véase tambien á *Mittermaier*, obra citada, parte cuarta, cap. 31.

Para que la confesion haga prueba, se necesita que el que la hace sea mayor de edad, ó que si es menor y entró ya en la pubertad, intervenga la autoridad de su curador, sin embargo de la cual podrá en caso de lesion, pedir la restitucion in integrum; segun la ley 1.<sup>a</sup> tít. 13 y la ley 3.<sup>a</sup> tít. 25. p. 3.<sup>a</sup>

Que sea libre y no arrancada por fuerza ó miedo de muerte ó de deshonra, ni por otra coaccien física ó moral, ni por promesa, dádiva, engaño ó impropio artificio; segun las leyes 4 y 5, tít. 13, p. 3.<sup>a</sup>

Que se haga á sabiendas ó con cierta ciencia; y no por ignorancia ó error de hecho, así es que, si tú me pides un legado (dice *Escríche*) que supones haberte dejado mi padre en su testamento, ó una cantidad que debia él mismo, y yo de buena fé confieso la deuda ó el legado; pero despues se descubre que el legado no existia en el testamento, ó que la deuda habia sido pagada, podré yo revocar mi confesion como errónea; segun la ley 5, tít. 13, p. 3.<sup>a</sup>

Que en las causas criminales, no sea falsa la existencia del cuerpo del delito, pues si uno confiesa haber asesinado á otro, que despues aparece vivo, ó que murió natural y no violentamente, es claro que la confesion, no puede tener efecto alguno; segun la ley 5, tít. 13, p. 3.<sup>a</sup>

No solo es necesario que no sea falsa la existencia del cuerpo del delito, sino que ha de constar su certeza, de modo que la confesion sola no basta para condenar al que la hace, si no resulta primero que efectivamente se ha cometido el delito; segun escribe *Gregorio López* en la *Glosa 9.<sup>a</sup> de dicha ley 5.<sup>a</sup>, tít. 13, p. 2.<sup>a</sup>, y Art. 257 de la Constitucion de 1812.*

Supuesta la certeza del delito y constando que este se ha cometido, disputan los AA. ¿si basta la confesion del acusado para condenarle, y si hace prueba completa contra él su propia confesion?

La ley 2, tít. 13, p. 3.<sup>a</sup> concede á la confesion el valor de prueba completa así en lo civil como en lo criminal, segun se ha dicho. La ley 5 del mismo tít. y

P. establece, que la confesion de uno que dice haber muerto ó herido á otro, que realmente se halla herido ó muerto, aunque sea un tercero el delincuente, le perjudica como si él mismo lo fuese, porque se dió á sabiendas por aator del mal que otro hizo, amándole mas que á sí mismo: de modo que si despues quisiere probar que otro cometió el delito, no debe ser oido: bien que *Gregorio López* en la glosa 10.<sup>a</sup> de esta ley asegura, que esta disposicion solo debe entenderse del caso en que se trate civilmente del delito, en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, y no del caso en que se trate criminalmente en cuanto á la pena. Sin embargo á pesar de la fuerza que la ley concede á la confesion, se buscan en la práctica otros indicios, que comprueben lo confesado, y se admite al reo en el plenario á contradecirla ó impugnarla y á oponerle excepciones que disminuyan ó desvanezcan la criminalidad del hecho confesado.

Es otro requisito que el confesante haga la confesion contra sí mismo ó para obligarse á otro; mas no en su favor, ni contra un tercero; segun la ley 4.<sup>a</sup> tít. 13, p. 3.<sup>a</sup> y la ley 2, tít. 7, lib. 2, del *Fuero Real*. La confesion en efecto, no es como el juramento decisivo, una prueba en favor del que la hace, ni se exige para hacer depender de ella la decision de la causa, sino para sacar de las respuestas del confesante la prueba que falta. La confesion, por otra parte, no perjudica á terceras personas, sin otras pruebas; segun dicha ley 2.<sup>a</sup> tít. 7, lib. 2, del *Fuero Real*. Debe hacerse la confesion ante juez competente, ó de su órden ante alguacil ó escribano; segun las leyes 4 y 5 tít. 23, lib. 11, *Nov. Recop.*

Tambien en lo civil se considera con la misma fuerza que la judicial la que se hace ante el árbitro que procede observando el órden legal; pero no la que se hace ante el arbitrador, por no haber juicio ante éste.

