

Si la confesion judicial de que se trata fuese clara, nacida de la conciencia, y hecha con plena voluntad, sin dolo, ni sugestion, formará una plena prueba; quedando justificado el cuerpo del delito, y habiendo ademas algunos indicios ó conjeturas fundadas, y será bastante para condenar por ella al reo.

Así el fiscal, como los vocales, deben tener muy presente en toda causa la confesion del reo, estenderla y averiguar bien, si es pura, y como se requiere. Los principales vicios de la confesion se esplicarán reducidamente para poder formar idea, é instruir el ánimo de los oficiales que han de intervenir en los consejos de guerra.

En primer lugar la confesion que no se hace con ánimo de culparse, no hace plena prueba, y así la que se produce por melancolía, tedio de la vida ú otro furor semejante es nula, y de ningun valor ni efecto: tampoco vale la que no es de cosa posible, ni verosímil, y así no constando del cuerpo del delito, ó por diligencia del reconocimiento; ó por testigos no es válida la confesion,

Tampoco es atendible la que se hace prometiendo el juez al reo que no se le castigará, ó se le premiará si confiesa el delito. Los jueces timoratos abominan semejantes violencias, disfrazadas con el aspecto de blandura y humanidad. Al reo se le debe preguntar sin sugestion alguna de buena fé, y segun lo que resulta del proceso con equidad y caridad; pero al mismo tiempo con entereza y justicia. No debe empeñarse el que forma el proceso en descubrir reos, sino en averiguar la verdad; teniendo presente, que el juez supremo juzgará á los jueces que no cumplieren con su obligacion, y que debemos esperar, que así como juzgamos á los hombres, nos juzgará tambien á nosotros aquel Dios de misericordia y justicia.

287. La confesion estrajudicial, que es la que se hace del delito en conversacion particular, ó entre amigos, tampoco sirve para condenarle por ella sola, porque no es hecha con ánimo de culparse, aunque presta algun indicio ó argumento, hallándose probada por dos testigos idóneos.

Por igual razon no vale la confesion que se hace sin indicar las circunstancias del tiempo, lugar, género de armas ú otras; y por lo mismo es defectuosa la confesion que se hace por yerro; y puede revocarla sin que le perjudique, pudiendo probar el error; últimamente es requisito de la confesion que sea clara, y se produzca con señales ciertas é indubitadas; y de aqui se suscita la cuestion de si la confesion del sordo y mudo, que solo puede esplicarse por señas, será bastante para condenar en las causas criminales. Los autores que tratan de esto mezclan unas cuestiones muy ajenas, estendiéndose prolijamente en la aptitud de algunos mudos, su destreza é inteligencia; refiriendo casos particulares, y algunos asombrosos é impertinentes, de suerte que hacen concebir una idea tan ventajosa del entendimiento de estos infelices, que los ponen en estado de ser envidiados; pero no quieren hacerse cargo estos mismos intérpretes, que aun suponiendo confeso al mudo y sordo, siempre nos quedaria la duda, si espresó ó no todas las circunstancias del hecho, la causa, ocasion, ó fin de haberlo cometido, y los argumentos ó escepciones que pueda tener á su favor. Pero si ademas de la confesion, semejante reo se hallase convicto por testigos, que le hayan visto cometer el delito, de manera que se halle probado plenamente, en tal caso la confesion por señas tomada con auxilio de intérprete, será bastante para condenarlo aun á la pena ordinaria; cuya doctrina debe ceñirse preci-

samente al caso de conviccion por testigos, sin estenderlo á la que produzcan los indicios por vehementes que sean, porque entonces seria muy aventurado llegar á la pena ordinaria solo por argumentos contra quien no los puede claramente disolver por defecto natural; y así venia á quedar la prueba de indicios sin aquella claridad que apetece la ordenanza; pero en estos y otros casos bien se podria imponer al mudo alguna pena estraordinaria: Colon, t. 3, núm. 547.

Hay reglas para el modo con que han de declarar los reos que tiran á evadir la malicia, que pueden llevar para ofuscar y enredar sus confesiones: deben hacerse estas por palabras de niego ó confieso, lo creo ó no lo creo, y así su respuesta será confesando ó negando bajo la pena de ser habidos por confesos en el delito.

La confesion que se hace en el proceso nulo, siendo con los requisitos de judicial y jurada, tiene su valor, como la nulidad no proceda de falta de jurisdiccion, sino por alguna de solemnidad de lo ordinario de los autos, segun la comun opinion de los autores.

288. Los reos muchas veces suelen declarar con alguna cualidad, de manera que su confesion no queda pura, simple y clara, y suele dudarse si por el fiscal puede aceptarse en una parte, y no admitirse en otra; y por consecuencia, si por esta confesion calificada podrá imponerse al reo que la hace la pena ordinaria, como si fuese clara, cierta y sin adimento alguno.

