

## CAPITULO VIII.

*De las pruebas.*

1 **Materia** por cierto muy ardua, delicada y difícil de tratarse es la de las pruebas en las causas criminales. Si recurrimos á nuestra legislación, muy pocas leyes encontráremos que hablen de ellas; y si queremos engolfarnos en el espacioso piélago de las innumerables obras de jurisprudencia criminal de los glosadores, echaremos de ver que han incurrido en mas errores y contradicciones acerca de dichas pruebas que en otras materias, y que no sabiendo conciliar bien el interes de la sociedad de defender la inocencia con el interes de la misma en no dejar impunes los crimines, principio de que debe depender el gran sistema de sus pruebas, favorecieron la impunidad de los reos, expusieron los inocentes á un continuo y grande peligro, y dejaron en manos de los jueces un arbitrio ilimitado y temible, de que todos podrian abusar, y habrán no pocos abusado en efecto. ¡Cuanta instruccion, sagacidad y cuidado no son indispensables para no precipitarse en un extremo huyendo del otro, para no dejar impune un culpado, ni castigar á un inocente, y por el contrario! ¡Qué historia tan dolorosa no podria escribirse de cadalsos y patibulos colocados en las plazas públicas para sacrificar en ellos la desgraciada inocencia! Por lo tanto, si ha de desempeñarse este capitulo como corresponde, es indispensable que dando el primer lugar á nuestras leyes, sin dejar por esto de criticarlas con el debido respeto cuando convenga hacerlo, y que exponiendo la práctica de nuestros tribunales, llenemos el grande vacío de nuestra legislación tocante á las pruebas de los delitos con algunas apreciables doctrinas y sólidas reflexiones que se han escrito de algun tiempo á esta parte y se hallan ya en muchos libros.

2 No puede tratarse de pruebas de delitos sin traer á la memoria aquellas tan usadas, con especialidad en los siglos IX y siguientes hasta el XIII, llamadas *juicios de Dios*, y que eran sin embargo unos monumentos los mas extravagantes del error y extravío del espíritu humano en esta parte del mundo que habitamos. Díóseles tan honroso nombre por creerse que su resultado era un juicio formal en que Dios manifestaba claramente la verdad absolviendo al inocente y castigando al culpado. Era tal la piadosa credulidad de nuestros abuelos que creían no podía rehusar el cielo un milagro en favor de la inocencia, y ni aun sospechaban los artificios con que los malhechores podían someterse impunemente á tales pruebas (\*). Estas se hacían con el agua fria, con el agua hirviendo, con el fuego, con el hierro encendido, el combate, la cruz, la eucaristia y aun algunas veces en caso de homicidio con poner al acusado en presencia del cadáver, por si corría sangre de la herida.

3 La autoridad de innumerables historiadores y otros escritores no nos permite dudar que los juicios de Dios se usaron en casi toda la Europa, que los aprobaron varios Papas y Concilios, y que los prescribieron en sus leyes diferentes Reyes y Emperadores; pero no es ménos cierto que jamas los aprobó la iglesia, aunque los toleró algunos siglos, y se prescribieron ceremonias y fórmulas de oraciones, imprecesiones y exorcismos. Seria cosa larga referir los modos de hacer todas las pruebas, por lo que solo expresaremos el de la del hierro encendido.

4 Después de ayunar el acusado tres dias á pan y agua

(\*) Se refiere de un hombre que aun en aquellos tiempos de ignorancia y barbarie tuvo bastante filosofía y valor para rehusar la prueba del hierro encendido, diciendo no era un charlatan; y que haciéndole el juez algunas instancias para que obedeciese á la ley, respondió: *yo tomaré de buena gana el hierro encendido, con tal que le reciba de vuestra mano.* No queriendo el juez tener parte en el peligro de la prueba decidió que no debía tentarse á Dios.



oía misa y comulgaba, haciendo juramento de estar inocente antes de recibir la sagrada eucaristía. Se le conducía al lugar destinado en la iglesia para hacer la prueba, se le echaba agua bendita y aun bebía de ella. Hecho esto tomaba el hierro, encendido mas ó ménos conforme á las presunciones y á la gravedad del crimen, y le levantaba dos ó tres veces, ó llevaba mas ó ménos lejos, segun la sentencia. Entre tanto los sacerdotes recitaban las oraciones acostumbradas. Despues se le metía la mano en un saco que se cerraba muy bien, y sobre el cual el juez y el contrario ponian sus sellos para quitarlos pasados tres días, y entónces sino se advertía señal de quema, era absuelto el acusado.

5 Los juicios de Dios empezaron á despreciarse como pruebas vanas y supersticiosas, al mismo tiempo que comenzó á florecer el estudio de las ciencias y de las leyes Romanas, y por fortuna se hallan abolidos enteramente en la Europa, donde en el día solo se recurre á las pruebas que son medios licitos y conducentes para investigar la verdad.

6 La prueba es una justificación de cosa ó hecho incierto, y hablando con respecto á los delitos la dividiremos en perfecta é imperfecta. Llamase perfecta, plena y completa la que excluye la posibilidad de que cierta persona no sea reo; é imperfecta ó semiplena la que por el contrario no la excluye. La primera es suficiente para condenar, y de las imperfectas son necesarias tantas cuantas basten para hacer una perfecta: es decir, que si por cada una de estas es posible que uno no sea reo, por su union en el mismo sugeto es imposible que deje de serlo. Y por otra parte las pruebas imperfectas de que el procesado puede justificarse, y no lo hace debiendo hacerlo, se convierten en perfectas. Ademas, los criminalistas dividen la prueba en vocal, que es la confesion del reo, y de que se ha hablado en el capítulo anterior; en instrumental, en testimonial ó de testigos, y en conjetural ó de indicios.

7 La prueba instrumental es la que se hace con escrituras ó instrumentos, sean públicos ó privados. Si la escritura es pública, ú otorgada por escribano con todos los requisitos debidos, y acreditada inmediatamente con su propia fe y autoridad el crimen y su autor, hará una prueba plena y perfecta; mas si la escritura es privada, como carta ó papel que se halle al reo, no reconociéndola este, la comprobacion de la letra, á que entónces es forzoso recurrir, no debe hacer una prueba completa. La deposicion de los peritos sobre la comprobacion ó cotejo de los caracteres no es ningun testimonio público sino un cierto juicio ó parecer. Los peritos solo pueden afirmar que les parece semejante tal y tal letra, mas no que es de una misma mano la letra de tal y tal escrito ó documento. La habilidad que tienen algunos para imitar las letras ajenas, es el principal motivo de que se conceptue muy falaz el juicio sobre la comprobacion: fuera de que por la diversidad de tinta ó pluma, y por enfermedad ó vejez de quien escribe, suelen ser desemejantes sus letras (1).

8 La escritura puede ser el sugeto del delito, ó el guerpno mismo del delito como un billete falsificado de banco con la firma del falsario y fe de un escribano (2); ó puede acreditar directa é inmediatamente el crimen como el instrumento solemne de un contrato usurario ó simoníaco, en cuyos dos casos la escritura hace una prueba perfecta; ó puede tan solo suministrar argumentos para demostrar el hecho, y entónces no obstante su autenticidad únicamente suministrará un indicio. Si testigos declaran haber visto á una persona raer cifras ó letras para substituir otras, imprimir un libelo, ó contrahacer una letra de cam-

(1) Puede verse la ley 118 tit. 18 Part. 3, y el Febr. Reform. Paru. 2 lib. 3 cap. 1 nn. 304 y 312.

(2) De la falsedad de los instrumentos públicos y del modo de probarla se trata en el Febr. Reform. lug. cit. nn. 301, 332, 303 y 304.



bio, la prueba, aunque respectiva á escritos, es en tal caso testimonial, y debe ser tanto mayor la precaucion para darle crédito, que el hecho sobre que se depone, podia por su naturaleza escaparse de la inteligencia del testigo, ó burlar sus miradas.

9 "La prueba de testigos, dice el sabio criminalista Pastoret, es la mas comun, y á pesar de los peligros que ofrece, no es la ménos segura. La necesidad de admitirla está muy manifiesta. Sin embargo no olvidemos que dos testigos hicieron condenar á Sirven y Langlade: no olvidemos que en la causa célebre de la Pivardiére dos testigos habian visto cometer el crimen, otro habia oido los gemidos de la victima que espiraba, otros habian oido tambien el fusilazo ó visto la ropa blanca ensangrentada. No obstante, ninguno de estos hechos era cierto, pues la Pivardiére vivia." Todos los pueblos, parece, han admitido la prueba de testigos que es la mas antigua, puesto que no habia otra ántes de la invencion de la escritura.

