

26. Puede el testigo ampliar su deposicion cuando la ratifica con explicaciones ó adicion de circunstancias que aclaren el concepto ó inteligencia de aquella, sin mudar ni enervar la sustancia; pero siempre ha de ser despues de la ratificacion, y en su apoyo, no para contradecir lo que antes hubiese asegurado. Y aun cuando lo depuesto se funde en creencia, opinion ó de oidas, podrá enmendar su declaracion, explicando los nuevos motivos que tenga para modificar ó variar su dictámen ¹.

27. Si el dicho es asertivo y de cierta ciencia, cuyo fundamento consiste en la percepcion de alguno de los sentidos corporales, cualquiera alteracion que haga el testigo por inconstancia ó malicia, no deja de ser culpable y digna de castigo, que suele ser de multa, graduada segun la gravedad de la variacion ó enmienda ². Y si esta es tan grave que se califique de perjurio notorio, se arresta desde luego al testigo, y se le trata criminalmente como á los demas reos. Lo mismo se hará, y aun con mayor motivo, si la variacion arguye complicidad en el delito principal.

28. La ratificacion únicamente se hace por requisitoria en el caso que no pueda verificarse por otro medio; y entonces no ha de hacerse por copia inserta de la deposicion del testigo, sino por ella misma original, desglosándola con este fin del proceso si no hubiere otro arbitrio, pues así conviene, á causa de que las mas veces el testigo ha de ver y reconocer su firma, rúbrica y hasta la letra con que está escrita, para calificar la ratificacion, ó los motivos de retractarse ó variarla si le parece.

29. En casos urgentísimos, como en el de temerse próxima la muerte del herido que dió una declaracion de importancia; siendo el testigo extrangero transeunte, que ha de hacer una larga é incierta ausencia; ó bien algun condenado á muerte ó á presidio, cuyas condenas han de ejecutarse sin tardanza, y así otros; se deben ratificar, segun Herrera ³, luego que hagan su declaracion, aun cuando sea en estado sumario ó fuera del término de prueba; y sin necesidad de repetirlos en este, valen como si dentro de él se ratificasen; cuidando que en ningun caso de estos falte la citacion de los reos, ni el habilitar los estrados para hacerla, si hay ausentes, aunque se reduzca el término de los edictos á horas, cuando el caso lo pida. Pero en mi dictámen esta opinion es arriesgada, pues se opone á la ley que ha señalado el tiempo legitimo de la ratificacion. Por tanto, fuera del caso en

¹ Herr. allí. — ² Herr. allí. Estos castigos pecuniarios se reservan de ordinario para definitiva. — ³ Lib. 2, cap. 4, pág. 269, num. 49.

que se mira muy remoto el tiempo de la prueba, y que muriendo ó ausentándose el testigo, ni podrá ratificarse ni ser abonado, por falta de otros capaces de ratificarlo; se prefiere el abono á la ratificacion anticipada.

30. Cuando el testigo resulta falso ó perjuro, se le arresta, como ya se ha dicho, se le examina y hace cargo; y en caso de no alegar un fundamento sólido, ó por lo menos una excusa plausible de su inconsecuencia, se le agrava la prision con el objeto de que se afirme y ratifique en su primera declaracion; no siendo justo que por su malicia ó torpeza se quede impune el delito con perjuicio de la causa pública. Si esto no bastare, se le apremia todavia mas; advirtiendo que cuando hay estos apremios equivalentes al tormento antiguo, la ratificacion no ha de hacerse hasta despues de las veinticuatro horas de la ley; pues de otro modo pareceria hecha por fuerza. Este medio del apremio solo tiene lugar en causas de pena de sangre, pues en las otras de menor gravedad al testigo vario se le castiga con multa, como se dijo arriba.

31. A veces ocurre que el testigo luego que acaba su declaracion pretende enmendarla ó dar otro sentido á lo que declaró, lo cual es contrario al derecho ⁴; no obstante si con el fin de comprobar su falacia ó soborno conviene examinarle nuevamente, ha de ser por separado, y con previo auto que lo mande ⁵. Este caso es muy distinto de aquellos en que el testigo amplía su dicho en el acto de la ratificacion, y tambien de aquel en que por error ó equivocacion incurre en algun deslíz ó inconsecuencia que quiere enmendar en el mismo acto de la deposicion.