Sea el ejemplo: es acusado Juan de Medina de haber muerto á Isidro Paredes; se le toma la confesion y dice en ella que efectivamente lo mató, pero fue en defensa propia, porque el difunto iba á acometerle con espada, sable, bayoneta, etc. de manera que se vió obligado á herirle de muerte con la navaja. Esta confesion tiene dos partes: primera, lo *maté*; segunda, *pero fue en defensa*; esta es la cualidad. Estos son los términos de la presente controversia, cuyos ejemplos pueden repetirse en cualquier género de delito, de cuya virtud y eficacia se duda.

Siempre que haya alguna cualidad de estas en la confesion le corresponde al reo probarla, porque si no lo hace, y está convicto por testigos presenciales ó indicios vehementes, la tal cualidad puesta por el criminal se halla destruida, y no es en ninguna manera atendible.

Pero si realmente el reo probase la cualidad en términos mas claros y convincentes que los indicios que resulten en contra, se admitirá esta cualidad á proporcion de la mas ó menos prueba que produzca, porque siempre debe atenderse á esta, á su inverosimilitud, y á los indicios que contra ella se adviertan, cuyo discernimiento pende únicamente del arbitrio del juzgador, y de la impresion ó fuerza que hagan á su entendimiento tales pruebas.

§ III.

De la prueba de testigos.

289. Ademas de la confesion del reo, y aun fallando esta, es muy apreciable la prueba de testigos en las causas criminales; este tratado tiene una alta recomendacion por su importancia.

Pero como el testigo deba ser persona fidedigna, de cuyo testimonio se vale el juez para probar el hecho, es menester considerar primero, *su habilidad ó inhabilidad*: segundo, *su modo de declarar*; y tercero, *la forma y método con que deben examinarse*. Estos tres puntos es menester esponerlos por su orden.

290. *Testigos hábiles ó aptos* son todos aquellos que no tienen escepcion alguna para serlo, ni se hallan prohibidos por leyes del reino. No obstante que sean por derecho hábiles los testigos y no tengan escepcion alguna para las causas, deben el fiscal y vocales de un consejo explorar diligentemente su fe, y atender á todas sus circunstancias.

291. Dos testigos sin escepcion, que se llaman *idóneos*, hacen plena prueba, y habiéndolos, se puede condenar á la pena ordinaria, y pueden ser compelidos siendo de estas circunstancias á declarar en cualquiera proceso, porque además de ser oficio público á que cualquiera del pueblo puede ser obligado, lo tiene así dispuesto S. M. en sus reales ordenanzas.

292. Para ser testigo se necesita edad, conocimiento, probidad é imparcialidad. No puede ser testigo por falta de edad el menor de 20 años, bien que servirá su dicho de presuncion: ley 9, tít. 10, Part. 3. Por falta de conocimiento el loco, fátuo ó mentecato, el ébrio, el embriagado, y el que de cualquier otro modo está destituido de juicio. Por falta de probidad, el conocido por de mala fama, el que hubiese dado falso testimonio ó falseado carta, sello ó moneda del gobierno, el que faltase á la verdad en un testimonio por precio recibido, el que hubiese dado yerbas ó veneno para causar algun aborto, muerte ú otro mal corporal, el homicida, el casado que tiene barragana ó manceba conocida, el forzador de mujer, el raptor de religiosa, el apóstata, el que se casare sin dispensa con parienta en grado prohibido, el traidor alevoso, el de mala vida como ladron, tahur, el escomulgado vitando: ley 8, cit. Por falta de imparcialidad, el ascendiente ó descendiente en causas de unos ú otros; el marido por su mujer ó esta por aquel, ni los hermanos mientras vivan juntos y estén en la patria potestad, ni los criados ó familiares, si no fuese en causas de difícil prueba; ni el enemigo capital, ni el hombre muy pobre, no siendo de buena reputacion y arreglada conducta; el interesado en la causa, el cómplice en el delito contra su compañero, el que está preso en causa criminal contra cualquier acusado, por recelo de que podría dar falso testimonio á ruego de alguno que le prometiese sacarle de la cárcel; el presentado por el acusador, si fuese su pariente dentro de tercer grado, ó viviese con él cotidianamente; el que por dinero lidie con bestia brava, la mujer prostituta ó meretriz, y el moro judío ó herege contra un cristiano: tít. 16, Part. 3.

Tampoco puede declarar el ciego ó sordo en cosas relativas al sentido que le falta, como si el ciego declarára del color ó el sordo del sonido; pero en otras para que no se hallan impedidos bien pueden deponer, como si el ciego lo ejecutase de lo que oyó, y el sordo de lo que vé, teniendo presente que el oído puede engañarse equivocando las voces parecidas, y así en esto obrará mucho la prudencia del juez.

