

para tener pleno valor, todo testigo sea juramentado: pues bien, el inculcado contra quien se sigue una informacion por razon de un crimen, no puede ser oido bajo juramento y nada autoriza una escepcion tan grave en favor de los cómplices, sus declaraciones no pueden, segun las mismas reglas, tener valor, sino agregadas á otros medios de conviccion; y entonces es llegado el caso de aplicar los principios que espondremos mas adelante al tratar de la *prueba compuesta*; pero lo repetimos, una legislacion nueva obrará cuerdamente no admitiendo mas que las que pueden hacer plena fe en ciertas circunstancias, que el juez apreciará prudentemente. El cómplice por sí mismo no es un testigo incapaz, sino solo sospechoso; y la sospecha que se apoya en una presuncion desfavorable, puede desaparecer en un caso dado, y dar lugar á una firme creencia en la veracidad del declarante. Pongamos un ejemplo: un hombre ha tomado parte en un crimen, cuya consumacion no hace suponer, por otra parte, una irremediable depravacion; este hombre, cuya vida hasta alli habia estado exenta de tacha, confiesa su falta y manifiesta su arrepentimiento; designa como cómplice suyo á un individuo contra quien ya resultaban fuertes cargos; persiste obstinadamente en su declaracion, y no puede descubrirse indicio alguno de que exista enemistad entre ellos; esta declaracion conviene en un todo con la de otro testigo completamente independiente; todas las circunstancias y cargos de la causa vienen ademas en su apoyo, y hay grandes presunciones de que los testigos han querido decir nada más que la verdad; y la verá el legislador, á pretexto de no estar juramentado uno de los dos, dificultar la conviccion del Juez, especialmente si despues de pronunciada su propia condena, repita el cómplice su declaracion en los propios términos, y dá á la justicia una nueva garantia que puede muy bien sustituir al juramento previo? [Bien entendido, que si en el curso de una informacion, un cómplice es designado por el autor principal, debe ser juzgado con relacion á uno y otro por un solo y mismo fallo: no podria usarse de la garantia de que se habla en el texto, sino en el caso excepcional en que el autor principal, ya condenado designara por primera vez á su cómplice, el cual seria entouces directamente perseguido.] No obstante el Juez debe imponerse la mas prudente circunspeccion en esta materia.

Si se ha prometido al cómplice para hacerlo hablar, una disminucion de la pena ó el perdón, no hay que dar importancia alguna á sus declaraciones: seria peligroso creer á un testigo á quien solo las promesas ó su interes personal le obligan á hablar."

En décimo lugar, por sospecha de falta de probidad ó interes no puede ser testigo aquel que está preso, en causa criminal contra cualquier acusado, por recebo de que podria dar falso testimonio, á ruego de alguno que le prometiese sacarle de la cárcel; ley 10, tít. 16, P. 3ª.

Valpino, en el art. 43 del Extracto de la cuestion 56 de la Obra criminal de Farinacio, dice: "El acusado denunciado ó sujeta á inquisicion judicial, estando pendientes la acusacion, inquisicion ó denuncia, regularmente es repelido en causas criminales, aunque no en los delitos exceptuados ó privilegiados, con tal que la acusacion contenga grave causa criminal. Pendiente la acusacion no es

prohibido que sean examinados, pero su dicho se suspende, aguardando el evento de la causa, en la que si son absueltos, probarán sus asertos.—Con mayor razon no serán desechables, si han sido acusados malignamente y por fraude, para que no testificasen.—El encarcelado, mientras está en la cárcel, no puede ser testigo, con tal que esté preso por un crimen famoso, y en este caso el número de testigos suple el defecto.—Por lo mismo, el encarcelado que carece de sospecha de crimen, pueda testificar, y cualquiera que sufre detencion en las cárceles es testigo idóneo en testamentos para causas piadosas.

Esto mismo dice el Murillo en su curso de Derecho Canónico Español y de Indias, lib. 2, tít. 20, n. 151, fundado en la citada ley 10, tít. 16, part. 3ª, que enseña que procede aun cuando el condenado apeló, mientras está pendiente la apelacion; pero que por derecho civil en cualquiera causa es admitido el acusado, aunque no como testigo mayor de toda excepcion; y que tambien es hábil en crímenes, exceptuado el acusado de crimen.

Véase á Villanosa, ob. 10, cap. 4, n. 133, á Havia Bolaños, Cur. Philip. P. 3, § 15 al fin, á Antonio Gómez, Var. Resol. tomo 3, cap. 12, n. 19, y á Alonso de Villadiego, Instruc. polit. y pract. jul. cap. 3, n. 209.

Por falta de probidad, no son testigos idóneos; el conocido por persona de mala fama; el que hubiese dicho falso testimonio el que hubiere falsado carta, sello ó moneda del Gobierno; el que faltase á la verdad por dinero recibido; el que hubiese dado yerbas ó veneno para causar algún aborto, muerte á otro mal corporal; el homicida el casado que tiene á su lado, ó mejor dicho, en su misma casa, barragana ó mancha conocida; el forzador de muger, aunque no se le lleve; el que casare con parienta en grado prohibido; el traidor ó altoposo; y el de mala vida, como ludron, alcahute ó tahur; ley 8, tít. 16, P. 3ª.

Esta ley tambien prohibe atestiguar al que suquiere religiosa de algun convento; al apóstata y al excomulgado vitando; pero como ni puede tener lugar lo primero, por habersse extinguido las comunidades de Monjas por el decreto de 13 de Febrero de 1863, y por otra parte, la ley de 2 de Diciembre de 1860, protejiendo todos los cultos é independiendo á la Iglesia del Estado, declaró en su artículo 5º que no hay obligacion, penas, ni coaccion de ninguna especie, con respecto á asuntos, faltas y delitos simplemente religiosos; y que en consecuencia no podrá tener lugar, aun precediendo excitacion de alguna Iglesia, ningun procedimiento judicial ó administrativo por causa de apostasia, cisma, heregía, simonia, ó cualesquiera otros delitos eclesiásticos; es inconcuso que por esto, ya no debe reputarse con tacha legal el sacador de la Monja, el excomulgado, ni el apóstata, que á pesar de todo pueden decir verdad.

