

religiosas de sus conventos: ni los religiosos que anduvieren fuera de sus conventos sin licencia de sus superiores: ni los que se casan sin dispensa con parientas dentro del grado prohibido: ni el traidor, alevoso, *ó dado conocidamente por malo, ni el que oviese fecho por que valiesse menos en tal manera, porque non pudiese ser par de otro*: ni el loco mientras lo esté: ni el de mala vida, como el ladron, alcahuete *ó tahir* conocido: ni el hombre muy pobre ¹ *ó vil* que anduviese con malas compañías: ni el que hubiere hecho omenage y no lo cumpliese debiendo y pudiendo hacerlo: ni la persona de otra ley, como judío, moro, *ó herege* contra cristiano, sino en causa de traicion contra el rey *ó reino*, siendo tal que por derecho no le pudiesen desechar los individuos de su ley para testificar, y estando averiguado el hecho por otras pruebas y presunciones, aunque los de otra ley *ó secta* bien pueden declarar unos contra otros en juicio *ó fuera de él*:² ni pueden ser testigos en causas criminales los que no hayan cumplido veinte años, aunque teniéndolos podrán testificar de lo que vieron *ó supieron* antes de esta edad, acordándose bien de ello; y si se recibiese declaracion de los menores de veinte años, no obstante que no perjudicaria enteramente á los sugetos contra quienes testificasen, siendo de buen entendimiento, harian una gran presuncion sobre el hecho que se trata-se de averiguar.³

17. Tampoco puede ser testigo contra un acusado el que se halle preso, porque podria faltar á la verdad, á ruego de alguno que le prometiese sacarle de su prision: ni el que por dinero lidie con bestia brava, ni la muger prostituta *ó meretriz*:⁴ ni el siervo sino en causa de traicion contra el rey *ó reino*, *Cu en tal*

1 Si el pobre no es de mala fama, no deberá rechazarse su testimonio, aunque si es un mendigo, tendrá contra sí la presuncion razonable de habersele sobornado.

2 Ley 8, tit. 16, Part. 3.

3 Ley 9, tit. y Part. cit.

4 Ley 10, tit. y Part. cit.

fecho como este todo ome deve ser testigo que sentido aya; solamente que enemigo mortal non sea, de aquel contra quien lo traen:^{1 2} ni los domésticos del acusador, *ó personas* que vivan en su compañía:³ ni finalmente, el cómplice que puede ser testigo contra su compañero en el delito,⁴ pues podria culparse á un inocente, bien por venganza, bien por embrollar y retardar el éxito de la causa, bien por esperar que aquel fuese favorable mezclando en ésta alguna persona poderosa.

18. Ademas de las personas que absolutamente no pueden deponer en las causas criminales, hay varias en cuya mano está el hacerlo *ó no* contra otras. No pueden ser apremiados á declarar unos contra otros en causas en que peligrasen la persona, la fama *ó la mayor parte* de los bienes, los descendientes y ascendientes, ni los parientes dentro del cuarto grado, ni el suegro, suegra, ni yerno, ni el padrastro, madrastra, ni entenado, aunque si voluntariamente declarasen, valdrán sus dichos, como si no hubiese tal parentesco.⁵ Por otra parte, los descendientes y ascendientes, el marido y la muger, y los hermanos, mientras estuviesen bajo la potestad de su padre teniendo los bienes en comun, no pueden testificar unos por otros.⁶

19. He aquí demostrado en esta enumeracion de personas imposibilitadas de testificar, lo que hemos dicho de que nuestra legislacion no se conformaba en parte con los buenos principios

1 Leyes 13 y 22, tit. 16, Part. 3.

2 He aquí cuál es, segun la ley, la amistad capital. "Si la enemistad fuere de pariente que la aya muerto, *ó que se aya trabajado de matar á él mismo; ó si le oviesse acusado, ó emfamado sobre tal cosa, que si le fuera probado, oviera de recibir muerte por ello, ó perdimiento de miembro, ó echamiento de tierra, ó perdimiento de la mayor partida de sus bienes.*" Con esto se conforma la ley 2, al fin, tit. 17, Part. 6. El juez debe considerar, si ha ocasionado la enemistad alguna intriga del reo *ó acusado* para rechazar la deposicion de un testigo; como tambien la que aun mas leve enemistad puede alterar la fe de una declaracion.

