

título 4 del decreto de Cortes de 22 de noviembre de 1821, y 8 de enero de 1822 y 13 de junio de 1830.

## SECCION XIV.

## DEL MODO DE ESTENDER LA CONCLUSION FISCAL Ó ACUSACION.

252. El oficio fiscal es el de mayor confianza que se conoce en los tribunales, y no corresponderán ciertamente los oficiales de Estado mayor que lo ejercen en los consejos de guerra, sino procuran desempeñarle con rectitud y actividad, dirigiendo sus acusaciones de buena fé, buscando la verdad, y no la gloria de sacar delincuente al que no lo es con cavilaciones y sofismas.

253. Es vulgaridad tomar al fiscal por acusador, y el creer, dice Colon, que el fiscal ó ayudante en su conclusion siempre le ha de echar la ley al reo, y agravarle cuanto pueda: es inteligencia de gente bárbara, porque este empleo debe tener por fin la mayor integridad y pureza, y como defensor de la ley y juez de buena fé, obrar en sus diligencias con verdad y justicia, sin calumniar ni defender á nadie injustamente; porque el celo de la vindicta pública y el del Estado ha de tener tambien sus límites, y no debe escitarnos á que como unos furiosos pronunciamos arrestos, y decretamos penas extraordinarias contra los reos infelices: tampoco se han de violar los derechos del fisco con lánguidas acusaciones con ofensa de la justicia é impunidad de los delitos, torciendo el vigor de las ordenanzas por conmiseracion ú otro respeto, porque faltaria á las obligaciones de su empleo, y á las que exige la misma sociedad para su prosperidad y buen orden.

254. La misma preocupacion que se advierte sobre la obligacion de los defensores que queda notada al tratar de la defensa, se halla estendida en sentido opuesto sobre la de los fiscales de un consejo de guerra: los unos creen que siempre han de sacar inocentes á sus reos, y los otros llevarlos al patíbulo: ambos son errores que contribuyen no poco á que se enreden las causas, y se falte á la debida administracion de justicia.

255. Para evitar estos inconvenientes se espondrán algunas reglas sobre el modo de dirigir las acusaciones, sin faltar á las obligaciones del empleo.

En primer lugar debe el fiscal ó ayudante que va á estender su conclusion fiscal, hacer un extracto de todo el proceso con la proligidad que se dice al tratar de los defensores, y tener muy presente lo que mas adelante se explica acerca de las pruebas de los delitos, porque sin estos conocimientos se espone cualquiera á errar, y proceder á tiento en materia tan árdua y delicada.

Formado el extracto, reconocerá con cuidado la deposicion de los peritos, si los hubiere, y sus dichos son de grande valor; pero no de tanta fuerza que merezcan entero crédito, cuando se conoce se apartan de la verdad; despues se examinarán las declaraciones de los testigos, ratificaciones y careo, cotejándolo entre sí, y con la confesion del reo.