El Padre Murillo, en su curso de Derecho Canónico, Español y de Indias, dice que: Enmendados los infames ó de mala fama, son admitidos al menos en las causas civiles, si se prueba la enmienda por tres años de vida laudable. Que el testimonio de los infames no es nulo, sino que deben ser repelidos por la parte ó por el Juez.

Gregorio López, glosando las palabras de mala fama, de que habla la ley 8, tít.

16. P. 3ª, arriba citada, dice que deben entenderse de la infamia de derecho. Que el infame *infamia facti* es admitido en causa civil.

El Doctor C. J. A. Mittermaier, en su *Tratado de prueba de materia criminal*, parte 5ª, cap. 41, dice: "Los que han sido condenados á una pena infamante, están excluidos generalmente de ser testigos. A veces la incapacidad se estien- de á ciertos inculpados, todavía no absueltos del procedimiento. Mas sin en té- sis general puede decirse con verdad que en esta clase de testigos los crímenes de que se han hecho culpables, manifiestan una profunda inmoralidad y les hacen por lo mismo indignos de crédito, y que una condena basada en la sola deposi- cion de un criminal, ofenderia vivamente á la opinion pública; es tambien ir de- masiado lejos agregar á toda pena infamante la incapacidad absoluta de presen- tarse como testigo; téngase presente que la cuestion principal está reducida á es- to: ¿Se puede, en el caso de que hablamos, esperar del testigo la firme volunt á de ser verídico? Y de que haya cometido un crimen en otro tiempo, y por severa que fuese la pena sufrida, ¿se sigue necesariamente que no tenga hoy esta vo- luntad esencial? Ciertos delitos no constituyen mas que infracciones de leyes ci- viles y justamente arbitrarias, (por ejemplo, las contravenciones en materias de aduanas, el hecho de no haber denunciado tal ó cual crimen) en las que un inter- esado casi indivisible separa el acto lícito del prohibido, (entiéndase que habla- mos aquí de un gran número de delitos políticos) y la condena pronunciada por el Juez, muchas veces con sentimiento, no puede en manera alguna hacer inferir que el testigo está poco dispuesto á hablar conforme á la verdad. (Por ejemplo, las heridas que producen la muerte sin intencion de darla; las heridas ocasiona- das en una riña, en una quimera.) Hay otros crímenes cuya única causa ha si- do un arrebatte repentino de cólera, pero en los que no ha tenido parte la depra- bacion del sentimiento moral; el Juez, aunque los castiga, no tiene fundado mo- tivo para creer en la deprabacion; seguramente el condenado querrá, por medio de constantes esfuerzos hácia una mejor vida, (un hombre ha sido condenado cuando no tenia quince años, y por un crimen al que había sido inducido por un instigador; pero desde entonces ha sido ejemplar su conducta) reconquistar la es- timacion que sus conciudadanos no pueden rehusar á una vida sin tacha; segura- mente tambien hablará, segun su conciencia, el día en que vea fijar en él todas las miradas, y reflexione ademas que seria fácilmente descubierto el perjurio.

Bajo otro aspecto, agregar la incapacidad absoluta á la pena criminal, es una medida mas perjudicial aun á todos los ciudadanos que al condenado: es privar mu- chas veces á la parte interesada de un testigo importante, con quiea debia con- tarse. Digamos, ptes, que el legi-lador se equivoca al establecer por regla general la incapacidad tan rigurosa que resulta de la condena á una pena infamante; solo las circunstancias de la causa deberán decidir de ella, y solo al Juez debe tambien corresponder resolver la cuestion de si un testigo, colocado en tal situacion, de- be ser rechazado como incapaz, oido con toda reserva como sospechoso, ó plena- mente admitido como en un todo verídico. Se objetará con los delitos especia- les, con la calumnia, el perjurio, etc., en los cuales ordinariamente se manifiesta

la ausencia de toda lealtad, de todo principio moral y religioso; por lo menos en estos casos podria justificarse á primera vista la regla propuesta; (Lo mismo suce- de en la denuncia calumniosa, en la quiebra fraudulenta) pero tambien aun tra- tándose de tales delitos, es necesario ver en qué circunstancias se han cometido y si ha transcurrido mucho tiempo desde entónces; si el culpable ha dado pruebas decisivas de enmienda, si ha vuelto á ganar la confianza de sus conciudadanos, el juez no podrá realmente en tésis absoluta declarar indigna de crédito su depo- sicion.—Entre los romanos, á los que se acude á menudo para sacar argumentos en favor de la teoría que acabamos de combatir, la *infamia* no envolvia incapa- cidad absoluta y ademas no se haria distincion, como en nuestros dias, entre los incapaces y los testigos sospechosos. En cuanto al Derecho Canónico (Cap. 34 tit. 20, lib. 2 de las Decretales) nada podia deducirse de él; si el principio gene- ral rechazaba el testimonio de los individuos anteriormente condenados por per- jurio, si otro crimen análogo tambien autorizaba al juez á tomar en considera- cion las pruebas suministradas por el testigo despues de su rehabilitacion moral.

Respecto al testigo *acostumbrado á decir mentiras diarias*, aunque á ninguno dañe, ó no es admitido, ó se le dá poca fé, segun escribe Alfonso de Acevedo en sus *Comentarios á la Nueva Recopilacion*, núm. 21 del relativo á la ley 1, tit. 8, lib. 4.

El *calumniador* condenado como tal, en razon de quedar infamado, debe re- pelerse de testificar, quedando esto al arbitrio del Juez, conforme á la doctrina de *Vulpino*, en el art. 12 de la *Cuest. 56* de su obra citada.

