

nes 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 pueden costar á la inocencia el honor y la vida.¹

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 imágen de una maldad, mayor es la desaprobacion del público 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 éstos no son aptos para hallarla en un caso, tampoco podrán serlo en otro. XXVIII. Prohíbese 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

¹ Los criminalistas llaman *necesarios* los testigos de que aquí se habla, por la necesidad que suponen de admitirlos, aunque inhabilitados de testificar por la ley, en los casos en que faltan otros hábiles y capaces.

gravedad del delito, ha de poder pedirnos la dispensa de esta disposicion, escepto de cualquier crimen comprendido en la clase de los homicidios, ú otros 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 menos nociva su impunidad, cuando el público 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 crímenes.

43. En órden á la probanza de los referidos delitos que han obtenido el nombre de *privilegiados*, por hallarse esentos 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 escepcion alguna fuera del enemigo capital;¹ y que el pecado nefando puede acreditarse con el mismo género 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 estremado horror que no puede menos de inspirar el segundo, tan contrario á las leyes del pudor y de la naturaleza, pudieron dictar las espresadas 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, espresando en el auto que se ratifiquen los testi-

¹ Leyes 8 y 13, tit. 16, Part. 3.

² Ley 1, tit. 21, lib. 8 de la Recop.

gos del sumario, abonándose los muertos 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 álguien, 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 podria seguirse al reo, quien acaso querria y podria 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 leído 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 oficia bien podrian admitirles en todo tiempo, sea en contra del reo, sea en su favor, y aun revocar la sentencia condenatoria que hubiesen pronunciado, si contase 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 éste, 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, puede 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 por que 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,¹ 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 ésta 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: éste 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 abolido en

¹ Puede darse traslado de las tachas de los testigos á quien los presentó, por si se le ofrece que decir contra la admission de ellas.

nuestros dias muchos soberanos de Europa,¹ y que tantos sábios 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 están mucho mas espuestos á confesar los delitos que no han cometido, que los duros y feroces delincuentes 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 remedio para combatirle mas que el 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 hecharán mano del tormento, puesto que hace mas de veinte años aseguró el Sr. Lardizabal,² se usaba muy pocas veces en España, desde cuyo tiempo no se ha cesado de escribir contra 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 escusan de contribuir en manera alguna á un acto el mas

1 He aquí del sábio edicto del gran-duque de Toscana Pedro Leopoldo el § 33. "Confirmamos con nuestra soberana autoridad y con una resolucion especial 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 exceptúa ningun caso, ni ninguno de los efectos por qué se practicaba antes en los procesos criminales."

2 Discurso sobre las penas, cap. 5, § 6, n. 40.

doloroso y capaz de estremecernos.¹ Tambien creemos que nuestro sábio 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 órden 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, tratado 8, título 10 de las reales Ordenanzas; pero no conformándose el capitan 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 horca, mandó suspender la ejecucion 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 reconocido el proceso que le dirigió en derecho el coronel del cuerpo, se observa que aunque Manjarres, que en sus primeras declaraciones siempre se mantuvo negativo, confesó el delito que se le imputaba en la cuestion del tormento, ratificándose fuera de él despues de pasadas veinte y cuatro horas, y aun perseverando en su confe-

1 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 á l'odieuse operation de la torture, étoient souillés de sang. On est affligé de trouver de telles traces de cruauté chez une nation qu'a d'autres egards on peut appeler humaine et genereuse." *Etat des prisons, tome second, page 8.*

sion en la comparecencia que hizo en el consejo antes 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 éstos no se hallaban justificados en la forma prevenida por derecho, aun para el solo efecto de aplicarle la cuestion de tormento, como así lo comprendió el auditor en su dictámen, del cual 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 ésta en el mismo estado que tenia antes, no pudo ni debió opinar que se llevase á efecto la sentencia del tormento, y mucho menos 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 Manjarres, y ejecutándolo con el esceso que se nota en el proceso, pues sin tener la justa consideracion que correspondia 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 fué injusta é indebida, y la confesion hecha en fuerza de ella nula y de ningun valor, 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 trascendencia