El enemigo del reo en todos los tribunales y fueros se tiene por testigo inhábil para declarar en la causa de su enemigo por privilegiada y exceptuada que sea; pero esto se ha de entender en las enemistades graves, á las que precedió injuria real, grave ó pleito sobre causa capital ó civil de todos los bienes por la mayor parte; y el graduar la enemistad de grave ó de

leve pende del arbitrio del juez; y se advierte, que para esto es lo mismo, la enemistad real y verdaderamente probada que la presunta, ó aquella que se infiere de indicios verosímiles: por esta razon manda la ordenanza se caree el reo con cada testigo, y se le pregunte si tiene ódio ó mala voluntad; para que con este juicio, si probare la enemistad del reo ó no la justificare, se admita ó deseche el testigo.

El sócio del delito es inhábil como queda dicho, pero igualmente se admite en muchos casos, y la duda podrá estar en cuáles, y qué género de prueba haga, y esto se explicará con la posible claridad. El dicho del sócio se admite en los delitos de difícil prueba, en aquellos que verosímilmente no se pudieron cometer sin compañeros, ó si del proceso nacen indicios de que el crimen se perpetró con sócios. En tales casos el dicho del sócio tendrá fuerza, concurriendo además del dicho del sócio otros adminículos é indicios vehementes que forman prueba. Véase lo que se dice en el Febrero reformado, t. 5, pág. 621 y núm. 529, y en el tomo 4, pág. 76 y siguientes.

En causa de estupro la paciente hace prueba con su declaracion jurada, y otros adminículos ó indicios que concurren, porque aunque sócia del delito, se admite por ser de difícil prueba; pero esta no es plena, y solo bastará para imponer alguna pena extraordinaria: mas si los indicios fuesen tan vehementes que convenzan el ánimo del juez y formen una clara prueba, entonces la declaracion de la estuprada, y tales indicios podrán producirle una completa probanza. Si la estuprada lo fuese con violencia, su dicho será de mas aprecio; pues aunque sea acusadora, y por lo mismo sospechosa, no lo es tanto como siendo sócia del mismo delito, y delinquiendo igualmente con el mismo estuprador. V. el núm. 283.

293. La declaracion del ofendido no estando adminiculada, no hace prueba.

294. De todo se deduce, que el dicho ó deposicion jurada de dos personas hábiles que no padezcan escepcion y concordantes en el lugar, tiempo y circunstancias sustanciales, hace plena prueba, á no ser que por la ley, orden ó estatuto particular se mande otra cosa.

295. Por delitos de difícil prueba entendemos todos los que se cometen ocultamente, como el hurto, los delitos de sensualidad y otros por el estilo que se ejecutan de noche.

Iguales á los delitos de difícil prueba son aquellos, en que no admitiendo los testigos inhábiles, no se puede saber la verdad, y que se cometen sin que hubiese testigo alguno delante, sino es de los inhábiles: y es la razon, porque la misma imposibilidad de descubrirse la verdad hay en el caso que por naturaleza del lugar ó hecho no pudieron intervenir testigos hábiles, que cuando actualmente, y de hecho no intervinieron.

Lo mismo por ampliacion se puede estender al caso, en que aun cuando haya habido distintas personas al tiempo de cometerse el delito, por casualidad no lo hayan visto sino los testigos inhábiles, lo cual muchas veces acontece, porque algunas enseña la esperiencia ser mas difíciles de justificar los crímenes que se ejecutan en los lugares públicos: y así se verificó en el homicidio de Enrique IV, rey de Francia, el cual rodeado de sus guardias y comitiva, y hallándose en el coche con el duque de Espernomio, fue muerto de una puñalada, sin que nadie advirtiese el hecho de herirlo; y es bien constante, segun afirman todos los historiadores, que

si el regicida no hubiera levantado del suelo el puñal con poca advertencia, no hubiera habido persona que pudiese deponer de aquella tragedia.

De todo lo cual por regla general se infiere, que admitir, ó no los testigos inhábiles queda á arbitrio del juez, que podrá definir los casos en que, no admitiendo los de esta naturaleza, peligraría la verdad, y no podría conseguirse la prueba. Si los testigos inhábiles depusiesen en otras causas, fuera de las referidas de privilegio, harán algún indicio, que también graduará la prudencia del juez.

296. En cuanto al valor de la prueba testifical en atención al modo de declarar el testigo, debe atenderse primeramente á si es el testigo vario y discordante en lo esencial: este es aquel que en una misma causa declara cosas contrarias en el hecho sustancial y principal, sin espresar el motivo de su variación, como si tratando de justificar un homicidio ó hurto, hubiese algún testigo que declarase le vió cometer á Juan de Medina, y posteriormente afirmarse que en aquel día y en aquella hora se halló dos leguas distante, y que no presencié el delito: esta verdad ó diversidad en la narrativa del hecho se llama *contraria*.

