



GUTIERREZ
PRACTICA
CRIMINAL.



KQ 11
. E8
G81
1819
v. 1



FORD
METAL REAL LEAD



665



3 tomos
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
FONDO
PRACTICA CRIMINAL
DE
ESPAÑA



PUBLICADA

EL LICENCIADO DON JOSEF MÁRCOS GUTIERREZ

EDITOR DEL FEBRERO REFORMADO Y ANOTADO,

PARA COMPLEMENTO DE ESTA OBRA QUE CARECÍA

DE TRATADO CRIMINAL.

OBRA TAL VEZ NECESARIA Ó ÚTIL Á LOS JUECES, ABOGADOS, ESCRIBANOS, NOTARIOS, PROCURADORES, AGENTES DE NEGOCIOS, Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

TOMO I.

SEGUNDA EDICION.



A costa de la heredera del Autor Doña Josefa Alfonsina
Gutierrez. Biblioteca Universitaria

MADRID, Año 1819.

80772

EN LA IMPRENTA DE D. FERMIN VILLALPANDO,
IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.

Se hallarán este tomo el segundo y tercero de esta obra en la
librería de Castillo, frente las gradas de S. Felipe el Real.

la primera y segunda Parte del Febrero Reformado: obra, no diremos solamente útil, sino tambien necesaria á cuantos tengan la *Librería de Escribanos*, bien sea lo antigua, bien sea la nuestra (*). El mismo Febrero Reformado nos ha ocasionado diferentes distracciones y quitado muchísimo tiempo. Finalmente, varias indisposiciones nos han precisado á interrumpir nuestra ocupacion principal muchas veces y muchos dias, y no nos ha permitido en los demas emplear en ella sino cortos ratos, cuando ántes hemos dedicado diariamente muchas horas á otras tareas literarias (**).

Al mismo tiempo que por los referidos motivos estábamos inquietos, aumentaba tambien el público considerablemente nuestra inquietud. Desde que se anunció en los papeles periódicos el último tomo de la primera edicion del Febrero, no se ha cesado de preguntar por nuestras Instituciones criminales con el mismo tono que si las hubiesemos prometido para

(*) En dichas adiciones se contienen varias doctrinas útiles, las Reales ordenes mas modernas relativas á los puntos que se tratan, un crecido número de peticiones de las mas necesarias y frecuentes en el foro, y unas correctas en su estilo y lenguaje que se han publicado hasta el presente; las materias de avocaciones, competencias, &c. y las instancias de apelacion, súplica, segunda súplicacion é injusticia notoria con sus correspondientes formularios: todo lo cual pasó en silencio Don José Febrero. Tuvimos para dar á luz estas Adiciones, además del motivo que expresamos en su prefacio, otro grave y particular que omitimos referir, y que manifestado á cualquiera persona, como se lo manifestáramos francamente, no nos culparia de haber interrumpido por las Adiciones las Instituciones Criminales.

(**) Además no es de omitir que habrá año y medio se presentó este tomo al Consejo solicitando la correspondiente licencia para imprimirle, y que por haber sido muchos sus revisores se ha retardado bastante tiempo el obtenerla.

entonces ó prefinido plazo para publicarlas y este se hubiese pasado; de manera que conociendo por una parte que se necesitaban bastante tiempo y serenidad de ánimo para componer unas buenas Instituciones Criminales, y viendo por otra que el público no nos permitia ni lo uno ni lo otro, resolvimos por último salir de este apuro componiendo átropelladamente este tomo en las horas que nos era dado trabajar, con ánimo de reformarle y mejorarle para la segunda edicion, si llegaba á consumirse esta primera. Ha sido por cierto mucha desgracia nuestra que habiéndonos propuesto el esmerarnos en formar unas Instituciones Criminales que nos diesen algun honor, aunque nunca podíamos lisonjearnos de que tendrían mérito particular; nos hayamos visto precisados ó arrastrados á publicarlas muy diferentes de como creíamos y de como acaso las publicáramos mas adelante.

