manda el juez comunicarlo al actor para que promueva su derecho y formalice su acusacion. De su escrito se da traslado al reo, y con dos por cada parte, á saber, el de acusacion, el de contestacion, réplica y contraréplica, se admite á prueba y se siguen los mismos trámites que en el juicio civil ordinario.

El juez gradúa al término probatorio, que sea suficiente, atendido el número de testigos que han de ratificarse, la mayor ó menor gravedad de la causa, y otras circunstancias semejantes; y si conociere que el concedido no es bastante, le proroga de oficio ó á pedimento de las partes, procurando siempre no otorgar mas que el puramente necesario, por lo importante que es la expedicion de las causas.

Cuando los testigos no pueden examinarse dentro del término concedido, por alguna ocupacion ú otro obstáculo que lo impida, se juramentan en él, y valen sus deposiciones de este modo, como si de hecho estuvieren examinados dentro de él; pues se finge en derecho que ambos actos son uno é idéntico; bien que esta práctica rige mas en los tribunales superiores que en los inferiores, á causa de que los últimos tienen por medio mas expedito el prorogar los términos, y dentro de ellos tomar de una vez el juramento y la declaracion (1). Pero adviértase que la próroga no tiene lugar de oficio ni á instancia de parte, habiendo trascurrido todo el término principal.

En vez de este medio ordinario de prorogar ó extender los términos probatorios se halla otro extraordinario en el foro, cual es el de la suspension, tambien frecuente. En efecto, el mismo juez de oficio para que no trascurra el término principal y el de las prórogas miéntras atiende á la actuacion de otras diligencias perentorias, manda á veces parar el curso de aquellos; y á solicitud de las partes suele proveer lo mismo, ó con respecto solo á la que lo pide, ó absolutamente. Si la suspencion es total y absoluta, miéntras dura no puede hacerse gestion alguna sustancial respecto á la prueba, porque sería nula; mas siendo parcial la suspension concedida á alguna de las partes, solo con esta se entiende y no con las demas, pues el término corre para ellas.

Los autos de suspension y de próroga se notifican á entrambas partes; siendo regla general en esta materia que toda novedad que ocurre en el término de la prueba se hace saber á unas y á otras como no sea indiferente la gestion á la que no la promueve ó al tribunal, en términos que no prive de su derecho á alguna de las mismas partes.

Debe notificarse el auto ó decreto que decide la solicitud de proroga, y en que suele mandarse que se una á los autos, que á su tiempo se proveerá; ó que de la vista resultará la providencia; porque recae en materia que pide resultado efectivo, y omitiéndose la citacion, se priva á la parte del derecho de reclamar lo que le compete (1).

Aunque algunos autores dicen que pasado el termino probatorio puede el juez de oficio admitir testigos, sea en contra del reo o á su favor, sin embargo, esta opinion no se halla apoyada en ley alguna, ni parece regular que se amplíen así las facultades de los jueces, tanto mas, cuanto que á los interesados está prohibido presentar testigos pasado dicho término.

Concluido el tiempo que se dió para la prueba con todas sus prórogas, si las hubiese, el actor ó fiscal en su caso, debe pedir publicacion de probanzas, de cuya peticion ha de darse traslado al reo por cierto término, y pasado este, haya contestado ó no, se manda hacer dicha publicacion.

Cuando el reo es menor de veinticinco años, en virtud del beneficio de restitucion que le compete, puede pretender dentro de quince dias despues de la publicacion, que

(1) Herr. lib. 2, cap. 2, § 4, n. 24.

(1) Herr. allí, § 1, n. 6.

se reciba la causa á prueba; y si lo solicitare debe concederlo el juez, señalándole la mitad del término porque se recibió ántes, que es comun á todos los interesados. Dúdase si este privilegio de la restitucion contra el término probatorio, corresponderá tambien al actor igualmente que al reo en la causa criminal. Algunos autores están por la afirmativa, y otros por la contrária, no faltando razones á estos y á aquellos.