Hecho, esto, se pondrán en un papel con separacion los testigos que fueren de vista, como los que mas agravan al delincuente, y se verá con proligidad los términos con que refieren el cargo; y si concuerdan en lo principal, aunque discorden en alguna leve circunstancia, se despreciará esta: si se hallase inconfeso el reo, y no hubiese testigos presenciales, y solo algunos indicios, se colocarán estos con separacion, pesando con sinceridad y buena fé su fuerza: y viendo si con esta prueba queda de tal modo convicto que puede imponérsele la pena ordinaria, ó solo merezca la extraordinaria, ó la absolucion si fueren del todo favorables al reo, ó muy débiles; y en este género de causas es conveniente, y aun preciso, que el fiscal se estienda en la conclusion, juntando y poniendo á la vista todos los indicios, ponderando su valor, y fundando su dictámen, porque esta prueba es arbitraria, y á veces lo que convence y es necesario para unos ingenios, es para otros solamente probable, sin hacer caso de la opinion de algunos que quieren que las conclusiones se estiendan siempre con las precisas voces de la ordenanza, pues esto debe hacerse solo en aquellas causas, en que esté confeso el reo, y haya una plena prueba de testigos en vista de un todo conformes en sus dichos, y cuando no se verificáren estas circunstancias, lejos de arreglarse á ordenanza, se faltaria á ella, pues el mismo art. 26, tit. 5, trat. 8, orden. mil., á continuacion dice: «y en caso que no esté plenamente justificado el crimen, espondrá el fiscal en su conclusion lo que sintiere, segun le dictare el conocimiento de lo que constare por el proceso, etc.» y tiene precisa obligacion de hacerlo así en estos casos; pero en los casos de pena capital con confesion del reo y testigos, ¿en qué se falta á la ordenanza, porque estiendan y funden los oficiales que forman los procesos su dictámen? Los juicios militares no por breves se han de atropellar en las defensas y acusaciones, y asi como es permitido á los unos la libertad de producir en favor del reo lo que estimen oportuno para minorarle la pena, es tambien licito á los otros explicar con claridad su conclusion, y esponer las razones porque se imponen las penas á los reos. La vida de los hombres es materia en que debe procederse con el mayor pulso; y cuando los fiscales de un consejo se ven en la dura precision de privar de ella á alguno por sus delitos, no es, ni puede ser, como algunos quieren, contrario á ordenanza que espongan y funden con claridad su dictámen, sino que es laudable, justo, y en nuestro entender tan preciso, que debia exigirse de todos los fiscales ó ayudantes, que asi lo hicieran siempre, porque de este modo se enterarian mejor los vocales del mas ó menos fundamento con que se aplican las penas.

256. Es verdad que en nuestras conclusiones no es necesario la proligidad que piden en las audiencias las acusaciones que se hacen y declaran en pública audiencia, pues estas necesitan componerse con energia y artificio retórico, que no solo muevan el ánimo de los jueces, sino que sirvan para imponer al público, y hacerle tomar parte en el ejercicio de la vindicta pública: las militares basta que se espongan con sencillez, claridad y nérvio: Colon, t. 3, pág. 88.

Por real orden de 8 de mayo de 1850, se ha dispuesto, en vista de lo que espresa el art. 38 del trat. 8, tit. 5 de las ordenanzas, que los que desempeñen cargo de fiscales en los consejos de guerra han de leer sentados y con facultad de ponerse el sombrero, tanto en el proceso como en

la conclusion fiscal, descubriéndose y poniéndose en pie al invocar el nombre de la Reina, y pedir la pena del delito.

## SECCION XV.

## DE LA DEFENSA DEL PROCESADO.

237. Estendida la acusacion fiscal, se pasa el proceso al defensor para que en vista de lo que de él resulte y de los cargos de la acusacion pueda formar su defensa, rebatiendo y desvirtuando estos. No se debe exigir recibo del proceso al defensor, como solia practicarse antes, pero el fiscal debe hacer foliar las hojas y puede rubricarlas ó hacer que lo sean por el secretario, como se practicaron las copias de las declaraciones que se hacen para ratificar ú carear los testigos ausentes, quedando su responsabilidad á cubierto con el certificado del sumario de la causa, del punto, dia y hora, de haberse realizado ante él la entrega por el fiscal, ó á mayor autorizacion, verificarla á presencia de algun gefe caracterizado: real orden de 20 de abril de 1837. El escribano pone tambien diligencia del número de folios de que consta el proceso, y si al devolvérsele el defensor advirtiere que faltan folios, ó que hay enmiendas que antes no contenia, suspenderá el recibirle, y dará parte el fiscal al gefe respectivo para la determinacion conveniente.

238. Segun el art. 39, tit. 5, trat. 8 de las orden. milits., al oficial defensor se le ha de permitir, despues de tomada la confesion al reo, hablar con él, y se le dará traslado, ó se le entregará el proceso, cuando lo pida para fundar la defensa en razones sólidas y no sofisticas, que conspiran á embarazar caprichosamente el curso de la justicia, de cuya inobservancia se hará el oficial defensor que incurra en ella el cargo correspondiente á infractor de la ordenanza.

