

en todo tiempo es digno de punición, no debe espresarse en el libelo ni probarse por el acusador el día y hora en que se cometió, pues de lo contrario se hallaría muy cohartado, y muchos delitos no se podrían probar ni castigar en detrimento del bien público (núm. 4). Y en tanto es esta doctrina verdadera que tiene también lugar, y no puede el juez mandar lo contrario, aun en el caso de que el acusado inste porque se espresen el día y hora del crimen, mayormente cuando con esta espresión se abriría puerta á las falsedades, probando el reo con testigos que en el día y hora espresados estuvo ausente, y que por tanto no pudo cometer el delito (núm. 5).¹

3. Sin embargo de que el acusador espresen en el libelo el día y hora del delito, en el caso que hemos dicho no tiene obligación á ello, de ningún modo le perjudica el probar que se cometió en otro tiempo diverso del espresado, bien la espresión se hiciese á instancia del acusado, bien espontáneamente. Esta doctrina se comprueba (omitiendo otras varias razones de nuestro autor) con la referida ley recopilada, según la cual debe procederse atendida la verdad, y puede seguirse la condenación probándose otra causa diferente de la que se dedujo en juicio: y en vista de la ley citada y de los fundamentos omitidos, tiene por cierto nuestro Gomez que aunque se espresen en el libelo por forma y sustancia del proceso, el tiempo y lugar del delito, y se pruebe su comisión en diverso tiempo y lugar, ó simplemente sin acreditar el lugar y tiem-

1 Si el reo pide la dicha espresión maliciosamente (lo cual se deja al arbitrio judicial), no ha de condescenderse á su solicitud, debiendo el juez antes de mandar al acusador, que espresen el día y hora del crimen, inquirir del reo, qué día estuvo ausente, qué defensa quiere hacer y para qué solicita la espresión del día; pues si ve que de ésta ha de resultar alguna defensa, ha de mandar que se haga (núm. 6).

po en el caso que el hecho siempre es criminoso, puede hoy seguirse la condenación (núm. 6).

4. Probándose únicamente el delito y no la cualidad que lo agravaba y fué propuesta en la acusación (como si se cometió un homicidio con alevosías), ha de ser condenado el delincuente, aunque pendiente el juicio no hubiese separación con respecto á la dicha cualidad. Así se acredita de las razones espuestas anteriormente, y de que el crimen fué sustancialmente probado, pues no obstante que la cualidad espresada en el libelo altere la pena, no constituye crimen diferente en la sustancia (núm. 7).

5. Pendiente la causa puede el acusador deducir en ella la cualidad que agravaba el delito y fué omitida en el libelo, con tal que se le dé traslado al reo para su defensa, y se proponga antes de la sentencia definitiva y conclusión en la causa, pues la acción ó acusación propuesta puede mudarse ó enmendarse en cuanto á lo accidental después de contestado el pleito: y aunque no se dedujese la tal cualidad en toda la causa, como se hallase probada en el proceso, puede imponerse al reo la pena que si se hubiera deducido, ya porque un simple libelo comprende cualquiera especie del hecho propuesto, y ya porque en ello se interesa la república (núm. 8. Véanse los núms. 10, cap. 1 y 25, cap. 3 de este comp.).

CAPITULO XII.

De la prueba de los delitos.

1. Por lo que hace á la prueba de los delitos debemos advertir, que una cosa es información, otra indicio ó presunción, otra es prueba semiplena y otra prueba plena y legítima. La información es un simple dicho ó aserción de alguno sin juramento y forma judicial, por la que se mueve el juez á inquirir

á lo menos lícita y justamente del delito: pudiendo aun recibirse de personas inhábiles (núm. 1). El indicio ó presuncion es una racional y verosimil conjetura del hecho ó delito, y cierta inclinacion del ánimo por algunas circunstancias á creer alguna cosa. Es tambien menos que semiplena prueba, por lo que concurriendo con un testigo de vista, no resulta plena para condenar. La prueba semiplena es, cuando un testigo fidedigno y mayor de toda escepcion depone del hecho ó delito por haberlo visto ó percibido con algun otro sentido corporal, de tal suerte que concluya; pues si dos testigos hacen plena prueba, uno la hará semiplena.