Pero no es de extrañar que el público clame tanto por nuestras Instituciones Criminales que tal vez cree han de complacerle, porque le ha complacido nuestra reforma del Febrero. Todas las prácticas que tenemos de esta materia, son bien poco apreciables. Si se habla de las antiguas como las de Herrera y Monterroso; por las muchas variaciones que ha habido en el transcurso de algunos siglos, apenas debe hacerse uso de ellas en el tiempo presente. Si habíamos de las modernas, unas instruyen muy poco, por ser demasiado breves, y otras que son mas extensas, tienen tantos defectos que no han debido tomarse en las manos sino es por carecerse de otras mejores. El lenguaje y estilo son por lo regular tan bajos y chabacanos que mas parecen propios de la infima plebe que de unos literatos. No hay que hablar de método, á no dar este nombre á una miscelánea donde todo es oscuridad y confusion, embrollo y desór-

den, repeticiones superfluas y pesadez, y donde con las especies útiles y oportunas se mezclan innumerables muy diversas y ajenas de las materias criminales. Tampoco hay que hablar de buena filosofía, lógica, crítica, ni sana ilustracion, pues aun solo los significados de estas voces parece son cosas muy exóticas y peregrinas para los autores de las tales prácticas. Si aun viven todavía algunos de ellos, no tienen porque quejarse de nosotros, que no somos seguramente en este particular sino el órgano del público, quien muy descontento de las dichas obras desea con ansia la publicacion de unas buenas Instituciones Criminales, ó de una buena Práctica Criminal.

Para la composicion de la nuestra, apenas hemos bebido en otras fuentes que en las de la legislacion patria y de la recta razon. Con el mayor cuidado hemos leído repetidas veces todas las leyes del reino que citamos, procurando comprehenderlas bien para poder expresar fiel y exactamente su contenido, y no contentándonos con verlas citadas en los autores, pues tenemos observado y podemos testificar que á veces en sus obras se citan leyes que ó no dicen absolutamente nada de lo que ellos afirman, ó dicen mucho menos de lo que expresan. La Curia Filípica en su parte criminal ofrece de ello muchos egemplos que no se han escapado de nuestra diligencia (*).

Fuera de referir las disposiciones legales que debemos observar, hacemos, impelidos de un verdadero zelo por el bien de nuestros compatriotas, una crítica oportuna y respetuosa de algunas que nos pare-

(*) Es de advertir que en los escritos de nuestros intérpretes se encuentran muchas citas falsas, lo cual no es extraño habiéndose impreso muchas veces despues de su muerte, y no pocas por ignorantes en la Jurisprudencia.

cen dignas de ser corregidas ó abrogadas: de suerte que á fin de hacer mas útiles nuestras Instituciones no nos hemos contentado con hacer en ellas el papel de Jurisconsulto español, que debe ser el primero y principal, sino que tambien á veces desempeñamos el de filósofo ó político, sembrando en los lugares correspondientes con la debida distincion bellas máximas, ó excelentes principios de legislacion criminal; y dando, para amenizar una obra bastante árida por sí misma y hacer mas grata su leyenda, muy sabias y apreciables noticias suministradas en la mayor parte por la historia y legislacion de los antiguos griegos y romanos que han sido verdaderamente los maestros del género humano. A este efecto nos hemos aprovechado de muchas apuntaciones sacadas hace años que nos dedicamos á la lectura é instruccion de las materias criminales, haciendo al mismo tiempo nuestras reflexiones, de que habríamos hecho uso en esta obra, si el público nos hubiera permitido volver á discurrir sobre ellas y madurarlas ó sazonarlas.

Para contener á algunos ignorantes ó mal intencionados que acaso querrian zaherirnos sobre este punto, copiaremos aquí una objeccion de los defensores del tormento y la respuesta que dá á ella el Señor Lardizábal, impugnador acerrimo de tan bárbara practica.

“Pero las leyes y el uso constante de los tribunales eclesiásticos y seculares de muchas naciones han autorizado y autorizan el tormento. Es por consiguiente, dicen sus patronos, una temeridad el impugnarle, es tachar de injustas á las leyes y á los legisladores, es faltarles temerariamente al debido respeto.”

