

aun cuando no está obligado. Pero en este caso no es repelido de testificar, sino que queda al arbitrio del Juez, estimar la fe que se le deba dar, como si la cesion fué hecha por título de donacion, aunque no esté obligado á la eviccion, indistintamente es repelido de testificar.

Mas si fué hecha por título oneroso, no es repelido sino cuando está obligado á la coiccion. Así también es admitido cuando no transfirió todos sus derechos en el cesionario.

Y con mayor razon contra el mismo cesionario, y con mayor razon si la cesion fué necesaria, es á saber aquella que se hizo en juicio, principalmente si estuviese admicalada por alguna presuncion ó fuese hecha para comodidad del cedente; es á saber, si estuviese obligado á la eviccion de los derechos cedidos, y el mismo cedente fuese á pagar; no así al contrario."

Vulpino en la consecuencia 13 de la cuestion 60, hablando del testigo donador en favor de su donatario, dice:

"El donante no puede ser testigo en favor de su donatario, principalmente si está obligado á la eviccion de la cosa donada. Aun mas, aunque no esté obligado muchos quisieron que le estuviera prohibido testificar, opinando otros lo contrario. Para la resolución de ello, distingue, que cuando no está obligado á la eviccion, puede testificar, pero no es de fe íntegra, y queda al arbitrio del Juez estimar la fe que se le deba dar.

Mas si testifica sobre el contrato de donacion, ó de cosas á ésta conexas en favor del donatario, no se le da fe; mas no sobre cosas absolutamente diversas."

El mismo autor en la consecuencia 14, hablando del testigo fiador, asienta:

"El fiador no es admitido contra el acreedor en la causa por la que fió, por razon de que parece que se trata de su comodidad é interes. Y por el contrario, ni el principal deudor, puede testificar en favor del fiador. Y con menos razon se admite el principal deudor cuando el fiador dijese que él no pagó; mas no si dijese que el no había fiado, principalmente si dijese que fió con ánimo de donar.

Ampliando la Regla, es rechazado el co-reo de deber, que se obligó in solidum con el principal reo de deber, ya sea que el principal reo estuviese solvete ó no.

No procedería cuando el fiador hubiese renunciado el beneficio de execusion, ó cuando no reportase utilidad, ó cuando el fiador diese testimonio en favor de su co-fiador, y en la especie, por conseguir el beneficio de execusion para probar, que alguno no como principal, prometió, sino como fiador. Otros juzgan lo contrario.

Entiende que procede, cuando el acreedor verdaderamente haya querido un deudor principal y otro fiador, (y si ambos como principales estén obligados en el instrumento) de lo que se sigue, que sería lo contrario si haya querido á ambos principales.

Y finalmente en lo general nunca es admitido cuando tiene interes."

Lo mismo dicen Murillo, obra y lugar citada, n. 153 al fin, y Gregorie López glosa Da en fijo de la ley 19, tit. 16, P. 39

En la consecuencia 9^a de la Cuestion 60 habla Vulpino del testigo legatario, heredero ó fideicomisario, y dice:

El legatario, aunque por el legado dejado á él en el testamento consiga comodidad y utilidad, sin embargo no se le prohíbe ser testigo en él, ya sea el testamento escrito ó nuncupativo, y no solo para solemnizar el testamento, sino tambien para probar la verdad de él. Aun mas, todos los testigos de que se use, pueden ser legatarios en el testamento escrito, aunque no en el nuncupativo.

No se prohíbe que testifiquen en favor de otro legatario, con el que el heredero tenia disputa, si la causa de uno no depende de la causa del otro. La regla no se estiende á los testamentos, en los que por Derecho Común ó por Estatuto se requiera menor número de testigos, que el establecido por Derecho, como son el testamento militar, el *ad pias causas* y el *inter liberos*.

Así es que no pueden ser testigos en la causa del propio legatario, á no ser que otros tantos testigos de los que se hayan usado en el testamento, depusiesen en favor del mismo legado, ó á no ser que el heredero, tácita ó expresamente, produciendo el testamento, los haya aprobado, sea lo que fuere lo que opinen otros en contrario.

Tampoco son admitidos los herederos, ó el padre ó hermano de ellos, á no ser que tales herederos no recibiesen comodidad alguna de la herencia, ó estuviesen obligados á restituirla en el todo. No es admitido el fideicomisario general aunque el particular no se presente. Se admitirá aun el mismo general, cuando debiese ser restituida la herencia despues, al llamado bajo condicion incierta, ó si el testigo usado en el testamento, el testador en otro testamento le haya dejado la herencia por fideicomiso, ó cuando el testamento fuese redactado en escritura por notario y no se duda que fué hecho.

En los codicilos, el legatario no puede ser testigo para solemnizar la voluntad codicilar. Otros sienten lo contrario. Pero si el heredero venga ab-intestado, ó por testamento escrito, éste bien puede ser testigo en los codicilos, si en ellos nada se le deja, por lo que se admite en los testamentos en que haya cláusula codicilar.

Aun el heredero ab-intestado, usado como testigo, no es rechazado de testificar llegado el caso en que el testamento valga por derecho de codicilo. Y finalmente entonces son admitidos los legatarios, cuando hubiesen sido descritos en los testamentos, y parezca así que fueron aprobados por el testador."

Igual doctrina escribe Murillo, obra y lugar citados, n. 152: Vulpino en la consecuencia 10^a de la cuestion 60, dice: del testigo acreedor y deudor.