32. Prueba instrumental es aquella que se hace con escrituras ú otros documentos, sean públicos ó privados. Toda escritura pública, ó que esté otorgada por escribano con los requisitos legales, hace plena probanza, si por ella se acredita el crimen y su autor; por ejemplo, el contrato usurario ó simoniaco; un billete de banco falsificado, con la firma del falsificador y la fe de un escribano ⁶; en este segundo ejemplo el escrito es el mismo cuerpo del delito, y en el primero el instrumento sirve para justificar directamente el crimen. Los otros escritos ó instrumentos que se llaman privados, como las cartas ú otros papeles que se encuentran al reo, si este no los reconoce judicialmente, solo

⁴ Ley 51, tit. 16, Part. 3. — ⁵ Herr. *Pract. crim.* lib. 2, cap. 2, § 4, num. 44. — ⁶ De la falsedad de los instrumentos públicos, y del modo de probarla, se trató en el tomo 3º de esta obra, tit. 2º, cap. 10.

suministrarán contra él un indicio, en cuyo caso se recurre á la comprobacion ó cotejo de letras por peritos. Mas esta comprobacion tampoco forma prueba plena ó completa, por cuanto los peritos solo pueden afirmar que les parece semejante tal y tal letra, pero no que sea efectivamente de una misma mano, en razon de que hay muchos que tienen habilidad para contra-hacer ó imitar letras ajenas. Por el contrario suele suceder que dos letras de un mismo sugeto sean desemejantes por haberlas hecho una en estado de salud y otra de enfermedad, por la alteracion de pulso, diversidad de pluma, tinta, etc., y así debe conceptuarse muy falaz el juicio que se hace sobre la comprobacion⁴.

33. A la prueba instrumental puede reducirse tambien la que resulta de los actos judiciales, y se divide en dos especies. Una es la que producen las partes en sus escritos y comparencias, cuyas confesiones contenidas en ellos, hacen probanza idónea y plena contra el producente. Otra es la de los autos y diligencias que extiende el escribano actuario, de expreso ó presunto mandato del juez, como son los testimonios, certificaciones y otras diligencias judiciales. Para dar los primeros se requiere mandato expreso del juez², como tambien que esten autorizados con el signo y firma del escribano. Las demas diligencias se autorizan con la firma y el *ante mi*, con cuyos requisitos unos y otros actos hacen prueba; pero las certificaciones y diligencias simples que no estan autorizadas con el signo ni el ante mi, no merecen mas crédito que el de un testigo cualquiera. Por consiguiente la fe del escribano es esencialmente necesaria en el juicio, so pena de nulidad de los autos; y así jamas debe omitir su signo en los testimonios, y su firma con el ante mi en las diligencias de alguna entidad. En casos gravísimos, cuyo buen éxito pende del sigilo, suelen nombrar los tribunales superiores por actuario, uno ó dos de sus ministros ú otras personas de dentro ó fuera del tribunal, autorizándolas antes para aquel único acto; el cual nunca pasa del sumario, ó de aquel estado en que el asunto puede ya publicarse sin inconveniente⁵.

34. Las escrituras é instrumentos pueden presentarse en la causa criminal despues de conclusa, como no esté sentenciada; con tal que no se hayan dejado de dar en tiempo idóneo por culpa del que los produce⁴.

⁴ El que desee mayor instruccion sobre la prueba de instrumentos, vea el citado tomo 5º de esta obra, tit. 2º, cap. 10. — ² Matth. cont. 18, num. 22, y sig. — ⁵ Matth. cont. 76, num. 70. — ⁴ Parej. de edit. instrum. tom. 2, tit. 6, resol. 5.

35. El cuarto medio de prueba es la inspeccion ocular del juez, ó sea la evidencia, de la cual se trató en dicho tomo 3º, tit. y cap. citados, con relacion á los asuntos civiles, como sobre edificios, términos de pueblo, etc. En los criminales se acreditan por este medio muchos actos que prueban la existencia del crimen, como la inspeccion de heridas, cadáveres, rompimientos, incendios, aprensiones, etc.; pero debe acompañar siempre la fe del escribano en la actuacion de estas ocurrencias; pues de lo contrario no tendrá la simple inspeccion del juez aquel carácter legal que se requiere para que tenga fuerza de prueba en los autos.

