

gan presente los peritos á fin de hacer el reconocimiento.

37. Para justificar el delito de incendio de casas ú otros edificios, pajares mieses, &c. pasará el juez al sitio en donde estaba la cosa incendiada, haciendo que dos peritos reconozcan lo quemado y declaren lo que hubiere sobre ellos, y á cuánto ascenderá el daño causado. En estas causas se ha de tratar tambien de averiguar quién causó el incendio, y si fué con dolo, culpa ó por acaso. Igua- les diligencias se practicarán cuando alguno cometa el delito de cortar ó arran- car árboles, viñas &c.

38. Para concluir esta materia ha- blaremos del delito de fuga ó intento de fugarse de la cárcel, para cuya justifica- cion se han de practicar las diligencias siguientes. Luego que el juez tenga no- ticia de que los encarcelados se han hui- do ó lo han intentado, formará el corres- pondiente auto de oficio, mandando se pase á la cárcel para que se reconozca y vea el estado en que se halle, y se pro- ceda á lo demas que haya lugar. Inme- diatamente pasará el mismo juez á la cárcel con escribano, y se pondrá diligen- cia, si los presos están allí ó no, quiénes se han fugado y quiénes han quedado, qué rompimiento hay en ella, y todo lo demas que se echare de ver; y habiendo algunas prisiones rotas, ó herramientas con que las hubiesen hecho, se recoge- rán y depositarán segun va dicho en otros casos, y se examinará á los testi- gos que asistieron á esto, para que de- pongan lo que vieron.

Estando rotos grillos, cadenas, canda- dos y otras prisiones de hierro, se reco- nocerán por dos herreros y cerrajeros, quienes declararán la rotura que tuvie- ren; con qué instrumentos fué hecha; y habiendo en la cárcel alguno con que se

pudo hacer, le cotejarán y espresarán si el corte ó golpe que se halla en las pri- siones viene bien con él, y si fué bastan- te para hacerla y en cuánto tiempo.

Si ademas de esto hubiere rompimien- to de paredes se reconocerán por dos maestros de obra ó albañiles; y si hubie- ren quebrantado puertas, ventanas ó el cepo, ó quemádolo, lo reconocerán dos carpinteros en la forma que ya va dicho y declararán lo correspondiente á su arte.

En estos casos se averiguará el modo como se hizo ó intentó la fuga, quiénes fueron cómplices en ella, así por haber ayudado, como por haber dado instru- mentos, y á los que resultasen reos, se les prenderá y procederá contra ellos.

(1) Tambien se pondrá preso al alcali- de, pues éste tiene la obligacion por su oficio de guardar y tener cuidado con los presos, y por no haberlo hecho incurre en varias penas (2).

Si los reos presos hubieren herido, muerto ó maltratado al alcaide ú otro al- guno para lograr mejor la fuga, se ha- rán los mismos reconocimientos que que- dan espuestos para causas de esta natu- raleza.

Se previene que las de fuga siempre se han de formar, seguir y sustanciar en pieza separada de los autos principa- les sin mezclar en estos diligencia algu- na del incidente de fuga y se procurará abreviar éste, de suerte que esté conclu- so al mismo tiempo que la causa princi- pal, para que sobre todo recaiga la sen- tencia.

Si el que huyó de la cárcel se presen- tare en tribunal superior, entonces por la fuga no ha cometido delito ni incurrido en pena alguna (3).

[1] Matth. controv. 17 n. 10.

[2] Leyes 17 y 18, tit. 38, lib. 12, N. R. Ley 6 y sig. tit. 29, part. 7, Gom. lib. 3, var. cap. 9, n. 11 y cap. 3, n. 16. Bobadill lib. 3, cap. 15, n. 120. Matth. De re. crim. controv. 13 y 19.

[3] Giurb. cons. 66. Acevedo en la ley 7, tit. 26, lib. 8, Recop.

Nos hemos estendido tanto en este párrafo considerando lo importante que es hacer bien la averiguacion del delito, porque sin ella no hay lugar á ulteriores procedimientos, segun indicamos al prin- cipio. Pero solo se han especificado los delitos que suelen ocurrir con mas fre-

cuencia, y en órden á los demas fácil- mente se podrán hacer bien las averigua- ciones, guiándose por los principios que aquí van sentados, y practicándose de las varias diligencias mencionadas las que conduzcan segun la naturaleza y circunstancias del caso.

