

alleg II



P O R

FRANCISCO XIMENEZ,
preso en la carcel desta Corte.

C O N

EL SEÑOR FISCAL.

S O B R E

EL DELITO QUE SE LE IMPUTA
de auer fabricado moneda falsa de calderilla.

1



Retende Francisco Ximenez, que ha de ser absuelto, y dado por libre de esta causa, y culpa que en ella se le imputa, en el estado que el pleito oy tiene.

2

Por tres especies de prueua se pretende auer culpado a Francisco Ximenez deste delito. La primera, por las disposiciones de los testigos. La segunda, por la moneda, y instrumentos de la fabrica, que se dize auerse hallado en su poder, y en vn poço de su casa. Y la tercera, por la confesion que hizo en el primero tormento que se le començo a dar, y ratificacion della.

A

Y

11 1/2

3 Y Francisco Ximenez pretende, que todas estas pruevas son imperfectas, y que ninguna de por sí, ni todas juntas han sido bastantes para prouar el delito; y que así por ellas no se le pudiera imponer la pena del.

4 Y oy mucho menos, porque por el último tormento que se le dió, en que se prouarà que estuuó negatiuo, purgó los indicios, y presumpciones que de todos estos generos de prouea resultauan contra él; y consiguientemente ha de ser absuelto, y dado por libre, ò a lo menos condenado en vna pena extraordinaria leue.

Que la primera especie de la prouea de los testigos no es bastante.

5 Siempre ha sido la mas verdadera, y segura sentençia, que es necessario plena prouança para poder imponer la pena ordinaria de vn delito. Y a esto se inclinaron mas las leyes del derecho comun, como se justifica in l. absentem, ff. de pœnis, l. qui sententiam, C. eod. l. singuli, C. de accusat. l. fin. C. de probationib. l. ad dictos, C. de appellat. cap. Epiphanium §. quæst. 6.

6 Y aunque se suelen ponderar por la opinion contraria, de que se pueda condenar por indicios, y presumpciones la l. si hi qui, C. ad leg. Iuliam de adult. authent. si quis ei, C. eod. l. consiliarios, C. de assessorib. cap. litteris, §. cap. afferte mihi gladium, de presumptionib. No embaraça à la primera sentençia, porque ò hablã en pena ciuil, ò en presumpcion especial, que la ley calificò por bastante en aquel caso, ò quando la pena que se impone no es ordinaria.

7 Y así es la mas verdadera opinion, que quando la prouança no llega à ser plena, no se puede imponer la pena ordinaria del delito, como latissimamē-

te, trayendo grande numero de Autores, refuelua Farinat. *quest. 86. per tot.* Baiard. *ad Clar. quest. 66. num. 3.* Cauall. *resolut. crimin. cas. 288. nu. 4.* Ioseph, Ludouif. *decis. Lucens. 13. nu. 60.* Giurb. *conf. 71. nu. 2.*

8 El derecho del Reyno ha seguido esta opinion, teniendola por la mas justa, y afsi de las leyes de las Partidas, la l. 26. tit. 1. part. 7. dixo: *La persona del home es la mas noble cosa del mundo, è por ende dezimos, que todo juzgador que ouiere à conocer de tal pleito, sobre que pudiesse venir muerte, ò perdimiento de miembro, que deve poner guarda muy afincadamente, que las pruebas que huuiere sobre el, que sean leales, y verdaderas, è sin ninguna sospecha, è que los dichos, è las palabras que dixeren firmando, sean ciertas, è claras, como la luz, de manera, que no pueda sobre ellas venir duda ninguna.* Y la l. 7. tit. 1. p. 7. dixo: *También à los fazedores de los yerros, de q̄ son acusados ante los juzgadores, deuen dar pena despues q̄ les fuere probado, è no se deuen los juzgadores remitar à dar pena à ninguno, por sospechas, nin por señales, nin por presumpciones.*

9 Las leyes de la Recopilacion aun son mas precisas para esto, como se manifiesta de las leyes 1. 2. 5. 6. tit. 13. lib. 8. *Recopil.* porque auiendo referido la l. 1. y 2. los casos que son de Hermandad, como robos, hurtos, fuerças de mugeres en despoblado, heridas, muertes, y salteamientos, que estos delitos por si son de dificultosa probança, y por cometidos en el campo, de mucha mayor dificultad, llegò la l. 6. y dixo: *Con qualquier informacion que ayan, prendan si pudieren auer al malhechor; pero para condeñar es muy diferente, porque prosigue, diciendo: Y despues procedan en el negocio, hasta dar sentencia definitiva, auiendo primeramente su informacion cumplida del delito, que se deve entender de informacion plena de dos testigos contestes, porque la l. 3. tit. 30. par.*

7. vn testigo mayor de toda excepcion no le tiene por bastante para condenar, sino solo para poner à tormento. Y en la *l. 2. titul. 21. lib. 8. Recopil. in princip.* llama probança suficiente à la de dos testigos contestes, y la *l. 5. titul. 9. lib. 3. Recopil.* buelue à llamar à la prueba cumplida la de dos testigos, y que probança cumplida sea la de dos testigos, lo afirman Hippolit. de Marsil. *conf. 2. num. 47.* y Azeued. en la misma *l. 6. num. 2.* aunque en el fin del dize, que cometiendose en el campo, bastara menor probança, no facandose esta limitacion de la *l. 6.* porque generalmente habla en ellos.

