

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 más 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

2. A todos puede darse tormento, escepto á los prohibidos. Estos son el soldado, el doctor, el regidor y los descendientes de éstos, el que está colocado en una grande dignidad, el noble ó hidalgo, la muger mientras está embarazada por el peligro del parto y despues durante su debilidad, segun el arbitrio del juez, porque podia seguirse fácilmente la muerte: el menor de catorce años y el anciano, aunque á estos dos últimos, así como no se les escusa en un todo del tormento que puede moderarse con respecto á la cantidad ó calidad, bien que en el crimen de lesa Magestad Divina y humana, puede darse á las personas prohibidas por razon de su dignidad ó personal privilegio, y no á las escusadas por edad, senectud, peligro del parto ó debilidad, por tener siempre lugar el fundamento de la prohibicion (*núm. 3, ley 2, tit. 30, part. 7, ley 13, tit. 7, lib. 2 de la Recop.*).

3. A quien no puede darse tormento por beneficio de otro, como á la muger embarazada, tampoco por el mismo motivo puede amedrentarse; pero si alguno se escusa de la tortura por edad ó debilidad como el menor ó anciano, del mismo modo que se les puede dar un tormento leve, se les puede amedrentar: pudiendo tambien ser amedrentados los que por privilegio ó dignidad de su persona no deben padecer la tortura, siempre que el terror ó amenaza no sea real y próxima al acto, v. gr., poniéndose al reo ligado ó desnudo cerca del lugar del tormento, sino verbal por reputarse leve y poderse hacer á cualquiera indistintamente: de modo que si interviniendo ésta confesase el delincuente el crimen, valdrá su confesion como espontánea y hecha sin tormento (*núm. 4*).

4. En tanto es verdad que á las mencionadas personas no puede darse tormento ni amedrentarse, que si se ejecutase lo uno ó lo otro y confesaran el delito, no podrian ser castigadas por su confesion aun siguiéndose la ratificacion correspondiente, porque el tormento fué nulo y de consiguiente la confesion, segun aconteció en el tormento dado sin preceder indicios (*dic. núm. vers. Et in tantum.*).

de casa y corte, en su preciosa obra intitulada: *Discurso sobre las penas*, cap. 5, § 6.

5. El género de tormento que se ha de dar, su modo y tiempo, por no hallarse decidido en el derecho ni haber en él establecida cierta regla, se dejan al arbitrio del juez para que use del que le parezca con moderación, segun la calidad de la persona, del delito, de los indicios y del tiempo, de suerte que verosíblemente el reo no pierda la vida ni miembro alguno; bien que obrará prudentemente el juez en no valerse de tormentos desacostumbrados, y en usar de los mas comunes (*num. 5*).

6. Si el juez dá tormento al reo dolosamente, ha de ser castigado con pena capital si se sigue la muerte de éste, y con la pena arbitraria si pierde algun miembro ó resulta otro perjuicio corporal. Tambien ha de ser castigado con pena arbitraria con arreglo á la culpa, cuando con ella y no con dolo se excede en el tormento: como asimismo cuando dá tormento á un noble ó persona á quien no puede darse segun derecho; pero si el juez usa del tormento dicitamente observando la forma del derecho y con la moderación debida, no queda obligado en modo alguno por las resultas. En este supuesto es muy importante que el escribano que presencie la tortura, mencione en los autos el modo y calidad del tormento y demas particularidades para que pueda constar despues, si hubo ó no culpa ó exceso del juez, lo cual no es de presumir, y debe probarse por el que lo alegue (*núm. 6*).

7. Para dar tormento al delincuente, basta que haya contra él un testigo de vista fidedigno y mayor de toda excep-

cion que deponga del crimen, pues hace semiplena prueba y para lo mismo es suficiente un indicio que no la hace (núm. 7, ley 3, tit. 30, part. 7, y ley 10, tit. 11, part. 3).

8. Los indicios bastantes para poner al reo en cuestion de tormento son los siguientes: El primero, la confesion estra-judicial que hace el delincuente de haber cometido algun de-lito, si aquella es particular, como si dijese *que mató á Fran-cisco, que hizo tal hurto*; mas no si es genérica, como si espresase *que hirió á un hombre*: bien esta confesion estra-judicial fuese hecha por el mayor, bien por el menor de edad tenien-do la correspondiente: bien se hallase la parte presente, bien ausente, porque en las causas criminales la confesion estra-judicial no hace plena prueba por necesitarse en ellas muy clara, y por tanto hace únicamente indicio para tormento (nú-mero 8, ley 7, tit. 13, part. 3).

9. No pierde su eficacia la confesion estra-judicial porque el reo la revoque, en atencion á que la parte ó el fisco no pue-den ser privados del derecho que por ella adquirieron: y si por ventura el reo á quien se da tormento por su confesion estra-judicial, confiesa en él el delito, se necesita la ratificacion, pues ésta es indispensable aun dándose al reo tormento á causa de tener contra sí un testigo de vista que es de mas con-sideracion que cualquiera indicio: no siendo de omitir que sin embargo de que la confesion estra-judicial no prueba en los delitos y solo haga indicio para tormento, vale para imponer al reo una pena estraordinaria, como á aquel que se gloria de haber cometido un delito en ofensa de otro (*dic. núm. vers. Limita tamen.*).