SUMARIO AL § IV.

Averiguacion del delincuente.

- 39. Del segundo objeto de la sumaria,
- 40. De los modos en que se puede hacer la averiguacion del delincuente. Y prime- ramente del de cartas ó documentos.
- 41. Del segundo que es el de testigos.
- 42. De la indagacion que estriba en la fama pública.
- 43. Cosas que debe contener la diligencia de exámen de los testigos.
- 44. De la rueda de presos.
- 45. Del tercer medio para proceder á la averiguacion del delincuente.
- 46. Del cuarto medio, que son los indicios y presunciones.
- 47. Del cateo de las casas y papeles.

39. El segundo objeto de la sumaria es la averiguacion del delincuente. Hay causas, como la del hurto, homicidio y otras, en que puede aparecer el delito y no el delincuente; y otras en que resul- tan á un mismo tiempo el uno y el otro, como por ejemplo, en las injurias verba- les. En el primer caso se hace constar ante todo el delito, reservando proceder contra el que resulte delincuente de las primeras averiguaciones. En el segun- do caso, se dirige la averiguacion contra uno ú otro simultáneamente, atendiendo de preferencia á justificar la existencia del delito, pues sin acreditar ésta no pue- de pasarse á ulteriores procedimientos, como ya se ha dicho, escepto en ciertos casos que se espresarán en el párrafo si- guiente.

40. La averiguacion del delincuente se hace de cuatro modos, á saber: Pri- mero. Por escritos ó documentos, por ejemplo, cartas en que se comunicaren los delincuentes. Segundo. Por testigos. Tercero. Por confesion judicial. Cuarto. Por indicios ó presunciones. En órden á los documentos advertimos tres cosas: Primera. Que siendo á propósito para justificar el delito y delincuente, pueden presentarse en cualquier estado de la cau- sa aunque estén llamados los autos para sentencia, con tal que no esté pronuncia- da (1). Segunda. Que la calificacion del delito en el escrito, será de ningun valor siempre que éste no se refiera á sugeto determinado; porque por varias leyes es-

(1) Lar. alleg. 66, pareg. De nov. instrum. edict. tom. 2, tit. 6, resol. 2, n. 10.

rá prohibido todo procedimiento criminal en virtud de anónimos (1); y en orden á esto observaremos, que no deben los jueces valerse de la falsa estratagema de escribir al que está sindicado de un delito, cartas supuestas ó fingidas, con nombre simulado de su corresponsal, para abrir camino á la averiguacion. La justicia, así como ha de ser inflexible en la persecucion de los delitos y castigo de los reos, ha de guardar aquella dignidad propia de su carácter, sin usar de medios dolosos ni supercherías indignas de la rectitud é imparcialidad con que deben proceder los tribunales. Y tercera. Que si aconteciere que en causas de robos y otras graves, solicite algun juez que se le entreguen las cartas del reo ó reos presos, no se entregarán sino al mismo reo en presencia judicial y no abiertas, pero el juez podrá pedírselas para reconocer si pertenecen á la causa; y cuando por el estado de ella y lo grave del delito se hubiere puesto al reo en encierro, privándole de toda comunicacion, si el juez tuviere por preciso que se le abran las cartas, pasará oficio á los administradores de correos para que interviniendo el consentimiento de éstos y segun las circunstancias, se proceda á lo que mas conduzca para la mejor administracion de justicia; en la inteligencia de que la seguridad y confianza del público no permite pueda abusarse del secreto que merece la correspondencia, sino en los casos mas urgentes y graves en que la misma seguridad del público lo requiere; y en manera alguna en ningun otro caso, se abrirán tales cartas por otra persona que el reo, ó quien él señale formalmente, si no supiere leer (2).

(1) LL. 7 y 8, tit. 33, lib. 12, N. R. y 4, tit. 31, lib. 3, R. I.
 (2) LL. 6 y 15, tit. 13, lib. 3, N. Real orden de 20 de Agosto de 1777, inserta en Beleña, tom. 2 n. 32, y la de 29 de Diciembre de 1789, *Theat. de legisl.*, tom. 9, pág. 350, y decreto de 15 de Enero de 1811.