Debe hacerse estando presente la parte contraria á su apoderado, segun las leyes 2 y 4 tít. 13, p. 3.<sup>a</sup>, mas en la práctica no se observa esta formalidad, teniéndose por bastante que conste la confesion en los autos, y luego se comuniquen al adversario.

Debe recaer sobre cosa, cantidad ó hecho determinado; pues si demandando uno cien reales, confiesa el otro que debe una cantidad sin expresarla, no le perjudicará la confesion mas debe el juez apremiarle á que responda categóricamente, fijando la cantidad de la deuda; segun las leyes 4 y 6 lib. 13, p. 3.<sup>a</sup>

No debe ser contra naturaleza ni contra ley. Será contra naturaleza la que uno hiciere, de haber cometido adulterio no teniendo edad competente para ello, ó de ser padre ó abuelo de una persona de mas edad que él. Será contra ley, la que hiciere un casado de tener un impedimento dirimente con objeto de anular el matrimonio, pues el impedimento no pueda probarse por confesion sino por testigos, ó de otro modo; segun las leyes 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> tít. 13, p. 3.<sup>a</sup> Tambien será contra ley ó contra la presuncion del derecho, la que hiciere una madre de que no es de su marido sino de otro un hijo que ha tenido durante el matrimonio, segun la ley 9, tít. 14, p. 3.<sup>a</sup>

La ley 4.<sup>a</sup>, tít. 13, p. 3, requiere dos circunstancias para la validez de la confesion, que los prácticos han reunido en este dístico.

"Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit, et hostis.  
"Certum, lisque, favor, jus, nec natura repurnet."

Por fin, en materias criminales, no hace jamás plena prueba la confesión extrajudicial, aunque induce grave sospecha, según la ley 7, *tít. 13, P. 3<sup>a</sup>*.

De dicha confesión, se tratará cuando sea preciso hacerlo de los procedimientos civiles.

Sobre retractación de la confesión véase á Mittermaier *luc. cit.*

Las leyes 8<sup>a</sup>, *tít. 14, P. 3<sup>a</sup>* y 116, *tít. 17, Part. 3*, enseñan que el instrumento público otorgado con los requisitos legales, sí acredita el crimen y su autor hace plena prueba; y no así el instrumento privado, como carta ú otro papel que se halle al reo, pues eso no presenta sino simple indicio, á no ser que el reo lo reconozca, no bastando para acabar de hacer prueba completa el cotejo de la letra hecho por peritos, porque éstos pueden asegurar solamente la semejanza de tal á cual letra, mas no que es de una misma mano, ya porque hay personas que imitan perfectamente las letras ajenas, y ya porque un mismo individuo suele hacer diversas letras, según las diversas plumas y tintas, la enfermedad ó vejez, ó cualquiera otra circunstancia.

Los escritos y comparencias de las partes en los que hacen confesiones, se estiman como prueba instrumental, y hacen plena probanza; y lo mismo los autos y diligencias que extiende el Escribano actuario, de expreso ó presunto mandato del Juez, como son los testimonios, certificaciones y otras diligencias judiciales; debiendo advertirse que, para dar los primeros, se requiere mandato expreso del Juez, (como enseña *Matth. contr. 18, ns. 22 y sig.*) como también que estén autorizados con el signo y firma del Escribano. Las demás diligencias se autorizan con la firma y el *ante mí*, con cuyos requisitos unos y otros hacen prueba; pero las certificaciones y diligencias simples que no están autorizadas con el signo y el *ante mí*, no merecen más crédito, que el de un testigo cualquiera. Por consiguiente la fe del Escribano es esencialmente necesaria en el juicio, so pena de nulidad en los autos; y así jamás debe omitir su signo en los testimonios y su firma con el *ante mí* en las diligencias de alguna entidad.