Hay otra variedad acerca de los accidentes, como si un testigo dijere que Juan de Medina mató á Isidro Paredes con un cuchillo, y luego afirmase que lo mató con una bayoneta: esta variedad accidental debe concordarse, y no ser de aprecio, especialmente si da razón de esta novedad, pues en la sustancia está conforme; pero en tal caso el fiscal deberá preguntarle la causa de esta novedad, y dándola, ó por haber reflexionado mejor ó por otro motivo que convenza su ánimo, será apreciable semejante declaración.

De la variedad contraria, y de la fé que merezca tal testigo se ha dicho mucho: aquí se pondrá la mejor opinión con método y brevedad dividiéndole por conclusiones.

Primera. Si el testigo inmediatamente se corrige, y enmienda su declaración última, valdrá sin duda: la dificultad está cuándo se entenderá corrección ó enmienda inmediata, y en esto tiene mucha parte el arbitrio del juez, porque unos opinan que es inmediata en el término de tres días, y otros que antes de acabar de estender el escribano la declaración, en el que no puede darse una regulación fija.

Segunda. Si el testigo manifestase que erró, y quiere corregir su error, se habrá de admitir, aunque haya pasado algún intervalo; porque la confesión y declaración erróneas en cualquier tiempo pueden revocarse, probando y manifestando el error. Y solo se diferencia este caso de la pronta revocación, en que en esta se permite revocar la declaración, aunque no se pruebe el error; pero la que se hace *ex intervallo*, para que el dicho del testigo tenga fuerza, es menester que haya demostración del error.

Tercera. Cuando el testigo *ex intervallo* sin dar prueba de su error, ni retractar su primera declaración hiciere otra contraria, vale la primera, y no la segunda, aunque no falta quien diga, que ninguna vale como testigo vario en lo sustancial, y de consiguiente falso.

Cuarta. Si el testigo en las causas criminales dijese que no declaró lo que está escrito, que lo habrá puesto el escribano, se debe creer á éste, y no al testigo, especialmente si la declaración se recibió á la presencia judicial, como sucede siempre en nuestros procesos militares.

Todo esto deberá entenderse si el testigo no hubiere ya ratificado su declaración, pues en este caso sería maliciosa cualquiera enmienda que quisiera hacerse en ella, porque en el caso de la ratificación puede variarla, enmendarla ó retractarse; y fenecido este juicio no se admite ya por ordenanza en nuestras causas militares á los testigos, lo contrario sería dejar abierta la puerta, para que se enredaran por efecto de una caridad mal entendida, ó por otros motivos que impidieran la brevedad que S. M. encarga en la formación de procesos. Estas conclusiones comprenden casi toda la materia de los testigos contrarios, ó varios en lo sustancial.

297. *Testigos vacilantes*, son cuando hacen sus declaraciones dudando, por ejemplo: vi á Juan de Medina que hirió á Isidro Paredes; pero no le hirió, pues solo le amenazó. En tal parte estaba Juan de Medina, no estaba sino en tal parte.

Se diferencia el testigo vacilante del vario, en que este depone cosas contrarias positivamente, aquel con duda é inconstancia: uno y otro deben en causas capitales apremiarse según se dice en la página 181, para ver en qué declaración se afirma; y esta es opinión corriente, y recibida por leyes del reino.

298. *Los testigos singulares*, y la eficacia que tengan pertenece también aquí. Testigo singular, se llama el que no tiene otro en la causa en que testifica, y se diferencia del *único* en que es solo, por no haber habido ningún otro que lo fuere del delito, y pueda declarar; el singular es aquel que en el proceso en que hay otros testigos lo es de alguna circunstancia, de la cual ninguno otro depone.

Son infinitas las distinciones que hay de los testigos singulares, y lo que sobre ellos se ha escrito; pero por más que los autores se cansen en darnos reglas, venimos á parar luego en que es menester dejarlo al arbitrio prudente del juez, como sucede en casi todas las opiniones de los criminalistas: por esto no nos fatigaremos en estender difusamente esta doctrina, y daremos una breve idea de los testigos singulares.

299. Cuando el delito de que se trata puede repetirse muchas veces, como el juego, la embriaguez y otros semejantes, los testigos singulares hacen plena prueba, y no se contradicen; sea el ejemplo: se requiere justificar que Juan de Medina jugó el domingo: hay dos testigos, el uno dice que le vió jugar el referido día, y el otro declara haberle visto jugar el miércoles: como el acto es reiterable, estos testigos no se oponen entre sí, y aunque son diversos, no son contrarios. Y si se intenta probar el hábito vicioso al juego de Juan de Medina, aunque los referidos testigos son singulares, pues cada uno de ellos depone de un solo acto, como todos conspiran á un mismo fin, producirá una entera probanza; pero si solo se quiere justificar el acto particular, de haber jugado en domingo, esto, como solo hay un testigo, estará probado con semiplena prueba.