10 En las causas criminales así como en las civiles hacen prueba plena para condenar dos testigos mayores de toda excepcion, ó sin tacha, contestes y concordés en el delito, su perpetrador, lugar y tiempo siendo substancial(\*), debiendo dar la razon de su dicho, ó expresar por qué saben lo que afirman, si es por vista, por oidas, ó por creencia, de manera que en causa sobre destierro, perdimiento de miembro, ó pena capital han de ser forzosamente preguntados por dicha sazón, y no sabiendo ó no queriendo darla, ningun crédito ha de darse á sus deposiciones. En otras causas fuera de las expresadas si el testi-

(\*) Sino es mayor que lo que tardó en cometerse el delito la diferencia en el tiempo, no podrá decirse que por aquella discuerdan los testigos en este. Si la comision del delito por ejemplo duró desde las cuatro de la tarde de cierto dia hasta las cuatro y media, y un testigo depone que el crimen se cometió á las cuatro, y otro que á las cuatro y cuarto ó cuatro y media, no habrá discordia en ellos respecto al tiempo.

go no da la razon de su dicho, por no habersele preguntado, no dejará de valer su declaracion (1).

11 Un solo testigo nunca es bastante por sí solo para hacer prueba completa, á excepcion de que si damos crédito al señor Elizondo (2), se le da al alguacil que denuncia en cosas leves. Si dos pueden mentir sobre un mismo hecho, mucho mas fácil seria que mintiese uno solo, y estaria demasiado expuesta la inocencia. Por otra parte la prueba de dos testigos tiene una fuerza que no puede tener la de uno solo, y consiste en la dificultad de hallarse dos, que examinados separadamente conviniesen en las circunstancias del delito faltando á la verdad, que era la que podia hacer fueran acordes sus dichos. Por ser los hombres malos se vé en precision la ley de suponerles mejores de lo que son. Así para el castigo de todos los delitos basta la deposicion de dos testigos, á quienes cree la ley, como si hablaran por boca de la verdad, no de otro modo que se piensa ser legitimo todo feto concebido durante el matrimonio, confiando la ley en la madre como si fuera la misma honestidad.

12 Si los testigos estan varios en sus declaraciones, serán singulares é indignos de crédito (3). El señor Elizondo (4) para dar á conocer el aprecio que debe hacerse de la singularidad de los testigos, divide esta en *diversificativa*, *obstativa* y *admiculativa*. La primera es, cuando la variedad consiste en hechos que pueden reiterarse, y los testigos no contestan en el lugar ó tiempo, como si uno depone que Pedro dió una bofetada á Juan en casa de Francisco, y otro que en casa de Diego, cuya singularidad no prueba. La segunda es, cuando repugnan entre sí los dichos de los testigos, como si uno declara que Antonio

(1) Leyes 16 y 32 tit. 16 Part. 3.

(2) Pract. univ. for. tom. 1 pág. 128 núm. 10 al fin.

(3) Ley 28 cit. tit. 16 Part. 3.

(4) Lug. cit. pág. 129. núm. 12.



fue muerto en el campo y otro que en la iglesia, variedad que desvanece toda la fe de los testigos. Y la tercera es, cuando un testigo afirma que vió á Manuel herir con una espada á Gerónimo, y otro que vió en manos del mismo Manuel una espada ensangrentada, las cuales deposiciones, como que se dirigen á probar un propio acto, hacen sino una prueba plena, mas que semiplena (\*).

13 Tratándose de averiguar un delito que consiste en un mero acto simple y particular como el homicidio ú otros semejantes, si los testigos deponen de diferentes, no hacen plena probanza, por no poderse conformar los unos con los otros; mas si se trata de justificar un delito en género que comprehende varios actos particulares como el de herejía, el de fornicacion y otros, aunque un testigo deponga de un acto y otro de otro, concuerdan en el delito en género y le prueban plenamente. Por lo tanto, si dos personas declararen, cada una de hecho diverso, que recibieron de otra algun dinero á usura, pareciéndole al juez dignas de fe, y habiendo algunas presunciones ó razones en favor de sus dichos, harán estos prueba plena para imponer la pena correspondiente al delito, aunque no para hacer ninguna restitucion á los testigos, sino hacen otra prueba cumplida, porque la codicia podria estimularles á violar la verdad (1).

14 Variando los reos, ó los testigos entre sí, ó estos y aquellos, ó los acusadores y acusados suele recurrirse al careo entre las personas discordantes, por si púere apurarse la verdad leyéndoles á presencia del juez sus declaraciones y haciéndose mutuas reconvençiones sobre

(\* Citando un testigo á otro que se halló presente, y estando este negativo, vale el dicho del primero, si pudo ser que el citado no lo entendiese, ó no lo viese, y ninguno podrá ser castigado, porque no hay mas motivo para creer al uno que al otro.

(1) Ley 4 tit. 6 lib. 8 de la Recop.

ellas, cuya diligencia se extiende despues con proligidad; pero nosotros estamos persuadidos de que convendria deterrar del foro la práctica del careo como mas propia para oscurecer la verdad que para aclararla, como mas perjudicial que útil, y como mas ventajosa para el mentiroso, osado y astuto que provechosa para el hombre fidedigno, tímido y sencillo. La utilidad del careo en alguna ocasion no puede recompensar los muchos perjuicios que podrá ocasionar en otras innumerables. El señor Elizondo asegura (1) que su experiencia en todo el tiempo que sirvió la fiscalia del crimen de la Chancilleria de Granada, le hizo ver era muy raro el careo en que se conseguia descubrir la verdad deseada, por cuya razon, y la de cometerse infinitos perjuros y originarse muchos daños no decretaba la Sala los careos sino con el mayor pulso y circunspeccion.

15 El careo no se halla establecido en nuestra legislacion, ni se usa jamas en Cataluña, por haberle creído los autores de este principado no solo inútil sino tambien dañoso. Sin embargo le vemos prescripto en la ordenanza del ejército (2) que mandan se caren con el reo uno por uno los testigos despues de haberse ratificado; mas á pesar de esto el doctor Vilademunt y Serra, fiscal que fue de la auditoria general de guerra del ejército y de dicho principado, con quien se conforma Colon (3), no titubea en decir que la confrontacion del reo con el complice, testigo, ó acusador trae muchos inconvenientes. Pueden preceder á ella varias preparaciones que disfiguren la causa. Para intimidarse el reo y testigo basta la vista ó presencia inmediata de uno y otro. Por una parte es fácil que el de mejor talento convezna al otro, y por otra es regular que ceda el testigo, bien por compasion, bien por amistad, bien por ser de superior calidad el reo, bien por

(1) Pract. univ. for. tom. 4 pág. 359 n. 56.

(2) Tratado 8 tit. 5 art. 23.

(3) Juzgados militares tom. 3 pág. 54.



temor á este. La utilidad del careo, según se dice, consiste, ya en que el juez podrá conocer por las preguntas, respuestas, réplicas, semblantes y otros accidentes quién ha dicho verdad; y ya en que intimidado el delincuente con la presencia del juez y estrechado con las reconvenções se verá precisado á confesar lo cierto; mas esta figurada utilidad la contradicen los expresados inconvenientes que rara vez faltarán.

16 Puede ser testigo en las causas criminales toda persona de ámbos sexos (\*) que no carezca de razon, que tenga cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones se conformen con las de los demas hombres, siempre que no tenga en alterar ó faltar á la verdad algun interes, el cual debe ser la medida del crédito que ha de darse al testigo: por manera que es inadmisibile casi toda incapacidad no declarada por la naturaleza, ya sea aumentando el peligro del acusado, ya sea precisando al testigo á deponeer contra quien debe amar. Nuestra legislacion de Partidas se ha conformado en parte, y en parte no con estos principios, resintiéndose de su antigüedad, y de las costumbres é ideas de unos tiempos muy diversos de los nuestros. Según ellas no puede ser testigo el hombre *conocidamente de mala fama* en ninguna causa sino en la de traicion contra el Rey ó reino, y aun entónces ha de atormentarsele primero para que se admita su testimonio: ni aquel á quien se hubiese probado que fue testigo falso por precio ó sin él, ó que falseó carta, sello, ó moneda del Rey: ni aquella persona á quien se hubiere justificado que dió yerbas ó ponzoña para matar á alguno, ó hacerle otro mal en su cuerpo, ó para hacer abortar á alguna muger: ni

(\*) La muger, según la ley 17 tit. 16 Part. 3, como no haya sido condenada por adúltera, ni sea vil ni de mala fama, puede ser testigo, á excepcion del testamento, en todas las causas civiles y criminales, y no hay ninguna razon para que le prohiba serlo.