*Matth. contron. 78, n. 70*, enseña que en casos gravísimos cuyo buen éxito depende del sigilo, suelen nombrar los tribunales superiores por actuario uno ó dos de sus ministros ú otras personas de dentro ó fuera del tribunal, autorizándolas antes para aquel único acto, el cual nunca pasa del sumario ó de aquel estado en que el asunto puede ya publicarse sin inconveniente.

Las escrituras ó instrumentos pueden presentarse en la causa criminal después de conclusa, como no esté sentenciada; con tal que no se hayan dejado dar en tiempo idóneo por culpa del que los produce.

Tal es la doctrina del *Nuevo Febrero Mexicano, en el cap. 3, tít. 3, del libro 3<sup>o</sup>*; pero en cuanto á la exigencia del signo del escribano, deberá tenerse presente la célebre ley de 30 de Noviembre de 1867, en la que D. Antonio Martínez de Castro, (por cuyo Ministerio se expidió para organizar á los Notarios y Actuarios del Distrito Federal, de la manera que lo hizo Fernando Maximiliano de Austria po-

co tiempo antes,) en el art. 21, dijo: "Los notarios usarán en lugar del signo, sellos uniformes de tinta, que tendrán en el centro estas palabras: "República Mexicana," y en la circunferencia el nombre y apellido del Notario. Los Actuarios seguirán usando el signo como hasta hoy lo han hecho."

La comprobación judicial, (sobre la que se puede ver al Doctor C. J. A. Mittermaier en su Tratado de la Prueba en materia criminal, parte 2<sup>a</sup>,) ó sea la inspección ocular del Juez, es otro medio de prueba, pues por él se acreditan muchos actos, que prueban la existencia del crimen, como la inspección de heridas, cadáveres, rompimientos, incendios etc., etc.; pero debe acompañar siempre la fe del Escribano en la actuación de estas diligencias, pues de lo contrario no tendrá la simple inspección del Juez aquel carácter que se requiere para que tenga fuerza de prueba en los autos. (Febrero *luc. cit.*)

Tal examen ó reconocimiento, no siempre lo hace solo el Juez, pues cuando la cosa pide conocimientos facultativos, debe acompañarse de peritos nombrados por las partes, ó por él mismo si aquellas no lo hicieren, y cuando hay discordancia entre los Peritos, se hace por las partes ó por el Juez el nombramiento de tercero en discordia, para que decida la desavenencia; lo que formará una prueba mas ó menos completa, según los casos.

La ley 13, *tít. 14, P. 3<sup>a</sup>* admite esta prueba, cuando alguno se querrela de haberle hecho otro tan gran deshonra en su cuerpo, que no pueda averiguarse por solo testigos, sin que el Juez vea cuál es, y en qué parte del cuerpo.

La ley 118, *tít. 18, P. 3<sup>a</sup>* determina el modo de proceder al examen pericial de los instrumentos ó cartas públicas, otorgadas ante Escribano, cuando éste hubiere muerto, ó estuviere muy distante del punto en que se sigue el juicio, y las partes lo contradijesen, y considerando imperfecta esta prueba, deja al arbitrio del Juez darla ó no crédito.

La ley 8, *tít. 14, P. 3<sup>a</sup>* quiere que la muger corrompida ó preñada sea reconocida por vista de mugeres de buena fama.

Siempre deben nombrarse dos peritos, cuando hay necesidad de conocimientos facultativos; pero si no se puede conseguir mas que uno, será suficiente, y se deberá estar á su asercion, excepto en las cosas árduas y de entidad, como generalmente sucede en lo criminal; pues en estas se deben buscar dos, á no ser que las partes se conformen con uno. Véanse las leyes 56, *tít. 6, P. 5<sup>a</sup>* Glosa 6<sup>a</sup> de Herm. desde el n. 24, al 70; y á Ant. Gomez. lib. 2, Variar. cap. 6, n. fin.