36. La última especie de prueba es la conjetural ó de indicios, acerca de la cual han escrito mucho los autores criminalistas; pero casi todos con tanta metafísica y oscuridad que no es posible sacar de su doctrina unas reglas seguras. Ellos han subdividido los indicios ó presunciones en diferentes especies, á saber: urgentes y necesarios, próximos y remotos, dudosos y semiplenos, indudables y plenos, de hecho ó de derecho; y en la explicacion de estas diversas clases amontonan tan extrañas especies, sacadas de su caviloso entendimiento, y no de la letra ó espíritu de nuestras leyes, que esta materia viene á ser un intrincado laberinto. Y cabalmente aquí es donde se necesita mayor exactitud y claridad para no dar á los indicios mas valor del que deben tener. Las leyes de Partida exigen para condenar á uno que haya pruebas contra él tan claras como la luz. « La persona del home, dice la ley 26, tit. 1, Part. 7, es la mas noble cosa del mundo, et por ende decimos que todo juzgador que oviere á conoscer de tal pleito sobre que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro, que debe poner guarda muy afinadamente que las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales et verdaderas, et sin ninguna sospecha, et que los dichos et las palabras que dijieren firmando, sean ciertas et claras como la luz; de manera que non pueda venir sobre ellas dubda ninguna. Et si las pruebas que fueren dadas contra el acusado non dijiesen nin testiguasen claramente el yerro sobre que fue fecha la acusacion, et el acusado fuese home de buena fama, débelo el juzgador quitar por sentencia. » Aun está mas clara acerca de los indicios la ley 12, tit. 14, de la misma Partida, que dice así: « Criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusacion ó de rauto, debè ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ó por conoscencia (*confesion*) del acusado et non por sospechas tan solamente, ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra

la persona del home ó contra su fama, que sea probado et averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda... » « Pero cosas señaladas hi ha (añade luego la misma ley) en que el pleito criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigüe por otras pruebas... » y en seguida refiere varios hechos ó presunciones, en cuya virtud se tiene por justificado el adulterio, para imponer la pena correspondiente, sin hablar de otro ningun delito.

37. Por las citadas leyes se ve que el indicio solo, generalmente hablando, no hace prueba para condenar, excepto en los casos señalados ó determinados por las leyes. Se me dirá que el indicio que llaman los intérpretes necesario prueba completamente; por ejemplo, va Juan con una espada desenvainada persiguiendo á Pedro, y éntranse los dos en un sitio donde no hay ninguna otra persona; á poco rato sale Juan con la espada ensangrentada, y se encuentra á Pedro asesinado. Este indicio, dicen, es una prueba concluyente; como lo es tambien el parto de un delito de cópula carnal. Pero segun la idea que tenemos del indicio, ¿ podrá darse este nombre á unos hechos que son efecto necesario ó consecuencia forzosa de haberse cometido tal delito y por tal persona? Esto es cuasi una demostracion, y en mi entender la principal dificultad consiste en haber dado á la palabra indicio tal extension, que abraza las señales leves ó equivocadas, y las que, por decirlo así, demuestran el hecho. La ley de Partida lo expresó mejor llamando *sospechas* á las presunciones ó conjeturas que se forman á vista de unas señales dudosas; pero cuando estas son evidentes, cuando dimanan como efecto necesario de una causa, de modo que no puede menos de ser lo que indican; el juicio que se forma entonces no es una mera conjetura, una sospecha: adquiere tal grado de certidumbre que cuasi toca en evidencia; y así yo no llamaria á esta prueba conjetural ó de indicio, sino de *inferencia* necesaria. Lo mismo sucede cuando se juntan varios indicios independientes unos de otros, que concurren á demostrar el hecho principal que trata de averiguarse, apoyándose cada uno en la deposicion de dos testigos idóneos. 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 difunto, 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. Hé 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 hacernos 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 pais. Esto no podrá llamarse una prueba de indicios, porque todos tres no forman mas que uno, cual es la fuga (*).

38. No siendo pues los indicios de aquellos que arguyen una certeza de haberse cometido el delito por tal persona, ó de los que considera la ley como suficientes para prueba, no se puede condenar por ellos solos; pero si concurren con un testigo fidedigno, y son vehementísimos ó presunciones de derecho, se puede condenar hasta en la pena capital; como se ve por el ejemplo que puse en la nota del párrafo 2º.

