expresados estuvo ausente, y que por tanto no pudo cometer el delito (*n.* 5.) (*a*).

3 Sin embargo de que el acusador exprese en el libelo el dia y hora del delito en el caso que hemos dicho no tiene obligacion á ello, de ningun modo le perjudica el probar que se cometió en otro tiempo diverso del expresado, bien la expresion se hiciese á instancia del acusado, bien espontáneamente. Esta doctrina se comprueba (omitiendo otras varias razones de nuestro Autor) con la referida ley recopilada, segun la qual debe procederse atendida la verdad, y puede seguirse la condenacion probándose otra causa diferente de la que se deduxo en juicio: y en vista de la ley citada y de los fundamentos omitidos, tiene por cierto nuestro Gomez que aunque se exprese en el libelo por forma y substancia del proceso el tiempo y lugar del delito, y se pruebe su comision en diverso tiempo y lugar, ó simplemente sin acreditar el lugar y tiempo en el caso que el hecho siempre es criminoso, puede hoy seguirse la condenacion (*núm* 6.).

4 Probándose únicamente el delito y no la qualidad que lo agravaba y fué propuesta en la acusacion (como si se cometió un homicidio con alevosía), ha de ser condenado el delinqüente, aunque pendiente el juicio no hubiese separacion con respecto á la dicha qualidad. Así se acredita de las razones expuestas anteriormente, y de que el crímen fué substancialmente probado, pues no obstante que la qualidad ex-

(*a*) Si el reo pide la dicha expresion maliciosamente (lo qual se dexa al arbitrio judicial), no ha de condescenderse á su solicitud: debiendo el Juez ántes de mandar al acusador que exprese el dia y hora del crímen, inquirir del reo, qué dia estuvo ausente, qué defensa quiere hacer y para qué solicita la expresion del dia; pues si ve que de esta ha de resultarle alguna defensa, ha de mandar que se haga (*núm.* 6.).

expresada en el libelo altere la pena, no constituye crímen diferente en la substancia (*núm.* 7.).

5 Pendiente la causa puede el acusador deducir en ella la qualidad 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 ántes de la sentencia difinitiva y conclusion en la causa, pues la accion ó acusacion propuesta puede mudarse ó emendarse en quanto á lo accidental despues de contestado el pleyto: y aunque no se deduxese la tal qualidad 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 comprehende qualquiera especie del hecho propuesto, y ya porque en ello se interesa la República (*núm.* 8. *Véanse los nn.* 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 informacion, otra indicio ó presuncion, otra es prueba semiplena y otra prueba plena y legítima. La informacion es *un simple dicho ó asercion de alguno sin juramento y forma judicial, por la que se mueve el Juez á inquirir á lo ménos lícita y justamente del delito*: pudiendo aun recibirse de personas inhábiles (*núm.* 1.). El indicio ó presuncion es *una racional y verosímil conjetura del hecho ó delito, y cierta inclinacion del ánimo por algunas circunstancias á creer alguna cosa.* Es tambien ménos que semiplena prueba, por lo que concurriendo con un testigo de vista no resulta plena para condenar. La prueba semiplena es, *quando*

un testigo fidedigno y mayor de toda excepcion 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, quando 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 excepcion, si la tiene, mediante á que el crímen podia estar ya prescripto, haberlo hecho en su defensa ó en el tiempo que era menor (*n.* 3. *leyes* 2. *tít.* 13. *part.* 3 *y* 15. *tít.* 1. *part.* 7.).

3 Tambien tiene la misma fuerza la confesion hecha ante el Juez sin preceder 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 quando la ley ó estatuto excluye las nulidades, no se entiende excluir esta (*núm.* 8.).

4 Lo expuesto 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 da seguridad para que salga y se presente an-

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 quanto 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, baxo cuyo supuesto no puede el Abogado aconsejar al delinqüente que la oculte (*n.* 5. *leyes* 23. *tít.* 11. *part.* 3. *y* 4. *tít.* 29. *part.* 7.).

6 En la prueba plena que se hace por testigos, bastan dos fidedignos y mayores de toda excepcion 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 expresar si viéron lo que dicen, si lo oyéron ó si lo percibiéron por algun otro sentido corporal, con el que puede percibirse el acto sobre que se depone (*dic. n. vers. Unum tamen.*): todo lo qual debe entenderse quando 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 entónces, aun no siendo preguntados, deben expresar la causa del hecho y qua-

qualidades 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 da 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 dé creencia excepto 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 crímen, y de lo contrario no prueban ni concluyen (*dic. n. vers. Ex quibus infertur.*): pudiendo el Juez hacer á los testigos varias preguntas acerca de las qualidades ó circunstancias del delito y persona con el fin de averiguar la verdad, y de ver si se contradicen ó varian; pero esto puede practicarse únicamente quando 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 esten 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 estan contestes, y no siendo reiterable, que son contrarios, y por tanto no prueban (*dic. n.* 10. *vers. Item adde quod etiam.*).

