

si se muestra parte. El nombramiento de promotor no es tan necesario que su falta anule el proceso, peesto que ninguna ley ordena que se haga; pero como los promotores contribuyen á la mejor espedicion de las causas, no dejan de nombrarse en las graves, aunque sí en las leves, en que es muy frecuente cortarlas despues de la confesion con un auto definitivo, conde- nando en costas y aperciendo ó imponiendo alguna multa al reo, que puede consentirla ó reclamarla.

25. Si estuviese completa la sumaria, pondrá el pariente ó promotor fiscal la acusacion con direccion y consejo de letrado: de ella se ha de dar traslado al reo, éste responde, el acusador replica y el reo satisface, por manera que con dos escritos de cada parte se concluye para prueba.

26. En las causas en que no hubiere acusador, ni hubiese de nombrarse promotor fiscal, *incontinenti* que se haya tomado su confesion al procesado, se ha de poner en auto haciéndole cargo de lo que resulta contra él en el sumario, y mandándosele que nombre para que le defiendan, abogado y procurador, en favor de quien ha de otorgar poder. El juez puede compe- ler á ámbos á que se encarguen de la defensa del procesado, como no tengan escusa legítima, que el mismo juez ha de califi- car de tal. En las causas criminales graves no se ha de admi- tir la renuncia de su defensa que hagan los reos, y si se obsti- nan en no querer defenderse, se ha de sustanciar el proceso co- mo en rebeldía, aunque notificándosela en persona para que no puedan alegar indefension en ningun tiempo.

27. En las causas en que haya acusacion pública, es parte el fiscal de S. M. por lo que debe acusar á los reos, segun lo que resulte contra ellos, y hacer las demas diligencias propias de su ministerio, aunque dicha acusacion se siga entre partes, ó sea incidente de otra causa principal: de suerte que sin perjuicio de aquellas ha de evitarse la confusion de las acciones privadas con las públicas. Hase mandado así para que muchas causas

no queden sin finalizarse, y muchos delitos de consiguiente sin castigo por separacion del acusador privado.¹

28. Despues de recibida la confesion á los reos, ó cuando alegan, suelen introducir artículo de soltura, del cual ha de dar- se traslado al acusador ó promotor fiscal, para que esponga lo que le parezca, y sustanciado, determinará el juez lo que con- ceptúe justo. Sobre este punto es regla general, como ya he- mos dicho,² que en todas las causas criminales en que conforme á lo que resulte del sumario, no se ha de imponer pena corpo- ral ó infamatoria al reo, ha de ponérsele en libertad bajo de fianza de estar á derecho, y de pagar juzgado y sentenciado, bajo de fianza carcelera, ó de ambas, ó bajo de caucion jurato- ria, segun la calidad del delito ó de la persona, y lo mas ó me- nos culpado que aparezca ser. Al mismo tiempo que se deci- de el artículo de soltura, se ha de recibir la causa á prueba, aunque despues de haberse alegado por ámbas partes, como se ha dicho.



CAPITULO VIII.

DE LAS PRUEBAS.

1. Materia por cierto muy árdua, delicada, y difícil de tra- tarse es la de las pruebas en las causas criminales. Si recurri- mos á nuestra legislacion, muy pocas leyes encontraremos que hablen de ellas; y si queremos engolfarnos en el espacioso pié- lago de las innumerables obras de jurisprudencia criminal de los

¹ Real cédula de 8 de Noviembre de 1787.

² Pueden verse los ns. 2 y 3, cap. 6.

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 interés de la sociedad en defender la inocencia con el interés de la misma en no dejar impunes los crímenes, principio de que depende el gran sistema de sus pruebas, favorecieron la impunidad de los reos, espusieron 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. ¡Cuánta instruccion, sagacidad y cuidado no son indispensables para no precipitarse en un extremo huyendo del otro, para no dejar impune á un culpado, ni castigar á un inocente, y por el contrario! ¡Qué historia tan dolorosa no podria escribirse de cadalsos y patíbulos colocados en las plazas públicas para sacrificar en ellos la desgraciada inocencia. Por lo tanto, si ha de desempeñarse este capítulo 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 esponiendo la práctica de nuestros tribunales, llenemos el grande vacío de nuestra legislacion 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 estravagantes del error y estravío del espíritu humano en esta parte del mundo que habitamos. Dióseles 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 creian no podia rehusar el cielo un milagro en favor de la inocencia, y ni aun sospechaban los artificios con que los malhechores