“Por estas mismas razones era preciso defender los desafíos y hacer una apologia de las pruebas de agua y fuego usadas con el nombre de purgaciones vulgares en otros tiempos. Autorizados estuvieron los desafíos por

las leyes de muchas naciones : autorizadas estuvieron las purgaciones vulgares, llamadas *juicios de Dios*, con ritos públicos, como son exorcismos, oraciones, bendiciones, y lo que es mas, con una misa compuesta determinadamente para este fin con el nombre de *Misa judici*, que se celebraba con toda solemnidad ántes de hacer las pruebas. Frecuentadas fueron estas por espacio de algunos siglos por naciones enteras con aprobacion de hombres piadosos, de cuerpos enteros, de Prelados eclesiásticos y aun de algun Concilio. Sin embargo de todo esto la Iglesia condenó posteriormente estas pruebas, declarándolas por supersticiosas y propias solo para tentar á Dios, mas no para descubrir la verdad. Y esta sí que es una prueba verdadera de que el argumento para aprobar ó reprobar alguna cosa, tomado del uso de muchos, aunque sean cuerpos y naciones enteras, y aunque esté autorizado por algunas leyes, no es siempre tan sólido, ni tan convincente, como piensan algunos."

"Las leyes humanas y los usos de los hombres estan por su naturaleza expuestos al engaño y al error. Los legisladores, cuando establecen las leyes, tienen que acomodarse á las circunstancias del tiempo, del lugar, de las personas y de las costumbres, y el imperio y fuerza de estas, cuando estan muy arraigadas, suele ser á veces tan grande, que no tienen arbitrio los legisladores para dejar de condescender con lo que prohibirian sin dificultad en otras circunstancias. La poca ilustracion de un siglo hace tambien que pasen por buenas y verdaderas ciertas opiniones generalmente recibidas, aunque en realidad no lo sean. Para que una ley no pueda llamarse con verdad injusta, basta que cuando se estableció, se hubiese creído útil y conveniente, segun el tiempo y circunstancias en que se hizo. Pero si despues, ó por la mudanza de costumbres, ó por

la mayor ilustracion, ó por otros motivos se conoce el error y los inconvenientes, el advertirlo y manifestarlo no es combatir las leyes, como dice Don Pedro de Castro, para hacer odioso á su competidor, no es tacharlas de injustas, ni faltar al debido respeto á los legisladores. Desear que las leyes sean mas perfectas, no es ultrajarlas" (1).

Ademas lejos de poderse reprehender la critica de aquellas leyes criminales que la merezcan, es tanto mas loable que nuestro Gobierno, como se dirá despues, ha tratado ya de reformar nuestra legislacion criminal, y no sin fundamento debemos prometernos que ántes de mucho se reforme.

Finalmente, cuando un escritor demuestra la necesidad de corregir algunas leyes con el fin laudable de que se corrijan, no emplea su pluma contra la Religion, contra el Soberano ni sus regalías, contra el Gobierno ni el Estado, contra la buena moral ni las buenas costumbres, por todo lo cual se haría ciertamente acreedor á las penas mas rigurosas y severas. Los Gobiernos mas sabios é ilustrados, como todos lo vemos, derogan frecuentemente aun leyes que poco ántes han publicado, y así permiten á los escritores exponer sus juicios sobre todas ellas, con especialidad al presente; que si damos crédito á los papeles periódicos de nuestro Gobierno, los Soberanos de la Europa, entre ellos el Emperador de Rusia y el Elector de Baviera, promueven mas que nunca se ha promovido, la instruccion en todas las ciencias y artes, teniéndola por la basa principal de la felicidad de sus estados.