los que cometieren homicidios, como no fuese por su propia defensa: ni los casados que estuviesen amancebados públicamente: ni los que fuerzan las mugeres, aunque no se las lleven, ó sacan las religiosas de sus conventos: ni los religiosos que anduvieren fuera de sus conventos sin licencia de sus superiores: ni los que se casan sin dispensa con parientas dentro del grado prohibido: ni el traidor, alevoso, ó *dado conocidamente por malo*, ni el que *oviere fecho porque valiese menos en tal manera, porque non pudiesse ser par de otro*: ni el loco mientras lo esté: ni el de mala vida como el ladron, alcahuete ó tatur conocido: ni el hombre muy pobre (\*), ó vil que anduviese con malas compañías: ni el que hubiere hecho omenage y no lo cumpliese debiendo y pudiendo hacerlo: ni la persona de otra ley como judío, moro, ó herege contra cristiano sino en causa de traicion contra el Rey ó reino, siendo tal que por derecho no le pudiesen desechar los individuos de su ley para testificar, y estando averiguado el hecho por otras pruebas y presunciones, aunque los de otra ley ó secta bien pueden declarar unos contra otros en juicio ó fuera de él (1): ni pueden ser testigos en causas criminales los que no hayan cumplido veinte años, aunque réntiendolos podrán testificar de lo que vieron ó supieron ántes de esta edad, acordándose bien de ello; y si se recibiese declaracion de los menores de veinte años, no obstante que no perjudicaria enteramente á los sujetos contra quienes testificasen, siendo de buen entendimiento harian una gran presuncion sobre el hecho que se tratase de averiguar (2).

17 Tampoco puede ser testigo contra un acusado el que

(\*) Si el pobre no es de mala fama, no deberá rechazarse su testimonio; aunque si es un mendigo, tendrá contra sí la presuncion razonable de haberselle gobernado.

(1) Ley 8 tit. 16 Part. 3.

(2) Ley 9 tit. y part. cit.



se halle preso, porque podria faltar á la verdad á ruego de alguno que le prometiese sacarle de su prision: ni el que por dinero lidie con bestia braba, ni la muger prostituta ó meretriz (1): ni el siervo sino en causa de traicion contra el Rey ó reino; *Ca en tal fecho como este todo ome debe ser testigo que sentido aya; solamente que enemigo mortal non sea, de aquel contra quien lo traen* (2) (\*): ni los domésticos del acusador, ó personas que vivan en su compañía, (3): ni finalmente el complice puede ser testigo contra su compañero en el delito (4), pues podria culparse á un inocente, bien por venganza, bien por embrollar y retardar el éxito de la causa, bien por esperar que aquel fuese favorable mezclando en esta alguna persona poderosa.

18 Ademas de las personas que absolutamente no pueden deponer en las causas criminales hay varias en cuya mano está el hacerlo ó no contra otras. No pueden ser apremiados á declarar unos contra otros en causas en que peligrasen la persona, la fama, ó la mayor parte de los bienes, los descendientes y ascendientes, ni los parientes dentro del cuarto grado, ni el suegro, suegra, ni yerno, ni el padrasto, madrastra, ni entenado, aunque si voluntariamente declarasen, valdrán sus dichos, como sino hu-

(1) Ley 10 tit. y Part. cit.

(2) Leyes 13 y 22 tit. 16 Part. 3.

(\*) He aquí qual es segun la ley la enemistad capital. «Si la enemistad fuere de pariente que le aya muerto, ó que se aya trabajado de matar á el mismo; ó si le oviesse acusado, ó enfadado sobre tal cosa, que si le fuera probado, oviera de recibir muerte por ello, ó perdimiento de miembro, ó echamiento de tierra, ó perdimiento de la mayor partida de sus bienes.» Con esto se conforma la ley 2 al fin tit. 17 Part. 6. El juez debe considerar, si ha ocasionado la enemistad alguna intriga del reo ó acusado para rechazar la deposicion de un testigo; como tambien que aun la mas leve enemistad puede alterar la fe de una declaracion.

(3) Ley 31 del mismo tit. y Part.

(4) Ley 21 del mismo tit. y Part.

biese tal parentesco (1). Por otra parte los descendientes y ascendientes, el marido y la muger, y los hermanos, mientras estuviesen bajo la potestad de su padre teniendo los bienes en comun, no pueden testificar unos por otros (2).

19 He aquí demostrado en esta enumeracion de personas imposibilitadas de testificar lo que hemos dicho de que nuestra legislacion no se conformaba en parte con los buenos principios antes sentados, y que se resentia de las costumbres é ideas del tiempo en que se dictó (3). Prohibese que el moro, judío, ó herege pueda deponer contra un cristiano. Pero ¿repugna á la naturaleza que aquellos se admitan por testigos contra este? ¿Tienen los unos algun interes en declarar contra el otro? ¿La diversidad de religion ó creencia es motivo bastante para calificarlos de malvados é impostores? Sin embargo debemos confesar que la disposicion de la ley es prudente y justa respecto á aquellos tiempos en que quienes profesaban diversas religiones ó sectas, se odiaban como enemigos capitales; pero en el dia que el mucho mayor trato de unos extrangeros con otros ha extinguido aquel grande odio permitiéndole que todos los hombres puedan estimarse no obstante la diversidad de sus sentimientos respectivos al culto religioso, creemos que no deberia rechazarse la deposicion de un sectario contra un católico, á no ser aquel un fanático.

20 Se impone ademas la prohibicion de ser testigo al que dé yerbas ó ponzoña á una muger para hacerla abortar. Pero aunque este sea un grave delito qué relacion tiene con el hecho de ocultar la verdad ó faltar á ella en otro ageno y diferente negocio? ¿Por qué ha de ser mentiroso en lo que no le interesa serlo, quien se vale de cierto medio para que no se descubra su crimen, ó la flaqueza de

(1) Leyes 11 tit. 16 Part. 3 y fin. tit. 30 Part. 7.

(2) Leyes 14 y 15 tit. 16 Part. 3.

(3) Véase el núm. 17 al principio.



una muger, y se eviten acaso fatales y lastimosas resultas? Se veda al casado que tenga públicamente una mancha, el dar su testimonio en juicio. Y ¿qué tiene que ver la lascivia con la impostura ó la mentira? ¿No son semejantes prohibiciones muy opuestas al grande interés que tiene la sociedad en que se descubran los crímenes y sus autores para castigarlos? ¿Son tan pocos los delitos que quedan ocultos y sin castigo para que procuremos encubrir otros muchos? ¿No pueden imponerse á todos los delinquentes penas dolorosas para escarmentarles sin ser estas perjudiciales á la república?

21 En los citados principios se comprehenden todas las excepciones justas y racionales que pueden ofrecerse contra la idoneidad de los testigos, «La jurisprudencia romana quiso particularizarlas demasiado, y esto ocasionó dos muy graves desórdenes. En algunos casos no bastaban las excepciones expresadas en las leyes, y en otros eran excesivas. Los jueces se hallaban de tal suerte embarazados que unas veces no tenían ninguna libertad por las muchas excepciones que imposibilitaban la averiguacion del hecho, y otras veces se veían en la precision de reparar ó suplir la falta de las leyes. Estas deben ser lo mas generales que sea posible, pues mientras mas individualizan, menos declaran. Las legislaciones modernas de la mayor parte de la Europa han incurrido en este defecto de la jurisprudencia romana. Los jueces se hallan al presente en el mismo embarazo ó en iguales circunstancias con sola la diferencia de haberse añadido otro mal á aquel desórden. De la imposibilidad de acreditar el hecho con pruebas perfectas se ha originado el abuso de condenar á cierta pena arbitraria al procesado que no ha podido ser convencido legalmente, y las mismas leyes que han procurado limitar el arbitrio del juez, le han ampliado sobremanera. El mayor y no el menor de los males es el que deben procurar evitar el legislador y el político. Los mayores males y abusos provienen por lo comun de querer llevarlo todo á la perfeccion. Cuantas veces im-

posibilitará la prueba del crimen el adoptar ó querer seguir un sistema demasiado escrupuloso sobre la idoneidad de los testigos! Un delito por ejemplo cometido en la cárcel solamente puede tener por testigos á los que se hallan presos: un delito cometido en la galera ó en un lupanar solamente podrá tener por testigos á los galeotes ó prostitutas. Y los presos, galeotes y prostitutas ¿habrán de excluirse de ser testigos de un crimen que se cometió en su presencia? Si el acusador puede demostrar que no tienen interes en alterar ó faltar á la verdad, ¿por qué razon no han de hacer una prueba plena?» (\*) Con arreglo á estos egemplos debe entenderse lo que se lee á cada paso en los intérpretes, que las personas excluidas de ser testigos pueden serlo para probar delitos que no pueden acreditarse con otros; pues si esta expresion se entendiese con la generalidad que suena, y segun parece la entienden los comentadores, de nada serviria excluir de testigos á los sujetos que deben serlo, porque cuando se quisieran probar delitos supuestos, se echaria mano de ellos alegando que no pueden probarse con otros mayores de toda excepcion, y fomentando así sobremanera la calumnia se expondria demasiado la inocencia.