10 En algunos casos prueban los testigos singulares, como quando la diversidad de ellos puede unirse, v. gr. si tratándose 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 qualidad, como si por un mismo agujero dos ó mas testigos ven sucesivamente cometer algun crímen. Y finalmente sucede lo mismo quando se trata de probar algun delito en género, que comprehende baxo de sí diferentes especies ó actos particulares como la heregía, no 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 excepcion aquellos á quienes ninguna puede objetarse y que no se hallan prohibidos por ley (*dic. n. al fin.*). En el número de los prohibidos con respecto á las causas criminales se comprehende 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 excepto en el testamento (*ley* 17. *tít.* 16. *part.* 3.). En segundo lugar el menor de veinte y cinco años, aunque causa algun indicio (*n.* 13. *ley* 9. *tít.* 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 pleyto criminal en que se interesa la vida ó de pleyto 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 qual pudo verosímilmente originarse la enemistad, aunque el ofendido asegure no ser enemigo: de tal suerte que este no se admite aun en el crímen de lesa Magestad ni otro qualquiera gravísimo, en donde se reciben testigos inhábi-

biles, porque la inhabilidad de aquel mira particularmente el odio de la persona; por el qual es de temer con fundamento alguna falsedad, y la inhabilidad de estos mira un defecto por el que se excluyen generalmente. Y no tan solo se repele el enemigo sino tambien sus descendientes y colaterales hasta el quarto grado, por presumirse serlo. Mas sin embargo de lo dicho se encuentran casos en los que se admite el enemigo, es á saber, quando lo es igualmente de ambas partes, y quando 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 excepcion de la expuesta doctrina el que se admita por testigo el enemigo despues de haberse reconciliado ó hecho la amistad expresa ó tácitamente, v. gr. si conversaba con su contrario como amigo ántes 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.) (*I*).

13 En quarto lugar, todos los ascendientes y descendientes del acusador y sus colaterales dentro del quarto 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 ántes hubiese salido, sino que se comete fraude, el qual se

(*I*) 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 este mas fácilmente que se vengaria del acusador deponiendo á favor del reo. A esto se añade que es muy dificil averiguar y conocer si la enemistad es igual con respeto á ambos, como tambien que aun proviniendo de una misma causa puede tenerse á uno mas odio que á otro.

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 crímen, 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 este 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 DD. (*n.* 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 fuéron sus compañeros*, no particularmente, pues esto no seria preguntar sino incitar ó sugerir. Y si por ventura el reo niega habiendo indicio de que interviniéron con él socios, se le ha de dar tormento: debiendo tenerse presente que en qualquiera delito que el reo espontáneamente ó preguntado por el Juez declara algun socio, será suficiente su confesion para una simple in-

informacion é inquisicion del Juez y para la captura de la persona (*núm.* 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 esto 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. n. vers. Nono. ley* 8. *tít.* 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. n. vers. Décimo. ley* 10. *tít.* 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 comprehenden 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. *tít.* 16. *part.* 3.).

18 Si los testigos inhábiles de hecho se exâminan, unos hacen indicio y otros no. No hacen indicio los que se excluyen por sujecion y reverencia debida á la parte como el siervo, ó por haberse exâminado sin observar el órden establecido por derecho, v. gr. ántes de la contextacion del pleyto ó sin citacion de la parte. Y hacen indicio, bien que no pleno y sí de forma que unido con otros pueda darse tor-

tormento, los que se repelen por edad, sexô 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 excepcion 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 fe 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 falsedad mas fácil en este caso que en otros; pero si verosímilmente pudo haber copia de testigos, como si se cometió de dia, en la ciudad ó lugar público, sucede lo contrario (*dic. n. vers. Quæro tamen.*).

20 Tambien se admiten los testigos inhábiles en defensa del reo, sí bien es cierto que aun en este caso, por militar en él las mismas razones por las quales se excluyen 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 sexô, 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 cons-

te de ella en el proceso, no puede el Juez repelerlos sin que la parte oponga la excepcion, porque se entiende que aquella los admite y habilita tácitamente (*n.* 22.).

22 Los testigos idóneos pueden ser compelidos á declarar, exceptuándose los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el quarto grado, el marido, la muger, el suegro y la nuera que no se han de precisar ni en causa criminal ni en civil ardua, 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 quarto grado, es válida su declaracion, lo qual no acontece quando no pueden compelerse por la reverencia debida á la parte contra quien se presentan; sí bien es cierto que la doctrina expuesta no se admite en el caso de que la verdad no pueda saberse por otros atendida la calidad del negocio, porque entónces las mencionadas personas han de ser compelidas para que la verdad no se oculte (*n.* 24. *ley* 11. *tít.* 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 desenvaynada de la casa ó lugar en donde se encuentra 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 (*n.* 25. *ley* 7. *tít.* 31. *part.* 7. *y ley* 2. *tít.* 1. *part.* 7.). Y lo mismo debemos asegurar atendiendo los referidos fundamentos, quando contra el reo se halla un testigo de vista mayor de toda excepcion y otra semiplena prueba de diverso género, pues tan solo en las

las causas civiles la hacen plena dos semiplenas diferentes ó muchos indicios y presunciones (*núm.* 26.). Mas lo expuesto debe entenderse con respecto á las presunciones ó indicios que el Juez deduce del hecho y calidad del negocio, y no con respecto á los indicios determinados y aprobados por ley, por los quales se puede castigar al delinqüente con la pena ordinaria aun siendo capital (*dic. n.* 25. *vers. Quod tamen*) (*a*).

CAPITULO XIII.

Del tormento y quando 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 qual 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 y sin el condigno castigo, mayormente quando ha de intervenir precediendo indicios, y se requiere despues de algun intervalo que el reo se ratifique sin tormento (*nn.* 1 *y* 2. *ley* 1. *tít.* 30. *part.* 7.) (*1*).

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

(*1*) Quan falible es la tortura para la averiguacion de los crí-