La doctrina, pues, de estas Instituciones se funda únicamente en la venerable autoridad de la ley y en la sana razon, no en las opiniones de los intérpretes que apenas

(1) Discurso sobre las penas cap. 5 §. 6 nn. 27, 28 y 29.

citamos sino para acreditar alguna noticia tocante á la práctica del foro. Si lo que dice un autor, no estriba ni en la una ni en la otra, es despreciable su opinion, y si estriba en alguna de las dos, es superflua su autoridad. Por otra parte si diésemos entrada en esta obra á las innumerables opiniones de los comentadores, se alargaria demasiado, y llenaria de oscuridad y confusion, cuando hemos procurado darle tanta claridad, que pueda entenderla y hacer uso de ella toda clase de ciudadanos. No negamos el talento ni instruccion de varios Jurisconsultos españoles, ni queremos privarles de los elogios debidos á sus laboriosas fatigas en beneficio de la patria; pero seria mucha necesidad negar que por las circunstancias de los tiempos incurrieron en ciertos defectos en que todos habríamos entónces incurrido, y que por ellos no debemos venerar tan ciegamente sus escritos como han sido venerados otras veces. Es cosa sin duda vergonzosa, dijo no ha muchos años un sabio escritor extrangero, ver en estos siglos de ilustracion inclinar un magistrado la cabeza al solo nombre de Bártulo, tener por delito oponerse á un párrafo de Ageta, y oír una sentencia de Claro con tanta veneracion como en otro tiempo oír un espartano los oráculos de la sacerdotisa de Apolo.

Siendo la costumbre de los escritores mas acreditados de todas las naciones, y procurando no hacer mas voluminosas y costosas que lo necesario estas Instituciones, hacemos en ellas muy pocas citas fuera de las indispensables, que son las de las leyes patrias. Fastidianos sobremanera ver las páginas de los libros llenas de citas, por la mayor parte superfluas, y hechas tan solo por la ridicula mania de ostentar grande lectura y erudicion. Si en este punto no hubiesemos sido tan económicos, como se advertirá leyendo toda la obra, con poquísimo mas trabajo y tiempo habria tenido su

tomo de aumento. Agrégase á esto que muchas veces nos habria sido imposible citar, por habernos aprovechado de unas apuntes sacadas de muchos autores, sin citarlos, con suma celeridad para no interrumpir mucho tiempo por una ocupacion molesta una lectura útil y agradable. Por la misma razon sin nombrar sus autores copiamos algunas cláusulas importantes literalmente y entre comitas para no merecer la fea nota de plagiarlo.

Habiendo visto con los ojos de la critica todo lo que traen nuestros criminalistas modernos sobre práctica criminal, hemos entresacado entre lo mucho superfluo é inconducente todo cuanto nos ha parecido necesario ó útil, reuniéndolo y colocándolo en los lugares oportunos, á fin de que estas Instituciones sean tan completas que no haya ninguna necesidad de recurrir á los tales autores, y basten por si solas á los que por razon de sus empleos hayan de servirse de ellas. Para llegar á estar mas seguros de haber conseguido nuestro intento deseariamos que los facultativos hábiles, publicado este primer tomo, nos comunicasen con toda libertad su dictámen verbalmente ó por escrito, así sobre lo contenido en él, como sobre lo que nos resta que publicar.

Sin embargo de que habíamos intitulado esta obra: *Instituciones criminales de España*, la publicamos con el título de *Práctica Criminal de España*: título modesto y mas inteligible para toda clase de personas, por cuanto la hemos escrito para todas, aun cuando no egerzan ningun empleo forense, y á todas puede ofrecerse hacer mas ó menos uso de ella. Pero dejamos al juicio de nuestros hábiles é instruidos profesores el decidir, mayormente despues de publicada toda, si podria ponérsele el título de *Instituciones Criminales*: esto es, el decidir, si se hallan recopilados en ella los sólidos é

importantes principios respectivos á la Jurisprudencia criminal.

El título de Instituciones Criminales ó de Práctica Criminal de España parecerá tal vez impropio á algunas personas, porque no hablamos en ella de la legislación criminal de nuestras provincias que tienen sus ordenanzas ó fueros particulares. Pero sin embargo, fuera de que acaso se incluirá alguna vez en nuestras Instituciones la legislación criminal de estos fueros, creemos que para hacer uso del referido título es suficiente se funden aquellas en la legislación criminal de la mayor parte de España, especialmente cuando en dichas provincias á falta de su derecho privativo se recurre al general y común de la nación, y á la práctica que en ella se observa.