Si el delito no pudiese repetirse, como el homicidio, entonces los testigos singulares serán sospechosos; por ejemplo: en la muerte violenta que se dió á Isidro Paredes, hay un testigo que vió cometer este delito á Juan de Medina á la oración, ó en el campo, y otro asegura que se lo vió cometer á medio día: ó uno depone que acaeció el martes y otro el viernes: estos ¿cómo podrán evadir la sospecha de falsedad, á no ser que puedan concordarse por medio de un careo, que es indispensable, pues el oficial

que forma el proceso siempre ha de tratar de concordar los testigos, inclinándose en duda á la parte mas benigna, y favor de los reos?

Se puede sentar por regla general, que el juez deberá hacer sus combinaciones, concordar los testigos en la forma posible, y ver qué conexión tengan entre sí las circunstancias y declaraciones de los singulares. Si muchos testigos viesan sucesivamente por una ventana algun acto ó delito, se entienden testigos que plenamente prueban; ó si para probar que hubo fuego, dijese uno que vió salir el humo por la mañana, otro que por la tarde tocó las paredes y estaban calientes, y otro que por la noche las vió negras, y las maderas tostadas; como todas estas circunstancias se dirigen á probar una misma cosa, esto es, que hubo fuego, estará con tales testigos singulares probado el incendio que padeció el edificio. Se repite que todo queda al arbitrio del prudente juez, porque no puede darse una regla constante, cuando por las circunstancias debe medirse.

300. *El testigo único*, aunque fuese un Caton, no hace por sí solo una plena prueba, y solo la produce semiplena.

301. *Los testigos falsos* se distinguen de todos los referidos hasta aqui, y deben esponerse con separacion. *Testigo falso* es el que preguntado jurídicamente y debajo de juramento niega la verdad ó la oculta. De lo que se infiere, que el testigo que habla oscuramente y con ambigüedad de propósito y con malicia, se equipará al falso: lo mismo el que dolosamente no da razon de su dicho, ó calla alguna cosa sustancial para la inteligencia de lo que depones: el que afirma no se acuerda delo que tiene en memoria, y verosimilmente lo debe tener: el que declara con duda lo que ciertamente sabe; y en fin, el que testificando de dicho ó hecho ageno lo refiere diminuto ó con sentido maliciosamente torcido, ó desviado de la senda de la verdad.

El testigo que en lo esencial falta á la verdad, toda su restante declaración se vicia, y en esto convienen sin contradicción todos; pero si faltare á la verdad en cosa accidental ó circunstancia estrínseca, aunque haya jurado decir verdad en lo que fuese preguntado, no se viciará enteramente su declaración en el hecho principal, pero no puede negarse que se disminuirá en gran parte su fe é integridad. Lo dicho se entiende, cuando por malicia y dolo haya depuesto con falsedad; mas si se prueba por el testigo que se equivocó por ignorancia, inadvertencia ú olvido, no correria la regla sentada, de que el testigo falso en un punto lo es en los demas, ó á lo menos se presume serlo.

El testigo falso puede ser convencido, ó por sus mismas declaraciones contrarias, ó por la de otros, que con juramento declaren que el tal se halló é intervino en el hecho que niega haber presenciado, en cuyo caso es conveniente practicar la diligencia que llaman *careo de testigo á testigo*; pero esto último necesita esplicacion, porque si hay dos testigos, por ejemplo, de los cuales el uno afirma que Juan de Medina mató á Isidro Paredes de una pedrada, y otro que Paredes casualmente se cayó, ó derribándose una teja le dió en la cabeza, en este caso ¿quién podrá decir el que depones falso? Y como no puede saberse cuál de ellos sea, y no es razon que el inocente padezca, ninguno de los dos será castigado como testigo falso; pero ambos dichos no serán de aprecio hasta que por el careo se vea cuál de las dos declaraciones merece fé, en lo cual dará regla el arbitrio del juez.

302. *Testigo de oídas* es el que declara haber oido decir que el reo cometió el delito: si testifica habérselo oido al mismo delincuente, y que este se jactaba de haberlo ejecutado, será esta una confesion estrajudicial del reo semiplenamente probada por un testigo, y no dejará de ser indicio, y mas estando probado por dos; pero de ningun modo hará plena prueba, pues el testigo no depones el mismo delito; pero si le hubieren oido decir á otro que presencié el delito, ó sabia quien lo hubiese cometido, entonces se examinará el citado, y no contestando, se hará entre ambos el careo.

303. Hay muchos delitos que pueden percibirse por el oido, como la blasfemia, la injuria y otros; y en este caso los testigos que depongan de ellos serán reputados como los presenciales de otros con la limitacion que esplica el siguiente ejemplo. Hay un testigo que oye desde su cuarto el ruido de los dados, y las voces de los jugadores alusivas á este juego: este testigo declara bien, espresando que en el aposento inmediato oyó se jugaba á los dados, y que por el ruido de ellos le parece que jugaban; pero si se adelanta á decir que los jugadores eran Juan de Medina é Isidro Paredes, no convencerá del todo su dicho, porque puede haber otros que se semejen en las voces; no obstante, aunque no sea prueba concluyente, es apreciable; pero si los hubiese visto entrar en el cuarto, y le constase no habia otros, en tal caso estará légitimamente probado, que los dos espresados eran los jugadores.