22 Hay mucha diferencia entre las deposiciones sobre delitos que consisten en hechos, y las sobre aquellos que

(\*) Estas cláusulas y algunas doctrinas de este capítulo son de Filangieri, cuya obra leímos en su original italiano ántes de la justísima prohibicion del santo Tribunal, y aya de su publicacion en nuestro idioma de parte de ella, sacando al mismo tiempo algunas apuntaciones, segun lo hemos hecho tambien de otros muchos libros; pero como por no retardar demasiado la lectura, sacábamos aquellas con suma prisa, no podemos asegurar, si estan copiadas las cláusulas con toda fidelidad. Aunque se encuentran infinitas doctrinas censurables y planes quiméricos en Filangieri, parece que sobre pruebas en causas criminales adelantó algo á lo que otros escritores anteriores habian discurrido acerca de ellas.



consisten en palabras. Los testigos sobre los primeros deben haberlos visto, y los testigos sobre las segundas deben haberlas oído, y además de referirlas deberán expresar el tono y gesto con que se proferieron, y la ocasión en que esto se hizo. Una misma palabra pronunciada de un modo explícita ó manifiesta cierta idea, y pronunciada de otro puede significar otra idea muy contraria, por lo que es mucho más fácil calumniar á un hombre por razón de sus dichos que por razón de sus acciones. En efecto muchas personas apreciables por su honradez y conducta han sido miserable víctima de las declaraciones de unos necios que, por no advertir en cuales circunstancias ó ocasiones se digieron algunas palabras, se equivocaron por desgracia en la inteligencia que debían darles, no sabiendo discernir la ironía de la significación propia y genuina de la expresión. Las acciones violentas y extraordinarias; cuales son los verdaderos delitos, dejan señales ó vestigios por sus muchas circunstancias y efectos que se originan de ellos, y cuanto mayor sea su número para acreditarlos, tanto más medios suministran á los procesados para justificarse: cuando por el contrario las palabras solo quedan en la memoria, por lo común infiel y frágil de los oyentes. Así pues, para que los testigos sobre dichos hagan una probanza plena, no ha de circunscribirse su uniformidad á las expresiones que se oyeron, sino que deberá ampliarse á todas las circunstancias que pudieron alterar ó mudar su significado.

23 Cuando se proceda por delitos de hechos, no han de reputarse una buena y perfecta probanza las deposiciones sobre dichos respectivos á aquellos. Por lo tanto, si dos testigos declaran uniformemente que oyeron decir á una persona: *he de matar á N.* y despues se le quita en efecto la vida, no será el testimonio de aquellos una prueba suficiente para condenar al amenazante.

24 Aunque son de ningún momento para condenar la confesión de un reo y las declaraciones de los testigos hechas ante un juez incompetente, pueden servir para que

quien lo sea legítimo, forme su sumaria practicando de nuevo aquellas diligencias y otras que le parezcan conducentes.

25 Siempre que no lo imposibilite la urgencia del caso, en vez de recibirse las declaraciones en minuta han de irse extendiendo en el proceso, segun vayan haciéndolas los testigos, ya para evitar que se retraten al tiempo de extenderlas y firmarlas, y ya para prevenir los perjuicios y fraudes que podrían causar y cometer los escribanos quedando en su poder las declaraciones recibidas en minuta para su extensión en la causa, aun cuando las hubiese presenciado el juez.

26 Generalmente hablando, las personas que pueden testificar, deben ser apremiadas á ello aun por prisión y embargo de bienes, si refusasen hacerlo presentándose ante el juez. Pero si fueren mayores de setenta años, enfermos de gravedad, grandes, arzobispos, obispos, ó mugeres honradas, debe el juez en causa grave ir á recibirles en su casa su declaración, y en causa leve comisionar al escribano para que practique esta diligencia (1).

27 Por otra parte atendida la práctica, si pudiese testificar alguna persona tan condecorada como ministro de audiencia ó gefe de alguna jurisdicción, no es necesario que haga su declaración jurada, y bastará que se le pida una certificación sobre el hecho ó delito que se trate de justificar, ó que se le pase un oficio preguntándole lo que se desea saber. Siendo dichas personas unos magistrados públicos, autorizados para cosas de la mayor gravedad, no es extraño que se les honre con semejante distinción, de la cual gozan también los gefes de algun ramo militar segun una resolución del supremo Consejo de guerra (2). Los administradores de rentas en causas de poca entidad no han de ser precisados á concurrir á declarar y podrán dar por escrito sus declaraciones; pero si las causas son graves, de-

(1) Leyes 35 tit. 16 Part. 3 y 6 tit. 6 lib. 4 de la Recop.

(2) De 3 de Marzo de 1781.



ben presentarse á hacerlas en casa de los jueces, quienes han de tratarles con distincion sin causar á ellos incomodidades, ni perjuicios á la Real Hacienda (1).

28 Cuando haya de examinarse algun testigo sujeto á diversa jurisdiccion de la del juez que entiende en la causa, debe preceder el correspondiente aviso de este al juez, gefe, ó superior del testigo, á excepcion de los casos criminales y egecutivos, pues en ellos tiene que declarar incontinenti sin aquel requisito, aunque para que le conste, deberá pasarsele un oficio comunicándole que se ha recibido la tal declaracion.

29 Todos los testigos examinados en el sumario sin citacion del reo han de ratificarse con ella en sus declaraciones en el término de prueba, porque de otra manera segun la práctica introducida en todos los tribunales no tendrán ninguna validacion. Ademas una ley recopilada (2), despues de mandar que los alcaldes de corte y de las chancillerías reciban por sí mismos las declaraciones en las causas criminales y solo ante los escribanos del crimen; como tambien que estos reciban por sí y no por otros las informaciones sumarias; ordena que los mismos escribanos hagan ratificar los testigos del sumario ante un alcalde, y que no se dé fe á los testigos que se examinasen de otra manera.

30 Para la ratificacion se han de leer á los testigos sus deposiciones, fuera del santo Oficio de la Inquisicion en donde no se observa hacerlo así. Tambien han de ratificarse en todas las causas criminales, por tenerse en el concepto de testigos, los médicos, cirujanos y otros cualesquiera que hayan depuesto en ellas; y si algunos de los testigos hubiesen fallecido, ó se hallasen ausentes y se ignorare el lugar de su residencia, deberá abonárseles (3). Sin embargo

(1) Real orden de 20 de Marzo de 1790. Puede verse á Colon Juzg. Milit. tom. 3 núm. 647.

(2) Es la 15 tit. 7 lib. 2 de la Recop.

(3) En el Febr. Reform. Part. 2 lib. 3 cap. 1 nn. 504 y sigg.

en nuestro concepto es enteramente inútil dicha ratificacion, y de consiguiente solo sirve para aumentar las diligencias, y retardar su curso y término. Si se usa por evitar algunos fraudes de los jueces y escribanos, es una necesidad creer que ella les pueda impedir el cometerlos, mayormente cuando la citacion no es para presenciarse la ratificacion de los testigos, sino tan solo su juramento. Por lo tanto, es mas razonable la práctica que se observa en Cataluña de no hacer ratificarse los testigos del sumario sino en el único caso de solicitarse en el plenario; y aun es mas razonable la que hay en Galicia, de nombrarse acompañados por parte del reo, no solo para presenciarse el juramento de los testigos, sino tambien para oír lo que depongan en su ratificacion, aunque lo mejor de todo seria que presenciase esta el mismo procesado. En los delitos atrocísimos hacen fe aun los testigos no ratificados, si hemos de seguir la opinion del señor Elizondo que lo dice así, apoyado en la autoridad de Capicio que debió de ser muy bastante para él.

