

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*¹, tratando de la defensa de los reos, dice que: « lejos de ser necesario escribir gruesos volúmenes, como lo han hecho muchos

¹ Tomo 4º, pág. 284.

jurisconsultos, tiene por superfluo aun el dedicar á ella un solo capítulo. » Y añade luego : « en la legislación criminal que debe observarse, así con respecto á la sustanciación ó modo de seguirse los procesos, como con respecto á los delitos y sus penas, se hallarán todas las razones necesarias y fundadas para defender los culpados, como las encontrarán también 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. »

2. A esto poco se reduce la doctrina del señor Gutierrez en orden á los medios de defensa, empleando los restantes párrafos del apéndice en declamar contra la práctica introducida en el foro de usar las armas de la elocuencia para deslumbrar ó conmover á los jueces, y salvar á los que verdaderamente son reos. Para precaver este abuso y atajar sus perniciosas consecuencias, es de parecer el autor que la elocuencia no debería tener entrada en las defensas de los reos, fuesen escritas ó verbales; que así las unas como las otras habian de circunscribirse á la narración verdadera de los hechos, á la aplicación clara de estos 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. En apoyo de esta opinión, cita la costumbre de la nación egipcia, que solo permitia acusar y defenderse por escrito, la del Areópago de Atenas que no consintió en los principios á los acusados el valerse de los oradores, y cuando despues permitió que estos los defendiesen, fue con la severa prohibición de hacer uso de cuanto pudiera conmover los afectos, ó ablandar el corazón de los jueces; y por último la de los chinos, donde segun varios viajeros se halla introducida al presente la misma práctica de los egipcios.

3. No hay duda que son vituperables todos los artificios que se emplean en desfigurar la verdad con el objeto de que los delitos queden impunes; pero cuando sin perjuicio de ella, y para dar el abogado mayor realce á su discurso, quiera emplear todas las galas de la elocuencia, ¿por qué se le ha de privar de este recurso? ¿qué sería de las artes de la imaginación, si el desnudo y árido raciocinio hubiese de dominar exclusivamente en el foro? ¿admiraríamos hoy las oraciones del inmortal Ciceron, si los romanos hubiesen admitido la costumbre del Areópago? No por

huir de un extremo demos en otro. La falacia, el embrollo, la superchería ó las declamaciones afectadas, siempre serán medios reprobados por la honradez y el buen gusto; pero no las oraciones graves, patéticas, en que se procura ilustrar y aun conmover á los jueces para salvar á un inocente del suplicio, ó minorar la pena al verdadero delincuente, cuya criminalidad disminuyen sus personales circunstancias, servicios que ha hecho al Estado, ú otras importantes consideraciones.

4. Pero ya es tiempo de orillar esta cuestión filosófica para tratar de los diversos medios forenses que puede poner en uso el abogado con el objeto de defender al reo, y esto en mi entender acarreará mayor utilidad que las discusiones de mera filosofía. El primero es la nulidad, de la cual hay tres especies: á saber, una sustancial, que destruye ó hace irrito el juicio, ya *ipso jure*, ya en virtud de excepción opuesta; otra que solo impide el progreso ó continuación de la causa; y otra que vicia alguna parte susceptible de enmienda ó rectificación. Es nulidad de la primera clase la falta de citación en la ratificación de los testigos y demás diligencias del plenario; la negación de término competente para defenderse; la falsedad del delito que se atribuye al procesado; los cargos apoyados en suposiciones falsas, imaginarias y fingidas; y algunas de las excepciones mixtas, que participan de dilatorias y perentorias; entre ellas la falta de jurisdicción del juez, en el caso que ninguna jurisdicción tenga que pueda prorogarsele. Las nulidades de la segunda clase consisten, ó en la ilegitimidad del juez, ó del juicio que se promueve; ilegitimidad del acusador ó denunciador; la de estar ya juzgado, sentenciado y castigado el delito por que se procede, sin nueva trasgresión que lo motive; el acusar uno los delitos cometidos contra otro en los casos que carece de acción para hacerlo, que son muchos referidos por las leyes, especialmente las del título 1º, Partida 7; la querrela ó acusación puesta por procurador en los casos y delitos en que hay prohibición de hacerlo, y cuando semejante autor tiene impedimento legal ó natural; como el menor de catorce años ó el demente. Las nulidades de la tercera clase son aquellas que se refieren á la falta de formalidad y solemnidad que deben guardarse en el juicio; como el haberse actuado el proceso en papel comun ó no sellado; la falta de firmas ó de fechas en las diligencias; extender las declaraciones de los testigos y reos en minuta ó copiado ó sin la presencia del juez, y otras semejantes en que se falta á las formalidades prescritas por las leyes. El reo puede oponer las nulidades de la primera y última clase en cualquier

estado de la causa, y las de la segunda luego que se le confía el proceso, y antes de hacer acto alguno en él; porque obrando como excepciones dilatorias, si calla es visto que virtual y espontáneamente proroga la jurisdicción de juez incompetente, consiente un procedimiento impropio, ó sufre ser acusado por persona ilegítima¹; en términos que haciendo otras gestiones sin entablar la excepción dentro del término legal, pasado este, aunque sea con juramento de haber venido nuevamente á su noticia, no se admiten, excepto si es privilegiado de restitución, y que de no admitírsele se le siga grave daño² (*).