podian someterse impunemente á tales pruebas.¹ Estas se hacian con el agua fria, con el agua hirviendo, con el fuego, con el hierro encendido, el combate, la cruz, la eucaristía, y aun algunas veces, en caso de homicidio, con poner al acusado en presencia del cadáver, por si corria 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 menos cierto que jamas los aprobó la Iglesia, aunque los toleró algunos siglos, y se prescribieron ceremonias y fórmulas de oraciones, imprecaciones y exorcismos. Seria cosa larga referir los modos de hacer todas las pruebas, por lo que solo espresaremos el de la del hierro encendido.

4. Despues de ayunar el acusado tres dias á pan y agua, oia misa y comulgaba, haciendo juramento de estar inocente antes de recibir la sagrada eucaristía. Se le conducia al lugar destinado en la iglesia para hacer la prueba, se le echaba agua bendita, y aun bebia de ella. Hecho esto, tomaba el hierro, encendido mas ó menos, conforme á las presunciones y gravedad del crimen, y le levantaba dos ó tres veces, ó le llevaba mas ó menos lejos, segun la sentencia. Entre tanto los sacerdotes recitaban las oraciones acostumbradas. Despues se le metia 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 dias, y entónces si no se advertia 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 for-

¹ Se refiere de un hombre, que aun en aquellos tiempos de ignorancia y barbarie, tuvo bastante filosofia y valor para rehusar la prueba del hierro encendido, diciendo no era un charlatan; y que haciéndole el juez algunas instancias para que obedeciese 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 debia tentarse á Dios.

tuna se hallan abolidos enteramente en Europa, donde en el dia solo se recurre á las pruebas que son medios lícitos y conducentes para investigar la verdad.

6. La prueba es una justificacion de cosa ó hecho incierto; y hablando con respecto á los delitos, la dividiremos en perfecta é imperfecta. Llámase perfecta, plena y completa la que escluye la posibilidad de que cierta persona no sea reo; é imperfecta ó semiplena la que por el contrario, no la escluye. 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. Además, 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 acredita 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 éste, 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 caractéres, 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 conceptúe muy falaz el juicio sobre la comprobacion: fuera de que por la diversidad de tinta ó pluma, y por en-

fermedad ó vejez de quien escribe, suelen ser desemejantes sus letras.¹

8. La escritura puede ser el sugeto del delito, ó el cuerpo mismo del delito, como un billete falsificado de banco con la firma del falsario y fe de un escribano;² puede acreditar directa é inmediatamente el crimen como el instrumento solemne de un contrato usurario ó simoniaco, en cuyos dos casos la escritura hace una prueba perfecta; ó puede tan solo suministrar argumentos para demostrar el hecho, y entónces, no obstante la autenticidad, únicamente suministrará un indicio. Si testigos declaran haber visto á una persona raer cifras ó letras para sustituir otras, imprimir un libelo, contrahacer una letra de cambio, 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 sábio criminalista Pastoret, es la mas comun, y á pesar de los peligros que ofrece, no es la menos 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 Pivardiere dos testigos habian visto cometer el crimen, otro habia oido los gemidos de la víctima que espiraba, otros habian oido tambien el fusilazo ó visto la ropa blanca ensangrentada. No obstante, ninguno de estos hechos era cierto, pues la Pivardiere vivia.” Todos los pueblos, parece, han admitido la prueba de testigos, que es la mas antigua, puesto que no habia otra antes de la invencion de la escritura.