2. La prueba plena y legítima es un perfecto conocimiento del hecho ó delito por los modos establecidos en el derecho. Hácese principalmente por la confesion de la parte y por testigos legítimos. Por la confesion de la parte, cuando el reo confiesa en juicio voluntariamente el delito, pues es bastante para condenar, aunque la confesion no se ratifique ni confirme de algun otro modo; bien que inmediatamente no ha de ser condenado el reo, sino que el juez debe señalarle término para oponer alguna escepcion, si la tiene, mediante á que el crimen podia estar ya prescrito, haberlo hecho en su defensa ó en el tiempo que era menor (núm. 3, leyes 2, tit. 13, part. 3 y 15, tit. 1, part. 7).

3. Tambien tiene la misma fuerza la confesion hecha ante el juez sin proceder interrogacion suya, y sin juramento, como asimismo la contenida sin él en libelos ó posiciones (núm. 4): debiendo decirse lo mismo de la que se hace y contiene en proceso nulo segun derecho, á no ser que la nulidad provenga de defecto de jurisdiccion, porque cuando la ley ó estatuto excluye las nulidades, no se entiende escluir ésta (núm. 8).

4. Lo espuesto acerca de la confesion, no tiene lugar siempre que se haga por persuasiones del juez y promesa de que

le librará, pues se tiene por nula, y en virtud de ella no puede ser condenado el reo, á causa de presumirse que confesará lo que no hizo con la esperanza de la venia (núm. 6). De aquí es que si habiéndose acogido á lugar sagrado algun reo, el juez le dá seguridad para que salga y se presente ante él, se le ha de cumplir la palabra, y ha de ser restituido á la Iglesia, como por el delito se gozase de la inmunidad; porque la promesa debe cumplirse aunque sea á favor de los enemigos (núm. 7).

5. El juez, bien de oficio, bien á instancia de parte, puede obligar al reo á que preste el juramento de calumnia en cuanto al artículo de decir la verdad, y á que responda á las posiciones, siempre que sea en juicio y preceda difamacion ó justa causa: y de tal suerte está obligado el reo á decir la verdad, que si preguntado justa y lícitamente por el juez no la dice, peca mortalmente aunque por su confesion se le hubiese de imponer la pena capital, bajo cuyo supuesto no puede el abogado aconsejar al delincuente que la oculte (núm. 5, leyes 23, tit. 11, part. 3 y 4, tit. 29, part. 7).

6. En la prueba plena que se hace por testigos, bastan dos fidedignos y mayores de toda escepcion como en las causas civiles, aunque el delito sea gravísimo y se presenten contra el Pontífice ó Emperador; siendo de advertir que probándose el delito solamente por un testigo fidedigno, no tiene lugar el juramento por defecto de prueba, segun acontece en las causas civiles (núm. 9).

7. Para que la deposicion de los testigos pruebe y concluya, es indispensable que den la razon de sus dichos, que consiste en espresar si vieron lo que dicen, si lo oyeron ó si lo percibieron por algun otro sentido corporal, con el que puede percibirse el acto sobre que se depone [*dic. núm. vers. Unum tamen*]: todo lo cual debe entenderse cuando se les pregunta

la razon, mas no de lo contrario, sino que depongan sobre alguna cosa que únicamente perciba el entendimiento, v. gr., sobre el dominio, posesion ó jurisdiccion, pues entonces, aun no siendo preguntados, deben espresar la causa del hecho y cualidades de donde se infiera: y lo mismo sucede deponiendo sobre alguna circunstancia de la persona, como la nobleza ó dignidad; bien que si al testigo no se le pregunta ni dá la razon de su dicho, puede la parte presentarlo segunda vez, aunque sea despues de la publicacion de probanzas: debiendo tenerse presente que tan solo prueban los testigos de cierta ciencia, no los de creencia, escepto que depongan de ella por razon concluyente [núm. 10].

8. De esta doctrina se infiere que si los testigos deponen de algun delito cometido de noche, deben necesariamente declarar que en aquel tiempo habia luz ó lucerna en el lugar del crimen, y de lo contrario no prueban ni concluyen (*dic. núm. vers. Ex quibus infertur*): pudiendo el juez hacer á los testigos varias preguntas acerca de las cualidades ó circunstancias del delito y persona con el fin de averiguar la verdad, y de ver si se contradicen ó varian; pero ésto puede practicarse únicamente cuando los testigos vacilen ó sean de poca fama, no si son fidedignos y de buena opinion (núm. 11).