5. No son unos mismos los efectos que causa en el proceso criminal la nulidad. Si es de aquellas que impiden el progreso del juicio, especialmente la declinatoria ó falta de jurisdicción del juez, causará un sobreseimiento de tal virtud, que no podrá hacerse progresiva la causa, sin su previa y expresa decisión, quedando sin efecto hasta la sentencia definitiva inclusive cuanto en contrario se practique³. Y si la nulidad toca á la primera ó última de dichas tres clases, ha de distinguirse si es de comisión ú omisión; si del acto cometido ú omitido penden otras; si la diligencia en que se advierte es sustancial y de esencia del proceso: ó si es accidental que toca solo al orden y trámites del mismo. Residiendo el vicio en cualquiera de las partes principales del proceso, no pueden subsistir las demas; y por consiguiente, si se verifica la nulidad en la falta de citación, defensa, legitimación de la parte que promueve la causa, verificación del delito y otras que son fundamento de todo, las demas diligencias ulteriores serán nulas; y en tal lance, deberá reponerse el proceso al estado de la última diligencia que se reconozca perfecta y legal. Mas cuando la nulidad se encuentra en otras partes secundarias sin las que pueden subsistir las demas del proceso, entonces subsanando aquella parte única viciosa, deben quedar válidas las demas⁴.

¹ Ley 7, tit. 6, Part. 3, y en ella Greg. Lop.; Carlev. tit. 2, disp. 5, num. 6.

— ² Olea de cess. jur. tit. 8, quæst. 1, num. 49; Carlev. tit. 2, disp. 5, tit. 4, discept. 2; Covarr. Pract. cap. 26, ley 10, tit. 17, lib. 4, Rec.

(*) Como la causa criminal se empieza por prisión y embargo de bienes, y se hace el proceso informativo sin citación ni audiencia del reo, no pudiendo por consiguiente oponer sus excepciones en aquel período, debe el juez evitar con el mayor cuidado toda infernalidad ó defecto en el proceso, desechando las querellas, acusaciones y denuncias que le parezcan siniestras ó contra ley y solemnidades prevenidas en ella, sin aguardar á que el reo lo pida; pues de lo contrario será responsable de los perjuicios que se le sigan.

³ Carlev. lug. cit. — ⁴ Gutierr. lib. 1, Pract. quæst. 99 y sig.; Cevall. Commun. quæst. 586; Carlev. tit. 1, disp. 2, num. 797; Gom. lib. 5, Var. cap. 11, num. 1.

6. Cuando la nulidad procede de falsedad, ha de mirarse si esta fue causada por ignorancia, error ó negligencia, ó si con dolo y malicia. Si lo primero, debe regir la doctrina expuesta en la última parte del párrafo anterior; y si lo segundo, los efectos son terribles; porque la falsedad que rige en una parte principal del proceso, jurídicamente se supone concurrir en todo por la malicia que contiene, y por la presunción de que el juez ó escribano que tuvieron la audacia de cometerla, procedieron así en lo demas; y de consiguiente este proceso se tendrá por no actuado, y el autor de la falsedad quedará sujeto a las penas que prescriben las leyes.

7. Como nunca la culpa y omisiones del tribunal ó sus ministros deben perjudicar á las partes interesadas y menos al público, aunque el proceso se anule, no por esto debe quedar sin averiguación el delito, é impune el delincuente. Así que debe sustanciarse de nuevo, valiéndose con discreción de las especies y justificaciones del proceso anulado que no tengan vicio ó tacha.

8. Ademas de la nulidad hay otros muchos medios de defensa cifrados en justas excepciones, que tienen por objeto, ó destruir la prueba acriminante, ó manifestar que el procesado ejecutó la acción á impulsos de un motivo poderoso, ó en uso de algun derecho propio; ó bien alegar prescripción, indulto ú otras razones porque no debe imponerse la pena.

9. Cuando se trate de destruir la prueba contraria, se ha de atender al mérito de esta, si es plena ó semiplena, tachable ó no; advirtiendo que un indicio se desvanece con otro contrario; el dicho de un testigo con la declaración favorable de otro; y aun la prueba entera se enerva con otra mas sólida y convincente; á cuyo propósito es de notar, que el juez de oficio debe averiguar los hechos ó extremos que debilitan la prueba acriminante, y proporcionar los medios de afianzar la defensa del reo, y descubrir la verdad¹.

10. Siendo ejecutada la acción que se reputa criminal en uso de un derecho, como el que amenazado de muerte mata á su agresor no pudiendo evitar de otro modo el peligro, se exime de la pena el procesado, siempre que justifique aquellos extremos. Asimismo hay hechos que aun cuando ofendan á un tercero, no llegan á ser delitos, ya por falta de dolo y culpa, ya de conocimiento ó de libre voluntad. Cada una de estas causas tiene su defensa particular, para la que servirán los principios sentados en el capítulo 1º, título 1º de este Tratado.