"No se prohíbe que el acreedor dé testimonio en favor de su deudor, aunque otros opinan lo contrario. En la causa de prenda no es admitido, porque parece causa propia del mismo acreedor, y en general se rechaza si se trata de su comodidad y utilidad. Es admisible y esto es notable, en favor de su deudor para probar el pago contra otro acreedor posterior.

Porque gozando de su prioridad, nada le importa que sea condenado ó no. Por lo contrario, el deudor no puede testificar en favor de su acreedor, y si testificase

sospechoso; porque en cierta manera le está sujeto por razon de la deuda, como vulgarmente se dice, y se reputa siervo. Otros opinan en sentido contrario. Sin embargo, tú no te separes de la anterior regla. Y cuando sigas esta opinion, entienda que la regla solo procede en el *deudor pensionario*, no en otros."

El *denunciante* es repelido de testificar, á excepcion de los *oficiales públicos* que denuncian por causa y necesidad de su oficio, así lo enseña Vulpino en la consecuencia 1.^a de la Cuest. 60.

En el argumento del art. 11.^o de la 56, dice: que los *esbirros* [*Bierrarii*] no merecen fé ni aun en las cosas anexas, antecedentes y pendientes del oficio de ellos: por ejemplo, si dicen que se les impidió la ejecucion, y fueron ofendidos con alguna injuria verbal ó personal, ó que encontraron al reo en crimen flagrante, distinguiendo que no se les cree en asuntos graves, pero sí en los leves.

Y aun en los graves, si la verdad no puede descubrirse por otro término; pero como ni aun así son reputados de fé íntegra, solo sirven para atormentar, mas no para convencer.

Y aunque no se les dé fé en las cosas antecedentes, consiguientes y pendientes del oficio de ellos, ciertamente se les cree en aquellas cosas que precisamente tocan á ellos; v. g. si deponen de la ejecucion hecha por ellos. Y con mayor razon, si fueran constituidos para investigar y aprehender á los delincuentes, los que encontrados por el dicho de aquellos pueden ser condenados, á no ser que presenten legítima defension, v. g. en los custodios ó guardas nocturnos, establecidos para aprehender á los ladrones nocturnos ó á otros que vagan en horas prohibidas por la ciudad con el silencio de la noche.

Tambien en los *consignados para la custodia* de algun tránsito ó paso, *para que aprehendan ó denuncien* á los que defraudan las gabelas ó transportan cosas vedadas. Generalmente, á estos se les dá fé, si habiéndoseles encomendado la ejecucion de bienes, afirman que no encontraron en que trazar ejecucion, y principalmente no son repelidos, deponiendo de la inocencia de alguno.

De aquí es que prueban en favor del Poder ó autoridad en el tiempo de su ejercicio ó Sindicato, con tal que no le sirvan mas, ó si son de tan extrema vileza, que aunque no fueran *Esbirros* (*Bierrarii*) serian repelidos. Se admiten tambien contra el mismo Pretor, pero no son obligados á testificar forzados, y les obsta la excepcion de que son *Esbirros* (*Bierrarii*) á no ser que depusiesen de cosas pertenecientes á su oficio.

Son tambien idóneos para testificar entre ellos mismos, segun la regla *Nilus Judeus Judeo, nihil Catilina Cethego*, cuando se trata de cosas hechas en el lugar en donde ellos solos versan, ó cuando la verdad no puede descubrirse por otro término.

Finalmente, la deposicion del *Esbirro* (*Bierrarii*) abre camino para tomar informaciones, aunque depongan á su favor, principalmente concurriendo válidas conjeturas, porque aunque generalmente no son admitidos sino con tortura mérita, esto queda al arbitrio del Juez.

El mismo autor, obs. 9, cap. 2, núm. 64, dice: "Conviene recordar con esta

motivo, que el alguacil que fué denunciador, y aunque no lo sea, puede servir de testigo, no obstante de ser tachable por la vileza de su oficio."

Febrero de Tapia, adicionado bajo el título de "Mexicano" por Pascua, tit. 4, cap. 2, núm. 8 al fin, (tomo 7.^o, pág. 322,) dice: "No puede ser testigo el *alguacil* contra el reo que aprehendió, porque se considera como acusador, aunque se le admite para el efecto de inquirir, dándosele, ademas, ascenso en los asertos y relaciones que hace pertenecientes á los actos de su oficio."

Lo mismo dicen Math. de Re. crim. cont. 18, n. 33 á 55, Villaa, ob. 10. cap. 4, n. 139 y ob. 9. cap. 2, n. 64 y ob. 3 cap. 1, n. 14, sobre *Ministros inferiores de Justicia*.

Don Ramon Lázaro Dou. Bassols, Der. pub. gen. de Esp. lib. 2, tit. 5, cap. 19, sec. 3, n. 8, tom. 8, pág. 217, dice: "Los Alguaciles y ministros de justicia, en asuntos en que puedan tener interes, como cuando se trata de resistencia, no parece que sean por las razones puestas en el cap. 11, sec. 1.^o, testigos del todo hábiles respecto de los reos: Calderó, Lec. 16, n. 62 y 63, juzga que se necesita de tres de estos testigos para hacer la prueba regular de los dos; y absolutamente en todos casos, siempre que el Juez pueda valerse de otros testigos, es justo que no se valga de los alguaciles, diciéndose por esto en la *Compilacion Practical de Amisgant*, tit. 5, § 9, n. 4, 5 y 6, que los mismos Alguaciles han de ser advertidos y cautos en el tiempo de la aprehension de algun reo con armas, ó cosa hurtada ó semejante, en llamar á otros testigos que de vista puedan despues deponer lo que se halla en el reo, y que él vió, que suele errarse en la omision de esta diligencia por las rondas cuando se encuentran á alguno con armas prohibidas."