41. Por lo que hace al segundo medio de la averiguacion, que es por testigos, se examinan en este estado de la causa cuantos se presumen han de tener noticia del delito y delincuente (1). Por las citas de ellos se procede al exámen de los citados, ocupando al mismo tiempo los papeles, libros, ropas, instrumentos ó cosas que citen, indiquen y puedan conducir al objeto; y en todo caso se ha de anteponer ó evacuar, primero la diligencia mas urgente, ó de cuya retardacion se siga peligro. Tambien es de advertir, que si la causa se principia por denuncia, se hace servir por testigo al propio denunciador.

Al testigo citado se le impone de la cita, leyéndole lo relativo á ella, despues de haberle tomado juramento. Si las citas son várias de un testigo á otro, se tiene la precaucion de mostrarle primero solo una, y contestada ó negada, se procede á las demas. Si la cita es de muchos, solo se acota la de uno, á no ser que la niegue, en cuyo caso se le reconviene con la de todos para que en fuerza de esta calificacion se preste á deponer con verdad. Despues de evacuada la cita se le hacen otras preguntas indagatorias, propias del estado de la causa. A esto se procede sin auto, á no ser que despues de la cita se atravesen otras diligencias que causen intermision (2). Siendo el proceso voluminoso, de muchos reos, muchos testigos y muchas citas, se apuntan éstas al márgen con esta nota: *cita*; para que no se confundan y se evacúen todas sin omision de alguna; y al membrete inicial de la declaracion del testigo citado, esta remisiva: *testigo citado á fojas tantas* (3). Esta misma práctica ri-

(1) Herr. pract. crim., lib. 1, pág. 102 n. 9.
 (2) Herr. en el lugar citado, lib. 1, §. cap. 32, pág. 96, números 7 y 8.
 (3) Herr., alli.

ge en las citas que resultan de las declaraciones y confesiones de los reos. Apareciendo fallida la cita, por la negativa ó contradiccion del citado, se procede al careo, esto es, el juez manda juntar al citante y al citado, para que con sus mútuas reconvenções puedan aclararse mejor los hechos, tomándoles tambien juramento, y leyéndoles las declaraciones á cada uno ó á los dos juntos, sus propias deposiciones y las del otro (1). Tambien está en uso el careo entre los reos cuando son muchos y se contradicen; mas no entre el reo y los testigos, escepto en los tribunales militares.

Los Sres. Vilanova en su *tratado universal teórico y práctico de los delitos y delincuentes*, tom. 2, pág. 53 y siguientes, y Gutierrez en su *práctica criminal*, tom. 1, pág. 260 y siguientes, desaprueban el careo, como un medio de inquirir sujeto á varios inconvenientes; pero cuando no hay otro medio de aclarar ó desvanecer las contradicciones en que incurre el citante y el citado, ¿por qué no ha de recurrirse al arbitrio sencillo y franco de hacerles ver lo que mútuamente han dicho, para que el hombre veraz pueda argüir con sus reconvenções al engañoso y fraudulento? Se dice que el mas astuto ó el mas descarado envolverá fácilmente al otro ménos advertido ó mas tímido; pero la presencia del juez alentará si ha dicho verdad, y su ingenuidad misma bastará para destruir la falacia del otro. Por otra parte, el juez mismo descubrirá por las preguntas, respuestas, réplicas, semblantes y otras circunstancias, quién ha dicho la verdad; el delincuente ó perjuro estrechado con las reconvenções que se le hagan, se intimidará, y en último resultado, vendrá á confesar lo cierto, ó por lo ménos se recono-

(1) L. 55, tit. 5, lib. 2, R., ó 3, tit. 6, lib. 12, N.

cerá el engaño. Tiene otra ventaja el careo, y es, que resultando contestes los careados no se exige su ratificacion, aun cuando suele hacerse á mayor abundamiento. Por estas razones y otras que se omiten, se halla admitido en casi todas las naciones de Europa; si bien solo deberán usarle los jueces cuando conozcan que podrá ser útil á la averiguacion, y de ningun modo perjudicial al progreso de la causa (1). De todos modos, nunca decretará el juez lego un careo, sin acuerdo del asesor, ni han de fiarse estas diligencias al escribano actuario. Sobre este punto y algunos otros, pertenecientes á las causas criminales, se han introducido algunas variaciones en el decreto de 6 de Julio de 1848, que se insertará cerca del fin de esta cuarta parte.