§ IV.

De la prueba de instrumentos públicos.

304. Llámase escritura criminal aquella que contiene la espresion de haberse cometido algun delito, ó cuando el crimen se contiene en la misma escritura. En el primer caso no prueba por sí, sin otros indicios aunque para la averiguacion de él, bastará mostrársela para que la reconozca, y practicar luego las demas diligencias. En el segundo, viene á ser un delito cometido por escrito, como si se hiciera alguna escritura ó concordato contra el principe. A esta especie corresponden tambien las cartas amatorias, y otras de igual naturaleza; y hay esta diferencia, que la escritura pública hace plena prueba por sí, esto es, la que basta para condenar á pena ordinaria; la privada es menester que se reconozca por el que la escribió, y en su defecto se recurre á otras pruebas, indicios ó reconocimientos por peritos.

Acerca del valor de la prueba de instrumentos públicos, puede verse lo que se ha dicho en el Febrero reformado, tomo 4, pág. 82 y siguientes.

§ V.

De la prueba de indicios.

305. Otro género de prueba que puede haber en una causa son los indicios, y estos, para condenar á un reo á la pena ordinaria, es necesario sean indubitados y claros.

La ordenanza conoce muy bien este género de prueba de que trata en dos artículos. En el primero, que es el 16, tit. 5, trat. 8, se habla de las declaraciones, testigos ó personas que deben examinarse en un proceso, y previene que ha de practicarse con todos aquellos que por *indicios*, declaración de los que hicieron la prision, etc., pareciere que puedan contribuir á la averiguacion del delito. El segundo sobre los indicios es terminante en orden á condenar. Esta es una ley inviolable para los consejos de guerra, que con toda precision y claridad trata del valor de los indicios, y cuando por ellos puede condenarse á la pena ordinaria, ó la extraordinaria. Este artículo es el siguiente, 48 del tit. 5.

«En tratándose de otro crimen que el de desercion, como de asesinato, robo ú otro cometido en guarnicion ó en el ejército, donde no hubiese confesion ó prueba de testigos, que se estime concluyente, ó indicios vehementes y claros que correspondan á la prueba de testigos, y convenzan el ánimo, se procederá en estos términos: si el delito merece pena capital, y hay medias pruebas por testigos ó indicios, se acordará el tormento por el consejo, pero no se dará al reo, sin que el capitán general, con dictámen del auditor ó asesor militar lo apruebe primero, y no viniendo, consultará el capitán general al Supremo Consejo de la Guerra con los autos; y en los delitos que no tienen pena capital, ó en los capitales en que no hubiese medias pruebas, se evacuará la causa con pena extraordinaria.»

Adviértase que el tormento se halla desterrado de todos nuestros tribunales, y derogado por real cédula de 23 de julio de 1814, por lo cual está sin uso todo lo que trata de él la ordenanza.

Como la ordenanza aprecia esta prueba de indicios, y habla de ellos, parece inevitable explicar qué es indicio, y qué género de probanza hacen contra un reo inconfeso: pues de otro modo, ni los fiscales y ayudantes, que han de formar las causas, ni los oficiales que han de servir de vocales en los consejos de guerra podrán conocer el mérito de un proceso, ni distinguir cuándo se debe agravar por ellos en un reo, ó absolverle. Y aunque esta es una materia difusa, y muy sutil, de que hay escritos volúmenes enteros, que tienen una alta recomendacion, se extraerá lo mas preciso para los juicios militares, proponiéndolo con el posible método y claridad.

306. Indicio ó argumento es un medio de prueba, que informa el ánimo del juez, para inferir quién es el reo del delito: por consiguiente el indicio viene á ser un argumento, ó señal demostrativa del que lo cometió, y aun á veces del mismo crimen.

Estos indicios pueden ser de mayor ó menor fuerza, de modo que produzcan argumento necesario ó reparable, y con este respecto se dividen en indubitados ó vehementes, en graves y dudosos.

Indicio indubitado es el que se forma de argumentos ciertos y concluyentes, que obligan el ánimo del juez, ó inducen certeza moral, que nace de conjeturas violentas y graves, aunque no de principios infalibles: esto es, que regularmente, y atendidas todas las circunstancias se forma juicio que tal delito lo cometió Juan. Sea ejemplo: se ven dos riñendo, que el uno amenaza á otro, y despues se encuentra herido el que fue amenazado: aqui resulta un indicio indubitado, de que el mismo que amenazó fue el agresor. Otro: se vió á Juan Medina con la espada desenvay-

nada seguir á Isidro Paredes que huía, y despues se halla á Paredes herido, resulta contra Medina un indicio indubitado. Estos dos lo son de tal suerte, que el entendimiento no solo cree que la cosa en el estado actual fué así, pero que ni aun pudo ser de otra manera.