239. Los defensores están obligados á defender los reos sin perdonar trabajo; pero ha de ser por medios lícitos, pues de otro modo de patronos se harian reos. No deben por consiguiente corromper los testigos, ni al juez, ni aconsejar al criminal que mienta, aunque se trate de imponerle pena capital; tampoco articular falsedad, y en el caso de que haya confesado el delito, no puede decir el defensor con seguridad de conciencia, que no lo cometió; hace un juramento muy solemne de defenderle arreglado á lo que S. M. previene en la ordenanza, y faltaria gravemente á Dios en valerse de semejantes medios ilícitos, siendo responsable al tribunal de su divina justicia de los juramentos falsos que el reo haga por ocultar la verdad, si procede por consejo suyo. Le es permitido alegar razones, aunque no sean muy sólidas, con tal que no mienta en el hecho, pues esto nunca le es lícito.

260. Las defensas justas se han de formar arregladas al hecho que resulte del proceso: la primera diligencia ha de ser leerlo con atencion, extractarlo y poner con método las cosas que estime conducentes. Primeramente debe examinar con cuidado, si está probado el cuerpo del delito, que es el fundamento de las causas criminales, conforme se dice en los párrafos 1 al 10, seccion 1.ª del título 1.ª, porque faltando este preciso requisito, es forzoso

dé en tierra todo el edificio, y es una de las mayores defensas de las reos. Despues verá las pruebas que haya en contra, que se compendiarán en un papel.

Suponiendo que Juan de Medina es acusado de haber herido alevosamente á Isidro Paredes; sino constase bien ó faltase alguna justificacion del cuerpo del delito, señalará el folio del proceso en donde haya encontrado este defecto; pero si constase bastantemente, pasará á las pruebas contra el reo, y las colocará con arreglo.

Primera prueba: la de haber tenido pocas horas antes de la desgracia una riña en la cantina con el herido, en la que contestan el segundo, tercero y cuarto testigos de vista.

Segunda: que despues que salieron de la cantina vieron al reo y al herido juntos entrar solos en la bóveda, donde acaeció el hecho, y á alguna distancia al cabo Ramon de la Fuente, y á pocos instantes se encontró herido en medio de ella á Paredes; consta del segundo, cuarto y sétimo testigos.

Tercera: que la navaja que se encontró ensangrentada junto al herido era del reo, justificado con tantos testigos.

Cuarta: el odio que le tenia al difunto, probado por la deposicion de tres testigos.

Quinta: el haber dos confesiones estrajudiciales en que se declaró Medina por reo de estas heridas.

Sesta: el advertírsele manchas de sangre en la casaca, reconocida á presencia de tantos testigos.

261. Estendidas así las pruebas por su orden, examinará su valor y fuerza, la calidad de los testigos y modo de declarar y circunstancias de sus personas, ponderando si son ó no concluyentes; si dan razon de su dicho, esto es, si espresan cómo saben lo que declaran, que es muy esencial, si concuerdan entre sí en lo sustancial del lugar, tiempo, modo, persona, ocasion y número, ó si por el contrario van tan conformes en sus dichos, que se puede presumir soborno; si hay en las declaraciones variedad ó inverosimilitud; si son amigos ó enemigos ó partes del ofendido, y si son de mala fama, acostumbrados á perjurarse. En cuanto á las deposiciones debe considerarse tambien, si declaran con animosidad, diciendo mas de lo que se les pregunta, ó estendiéndose á interpretar el ánimo del reo, alterando el hecho, ó sacándolo de su natural sencillez; haciendo otras observaciones, de que pueden valerse los defensores, como si las heridas se hicieron en defensa propia, teniendo presente que en todos los crímenes, la cualidad agravante es el ódio ó malicia con que se cometen, y que á medida de esto se escluye ó minora el delito.