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,¹ están convencidos por otra parte por las reflexiones y esperiencias de sus magistrados de que en la tortura mas hay rigor que proporcion para descubrir la verdad, porque al cabo siempre es un medio tan incierto como terrible y doloroso, que por su vivísima intension priva al hombre de la libertad y advertencia que necesita, arrancándole con violencia y por medio de agudísimos 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 conformándose 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

¹ 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 en el siglo XIII, en que se formó aquella coleccion, la cual no tuvo autoridad alguna hasta que el rey D. 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 pudieran decidirse por éste, 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 comprenderse en la aprobacion del rey D. 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 resolución inserta, que hay poderosas razones para dudar de la introduccion legitima del tormento en los tribunales. Puede verse al Sr. Larribabal, cap. 5, y § 6 cit. ns. 30, &c. y 35.

militares se arreglen en la imposición de penas á las prescritas en la real orden de 31 de Agosto de 1772, graduando segun las circunstancias la que ajuste esactamente 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 robase alguna cosa, de cualquiera valor que sea." De orden de S. M. &c.

APENDICE II.

SOBRE LA DEFENSA DE LOS REOS.

55. En orden á la defensa de los reos, léjos de ser necesario escribir gruesos volúmenes, como lo han hecho muchos jurisconsultos, tenemos por supérfluo aun el dedicar á ella un solo capítulo. En la legislacion criminal que debe observarse así con respecto á la sustanciacion 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 espuesta 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 delincuentes, dirigida no á libertarle 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 víctima 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 República ofendida sin la competente satisfaccion, y la sociedad sin los útiles ejemplos que deben dársele. Este es el grave peligro ó detrimento 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 escitar 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 una alma sensible y compa-

siva, y que acaso no podríamos dejar de ceder en parte á tantos y tan tiernos atractivos, si desempeñásemos el augusto ministerio de la judicatura, no podemos creer generalmente en nuestros magistrados tan duro é insensible corazón, ó tanta fortaleza que puedan conservar su razón tranquila, cuando agitando por tantos medios sus pasiones, se escita una tempestad terrible en su imaginación 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 narración verdadera de los hechos, á la aplicación clara de éstos á las leyes, y á la exposición 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 ejecución. La sabia nación 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 Areópago ateniense no consintió en los principios á los acusados el valerse de los oradores; y aunque despues permitió que éstos les defendieran, fué con la severa prohibición de hacer uso de cuanto pudiera conmover los afectos ó ablandar el corazón 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 fué 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.¹

60. Cuantas personas intervengan por razón de su ministerio en la defensa de los reos, con especialidad sus letrados, solo deben valerse en ella de medios lícitos y decorosos, sin perdonar por otra parte trabajo ni fatiga. Así, es muy reprehensible aconsejar á un delincuente que falta á la verdad en sus confesiones ó declaraciones, aun cuando por decir la hubiese de imponérsele la pena capital que haya merecido, presentar documentos falsos, corromper 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 con la conciencia ni con la honradez. El verdadero honor de un letrado sobre este punto debe consistir

¹ Dos ejemplos 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 célebre Areópago de Atenas compareció la hermosísima Frine acusada y convencida de un crimen digno de pena capital. Su abogado Hepérides, orador famoso de aquel tiempo, empleó con el mayor primor todos los resortes de la oratoria en favor de la desgraciada delincuente; pero advirtiéndole en el grave y tético semblante de los venerables areopagitas la inutilidad de su elocuencia, recurrió astuto á otra mas poderosa y patética. Llegóse de improviso á la bella reo, y rasgando prontamente la parte anterior de su vestido desde el cuello hasta la cintura, *puso patentes*, como dice el sabio Benedictino Feijoo (Teatro crítico tom. 2. disc. 2.) *aquellos escándalos 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 fuese incitados por la lascivia, bien fuese movidos de compasión, 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 Coso, y compareciendo 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 absolución; aunque despues, por haber incurrido de nuevo en el mismo delito, fué precipitado desde lo alto de la famosa roca Tarpeya en el año 334 antes de la era cristiana.