El Dr. C. J. A. Mittermaier en su *Trat. "Prueba en mat. crim."* Parte 5 cap. 41, pág. 337, dice:

"El denunciador es un testigo sospechoso. Demasiado sabido es, que empleará todos sus esfuerzos en sostener su denuncia y demostrar su sinceridad, y que por otra parte se vé obligado á ello por las penas decretadas contra la calumnia. Además de esto, el hecho de denunciar á un ciudadano es un acto inusitado y que excita al punto la susceptibilidad del Juez; no siempre es un motivo noble, una razon de interes público lo que da lugar á él, (como la opinion pública se pronuncia contra los denunciadores, es preciso hacerse violencia y ceder á motivos ordinariamente fuertes para decidirse á desempeñar este papel;) y se siente dispuesto á ver en su conducta el resultado del odio ó de un sórdido interes privado. Pero todo esto solo prueba que debe examinarse escrupulosamente la deposicion del denunciador; cuando es un magistrado, que en razon de sus funciones viene á declarar en juicio un crimen, su conducta aparece muy natural, y lejos de haber de atribuirle á un motivo poco noble, no se vé en ella sino el cumplimiento de un deber. Mas cuando por el contrario, se vé presentarse un denunciador que obtiene una recompensa pecuniaria, se alzan en seguida fuertes dudas contra su veracidad, y se teme no hallar en su testimonio mas que efectos fatales del atractivo del lucro. Vencidas estas dificultades, conviene examinar si la deposicion solo recae sobre el hecho del delito, sin designacion del agente, ó si está éste nominalmente indicado. En el primer caso puede temerse fé en el testigo; en el segundo,

es preciso todavía reflexionar qué relaciones han podido existir entre él y el individuo inculpado, si eran enemigos, ó si al contrario, los vínculos que los unen son de tal naturaleza, que repugnan la denuncia. (La denuncia es siempre motivo de admiración en ciertas personas; por ejemplo, una muger contra su marido. Preciso es en tal caso que el ódio ó otras pasiones violentas hayan hecho desaparecer los motivos que tenía el testigo para callar el crimen.)

Don. Der. gen. de Esp., lib. 3, tít. 5, cap. 19, sec. 4, tomo 8, pág. 247, hablando del testigo ofendido ó herido, dice:

"El ofendido ó herido tampoco prueba; ley 3, § 1, Dig. ad Senat. consul. sillan. y solo es indicio para inquirir, Peguera, esp. 17, núm. 5 y 6. Calderó descis. 14 núm. 75 y 79 dice, que para que la declaración del que murió ó del herido, obre gravemente contra alguno, como para tortura, deben concurrir siete circunstancias, esto es, la de haberse hecho en el artículo de la muerte, haberse jurado estar el declarante en su entero y cabal juicio, ser hombre de buena fama, ser el delito de naturaleza, que no pueda probarse por otros, haberse cometido en tiempo, que no pudiese ser conocido el delincuente, y no concurrir circunstancias que lo contradigan; á esto debe añadirse la renuncia de su interés, derechos y acciones. Los testigos, no renunciando al interés, no pueden hacer fé en juicio: y aun renunciado, no quedan del todo idóneos, por suponerseles concebido encono ó indignación contra los ladrones; de modo, que aun con dicha renuncia, se necesitan tres, para lo que bastarian dos testigos: Calderó descis. 16 núm. 37 hasta el 62.

D. Félix Colon en su ob. "Juzg. mil. de Esp. é Indias," tratando de las heridas, en el Formul. de Procesos, tomo 3º., pág. 243 núm. 337, dice: "La declaración del herido siempre es apreciable, y por ella sola se podrá proceder á la prisión del que dice lo hirió; pero no es bastante para condenar, no habiendo otros indicios; pero si los hubiere, se puede proceder segun la clase de ellos y demás pruebas que resultaren, porque el dicho de la parte no hace prueba en juicio, y solo servirá de indicio, segun la hombría de bien del herido, y para inquirir y tomar luz en la sumaria."

"Suele dudarse si la declaración del herido *in articulo mortis*, obra algo en favor del reo, como si dijera, que Juan no le hirió: en este caso, si el delito se halla real y verdaderamente probado, esto es, con plena prueba contra Juan, nada vale la citada declaración contra la evidencia de un hecho; pero si solo hay contra el reo algunos indicios, ó sean medias ó semiplenas pruebas, en tal caso la confesión del herido vence todos los indicios, y quedará libre; aunque en esto deberá el Juez atender las circunstancias. Si el herido no hace esta declaración *in articulo mortis*, por ser leves las heridas, será de mucho menos peso."

Por falta de imparcialidad, como interesado, no puede atestiguar el Juez en pleito que juzgó ó ha de juzgar; ley 19, tít. 16, P. 3º.

Vulpino, en la Consec. 3ª del Extract. de la Cuest. 63 de Farinacio, encargándose del testimonio del Juez ó árbitro en causas, en que lo son ó fueron, dice:

"La regla es negativa, es á saber: por la afección presunta y porque es absurdo que alguno funja de doble oficio en una causa; los Jueces y árbítrros en mane-

ra alguna pueden testificar en causa ante ellos pendiente, y aunque ésta esté concluida, si deponen sobre aquellas cosas que tocan á la justicia ó injusticia de su sentencia ó laudo, porque sería lo contrario si depusiesen sobre las que tocasen solo al proceso.