10. Y porque en la probança irregular, q̄ el derecho del Reyno admitiò, aunque el delito fuesse de dificultosa probança, nunca vn testigo singular le considerò para nada, ni se contentò con menos de tres singulares, como en el recibir dadibas los juezes lo determina la *l. 6. tit. 9. lib. 3.* ibi: *Que si fueren tres testigos, ò mas, &c.* Y en quebrantar los secretos de el Acuerdo requiere la misma probança la *l. 82. titul. 5. lib. 2.* Y en las vsuras, y robos la *l. 4. titul. 6. lib. 8.* Y en el pecado nefando tres mayores de toda excepcion, ò quatro complices, *l. 2. titul. 21. lib. 8.*

OMI. Y es del todo en terminos, è indiuidual la prematica primera, que se publicò en 14 de Nouiembre del año passado de 652. (que fue el mismo dia en que se hizo la cabeça de processo de esta causa) en que se dize, que el que dieffe à las monedas de plata, oro, ò vellon, mas estimacion de la legal, dize, que sea auído por aleue, y falseador de moneda, y que incurra en las penas puestas à los que falsean, ò adulteran la moneda del Principe: y luego dize, que para probança deste delito, y poder imponerlas, aya de auer tres testigos singulares, aunque sean complices.

12. Esto supuesto, los testigos que deponen cõ-

tra Francisco Ximenez, son dos, el vno Domingo Rodriguez, y el otro Gaspar Sour.

113 Domingo Rodriguez no dize nada contra Francisco Ximenez, que toque a este delito; porque solo de pone contra Iuan Dominguez, que le lleuò a su casa, diziendole, si queria trabajar en ella en falsear naipes; y despues le dixo, que en moneda de calderilla; y que le enseñò los tornos de hierro con que se hazia, que el no quiso, y se salierò del aposento donde estauan los tornos; que en este tiempo vino Francisco Ximenez, y que preguntò, que que le auia dicho, y que el le respondió lo de los naipes, y q̄ no se atreuió a dezirle nada de lo de la moneda; y q̄ Francisco Ximenez mostrò sentimiento de que se lo huicisen dicho; el qual no prueua, assi porque no dize nada del delito, como porque fue el delator del, que tambien le excluye de credito, que se reputa por acusador; y assi le excluyen, *cap. forus, §. In omni, de verbor. significat. cap. accusat. 3. quest. 5. Farinat. de induiti. §. tortur. q. 52. n. 172. §. de testib. quest. 60. n. 64.*

14 El otro testigo es Gaspar de Sour, que de pone de vista del caso, pero es complice, y assi no prueua, *l. fin. C. de accusat. l. quoniam liberi, C. de testib. cap. veniens, de testib. l. 21. tit. 16. part. 3.* Y aunque en este delito de falsear moneda se diga que se deue admitir, *ex l. 1. C. de falsa monet. nunca queda el testigo mayor de toda excepcion, Farinat. quest. 47. à num. 44. Bardellon. cons. 74. à n. 3.* que dicen, que aun con dos testigos complices no se podrá dar tormeto, *Giurba. cons. 71. à numer. 2. ibi: Vel duo etiam socij criminis non sufficiunt de iure. §. vix ad torquendum licet de crimin. nec excepto, §. atrocissimo agatur, quia socij criminis cum sint, omni exceptione maiores dici non possunt.*

15 Con lo qual vn solo testigo reo, y complice, como es Gaspar de Sour, mucho menos bastará

para condenar en terminos, Franch. *decis.* 577. que dize, que quando vn estatuto pide tres testigos singulares para condenar, no basta menor numero para poderlo hazer, Guacin. *defens. reor.* 3. cap. 40. num. 2. Giurb. *decis.* 50. n. 42. que aun siendo tres testigos los complices no bastaron para condenar, porq se auia examinado los dos antes que se diese el tormento q se le dio, cō el qual purgò el indieio dellos; y aunque sobreuino otro despues, que jurò lo mismo, no se pudo juntar por esto la vna prouança con la otra.

16. Luego infiere se de lo dicho, que la prouança de testigos contra Francisco Ximenez es muy contra, e ineficaz, y que en su virtud no se le puede imponer pena alguna.

Segunda especie de prouena de la moneda, y instrumentos que se pretende se le hallaron.

17. Dos generos de moneda se hallò en casa de Francisco Ximenez; vna buena, y de ley resellada, y otra de la que se dize que tenia algun dolo.

18. Desta vltima la vna fue de maravedises blanqueados, que se quiere dezir estauan preuenidos para la fabrica, y se excluye.

19. Lo vno, que los Ensayadores que sobre esto se examinaron no lo dize de afirmatiua, sino que les parece, y por esta palabra no prouean estos, Glos. in l. 2. C. de rescit. vendit. verb. *Judicis*, Farin. q. 67. num. 18.

20. Lo segundo, porque no podia ser moneda dispuesta para la fabrica, porque esta, segun se pretende, auia de ser de ocho maravedis, y no auia sellos para menos; y estos maravedises blanqueados no tenian cuerpo bastante para esto.