Respecto al testigo que *calla la verdad*, Alphonso de Azevedo, *Commentarii in Hispaniae Regias Institutiones*, comentando la Ley 2, tit. 8, lib. 4, N. R., dice en el núm. 25:

Se llama testigo falso el que *oculta la verdad y la calla, ó dice mentira*, porque aquel no quiere ser provechoso, y éste desea dañar, como dice el texto en el cap. 1 de *crim. falsi*, y el texto en el cap. *quisquis 11, quæstione 3*, y lo prueba el texto de la ley 1ª, tit. 7, P. 7.

"Allí se dice, hablando de los testigos falsos, que lo es el que *negare la verdad*, lo que nota Avendaño en el cap. 27, *praetor. n. 3, lib. 2*, y asegura Villalobos que es comun en su *aerario mille communium opinionum litera T. n. 144*, y *Tira- quello* alegando á muchos, de *poen. temp. causa 44, n. 15 y 16*, en donde entiende que esto es verdadero, y procede en el testigo producido y jurado, mas no en el contumaz que no quiere jurar, y así en aquel que de facto declarando calló la verdad, porque este se castiga de falso, lo mismo que el que dijo falsedad, y en tanto son verdaderas estas cosas, que si el testigo diga verdad y es justa la causa sobre la que depone, *mas reciba dinero por decir su testimonio*, es reo de falsedad, (cita copiosa) aunque la parte le ofrezca espontáneamente aquel dinero, (citas) y peca mortalmente y está obligado á restituir tal dinero al que se lo dió, aunque si por decir falsedad recibió dinero, no está obligado, segun Navarro, allí, á la resti- tucion de aquel dinero, sino por consejo, á los pobres, sin embargo, dice *Bald. en el cap. fin. n. 11, extra de appel.*, que es verdad que el testigo comete falsedad, y

por lo mismo no se le debe creer, si recibe dinero de la parte por dar testimonio verdadero, pero que esto procede si en secreto recibe dinero, mas no si públicamente de la parte que se le ofrezca, puesto que entonces vale el testimonio de tal testigo y prueba, cuya doctrina, llamándola desconocida á los Legistas, sigue August. in Addition. ad Angel de málef. versic. falsario, n. 20, y dice que es conclusion verdaderísima, y la sigue Bósio in pract. crimin. titul. de fals. n. 108, y por otra vez in tit de opposit. contra test. núm. 151, y es verdad es de notarse; porque alguna vez dará honor, sin embargo, al Juez por la sentencia justa, ni pública ni secretamente segun nuestras leyes reales le es lícito recibir algo á mas de la tasa aun del que se lo dé espontáneamente; pero advierto que allí habla Baldo, todas las veces que, ó siempre que el testigo no quiera de otro modo testificar ó dar verdadero testimonio, sino recibido el dinero y entonces por este temor la parte dió el dinero, entonces no es admirable que no le sea dañosa la dacion del dinero, hecha en público para que no pereciese su justicia, mas no así removido este temor, pues ciertamente ya ne creeria á aquel testigo ni lo escusaria de falso, y aun mas, en el caso de aquel temor, lo castigaria, ni en todo creeria su dicho á no ser que se verificase por el dicho de otros ó por presunciones, que era verdadero su dicho, y esto no lo entiendas acerca del dinero que se ha de dar al testigo por el trabajo del camino porque [este en nada corrompe su testimonio, puesto que de derecho se le debe.

En cuanto al testigo sobornado ó que recibe dinero, el P. Murillo en su obra y lugar citados núm. 150, dice: que debe ser repelido por la parte ó por el juez, debiendo ademas restituir el dinero, si lo recibió por decir verdadero testimonio; mas no si lo recibió por testificar en falso, porque á pesar de su pecado, adquirió el dominio del dinero; y que esto no se entiende respecto á los gastos del camino y del lucre cesante, que pueden pedir con derecho los testigos, y que se les debe pagar.

Lo mismo dice Villanova en la obser. 10, cap. 4, núm. 113, agregando, que hay motivo legal para proceder contra el sobornado y contra el sobornador.

Bolaños en su Cur. Philip. par. 1.º párrafo 17, núm. 10, fundado en la ley 26, tit. 16, part. 3.ª, enseña la obligacion que tiene el que presenta al testigo para pagarle las espensas y costas que hizo para venir á declarar.

Igual doctrina escribe Sebastian Guazzino en su obra "Defens. Carcelator. Inquisitor. reor." def. 14, cap. 12, tom. 1.º

En cuanto al testigo que recibe dinero para no testificar, Alphonso Azevedo en su obra citada, comentando la ley 2, tit. 8, lib. 4, N. R. dice en el núm. 29:

"Comete falsedad el que recibe dinero por no testificar, segun el texto en la ley 1, al fin tit. 7, p. 7 y lo sienta Felin in cap. tit. de testib. cogend. col. fin. n. 4."

La ley 1, tit. 7, p. 7, hablando de la manera con que se puede cometer falsedad, dice: "Esso mismo haze (falsedad) el que dá precio á otro, porque no diga su testimonio en algun pleyto, de lo que sabe. Otrsi lo haze el que lo reciba"

"é non quiere decir su testimonio por ende; ea tambien el que lo dá, como el que lo recibe, ambos hazen falsedad."

Vulpino en el art. 3 del extracto de la cuestion 56, enseña que regularmente el malhechor ó delincuente es repelido de testificar considerándose como tal el homicida, el ladrón, el sodomita y otros que incurren en infamia ipso facto, aunque se hayan enmendado del crimen; pero que debe probarse la tacha.

El P. Murillo en su Curso de derecho Canónico lib. 2, tit. 20, núm. 151, dice: que basta para repeler á los delinquentes objetarles y probarles en juicio el crimen, aunque no estén convictos y confesos ni sentenciados: pero que en causa civil pueden atestiguar si se prueba su enmienda en tres años de buena vida; y esto mismo asienta Villanova en la obser. 10, cap. 4, núm. 112, en donde tambien declara incapaz de testificar el que hubiere dado yerbas ó veneno para procurar la muerte ó el aborto ó cualquiera otro mal corporal.

Respecto al amancebado, dice Vulpino en el art. 7 de la Cuestion 56, que no solo el casado que está en tal estado es repelido de testificar en causa criminal, sino aun el que ya ha sido condenado por adulterio, pero que en causa civil es admisible el testimonio.