Se estiende: que no se les permite dar su testimonio ni aun en causa de apelación, aunque no se les deniegue en la ejecución del laudo ó de la sentencia, ó de consentimiento del apelante, ó en aquellas cosas que tocan al acta y proceso fabricado ante ellos mismos, á no ser que por tales deposiciones huyan el desdoro ó consigan honor.

Mucho menos son recibidos cuando deponen de cosas hechas por ellos mismos y sobre hecho propio, pero aun en este caso se recibirían para formar prevención, si no recibiesen honor alguno ni deshonra.

Se repelen en aquellas cosas que tocan á la validez de la sentencia ó á su nulidad, cuando fuesen causadas por negligencia del Juez ó del árbitro. Y mucho menos se admiten en aquello que toca á la justicia, á no ser que venga para pura impugnación y para descubrir la injusticia.

La regla procede generalmente no solo en el Juez ordinario, sino aun en el delegado y árbitro, aunque los Jueces sean dos, porque tengan adjunto Juez ó árbitro. Lo mismo en el asesor y arbitrador, á no ser que éste tuviese potestad de proceder *de jure* y *de facto*, si depusiese en la causa de reducción, y de allí no le viniera honor y desdoro.

Mucho menos se cree la asercion del Juez ó del árbitro, cuando no deponen en forma de testimonio, ó su deposición no fuese administrada por conjeturas y verosimilitudes, porque entonces si la verdad no puede tenerse por otro término, ó la deposición se haga, concluida la causa, aunque no sean de fé íntegra, cuanto deba creérseles, queda al arbitrio del Juez.

También se reciben, si antes del laudo ó sentencia espiró su jurisdicción, y deponen tan solo en aquello que pertenece al orden del pleito ó juicio, ó contra aquellas cosas que hicieron los mismos, sin manifestar excusa de su torpeza ó error, ó cuando á ninguno se infiere perjuicio ó su deposición es jurada y recibida en forma de testimonio ante otro, ó contuviese la declaración de alguna palabra proferida ó de hecho ambiguo é intrincado.

Pero en este caso debe concurrir: 1º Que el hecho sea oscuro. 2º Que los Jueces declarantes sean dos. 3º Que no se trate de gran perjuicio de la parte. 4º Que la ocurrencia no pueda declararse por otra parte. Y sin embargo, sin este concurso se reciben para instrucción del Juez ó información. También se admite su testimonio de consentimiento de las partes, ó cuando no se trata de la justificación del Juez ó árbitro, ó de sus hechos: pero á éstos no se les cree mas que á los demás testigos: aunque dado concurso, so les cree mas que á los demás testigos; y no pueden ser obligados á testificar."

El P. Murillo [*Curs. Jur. Can. lib. 2. tít. 20, núm. 152*] escribe lo mismo, agregando: que si su testimonio es necesario por falta de otros testigos, los Jueces y árbítrros son removidos de juzgar y sustituidos por otros; pero que bien puede el

Juez, si el superior lo manda, dar testimonio de las cosas que acontecieron en aquel negocio, según la ley 19, tít. 16, parte 3, en que se funda.

En igual sentir se explica Villanova en la *Observ.* 10, cap. 4, núm. 137, enseñando que puede hacer dejación de su empleo, y servir de testigo ante el superior suyo, cuando por otro medio, en asunto grave y de importancia, no puede alcanzarse lo que se indaga.

Por fin, Juan Hevia Bolaños, en su *Cur. Philip. Part. 1.^a, Juicio civil § 17, prueba, n. 11* dice: "El Juez no puede ser testigo en causa que haya juzgado ó hubiere de juzgar; pero de las cosas que pasaren ante él, bien puede certificar al superior, siéndole pedido, según otra ley de Partida, (Ley 19, tít. 16, P. 3.^a) aunque una ley mas nueva de la Recop. manda que diga su dicho, siendo presentado á falta de otros y cesante malicia en presentarle para excluirle de Juez, porque queda recusado."

Testigo escribano actuario, Villan. *Mat. crim. forens.* ob. 10, p. 4, n. 138, dice:

"El escribano actuario tampoco puede serlo (testigo); por los graves motivos que notan los autores, no obstante, que su fe vale tanto como la de muchos testigos fidedignos, en las partidas que le interpone de autoridad y precepto del juez. Y aunque es verdad que mediante dimisión de su escribanía puede atestiguar, no deja su efecto de ser baja, que las mas veces se castiga por la sospecha anexa de intrigar, manejo y fraude, lejos de darse á su testacion el mas mínimo ascenso.

El mismo autor núm. 52 *lug. cit.*, dice: "Aparte de la prueba instrumental ó de escritos públicos, se halla otra que resulta de los actos judiciales; y esta se divide en dos especies. La una es la que producen las partes en los pedimentos y comparecencias, cuyas confesiones contenidas en ellas, hacen probacion íntegra y plena contra el producente. Y la otra la de los autos y diligencias que estienda el escribano actuario, de espreso ó presunto precepto del juez, la cual todavía se subdivide en dos calidades. La una se cifra en los libramientos fehacientes en que atestigua y legaliza los hechos ó casos que tiene en su presencia, para que aparezcan justificados en el proceso, ó que llamamos propiamente testimonios. Estos para grangearse la debida prueba de legalidad, piden de esencia que se levanten en virtud de precepto espreso y no tácito del juez (*Math. contr.* 13, n. 22) que se refieran á especies presentes, de ciencia cierta, y no presuntas: y que los autorize la fe pública compendiada en el signo del propio escribano; de modo que si la partida á que se refiere el testimonio no está escrita, ó de algun modo existe realmente, no podrá librarse despues de veinticuatro horas de su efecto. (*Math. contr.* 28, núm. 22 y 54, y siguientes.) Y la otra de las propuestas calidades, consiste en los autos, certificaciones y diligencias judiciales en que ponga el ante mí. Unos y otros actos hacen prueba en su línea. La de los testimonios sacados con la legitimidad descifrada, prévia citacion de parte, (si se exige) y precepto del juez, no sin él, es tan robusta como la mas recomendada de derecho. Mas la de las certificaciones y diligencias simples, que no las cubre el signo, ni el ante mí, no lo son tanto; y vienen á merecer igual crédito que un testigo autorizado en las aserciones propias de su ministerio. Esta fe del escribano es esencialmente necesaria

en el juicio; de modo que en su defecto, aunque intervenga la del juez y otros sujetos, son nulos los autos, deposiciones y fundaciones suyas."