3 Ley 31 del mismo tit. y Part.

4 Ley 21 del mismo tit. y Part.

5 Leyes 11, tit. 16, Part. 3 y fin, tit. 30, Part. 7.

6 Leyes 14 y 15, tit. 16, Part. 3.

antes sentados, y que se resentía de las costumbres é ideas del tiempo en que se dictó.¹ Prohíbese que el moro, judío ó herege pueda deponer contra un cristiano. Pero ¿repugna á la naturaleza que aquellos se admitan por testigos contra éste? ¿Tienen los unos algun interés en declarar contra el otro? ¿La diversidad de religion ó creencia es motivo bastante para calificarlos de malvados é impostores? Sin embargo, debemos confesar que la disposicion de la ley es prudente y justa respecto á aquellos tiempos en que quienes profesaban diversas religiones ó sectas, se odiaban como enemigos capitales; pero en el dia, que el mucho mayor trato de unos estrangeros con otros ha estinguido aquel grande odio, permitiendo que todos los hombres puedan estimarse, no obstante la diversidad de sus sentimientos respectivos al culto religioso, creemos que no deberia rechazarse la deposicion de un sectario contra un católico, á no ser aquel un fanático.

20. Se impone ademas la prohibicion de ser testigo al que dé yerbas ó ponzoña á una muger para hacerla abortar. Pero aunque este sea un grave delito, ¿qué relacion tiene con el hecho de ocultar la verdad ó faltar á ella en otro ageno y diferente negocio? ¿Por qué ha de ser mentiroso en lo que no le interesa serlo, quien se vale de cierto medio para que no se descubra su crimen, ó la flaqueza de una muger, y se eviten acaso fatales y lastimosas resultas? Se veda al casado que tenga públicamente una manceba, el dar su testimonio en juicio. Y ¿qué tiene que ver la lascivia con la impostura ó la mentira? ¿No son semejantes prohibiciones muy opuestas al grande interés que tiene la sociedad en que se descubran los crímenes y sus autores para castigarles? ¿Son tan pocos los delitos que quedan ocultos y sin castigo, para que procuremos encubrir otros muchos? ¿No pueden imponerse á todos los delincuentes penas

1 Véase el n. 17 al principio.

dolorosas para escarmentarles, sin ser éstas perjudiciales á la república?

21. En los citados principios se comprenden todas las excepciones justas y razonables que pueden ofrecerse contra la idoneidad de los testigos. “La jurisprudencia romana quiso particularizarlas demasiado, y esto ocasionó dos muy graves desórdenes. En algunos casos no bastaban las escepciones espresadas en las leyes, y en otros eran escesivas. Los jueces se hallaban de tal suerte embarazados, que unas veces no tenian ninguna libertad por las muchas excepciones que imposibilitaban la averiguacion del hecho, y otras veces se veian en la precision de reparar ó suplir la falta de las leyes. Estas deben ser lo mas generales que sea posible, pues miéntras mas individualizan, menos declaran. Las legislaciones modernas de la mayor parte de la Europa, han incurrido en este defecto de la jurisprudencia romana. Los jueces se hallan al presente en el mismo embarazo ó en iguales circunstancias, con sola la diferencia de haberse añadido otro mal á aquel desórden. De la imposibilidad de acreditar el hecho con pruebas perfectas, se ha originado el abuso de condenar á cierta pena arbitraria al procesado que no ha podido ser convencido legalmente, y las mismas leyes que han procurado limitar el arbitrio del juez, le han ampliado sobremanera. El mayor, y no el menor de los males, es el que deben procurar evitar el legisla dor y el político. Los mayores males y abusos provienen por lo comun de querer llevarlo todo á la perfeccion. ¿Cuántas veces imposibilitará la prueba del crimen el adoptar ó querer seguir un sistema demasiado escrupuloso sobre la idoneidad de los testigos! Un delito, por ejemplo, cometido en la cárcel, solamente puede tener por testigos á los que se hallan presos: un delito cometido en la galera ó en un lupanar, solamente podrá tener por testigos á los galeotes ó prostitutas. Y los presos, galeotes y prostitutas, ¿habrán de escluirse de ser testigos de un crimen que se cometió en su presencia? Si el acusador puede demostrar que no tiene interés