En cuanto al lenon, Vulpino en el art. 10 de la Cuestion 56 lo declara incapaz de testificar en las causas criminales y civiles, diciendolo que puede hacerlo en los delitos exceptuados y en cualesquiera hechos que taviere lugar en el lupanar, pues que lo sucedido en estos lugares no puede constar mejor que por los lenones y prostitutas.

Respecto á éstas, la ley 10, tit. 16 Part. 3, las rechaza del testimonio, pues dice que no puede atestiguar la muger que manifestamente ficiesse maldad de su cuerpo por dineros.

Lorenzo Matth. De re criminali, Controv. 36, núm. 28, dice: que de los hechos verificados en el burdel, son idóneos testigos las rameras y los alcahuetes.

De los tahures ó jugadores, dice Vulpino en el art. 12 de la Cuestion 56, que deben rechazarse de testificar, con tal que tengan costumbre de jugar: que esta no se introduce con un solo acto consumado por un solo día, aunque sea con varias personas y con diverso género de juego: que se requieren diversos tiempos, así como que los juegos sean prohibidos; y que tambien es necesario que conste que pasan la vida en los juegos, y que son jugadores al tiempo de testificar; pero que son admitidos cuando se trata de probar un hecho que tuvo lugar en el juego, por ejemplo, que alguno jugó con dados falsos ú otra cosa semejante, con tal de que el testigo jugador no sea partícipe de la falsedad; mas que ni aun así es mayor de toda excepcion.

Matth. en el lugar citado, tambien admite á los jugadores como testigos de los hechos pasado en el juego.

Tampoco puede atestiguar aquel que non es conocido del jugador ó de la parte contra quien lo dan, si este atal fuere ome vil é muy pobre, dice la ley 22, tit. 16, P. 3.ª, y la ley 8.ª del mismo título y Partida, hablando de los que no pueden ser testigos contra otro, numerá entre ellos al home muy pobre é vil, que usasse con ma

las compañías; así es que, siendo de buena conducta y de conocida reputación bien podrá ser testigo, apesar de su pobreza.—Lo mismo enseña Villanova en la Obs. 10, cap. 4, núm. 117, diciendo que es compatible la veracidad con la pobreza.

Vulpino en el art. 5º de la Cuestion 56, asienta: que el perjurio, aunque haya hecho enmienda y penitencia, ni en lo civil ni en lo criminal es admitido como testigo, ni hace indicio su aserto; y lo mismo dicen Villanova Obs. 10, cap. 4, n. 14, Hevia Bolaños, Cur. Philip. Part. 1ª §. 17, n. 14, y Murillo, Cur. Jur. Can-Hisp. et Indic. lib. 2, tit. 20, n. 150.

(Lo dicho del perjurio debe aplicarse al que retracta la promesa de decir verdad que ha sustituido al juramento.)

Testigo vago.—D. Ramon Lázaro de Dou, Der. púb. gen. de Esp. ib. 3, tit. 2, cap. 10, sec. 3, tom. 6, pág. 209, hablando de los testigos vagos, dice: “Los vagos, aunque no son delincuentes ni infames, están muy ocasionados á serlo; y por ser muy sospechosas sus personas, no pueden dejar de serlo sus dichos, y de haberse de incluir ellos en la clase de las personas absolutamente inhábiles, de que tratamos. Así dice Peguera, cap. 3, n. 16, que los vagos no suelen admitirse como testigos en causas civiles ni criminales.”

Testigo que depone de lo que vió maquinando ó acechando. Vill. Mat. Crim. for. Obs. 10, cap. 4, n. 124, dice: “Y asimismo se dá muy poco ó ningun crédito al testigo que depone de hecho que vió ó observó con maquinacion acechando tras puerta ó cortina, por el fraude y falacia que arguyen semejantes manejos, Faría. Consil. 100, n. 4. Y si en esta sospecha incurre el Juez de oficio, es otro tanto mas reprehensible, á no ser en el delito de cohecho, y á su ejemplo en los demas nocivos á la causa pública y de muy difícil prueba.”

Hay otros testigos, que aunque sean idóneos, no producen testimonios dignos de crédito, y son los siguientes:

1º El que dijo mas de lo que se le pregunta.

La ley 31, tit. 16, P. 3, dice: “Otrosi dezimos, que los testigos no deben firmar sobre otras cosas, si non en las que tañen á aquel pleyto sobre que han de testignar, é de que juraron que dirán verdad: ca si sobre otra cosa firmassen que non fuesse en fecho de aquel pleyto, (1) non deben ser creidos quanto en aque-

(1) Greg. Lop.—Aquel pleyto. Porque al testigo que dice mas del artículo no se le cree, porque en esto no está jurado. Ve á Spec. tit. de texte § 1., col. 18 y 19, vers. item quod deposuit. Y por esta ley se prueba que aunque los artículos estén mal concebidos, sin embargo valdrá el dicho del testigo si depone plenamente de aquellas cosas que tocan á la causa; lo que tambien sostenia Spec. ubi supra, y se aprueba aquí y entiendo cuando el testigo fué producido sobre toda la causa, no, si sobre cierto artículo, porque entonces, si algo digese fuera del artículo, no valdria. Vé á Abb. en el cap. de testib. del mismo título. ¿Y qué si el testigo jurase tan solo sobre los artículos dados por la parte? Vé á Abb. en el cap. per tuas al fin, del mismo título, y Bart. en la L. 1. § Dibus ff. de quast.

“lo que firmaron de mas; si non fuesen tales cosas que tanxessen á aquel pleyto mismo.”

Alphonso de Azevedo en su obra citada, comentando la ley 12, tit. 7, lib. 3 N. R. en el núm. 11, del comentario, pág. 242, dice: “El testigo que responde mas de lo que se le pregunta no hace fé, segun el texto en el capítulo de testibus. cum similibus, De testib.

2º El que dá razon de su dicho sin preguntársela.