262. Para la mejor inteligencia del modo de combinar entre sí las declaraciones, se estenderá á continuacion el cotejo de lo que se supone han depuesto en el caso que llevamos figurado tres testigos en cuanto al odio del reo al herido, que es un indicio agravante contra él.

El ódio del soldado Juan de Medina á Isidro Paredes se infiere solo por las declaraciones de tres testigos, y hay alguna variedad en el modo con que estos lo deponen.

Primeramente declara el primer testigo que el reo tenia un grande ódio al herido, que siempre andaban riñendo, y que le ha oido decir al primero algunas veces que deseaba tener un lance con él para quitarle de enmedio, y no pararia hasta conseguirlo.

El segundo testigo ya dice solo que sabe que no se podian ver los dos; que entre otros dias riñeron uno estando de guardia en atarazanas; que luego los ha visto muchas veces juntos, y que Medina le ha prestado en ocasiones algun dinero en el juego á Paredes.

El tercero dice, que ha oido decir en la compañía, no se acuerda á quien, que el reo y el herido tenian enemistad; que nunca ha presenciado ninguna quimera; que los ha visto pasear juntos; contesta en el préstamo de dinero que dice el testigo antecedente; y añade que nunca ha oido á Medina hablar mal de Paredes, sin embargo de haber tenido con él varias conversaciones.

263. Estos tres testigos no están en sí tan acordes que quede por sus dichos justificado plenamente el odio. El segundo testigo, aunque único y singular en afirmar la enemistad de los dos, nos dice de donde sabe que andaban siempre riñendo, y que Medina provocaba á Paredes, si por haberlo visto ú oido á otros, y mientras no dé razon de su dicho, podrá dudarse algo de esta circunstancia, mayormente cuando en ella se advierte á los otros tan varios. El tercer testigo dice, sin espresar como, que sabe que se tenian odio los dos, y luego á renglon seguido añade que los ha visto pasearse juntos, y que el reo ha prestado dinero al herido, cosas que se oponen á la enemistad que se quiere suponer entre ambos. El cuarto contesta en el préstamo, y haberles visto juntos; y dice haber solo oido hablar del odio del reo y el herido, y como testigo de oidas ya se sabe el poco crédito que merece su declaracion: de lo que resulta que con esta variedad de sus deposiciones no está probado plenamente el odio para ser indicio de gravedad contra el reo.

De este ú otro semejante modo se van desmenuzando las demas declaraciones en cuanto á las otras pruebas que hay contra el criminal, cotejándolas á ver si concuerdan en lo principal, pues en esto suele á veces consistir la defensa de los infelices reos.

264. Tambien contra la persona del fiscal hay sus escepciones, como si fuere enemigo del reo, amigo del ofendido ó persona que tiene interes en la causa; si hay algun defecto en la forma substancial del proceso, que puede acaecer por no estar probado el cuerpo del delito, por haber usado de preguntas sugestivas, por haber omitido alguna diligencia, ó por otros motivos, y en este caso tiene precisa obligacion de hacerlo presente al consejo, aun cuando los sargentos mayores sean fiscales en las causas; y para que algunos defensores no tengan en este caso reparo de manifestar en su alegato los defectos que encuentren en el proceso, cediendo estos respetos en perjuicio de los miserables delinquentes; debemos decir en honor de la verdad y claridad, con que nos hemos propuesto hablar en esta obra, que teniendo estos oficiales á su cargo la vida y honor de los soldados á quienes defienden, seria siempre un terrible cargo, si por mera contemplacion los dejasen indefensos. No nos detendriamos en esforzar esto dice Colon, tom. 3, pág. 72, sino nos constara el errado concepto con que alguna vez fiscales y defensores han entendido sus facultades. En un consejo de guerra celebrado el año de 1785, espuso un oficial defensor las faltas de prueba que en la justificacion del delito se hallaban en un proceso, formado por un sargento mayor, y fué reconvenido públicamente por este, revestido intempestivamente del caracter de gefe, de modo que lleno el defensor de una reprehensible condescendencia, tuvo la debilidad de re-