31 La prueba conjetural ó de indicios es la que se hace por presunciones, señales, ó argumentos. Los criminalistas dividen los indicios en urgentes y necesarios, en próximos y remotos. Por lo regular ó casi siempre los indicios no son pruebas bastantes para condenar á un procesado, sino unos pequeños resplandores con cuyo auxilio puede el juez buscar la verdad; y así como hay indicios ó presunciones contra un acusado, las hay tambien en su favor, por lo que deben los jueces pesarlas todas en la balanza de la justicia para ver cuales son de mas peso, ó si se equilibran las del crimen y las de la inocencia.

32 Los indicios pueden depender unos de otros y probarse solo entre sí mismos, de modo que todos ellos no prueben mas que un indicio, ó únicamente resulte probado un indicio, y de consiguiente no haya prueba completa de

puede verse en qué consiste el abono de dichos testigos, y cuales diligencias se practican en él.



indicios Para que la haya, es necesario que los muchos indicios no esten unidos entre sí, ó que no dependan unos de otros; como tambien que todos concurran á demostrar con evidencia el hecho principal que se trata de averiguar, y que cada indicio se apoye en las deposiciones de dos testigos idóneos, puesto que los hechos accesorios de donde se originan los argumentos para el hecho principal, deben acreditarse con pruebas de testigos y no con otros indicios. En esta doctrina se comprehende todo cuanto acerca de la prueba de indicios han dicho los intérpretes en innumerables volúmenes, y á fin de que todos puedan entenderla, pondremos un ejemplo. Supongamos que han muerto á un hombre y que se ha encontrado en su pecho el cuchillo que le quitó la vida. Acúsase á N. de este homicidio, y se apoya la acusacion en estos indicios. Dos testigos idóneos declaran que estando poco distantes del sitio en donde se encontró el cadáver, vieron huir al acusado despavorido al mismo tiempo que se cometió el delito: otros dos testigos idóneos aseguran haberle visto manchado de sangre; y otros dos afirman que le vieron comprar el cuchillo hallado en el pecho del cadáver, lo cual no niega el vendedor. He aquí una prueba perfecta de indicios contra el acusado. Hay tres indicios y todos tres son diversos entre sí: ninguno de ellos depende del otro, y todos tres concurren á hacerlos creer que el acusado es efectivamente reo, estando apoyado cada uno de ellos en la fe de dos testigos idóneos. Pero supongamos que en vez de los referidos indicios haya estos: dos testigos que depusiesen haber visto huir al acusado, otros dos que asegurasen haberle visto volver á su casa apresuradamente, y otros dos que declarasen haberle visto alquilar una mula para escapar del país. Esto no podrá llamarse una prueba de indicios, porque todos tres no forman mas que uno, cual es la fuga (\*).

(\* Como toda persona acusada, ó que tema serlo por alguna causa, se halla expuesta á una incómoda prision, y á

33 Un solo indicio nunca podrá tenerse por una prueba perfecta á no ser un indicio necesario. Llámase así el que es consecuencia tan forzosa del hecho que no puede separarse de él sin un imposible metafísico, físico ó moral. El parto es un indicio necesario de la cópula de una muger con un hombre, porque de otra manera no podia haber parido.

34 Tenemos una ley (1) que exige en las causas criminales pruebas tan claras como la luz en que no venga ninguna dubda, solo se contenta para condenar con las de testigos, documentos, ó confesion del acusado, y rehusa abiertamente las sospechas é indicios; aunque sin embargo dice que hay cosas señaladas en que el pleito criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigue por otras pruebas; y en seguida refiere varios hechos ó presunciones, en cuya virtud se tiene por justificado el adulterio para imponerle la pena correspondiente, sin hablar de ningun otro delito.

35 Una ley recopilada (2) ordena que siempre que se halle un hombre muerto ó herido en alguna casa, y no se supiere quien fue el agresor, sea responsable de la muerte el morador de aquella, aunque le deja salvo su derecho para defenderse, si pudiere. Sin embargo juzgamos que aun cuando el dueño ó inquilino de la casa ninguna prueba pueda hacer en su favor, no todos creerán que la haya contra él perfecta y clara como la luz para castigarle como homicida. Pero cuando las leyes adoptan ciertas presunciones prescribiendo que se tengan por prueba verdaderas y com-

las innumerables vejaciones que son forzosa consecuencia de ella y de un proceso; no debe reputarse la fuga un indicio, al ménos grave, segun debería graduarse, si todos los jueces perseraran la libertad de los ciudadanos como es debido, y mandan nuestras leyes.

(1) La 12 tit. 14 Part. 3.

(2) La 11 tit. 23 lib. 8.



pletas, deben admitirlas como tales los jueces. Entónces no ellos sino las leyes deciden.

36 La conmocion ó alteracion del acusado no debe reputarse indicio, y mas bien debería tenerse por tal su descaro, despejo, ó insensibilidad. Asimismo sería cosa ridicula estimar como indicios la mala fisonomia del acusado, la proximidad de la casa al lugar del delito y otros semejantes. La conducta conocida del acusado, segun ella sea, puede ser un indicio muy fuerte en su favor ó en contra. La fama pública contra el procesado no ha de conceptuarse nunca prueba completa, sino á lo mas un indicio; bien que siempre deberá averiguarse el origen de ella, los hechos que la motivaron, entre que personas corre, &c. para saber el crédito que merece, aunque entónces habrá otras pruebas ó indicios fuera del de la fama.

37 Bien los indicios tengan otros contra sí, bien no lo tengan, es tanta la diversidad de ellos por la grande variedad de hechos ó delitos y maneras de cometerlos, que no es posible dar mas reglas á los jueces y letrados que las ya dadas para que vengan en conocimiento del crédito que debe dárseles. Así, encargándoles tengan muy presente lo expuesto sobre indicios, y que ántes de pronunciar su sentencia reflexionen bien sobre ellos, lo dejamos todo á su prudencia y sagacidad, en vez de remitirles, como lo hace el señor Elizondo, á los señores Vela, Matheu, Larrea, Valenzuela, Ansoti y otros muchos intérpretes que trataron de la materia citando á otros innumerables é incurriendo en varios errores, y entre ellos en uno muy grave que es forzoso demostrar.

38 Es un axioma sacrosanto entre los criminalistas y recibido generalmente como tal en los tribunales de la Europa, que en los delitos atroces no se necesitan tan grandes pruebas como en los demás, ó que en los crímenes atroces bastan las mas leves conjeturas, y es lícito al juez violar las disposiciones del derecho: axioma por cierto fu-

nestísimo con que han sacrificado muchos millares de inocentes nuestros glosadores, y tanto mas que le han extendido á los delitos de difícil prueba, pareciéndoles ver su existencia en la dificultad ó embarazo mismo de acreditarlos. Atemorizados estos árbitros de las personas y facultades de los hombres con la condenacion de algun inocente, han abrumado la jurisprudencia con excesivas formalidades y excepciones, cuya exacta observancia, como dice un autor bien conocido, haría sentarse impunemente la anarquía en el trono de la injusticia; y amedrantados tambien por otra parte. "con algunos delitos atroces y difíciles de probar, creyeron hallarse en la precision de hallar las mismas formalidades que habian establecido, por lo que ya con un sobresalto despótico, ya con un terror mugeril transformaron los graves juicios en cierta especie de juego, en que la suerte y la calaba hacen el primer papel."

39 Los testigos pues tachados por las leyes, y que estas han mirado como sospechosos é indignos de fe, merecen crédito, no cuando se trata de probar unos delitos leves que hace verosímiles la flaqueza humana, y en que, por decirlo así, depone la naturaleza contra el acusado; sino cuando se trata de justificar crímenes capitales que la bondad de la naturaleza humana hace inverosímiles, y en que parece depone el corazón humano en favor del procesado: merecen crédito, volvemos á decir, no en las causas en que puede demostrarse por muchos medios la inocencia del acusado, sino "en aquellas precisamente en que de ninguna manera puede acreditarse, y en que se halla como la acusacion sumergida en las tinieblas. En una palabra, aquella confianza que la justicia rehusa á los testigos sospechosos en las acusaciones leves, se la da en las acusaciones capitales. Cuando la justicia debería privar de su confianza aun á los testigos mas irreprehensibles, hace este don á los testigos mas vituperables. En fin la justicia rechaza los testigos sospechosos en las acusaciones en que sus dichos solo pueden costar á la inocencia algun dinero, y les



admite en las causas en que sus declaraciones puede costar á la inocencia el honor y la vida" (\*).