En el n. 64 del cap. 2, obs. 9, al medio del mismo número dice: "El escribano que no puede testimoniar alguna partida, por haber pasado las veinticuatro horas despues de sucedida ó por otro inconveniente, puede asimismo deponer como tal ante otro escribano que autorize y actue la deposicion (*Herrera lib. 1, cap. 3, n. 26*) y sin embargo de ello, podrá continuar despues en la causa por ser compatibles entre sí ambos actos; y en en el número 65:

"Con todo, debe escusarse en lo posible este recurso, porque amaga oficiosidad sospechosa; y en caso de ser inexcusable, debe preceder auto que lo promueva, y decreto judicial que lo apruebe y autorice."

En noveno lugar, es inhábil para testificar, por no reputársele imparcial, ya por la ocasion de hacer mal ó otro ó bien á sí mismo, el cómplice en el delito contra su compañero, pues podría culpárse á un inocente, bien por venganza, bien por embrollar, ó retardar la causa, bien por mezclar alguna persona poderosa con la esperanza de mejorar el éxito del proceso; ley 21, tít. 16, p. 3.^a

Villanova en su obra *Mat. Crim. For. Observ.* 10, cap. 4, núm. 132 ó 134, dice:

"El compañero ó cómplice en el delito no se admite por testigo; porque es presumible que falsamente se produce por estos fines; ó de proporcionarse un co-reo mas poderoso, y al favor suyo librarse con él: ó á ódio, despecho ó venganza verle castigar en su compañía. *Gom. Var. lib. 3, cap. 12, n. 16.* Regularmente el malo busca á otros para cohonestar su maldad.

Aunque inconcusa cuanto indudable es esta doctrina; siempre que el reo criminal declare cómplice á algun otro sujeto en el primer delito, sea ó no en el interesado, se dá ascenso á su aserto para el fin de inquirir y aprisionar. *Gom. loc. cit. n. 17*, pero debe cambiarse con mucha circunspeccion en la deferencia á estas citas, atendiendo por lo que mira al último notado objeto, á la calificación y verosimilitud del producido, y á la calidad de las personas contra quien se dirige, pues he visto excesos enormes y de daño irreparable, nacidos de la facilidad de guiarse solo, sin otros aditamentos, por los dichos y acusaciones maliciosas temerarias de los reos, contra supuestos participantes del delito. Siempre el aserto del criminal en perjuicio de tercero, se mira emulativo y sospechoso; y mucho mas si está preso cuando lo produce, ó es en virtud de sugestion, petición ó precepto del Juez; de modo que solo esta oficiosidad, generalmente hablando, es capaz de anular absolutamente el dicho suyo. Dije regularmente hablando, porque aunque siempre es ilícita la sugestion, en varios casos procede, ó importa explorar al reo y preguntarle de los co-reos; y es en estos únicos y especiales: cuando el que se explora es sujeto que verosímilmente, por su edad, debilidad, condición, ó por las circunstancias que acreditan la facción del delito, se juzga que no puede cometerlo solo; cuando el que se averigua es de los exceptuados; y cuando es de aquellos que de esencia pide su efecto la concurrencia plural, como el adulterio y asesinato. *Gom. cit. n. 16, in fin.* Con el bien entendido, que aun en estos lances no ha de haber influjo ni nominacion del sujeto presunto cómplice

sino inquirirlo por preguntas generales é indirectas. Gómez n.17. Y si siendo justa y legítimamente preguntado de ellos, los niega ó encubre, se le apremia hasta ponerlo en tortura.

Así como este reo testigo es inhábil y se desatiende su dicho en el foro, es idóneo por el contrario, en los casos exceptuados ó que ahí arriba se reservan; y en ellos se admite por legítima y competente prueba, si su deposicion es con fundamento y está repetido en el plenario; no de otro modo. Gom. n. 18.

En sentir de algunos autores clásicos, esta atestacion no hace indicio suficiente para la tortura del cómplice citado, ni tampoco hace prueba plena, aunque sean muchos los reos citantes, sino que únicamente coadyuvan á los otros indicios ó medios legítimos; y lo fundan en que tales producciones son de sujetos criminosos, y por esta razon infames, á quienes está prohibido decir testimonio. Bien que añaden, que en todo caso deben legitimarse y purgarse antes por medio del tormento, cuyo arbitrio es el que últimamente aconsejan. Aillon ad. Gom., loc. cit. num. 19. La exculpacion del reo á favor de otro reo, ó cómplice en el delito, casi siempre se tiene por parto apócrifo y falso que arroja la malicia por los fines indicados."

Murillo en su *Curso de Derecho Canónico*, lib. 2, tit. 20 núm. 154, se espresa en iguales términos.