Indicio grave es un argumento que produce una credulidad no tan firme que el juez llegué á deponer toda duda: esto es, cuando juzga que atendidas las circunstancias, el suceso pasó de tal ó de tal modo; pero que pudo tambien acaecer de otra manera. Sea ejemplo: se ve á Isidro Paredes muerto en su casa, y que no tiene mas que una puerta, y salir de ella á Juan de Medina pálido y con la espada desnuda y ensangrentada. En tal caso el ánimo se persuade que el agresor fue Medina; pero puede muy bien figurarse de otro modo, como si Isidoro Paredes, se hubiese él mismo metido la espada por el cuerpo, y encontrándole Medina en esta disposicion, por conmiseracion, se la sacase á ver si podia libertarle la vida, y saliese con ella á la calle turbado á dar cuenta de aquella tragedia, y á llamar gente para que le socorriesen.

Bien se vé que no es posible dar una justa idea de estos indicios, ni determinar cuándo llegan á ser graves, y cuándo pasan á la clase de vehementes. Sin embargo, se pondrán algunos ejemplos de los que pueden reputarse por graves. Tales son la confesion estrajudicial del reo de haber cometido el delito probado por dos testigos: la cosa hurtada en poder de persona sospechosa que no dé razon de donde le vino: si poco despues de haber cometido el robo, se viese á algun soldado que habiendo tenido comunicacion con las personas de la casa robada, y sus entradas y salidas, se notase gasta algun dinero, no teniendo conducto por donde venga: la escritura firmada del reo, como las cartas amatorias: la separacion de un hombre con una muger casada en lugar secreto, oscuro y sospechoso, es indicio grave de adulterio, y para otro puede ser ya este de la clase de los indubitados: la variacion en su confesion del reo, y la mentira justificada es indicio no pequeño de ser el delincuente: las amenazas mediando poco tiempo entre ellas y el delito, y habiendo justa y legitima causa para proferirlas, como el odio ó enemistad grave, y mas si va acompañada de algunos adminículos, como haber visto al reo pasar armado por el sitio donde estaba el difunto, haberse preparado con armas y otros argumentos á este tenor; como la emulacion, los celos y otras semejantes, examinando si nacieron de ánimo exacerbado, y conmovido de la ira, mas bien que del propósito, é intencion de efectuarlas, y otros infinitos, que pueden ocurrir en tanto género de delito como hay.

Indicio dudoso se contempla, cuando mueve el ánimo á creer la cosa; pero no de forma que se asegure y aquiete el juez, á que es asi firme y seguramente: de esta naturaleza son la fuga, la fama, la enemistad no siendo grave, un solo testigo que afirme vió cometer el delito, y otro de que conviene hacer explicacion para conocer el género de prueba que hacen.

307. La fuga y la fama son indicios que necesitan alguna explicacion. La fuga por sí sola prueba muy poco, porque algunas veces, si es despues de publicado el delito, y recibida informacion, puede proceder mas bien de deseo de evitar la molestia de acusacion y cárcel, que de tener dañada la conciencia; es preciso, pues, para que haga alguna prueba que se le agreguen otros argumentos, como el escalamiento de la cárcel, la mala

fama, la costumbre de delinquir, la enemistad con el difunto y otros semejantes: entonces ya esta fuga producirá alguna semiplena prueba, á no ser que probase causa legítima para ella, ó que estaba preso injustamente.

La mala fama es uno de aquellos indicios, en que debe gobernar el pulso y prudencia del juez, porque entendiéndolo materialmente podrian resultar gravísimos inconvenientes, y no habria delito que no se pudiese imputar á los mas inocentes, porque el vulgo se suele engañar con sus preocupaciones, y nada hay mas incierto que la voz del pueblo, señaladamente en la aprobacion ó reprobacion de los sugetos. Bien sabido es á todos, en comprobacion de esta verdad, que Demócrito, aquel filósofo lleno de juicio y sabiduría pasó por ridículo y loco, porque dió en el extremo de reírse, siempre que le venian á la memoria las vanidades y estravagancias de los hombres; y su risa no era otra cosa que una juiciosa moralidad. De aquí se infiere cuanto puede errar el vulgo, en la fama y concepto que hace de algun individuo. El erudito Feijóo sigue largamente este discurso con el título: *voz del pueblo*, donde manifiesta con solidez cuan poco aprecio debe hacerse de la fama y opinion del vulgo. Y así es preciso confesar, que la fama sola no es indicio bastante para agravar á ningún reo, y es menester que vaya acompañado con otros argumentos y conjeturas verosímiles; debe para serlo nacer de argumentos graves que se funden, no en sospechas propias, sino en indicios y presunciones.

Estas son las principales definiciones y divisiones de los indicios puestas en compendio; ahora se tratará de su valor y eficacia para la imposición de las penas que previene la ordenanza en el artículo arriba citado.