21. Lo tercero, por que aunque se huiera blan-

queado con este fin, supuesto que no se perficionò,
 ni resellò, no se incurrio en la pena deste delito; por-
 que el que comiença, y no acaba, no incurre en el;
 Glos. in l. quicumque, ff. ad leg. Corn. de fals. Gramma-
 tic. decis. 74. numer. 24. Tiber. Decian. lib. 7. criminal.
 cap. 77. num. 7. Iul. Clar. in §. Falsum, num. 315. Aeli-
 seus Dança. quast. forens. lib. 1. tit. de falsa monet. n. 29.
 ibi: *Limita non procedere in eo, qui actum non perfecit,
 sed tantum agere cepit, vel tentavit.*

22 En quanto a la otra moneda que dicen que
 estaua aplanchada, afirman que se hallò vn quarto al
 suelo de vna arca, y otro quarto en vn tabaque, y q
 otro quarto se sacò del poço de la casa, que esta mo-
 neda se dize que estaua como aplanchada.

23 Pero esto no merece atencion, porque cosa
 tan poca, y menuda, y de tan pocas piezas, aunque
 se prouara que Francisco Ximenez las auia no solo
 aplanchado, que esto se escusaua por no estar perfic-
 cionado, ex dictis supra num. 22. pero lo que es mas,
 aunque las huuiera labrado, se escusara de la pena
 por ser tan pequeña cantidad, Alex. cons. 104. num. 7.
 lib. 1. §. cons. 121. num. 5. lib. 7. Tiber. Decian. dict. lib.
 7. cap. 27. num. 2. Cauall. cas. 199. n. 19. §. 20. Giurb.
 cons. 85. num. 28. Aelis. Dança dict. tit. de fals. monet.
 num. 35. §. 36. ibi: *Et sic si est parua quantitas, vel mo-
 dici valonis, non potest puniri, quia talis modica moneta
 non potest asserre magnum praiudicium illis, ad quoru
 manus peruenit,* Bossius in pract. tit. de fals. monet. n. 4.

24 Y antes desto se saca argumento en fauor
 suyo, porque de la manera que si fabricara moneda,
 es de entender que se hallara en su poder mucha,
 pues le hallaron descuidado, assi el no auer se halla-
 do le aprouecha, como pondera Cauall. resolut. cri-
 minal. cas. 199. num. 23. Giurb. consil. 85. num. 26. ibi:
*Sicut eis noceret inuentio, ita eis prodesse debet noua in-
 uentio.*

uentio, vt contrariorum eadem sit disciplina.

125 Y porque en quanto al quarto aplanchado que se hallò en el poço de su casa, y vn poco de arena, el en sí no es indicio, ni quando apretara mas, lo pudiera ser, porque el poço era comun aquella, y a otra casa mas arriba, y assi no podia ser indicio preciso para ninguna dellas, Bos. in pract. tit. de fals. monet. num. 7. & 8. Decian. lib. 7. cap. 26. nu. 7. Farinat. q. 115. n. 120.

26 En quanto a los tornos, ò instrumentos de ellos, no se hallaron en su casa ningunos, sino vnos hierros, que quieren llamar piñones, y dizen que estos eran los hierros que faltauan a los tornos que se hallaron en la noria de don Pedro de la Barreda.

27 Pero se excluye con que los indicios han de estar plenamente prouados en su genero, aunque el delicto fuesse priuilegiado, Glos. in l. fin. C. famil. ex ciscend. Ant. Gom. de delictis, cap. 13. nu. 18. Menoch. conf. 283. n. 5. Farin. de iuditijs, & tortur. q. 37. in fin. y no ay essa prouaçã deste, porq̃ por estar estos hierros con alguna justamiento (si es q̃ assi està hecha la diligencia) en algunos abujeros de los tornos, no se puede dezir que erã hierros dellos, pues sin serlo pudieran entrar en ellos. Y porque Francisco Ximenez hazia muchas cosas de escultura, y carpinteria, para que tenia muchos instrumetos de hierro, y dize que estos eran dellos, y para su arte, no para fabrica de moneda, ni para los tornos, y basta este equiuoco para que no se pueda hazer argumeto de delito dellos, Bertraçol. conf. 542. n. 6. lib. 2. Farin. q. 115. n. 15. & 16.

28 Del hallar de los tornos no resulta contra el indicio; porque la noria de don Pedro de la Barreda, donde se hallaron, està muy distante de su casa, y no consta que ellos echasse, ni que los tuiesse en la suya.

29 Ni tampoco dezir, que se hallarõ vnos abu-
geros en vn aposento de su casa, de que infieren, que
alli estarian los maderos, en q̄ ellos estuuieron puef-
tos, porque no se sigue lo vno de lo otro, y pudieron
estar alli los oyos para otro efecto, y el indicio, para
ser, y poderse llamar tal, ha de ser por su naturaleza
preciso, necesario, y concluyente, Anton. Gom. 3. to.
cap. 12. num. 25. Barbof. in l. 2. 1. part. à num. 81. ff. so-
lut. matrim. Farinat. quest. 86. à num. 67. Y despues de
muchos Giurb. conf. 71. numer. 3. que dizen, que en
siendo posible que la cosa sea de otra manera, no es
indicio.