40 Mientras mas atroces son los delitos, mayor es la repugnancia, y mas fuertes son los obstáculos que tienen que superar los hombres para cometerlos. Mayor es en ellos el horror que causa naturalmente la imagen de una maldad, mayor es la desaprobacion del publico y mayor el miedo de la pena: tres poderosos frenos que contienen á los hombres para no introducirse en la carrera del crimen. Por lo tanto, en razon directa de la atrocidad de los delitos debieran ser las pruebas que se exigiesen en ellos, y las deposiciones de los testigos deberian mirarse no como pruebas sino como unas presunciones en cuya virtud no se pudiese imponer pena capital.

41 No se ocultó la fuerza de estas razones al Gran Duque de Toscana Pedro Leopoldo, cuando en su célebre edicto para la reforma de la legislacion criminal insertó estos dos artículos. "XXVII. Se prohíbe absolutamente desde ahora en cualquier caso y en cualquier delito, aunque sea atrocísimo, el uso de las pruebas llamadas *privilegiadas*, que siendo siempre irregulares y de consiguiente injustas, no pueden permitirse en ningun caso posible, puesto que debiéndose buscar la verdad en todos los delitos por unos mismos medios, si estos no son aptos para hallarla en un caso, tampoco podrán serlo en otro. XXVIII. Prohibese examinar como testigos al padre contra el hijo, al marido contra la muger, á los hermanos y hermanas unos contra otros, de suerte que ningun juez ni tribunal, cualquiera que sea la gravedad del delito, ha de poder pedirnos la dispensa de esta disposicion, excepto de cualquiera crimen comprendido en la clase de los homicidios, ú otros

(\*) Los criminalistas llaman *necesarios* los testigos de que aqui se habla, por la necesidad que suponen de admitirlos, aunque inhabilitados de testificar por la ley, en los casos en que falten otros hábiles y capaces.

graves crímenes premeditados contra alguna persona de la familia en el caso que no se pudiesen hallar otras pruebas."

42 No puede negarse que los crímenes mas atroces son mas difíciles de acreditar, porque se suelen cometer con mayor cautela y precaucion; pero tampoco puede negarse que es mucho ménos nociva su impunidad, cuando el publico ignora sus autores: que ademas del temor de la pena hay otros temores que acobardan á los hombres cuando maquinan cometerlos; y en fin que si se purgase el sistema judicial de los vicios que le hacen peligroso, seria mucho mas fácil justificar los crimines.

43 En órden á la probanza de los referidos delitos que han obtenido el nombre de *privilegiados*, por hallarse exentos del rigor de las pruebas, solo leemos en nuestra legislacion, que en el atrocísimo crimen de traicion contra el Rey ó reino deben admitirse todos los testigos sin excepcion alguna fuera del enemigo capital (1); y que el pecado nefando puede acreditarse con el mismo genero de prueba que se admite en el delito de heregía y lesa Magestad (2). La grande importancia de castigar el primer crimen que podria ocasionar la subversion y ruina del estado, y el extremado horror que no puede ménos de inspirar el segundo, tan contrario á las leyes del pudor y de la naturaleza pudieron dictar las expresadas disposiciones, dentro de cuyos límites debian haberse contenido los comentadores, en vez de violarlos demasiado, como lo han hecho, haciendo gemir por toda la Europa la inocencia y la humanidad.

44 Cuando el juez procede de oficio, despues de satisfacer el reo á la acusacion, recibe la causa á prueba por un breve término con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, expresando en el auto que se ratifiquen los testigos del sumario, abonándose los

(1) Leyes 8 y 13 tit. 16 Part. 3.

(2) Ley 1 tit. 21 lib. 8 de la Recop.



mueertos ó ausentes. Dentro del mismo término deben tacharse los testigos, si quiere hacerse, por lo que puede pedirse nota de ellos; como tambien alegar cada interesado en pro ó en contra lo que cree resultará de las pruebas, puesto que no se le entregan y permanecen reservadas en poder del escribano. Si el juez procede á instancia de alguien, presentados dos escritos por cada uno de los interesados, tiene la causa por conclusa, y la recibe tambien á prueba por el término que le parece competente, y que puede prorogarse con justa causa, de oficio ó á instancia de algun interesado, hasta los ochenta dias de la ley, procediendo en ella ordinariamente.

45 Si el procesado renunciase el término probatorio en causa de muerte ú otra pena corporal, ó de infamia, será muy conveniente que el juez no admita tal renuncia, por el grande perjuicio que podría seguirse al reo, quien acaso querria y podría hacer despues alguna prueba en su favor; pero en causa de pena menor que la referida bien podrá el juez admitir la renuncia.

46 Segun hemos leido en las obras de muchos intérpretes, aunque en las causas criminales no pueden los interesados presentar testigos despues de pasado el término de prueba, los jueces de oficio bien podrían admitirles en todo tiempo, sea en contra del reo, sea en su favor, y aun revocar la sentencia condenatoria que hubiesen pronunciado, si constase de la inocencia del procesado por la nueva justificacion. Pero esta doctrina, sobre que hay alguna variedad de opiniones, no se halla apoyada en ninguna ley patria, y por otra parte parece que se dan demasiadas facultades á los jueces, y que se les pone en un continuo riesgo de abusar de su sagrado ministerio.

47 Luego que haya pasado el término de prueba, debe el acusador, fiscal ó promotor-fiscal pedir publicacion de probanzas, de que ha de darse traslado al reo por cierto término, y pasado este, haya respondido ó no, se manda hacer.

48 Si el reo fuese menor de veinte y cinco años, en virtud del beneficio de la restitucion que le compete, pueden pretender dentro de quince dias despues de la publicacion que se reciba la causa á prueba, y si lo solicitase, debe concedérselo el juez, señalándole la mitad del término porque se recibió antes, que es comun á todos los interesados.

49 Las tachas que por ventura se quieran objetar á los testigos, deben proponerse dentro de seis dias despues de la publicacion (\*), y siendo tales que deban admitirse, se reciben á prueba concediendo la mitad del término que se dió para la probanza principal, lo cual, en causas en que pueda implorarse el beneficio de la restitucion, no puede hacerse hasta pasados los quince dias en que esta se puede pedir. Y hecha la publicacion, bien se hubiesen tachado los testigos y concedido término por via de restitucion, bien no se haya hecho ni lo uno ni lo otro, el acusador ó promotor-fiscal ha de presentar su alegato de bien probado, de que se da traslado al reo: este responde á él alegando asimismo de bien probado, pudiendo presentar otro escrito mas cada uno, y se concluye la causa por todos para sentencia definitiva.

#### APENDICE PRIMERO.

##### Sobre el tormento,

50 En este capítulo *De las pruebas* esperarían acaso nuestros lectores que hubiésemos tratado del tormento, como un medio inventado para buscar despues de la publicacion una prueba forzada en caso de no haberla suficiente en la causa para condenar al procesado; pero despues que le han

(\*) Puede darse traslado de las tachas de los testigos á quien los presentó, por si se le ofrece qué decir contra la admision de ellas.



abolido en nuestros dias muchos Soberanos de Europa (\*), y que tantos sabios escritores han empleado sus elocuentes plumas contra tan bárbara práctica: contra una práctica que solo sirve para conocer la mayor ó menor robustez, el mayor ó menor ánimo de los reos, y no para descubrir la verdad que se busca: contra una práctica en que los delicados y pacatos inocentes estan mucho mas expuestos á confesar los delitos que no han cometido, que los duros y feroces delinquentes á declarar los que han perpetrado: contra una práctica en que la atrocísima tirantez de los nervios, la desunion de los músculos y la dislocacion de los huesos inhabilitan por toda su vida á los atormentados para cualquier arte ú oficio que pide fuerza ó destreza, perdiendo así la patria unos ciudadanos útiles, y sus pobres é inculpables familias su necesaria subsistencia: contra una práctica mas absurda, injusta y perjudicial que los combates judiciales y las demas purgaciones vulgares de los delitos: despues, volvemos á decir, que tantos escritores han empleado sus plumas contra el tormento, agotando cuanto podria decirse sobre esta materia, no nos queda otro medio para combatirle mas que el del silencio, y el de no manchar ni envilecer nuestras Instituciones con tratar en ellas de tan odioso y horrendo asunto. Creemos que en la actualidad muy pocos jueces y rarísima vez echarán mano del tormento, puesto que hace mas de veinte años asecuró el Señor Lardizabal (1), se usaba muy pocas veces en España, desde cuyo tiempo no se ha cesado de escribir con-

(\*) He aquí del sabio edicto del Gran-Duque de Toscana Pedro Leopoldo, el §. 33. «Confirmamos con nuestra soberana autoridad, y con una resolución especial la abolicion de la tortura, mucho tiempo hace desusada con nuestra aprobacion en los tribunales del Gran-Ducado, sin exceptuar ninguna especie de ella, así como no se exceptua niágun caso, ni ninguno de los efectos por qué se practicaba ántes en los procesos criminales.»