en alterar ó faltar á la verdad, ¿por qué razon no han de hacer una prueba plena?¹ Con arreglo á estos ejemplos, debe entenderse lo que se lee á cada paso en los intérpretes, que las personas escludas de ser testigos, pueden serlo para probar delitos que no pueden acreditarse con otros; pues si esta espresion se entendiese con la generalidad que suena, y segun parece la entienden los comentadores, de nada serviria escluir de testigos á los sugetos que deben serlo, porque cuando se quisieran probar delitos supuestos, se echaria mano de ellos, alegando que no pueden probarse con otros mayores de toda escepcion; y fomentando así sobremanera la calumnia, se espondria demasiado la inocencia.

22. Hay mucha diferencia entre las deposiciones sobre delitos que consisten en hechos, y las sobre aquellos que consisten en palabras. Los testigos sobre los primeros deben haberlos visto, y los testigos sobre las segundas deben haberlas oido; y ademas de referirlas, deberán espresar el tono y gesto con que se profirieron, y la ocasion en que esto se hizo. Una misma palabra pronunciada de un modo esplica ó manifiesta cierta idea, y pronunciada de otro puede significar otra idea muy contraria, por lo que es mucho mas fácil calumniar á un hombre por razon de sus dichos que por razon de sus acciones. En efecto, muchas personas apreciables por su honradez y conducta, han sido miserable víctima de las declaraciones de unos necios, que por no advertir en cuáles circunstancias ú ocasiones se dijeron algunas palabras, se equivocaron por desgracia en la inteligencia que debian darles, no sabiendo discernir la ironía de la significacion propia y genuina de la espresion. Las acciones violentas y es-

¹ Estas cláusulas y algunas doctrinas de este capítulo, son de Filangieri, cuya obra leímos en su original italiano antes de la justísima prohibicion del santo tribunal, y aun de su publicacion en nuestro idioma de parte de ella, sacando al mismo tiempo algunas apuntaciones, segun lo hemos hecho tambien de otros muchos libros; pero como por no retardar demasiado la lectura, sacábamos aquellas con suma prisa, no podemos asegurar, si están copiadas las cláusulas con toda fidelidad. Aunque se encuentran infinitas doctrinas censurables y planes quiméricos en Filangieri, parece que sobre pruebas en causas criminales adelantó algo á lo que otros escritores anteriores habian discurrido acerca de ellas.

traordinarias, cuales son los verdaderos delitos, dejan señales ó vestigios por sus muchas circunstancias y efectos que se originan de ellos, y cuanto mayor sea su número para acreditarlos, tanto mas medios suministran á los procesados para justificarse: cuando por el contrario, las palabras solo quedan en la memoria, por lo comun infiel y frágil, de los oyentes. Así, pues, para que los testigos sobredichos hagan una probanza plena, no ha de circunscribirse su uniformidad á las espresiones que se oyeron, sino que deberá ampliarse á todas las circunstancias que pudieron alterar ó mudar su significado.

23. Cuando se procede por delitos de hechos, no han de reputarse una buena y perfecta probanza las deposiciones sobre dichos respectivos á aquellos. Por lo tanto, si dos testigos declaran uniformemente que oyeron decir á una persona: *he de matar á N.* y despues se le quita en efecto la vida, no será el testimonio de aquellos una prueba suficiente para condenar al amenazante.

24. Aunque son de ningun momento para condenar la confesion de un reo y las declaraciones de los testigos hechas ante un juez incompetente, pueden servir para que quien lo sea legítimo forme su sumaria, practicando de nuevo aquellas diligencias y otras que le parezcan conducentes.

25. Siempre que no lo imposibilite la urgencia del caso, en vez de recibirse las declaraciones en minuta, han de ir estendiéndose en el proceso, segun vayan haciéndolas los testigos, ya para evitar que se retracten al tiempo de estenderlas y firmarlas, y ya para prevenir los perjuicios y fraudes que podrian causar y cometer los escribanos quedando en su poder las declaraciones recibidas en minuta para su estension en la causa, aun cuando las hubiese presenciado el juez.