30 Y asì en la segunda especie de indicios, tam-
poco resulta prouado el delito contra Francisco Xi-
menez.

*Tercera especie de prouea de la declaracion del
primero tormento.*

31 Bien se pudiera dudar, si con esta prouaça de
indicios se pudiera proceder a dar tormento a Fran-
cisco Ximenez, pues no auia vn testigo de vista, ma-
yor de toda excepcion, en conformidad de la l. 3. tit.
30. part. 7. q̄ vn testigo desta calidad es lo que comū-
mente se requiere para poderle dar, Petr. de fideicom-
mis. quest. 9. num. 131. Scac. de iuditijs lib. 1. cap. 84. nu.
7. Alban. conf. 149. num. 20. & conf. 472. num. 1. Tur-
ret. conf. 56. num. 4. Peregrin. conf. 2. num. 78. & 104.
lib. 2. Pues solo ay vn reo, y complice, que dos apenas
bastaran para poder condenar a tormento, Farinat.
quest. 43. à num. 34. Bardelon. conf. 74. num. 3. Giurb.
conf. 71. num. 2. cuyas palabras quedan referidas *supr.*
num. 14. Y asì tuuiera dificultad auerle podido dar
tormento en su cabeça, y por su propio hecho.

32 Pero no fue asì, sino que se le diò en cabeça

2
agena, y para complices, protestándoselo assi al mismo reo al tiempo que se executò, para lo qual no huuo justificacion bastante, porque no se puede dar, ni executar este tormento, sino es estando el reo cõuicto, ò confesso, ò cõdenado de su proprio delito, *l. qui ultimo. ff. de pœnis, ibi: Sape etiam ideo seruari soler post damnationem, ut ex his in alios questio habeatur*, Peguer. *decis. criminal. 5. num. 29. vers. Scias tamen*, Farinat. *de inditijs, & tortura, quest. 40. num. 28. ibi: Sub limita quarto, ut tunc demum possit reus super complicitibus, & qualitatibus torqueri, quando de principali delicto est, vel confessus, vel conuictus, vel condemnatus, tunc enim bene torquetur, prout est de mente omnium DD. secus si non esset, vel confessus, vel conuictus, vel cõdemnatus, quia tunc non iure torquetur*, Polidor. *Ripa obseruat. 237. Maur. Burgi. de modo proced. ex abrupt. q. 18. num. 36. & seqq. Iul. Clar. quest. 64. in princip. Thusc. lit. F. conclus. 334. num. 1. & 3. Guacin. defens. reor. 30. cap. 9. num. 13. ibi: Ac etiam videat, quando reus torquetur pro cõplicitibus, & pro ulteriori veritate an fuerit conuictus plene, vel confessus, vel condemnatus; quia alias non poterit, cum predicta protestatione torqueri.*

34 No auindose podido dar el tormento, fue nula la confessiõ que en el se hizo, y no le perjudica, *l. 1. §. Diuus Seuerus. ff. de questionib. l. pen. & ibi glos. ff. eod. latè Anton. Gomez tom. 3. cap. 13. nu. 25. Mascard. conclus. 1387. num. 5. lib. 3. Grammat. conf. 15. n. 10. Y refiriendo grande numero de DD. Farin. quest. 83. à nu. 1. Nouar. super pragmat. Neapolitan. de questionib. pragmat. 1. num. 3. Mar. Mut. decis. 1. n. 3. Guacin. defens. reor. 32. cap. 31. à num. 1.*

36 Aunque sea el delito de Lessa Magestad, ò otros semejantes, como Farinat. despues de muchos comprueua *num. 6. Guacin. d. cap. 31. nu. 1.* Y aunque ella estè ratificada, geminada, y repetida, como re-
suel-

fue lue en el *num. 9 y 14*. Y aunque esta ratificaciõ se huuiesse hecho mil vezes, y exinterualo despues de muchos dias, Guacin. *d. defension. 32. cap. 31. num. 14*. Y mas siendo las ratificaciones ante el mismo señor Iuez que le mandò dar el primero tormento, que esto ayuda mucho a su nulidad, Farinatius post alios, *d. quest. 83. num. 20. § 62*. Y aunque los particulares q̄ confesò despues se verificassen, como comprueua Farinat. *num. 16*. Guacin. *d. defenf. 32. cap. 31. num. 7*. Nouar. *sup. pragmatic. Neapolit. tit. de questionib. collectan. 1. num. 4. fol. 503*.

37. Especialmente auiedose hecho esta confesion por vn hombre viejo de sesenta años de edad, flaco, y enfermo, y que a las primeras bueltas le sobreuino tal desfmayo, que quedò como muerto, que se pudiera pretender, que por su flaqueza no se le deuiera dar, y que tuuiera nulidad la confesion, por lo que latamente juntò Giurb. *conf. 8. per tot. Ioseph. Ludouif. decis. Lucens. 13*. Nouar. *d. tit. de quest. n. 10*.