Cuando en una causa criminal no hay otro género de probanza, ni por confesion del reo, ni por testigos, ni por instrumentos, se debe recurrir á la prueba de indicios, y segun la definicion que de ellos queda espuesta, se infiere lo primero, que los indicios indubitados y vehementes hacen plena prueba, aun para la pena ordinaria en todo género de delitos, que es lo que quiere decir la ordenanza en el artículo espuesto llamándolos «claros y vehementes, que correspondan á la prueba de testigos»; porque tales indicios mas bien son unas pruebas naturales y concluyentes que argumentos ó indicios: trat. 8, tit. 5, art. 48.

308. Lo segundo, los indicios graves hacen plena prueba, segun doctrina corriente, para condenar á la pena ordinaria en los delitos de difícil prueba, cuales son los que quedan esplicados en el núm. 295 y en los demás delitos son suficientes para la pena extraordinaria.

Sin embargo, aun en este caso son algunos de opinion que no debe aplicarse por indicios la pena designada por la ley, especialmente en los delitos capitales cuando no estuviera plenamente justificada la consumacion del crimen. V. Febrero reformado, t. 5, pág. 632, núm. 344.

Muchos indicios dudosos que separados producirian una consecuencia probable, espuestos todos juntos, de modo que convenzan el ánimo, hacen plena prueba, aun para condenar á la pena ordinaria en los mismos delitos ocultos, ó de difícil probanza que se ha dicho en el párrafo antecedente.

Indicios dudosos que no llegan á convencer el ánimo del juez no hacen plena prueba, y así por ellos solo se podrá condenar al reo indiciado, si en

su estimacion hiciesen semiplena prueba, á pena extraordinaria, ó á absolucion, si los graduare de poca ó ninguna eficacia.

309. Aunque en materias criminales debe preferirse en caso de duda la benignidad; cuando se halla claramente probado un delito, sea por indicios, ú otro género de prueba, no puede haber razon para que quede impune el reo, ó sin la aplicacion de la pena que le corresponda, segun derecho, pues lo contrario seria no preferirse la benignidad en su caso, sino la injusticia, y estar en potestad del juez suspender los efectos de la ley contra la vindicta pública y derecho que á ella tiene la sociedad.

310. Toda la cuestion y prueba de los indicios consiste en conocer y penetrar bien la fuerza de los argumentos en las causas conjeturales, formando despues juicio crítico de su valor y eficacia, en lo que es menester un gran pulso, porque muchas veces se han visto ejemplos melancólicos de la falibilidad de los indicios, como sucedió en la ciudad de Nápoles con una mujer que dejando al marido se habia ido con su galan; y divulgada la especie de que tres ladrones por robarlos les habian dado muerte, y arrojado al mar sus cadáveres, se prendieron tres facinerosos por fama, y otros varios indicios, y se les impuso la pena ordinaria; y al año siguiente comparecieron en Roma la muger y su galan. El caso que se ha referido en el núm. 86 de la debilidad del indicio en un robo de una cuerda puesta en un balcon, por el cual se procedió equivocadamente contra un mercader, habiéndose luego descubierto el verdadero ladron, puede servir tambien de regla y de escarmiento para proceder con circunspeccion en materia tan espuesta á equivocaciones.

Sin embargo el vócal que en un consejo de guerra juzgare, segun esta certidumbre moral, esto es, segun los indicios que regularmente indican el delincuente, siendo de la clase que pide la ordenanza, juzga bien, porque el primer caso propuesto en el párrafo anterior, y algun otro es accidental y raro, que por consiguiente no debe influir para hacer regla contra lo que comunmente acaece, á que debe añadirse que en él hubo falta del cuerpo del delito, que como queda dicho es la principal base de todos los procesos.

Lo que hay que observar en los indicios es la regla para su valor y fuerza; en primer lugar que cada uno de ellos debe probarse con dos testigos contestes, á efecto de imponer al reo la pena ordinaria; porque tratándose de la extraordinaria bien prueban muchos indicios, aunque cada uno se halle semiplenamente probado, ó con solo un testigo.

311. Bien claro se infiere de toda esta esplicacion, que la materia de indicios pende toda del alvedrio del juez, pues lo que para unos entendimientos será indicio indubitado, para otros no será sino grave; y así esta regulacion es toda del arbitrio del juzgador, segun su prudencia y circunstancias del caso. En dos palabras, el indicio que convence el ánimo será indubitado: el que lo persuade hasta el grado de semiplena prueba será grave; y el que no tiene tanta fuerza, y produce en el ánimo del juez menos que semiplena prueba, será suficiente para alguna pena extraordinaria, mayor ó menor á proporcion de lo que los indicios hayan persuadido á creer que el indiciado es delincuente.

Por esto sabiamente distinguió la ordenanza los tres casos. Primero, cuando los indicios son vehementes y claros, que correspondan á la prueba de testigos, y convenzan el ánimo, en cuyo caso debe procederse