Juan Hevia Bolaños *Cur. Phil.*, Part. 3, Pár. 15, núm. 16, dice: "El cómplice del delito no es suficiente testigo contra el compañero en él, como lo dice una ley de Partida. (Ley 21 tit. 15 Part. 3.) salvo en el delito de lesa-magestad divina ó humana, falsa moneda ó pecado nefando, hurto famoso, y en todos aquellos delitos que no se pueden cometer sin cómplices y partícipos. Y siempre en los casos en que el cómplice se admite por testigo, se ha de examinar plenamente en la causa de aquel contra quien se examina, como lo resuelve Antonio Gomez, *Tomo 3 Var. Resol. Cap. 12* núm. 15, 16, 17 y 18."

Igual doctrina asienta Lorenzo Math. *De Re Criminali. Controv. 2* núm. 32.

Antonio Gomez *Var. Resol.*, tom. 3, cap. 12 núm. 16, dice: "Es repellido el socio del crimen (cita varias leyes romanas y la 21, tit. 16, P. 3) cuya razon es, porque acaso esperando el perdon, por el favor ó privilegio de otro, lo nombraria fácilmente ó acaso por odio y enemistad para que pereciese con el mismo suplicio. Pero debe advertirse que contra esto se ofrece esta dificultad; porque si la parte contra la que se produce, opone que aquel testigo es socio del crimen, por esto mismo parece que confiesa el delito; luego puede ser condenado por la propia confesion, sin mas prueba. Pero á esta dificultad respondo de los modos siguientes: 1º Que aquel que propone excepcion, no parece que confiesa la intencion del adversario, segun el texto notable y expreso en la *L. Non utique ff. De excep.*, cuyas palabras son: *Non utique existimatur confiteri de intitione adversarii cum quo agitur.* (cita en comprobacion copia de leyes romanas, capítulos del Derecho Canónico y AA.) Luego en nuestro caso puede excepcionar, y no parece que confiesa el crimen. Respondo, 2º que la parte acusada niegue que cometió el crimen, lo que en caso que hubiera hecho, aquel testigo producido contra él, fué

su socio y partícipe del crimen. (cita copiosa como la anterior.) Respondo, 3º, que la parte contra la que es producido tal testigo, puede simple y genéricamente decir, que aquel testigo cometió aquel crimen, y por lo mismo no puede ser testigo contra otro en el mismo crimen. (citas como las antecedentes.)

Sin embargo añade, que en algunos casos puede ser testigo el socio del crimen, es á saber, en el crimen de heregia, *text. in cap. In fidei favorem, de Haeretic. lib. 6.* Tambien en el crimen de lesa-magestad, *cap. 1 de Confessis.* Tambien en el crimen de moneda falsa, *L. 1. C. de Malefic. et Mathemat.* Tambien por la misma razon diria lo mismo yo en el crimen nefando, contra natura, por el argumento de las anteriores disposiciones citadas y *Pragmat. 85, lib. Pragmat.*, en donde se asienta y dispone, que este crimen se prueba del mismo modo que el crimen de heregia ó de lesa-magestad; tambien en el hurto famoso, *L. Provinciarum C. de Furtis.* Tambien en otros casos puestos y relacionados por la *Glos. y los DD. en la ley fin. de Acusation.* Y regularmente digo y asiento, que en los delitos que no se pueden cometer sin socios verosíblemente, el socio y partícipe del crimen puede ser testigo, *dict. l. Provinciarum C. de Furtis*, y allí la Glosa ordinaria y comunmente los DD. y la glosa ordinaria tienen esta opinion como ordinaria y comun, en dicha *L. fin. C. de Acusat.*

La duda es, si en estos crímenes ó en otros, el reo acusado y sobre quien se inquiera, pueda ser preguntado de su socio? Y digo resolutivamente, que si es siervo indistintamente, puede ser preguntado acerca de sus socios, tanto en estos crímenes, como en otros, porque verosíblemente no es de presumirse que cometiera aquel delito sin mandato ó ayuda de otro. *Argumento del texto de la L. Quicumque versio. Sane C. de Sero fugit.* Pero si es hombre libre, entonces bien puede ser preguntado en los delitos especiales antes referidos y bien declarados Argum. del texto en dicha *L. Provinciarum C. de Furtis*, mas no en otros, supuesto que su testimonio no vale, por el argum. de la *L. fin. C. de Acusat.*

Y con efecto esta doctrina y resolucion asienta Saliceto y comunmente en los DD. Yo creo mas que los DD: que indistintamente en cualquier delito, ya sea interrogado el reo, ó no, si confiesa del socio, que aquella confesion aprovechará al menos para la simple informacion del Juez, y para formar inquisicion, é igualmente para la captura de la persona (cita en comprobacion copia de autores) Sin embargo, es de notarse, que tal reo acusado, ó sobre que se inquiera, no debe ser preguntado particularmente y en especie de sus socios, sino generalmente. *¿Quiénes fueron sus socios en el delito?* Porque de otro modo, no seria preguntar, sino incitar y sugerir, segun el argumento del texto en la *L. 1. § Qui quaestionem ff. de Quaestionib.* y allí comunmente los DD. Y si tal reo acusado no quiere declarar en los casos en que puede ser interrogado, se compele por la tortura, con tal que proceda contra el presuncion ó indicio, que interviniere con él socios á quienes conoce bien; así opina singularmente solo Saliceto, en dicha *L. fin. C. de Acusat. column. n. 9 y 10.* Lo que es de notarse bien.