26. Generalmente hablando, las personas que pueden testificar, deben ser apremiadas á ello, aun por prision y embargo de bienes, si rehusasen hacerlo presentándose ante el juez. Pero si fueren mayores de setenta años, enfermos de gravedad, grandes, arzobispos, obispos ó mugeres honradas, debe el juez en

causa grave ir á recibirles en su casa su declaracion, y en causa leve comisionar al escribano para que practique esta diligencia.¹

27. Por otra parte, atendida la práctica, si pudiese testificar alguna persona tan condecorada como ministro de audiencia ó gefe de alguna jurisdiccion, no es necesario que haga su declaracion jurada, y bastará que se le pida una certificacion sobre el hecho ó delito que se trate de justificar, ó que se le pase un oficio preguntándole lo que se desea saber. Siendo dichas personas unos magistrados públicos, autorizados para cosas de la mayor gravedad, no es estraño que se les honre con semejante distincion, de la cual gozan tambien los gefes de algun ramo militar, segun una resolucion del supremo consejo de guerra.² Los administradores de rentas en causas de poca entidad no han de ser precisados á concurrir á declarar, y podrán dar por escrito sus declaraciones; pero si las causas son graves, deben presentarse á hacerlas en casa de los jueces, quienes han de tratarles con distincion, sin causar á ellos incomodidades, ni perjuicios á la real hacienda.³

28. Cuando haya de examinarse á algun testigo sujeto á diversa jurisdiccion de la del juez que entiende en la causa, debe preceder el correspondiente aviso de éste al juez, gefe ó superior del testigo, á escepcion de los casos criminales y ejecutivos, pues en ellos tiene que declarar incontinenti sin aquel requisito, aunque para que le conste, deberá pasársele un oficio comunicándole que se ha recibido la tal declaracion.

29. Todos los testigos examinados en el sumario sin citacion del reo, han de ratificarse con ella en sus declaraciones en el término de prueba, porque de otra manera, segun la práctica introducida en todos los tribunales, no tendrán ninguna validacion. Además, una ley recopilada¹ despues de mandar que los

¹ Leyes 35 tít. 16, Part. 3 y 6, tít. 6 lib. 4 de la Recop.

² De 3 de Marzo de 1781.

³ Real órden de 29 de Marzo de 1790. Puede verse á Colon Juzg. Milit., tom. 3, núm. 647.

⁴ Es la 15, tít. 7, lib. 2 de la Recop.

alcaldes de la corte y de las chancillerías reciban por sí mismos las declaraciones en las causas criminales y solo ante los escribanos del crimen; como tambien que éstos reciban por sí y no por otros las informaciones sumarias, ordena que los mismos escribanos hagan ratificar los testigos del sumario ante un alcalde, y que no se dé fe á los testigos que se examinasen de otra manera.

30. Para la ratificacion se han de leer á los testigos sus deposiciones, fuera del santo oficio de la Inquisicion, en donde no se observa hacerlo así. Tambien han de ratificarse en todas las causas criminales, por tenerse en el concepto de testigos, los médicos, cirujanos y otros cualesquiera que hayan depuesto en ellas; y si algunos de los testigos hubiesen fallecido, ó se hallasen ausentes y se ignorare el lugar de su residencia, deberá abonárseles.¹ Sin embargo, en nuestro concepto, es enteramente inútil dicha ratificacion, y de consiguiente, solo sirve para aumentar las diligencias y retardar su curso y término. Si se usa por evitar algunos fraudes de los jueces y escribanos, es una necedad creer que ella les pueda impedir el cometerlos, mayormente cuando la citacion no es para presenciar la ratificacion de los testigos, sino tan solo su juramento. Por lo tanto, es mas razonable la práctica que se observa en Cataluña de no hacer ratificarse los testigos del sumario sino en el único caso de solicitarse en el plenario; y aun es mas razonable la que hay en Galicia, de nombrarse acompañados por parte del reo, no solo para presenciar el juramento de los testigos, sino tambien para oír lo que depongan en su ratificacion, aunque lo mejor de todo seria que presenciase ésta el mismo procesado. En los delitos atrocísimos hacen fe aun los testigos no ratificados, si hemos de seguir la opinion del Sr. Elizondo, que lo dice así, apoyado en la autoridad de Capicio, que debió de ser muy bastante para él.