La mas probable parece, que si la causa de pedir el reo la restitucion fuese razonable y legal, de modo que por su denegacion hubiere de quedar gravemente perjudicado en la prueba, se le debe conceder; pero si se conociere que su intencion es siniestra, por ejemplo, la de dilatar maliciosamente el exito de la causa, se le denegará (1).

Este privilegio de restitucion no altera la naturaleza de la causa, y por consiguiente si es de oficio y se recibió á prueba con todos cargos, pasado el término que se concede al privilegiado, se considera en estado idóneo de sentencia definitiva. Así pues, se mandan unir las pruebas á los autos, y omitidas la publicacion, conclusion y cualquiera otra formalidad, se pronuncia, sin que sirva de obstáculo alegar de su derecho el fiscal ó el reo; pues en estos escritos recae por lo comun el proveido siguiente: *Que se unan á los autos entendiéndose con la prueba, y sin perjuicio.* Estas son las doctrinas de los autores; doctrinas que no pueden en el dia tener lugar una vez que el artículo 131 citado poco há deniega la restitucion y cualquiera otro recurso contra el lapso de los términos que establece.

Ultimamente, hecha la publicacion de probanza, el acusador ha de presentar su alegato de bien probado, de que se da traslado al reo; este responde á él para alegar asimismo de lo probado, pudiendo presentar otro escrito mas cada uno, y se concluye la causa por todos para definitiva.

(1) Herr. lib. cap. 2, § 5, n. 5.

SUMARIO AL § IX.

Defensa de los reos.

118. Opinion del Sr. Gutiérrez acerca del modo de formar la defenza de los reos.
119. Sobre si se deben emplear las reglas de la elocuencia en la defensa de los reos.
120. De los diversos medios forenses que puede un abogado poner en juego para desempeñar el encargo de defensor.
121. De los diversos efectos que causa en el proceso criminal la nulidad.
122. De otros medios de defensa.

118. El Sr. Gutiérrez en un Apéndice de su Práctica criminal (1), tratando de la defensa de los reos, dice que: « Léjos de ser necesario escribir gruesos volúmenes, como lo han dicho muchos jurisconsultos, tiene por superfluo aun dedicar á ella un solo capítulo. » Y añade luego:

(1) Tom. 1, pág. 284.

« En la legislacion criminal que debe observarse, así como respecto á la sustanciacion ó modo de seguirse los procesos, como con respecto á los delitos y sus penas, se hallarán todas las razones necesarias y fundadas para defender á los culpados, como las contendrán tambien los acusadores, fiscales y promotores fiscales, para rebatir sus defensas. Si un reo, por ejemplo, alega que no se ha justificado el cuerpo del delito, que no se ha probado ser delincuente ó que se le ha impuesto mayor pena de la que merece, por la doctrina impuesta en los lugares correspondientes de esta obra, se vendrá en conocimiento de si es ó no justa y razonable la defensa. »

A esto poco se reduce la doctrina del Sr. Gutiérrez, en órden á los medios de defensa, empleando los restantes párrafos del Apéndice en declarar contra la práctica introducida en el foro, de usar las armas de la elocuencia para deslumbrar y conmover á los jueces, y salvar á los que verdaderamente son reos. Para precaver este abuso, y atacar sus perniciosas consecuencias, es de parecer el autor, que la elocuencia no deberia tener entrada en las defensas de los reos, fuesen escritas ó verbales; y así las unas como las otras habian de circunscribirse á la narracion verdadera de los hechos, y á la aplicacion clara de estos á las leyes y la exposícion sencilla de aquellas razones naturales y verosímiles que ofreciesen las circunstancias de las personas y de los acontecimientos. En apoyo de esta opinion, cita la costumbre de la nacion egipcia, que solo permitia defenderse por escrito; la del Aréopago de Aténas, que no consintió en los principios á los acusados el valerse de los oradores, y cuando despues permitió que estos los defendiesen, fué con la severa prohibicion de hacer uso de cuanto pudiera conmover los afectos ó ablandar el corazon de los jueces; y por último, la de los Chinos, donde segun varios viajeros, se halla al presente la misma práctica de los Egipcios.