39. Jamas debe tenerse por indicio la conmocion ó alteracion del acusado, pues vemos frecuentemente que los mayores facinerosos tienen un descaro é imperturbabilidad que sorprende; al paso que un inocente de carácter tímido se sobresalta y acongoja de verse en una prision confundido con los reos: tampoco es indicio la proximidad de la casa del acusado al lugar del delito, y otras señales equivocadas como esta; al contrario su conducta anterior podrá ser un indicio muy fuerte en contra suya ó en su favor, segun hubiere ella sido. Para que la fama pública forme indicio contra el procesado, deberá averiguarse el origen de ella, los hechos que la motivaron, entre qué personas corre, etc., á fin de saber el crédito que merece.

40. No hablo del tormento por no estar ya en uso este medio tan falible y cruel de averiguacion, contra el cual han escrito los mas célebres criminalistas, distinguiéndose entre ellos el señor Acevedo en su sólido y elocuente Tratado de la tortura, que corre traducido al castellano.

(*) Como toda persona acusada, ó que tema serlo por alguna causa, se halla expuesta á una incómoda prision, y á las innumerables vejaciones que son forzosa consecuencia de ella y de un proceso, no debe reputarse la fuga de un indicio, al menos grave, segun debería graduarse, si todos los jueces respetaran la libertad de los ciudadanos como es debido, y mandan nuestras leyes. Gutierrez. *Práctica criminal*, tomo 5º, tit. 2º, cap. 10.

41. Despues de haber dado á conocer las diferentes especies de prueba que se admiten en este juicio, y el valor de cada una de ellas, corresponde tratar de los trámites relativos á las probanzas. Procediendo el juez de oficio, despues de satisfacer el reo á la acusacion, recibe comunmente 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 muertos ó ausentes¹. Dentro del mismo término deben tacharse los testigos si quiere hacerse, á cuyo fin 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; es decir, que se proceda sumariamente. Si en vez de recibir el juez la causa á prueba, dice que la recibe á justificacion, sin añadir la calidad de todos cargos, es lo mismo que si la recibiese con ella; pero si en el auto se expresa simplemente que la recibe á prueba sin dicha circunstancia, en tal caso se hace ordinario el término probatorio, como tambien la causa. Lo más regular es, segun la práctica, recibirla á prueba con todos cargos, y no á justificacion; lo cual es conforme á la que siguen las salas de señores alcaldes de Casa y Corte, con la única diferencia que dicho superior tribunal solo señala tres dias de término en la abertura á prueba, aunque despues lo proroga, como lo hacen los inferiores; pero con la misma calidad de todos cargos, es decir, que todas las gestiones relativas á la defensa, han de entenderse con la prueba, sin confiarse ni publicarse el proceso despues de dada. Tambien se manda al reo que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue poder á favor de este último. Ni uno ni otro pueden excusarse de este cargo, y si lo hicieren, podrá el juez obligarlos, á menos que tengan alguna causa legitima que ha de calificar el mismo juez. No debe admitirse la renuncia de su defensa que hagan los reos en causas de gravedad; y si se obstinaren en no defenderse, se sustanciará el proceso como si se hiciese en rebeldía, aunque notificándose las providencias al reo en persona, para que en ningun tiempo alegue indefension.

42. Si la causa se sigue á instancia de parte, concluido el sumario manda el juez comunicarla al actor para que promueva su derecho mas en forma. De su escrito se da traslado al reo, y con dos por cada parte, á saber, el de acusacion, el de contestacion,

¹ Matth. de re crim. cont. 25. Leyes 4 y 17, tit. 52, y 4, tit. 57, lib. 12, Nov. Rec. Colon tom. 1, Juicio crim.

réplica y contraréplica, se admite á prueba, y sigue los mismos trámites que el juicio civil ordinario.

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

44. Cuando los testigos no pueden examinarse dentro del término concedido, por alguna ocupacion ú otro obstáculo que lo impida, se juramentan en él y valen sus deposiciones de este modo, como si de hecho estuviesen examinados; pues se finge en derecho que ambos actos son uno é idéntico; bien que esta práctica rige mas en los tribunales superiores que en los inferiores, á causa de que los últimos tienen por medio mas expedito el prorogar los términos, y dentro de ellos tomar de una vez el juramento y la declaracion¹. Pero adviértase que la proroga no tiene lugar de oficio, ni á instancia de parte habiendo trascurrido todo el término principal.