El mismo autor, comentando la ley 11, tit. 7, lib. 3. N. R., dice:

“Aunque el testigo no asigne la razon de su dicho, si no se le pregunta de ella sin embargo hace fé y prueba: porque no está obligado á dar razon de su dicho, á no ser que se le pregunte..... lo que no procede en las causas criminales, en las que él testigo aunque no sea preguntado, está obligado á dar razon de su dicho, de otra manera no prueba, afirmando esta comun opinion Felino, in cap. cum causam de testib. n. 2, y sig. Y allí cree tan cierta esta adición, que aun cuando entonces no se haya de imponer pena corporal por tal crimen, porque se trata de él civilmente, aun así debe darse la razon por el testigo, aunque no sea preguntado, aun mas, para hacerse juicio para tortura, debe darse la razon por el testigo, aunque de ella no sea interrogado, segun Hispp. in Pract. § diligenter n. 1. Aunque si por delito se procede civilmente por pena pecuniaria, y el delito es leve entonces ya creeria que sucedia lo mismo que en lo civil, que aunque no se dé la razon por el testigo no preguntado de ella, se le dé fé. Y así procede la opinion de Rom. referido en la adición de Felino, el que sostenia lo contrario cuando se procedia civilmente por el delito.

Lo que es singular de notarse en la práctica es que si el testigo no fue interrogado de la causa, y ni la dió en donde estaba obligado á darla, la parte que lo presenta podrá presentarlo por segunda vez aun publicadas las atestaciones, para que dé razon de su dicho, por el testo en el cap. por tuas de tes. lo que alega que de observarse Ant. Gom. tom. 3, cap. 12, n. 10.

Mas si acaso el testigo no interrogado en causa civil, dá razon de su dicho, haga fé? Y parece que no, porque responde mas de lo que se le pregunta, y el que responde mas de lo que se le pregunta no hace fé.”

3º El que se ofrece á declarar.

El Lic. Castillo Bobadilla “Polit. para Corregid.” lib. 5, cap. 5, n. 70, tom. 2, página 428, columna 2ª, dice:

“Si debe el juez examinar al testigo que se ofrece.—Otras veces acaece que examinando un testigo para averiguaciones, por ventura no sabe lo que se le pregunta en ellas, y tiene gran gana de decir otras cosas diferentes, y significa al juez, y aun tal vez ha acaecido, que le requiera ante el escribano de la residencia, que le examine por el interrogatorio principal, porque dice que sabe cohechos, fierza, y otros delitos y excesos de los residenciados. Paso es este para hacer reparar al juez, porque por una parte en las causas criminales el testigo no citado, y que se ofrece para testificar, no se ha de examinar; y por otra parte para averiguar

los delitos exepuados y secretos, como son estos de las residencias, deben examinarse testigos ilegítimos, segun Paris de Puteo, y otros, (*Puteus de Syndicat. verb. Testis, cap. 2, n. 2, &c., Seqq. fol. 311, qui alios refert.*) ya que no sea para darle entero crédito, á lo menos sea para descubrir verdad. Y en esta perplexidad, es doctrina comun de Espeñador, Bartolo y otros (*ut per Felin. in cap. 2, núm. 23, et seq. de Testib. &c., per Conradum in curiali breviar. lib. 1, cap. 6, § 2, pág. 65, n. 4.*) sin distincion alguna, que el testigo que se convida y ofrezca en las causas criminales, sin que le llame el juez, ni le presente la parte, no debe ser examinado, porque con su dicho, como sospechoso, (*L. quas omnia § 1 ff. de Procurator. no se presume que se ha de averiguar la verdad, sino corromperse: (Authent. de Testib. § si vero ignoti.)*) pero para que conste que el testigo se ofreció, y no valga su dicho, debe el juez hacer que el escribano lo asiente por fe en la cabeza del dicho, y que declare el testigo con juramento; como sabe los cohechos, fuerzas, y delitos que dijo que sabia; lo cual asegura al juez de residencia, de no darla él tambien de haber dejado de averiguar verdad. &c.

Juan Bautista Vulpino en su obra citada extractando la cuestion 80, oposicion 34, dice: "En el conflicto de varias opiniones, el autor establece la Regla, que el testigo que se ofrece espontáneamente á exámen, como sospechoso no prueba y debe ser atormentado; y para que no se diga que deponen voluntariamente, se requiere de necesidad la citacion, á no ser que el testigo sea producido por la parte ó amonestado por el juez. Aunque el autor niegue esto, y diga que siempre se requiere la citacion.

Mas si son examinados los testigos presente la parte, y no contradiciéndolo, entónces no se dice que deponen espontáneamente; principalmente cuando se procede en materia en la que se trata de evitar el pecado, ó en testigo que casualmente se encuentra en el juicio: ni en duda se presume que alguno depuso voluntariamente: y aunque en cualquier caso este testigo que espontáneamente se presenta, no haga indicio, hace sin embargo presuncion.

4º El que se separa de su primera declaracion, si pudo hablar con la parte. —Sebast. Guaz. defens. Reor. Carcerater, inquisitor, defens. 19, cap. 2, n. 15 dice:

"Tambien los testigos si se separan del primer dicho, si hayan podido hablar con la parte, juzgándose sobornados, se atormentan para descubrir por quien lo fueron, como se dice en *Mad. dic. cap. 4. n. 8. in tract. de mod. form. process. inform. lib. 1.* en donde pone aun la forma del decreto, y no deben atormentarse para ver en qué dicho persistan, porque por el temor del soborno se ha de estar absolutamente al primer dicho, segun la sentencia mas verdadera y moderna, que debe seguirse así al juzgar como al consultar, latamente *Hier. Hisp. in tract. com. q. 83,* porque siendo así que con el dicho primero se ha adquirido un derecho para la parte, no se le puede quitar sin culpa ó hecho suyo. *Alex. de pracsumpt. reg. 2, pracsumpt. 29 n. 7.* en donde lo sostiene como opinion comun *Tenn. catu. 264. n. 22,* y esto sería mas verdadero, cuando el testigo fuese criado, familiar y amigo, por lo que diré latamente en esta defensa, c. 16 n. 5 y *Cabal de Brach. reg. 3.*

part. 3. n. 209, de suerte que el primer dicho no puede ser revocado por el testigo, y dada la sospecha de soborno, como cuando el testigo haya podido hablar con la parte se está á la primera deposicion, como lo defiende *Andr. Fachin. in contror. jur. lib. 9. c. 84. in fin.* en donde agrega que por otra parte tambien quede al arbitrio judicial si acaso se quiere dar mas fe á la primera que á la segunda declaracion, y que hacer lo contrario, es errar, como vé que se hizo aquí en la curia poco há por un Juez poco erudito, y por esto destruirse todo un proceso en causa de homicidio.