119. No hay duda que son vituperables todos los artificios que se emplean en desfigurar la verdad, con el objeto de que los delitos queden impunes; pero cuando sin perjuicio de ella, y para dar el abogado mayor realce á su discursos, quiera emplear todas las galas de su elocuencia, ¿por qué se le ha de privar de este recurso? ¿qué sería de las artes de la imaginacion, si el desnudo y árido raciocinio hubiera de dominar exclusivamente en el foro? ¿Admiraríamos hoy las oraciones del inmortal Ciceron, si los romanos hubiesen admitido la costumbre del Areópago? No por huir de un extremo demos en otro.

La falsía, el embrollo, la superchería ó las declamaciones afectadas, siempre serán medios reprobados por la honradez y buen gusto; pero no las oraciones graves, patéticas, en que se procure ilustrar y aun mover á los jueces para salvar á un inocente del suplicio ó minorar la pena al verdadero delincuente cuya criminalidad disminuyen sus personales circunstancias, servicios que ha hecho al Estado, ú otras importantes consideraciones.

120 Pero ya es tiempo de orillar esta cuestion filosófica para tratar de los diversos medios forenses que puede poner en uso el abogado con el objeto de defender al reo, y esto sin disputa acarrearia mayor utilidad que las discusiones de mera filosofía. El primero es la nulidad de la cual hay tres especies, á saber : una sustancial, que destruye ó hace írrito el juicio, ya *ipso jure*, ya en virtud de excepcion opuesta; otra que solo impide el progreso ó continuacion de la causa; y otra que vicia alguna parte susceptible de enmienda ó reposicion. Es nulidad de la primera clase la falta de citacion en la ratificacion de los testigos y demas diligencias del plenario, la negacion de término competente para defenderse; la falsedad del delito que se atribuye al procesado; los cargos apoyados en suposiciones falsas, imaginarias y fingidas; y algunas de las excepciones mistas que participan de dilatorias y perentorias; entre ellas la falta de jurisdiccion del juez,

en el caso que no tenga ninguna jurisdiccion ó que la que tuviere no pueda prorogársele. Las nulidades de la segunda clase consisten en la ilegalidad del acusador ó denunciador; la de estar ya juzgado, sentenciado y castigado el delito, porque se procede sin nueva trasgresion que lo motive; el acusar uno los delitos cometidos contra el otro, en los dos casos que carece de accion para hacerlo, que son muchos referidos por las leyes, especialmente las del título 1, part. 7; la querella ó acusacion puesta por procurador en los casos y delitos en que hay prohibicion de hacerlo, y cuando el actor tiene impedimento legal ó natural, como el menor de catorce años ó el demente. Las nulidades de tercera clase son aquellas que se refieren á la falta de formalidad y solemnidad que deben guardarse en juicio; como el de haberse actuado en papel comun ó no sellado; la falta de firmas ó de fechas en las diligencias; extender las declaraciones de los testigos y reos en minuta ó copiador, ó sin la presencia del juez, y otras semejantes en que se falta á las reglas prescritas por las leyes. El reo puede oponer las nulidades de la primera y última clase en cualquier estado que se halle la causa, y las de la segunda luego que se le confía el proceso, y ántes de hacer acto alguno en él; porque obrando como excepciones dilatorias, si calla es visto que virtual y espontáneamente proroga la jurisdiccion de juez incompetente, consiente un procedimiento impropio, ó sufre ser acusado por persona ilegítima (1); de manera que haciendo otras gestiones sin entablar la excepcion dentro del término, y pasado este no se le admite aunque sea con juramento de haber venido nuevamente á su noticia, excepto si es privilegiado de restitucion y que de no admitírsele se le siga daño (2).

(1) L. 7, tít. 6, part. 3 y en ella Greg. López, Carlev. tít. 2, disp. 5, n. 6.
(2) Olea. Decess jur. tít. 8, q. 1, n. 19. Carlev., tít. 2, disp. 5, tít. 1, disp. 2. Covarr. práct. cap. 26, ley 10, tít. 17, lib. 4, R.