Este tomo solo comprehende la seccion primera de la primera parte. En la seccion segunda intitulada, *De varios juicios criminales particulares, ó respectivos á ciertas clases de personas, ó delinquentes*, se trata de los juicios criminales *entre eclesiásticos, y entre los que gozan del fuero de guerra, de los de capitulaciones contra los Corregidores y demas Justicias del reino, de los de contrabando y de vagos*. La segunda parte incluye el formulario ó substanciacion práctica de los juicios criminales, y la parte tercera un tratado extenso de delitos y penas, dividido tambien en dos secciones, una donde se ventila esta importante materia en general, y otra en que se habla particularmente de ella. Toda la obra ha de constar de tres tomos.

Nuestra legislación criminal, como es bien sabido y nos es muy sensible decirlo, ha padecido la misma suerte, aunque quizá algo menos desgraciada, que las demas legislaciones criminales de Europa. Como establecida en tiempos muy distantes entre sí y de nosotros, mucha parte de ella no está en uso, ni puede

estarlo, y la otra se halla defectuosa; si bien no dejan de encontrarse en ellas varias disposiciones dignas de los mas sabios tiempos. Así no podemos ménos de manifestar en este lugar nuestros mas vivos y cordiales deseos de que, segun se ha hecho recientemente en otros países, como en Rusia, Prusia, Suecia, toscana, &c. se forme una legislación criminal adaptada á nuestra constitucion, y á las circunstancias presentes, ó de que se haga en la actual una sabia reforma. Nuestro ilustrado Gobierno ha conocido hace tiempo la grande necesidad que hay de ella. Sabemos que el Señor Don Carlos III encargó al Consejo discurriera y le consultara sobre los medios de hacer una reforma en la Jurisprudencia criminal (1). Tambien sabemos que aquel docto y supremo Senado encargó con esta mira á un ministro de su confianza formase un extracto exacto y circunstanciado de todas las leyes penales insertas en nuestros principales códigos legislativos desde la monarquía Goda hasta el tiempo presente, como efectivamente se hizo, y mereció la aprobacion del Consejo. Y finalmente sabemos que se formó una junta compuesta de varios doctos ministros para que la reforma se pusiese en ejecucion. Ignoramos por qué causas no se haya llevado á efecto una reforma tan deseada de toda la nación y con particularidad de todos nuestros profesores que conocen su importancia. Acaso como el Gobierno se halla siempre tan abrumado de ocupaciones que á veces por unas nuevas es forzoso suspender otras anteriores, tendria esta desgracia aquella empresa; y quizá asimismo uno de los principales motivos de la suspension sería el fallecimiento de algunos de dichos señores

(1) Real resolucion á consulta del Consejo de 25 de Setiembre de 1770.

ministros. Mas por ventura se halla reservada tan grande obra para el ilustre reinado de nuestro benéfico Soberano el Señor Don Carlos IV, que siempre amante de los proyectos útiles al Estado y favorecedor generoso del verdadero merito obtendria entónces en un sentido particular el titulo mas brillante que puede grangearse un Monarca, el titulo de *Legislador de su nacion*. Y por ventura está tambien reservado para aquel docto y laboriosísimo ministro que nos da continuas pruebas de sus vehementes deseos de ver mejorados los estudios de nuestra Jurisprudencia, y de que sus profesores se hagan dignos de los honrosos cargos anejos á ella con una instruccion tan sólida y útil como diversa de la vana y perjudicial charlatanería de muchos ignorantes que se precian de filósofos; el proponer á S. M. cuando su prudencia lo juzgue oportuno, la reforma de nuestra legislacion criminal, ó la formacion de otra nueva; y el contribuir con todas sus fuerzas, sabiduría y talento á la completa ejecucion de tan interesante propuesta, mereciendo así que se esculpa su nombre en el templo de la memoria y de la inmortalidad. ¡Ojalá que ningunos fatales obstáculos burlen nuestra esperanza, ni impidan el cumplimiento de nuestros mas ardientes votos dirigidos al bien y felicidad de nuestros compatriotas! ¡Ojalá que una nueva legislacion criminal, ó una sabia y consumada reforma de la presente inutilice y sepulte para siempre en el olvido estas Instituciones con su oscuro autor!