10. Lo espuesto acerca de la confesion estra-judicial no puede correr en la que se hace al confesor, por lo que aun revelándola y constando de ella ningun efecto surte, mediante á que se hizo al confesor como si á solo Dios se hiciese. Por

este fundamento si el sacerdote que oyó al reo de penitencia se presenta por testigo, no se halla obligado aun con juramen-to á responder sobre el delito que se le participó en la con-fesion; pudiendo decirse lícitamente que nada sabe, porque no lo sabe como hombre y persona privada sino como Dios; mas si el delincuente participa el crimen al sacerdote fuera de la confesion, presentándose por testigo está obligado á decir la verdad, aunque se lo participase secretamente y con la pro-testa de que no lo revele, como si se lo dijera bajo del sigilo de la confesion (núm. 9.)

11. El segundo indicio es la fama, porque si cometido el delito en algun lugar hay pública voz y fama entre todos ó la mayor parte de que Francisco v. gr., lo cometió, y la tal fama se prueba suficientemente por dos testigos que dan la razon diciendo que pública y comunmente lo oyeron, puede darse tormento á Francisco. El tercer indicio es la fuga des-pues de cometido el crimen, por presumirse que el fugitivo lo cometió (núm. 10, ley 3, tit. 30, part. 7).

12. El cuarto indicio es la enemistad, por sí sola si es gra-ve, y si no lo es, con otros adminículos. Lo mismo se verifi-ca cuando solamente preceden amenazas, pues en atencion á que las mas veces se profieren con ira muchas espresiones que despues no se ponen en ejecucion, es indispensable que con-corra algun adminículo, como v. gr.; el de ser el amenazador hombre que acostumbra ejecutar sus amenazas; bien es ver-dad que en esta peligrosa materia los indicios siempre se de-jan al arbitrio del juez, para que inspeccionadas las cualida-des del hecho y de la persona y demas circunstancias ocur-rentes vea si son ó no suficientes. El quinto indicio, cuando alguno es visto salir con espada desnuda del lugar donde otro queda herido ó muerto (núm. 11, ley 60, del Estilo).

13. El sexto indicio es en el crimen de hurto cuando la

cosa hurtada se halla en poder de alguno, porque se presume que éste la sustrajo siendo persona vil y de mala fama, salvo si es mercader público que acostumbra comprar y vender, ó si manifiesta el autor de quien la obtuvo (núm. 12). Y el séptimo indicio es si despues de haberse cometido el hurto, alguno que tiene casa inmediata en la cual moraba de continuo, siendo antes vil y pobre se halla rico (núm. 13).

14. Algunas veces se forma indicio contra alguno, por ser el primero que dice haber encontrado el muerto, ó haber presenciado la comision del crimen, ó por solicitar del juez con eficacia que haga inquisicion sobre el delito que no le toca en modo alguno, y lo castigue, mediante á que se ha verificado en varias ocasiones que han sido los verdaderos delincuentes los que han ejecutado lo dicho (núm. 14), pero no se puede fundar indicio de que la sangre del muerto recientemente corra por las heridas, causándose cierto movimiento en el cadáver á presencia de alguna persona y no á presencia de otra, por ser todo muy incierto y provenir de causas incógnitas (núm. 15).

15. No hace suficiente indicio para tormento la confesion ó dicho del difunto contra el reo, aunque aquel sea de buena fama y este vilísimo é infame, por no ser con juramento y como de testigo en la forma que se requiere, mayormente cuando el muerto se reputa enemigo capital del reo, por juzgar que éste lo ofendió; si bien es cierto que escusa al heredero ú otro forzoso acusador de la calumnia presunta (núm. 16).

16. La confesion del difunto en que declara no ser v. gr. Antonio culpado en su próxima muerte, es provechosa á éste aunque contra él se hubiese probado plenamente el delito, porque aquella equivale á una espresa remision de la injuria, y segun nuestro derecho la transaccion y remision del crimen surte el efecto de que no pueda imponerse pena corporal: y

si no se ha probado plenamente, sino que tan solo hay contra el reo presunciones ó indicios, aun siendo tales que por ellos pueda darse tormento, no se le ha de dar en este caso, mediante á que la espresada confesion disminuye la virtud y eficacia de todos los indicios contrarios, por ser mas poderosa la presuncion que de ella resulta y por el favor de la inocencia (núm. 17).

17. Cualquiera indicio para dar tormento como v. gr. la fuga, debe probarse por testigos contestes, fidedignos y mayores de toda escepcion, pues así como el testigo de vista que hay contra el reo, ha de ser idóneo para el mismo efecto, así tambien los testigos con que se prueba el indicio: advirtiéndose que para la tortura no es bastante que el reo tenga contra sí dos testigos singulares que depongan de diversos indicios (núm. 18).

18. No puede darse el tormento hasta que se haya hecho publicacion de probanzas, porque hasta este tiempo no puede constar si hay méritos suficientes para él, como ni tampoco si el delito se ha probado plena y legítimamente, en cuyo acontecimiento de ningun modo tiene lugar la tortura, por deberse usar únicamente de este remedio en defecto de prueba: incurriendo el juez que con ella da tormento al reo en la pena de satisfacerle los daños é intereses. Y de tal suerte es verdadera esta doctrina, que si de hecho el juez en este caso da tormento al delincuente y éste niega el crimen, quedan en su vigor las probanzas, pudiendo ser condenado definitivamente en virtud de ellas, aunque aquel no lo protestase. Asimismo si el reo confiesa el delito, por haber sido nulo el tormento y de consiguiente la confesion hecha en él, puede apelar, de lo cual se infiere que para el efecto de que no tenga lugar la apelacion, no se ha de usar del tormento habiendo prueba legítima (núms. 19 y 20).