En lo criminal, para examen y reconocimiento de heridas, instrumentos, monedas falsas, y otros cuerpos de delito, se tiene que echar mano de peritos; pero aunque por lo comun son muy atendibles en todos asuntos sus declaraciones, deben mirarse, no obstante, con mucho cuidado y reserva los dictámenes dados sobre materias tan delicadas y trascendentales, en las que es fácil y de tanta consecuencia el error, con especialidad en las poblaciones pequeñas, donde los profesores de artes y ciencias suelen carecer de suficientes nociones para formar juicios prudentes y exáctos, y declarar con acierto sobre aquellos delitos en que es forzoso recurrir á ellos. De aquí és, que está en mano de los Jueces confor-

marse con tales pareceres ó dasecharlos, según las circunstancias y demás admículos: de suerte, que es una preocupación muy perjudicial, creer que *ferzosamente deben seguirse*, aunque se advierta su falsedad; ley 113, tit. 18, P. 3ª (Escriche, voz *Peritos*.)

Sobre la prueba de virginidad ó desfloración de la mujer tomada de las señales exteriores, puede verse á Pablo Zachias en sus *Cuestiones médico-legales*, lib. 3º tit. 1, quaest. 7, tom. 1º, fol. 255, en donde mencionando los signos externos de la virginidad, asegura que no hay uno cierto, pues ni la falta de *hymen*, ni la *latitud de las éfas*, ni la falta de *efusion de sangre*, pueden estimarse como señales infalibles de desfloración, siendo por lo mismo de poco valor el reconocimiento de la estuprada, á no ser que el estupro sea reciente,

El Doctor D. Mateo Orfila, en su *Tratado de medicina legal*, artículo *Violacion*, tom. 1º, pág. 134 y siguientes, se explica con tal claridad en la materia, que no puedo dispensarme de copiarlo, de la misma manera que al Lic. D. Márcos Gutierrez.

Orfila, encargándose de los *Medios de reconocer que se ha efectuado la desfloración*, dice así:

“Se sabe que en el mayor número de los casos, los órganos genitales de las jóvenes núbiles que no han sido desfloradas, presentan una disposición, un color, y una tensión particulares; creo deber describir el estado de sus partes genitales, procurando indicar las circunstancias que pueden modificarle, y que podrían inducir en error al médico. Estas partes son los grandes y pequeños labios, la horquilla, la fosa navicular, las carúnculas mirtifórmes y el orificio del útero.

“Los grandes labios son gruesos, firmes y tensos; sus bordes libres se aproximan y tienden á cubrir la entrada de la vulva; sin embargo, en las niñas muy pequeñas están muy separados por arriba; en este punto es tal la separación, que casi deja descubrir el clitoris, formando un espacio triangular, cuya base está vuelta hácia arriba; en las jóvenes núbiles existe una disposición contraria.

“La cara interna de los grandes labios es lisa y sonrosada, pero si la mujer es ya de cierta edad, si ha padecido enfermedades de larga duración, como flores blancas, la clorosis, etc., ó si se ha entregado á la masturbación, pueden faltar estos signos; al paso que no será raro observarlos en las jóvenes que solo han cohabitado una vez ó un corto número de veces.

“Los pequeños labios (ninfas) son pequeños, lisos, sonrosados, dotados de grande elasticidad, sensibles y compactos; pero debe tenerse presente que basta la simple introducción en la vagina de un cuerpo mas ó menos voluminoso, para que pierdan estos caracteres; además, las mismas causas que en las jóvenes no desfloran las relajan los grandes labios, marchitan éstos y los ponen blandos, flácidos y péndulos.

“La horquilla está comunmente íntegra y tirante, mientras que se halla rasgada en las mujeres que han parido. La integridad de esta parte no es un signo infalible de la virginidad, se conserva en las jóvenes que han cohabitado, no siendo muy desproporcionado el volumen del miembro viril, mientras que hay ciertas

“enfermedades del aparato genital, que pueden destruir esta brida membranosa en las jóvenes vírgenes.