INDICE

DE LOS CAPITULOS Y PARRAFOS CONTENIDOS EN ESTE TOMO PRIMERO.

PARTE PRIMERA.

SECCION I.

CAPITULO I. De los Jueces competentes de cada reo y delito.	Pág.	1.
§. I. De los Jueces ordinarios.		2.
§. II. De los Alcaldes de la Santa Hermandad.		6.
§. III. De los Jueces Pesquisidores ó Jueces de comision.		10.
§. IV. Quienes gozan del fuero eclesiástico.		17.
§. V. Cuando el clérigo pierde, ó no goza del fuero, y puede el Juez secular proceder contra él.		33.
§. VI. Cuando puede el Juez eclesiástico proceder contra los legos.		53.
§. VII. Del fuero ó jurisdiccion militar.		66.
§. VIII. Del fuero de los caballeros de las Ordenes militares y de los maestranas.		79.
§. IX. Del fuero de la casa Real ó de las personas de la Real servidumbre.		90.
§. X. Del fuero de los empleados en la Real Hacienda.		91.
§. XI. Del fuero de los salitreros.		92.
§. XII. Del fuero de los empleados en correos.		95.
§. XIII. Del fuero ó inmunidad de los Embajadores, Enviados, Cónsules, y demas Ministros y Agentes extranjeros.		96.
§. XIV. Del fuero de los extranjeros transeuntes.		100.

CAP. II. De la acusacion.	101.
CAP. III. Del procedimiento de oficio.	118.
CAP. IV. De la averiguacion del delito y delincuente.	124
CAP. V. Del asilo de los delinquentes en general y con especialidad de la inmunidad de nuestros templos.	179.
CAP. VI. De la prision ó cárcel.	207.
CAP. VII. De la confesion del reo.	236.
CAP. VIII. De las pruebas.	254.
APEND. I. Sobre el tormento.	279.
APEND. II. Sobre la defensa de los reos.	284.
CAP. IX. De la sentencia, su consulta y ejecucion.	289.
§. I. De la sentencia.	289.
§. II. De las consultas de varias sentencias.	298.
§. III. De la ejecucion de la sentencia.	304.
CAP. X. De las apelaciones y súplicas en las causas criminales, y de los recursos extraordinarios en estas al Soberano.	318.
§. I. De las apelaciones.	318.
§. II. De las súplicas.	324.
§. III. De los recursos extraordinarios al Soberano.	326.
CAP. XI. De los indultos ó perdonos, y de las visitas generales de cárceles.	329.
<i>Apéndices á esta seccion primera.</i>	
APEND. I. Del modo de substanciar y determinar las causas contra los reos ausentes.	347.
APEND. II. De la Sala de Alcaldes de Casa y Corte como Tribunal Supremo en lo criminal, y de la jurisdiccion criminal que cada Alcalde ejerce por sí propio.	357.

PRACTICA CRIMINAL

DE ESPAÑA.

PARTE PRIMERA.

DE LA TEORIA Y SUBSTANCIACION

DE LOS JUICIOS CRIMINALES.

SECCION PRIMERA.

De la teoría y substancion de los juicios criminales entre seculares y en general.

CAPITULO PRIMERO.

De los Jueces competentes de cada reo y delito.

Una de las mas importantes y honoríficas funciones que puede ejercer un ciudadano, es sin duda la de administrar justicia á sus semejantes, siendo el órgano de la ley, y viendo humillados ante sí los grandes, ricos y poderosos para oír de su boca las decisiones dierdas por la rectitud y equidad. La venerable judicatura tiene tanto influjo en el bien de la sociedad y de sus individuos, que son indispensables en los magistrados la mayor integridad é ilustracion. Una sentencia errada ó injusta suele ser un manantial de penas é iniquidades; y esto que es indudable aun en los negocios civiles, puede decirse con mucha mas razon de los criminales, en que el Juez sentado en su respetable tribunal ejerce el terrible y espantoso cargo de decidir sobre el honor, la libertad, ó la vida de un ciudadano, objetos inestimables y los mas caros del hombre. Asi