La ley 30, tit. 16, P. 3, dice: "Mas si el testigo, despues que oviesse acabado su testimonio, é se tirasse delante del Judgador, fablasse é con alguna de las partes (1) é da si, que tornasse, que avia en su dicho alguna cosa de mejorar; ó de menguar; non que le debe el Judgador caber en ninguna manera. Pero si el Judgador fallasse alguna palabra dudosa (2) ó encubierta en el dicho del testigo, de ma-

(1) *Greg. Lop. Fablasse con alguna de las partes. Concuerta el cap. praeterea 7. de test. cogend. y la auth. de test. § quia vero causa collat. 7* y allí la glosa grande, y añade á *Azon C. eod. en la summa, col. pen.* ¿Y qué cuando el testigo quiere corregir su dicho por miedo de los tormentos, porque es caso en el que debe ser atormentado? ¿acaso se estará entónces á su segundo dicho, aun cuando se haya separado del Juez? *Bartul. dice que si, en la L. si postulaverit 27. § sed, et si negaverint ff. de adulter. y en la L. eos qui 27 col. 2 ff. de falsis.* Mas este dicho lo limita *Decio,* refiriendo á *Socino,* á no ser que el primer dicho sea mas verosímil que el segundo, vé á *Decio Concil. 175. col. pen.* Tambien allí mismo lo limita, á no ser euando primeramente el testigo fué preguntado de sí y de otro por que entónces menos se cree al segundo dicho con tormento, segun *Bartul. en la L. 1. § quaestion ff. de quaest. Y añade á esta ley lo que nota Jason en la L. quidquid adstringenda ff. de verb. obl. en donde tras un dicho notable de Bald. en el cap. praeterea. de testib. que aun en aquel caso que el testigo quiera corregir incontinenti su dicho, no debe el escribano, sino de mandato del Juez, hacer la enmienda de la escritura, Y nota que esta ley parece que quiere que se diga, que corrige incontinenti, cuando no ha hablado con alguna de las partes; pero supliendo, entenderia que es lo mismo, si pasó tan solo un tiempo, en que no sea verosímil que pudo hablar con ella ó con ellos: Vé la Glosa en dicho cap. praeterea, y si acaso sea lo mismo en la confesion de la parte, que pueda corregirse incontinenti; vé la Glosa que dice que sí, en el cap. fin. en la parte iusta causa, de jurjur. lib. 6, y vé á la Glosa en el cap. apud misericordem 32 q. 1, que dice; cuando se llama incontinenti; añade aun en confesion propia ó de procurador, la Glosa y *Abb. en el cap. scriptum, de elect. y del escribano que ya dió el instrumento á la parte, vé á Barul. en la auth. de aequalit. dotis; al principio, collat. 7.**

(2) *Dubdosa.* Concuerta el cap. cum clamor. 53 del mismo título, y si acaso esté obligado el testigo en tal caso á jurar por segunda vez, ó deban ser citadas las partes, *Bald. en la L. heredes palam § 1. vers. sed si notam ff. de testam. induce*

nera que non pudiese tomar ende sano entendimiento, bien lo puede llamar ante si ó decirle en poridad, que declare aquella duda: ó el testigo debelo fazer, é valdrá lo que dixere en esta razon; maguer que oviesse hablado con alguna de las partes, despues que testiguó. Esso mismo desimos de los testigos que fuesen recibidos en pleyto de pesquisa."

El Febrero Nueve Mexicano, anotado por el Lic. D. Anastasio de la Pasqua, tomo 5º, pág. 32, lib. 3, tit. 2, cap. 12, núm. 55, dice: "Si el testigo despues de haber firmado su declaracion y apartádose del Juez ó del Escribano que le examinó, hablase ó tuviese tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiere corregir ó ampliar su dicho, no debe ser admitido; y así haciendo muchas declaraciones, debe ser atendida la primera; pero si se hubiese declarado ambiguamente, ó no hubiere dado razon de su dicho, puede ser llamado por el Juez, aunque sea despues de hecha publicacion para que la dé, aclare las dudas que de su deposicion resulten, y no quede oculta la justicia de la parte, en cuyo caso tendrá valer su dicho. Lo mismo puede practicar el Juez á instancia de la parte que le presentó, cuando ésta halla que no fué preguntada al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleyto. [Ley 31, tit. 16, P. 3 *Hermos. en la C. 56, tit. 5, P. 5, glos. 6, n. 72.*]

El mismo Febrero, tit. 4º, cap. 2, tomo 7º, pág. 323, núm. 26, dice: "Puede el testigo ampliar su deposicion cuando la ratifica con explicaciones ó adiciones de circunstancias que aclaren el concepto ó inteligencia de aquella, sin mudar ni enervar la sustancia; pero siempre ha de ser despues de la ratificacion y en su apoyo, no para contradecir lo que antes hubiese asegurado. Y aunque lo de puesto se funde en creencia, opinion, ó de oídas, podrá enmendar su declaracion, explicando los nuevos motivos que tenga para modificar ó variar su dictámen."