Como la causa criminal se empieza por prision y se hace el proceso informativo sin citacion ni audiencia del reo, no pudiendo por consiguiente oponer sus excepciones en aquel período, debe el juez evitar con el mayor cuidado toda informalidad ó defecto en el proceso desechando las querellas, acusaciones y denuncias que les parezcan siniestras y contra ley y solemnidades prevenidas en ella, sin aguardar á que el reo lo pida; pues de lo contrário será responsable de los perjuicios que se le sigan.

121. No son unos mismos los efectos que causa en el proceso criminal la nulidad. Si es de aquellas que impiden el progreso del juicio, especialmente la declinatoria ó falta de jurisdiccion del juez, causará un sobreseimiento de tal naturaleza que no podrá hacerse progresiva la causa sin su previa y expresa decision, quedando sin efecto hasta la sentencia definitiva inclusive, cuanto en contrário se practique (1). Y si la nulidad toca á la primera ó última de dichas tres clases, ha de distinguirse si es de comision ú omision; si del acto cometido ú omitido penden otras; si la diligencia en que se advierte es sustancial y de esencia del proceso : ó si es accidental que toca solamente al órden y trámites del mismo. Residiendo el vicio en cualquiera de las partes principales del proceso, no pueden subsistir las demas; y por consiguiente, si se verifica la nulidad en la falta de citacion, defensa, legitimacion de la parte que promueve la causa, verificacion del delito y otras que son fundamento de todo, las demas diligencias ulteriores serán nulas; y en tal lance, deberá reponerse el proceso al estado de la última diligencia que se reconozca perfecta y legal. Mas cuando la nulidad se encuentra en otras partes secundarias, sin las que puedan subsistir las del proceso, entónces

(1) Carlev., lug. cit.

subsanando aquella parte única viciosa, deben quedar válidas las otras (1).

Cuando la nulidad procede de falsedad, ha de mirarse si esta fué causada por ignorancia, error ó negligencia, ó si con dolo y malicia. Si lo primero, debe regir la doctrina expuesta anteriormente; si lo segundo, los efectos son terribles, porque la falsedad que rige en una parte principal del proceso, jurídicamente se supone concurrir en todo por la maldad que contiene y por la presuncion de que el juez ó escribano que tuvieron la audacia de cometerla procedieron así en lo demas; y de consiguiente este proceso se tendrá por no actuado, y el autor de la falsedad quedará sujeto á las penas que prescriben las leyes.

Como nunca la culpa y omision del tribunal ó ministros, deben perjudicar á las partes interesadas y ménos al público, aunque el proceso se anule, no por esto debe quedar sin averiguacion el delito, é impune el delincuente. Así que, debe sustanciarse de nuevo, valiéndose con discrecion, de las especies y justificaciones del proceso anulado, que no tenga vicio ni tacha.

122. Ademas de la nulidad hay muchos medios de defensa cifrados en justas excepciones que tienen por objeto, ó destruir la prueba acriminante, ó manifestar que el procesado ejecutó la accion á impulsos de un motivo poderoso, ó en uso de algun derecho propio; ó bien alegar prescripcion, indulto ú otras razones por que no debe imponerse la pena.

Cuando se trate de destruir la prueba contrária, se ha de atender al mérito de esta, si es plena ó semiplena, tachable ó no, advirtiendo que un indicio, se desvanece con otro contrário; el dicho de un testigo con la declaracion favorable de otro; y aun la prueba entera se enerva con otra mas sólida y convincente; á cuyo propósito es de notar, que el juez de oficio debe averiguar los hechos ó extremos que debilitan la prueba acriminante, y proporcionar los medios de afianzar la defensa del reo y descubrir la verdad (1).

Siendo ejecutada la accion que se reputa criminal en uso de un derecho, como el que amenazado de muerte mata á su agresor, no pudiendo evitar de otro modo el peligro, se exime de la pena siempre que justifique aquellos extremos. Asimismo hay hechos, que aun cuando ofenden á un tercero, no llegan á ser delitos, ya por falta de dolo y culpa, de conocimiento ó de libre voluntad. Cada una de estas causas tiene su defensa.

La prescripcion es uno de los principales medios de defensa, pues no hay duda que habiendo pasado el término legal, acabó la responsabilidad del reo; como tambien si á este comprende algun indulto del Soberano, de cuya materia se tratará adelante.