¹ En el Febr. Reform. Part. 2 lib. 3 cap. 1, números 504 y siguientes, puede verse en qué consiste el abono de dichos testigos, y cuáles diligencias se practican en él.

31. La prueba conjetural ó de indicios, es la que se hace por presunciones, señales ó argumentos. Los criminalistas dividen los indicios en urgentes y necesarios, en próximos y remotos. Por lo regular ó casi siempre, los indicios no son pruebas bastantes para condenar á un procesado, sino unos pequeños resplandores con cuyo auxilio puede el juez buscar la verdad; y así como hay indicios ó presunciones contra un acusado, las hay también en su favor, por lo que deben los jueces pesarlas todas en la balanza de la justicia, para ver cuáles son de mas peso, ó si se equilibran las del crimen y las de la inocencia.

32. Los indicios pueden depender unos de otros y probarse solo entre sí mismos, de modo que todos ellos no prueben mas que un indicio, ó únicamente resulte probado un indicio, y de consiguiente no haya prueba completa de indicios. Para que la haya, es necesario que los muchos indicios no estén unidos entre sí, ó que no dependan unos de otros; como también que todos concurren á demostrar con evidencia el hecho principal que se trata de averiguar, y que cada indicio se apoye en las deposiciones de dos testigos idóneos, puesto que los hechos accesorios de donde se originan los argumentos para el hecho principal, deben acreditarse con pruebas de testigos, y no con otros indicios. En esta doctrina se comprende todo cuanto acerca de la prueba de indicios han dicho los intérpretes en innumerables volúmenes; y á fin de que todos puedan entenderla, pondremos un ejemplo. Supongamos que han muerto á un hombre y que se ha encontrado en su pecho el cuchillo que le quitó la vida. Acúsase á N. de este homicidio, y se apoya la acusacion en estos indicios. Dos testigos idóneos declaran que estando poco distantes del sitio en donde se encontró el cadáver, vieron huir al acusado despavorido al mismo tiempo que se cometió el delito: otros dos testigos idóneos aseguran haberle visto manchado de sangre; y otros dos afirman que le vieron comprar el cuchillo hallado en el pecho del cadáver, lo cual no niega el vendedor. He aquí una prueba perfecta de indicios

contra el acusado. Hay tres indicios y todos tres son diversos entre sí: ninguno de ellos depende del otro, y todos tres concurren á hacernos creer que el acusado es efectivamente reo, estando apoyado cada uno de ellos en la fe de dos testigos idóneos. Pero supongamos que en vez de los referidos indicios haya estos: dos testigos que depusiesen haber visto huir al acusado, otros dos que asegurasen haberle visto volver á su casa apresuradamente, y otros dos que declarasen haberle visto alquilar una mula para escapar del país. Esto no podrá llamarse una prueba de indicios, porque todos tres no forman mas que uno, cual es la fuga.¹

33. Un solo indicio nunca podrá tenerse por una prueba perfecta, á no ser un indicio necesario. Llámase así el que es consecuencia tan forzosa del hecho, que no puede separarse de él sin un imposible metafísico, físico ó moral. El parto es un indicio necesario de la cópula de una muger con un hombre, porque de otra manera no podía haber parido.

34. Tenemos una ley² que exigiendo en las causas criminales pruebas *tan claras como la luz en que no venga ninguna duda*, solo se contenta para condenar con las de testigos, documentos ó confesion del acusado, y rehusa abiertamente las sospechas é indicios; aunque sin embargo, dice que hay *cosas señaladas en que el pleyto criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigue por otras pruebas*; y en seguida refiere varios hechos ó presunciones en cuya virtud se tiene por justificado el adulterio para imponerle la pena correspondiente, sin hablar de ningun otro delito.

35. Una ley recopilada³ ordena que siempre que se halle un hombre muerto ó herido en alguna casa y no se supiere quién

1 Como toda persona acusada, ó que teme serlo por alguna causa, se halla espuesta á una incómoda prision, y á las innumerables vejaciones que son forzosa consecuencia de ella y de un proceso, no debe reputarse la fuga un indicio, al menos grave, segun deberia guardarse, si todos los jueces respetaran la libertad de los ciudadanos, como es debido, y andan nuestras leyes.