45. En vez de este medio ordinario de prorogar ó extender los términos probatorios, se halla otro extraordinario en el foro, cual es el de la suspension, tambien frecuente. En efecto el mismo juez de oficio, para que no trascurra el término principal y el de las prórogas mientras atiende á la actuacion de otras diligencias perentorias, manda á veces parar el curso de aquellos; y á solicitud de las partes suele proveer lo mismo, ó con respecto solo á la que lo pide, ó absolutamente. Si la suspension es total ó absoluta, mientras dura no puede hacerse gestion alguna sustancial respecto á la prueba, porque seria nula; mas siendo parcial la suspension concedida á alguna de las partes, solo con esta se entiende y no con las demas, pues el término corre para ellas².

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

47. Debe notificarse el auto ó decreto que no decide la soli-

¹ Herrero, lib. 2, cap. 2, § 4, num. 12. — ² Herrero, en el lug. cit.

cidad de próroga, y en que suele mandarse que se una á los autos, ó que á su tiempo se proveerá; ó que de la vista resultará la providencia; porque recae en materia que pide resultado efectivo, y omitiéndose la citacion, se priva á la parte del derecho de reclamar lo que le compete¹.

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

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

50. Cuando el reo es menor de veinticinco 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. Dúdase si este privilegio de la restitucion contra el término probatorio, corresponderá tambien al actor igualmente que al reo en la causa criminal. Algunos autores estan por la afirmativa, y otros por la contraria, no faltando razones á estos y aquellos. Lo mas probable parece, que si la causa de pedir el actor la restitucion fuese razonable, legal y justa, de modo que por su denegacion hubiere de quedar gravemente perjudicado en la prueba, se le debe conceder; pero si se conociese que su intencion es siniestra, por ejemplo, la de dilatar maliciosamente el éxito de la causa, se le denegará².

51. Este privilegio de la restitucion no altera la naturaleza de la causa, y por consiguiente si es de oficio, y se recibió á prueba con todos cargos, pasado el término que se concede al privilegiado, se considera en estado idóneo de sentencia definitiva. Así pues se mandan unir las pruebas á los autos; y omitidas la publicacion, conclusion, citacion y cualquiera otra formalidad se pronuncia; sin que sirva de obstáculo alegar de su derecho el fiscal ó el reo; pues en estos escritos recae por lo comun el proveido siguiente: *que se unan á los autos entendiéndose con la prueba, y sin perjuicio.*

¹ Herrero. allí, § 1, num. 6. — ² Herrero. lib. 2, cap. 2, § 3, num. 5.

52. En orden á las tachas que han de oponerse á los testigos, términos en que han de proponerse, y tiempo que se concede para la probanza de ellas, véase lo que se dijo en el tomo 3º de esta obra, tit. 2º, cap. 13.

53. Ultimamente hecha la publicacion de probanzas, bien se hubiesen tachado los testigos y concedido término por via de restitucion, bien no se haya hecho 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 para alegar asimismo de bien probado, pudiendo presentar otro escrito mas cada uno, y se concluye la causa por todos para definitiva.

CAPITULO III.

DE LA DEFENSA DE LOS REOS.

Doctrina del señor Gutierrez en orden á esta materia. — Se rebate la opinion de algunos que opinan ser perjudiciales las armas de la elocuencia en la defensa de los reos, fundándose en que no debe delumbrarse á los jueces ni conmover su corazon, para que fallen con mayor acierto. — Diversos medios forenses que puede poner en uso el abogado con el objeto de defender al reo. El primero es la nulidad, sea de todo el proceso, ó parte de él. — Diversos efectos que causa en el proceso criminal la nulidad. — Aunque el proceso se anule, no por eso debe quedar sin averiguacion el delito, é impune el delincuente: y así debe sustanciarse de nuevo. — De las demas excepciones ó medios de defensa. — Esta es tan precisa, que aun en aquellos casos en que se da comision para que se proceda al castigo con solo saber la verdad, no puede omitirse, como tampoco el término necesario para hacerla. — En cualquier estado de la causa pueden darse y recibirse pruebas en defensa ó favor del reo. — La defensa puede tener lugar sobre todas las partes del juicio. — La calidad de nobleza ú otra condecoracion que exima de penas afrentosas, puede alegarse como excepcion en todo tiempo. — ¿Qué efecto produce la excepcion de probidad, buena conducta, y la de no haber sido jamas procesado ni castigado por la justicia? — La disculpa de provocacion sirve muy poco.

1. EL Señor Gutierrez en un apéndice de su *Práctica criminal*⁴, tratando de la defensa de los reos, dice que: « lejos de ser necesario escribir gruesos volúmenes, como lo han hecho muchos

⁴ Tomo 4º, pág. 284.