38. Lo segundo, fue nula esta confesion, y tam poco prueua, porque no vino auer juramento sobre ella, porque el juramento cayò sobre lo que se le preguntò, y lo que se le preguntò fue de los complices, y no de si, con que para lo que jurò de si, no huuo juramiento, Butrigar. *in l. iuris iurandi ad fin. vers. Quid ergo si testis, C. de testib. Speculator. in titul. de testibus; §. sequitur nu. 3*. Pap. *in forma iuram. testi. in glos. super tot. ipsa causa*, Farinat. *de testib. quest. 74. num. 54. ibi: Quia si testis iurauit dicere veritatem, super capitulis non probat, si extra eos deponat, etiam super pertinentibus ad causam, iuramentum enim restrictum ad capitula, non trahitur ad pertinentia ad causam.*

39. Y configuientemente tambien este tercero medio es ineficaz para tener el delito por prouado, y poder condenar a Fráncisco Ximenez en la pena del.

Quarto, y ultimo punto, que por auerse executado el ultimo tormento, en que estuuó negatiuo Francisco Ximenez, quedaron purgados los indicios que contra el auia, y ha de ser dado por libre, ò conde-
nado en una pena leue.

40 No tuuo la Sala el delito por prouado, supuesto que mandò dar segundo tormento a Francisco Ximenez en razon de su culpa, y delito, pues si la tuuiera por prouada, no se le deuiera dar, *l. edictum, ff. de questionib. l. 4. tit. 30. part. 7. Cauall. cas. 29. num. 6.* Porque es remedio subsidiario el del tormento, y no se dà, sino es quãdo la verdad no se puede de otra manera saber, *Farinat. de indit. Et tortur. quest. 40. num. 3.* Y aun en esto siguiò la Sala la opinion mas entera contra este reo; porque auiendo sido la confesiõ del primero tormento nula, no solo no prueua cõtra èl; pero ni aun haze indicio, para que se le pueda mãdar dar por ella segundo tormento, *Bos. in prax. tit. de cõfes. per tortur. num. 22. Bertaçol. conf. 39. num. 10. Hõded. conf. 108. n. 24. tit. 1.*

41 Pero auendosele dado, y executado, y auiedo estado, como estuuó, negatiuo en el, se purgaron, y deshizieron toda la prouança, è indicios que cõtra el auia.

42 Que estuuiesse negatiuo en este segũdo tormento se prueua, porque lo q̄ en èl se le preguntò fue, que dixesse lo que sabia en quanto a este delito, en razon de lo que se le preguntò en la confesiõ que se le tomò por el Licenciado Don Geronimo de Moya el dia 26. de Nouiembre del año passado de 652. a que respondió, que ya tenia dicha la verdad, y que no tenia mas que dezir, y en esto persistiò desde el principio hasta el fin, durando el tormento hora, y media, y que estas palabras, *ya tengo dicha la verdad*, se ayã de

entender de las declaraciones, y confesiones en que auia negado el delito, y no de las del primero tormento en que lo confesò, se prueba.

43 Lo primero, porque las palabras que hazen relacion, se deuen referir a las mas inmediatas, y proximas que auian precedido, *l. heredes palam, §. Sed, & si notam, ibi: Vicinis scripturis, ff. de testam.* y despues de otros que cita D. Valenç. *conf. 133. num. 63.* Y la cõfession mas inmediata que auia a esta, fue la que Francisco Ximenez auia hecho el dia antes que se le començò a dar el mismo tormento, y por dezir que estaua preuenido le encerraron en vn encierro harto apretado, y penoso, donde estuuò hasta el dia siguiente, y en aquella confesion dixo, que fino es estando loco, no podia auer confessado el delito, ni se le podia probar fino es con testigos falsos, dando a entender que el no lo auia hecho, y a esto se han de referir las palabras de *ya tengo dicha la verdad*, pues el tormento del dia siguiente, fue en profecucion del q̄ el dia antes se començò, y aquella confesion continuacion del primero en que lo negò.

44 Lo segundo, porque quando la confesion se huuiesse de referir a la del dia 26. de Nouiembre, que le tomò el Licenciado Don Geronimo de Moya, que es por la que se le preguntaua, en ella estuuò negatiuo llanamente, con que el dezir, *ya tengo dicha la verdad*, se ha de entender de la que tenia dicha en aquella por donde se le hazia la pregunta, que era negar el delito.

45 Lo tercero, porq̄ la confesiõ siẽpre se ha de entender en fauor del reo que la haze, y como mas biẽ a el le estuuiere, y mas vtil le fuere, como afirman Bald. *in l. vnic. num. 23. vers. Primo casu*, C. de confes. Anton. de Butr. *in cap. 1. in fin. de sponsalib. Dec. in cap. cum venerabilis, num. 105. de exceptionib. & in c. in pra-*

*sentia, num. 24. de probat. Marian. Socin. in cap. qualiter, & quando, el segundo, num. 786. & 1005. & 1009. de accusat. Butr. in cap. cum dilecti, num. 20. eod. tit. Paris. de Puteo de syndicat. in verb. tortus, cap. 7. num. 7. Hipolit. de Marsil. in practic. §. Postea, numer. 25. Roman. conf. 465. à num. 5. Alciat. de presumpt. regul. 3. presumpt. 1. num. 9. Beroi. conf. 178. num. 25. lib. 3. Bertazol. conf. 54. num. 2. & conf. 156. nu. 53. lib. 1. & conf. 449. num. 28. lib. 2. Hipolit. Riminald. conf. 88. nu. 41. lib. 1. Mascard. conclus. 344. nu. 12. Treuifan. decis. crimin. 46. num. 8. part. 2. Honded. conf. 108. num. 44. & 45. Farinat. quest. 81. num. 35. illic: *Amplia tertio, ut confessio dubia, & incerta interpretetur in bonam partem, in faborem confitentis, & secundum illius intentionem. Et inferius: Et in minus potius, quam in maius delictum, quia talis interpretatio est utilior confitenti, & in dubio semper utilior interpretatio capienda est.* Lo mismo fundan Gramatic. decis. 2. num. 41. Paul. Merend. conf. crimin. 91. n. 24. lib. 2.*