(1) Discurso sobre las penas, cap. 5 §. 6 núm. 40.

tra él así en nuestra península como fuera de ella; y para muy rara vez que puede usarse, demasiados libros tenemos que enseñan su uso, y que nos excusan el contribuir en manera alguna á un acto el mas doloroso y capaz de estremecernos (\*). Tambien creemos que nuestro sabio gobierno abolirá en breve el tormento fundando con especialidad esta lisonjera esperanza en una Real resolucion de 30 de Noviembre de 1797 que justifica mas nuestra omision; y que merece trasladarse literalmente en este lugar.

51. «Habiéndose procesado en el regimiento de infantería del Rey fijo de Manila á los soldados Juan Islava y Miguel Manjarres por haber sido acusados del robo de una hebilla de tumbaga en el acto de estar de centinela de vista de un reo que se hallaba en la Real fuerza de aquella plaza, sentenció el Consejo ordinario de oficiales á Miguel Manjarres á sufrir la pena de muerte pasado por las armas (despues de haberle impuesto la de tormento) con arreglo á la real orden de 30 de Enero de 1787 que impone esta pena á los que robaren estando de centinela, y á Juan Islava á ocho años de presidio, por haber abrigado el mismo robo y tener parte en él, conforme el artículo 66 trat. 8 tit. 10 de las Reales ordenanzas; pero no conformándose el capitán general de Filipinas con la sentencia de que Manjarres fuese pasado por las armas, pareciéndole que por la fealdad del delito debia sufrir la de hor-

(\*) Hablando Howard de nuestra cárcel de villa, dice «Las paredes de uno de los aposentos, destinado para la odiosa operacion de la tortura, estaban manchadas de sangre. Es mucho dolor hallar semejantes vestigios de crueldad en una nacion humana y generosa por otros respetos.» «Les murs de l'une d'elles, qui servoit à l'odieuse operation de la torture, étoient souillées de sang. On est affligé de trouver de telles traces de cruauté chez une nation qui à d'autres égards on peut appeler humaine et genereuse.» *Etat des prisons tome second page 8.*



ca, mandó suspender la egecucion y lo hizo presente con arreglo á ordenanza.»

52. «Examinado este punto en el Supremo Consejo de guerra ha hecho presente á S. M. que reconoció el proceso que le dirigió en derechura el coronel del cuerpo, se observa que aunque Manjares, que en sus primeras declaraciones siempre se mantuvo negativo, confesó el delito que se le imputaba en la cuestion de tormento, ratificándose fuera de él despues de pasadas veinte y cuatro horas, y aun perseverando en su confesion en la comparecencia que hizo en el Consejo ántes de votarse la causa: esto no obstante fijando la consideracion en los indicios que aparecian contra dicho reo en aquel estado de la causa, su clase, su naturaleza, y en que estos no se hallaban justificados en la forma prevenida por derecho, aun para el solo efecto de aplicarle la cuestion de tormento, como así lo comprehendió el auditor en su dictámen, del qual no debió variar, sin embargo de las nuevas diligencias que se practicaron á propuesta suya para mayor comprobacion del hecho, porque en ellas nada se adelantó en orden á la prueba, quedando esta en el mismo estado que tenia ántes, no pudo ni debió opinar que se llevase á efecto la sentencia de tormento, y mucho ménos invertir el orden legal que prescribe, que siendo dos los reos se empiece por el mas indiciado, lo era en este caso el otro co-reo Juan Islava por hallarse confeso y convicto de haber existido en su poder parte de la hebilla robada: que este orden se alteró atormentando primero y únicamente á Manjares, y egecutándolo con el exceso que se nota en el proceso, pues sin tener la justa consideracion que corresponde á su menor edad, y no obstante que sufrió el primer tormento en el lagarto del brazo derecho, porque se mantuvo negativo, insistiendo siempre en que Islava habia robado la hebilla, se procedió á darle el segundo en el brazo izquierdo, hasta que por fin se le arrancó la confesion que con tanto empeño se buscaba.»

53. «Que atendidas todas estas circunstancias y las ilegalidades con que se procedió en todo, es preciso convenir en que la tortura dada á este reo fue injusta é indebida, y la confesion hecha en fuerza de ella nula y de ningún valor, y por lo mismo incapaz de producir el efecto á que terminaba; y finalmente que aunque el tormento es un medio de prueba que autoriza la ordenanza, *el uso de él ha caducado en cierto modo*, por lo menos en los casos en que solo se trata de investigar delitos frecuentes, y que no salen de un orden comun, reservándose solamente para los mas atroces, ó de una transcendencia muy perjudicial, como son los de lesa magestad y otros exceptuados por derecho, segun se halla adoptado por la práctica general y uniforme de todos los tribunales; *los cuales ademas de las poderosas razones que hay para dudar de su legitima introduccion en ellos (\*)*, estan convencidos por otra parte por las reflexiones y experiencias de sus magistrados de que en la tortura

(\*) No se habla del tormento ni en el Fuero Real, ni en el Fuero viejo de Castilla; ni en el Ordenamiento de Alcalá, aunque sí en las Partidas tomadas del derecho romano y canónico, y de las opiniones de los intérpretes que corrian el siglo XIII, en que se formó aquella coleccion, la cual no tuvo autoridad alguna hasta que el Rey Don Alonso XI, en las cortes de Alcalá de Henares año de 1348 mandó en una ley del Ordenamiento de Alcalá, que los casos que no pudiesen decidirse por este, por el Fuero Real y demas Fueros particulares, se determinasen por dichas Partidas; y como antes de esta aprobacion habia leyes que determinaban el modo de hacer las probanzas, y se decidian las causas criminales sin el uso del tormento, es claro que las leyes de Partida que le establecen, no pudieron, ni debieron comprehenderse en la aprobacion del Rey Don Alonso, que es la que dió fuerza de ley á la de esta coleccion para ciertos casos. Por este, y otros fundamentos se dirá en la Real resolucion inserta, que hay poderosas razones para dudar de la introduccion legitima del tormento en los tribunales. Puede verse al señor Lardizabal cap. 5 y §. 6 cit. nn. 30, &c. y 35.



ra mas hay rigor que proporcion para descubrir la verdad, por- que al cabo siempre es un medio tan incierto como terrible y doloroso, que por su vicisima intension priva al hombre de la libertad y advertencia que necesita, arrancandole con violencia y por medio de agudisimos dolores una confesion que no puede tener toda la certeza que se busca para completar la prueba, cuyas razones no influyen menos á que sin ofensa de la ordenanza se adopten estos principios en los tribunales militares.»

54. El Rey en vista de estas fundadas razones del Consejo y conformandose con su parecer no ha venido en aprobar dicha sentencia, y quiere que en lugar de la pena capital que por ella se impone al reo Manjarres, sufra la extraordinaria de seis años de presidio en el de la fundicion de la plaza de Manila: y para que en lo sucesivo no se susciten iguales dudas á la que ha motivado la remision de este proceso, con perjuicio de la pronta administracion de justicia tan recomendada en la ordenanza, se ha servido declarar por punto general, que en casos de esta naturaleza los Consejos de guerra ordinarios y demas jueces militares se arreglen en la imposicion de penas á las prescriptas en la Real orden de 31 de Agosto de 1772, graduando segun las circunstancias la que ajuste exactamente con ellas; y que en este concepto se entienda la Real orden de 12 de Mayo de 1786 circulada en Indias á 30 de Enero de 1787, no obstante que por ella se señala indefinidamente la pena de muerte contra el soldado que estando de centinela robe alguna cosa de cualquiera valor que sea.» De orden de S. M. &c.»

*Sobre la defensa de los reos.*

55. En orden á la defensa de los reos, léjos de ser necesario escribir gruesos volumenes, como lo han hecho muchos jurisconsultos, tenemos por superfluo aun el dedicar

á ella un solo capítulo. En la legislacion criminal que debe observarse así con respecto á la substanciacion ó modo de seguirse los procesos como con respecto á los delitos y sus penas de que hablaremos despues, se hallarán todas las razones necesarias y fundadas para defender los culpados, como las encontrarán 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 expuesta en los lugares correspondientes de esta obra, se vendrá en conocimiento de si es ó no justa y razonable la defensa.