“La fosa navicular ó el espacio comprendido entre la horquilla y la parte posterior del orificio de la vagina, conserva su primitiva forma en las jóvenes vírgenes, al paso que se desfigura en las que han sido desfloradas, y desaparece completamente si se desgarran la horquilla. Las objeciones hechas respecto de la horquilla, son aplicables á este signo.

“El orificio de la vagina en general es mas estrecho antes que despues de la desfloración. Pero como su diámetro nada tiene de absoluto, y no presenta las mismas dimensiones en todas las mujeres, es posible que sea mayor en una joven vírgen que en otra desflorada ya; por otra parte hay muchas causas como la leucorrea, la edad, la menstruación, el abuso de las lociones, ó de baños emolientes, susceptibles de haber dilatado este orificio en las jóvenes vírgenes.

“El interior de la vagina está sembrado de arrugas transversales próximas unas á otras y muy salientes, las cuales disminuyen luego que se verifica la coípula, apareciendo aquel órgano mas liso.

“A pesar de esto ¿no sería abusar, querer dar algun valor á este signo para determinar si una joven ha sido desflorada, en el caso en que solo se hubiese introducido en la vagina un cuerpo mas ó menos voluminoso?

“La membrana *hymen* existe en la mayor parte de las jóvenes vírgenes, á pesar de la opinión contraria de algunos autores. Pero sería injusto mirar su ausencia como un signo infalible de desfloración y viceversa; en efecto, se ha visto esta membrana en mujeres desfloradas, y lo que parece mas extraordinario, aun en mujeres que estaban de parto; de modo que ha sido necesario para permitir el paso á la cabeza de la criatura, incidirla, cuando los esfuerzos de aquella la han desgarrado. Se concibe que el *hymen* puede conservarse íntegro despues de la desfloración, teniendo presente que su densidad no es lo mismo en todos los casos. Fabricio Aguapendiente ¿no hace mención de una mujer á quien todos los pensioñistas de un colegio intentaron en vano desflorar? Ambrosio Pareo ¿no ha visto esta membrana de una consistencia casi huesosa? (Esto mismo enseña Matth. en su obra “*De Recriminali*,” contron. 53, n. 8 y 9, citando á Pinaco, *De not. virg. lib. 1, cap. 5 y 6, y á Zach. lib. 4, tit. 2, q. 1, n. 23.*

“Diré mas, la falta del *hymen* no puede considerarse como una prueba de desfloración, porque puede haberse destruido á consecuencia de carreras á caballo, cuando la mujer monta; por un salto brusco, por golpe, por caída, por un empujón subido de los muslos, por el esfuerzo de la primera menstruación, por un coágulo de sangre, por las úlceras, las flores blancas, los cáusticos, por los descensos de la matriz y de la vagina, por la introducción de un cuerpo extraño, por la torpeza de las personas que cuidan á los niños y por la masturbación.

“Las carúnculas mirtifórmes. Los anatómicos han emitido opiniones diversas acerca del origen de las carúnculas mirtifórmes, y es necesario examinarlas antes de dar á conocer el valor que suministran estos tubérculos. Unos creen que las carúnculas jamas existen antes que el *hymen*, y que siendo ellas los

“restos de esta membrana, adoptando esta opinion que me parece justa, la presencia ó ausencia de semejantes tubérculos no ilustra mas la cuestion relativa á la desfloracion que la presencia ó ausencia del hymen. Otros dicen que las carúnculas miriformes existen naturalmente y reemplazan al hymen: todo conduce á creer que estos anatómicos se han equivocado tomando por las carúnculas algunas de las arrugas prominentes de la vagina, que se entienden algunas veces hasta el hymen. Se lee en un trabajo de Mr. Devilliers, hijo (*Nouvelles recherches sur la membrane hymen et les carúnculas himenales, Paris 1840.*) “La determinacion inferior de las carúnculas y arrugas de las vaginas concurren á formar el hymen y á reforzarle en muchos puntos de su estension: las carúnculas son el resultado de los restos de esta membrana.” Habiendo hecho investigaciones en mas de doscientos cadáveres de niñas de doce á catorce años, en las que es cierto que el hymen existia aun, no he podido descubrir semejantes tubérculos, no los he visto en muchas recién nacidas, en las que no habia la membrana á la entrada de la vagina. Pero suponiendo deba prevalecer la opinion de estos anatómicos, no debe considerarse la falta de estas carúnculas como un signo de desfloracion y viceversa; en efecto como el hymen ellas pueden destruirse en la primera introduccion de un cuerpo mas ó menos voluminoso, y las mismas causas que destruyen esta membrana en las vírgenes pueden hacerlas desaparecer.