46 Y lo que es mas, que el mismo reopodia declarar, y interpretar la declaraciõ dudosa, y se auia de estar a la confesion que el huuiesse hecho, como con otros que refiere resuelue el mismo Farin. d. q. 81. n. 317 illic: *Amplia primo, ut si cõfessio, ut profertur potest renocari, multò magis potest excusari, declarari, & interpretari per confitentem etiam si ex interuallo.*

47 Lo quarto, porque assi los señores Iuezes, como el reo, y las demas personas que interuinieron en el tormento, lo entendieron assi, pues si el dezir la verdad se huuiesse de entender de que confessaua el delito, no prosiguieran el tormento, sino que mandaran cessar en el, y el reo se valiera de lo mismo, pues si aquellas palabras fueran de querer confessar el delito, lo dixera claro, y lo especificara, porque le dexaran, y no prosiguieran en el tormento: y esta obseruãcia,

cia, ò inteligencia comun, si rue de declaracion, è interpretacion del acto, *l. si de interpretatione*, vbi DD. *ff. de legib. l. semper in stipulationib. ff. de regul. iur. l. si seruus plurium, §. fin. ff. delegat. 1. late Castill. tom. 5. cap. 93. §. 7. per tot. maxime, num. 5. & 6.*

48 Lo quinto, porq̄ en esta conformidad lo hã entendido tãbien los señores de la Sala; porq̄ siendo asì, que la confesion hecha en el tormento, sino se ratifica no daña al que la haze, *Gloss. in l. 2. verb. aliqui, C. quorum appellation. non recipiant*, Farinat. refiriendo muchos, *quest. 83. nu. 67.* si aquellas palabras las huuieran tenido por de que confessaua el delito, le huuieran hecho ratificar dentro de las 24. horas en conformidad de la practica comun, de que depoen Anton. Gom. *tom. 3. cap. 13. num. 23. & 24. Clar. in pract. §. fin. quest. 64. vers. & circa*, Farinat. *d. quest. 83. num. 74.* Y el no auerle mandado ratificar, es por auerle tenido por negatiuo, con que no es necessario.

49 Lo sexto, por lo que en terminos decide Hon ded. *conf. 108. num. 43. lib. 1.* en otro reo, que auiendo hecho declaraciones contrarias, quando se ratificò dixo otras palabras semejantes, *illic: Et licet postea iterum examinatus dixerit veritatem esse, prout dixerat prius in alijs depositionibus ad quas se retulit: id intelligi debet secundum illarum tenorem, & cum omnibus qualitatibus in eis expressis, & consequenter cum illis declarationibus, & protestationibus in prioribus depositionibus apposis, cum relatam sit in referente, cum omnibus illius qualitatibus, iuxta l. esse toto, ff. de hered. instit. praesertim quia confessio, & ratificatio in fauorem confitentis interpretari debent, & c. Cum igitur confessio non sit clara, de ea non videtur habenda ratio, quando quidem confessio, vt confitenti noceat, debet esse nitida, certa, clara, & in vulnerabilis, alias non attenditur, Bru. in tract. de indic. part. 2. quest. 6. numer. 9. Bos. in tit. de confes. per tortur. num. 25.*

30 Con quien concuerda Farinat. *quast. 81. nu.*
32. que latísimamente prueba, que la confesion ha
de ser clara, cierta, expressa, no dudosa, obscura, ni q̄
pueda tener dos sentidos; porque es lo mismo que no
hazerla, y no puede ser condenado por ella el reo, y
Beroi. *conf. 176. num. 24. lib. 3.* donde en vn caso en q̄
a vno se le diò tormento por vn homicidio que auia
cometido muchos en que èl interuino, respondiò en
èl: *Homicidium fuit à nobis commissum*, y no se tuuo por
bastante, para que èl quedasse incluido en el acto de
ofender, ni herir.

51 Y por todos estos medios se ha de tener a Frã
cisco Ximenez por negatiuo en el tormento.

52 Siendolo, y estandolo, no se podrà negar que
el tormento fue cabal, y entero, y de los muy graues
que se acostumbra dar a los reos de mayores deli-
tos, porque siendo media hora la que el tormento or-
dinariamente ha de durar, Intigriol. *singul. 80. numer.*
18. lib. 2. Gabriel. *conf. 178. num. 8. § 13. lib. 2.* Guazin.
defension. 30. cap. 9. num. 12. ibi: Non posse toqueri ultra
mediam horam, aqui padecio este reo el primero que
se le començò a dar el dia antes, y el auer estado en-
cerrado 24. horas en vn encierro que dizen que es tã
terrible, que casi iguala el tormento en lo que fatiga
el animo, y vltimamente padecio el tormento que en
èl se executò, que fue grauissimo, porque se persistiò
dandosele hora y media, tan terriblemente, que faliò
quebrado vn braço, y sumamente estropeado, y que
con auer 45. dias que passò, està todauia en la enfer-
meria sin poderse leuantar, ni salir della, y asì es de
los mas fuertes tormentos que se auran dado.