¹ Ley 1, tit. 37, lib. 12, Nov. Rec.

11. La prescripción es uno de los principales medios de defensa, pues no hay duda que habiendo pasado el término legal, acabó la responsabilidad del reo; como también si á este comprende algun indulto del Soberano, de cuya materia se tratará en uno de los apéndices que acompañarán á este Tratado.

12. Son también excepciones la de *litis finita*, litispendencia, sentencia ejecutoriada, culpa purgada, incompetencia de fuero y jurisdicción; la de los privilegios que exime de culpa y pena á ciertas personas por su edad ú otras circunstancias, etc.

13. Es tan precisa la defensa, que aun en aquellos casos en que se da comisión para que se proceda al castigo con solo saberse la verdad (*), no puede omitirse, como tampoco el término bastante para hacerla bajo pena de la vida al juez que de otro modo proceda⁴. Aun en los juicios de casos notorios, regularmente se concede; de modo, que si la urgencia y gravedad del caso lo exigen, puede en un día solo sustanciarse y sentenciarse un proceso, pero nunca sin defensa.

14. En cualquier estado de la causa pueden darse y recibirse pruebas á favor del reo, aun después de sentenciada, si antes no pudo hacerse; cuyo privilegio, así como el de la restitución *in integrum*, tiene por objeto reparar los graves perjuicios que pudieran seguirse sin esto á ciertas personas dignas de toda consideración por su estado.

15. La defensa puede tener lugar sobre todas las partes del juicio, esto es, sobre la falta de jurisdicción del juez; el hecho acusado, si es ó no posible; la inquisición y acusación; el cuerpo del delito; los testigos, prueba y exámen del reo y cargo del delito; la legitimación del proceso, mediante la ratificación de aquellos; las renunciaciones de las defensas; la confesión, etc.

16. La calidad de nobleza ú otra condecoración que exima de penas afrentosas y de infamias, puede alegarse como excepción en todo tiempo en virtud del mismo privilegio.

17. La excepción de probidad, buena conducta, y la de no haber sido jamás procesado ni castigado por la justicia, excluyen solo las presunciones leves que obran contra el que las produce².

18. La disculpa de provocación sirve de poco, pues nadie puede tomar la satisfacción por su mano. *

(*) Esta cláusula es de mas fuerza que aquella en que se dice que se proceda breve y sumariamente, sin estrépito ni figura de juicio.

⁴ Villad. cap. 3, pág. 62, num. 58 y sig. — ² Cur. Filip. lib. 3, § 13, num. 16.

CAPITULO IV.

DE LA SENTENCIA Y SU CONSULTA.

En la sentencia debe el juez arreglarse á lo que halle justificado en los autos, aun cuando privadamente le conste lo contrario. — El juez ha de absolver al reo cuando no está suficientemente probado el delito, y solo resultan contra aquel algunos indicios ó presunciones. — Siendo absuelto del todo un acusado por haber demostrado su inocencia, debería resarcirse de los daños y perjuicios que hubiese padecido. — Para el mayor acierto de los fallos en las causas criminales, está prevenido que los jueces inferiores den cuenta inmediatamente á los tribunales superiores de cualquiera muerte violenta, y otros delitos graves que se cometan. La sentencia que en ellos recaiga, ha de consultarse con dichos tribunales superiores después de pronunciada y antes de publicarla. — Consultada la sentencia, si el tribunal superior la confirma, manda devolverla al juez que la pronunció con la cláusula de *ejecútese*; pero si advierte que aunque está bien sustanciada la causa no es arreglada la sentencia, por falta de pruebas suficientes ó por otro motivo, dispone que la *causa venga por su orden*. Efectos de esta providencia. — ¿Qué deberá hacerse cuando los excesos cometidos por el juez inferior en la formación del proceso toquen en criminalidad? — No pasando de multa ó simple corrección la pena que merezca el juez por su exceso, no se le oye por mas que se excuse y quiera sincerarse hasta que previamente consigne y satisfaga la multa y costas en que haya sido condenado. — ¿Qué se hará cuando en la sentencia consultada se mencionen varios reos que cometieron un delito, y en cuanto á los unos parece aquella arreglada, y no en cuanto á los otros? — Las consultas de las causas criminales pendientes ante el corregidor de Madrid, sus tenientes y justicias del rastro de la Corte, van á la Sala de señores Alcaldes de Casa y Corte. — Consulta que hace la misma Sala á su Magestad de sus sentencias de muerte. — Las sentencias contra Grandes de España en causas criminales no han de pronunciarse sin consultarlas con el Consejo, y este con su Magestad. — No solo por consulta del juez inferior pasa la causa al tribunal superior, sino también por llamamiento de este, avocándola cuando la necesidad lo exige.

1. EL fallo de una causa criminal, y especialmente de aquellas en que se ha de imponer pena de muerte ú otra corporal afflictiva,