“Que el orificio del útero esté cerrado ó abierto, que su figura sea redondeada, ó transversal, poco importa cuando se trata de patentizar si se ha efectuado la desfloracion: pues las mujeres desfloradas que no han concebido le presentan como las que están vírgenes.

“Muchos médicos celosos de facilitar la solucion de la cuestion que nos ocupa han buscado en otro sitio, además del aparato genital, medios para conocer si se ha efectuado la desfloracion; la indicacion de estos medios bastará para juzgar su ineficacia, y difícilmente se podrá creer que en nuestros dias se hayan propuesto formalmente semejantes caracteres; la voz engruesa despues de la desfloracion el cuerpo y la orina exhalan un olor particular; la cara está pintada; el cuello se engruesa (Foderé dice que el cuello de una vírgen es mas notable por su longitud que por su grosor, tom. 4.º pág. 350 *Medicina legal, edicion de 1813.*) y si se le puede dar vuelta con un hilo que se estienda desde la punta de la nariz hasta la reunion de las suturas sagital y lambdoidea, la mujer no ha sido desflorada; se presentan ojeras y el blanco del ojo está empañado.

“Se ha dicho que las carnes y los pechos son mas delicados y consistentes en las vírgenes. Pero no se sabe por lo que toca al último carácter, que sucede todo lo contrario, sobre todo cuanto se trastorna la salud; además no hay una porcion de mujeres casadas que en nada ceden bajo este concepto á las vírgenes mas recatadas?

La efusion de sangre en el concubito, el dolor que la muger experimenta durante el coito y la resistencia que opona la vagina á dejarse penetrar, son aun signos de virginidad indicados por los autores, que los consideran como seña-

“les constantes. Pero si es cierto que la efusion de sangre no prueba nada, puesto que se puede observar en las mugeres ya desfloradas, y que puede faltar en otras que son vírgenes, segun que la abertura de la vagina es pequeña ó grande relativamente al cuerpo que se introduce, y segun otras circunstancias que es inútil mencionar; cuán fácil le será á una muger desflorada y astuta producir este cambio, ya esperando á la época de la menstruacion, ya manchando los lienzos de sangre! Otro tanto diré del dolor y de la resistencia; el primero puede ser fingido, y la segunda producida por el uso de sustancias astringentes; el uno y el otro faltan algunas veces en las que han sido desfloradas por un cuerpo poco voluminoso, mientras que pueden manifestarse en una prostituta que haya guardado continencia por algun tiempo.

“El conocimiento de la disposicion, del color, de la tension de las partes sexuales de una muger vírgen y los diferentes caracteres indicados por los autores para juzgar si se ha verificado la desfloracion, me permiten establecer cierto número de proposiciones que deben servir de guía cuando se trata de resolver el problema que me ocupa.—1.º Entre los signos que pueden indicar la desfloracion suministrados por el estado de las partes sexuales, solo ofrecen un cierto valor.—2.º No basta uno de estos signos considerado aisladamente, sino que son necesarios todos reunidos para poderlos tomar en consideracion.—3.º Existiendo el hymen en el mayor número de mugeres vírgenes, ciertamente su existencia ó falta merece grande atencion.—4.º Existiendo reunidos todos estos signos, todavía es imposible afirmar que la muger ha sido desflorada, á no ser que haya parido; fuera de ese caso la renacion de los signos indicados solo dá presunciones mas ó menos fuertes á favor de la desfloracion, y el práctico será culpable si, cediendo á las instancias del magistrato, afirma una cosa de que no se haya convencido.—5.º Todavía es lícito recelar acerca de la desfloracion, cuando los signos que la patentizan coinciden con contusiones, heridas y seña-les de maltrato en las partes genitales.—6.º Debe haber la mayor decencia, el mayor respeto en las visitas de esta clase, las que deben hacerse en general, para que tengan alguna utilidad, poco tiempo despues de la época presente de la desfloracion: basta solo el transcurso de uno solo ó dos dias, para que desaparezcan las huellas que deja el cuerpo que se ha introducido en la vagina.—7.º No es inútil, antes de emitir su opinion, examinar el carácter, las costumbres de la persona, su edad, su conducta, sus ocupaciones, la educacion que ha recibido, los hábitos de los individuos con quienes trata, la impresion que le produce la visita; pero á pesar de esto no deberá dar tanta importancia á las consideraciones morales de este género, como á los signos que suministren las partes sexuales.—8.º No se olvide jamas el práctico, que procediendo con ligereza se espone á deshonorar una jóven cuya conducta haya sido irreprochable.” (Pablo Zaquias en el punto citado escribe lo mismo absolutamente.)