Son tambien excepciones las de *litisfinita*, litispendencia, sentencia ejecutoriada, culpa purgada, incompetencia de fuero y jurisdiccion, la de privilegios que exime de culpa y pena á ciertas personas de edad ú otras circunstancias, etc.

Es tan precisa la defensa, que nunca puede omitirse (2), como tampoco el término bastante para hacerla, bajo pena de la vida al juez que de otro modo proceda (3).

En cualquier estado de la causa pueden darse y recibirse pruebas á favor del reo, aun despues de sentenciada, si ántes no pudo hacerse; cuyo privilegio tiene por objeto reparar los graves perjuicios que pudieran seguirse sin esto á ciertas personas dignas de toda consideracion por su estado.

La defensa puede tener lugar sobre todas las partes del juicio, esto es, sobre la falta

(1) Gut., lib. 1, práct., q. 99, y sig. Cevall., cumum. q. 586. Carlev., tít. 1, disp. 2, n. 797. Góm., lib. 3, Var. cap. 11, n. 1.

(1) L. 3, tít. 10, lib. 4, R., ó 1, tít. 37, lib. 12, N
(2) Céd. de 3 de Agosto de 1797, publicada en Méjico á 20 de Mayo de 1798.
(3) Villad., cap. 2, pág. 62, n. 38 y sig.

de jurisdiccion del juez; el hecho acusado, si es ó no posible; la maquinacion ó acusacion: el cuerpo del delito; los testigos, prueba y exámen del reo y cargo del delito, la legitimacion del proceso, mediante la ratificacion de aquellos; las renuncias de las defensas; la confesion, etc.

La excepcion de probabilidad, buena conducta y la de no haber sido jamas procesado ni castigado por la justicia, excluye solo las presunciones leves que obran contra el que las produce.

La disculpa de provocacion sirve de poco, pues nadie puede tomar la satisfaccion por su mano (1).

(1) Orden de 28 de Abril de 1777, inserta en los *Juzgados militares*, tom. 2, pág. 267.

SUMARIO AL § X.

De sentencia, apelacion, súplica y recurso de nulidad en causas criminales.

123. De la manera con que los jueces deben manejarse para imponer á los reos pena capital ú otra corporal aflictiva.
124. Opinion del Sr. Gutiérrez sobre resarcirse á los que han salido absueltos, los perjuicios y menoscabos que hubieren sufrido por su prision.
125. Se impugna la opinion de los intérpretes que no quieren se admita apelacion en causas criminales; haciéndose mérito de la ley recopilada que previene lo contrário.
126. Se refiere la ley de partida que excluye la alzada en ciertos delitos atroces, la que ha sido derogada por la recopilada, citada en el número precedente.
127. Se mencionan las últimas disposiciones españolas y mejicanas que no solo previenen se admita apelacion en las causas graves criminales, sino que aun sin la interposicion del recurso los jueces de primera instancia deben remitir los autos al superior para su revision.
128. Se refieren algunos actos en los que no se admite apelacion.
129. El término dentro del cual debe interponerse este recurso y sus trámites así como los de la súplica cuando tuviere lugar, son los mismos referidos en el juicio civil ordinario con el agregado de darse vista al fiscal.
130. Apelada la sentencia se deben remitir los autos originales, pero no hacerse remesa del reo, sino cuando lo pida el superior.
131. Aunque el reo no apele pueden hacerlo sus parientes.
132. La súplica tiene lugar en estas causas cuando la sentencia de vista no es conforme de toda conformidad con la de primera instancia.
133. El recurso de nulidad de sentencias que causan ejecutoria no tiene lugar en los juicios criminales; pero no por esto se entienden eximidos de responsabilidad los magistrados y jueces, por la falta de observancia de las leyes que arreglan los procesos. Modo de proceder en estos casos.

123. El fallo de una causa criminal, y especialmente de aquellas en que se ha de imponer pena de muerte ú otra corporal aflictiva, es de la mayor gravedad y trascendencia. Por tanto, el juez ántes de proceder á este último y tremendo acto en que ejerce una de las mas augustas funciones de su respetable ministerio, ha de exami-