53 Auiendolo sido, quedaron purgados los indi-
cios, y probanças que contra èl auia, sin embargo de
las protestas, de que las probanças quedassen en su
fuerça, y vigor, porque como contrarias al mismo he-
cho

cho se defestiman, y no aprouechã al señor Fiscal, como refueluen Cauallcan. *de Brach. Regio, part. 3. num. 271. in fin.* Bos. *tit. de confes. num. 29. § tit. de inditij, num. 50.* Rimin. *Iun. conf. 704. num. 20. vo. 6.* Bertaçol. *conf. 266. numer. 2. vol. 2.* Decian. *respons. 93. num. 74. § seqq. vol. 2.* Farinat. *conf. 60. num. 31. § conf. 11. num. 46.* Guazin. *dict. defens. 30. cap. 40. num. 6.*

54 Y no solo los indicios indubitados, pero aunque huuiesse auido plena probança del delito, si el juez inconsideradamente le huuiesse condenado a tormento, quedara vencida, y excluida la probança, si el tormento huuiera sido graue, Ceuall. *commun. quast. 397.* Petr. *Cauall. conf. 278. centur. 3. num. 25.* Guazin. *defension. 30. cap. 9. num. 12. § cap. 40. num. 7.*

55 Entra aora la pena que en este caso se due dar, en que ay tres opiniones, porque las leyes no deciden claramente este punto.

56 La primera es, que se le puede imponer al reo la misma pena, que antes que se le huuiesse dado el tormento, y que afsi, si antes estuuiesse probado contra el plenamente el delito, se le podrá imponer pena de muerte; como dixeron algunos que refiere Farin. *de inditi, § tortur. q. 40. n. 7.*

57 Pero esta opinion es sin fundamento, y afsi Farinat. dize en el *num. 8.* que nunca tal cosa viò, ni oyò, que se huuiesse practicado, ni hecho, ibi: *Tu tamen in iudicando, § consulendo minime recedas à prima opinione* (que es la contraria de ser dado por libre, ò condenado en pena leue) *quæ ut dixi indistincte in practica seruatur, cum numquam audiuerim, uet dum uiderim in ordinariam penam mortis fuisse condemnatum aliquem, qui in tormentis sibi ad habendam delicti ueritatem sine protestatione illatis*

negativam substinuerit, quamvis plenissimis probationibus fuerit conuictus.

58 Y lo mismo serà aunque aya protestas, si el tormento fue graue por las doctrinas que quedã referidas sup. num. 52. que concluyen, que queda elidida la probança, aunque aya sido plena, y que no podrá ser condenado el reo sino es en vna pena extra ordinaria.

59 La segunda opinion fue totalmente contraria a esta, y que el reo negando en el tormento, auia de ser absuelto, y dado por libre, aunque fuesen los indicios muy graues, y aunque huuiesse plena probança contra el, por la glossa *in dict. l. editu*, ff. *de questionib.* y Alberic. en ella, num. 2. que dixo, q̄ assi era la practica del mundo, y le siguen Marsil. Grammat. Boer. Crauet. Carrerio, Ferrara, Bossio, Natta, Conrado, Sarmiento, Francisco Personal, Bursato, Flaminio, Cartario, Matheo Griuald. Hipolit. Riminad. Bulpell. y Bertaçola, a quien refiere Farinat. *dict. quast. 40. num. 6.* y en el num. 8. confiesa que es esta opinion mas comun, mas obseruada, y mas verdadera, y a ella se inclina mas Anton. Gom. tom. 3. cap. 13. num. 28. Fachin. lib. 9. controu. cap. 16. Alban. *conf. 5.* y la l. 4. tit. 30. part. 7. que dixo: *Deuele el juzgador dar por quito.*

60 Pero Farninacio como tan grande practico, y de tanta experiencia en estas materias, distinguiò este punto, segun, y como dixo que se obseruaua en Roma, a quien llama Maestra de las demas Ciudades del mundo, y dize, que si el reo estando conuencido plenamente del delito, fuere atormentado, que en tal caso se le deuera imponer pena de galeras, pero que si no estuuiesse plenamente conuencido del, aunque tuuiesse contra si grauisimos indicios, y presumpciones, y probança que