Segun lo que necesaria y útilmente pregunto: si tal reo acusado y sobre que se inquiera ó sujete á inquisicion, confiesa de sus socios espontáneamente é in-

terrogado, en los casos en que pueda ser preguntado de sus sócios, si acaso su dicho y testimonio prueba como si fuese legítimo testigo, y por consiguiente sea legítimo indicio para la tortura? Y breve y resolutivamente me parece que no; porque un testigo de vista y de acto próximo, (propinquo) y por el sentido corporal para que haga indicio para tortura, debe ser fidedigno y mayor de toda excepcion, como copiosa y magistralmente digo en la materia de tortura. Es así que tal reo acusado ó sujeto á inquisicion, no parece testigo idóneo y fidedigno en causa del otro sócio: Luego &c. (cita en su comprobacion multitud de autores.) De lo que se infiere que si dos ó mas deponen de algun sócio, no será plena prueba, segun los dichos DD.

Pero esto no obstante, yo sostengo la opinion contraria: aun mas, que tal sócio del crimen, en los casos en que pueda deponer de sus sócios, prueba suficientemente, como legítimo testigo, y por consiguiente, solo hace indicio para tortura: é igualmente dos ó mas prueban plenamente; porque los derechos é disposiciones citadas, regularmente refieren al sócio del crimen, de testificar contra los sócios, sin embargo, exceptúan algunos casos particulares y especiales puestos antes, en los que libremente son admitidos; luego se infiere bien, que en ellos es legítimo testigo y debe dársele plena fé. (Cita en comprobacion copia de autores.) Sin embargo, es de advertirse una cosa en la que puede errar el Juez, que para que tal confesion del sócio pruebe contra el sócio, ó haya indicio, conviene que sea hecha con juramento en la tortura, y sin tortura no prueba ni hace indicio, porque no depone como testigo con la forma y solemnidad requerida. Ni obsta que acaso juró sobre hecho suyo propio. Porque entonces depuso como parte sobre hecho propio; mas sin embargo, no como testigo, citada la parte, y prestado juramento como por testigo, de donde se sigue que su deposicion no vale ni prueba. Y segun esto, el Juez debe ser cauto, de suerte que use como testigo del sujeto á inquisicion ó reo que depone de sus sócios, citando á la parte, y prestado el juramento; y despues haga darle copia de la deposicion para que se pueda defender, como en los otros testigos, é in terminis así lo sostiene y declara solo Hypolit. en su Práctica §. Diligenter, Q. column. versic. Aliud etiam venit singulariter notandum, en donde dice, que en esto yerran gravemente los Jueces, y que así acontece de facto en la ciudad de Bononia, y por esto libró á alguno de pena de muerte y adquirió grande comodidad y honor. Se confirma aun por la sentencia y doctrina de Bartol. y de la comun, por el texto en la L. Maritus ff. de Question, en donde asienta que si el testigo es examinado, no citada la parte, no prueba ni hace algun indicio para la tortura: argumento del texto en la L. Si quando, Cod. de Testib. y allí la opinion comun.

Lo mismo escribe D. Ramon Lázaro de Dou. y Basols en su Der. pub. gen. de Esp. lib. 3. tit. 5. cap. 19. sec. 3. tom. 8.

Es igual la doctrina de Alonso de Villadiego Instruc. polit. y Pract. judic. cap. 3. n. 299.

Bon Félix Colon de Larriategui, Juzg. milit. de Esp. é Ind. tom. 3º en que

trae el Formulario de Procesos, tratando de la Prueba de testigos, dice en la pág. 318º

“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 exceptuados, y de difícil prueba, y en todos aquellos que verosíblemente no se pudieron hacer sin compañeros, ó á lo menos cuando del proceso nacen indicios de que el crimen se perpetró con sócios. En todos estos casos el dicho del sócio tendrá fuerza preguntándole y examinándole en la tortura, segun opinion de graves autores; pero si acaso no se acostumbra el tormento, concurriendo ademas del dicho del sócio otros adminículos é indicios vehementes que formen una clara y plena prueba, podrá muy bien condenarse al reo á la pena ordinaria; bien entendido, que en los delitos no exceptuados, ni de difícil prueba, no es tan eficaz el dicho del sócio.

En la 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 exceptuado y de difícil prueba; pero esta no es plena, y solo bastará para imponerle 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 producir una plena 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.

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, si no es de los inhábiles: y es la razon porque la misma imposibilidad de descubrirse la verdad hay en el caso en 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 extender 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 alguna enseñanza la experiencia ser mas difícil de justificarse los crímenes que se ejecutan en los parajes públicos: y así se verificó en el homicidio de Enrique IV de Francia, el cual rodeado de los guardas y comitiva, y hallándose en el coche con el duque de Espernoio, fué 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, haría algún indicio, que también graduará la prudencia del Juez."

La ley 21, tit. 16, p. 2ª, dice. "Otro si derimos, que si algunos oviesen fecho algún yerro de so uno (1) e despues de esso acusassen alguno de ellos, (2) por razón de aquel yerro que fiziera, non pedria ninguno de los otros sus compañeros, que se oviesse y acertado en fazer aquel yerro, ser testigo contra él." (3)