Si el dicho es asertivo y de cierta ciencia, cuyo fundamento consiste en la percepcion de alguno de los sentidos corporales, cualquiera alteracion que haga el testigo por inconstancia ó malicia, no deja de ser culpable y digno de castigo, que suele ser de multa, graduada segun la gravedad de la variacion ó enmienda. [*Herrera, lib. 2, § 2, n. 7.*] Estos castigos pecuniarios ordinariamente se reservan para definitiva. Y si esta es tan grave que se califique de perjurio notorio, se arresta desde luego al testigo, y se le trata criminalmente como á los demas reos. Lo mismo se hará, y aun con mayor motivo, si la variacion arguye complicidad en el delito principal."

A veces ocurre que el testigo luego que acaba su declaracion pretende enmendar aquel texto, y dice que no, y allí Bartul. en el *vers. si quid port. Vé á Inoc.* y á los Doctores en dicho *cap. cum clamor*. Mas por causa puede el juez no querer preguntar al testigo que depone oscuramente segun la Glosa, en el *§ item in criminali 4 g. 3*, y la causa puede ser segun Bald en la *L. data opera, C. qui acus. non poss. col. 7*, ó existir, ó en mismo testigo, porque es sospechoso, ó en el que lo produce, porque lo produjo sobre artículo incierto, etc."

(Es forzoso repetir que el tormento no tiene aplicacion en la República.)

darla ó dar otro sentido á lo que declaró, lo cual es contrario al derecho: (*Ley 31, tit. 16, P. 3.*) no obstante si con el fin de comprobar su falacia ó soborno, conviene examinarle nuevamente, ha de ser por separado, y con prévio auto que se manda. (*Herrera Pract. crim. lib. 2, cap. 2, § 4 n. 11.*) Este caso es muy distinto de aquellos en que el testigo amplía su dicho en el acto de la ratificacion, y tambien de aquel en que por error ó equivocacion incurre en algun deslíz ó inconsecuencia que quiere enmendar en el mismo acto de la declaracion."

Vulpino, en su obra citada, extractando la cuestion 67, dice en el párrafo 8º, que el testigo instruido por la parte, no prueba; pero que si fuere instruido de buena fé para que recuerde, probaria, pues en tal caso no hay sospecha de soborno.

5º. *El que se retracta en artículo de muerte.*—D. Félix Colon, Juzg. Mil. de Esp. é Ind., tomo 3, en que trata del formulario de procesos, hablando de las heridas, en la pág. 219, núm. 390, dice:

"El dicho de un testigo *in articulo mortis*, afirmando que cometió falsedad en su declaracion, no prueba legítimamente, porque es en perjuicio de tercero, á no ser que concurren otros indicios, que entonces todo junto probará."

Juan de Hevia Bolaños en su Cur. Philip. part 3, Juicio crim. §. 15, Prueba, n. 6, p. 225, dice: "El que en artículo de muerte dice que el dicho que dijo como testigo con juramento, es falso, no ha de ser creído, por no poder perjudicar al tercero, antes se ha de estar al dicho primero, aunque se dará menor crédito, mayormente diciendo el segundo dicho con juramento, aunque hace prueba contra los herederos, por el interes del falso testimonio."

Alfonso de Acevedo en su coment. á las leyes de la N. R. de C., comentando la ley 2, tit. 3, lib. 4, en el n. 41 al 43, p. 206 dice: "Mas si el testigo en artículo de muerte dijo que él dijo falso testimonio en tal causa, se le creerá? Trae la cuestion *Maraut. in practica, tit. de confessione, n. 11, pág. 445, in parvis*, en donde dice que no, sino que se estará no obstante esta confesion al dicho referido por él con juramento en el juicio, como tambien opina *Hipolyt. in pract. §. diligenter n. 11, & in §. restat. n. 2 y 3*, en donde dice que es lo mismo en el Juez y en el Notario, y que debiendo inferirse por esto perjuicio á tercero, cuando por el dicho proferido en juicio le resultaba comodidad, nada le dañaria; lo que afirma que es comun sentir el S. Covarrabias, *in lib. 2, variar. cap. 13, n. 17*, y *Alciat de praesumpt. regul. 3, prassumptione 4, n. 8*. Porque la confesion del que muere, no puede perjudicar á tercero, como puede verse en ellos y en *Aut. Gem. Varior. tom. 3, cap. 13, n. 16*, en donde sostiene esta comun opinion, y *Julio Clar. in lib. 5. pract. crim. §. fin. quest. 53, versic. secundus casus*: porque no todo el que muere, se presume sea *Juan Evangelista*, aunque en tal caso mucho se quitaria á su fé, principalmente si el segundo dicho declarado en artículo de muerte, contra el primero proferido en juicio con juramento, haya sido dicho interviniendo la autoridad pública del Juez, y prestado juramento, segun el S. Covar. *ubi supra n. 8. in princip. segun mandé hacer siendo Asesor casualmente de ciertos juases de regimiento, en virtud de recusacion del Juez ordinario, en cierta causa criminal*

en donde juzgué á los testigos producidos, principalmente á uno, falsos y perjuros por sus dichos, y al mismo Juez si no pareciera que habia procedido ciegamente por pasion del ánimo; y por esta causa absolvi de la instancia del juicio entonces á cierta muger, acusada de grave causa, y teniendo solo presente su buena y probada fama, y aun no habian transcurrido quince dias, cuando aquel testigo que aparecía con mas claridad perjuró, estando en artículo de muerte. Declaró ante ciertas personas que habia dicho una falsedad contra aquella muger en aquella causa, y habiendo llegado esta fama hasta mí, mandé que se hiciera una peticion por parte de la muger, y que se citase la parte y que ante el Alguacil de la ciudad y el Escribano de aquella, el testigo se profiriese, y así fué hecho, y se afirmó en su segundo dicho y dijo que en el primero habia dicho falso testimonio, y la muger permaneció libre: sin embargo, es verdadero que tal confesion prueba contra el mismo que la profiere y contra sus herederos, para que pueda ser condenado en interés por el falso testimonio preferido por él. (Abundancia de comprobantes.)