que no llegasse a aquel grado de ser plena, entonc es ha de ser condenado en vna pena de destierro, y no en mas, aunque sea el delito en si muy graue, y dize, que los Iuezes de ajustada conciencia no salen desta practica, ni en Roma se admite otra, y au que el lugar es largo, y vulgar, por ser tan del punto, y escusar el trabajo de buscarlo, lo referiremos, de *inditijs*, § *tortur. quest. 40. num. 14. § 15.* que dize assi: *Verum, vt in hac re meam proferam opinionem, § quid apud nos seruetur in urbe, quæ omnium aliarum orbis Ciuitatum merito est magistra, libere dicam credo esse maxime aduertendum, quia si torquatur reus plenè conuictus ex probationibus (quem tamen non esse de iure torquendum demonstraui sup. numer. 3. § 4.) tunc bene fateor, quod poterit iste reus licet in tortura prestiterit, si crimen erat capitale in aliquam penam extraordinariam, § corporalem trirerium perpetuarum, vel ad tempus condemnari, vt per præ allegatos, quorum opinio sine dubio isto casu communis est, § communiter etiam recipitur in practica: Si vero reus non est conuictus plenis probationibus, sed tantum modo grauatus in ditijs urgentibus, § etiam indubitatis, vel presumptionibus, ac coniecturis euidentibus, § violentis, ex quibus forsitan poterat dici conuictus de iure, propter delicti difficilem probationem: § tunc si iudex ommissa via condemnationis eligit viam tortura, § illum torquet durissime, iuxta qualitatem, § grauitatem inditiorum, &c. Certè non video rationem nature, aut iuris aut equitatis, cur scilicet iste sic ad mensuram inditiorum tortus possit condemnari in penam capitalem, § quod non debeat sic condemnari facit vna, § in conuenticibiliis ratio, quia ex inditijs, § presumptionibus quam tumuis indubitatis, § violentis, etiam quod tortus non fuerit reus, non potest condemnari, nisi in penam*

201
extraordinariam, quæ isto casu ad summum, si delictum capitale sit, nõ poterit esse, nisi corporalis triremium, aut a perpetuarum, vel ad tempus, per tradita, per Marsili, &c. Ergo si tortus fuerit reus, iniquum videtur, ut in eandem penam possit condemnari: quia tortura debet omnino ei aliquid prodesse, & propterea à iuris, & sapientibus iudicibus (licet aliàs forsan fuerit seruatum ab ignavis, & iniquis) numquam viderentur grauatõs in ditijs, & si indubitatis, & persistentes in tortura, in aliam penam condemnatos, quam in exilium: & non sunt plures anni, quod existentibus carceratis in vrbe pluribus insignibus, & famosis furibus, qui ex urgentissimis inditijs torti facti fuerunt, omnes fuerunt pariter suspensi, vno excepto, qui magis quam alij sui socij indiciatus, numquam voluit fateri in iteratis tormentis funis, & vigilia, & licet etiam contra istum ipsum publica laboraret infamia, quod esset magister aliorum furum: nihilominus iudex, qui tunc erat quondam Ioannes Bruñol. Reuerend. D. Gubernatoris vrbis in criminalibus. Locum tenens, vir sanè, & sapientissimus, & integerrimus noluit ipsam in aliã penam, quam exilij condemnare.

61 Y en comprobacion desta distincion cita en el num. 15. para la primera parte della a Marfil. Grammatic. Cagnol. Alexand. Plaça, Antonio Gomez, Suarez, Gigas, Bosio, Dueñas, Hipolit. Riminald. Mascard. y Menochio, y para todo cita en el a Cepola, Grammatic. Bosio, Vulpelo, y Francisco Personal, que distinguierõ el caso en la misma forma que Farinacio.

62 La misma sentencian obseruan Cauall. cas. 93. num. 19. y la misma siguiò el Consejo de Portugal, vt per Gamma decis. 280. por toda ella, y en el fin, que en qualesquiera delitos se condenaua en destierro, y alli Flores de Mena su Adicionador, dice,

ze, que esta es la opinion mas verdadera, y seguida por los Tribunales, y en varios delitos refiere auer se observado lo mismo, *Giurb. conf. 8. numer. 19. in fin.* por vn homicidio infidioso, auiendose dado el tormento a vno que tenia quartanas, aunque confesò el delito, y se ratificò en la confession, pero porque pareció que se le auia dado inuvalidamente por causa de la enfermedad, fue condenado a diez años de carcel, y en el *conf. 43.* en el fin a vn marido por la muerte de su muger, auiendo estado negatiuo en el tormento, a cinco años de presidio, y que en siete no pudiesse llegar al lugar donde se cometió el delito; y en el *conf. 37.* a vn carcelero que conocia carnalmente a las presas, estando negatiuo, libre; y en el *conf. 87.* en el fin, dos en tormento negatiuos por vn homicidio, fueron desterrados, vno por cinco, y otro por diez años: y en el *conf. 91.* en el fin, por vn mandato de cometer vn homicidio, auiendo estado negatiuo se librò; y pudieramos traer otros muchos exemplares, sino fuera por alargar este papel.

63 Y mas en este caso, en que la moneda de calderilla no estaua en vso al tiempo que la causa se fulminò, porque el mismo dia que se hizo se publicò la prematica del consumo della, y dias antes estaua tan de sacreditada, que nadie la queria, con que tambien se escusa el delito, *Peguer. quest. crimin. 46. numer. 15.* *Marant. conf. 63. numer. 7.* *Additionat. ad Grammatic. decis. 74. numer. 1.* *Ælise Dança dict. tit. de fal. monet. num. 42. ibi: Limita si moneta falsa in loco in quo cuditur non est in vso.* *Alexander consil. 104. volum. 1.* *Tiber. Decian. libr. 7. cap. 25. numer. 11.* *Iul Clar. in §. Falsum, num. 312.*