10. En las causas criminales, así como en las civiles, hacen prueba plena para condenar los testigos mayores en toda excepcion ó sin tacha, contestes y concordés en el delito, su per-

1. Puede verse la ley 118, tit, 18, part. 3; y el Febr. Reform. Part. 2. lib. 3, cap. 1, n. 304 y 312.

2. De la falsedad de los instrumentos públicos y del modo de probarla, se trata en el Febr. Reform. lug. cit. ns. 301, 302, 303 y 304.

petrador, lugar y tiempo siendo sustancial,¹ debiendo dar la razon de su dicho, ó espresar por qué saben lo que afirman, si es por vista, por oidas, ó por creencias; de manera que en causas sobre destierro, perdimiento de miembro, ó pena capital, han de ser forzosamente preguntados por dicha razon, y no sabiendo ó no queriendo darla, ningun crédito ha de darse á sus deposiciones. En otras causas fuera de las espresadas, si el testigo no da la razon de su dicho, por no habersele preguntado no dejará de valer su declaracion.²

11. Un solo testigo nunca es bastante por sí solo para hacer prueba completa, á escepcion de que si damos crédito al Sr. Elizondo,³ 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 espuesta 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 ve 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 legítimo todo feto concebido durante el matrimonio, confiando la ley en la madre como si fuera la misma honestidad.

12. Si los testigos están varios en sus declaraciones, serán singulares é indignos de crédito.⁴ El Sr. Elizondo⁵ para dar á

1 Si no 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 éste. 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.

2 Leyes 16 y 32, tit. 16, Part. 3.

3 Pract. univ. for. tom. 1, pág. 128, n. 10 al fin.

4 Ley 28 cit., tit. 16 Part. 3.

5 Lug. cit., pág. 129, n. 12.

conocer el aprecio que debe hacerse de la singularidad de los testigos, divide ésta en *diversificativa, obstativa y adminiculativa*. 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 fué 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, si no una prueba plena, mas que semiplena.¹

13. Tratándose de averiguar un delito que consiste en un 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 comprende varios actos particulares, como el de heregía, 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 dignos de fe y habiendo algunas presunciones en favor de sus dichos, harán éstos prueba plena para imponer la pena correspondiente al delito, aunque no para hacer ninguna restitucion á los testigos, si no hacen otra prueba cumplida, porque la codicia podria estimularles á violar la verdad.²

14. Variando los reos ó los testigos entre sí, ó éstos y aquellos, ó los acusadores y acusados, suele recurrirse al careo en-

1 Citando un testigo á otro que se halló presente, y estando éste 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.

2 Ley 4, tit. 6, lib. 8 de la Recop.

tre las personas discordantes, por si puede apurarse la verdad, leyéndoles á presencia del juez sus declaraciones, y haciéndose mutuas reconvenções sobre ellas, cuya diligencia se estiende despues con prolijidad; pero nosotros estamos persuadidos de que convendria desterrar 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 Sr. Elizondo asegura¹ que su experiencia todo el tiempo que sirvió la fiscalía del crimen de la chancillería 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 perjurios 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 creido los autores de este principado no solo inútil, sino tambien dañoso. Sin embargo, lo vemos prescripto en la Ordenanza del ejército,² que manda se careen con el reo uno por uno los testigos despues de haberse ratificado; mas á pesar de esto, el doctor Valademunt y Serra, fiscal que fué de la auditoría general de guerra del ejército y de dicho principado, con quien se conforma Colon,³ no tubea en decir que la confrontacion del reo con el cómplice, testigo ó acusador trae muchos inconvenientes. Pueden preceder á ella varias preparaciones que desfiguren la causa. Para intimidar al reo y testigo basta la vista ó presencia inmediata de uno y otro. Por una parte es fácil que el de mejor talento convezza al otro, y por otra es regular que ceda el testigo, bien por compasion, bien por amistad; bien por ser de superior calidad

1 Práct. univ. for. tom. 4, pág. 359, n. 56.

2 Trat. 8, tit. 5, art. 23.

3 Juzgados militares, tom. 3, pág. 54.

el reo, bien por temor á éste. La utilidad del careo, segun se dice, consiste, ya en que en 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 espresados inconvenientes, que rara vez faltarán.

16. Puede ser testigo en las causas criminales toda persona de ambos sexos¹ que no carezca de razon, que tenga cierta conexion 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 interés, 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 deponer 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. Segun 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 atormentársele primero para que se admita su testimonio: ni aquel á quien se hubiese probado que fué 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 los que cometieron 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

1 La muger, segun 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 escepcion del testamento, en todas las causas civiles y criminales, y no hay ninguna razon para que se le prohiba serlo.