(1) *Alguno yerro de so uno.* Concuere la ley *quoniam liberi* 11 *C. cod.* y el *Cap. veniens* 10 *de test.* y el *cap. sient. 9. cod. tit.* y vé á *Speculo, tit. de teste* § 1. *veric. item quod, est socius criminis*, col. 10 y 11, y de la forma en la que el reo se deba excepcionar para que no parezca que confiesa el crimen, vé la Glosa en la *L. filium C. de liber. causa*, y la Glosa en el *cap. 1. de test.* 1, 6. y *Baldo en la ley si magnum C. qui acus. non poss.* Y si acaso al menos por el dicho del socio del crimen pueda fermarse inquisicion, vé á Decio que alega muchos consejos de doctores, sobre que no, en el *consejo 224* al principio. Mas en los casos exceptuados, bien es admitido el testimonio del partícipe en el crimen, de los que se trata en la Glosa á la *ley fin. C. de acusat.* y en el *cap. 1. de confes.*..... Nota la Glosa y los doctores en la *L. quoniam liberi C. cod.* y *Speculo, lug. cit. arriba.* Mas si entonces acaso el dicho de uno de los partícipes en el crimen haga indicio para tortura? *Argel.* en el *tratado maleficion, en la parte fama pública, col. 21*, sostiene que sí, y *Abb.* refiriendo á *Cino* en dicho *cap. 1, col. 2*; pero tú dí que ni en los casos en que es preguntado el socio acerca de sus consocios, de los que habla *Bari.* en la *L. repeti D. de quaest.* no hace indicio para tortura, como enseña *Salic.* en dicha *ley fin. C. de acusat.*, á no ser que concurra alguna otra presuncion, y lo sigue *Alex consil.* 89, 3. [vol. y vé cierta adición á *Angel.* en dicho *tratado maleficion. col. 4*, en la adición que comienza *particeps criminis* en la misma parte *fama pública* y lo mismo sostiene Decio en el *Consejo* 189, col. 3. en donde también vé, que sucede en subsidio, cuando por otros no puede saberse la verdad, y si acaso el mandatario es preguntado del mandante."

(2) *Acusasen á alguno de ellos.* Parece que por esta ley se prueba, que para que sea repelido el socio del crimen que es producido como testigo contra el socio, no se exige que este tal que así es producido, esté acusado del crimen. aun mas, dado que sea acusado, porque aquí solo se acusaba á uno de los socios del crimen y no otros, y sin embargo son repelidos y así no procede el dicho de *Juan And.* en las *adiv. á Speculo tit. de teste* § 1 sobre el *versic. quid si quatuor homines*, en la adición que comienza *haec questio non est dubia*, cuando, como se alega por algunos, quiere que entonces sea repelido, cuando el mismo es acusado é sujeto á inquisicion. Pero ciertamente si con rectitud se vé, *Juan And.* no quiere esto, de igual manera que en especie lo trae, Decio *Consejo* 189 col. 5.

(3) *Contra él.*—"Añade, que tanto mas, ni en favor de él, como en dicha ley *quoniam liberi* y allí *Bald.*"

El Dr. J. A. Mittermaier en su *Trat. de Prueba en mat. crim. Paris 5ª cap. 41 pág. 383*, dice: "La declaración del cómplice ofrece también graves dificultades. El que según su propia confesión ha manchado su vida con un crimen, no tiene igual derecho á ser creído en su testimonio que el hombre que se ha conservado siempre puro. Además de esto es natural que el cómplice se incline á hacer recaer sobre su co-autor una parte de su propia falta; tiene, pues, un interés directo en declarar de una manera contraria á la verdad. Se han visto algunas veces criminales que, cuando han conocido no poderse librar de la pena, se han esforzado en su desesperación en arrastrar á otros ciudadanos al abismo á donde ellos mismo caian; otros designando como cómplices á inocentes, con el solo fin de apartar las sospechas de aquellos que realmente han tomado parte en el delito y hacer la instrucción mas embrollada y difícil, (*Mientras que se sigue la información contra el inocente designado como cómplice, el cómplice verdadero puede procurarse los medios de facilitar la evasión al autor principal*), ó también con la esperanza de alcanzar, complicando á personas de alta posición, un tratamiento menos riguroso. (*Esto es lo que muy bien puede suceder en delitos de alta traición*) Pero el legislador renunciaria gratuitamente al medio único en un caso, de llegar á conocer al verdadero culpable, obstinado en negar los hechos, si rehusare absolutamente todo valor á la deposición del cómplice; y con razón admite el derecho común de Alemania esta clase de prueba, cuando las circunstancias de la causa neutralizan los motivos de sospecha que de ordinario se levantan contra ella. Tal es el caso en que el culpable ha confesado desde luego plenamente su crimen, cuando su deposición contra su cómplice no encierra reticencia alguna que haga sospechar que espera para sí alguna ventaja directa. (*Cuando el acusado confiesa el crimen y añade que ha sido inducido á él y alentado para la seducción, su declaración debe inmediatamente dar origen á dudas: los criminales se figuran con frecuencia, que alcanzarán mejor éxito, haciendo creer que han cedido al imperio de la seducción*) Tal sería también el caso en que el nombre del cómplice ha sido llanamente designado, sin que haya habido sugestión de parte del magistrado instructor; á no ser así, podría temerse que el acusado hiciera una designación falsa, aprovechándose de la ocasión que se le ofrecia para dar otra dirección á las sospechas. Una condición esencial para la validez del testimonio, es la certeza de que no existe enemistad entre él y el individuo á quien nombra. Es necesario finalmente que careado con este último, repita en su presencia las imputaciones que le imputa, ó que persevere en sus palabras, despues de tener conocimiento de la condena que se le impone, porque entonces ya no tiene interés en acusar á otro. Si se han llenado todas estas condiciones particulares; si además se han satisfecho todas las esenciales á la credibilidad del testimonio en general, la deposición del cómplice tendrá pleno valor.

¿Puede farse una condena en el testimonio de dos cómplices? En el derecho común de Alemania debe resolverse la cuestión negativamente. Además de que pareceria peligroso condenar á un hombre por la declaración de dos individuos infamados por el crimen, la regla formal del derecho común exige que