Antonio Gomez en el Comentario á la ley 83 de Toro, n. 15, pág. 729, dice: "La gran duda es, si el Juez que dió sentencia falsa, ó el Escribano que hizo un instrumento falso, ó el testigo que dijo falso testimonio, digan y afirmen en artículo de muerte que cometieron tal falsedad, tal confesion prueba legitimamente? Y breve y resolutivamente digo que no. Así lo prueba el texto en la ley *Si quis in gravi §. si quis moriens ff. Ad, Syllan.* y allí expresamente lo asienta Bartol. Alber. Angel Bald. y comunmente los DD. El texto en la ley *Generaliter Codic. de Non numerata pecunia*, y allí lo asienta Bart. *fin col in fin.* El texto notable en la ley *fin ff. de Probat.* El texto en la ley *Scia ff. ad Vellician*, y allí Paul. El texto en la ley 1, § *Si quis filium ff. de Carbon. edicto.* El texto en la ley *Mater. Cod. de calumniat*, y lo trae Bald. en la Auténtica *Si dicatur, Cod. de Testibus penult. col. Salycet.* en la ley *Qui falsa ff. de Testibus*, Jason. en la ley *Jurjurandum §. Procurator ff. de Jurjur. n. 25.* Folin. en el *cap. Litteras de presumptionibus*, y la razon es porque tiende á perjuicio de tercero. Tambien porque no depone solemnemente en juicio: así lo dice Bald. en otra Autént. *Si dicatur Cod. de Testibus, penult. colum.* Tambien porque no todo el que muere es Joan Evangelista, como dice el mismo Bald. en el *cap. 1 §. varalli 1 in fine de Pace Constantiae in usus.*—Lo que entiendo cuando tal confesion del difunto se encuentra sola: lo contrario es, si con ella concurren otros indicios; porque entonces prueba plenamente; porque no debe creerse, que en tal artículo alguno diga contra sí y su propia conciencia falso testimonio, y no debe presumirse olvidado de la salud eterna. (Sigue copia de autores.)... De lo que resulta bien confirmada la predicha confesion y sentencia, que la sola confesion de algun tercero, de hecho propio, tambien en perjuicio de tercero. concurriendo algunos indicios, prueba plena y suficientemente."

5º El testigo muerto civilmente es incapaz de hacer prueba; porque como escribe Mittermaier en su Tratado de prueba en materia criminal, P. 5, cap. 41, es á privativo de todos los derechos civiles, y considerado como muerto físicamente,

Ocasion es ésta de esclarecer si merecen ó no crédito las declaraciones de testigos recibidos en el sumario sin citacion de la parte, y muertos despues.

Sebastian Guazzino, *Defensa carcerat. inquisitor. Reor. Defensa 26, cap. 9, n. 16, tomo 2, dice:*

"Los testigos muertos, examinados sin citacion de la parte, prueban, puesto que la muerte tiene fuerza de juramento cita varios AA, y entre ellos á *Ant. Gom. tit. de delict., cap. 1, n. 27* y á *Bursat. cons. 7. n. 70, vol. 1*, quien dice, que prueban lo mismo que si fuesen examinados con citacion de la parte.

La opinion contraria de que los testigos muertos examinados sin citacion de la parte, solo hacen cierta leve presuncion ó sospecha, principalmente en lo criminal, la sostienen *Nat. com. 395, n. 31. Houded. consil. 101, n. 22, vol. 1. Farinad, q. 72, n. 133, al que sigue Gramm. dec. 11. n. 12, Bursat. cons. 322, n. 10, lib. 3. Bertoz. cons. 70, n. 30, tom. 2 crim. divers. Oscasc. decis. 79, n. 19, Pedro Caball, in quaest. crim. cas. 259, n. 3, cent. 3*, en donde acumuló concordantes.

Sin embargo algunos sostienen que si los testigos hubiesen sido examinados en figura de juicio, entonces si mueren, hacen semiplena prueba, como si fuesen recibidos por el juez en proceso informativo: lo contrario es, si no lo fueron en figura de juicio, ó ante árbitro ó arbitrador, *Nat. cons. 384, n. 24, vol. 2*, y traen lo que escribe, *Mars. singul. 156, colum. 2, in fin, etc. sing. 436*, pero *Alex. Trentacinque in consil. 45, n. 2, vol. 1*, declara mejor que si fueron recibidos, ante el árbitro, citada la parte, los mismos muertos prueban ante Juez ordinario, mas no, si fuesen recibidos ante arbitrador, el que procede sin figura de juicio sin citacion de parte; y lo mismo dice cuando son recibidos por informacion de la curia, y así no para prueba sino para instruccion del Juez, y *Bairard q. 45, n. 23*, dice: que si el reo fuere citado ó inquirido ó sujeto á inquisicion antes de la muerte de los testigos, y no quisiere comparecer, entonces se tengan por repetidos en ódio de la contumacia, mas no si por negligencia del Juez no hubiese sido citado, sino despues de la muerte de los testigos, y así compareció, pues entonces no se tienen por repetidos. Pero yo juzgo que debe seguirse aquella opinion, de que solo hacen una pequeña prueba en causas criminales, como afirma en la mas verdadera sentencia, *Add. ad Farin. in cons. 55, in lit. D.* en donde dice que así se practica, y que si se procede contra contumaz, basten testigos muertos para proceder y condenar, *Cabalch. de test. p. 5, n. 212*, en donde agrega, que sin embargo, tales testigos muertos pueden ser tachados ó repulados, pucito que la repulsa ó tacha se haga con la parte y no con los testigos."

La ley 33, tit. 16, P. 3 dice: "Metan á las vegadas los omes contumaces que han en mano de avenidores (1) ó aducen testigos ante ellos para probar sus intencio-

(1) "Avenidores.—Entiende árbitro ó arbitradores. *Aug. en la L. fin. C. cod.* despues de *Jacob. Butr.*, y lo mismo siente allí *Bart.*, y entiende con tal que el árbitro los haya examinado en forma de juicio, y así se asienta comunmente por los doctores allí lo contrario si fuesen recibidos sin forma de juicio, segun aquellos. Sin embargo, *Cardin. en el cap. presentata 50, de testib.*, sostiene que