El Lic. D. José Márcos Gutierrez en su *Práctica Criminal de España, Parte 1.ª secc. 1.ª cap. 4, n. 84 á 91, tom. 1, pág. 148 de la Edic. mex. dice:*

“Especie de heridas hechas en la persona y en el honor, son el estupro y la

violacion, que no debemos pasar en silencio, con especialidad el primero, que la flaqueza mugeril hace ser mucho mas frecuente que el segundo. Por lo que respecta al estupro ó desfloramiento, dice el S. Elizondo en su *Pract. univers. for. tom. 4. pág. 343, n. 19*, citando al S. Matheu *De Re crim. contro. 51, 52 y 53*, el cuerpo de este delito ha de calificarse con la relacion jurada de dos matrimonios, si las hubiese, honestas, prudentes y de conocida probidad, las cuales han de dar razon de todo lo que adviertan y entiendan; pero qué aprecio debe hacerse de semejante declaracion, podrá decirlo quien sepa que así en lo físico como en lo moral nada hay mas dificultoso, ó por ventura mas imposible de declarar que la virginidad, prenda ó circunstancia que se ha considerado siempre en algunas naciones como una cosa de la mayor importancia; para cuya averiguacion se ha hecho uso de los medios mas supersticiosos é ilícitos, y se practican cada dia muchas diligencias. Cuantas señales nos dejaron los antiguos y muchas de las que traen los modernos, ó son inútiles y vergonzosas, ó equívocas y abusivas (Videl *Cirujía for., cap. 5, n. 10 del mismo dictámen es Foderé en su medicina legal, tom. 2, cap. 2, donde trata mas latamente de la materia que Vidal*). Se miran comunmente como caracteres de la virginidad, dice Foderé, (*Cap. 2 citado, pág. 16.*) la resistencia en los primeros actos, el dolor y la efusion de sangre. Pero veremos ahora que en este punto se padecen muchas equivocaciones: que estas cosas están subordinadas á la edad, á la salud y al temperamento, y que en varias ocasiones es mas seguro referirse á las pruebas morales que á las físicas, cuando se trata de fundar los recelos ó la satisfaccion que de aquí resulta.

Sin embargo, dice Vidal en su obra citada, *cap. 6, n. 1 y 2*: "Si los cirujanos son llamados poco después del coito, podrán en algunos casos conocer sus efectos." Cuando después del concubito, prosigue, se observa que la extremidad del clitoris y los grandes labios de la vulva están contusos, hinchados ó lividos, la entrada de la vagina rasgada y cruenta, las carúnculas mitiformes contusas, lacradas, sanguinolentas y apartadas, las fibras membranosas que unen estas carúnculas entre sí, tambien rasgadas y sanguinolentas, y dificultad en el andar, se podrá declarar que la tal doncella fué desflorada; pero la decision de la verdadera causa se debe dejar para los jueces." En lo mismo conviene Foderé, quien en el citado *cap. 2, pág. 33*, concluye con estas palabras: "Por graves que sean las señales de desfloramiento, como basta un solo dia de descanso ó interrupcion para disiparlas, no se puede hacer uso de ellas, cuando se ha pasado algun tiempo desde que se tuvo el acto carnal."