Si el testigo citado negare absoluta y terminantemente un hecho positivo que atestiguan y confirman otros, podrá ser tratado como reo sospechoso, en el delito principal y en el de perjurio.

Si el que ha de caraerse está herido con peligro de morir ó de agravarse, y de privarse de juicio ántes de llegar al estado oportuno de la causa, se anticipa esta diligencia.

Si el testigo se resistiere á declarar, se le conminará haciendo constar en la cabeza de la declaracion su rebeldía, á la que sigue auto fundado en ella y se le manda que por primero, segundo, tercero y último perentorio término preste su declaracion bajo apercibimiento de prision y demas penas que haya lugar en derecho; sin que en esta parte haya diferencia de la contumacia del testigo á la del reo (2). Si todavía se mantiene reacio, se ejecuta el apercibimiento indicado, agra-

(1) Real orden de 26 de Julio de 1803, insert. en el Colon juzg. milit., tom. 3, pág. 179.
 (2) Herr. en el lug. cit.

vándose la prision con grillos, y sobre todo, se le priva la comunicacion con toda persona, tomándole nueva declaracion, para ver si ha desistido de su obstinada resistencia, y en el caso de insistir en ella se toman otras providencias aun mas rigorosas; pudiendo tambien aperebirle y declararle sospechoso ó cómplice en el delito de que es preguntado, porque el contumaz es reo presunto segun derecho.

No es preciso que el testigo sea citado por otro, para sufrir apremio si se resiste á declarar; pues basta que el juez se lo mande, porque todos están obligados á cumplir los mandatos de la justicia; y mas cuando en ello se interesa la causa pública.

Sin embargo de lo dicho, se ha de atender en el apremio á las circunstancias del testigo, esto es, á su honor, delicadeza, estado y condicion, moderándolo por su categoría y calidades; y sobre todo si fue-se muger preñada (1).

Cuando la resistencia en declarar se funda en privilegio del fuero que le compete, se sacaba antiguamente licencia del gefe. Si el testigo es eclesiástico ha de proceder con mucho miramiento, por no poder declarar en causas criminales de que resulte pena de sangre; pero para las demas en que puede servir de testigo, se debia impetrar la licencia con varios requisitos. En real orden de 24 de Junio de 1796, publicada en México á 10 de Noviembre, se previene que cuando el crimen militar ó el cuerpo de él se haya de justificar con testigos ó facultativos sujetos á juez ordinario, eclesiástico ó secular, ó á prelado regular, prevenga á sus súbditos luego que se les pase oficio por el fiscal del proceso, evacúen la declaracion que éste les pida bajo lo prescrito en sus respectivos casos por los cánones de la Igle-

(1) Herr., lib. 1, cap. 15, n. 4, pág. 129.

sia, concurriendo para ello dichos individuos al parage y hora que les citen, á fin de que no produzca atraso tan importante servicio. Esta disposicion así como otras que establecian estas mismas doctrinas, han sido terminantemente derogadas por el art. 123 de la ley de 23 de Mayo de 1837, que establece que toda persona de cualquiera clase, fuero y condicion que sea, que tenga que declarar como testigo en una causa criminal; está obligado á comparecer para este efecto ante el juez que conozca de ella, sin necesidad de previo permiso de los gefes ó superiores (1).

Si el testigo fuere vário en su declaracion, de modo que resulte contradiccion en sus palabras, tiene tambien lugar al apremio, para que se afirme en un solo dicho ó concepto, como se dirá mas estensamente cuando hablemos del plenario.