2 La 12, tit. 14, Part. 3.

3 La 11, tit. 23, lib. 8.

fué el agresor, sea responsable de la muerte el morador de aquella, aunque le deja salvo su derecho para defenderse, si pudiere. Sin embargo, juzgamos que aun cuando el dueño ó inquilino de la casa ninguna prueba pueda hacer en su favor, no todos creerán que la haya contra él perfecta y clara como la luz para castigarle como homicida. Pero cuando las leyes adoptan ciertas presunciones prescribiendo que se tengan por pruebas verdaderas y completas, deben admitirlas como tales los jueces. Entónces no ellos, sino las leyes, deciden.

36. La conmocion ó alteracion del acusado no debe reputarse indicio, y mas bien deberia tenerse por tal su descaro, despejo ó insensibilidad. Asimismo seria cosa ridícula estimar como indicios la mala fisonomía del acusado, la proximidad de la casa al lugar del delito y otros semejantes. La conducta conocida del acusado, segun ella sea, puede ser un indicio muy fuerte en su favor ó en contra. La fama pública contra el procesado no ha de conceptuarse nunca prueba completa, sino á lo mas un indicio; bien que siempre deberá averiguarse el origen de ella, los hechos que la motivaron, entre qué personas corre, &c., para saber el crédito que merece, aunque entónces habrá otras pruebas ó indicios fuera del de la fama.

37. Bien los indicios tengan otros contra sí, bien no los tengan, es tanta la diversidad de ellos por la grande variedad de hechos ó delitos y maneras de cometerlos, que no es posible dar mas reglas á los jueces y letrados que las ya dadas para que vengán en conocimiento del crédito que debe dárseles. Así, encargándoles tengan muy presente lo espuesto sobre indicios, y que antes de pronunciar su sentencia reflexionen bien sobre ellos, lo dejamos todo á su prudencia y sagacidad, en vez de remitirles, como lo hace el Sr. Elizondo, á los señores Vela, Mathieu, Larrea, Valenzuela, Ansoti y otros muchos intérpretes que trataron de la materia citando á otros innumerables é incurriendo en varios errores, y entre ellos en uno muy grave que es forzoso demostrar.

38. Es un axioma sacrosanto entre los criminalistas y recibido generalmente como tal, en los tribunales de la Europa, que en los delitos atroces no necesitan tan grandes pruebas como en los demas, ó que en los crímenes atrocísimos bastan las mas leves conjeturas, y es lícito al juez violar las disposiciones del derecho: axioma por cierto funestísimo con que han sacrificado muchos millares de inocentes nuestros glosadores, y tanto mas que le han estendido á los delitos de difícil prueba, pareciéndoles ver su existencia en la dificultad ó embarazo mismo de acreditarlos. Atemorizados estos ámbros de las personas y facultades de los hombres con la condenacion de algun inocente, han abrumado la jurisprudencia con excesivas formalidades y excepciones, cuya esacta observancia, como dice un autor bien conocido, haria sentarse impunemente la anarquía en el trono de la injusticia; y amedrentados tambien por otra parte “con algunos delitos atroces y difíciles de probar, creyeron hallarse en la precision de hollar las mismas formalidades que habian establecido, por lo que ya con un sobresalto despótico, ya con un terror mugeril transformaron los graves juicios en cierta especie de juego, en que la suerte y la cábala hacen el primer papel.”

39. Los testigos pues tachados por las leyes, y que éstas han mirado como sospechosos é indignos de fe, merecen crédito, no cuando se trata de probar unos delitos leves que hace verosímiles la flaqueza humana, y en que, por decirlo así, depone la naturaleza contra el acusado; sino cuando se trata de justificar crímenes capitales que la bondad de la naturaleza humana hace inverosímiles, y en que parece depone el corazon humano en favor del procesado: merecen crédito, volvemos á decir, no en las causas en que puede demostrarse por muchos medios la inocencia del acusado, sino “en aquellas precisamente en que de ninguna manera puede acreditarse, y en que se halla como la acusacion sumergida en las tinieblas. En una palabra, aquella confianza que la justicia rehusa á los testigos sospechosos en las acusaciones leves, se la da en las acusacio-