56. Pero no debemos dejar de vituperar una práctica, que por justa que parezca, y por autorizada é introducida que se halle en los tribunales, no deja de ser un abuso digno de desterrarse del foro como favorecedor de la impunidad. Debemos á los romanos el uso del arte oratoria en favor de los delincentes, dirigida no á libertarles de las penas que no merecen, sino á eximirles del castigo que han merecido. No quiera Dios que nosotros empleemos jamas nuestra pluma en sostener ninguna opinion que pueda comprometer injustamente la vida, el honor, ó la libertad de unos infelices que siempre han sido el objeto de nuestra mas tierna compasion; mas no por esto dejamos de tener presente á toda hora la sociedad ni la inocencia que puede ser victima de la perversidad. Concédanse y franquéense indispensablemente á los reos todos los términos y medios necesarios para hacer ver á sus jueces que no han delinquido, ó que no son tan culpados, como se cree; pero no queramos, movidos de una indiscreta y perjudicial ternura, favorecerles tanto que quede la republica ofendida sin la competente satisfaccion y la sociedad sin los utiles ejemplos que deben dársele. Este es el grave peligro ó derriemento que puede ocasionar el arte oratoria empleada en la defensa de los reos.



57 Conocemos que en el estado actual de cosas es forzoso por muchos motivos tengan los reos sus letrados que haciendo uso de todos los hechos conducentes que les comuniquen, y aplicando á ellos su instruccion en las materias criminales formen por escrito unas justas defensas que, bien leídas y meditadas por los magistrados, les indiquen ó demuestren el fallo que deben pronunciar; mas no alcanzamos que haya ninguna necesidad de que en un tribunal con todo su aparato se presenten los letrados para que á vista de los mismos reos oren en su favor, se valgan de los artificios retóricos, no para instruir á los jueces sino para deslumbrarles; no para decirles la verdad desnuda, sino para presentarles la mentira bien vestida; no para que respeten la justicia, sino para que la violen; no para convencer su entendimiento con la respetable autoridad de la ley y con la poderosa fuerza de la razon, sino para enternecer su corazon y excitar su compasion con el hechizo de la elocuencia, con pinturas ó descripciones patéticas, auxiliadas frecuentemente de los humildes ruegos de los acusados, y de las tiernas súplicas y lágrimas de sus esposas, hijos, padres, hermanos y parientes. Nosotros que nos sentimos dotados de un alma sensible y compasiva, y que acaso no podríamos dejar de ceder en parte á tantos terneros atractivos, si desempeñásemos el augusto ministerio de la judicatura, no podemos creer generalmente en nuestros magistrados tan duro é insensible corazon, ó tanta fortaleza que puedan conservar su razon tranquila, cuando agitando por tantos medios sus pasiones se excita una tempestad terrible en su imaginacion para hacerla zozobrar.

58 El arte pues de la elocuencia no debiera tener entrada en las defensas de los reos, fuesen escritas, fuesen verbales. Así las unas como las otras habian de circunscribirse á la narracion verdadera de los hechos, á la aplicacion clara de estos á las leyes, y á la exposicion sencilla de aquellas razones naturales y verosímiles que ofreciesen las circunstancias de las personas y de los acontecimientos.

Y no se crea, como por ventura lo creerian muchos de nuestros lectores, que este pensamiento es nuevo, ó que nunca se ha puesto en egecucion. La sabia nacion Egipciaca solo permitia acusar y defenderse por escrito, temiendo, no digo la oratoria de los letrados, sino la de los mismos reos en presencia de sus jueces. El Areopago ateniense no consintió en los principios á los acusados el valerse de los oradores, y aunque despues permitió que estos les defendieran, fue con la severa prohibicion de hacer uso de cuanto pudiera commover los afectos ó ablandar el corazon de los jueces. Y no hay necesidad de recurrir á tiempos antiguos. En la China segun varios viajeros se halla introducida al presente la misma práctica de los egipcios. No se ocultó á los legisladores de estas naciones que eran temibles como funestos y perjudiciales á la sociedad los hechizos de la elocuencia.

59 Si los romanos emplearon en la defensa de los delinquentes el arte oratoria que llegó entre aquellos al mas alto grado de esplendor, no fue en los primeros tiempos, pues adoptaron entónces la práctica de sus maestros los griegos, sino despues de haberse introducido que todo el pueblo congregado conociese y determinase las causas, siendo legislador al mismo tiempo que juez, y pudiendo de consiguiente por su propia autoridad absolver á los reos de las penas prescritas por las leyes, aunque no por esto dejó de ser funesta á la república la elocuencia, de que se hacia frecuentemente el mayor abuso (\*).

(\*) Dos egemplos singulares del abuso de la elocuencia y de los oradores en los tribunales á presencia de los reos, uno de Atenas y otro de Roma, se nos ocurren en este momento. Ante el celebre Areópago de Atenas compareció la hermostima Frine acusada y convencida de un crimen digno de pena capital. Su abogado Hipérides, orador famoso de aquel tiempo, empleó con el mayor primor todos los resortes de la oratoria en favor de la desgraciada delincuente; pero advirtiendo en el grave y tórico semblante de los venerables Areopagitas



60 Cuantas personas intervengan por razon de su ministerio en la defensa de los reos, con especialidad sus letrados, solo deben valerse en ella de medios licitos y decorosos sin perdonar por otra parte trabajo ni fatiga. Asi, es muy reprehensible aconsejar á un delincuente que falte á la verdad en sus confesiones ó declaraciones, aun quando por decirla hubiese de imponérsele la pena capital que haya merecido: presentar documentos falsos, corromper á los testigos, al juez, al escribano, ú otros subalternos, &c. La vanidad que tienen algunos abogados en libertar los reos de las penas correspondientes á sus delitos, no se conforma

la inutilidad de su elocuencia, recurrió astuto á otra mas poderosa y patética. Llegóse de improviso á la bella rea, y rasgando prontamente la parte anterior de su vestido desde el cuello hasta la cintura, *paso patentes*, como dice el sabio Benedictino Feijoo (Teatro critico tomo 6 disc. 2) *aquellos escandalos de nieve á los ojos de todo el concurso*, y mostró á todos los circunstantes lo que el pudor y la decencia obligan á cubrir y ocultar cuidadosamente al atrevido sexo. ¡Raro y terrible espectáculo en la asamblea mas respetable de la Grecia! Atónitos los inexorables jueces dieron á conocer bien pronto en su aspecto que eran hombres; y bien fuesen iucitados por la lascivia, bien fuesen movidos de compasion, que es á lo que, piadosamente juzgando, mas nos inclinamos, llegándose á votar la causa, todos absolvieron á la venturosa Frine, saliendo libre la culpada, y culpados los que entraron inocentes. El otro ejemplo de Roma tiene alguna semejanza con este. Manlio Capitolino, así llamado porque rechazó á los Galos del capitolio, habiéndose valido del crédito, ganado con sus triunfos, para sublevar al populacho le hizo arrestar el Dictador A. Cornelio Cosso; y comparciendo en la asamblea del pueblo que habia de juzgarle, su orador Marco Antonio, abuelo del Triunviro, para libertarle del castigo merecido, rasgó de un golpe su túnica; mostrando al pueblo las cicatrices de las heridas recibidas en su pecho, y logrando por este medio su absolucion; aunque despues por haber incurrido de nuevo en el mismo delito, fue precipiado desde lo alto de la famosa roca Trapeya en el año de 384 antes de la era cristiana.

con la conciencia ni con la honradez. El verdadero honor de un letrado sobre este punto debe consistir en obtener la absolucion de un inocente, y en evitar se imponga mayor castigo del merecido á un desgraciado reo.

## CAPITULO IX.

*De la sentencia, su consulta y egecucion.*

### §. I.

*De la sentencia.*

1 Hemos llegado por fin al acto mas principal del juicio y término á que se han dirigido todos los demas: hemos llegado á la sentencia definitiva en que al parecer desplega el magistrado todo su carácter de juez, y desempeña el papel mas sublime de su respetable ministerio. Sin embargo no es mas que un mero órgano de la ley, á quien debe ciegamente obedecer, y si la ley es inexorable, tambien ha de serlo el juez. Al entrar en el templo venerable de Temis debe deponer todo amor, todo odio, todo temor y toda compasion, pasiones enemigas capitales de la justicia, y que no conoce la ley. Para no inclinarse contra la razon á ninguno de los interesados debe revestirse de una cierta firmeza é insensibilidad tan loables entónces como vituperables en otros muchos casos.

2 En la pronunciacion de su sentencia ha de conformarse el juez con lo dispuesto en las leyes patrias acerca de la causa que ha de determinar, y si no se encuentra ninguna ley que decida el acaso ni en general ni en particular, ó se dudase de su inteligencia, ha de consultarse al Soberano para que la establezca, bien en derecho, bien por medio de su superior y particularmente del supremo