9. Igualmente es indispensable que los testigos estén contestes en el delito sobre que declaran, concordando en el tiempo, lugar y persona, pues de otra suerte son singulares, y la prueba efectivamente es de un solo testigo, á causa de que siendo el acto reiterable, se juzga que deponen de diferentes y que no están contestes, y no siendo reiterable, que son contrarios, y por tanto no prueban (*dic. núm. 10, vers. Item adde quod etiam.*)

10. En algunos casos prueban los testigos singulares, como cuando la diversidad de ellos puede unirse, v. gr., si tra-

tándose de probar la prescripcion de diez años, dos testigos deponen del primer quinquenio y otros dos del segundo, por resultar una plena prueba de los diez años unidas todas las declaraciones. Así tambien acontece si por la conjuncion del tiempo se presume un solo acto en número, tiempo y cualidad, como si por un mismo agujero dos ó mas testigos ven sucesivamente cometer algun crimen. Y finalmente sucede lo mismo cuando se trata de probar algun delito en género, que comprende bajo de sí diferentes especies ó actos particulares como la heregía, nó simple y particular como el homicidio; porque si un testigo depone de un hecho y otro de otro queda probado plenamente el delito (núm. 12).

11. Llámanse testigos fidedignos y mayores de toda escepcion aquellos á quienes ninguna puede objetarse y que no se hallan prohibidos por ley (*dic. núm. al fin.*). En el número de los prohibidos con respecto á las causas criminales se comprende en primer lugar la muger atendido el derecho canónico, porque atendido el real puede ser testigo en todas las causas civiles y criminales siempre que sea honesta y de buena fama escepto en el testamento (*ley 17, tit. 16, part. 3*). En segundo lugar el menor de veinticinco años, aunque causa algun indicio (*número 13, ley 9, tit. 16, part. 3*).

12. En tercer lugar se halla prohibido el enemigo, siempre que la enemistad sea grave como la que proviene de injuria real ó verbal, de pleito criminal en que se interesa la vida ó de pleito civil sobre todos los bienes ó la mayor parte, mas no si es leve segun el arbitrio del juez, bien dimanase la enemistad por culpa de aquel contra quien se presenta, bien por culpa del que es presentado por testigo: bastando que subsista causa de la cual pudo verosíblemente originarse la enemistad, aunque el ofendido asegure no ser enemigo: de tal suerte que éste no se admite aun en el crimen de

lesa magestad ni otro cualquiera gravísimo, en donde se reciben testigos inhábiles, porque la inhabilidad de aquel mira particularmente el ódio de la persona; por el cual es de temer con fundamento alguna falsedad, y la inhabilidad de éstos mira un defecto por el que se escluyen generalmente. Y no tan solo se repele el enemigo sino tambien sus descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, por presumirse serlo. Mas sin embargo de lo dicho se encuentran casos en los que se admite el enemigo, es á saber, cuando lo es igualmente de ambas partes, y cuando la enemistad fué procurada; pues si la parte contra quien se presenta sin preceder riña ni otra causa, injuria á alguno con el fin de que no pueda ser testigo contra él, no le aprovecha su malicia: y no es escepcion de la espuesta doctrina el que se admita por testigo el enemigo despues de haberse reconciliado ó hecho la amistad espresa ó tácitamente, v. gr., si conversara con su contrario como amigo antes de la deposicion, por no ser ya enemigos; y por tanto siendo reciente la reconciliacion y amistad, mediante á presumirse todavía enemigo el contrario, no se admite (*núm. 14, ley 13, tit. 16, part. 3*).¹

13. En cuarto lugar, todos los ascendientes y descendientes del acusador y sus colaterales dentro del cuarto grado. En quinto, el doméstico ó sirviente del que lo presenta hallándose actualmente en su casa, mas no si estaba ya fuera de ella aunque poco antes hubiese salido, sino que se comete fraude,

1. Aunque el enemigo lo sea igualmente del acusador, conceptuo muy peligroso que se admita, porque aquel puede declarar falsamente contra el reo (ó por el contrario) si juzga que así puede vengarse de éste mas fácilmente que se vengaria del acusador deponiendo á favor del reo. A esto se añade que es muy difícil averiguar y conocer si la enemistad es igual con respecto á ambos, como tambien que aun proviniendo de una misma causa puede tenerse á uno mas odio que á otro.

el cual se presume volviendo el testigo inmediatamente que depuso á casa del que lo presentó. En sexto, el infame y condenado por algun delito famoso. En séptimo, el que se perjuró en alguna causa (*núm. 15, ley 8, tit. 16, part. 3*).