"Pero aun con mas placer que á Foderé y á Vidal, oirán nuestros lectores al elocuente Buffon. (*Hist. nat. tom. 4, pág. 81, y sig.*) de quien hemos entresacado algunas cláusulas notables, habiendo leído lo que dice sobre este ente de virginidad. Los hombres ambiciosos de la primasía en todo género, han hecho grande aprecio de cuanto han creído poder poseer con antelacion á otros, y esclusivamente. En este concepto han dado una entidad física y material á la virginidad de las doncellas; de suerte que siendo la virginidad un ser moral y una virtud que principalmente consiste en la pureza del corazon, ha

llegado á ser un objeto físico que ha merecido la admiracion de todos los hombres, los cuales han establecido sobre este particular opiniones, usos, ceremonias, supersticiones y aun sentencias y penas, autorizando los abusos mas ilicitos, y las costumbres mas indecentes; pues han sujetado al exámen de *motronas ignorantes*, y expuesto á los ojos de *médicos preocupados* las partes mas secretas de la naturaleza, sin reflexionar que semejante indecencia es un atentado contra la virginidad: que es violarla el procurar reconocerla; y que toda situacion indecorosa, y todo estado indecente que interiormente debe causar rubor á una doncella, es una verdadera desfloracion.

"Supuesto, pues, que la anatomía deja como se vé, enteramente problemática la existencia de la membrana del *hymen* y de las *carúnculas*, tenemos libertad de repeler estas señales de la virginidad no solamente *dudosas sino tambien como imaginarias*, y el mismo arbitrio nos queda para otro signo, arbitrio mas comun y sin embargo igualmente *equivoco*, el cual es la *efusion de sangre*. En todos tiempos se ha creído que esta efusion era prueba real de la virginidad, y con todo es evidente que este supuesto indicio es nulo, en todas las circunstancias en que la entrada de la *vagina* ha podido relajarse ó dilatarse naturalmente. Así se vé que muchas doncellas aunque intactas, no derraman sangre, y que otras que no lo están, no dejan sin embargo de derramarla: mas en quienes la efusion es abundantísima y reiterada: otras en quienes solo se verifica una vez, y en muy poca cantidad; y otras en quien no hay ninguna efusion de sangre, lo cual depende de la edad, de la salud, de la conformacion y de otro gran número de circunstancias. Nuestras costumbres son causa de que las mugeres no sean sinceras en órden á este artículo; pero con todo ha habido mas de una que ha confesado los hechos que acabo de referir, (se han omitido por no dilatarnos mas) y segun esta confesion hay mugeres, cuya supuesta virginidad se ha renovado hasta cuatro ó cinco meses en el discurso de dos ó tres años.

"De lo dicho se infiere no haber cosa mas quimérica que las preocupaciones de los hombres en este particular, ni mas incierta que las imaginadas señales de la virginidad del cuerpo. Una muchacha tendrá comercio con un hombre por la primera vez antes de la edad de la pubertad, sin dar no obstante señal de esta virginidad; y pasado algun tiempo de interrupcion, la misma muchacha si está sana, cuando haya llegado á la pubertad, apenas dejará de dar todas estas señales, y de derramar sangre en los nuevos contactos; de suerte que no será doncella hasta después de haber perdido su virginidad, y aun podrá volver á serlo muchas veces consecutivamente con las mismas condiciones: y por el contrario otra que efectivamente estará vírgen, no será doncella, ó por mejor decir, no tendrá la mas leve apariencia de serlo. En vista de lo dicho deberían los hombres tranquilizarse en esta materia, y no entregarse como suelen hacerlo, á sospechas injustas ni á júbilos falaces segun se les figura tener motivo para uno ó para otro. (Está conteste Pablo Zaquiás, en el lugar citado.)

"Si se quiere tener una señal evidente é infalible de la virginidad de las don-