El testigo no solo debe declarar sobre lo principal de la pregunta ó cita que se le hace, sino que ademas ha de explicar las circunstancias del suceso, especialmente cuando de omitirse éstas ha de quedar confuso y dudoso lo declarado. La manifestacion de dichas circunstancias conduce para muchos fines, pues calificada la verdad de lo que se depone, facilita á veces la defensa é inocencia del reo, y constituye sospechoso en otras al propio testigo, tanto en la falsedad de su dicho, como en la culpa del delito que se indaga. Por lo mismo callándolas, puede y debe el juez preguntarle de éstas, y hacer que explique hasta la mas mínima particularidad, sea á favor del reo ó contra de él, para que la deposicion resulte fundada terminantemente. Tambien ha de dar razon de sus dichos, pues

(1) Véanse los arts. 2 y 3 del decreto de 11 de Septiembre de 820, leyes 18 y 19. tit. 23 lib. 11, N. R.

de otro modo eludirá lo depuesto por este defecto sustancial (1).

Siendo el dicho de ciencia cierta, la asercion ha de ser positiva y determinada, y sin usar de voces ambiguas, generales é indeterminadas, como el decir, por ejemplo, que así lo entendió el testigo, que así lo juzgó, que así lo echó de ver, ú otras cosas semejantes, que no concluyen ni deciden la materia. Mas cuando deponen de conjeturas, de credulidad ó de presuncion, ha de fundar el juicio que forme, explicando con certeza los motivos para ello (2).

La declaracion del testigo debe estenderse en los términos con que él se haya explicado, aun cuando las voces sean malsonantes, siempre que en ellas consista el nervio de las pruebas; pero no siendo así, podrán sustituirse otras mas decentes.

El exámen del testigo ha de ser con referencia al auto de oficio, denuncia ó querrela. Si no consta el delincuente, porque la inquisicion contra éste es general, no se le nombra aunque resulte en otras partes del proceso; y aun cuando conste, por dirigirse el auto ó querrela contra reo determinado, lo mas seguro es no manifestarlo y preguntarle impersonalmente, de este modo: *qué sabe de tal delito y quién lo cometió*, inquiriendo la verdad con otras preguntas indirectas y generales, no sea que por reconocimiento ú otro motivo falte á ella (3).

Esplicándose con torpeza ó duda el testigo, se le explora con preguntas directas é indirectas. No satisfaciendo á ellas, se le exige la causa de su indecision y perplejidad. Y si últimamente se observa que varia su dicho, se le reconoce cóm-

(1) L. 26, tit. 3 y glos. de Greg. Lop.
(2) Herr., lib. 9, cap. 3. n. 21.
(3) L. 3, tit. 30, part. 7. Herr. en el lug. cit.

plice sospechoso, y se defiere á su prision y arresto.

Si el juez ve que el testigo contesta con conocimiento ó discrecion, le examinará no solo respecto de los puntos principales, como son la causa que motivó el hecho, los sujetos motores y perpetradores, y el modo y forma de la perpetracion, sino tambien de las circunstancias que le acompañaron, á saber: el lugar de lo acaecido, su situacion, las personas concurrentes y circunstancias; su positura, el traje, las armas é instrumentos; la hora, el auxilio de la luz natural y artificial; la oscuridad, facilidad ó dificultad de conocerse, verse, oirse y tocarse; la distancia de un punto á otro; el tiempo que hacia si era sereno lluvioso, ó tempestuoso; los ademanes, pasos, señas y movimientos; los efectos resultantes de los hechos y cuantos extremos se juzgue han de contribuir á la indagacion (1). Esta en cada delito suele ser de diversa especie, y así, con arreglo al objeto que tenga, se han de hacer las preguntas que conduzcan, aun cuando parezcan nimias ó fútiles, pues á veces éstas proporcionan importantes descubrimientos.

Estas indagaciones minuciosas sirven á veces, no solo para descubrir el reo principal, sino tambien para que el mismo testigo se descubra, ya cohonestando ciertos hechos de mala especie, ya disculpándose intempestivamente, tergiversando las cosas, aplaudiendo la conducta de los reos, ó cometiendo oficiosidades y contradicciones que le hacen parte interesada ó cómplice en el asunto.

Cuando la falsedad, contradicciones ó excusas no pedidas al testigo, ú otro accidente resultante de su declaracion, ó de los autos, indica su culpa ó complicidad en el delito que se inquiriere, se ha-

(1) L. 28, tit. 16, part. 3.