14. En octavo lugar, el compañero en el delito, porque podria nombrar á un inocente con la esperanza de conseguir la venia mediante su favor ó privilegio, ó por odio y enemistad para que pereciese en un mismo suplicio, sin que sea visto confesar el delito la parte contra quien se presenta el socio, por objetarle esta tacha; pues puede decir simple y generalmente que el testigo cometió el crimen, y que de consiguiente no lo es idóneo contra él; bien que en muchos delitos se admite por testigo el socio, y son, en el de heregía, en el de lesa magestad, en el de falsa moneda, en el de hechicería, en el de sodomía porque éste se prueba como los dos primeros, en el de hurto famoso, en los que verosímilmente no se pueden cometer sin cómplices, y en otros varios que traen los derechos (*núm. 16, ley 21, tit. 16, part. 3*).

15. En los mencionados delitos y en todos los demas si el reo es siervo, puede ser preguntado de los compañeros, porque no es de presumir que tuviese osadía para delinquir sin ayuda de otro, mas si es libre, solo en los referidos crímenes, por no ser válida su deposicion en otros: debiendo ser preguntado el reo generalmente, *quienes fueron sus compañeros*, no particularmente, pues ésto no seria preguntar sino incitar ó sugerir. Y si por ventura el reo niega habiendo indicio de que intervinieron con él socios, se le ha de dar tormento: debiendo tenerse presente que en cualquiera delito que el reo espontáneamente ó preguntado por el juez declara algun socio, será suficiente su confesion para una simple informacion é inquisicion del juez y para la captura de la persona (*número 17*).

16. En los casos que hemos dicho se admite el socio por testigo, es verdaderamente legítimo, y de consiguiente uno solo hace suficiente indicio para tormento y dos prueban plenamente; pero para ésto es necesario que la declaracion del socio se haga con la forma y solemnidad que corresponde en un testigo, es á saber, precediendo juramento y citacion de la parte, y dándosele despues copia de la deposicion para que se defienda (*núm. 18*).

17. En nono lugar, se halla prohibido el ebrio, bastando que acostumbre embriagarse aunque no lo esté en el acto de la deposicion (*dic. número vers. Nono. ley 8, tit. 16, part. 3*). En décimo, el preso al tiempo de la declaracion, porque acaso con la esperanza de salir de la prision faltará á la verdad en favor del que lo presenta (*dic. núm. vers. Décimo ley 10, tit. 16, part. 3*). En undécimo, el pobre siendo vil persona, ó dudándose si lo es, mediante á que se puede corromper fácilmente con dinero, mas no si es persona honesta y fidedigna. Y en duodécimo lugar, se comprenden en el número de los prohibidos el clérigo, religioso y monge á causa del peligro de irregularidad en que pueden incurrir, y por cesar este inconveniente en los asuntos civiles, pueden ser testigos en ellos con licencia de su respectivo prelado (*núm. 19, ley 8, tit. 16, part. 3*).

18. Si los testigos inhábiles de hecho se examinan, unos hacen indicio y otros no. No hacen indicio los que se escluyen por sujecion y reverencia debida á la parte como el siervo, ó por haberse examinado sin observar el orden establecido por derecho, v. gr., antes de la contestacion del pleito ó sin citacion de la parte. Y hacen indicio, bien que no pleno y sí de forma que unido con otros pueda darse tormento, los que se repelen por edad, sexo é infamia: haciéndolo tambien segun la clase de enemistad el que se repele por causa de ella;

á no ser que en los casos referidos la parte contra quien se presentan, proteste al tiempo de la deposicion que no se reciban, oponiendo la escepcion de inhabilidad (*núm. 20*). Y no es de omitir que siendo un testigo inhábil y otro fidedigno y de mucha aprobacion, hacen plena prueba, porque la gran fé del uno suple el defecto del otro (*núm. 21*).

19. Cometiéndose el delito en tal lugar ó tiempo que verosímilmente no pudo haber copia de testigos, como en monte, desierto, lugar secreto ó de noche, se admiten los inhábiles, siempre que no tengan odio á la persona contra quien se presentan por el bien fundado temor de la falsedad mas fácil en este caso que en otros; pero si verosímilmente pudo haber copia de testigos, como si se cometi6 de dia, en la ciudad ó lugar público, sucede lo contrario (*dic. núm. vers. Quero tamen*).

20. Tambien se admiten los testigos inhábiles en defensa del reo, si bien es cierto que aun en este caso, por militar en él las mismas razones por las cuales se escluyen en los demas, no prueban plenamente y solo hacen indicio segun las circunstancias de la inhabilidad y del negocio, para que de esta suerte se disminuya la fe de la prueba contraria y tan solo se imponga una pena arbitraria (*núm. 23*).

21. El juez de oficio y sin que la parte lo pida, puede repeler los testigos inhábiles y sus dichos siempre que su incapacidad provenga de culpa de ellos, de la edad ó del sexo, por no poder la parte habilitarlos de modo alguno, en atencion á estar prohibidos por favor público; mas si la incapacidad es por favor de la parte como en los domésticos, enemigos, consanguíneos y otros semejantes, aunque conste de ella en el proceso, no puede el juez repelerlos sin que la parte oponga la escepcion, porque se entiende de que aquella los admite y habilita tácitamente (*núm. 22*).

22. Los testigos idóneos pueden ser compelidos á declarar, esceptuándose los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, el marido, la muger, el suegro y la nuera que no se han de precisar ni en causa criminal ni en civil árdua, y si de hecho se precisasen, su deposicion es nula; pero si voluntariamente declaran y no pueden ser obligados á ello por favor suyo para que no depongan contra el pariente dentro del cuarto grado, es válida su declaracion, lo cual no acontece cuando no pueden compelerse por la reverencia debida á la parte contra quien se presentan; si bien es cierto que la doctrina espuesta no se admite en el caso de que la verdad no pueda saberse por otros atendida la calidad del negocio, porque entonces las mencionadas personas han de ser compelidas para que la verdad no se oculte (*núm. 24, ley 11, tit. 16, part. 3*).

23. Como en las causas criminales son indispensables unas pruebas muy claras y evidentes, por tratarse en ellas de la vida y fama del hombre, no puede ser condenado en pena de muerte ú otra corporal solamente por indicios ó presunciones, aunque sean violentísimas y no puedan negarse. Por tanto, si alguno sale huyendo con una espada desenvainada de la casa ó lugar donde se encuentra á un hombre muerto, no se le impondrá la pena capital, porque acaso fué otro el autor de la muerte, ó acaso la cometió en su defensa ó de otro modo inculpable (*núm. 25, ley 7 tit. 31, part. 7, y ley 2, tit. 1, part. 7*). Y lo mismo debemos asegurar atendiendo los referidos fundamentos, cuando contra el reo se halla un testigo de vista mayor de toda escepcion, y otra semiplena prueba de diverso género, pues tan solo en las causas civiles la hacen plena dos semiplenas diferentes ó muchos indicios y presunciones (*número 26*). Mas lo espuesto debe entenderse con respecto á las presunciones ó indicios que el juez deduce del hecho y ca-

lidad del negocio, y no con respecto á los indicios determinados y aprobados por ley, por los cuales se debe castigar al delincuente con la pena ordinaria aun siendo capital (*dic. n. 25, vers. Quod tamen*).¹

CAPITULO XIII.

Del tormento y cuando se ha de usar de él.

1. Si el delito se probó plenamente segun los modos legítimos de que hemos hablado en el capítulo anterior, se ha de condenar al reo definitivamente: si nada se probó contra él, definitivamente ha de ser absuelto; y si hay semiplena prueba ó algun indicio probado, se ha de poner en tortura, la cual es una indagacion de la verdad por el dolor y tormento que padece el sospechoso ó infamado. Tiene lugar solamente en los crímenes porque puede imponerse pena corporal, pues en los dignos de pena pecuniaria ó de destierro, mayor pena seria la tortura que la correspondiente al delito. Este remedio es justo y racional por el favor que de él resulta á la república, en cuyo perjuicio se quedarian de otra suerte muchos delitos ocultos sin el condigno castigo, mayormente cuando ha de intervenir precediendo indicios, y se requiere despues de algun intervalo que el reo se ratifique sin tormento (*núms. 1 y 2, ley 1, tit. 30, part. 7*).²

¹ Es mas corriente que no puede imponerse la pena ordinaria por presuncion violenta, sino otra mas suave (*núm. 26 al fin*).

² Cuan falible es la tortura para la averiguacion de los crímenes, y cuán conveniente seria desterrarla de todos los tribunales, acreditó con solidísimas razones y lastimosos ejemplos el muy elocuente y famoso enciclopédico de nuestro siglo el M. I. S. D. Fr. Benito Feijoo, en el tomo 6 de su Teatro crítico disc. 1, Paradoja 1. Tambien acreditó doctamente esto mismo el Sr. D. Manuel de Lardizabal y Uribe, fiscal de la sala de los señores alcaldes