tirar su alegato, y presentar otro, en que se ocultaron los defectos sustanciales del proceso que tanto favorecian á su reo, dejando indefensa una vida que puso en sus manos la sociedad, para que por medios legales y justos la defendiera, lo que así aseguramos por haber llegado esta causa á nuestro poder por bien rara casualidad. En cuyo consejo podria decirse que todos los que intervinieron en él salieron reos: el defensor por una condescendencia servil y baja que fué tan perjudicial ú su cliente: el fiscal por escederse de sus facultades, pues en aquel acto no comparece con representacion de gefe, sino como inferior á los capitanes, como lo manifiesta bastante no ser juez en la causa, y sentarse en el lugar inferior: y todos los vocales por su silencio y reprehensible tolerancia de permitir que el fiscal les usurpe las autoridades que el rey solo deposita en ellos, para proceder contra los reos, y testigos perjuros del proceso, pudiéndose estender hasta contra la persona del mismo oficial defensor, si en su alegato se separase de la ordenanza, y declamara contra la persona del fiscal con cláusulas que no vayan dictadas por la ingenuidad y respeto con que debe producirse, y á que es acreedor el noble oficio del fiscal, quedándole á este el derecho, cuando se disimulase al defensor cualquiera procedimiento irregular contra su persona, de hacerlo presente al mismo consejo, para que lo ponga en noticia del capitan general; y no siendo atendido, es-tender en el proceso una diligencia del hecho, y acudir por el capitan general, sin detenerse en llegar al tribunal supremo de guerra, ó hasta el mismo trono si fuese necesario, que es hasta donde alcanzan las facultades de un fiscal en aquel acto, que son las mismas en cualquiera que forme el proceso, sea sargento mayor, oficial de mayor graduacion ó ayudante.

265. Practicado lo que aqui queda espuesto con rectitud y actividad, debe tranquilizarse cualquier oficial que sea defensor, y creer que ha cumplido con las estrechas obligaciones de su encargo, aunque á su reo le saquen al patíbulo.

Es digna de sepultarse en eterno olvido la preocupacion que sobre esto se advierte en algunos que fundan el honor de los defensores en sacar bien á sus clientes por cualquier medio que sea; y este concepto tan equivocado es sin duda la causa de lo que se ha visto practicar algunas veces en las defensas de casos desesperados, para burlar el rigor de la justicia, llegando hasta censurar la conducta de los gefes en alguna circunstancia que intentan probar ha faltado en el asiento de la plaza de su reo atropellando por una caridad mal entendida los mas sagrados vínculos del juramento tan solemne que hacen; y adaptando las opiniones que la ignorancia, ó por mejor decir la impiedad, esparcen de que para libertar la vida á un infeliz, es lícito corromper testigos, presentar documentos falsos, censurar injustamente al fiscal, violar el debido respeto á los superiores, y hacer otras cosas indignas á la verdad de un proceder recto y cristiano; y no contentos algunos con estender estas máximas, si llega á suceder, como es preciso, que algun reo sufra la pena capital, se entretienen con el defensor en zumbas pesadísimas sobre si lo defendió bien ó mal, que recibidas por espíritus timoratos y exactísimos con nimiedad en el cumplimiento de sus obligaciones, les presentan cada paso la duda de si por falta de diligencias padecería su cliente el suplicio, contribuyendo no poco á que se afirmen en esto los ejemplares que luego se citan de otros que con mayor delito sufrieron pena mas benigna, cuyas especies en un asunto tan sério y

delicado deben impelirse por los gefes, como opuestas al servicio de ambas magestades y al derecho que tiene la sociedad de castigar los delinquentes y separarlos de ella.

266. No todos los delitos pueden tener defensa, y así cuando un oficial se halla con una causa en que el reo ha confesado claramente su crimen, ú otro, aunque inconfeso, de indicios vehementes y claros como esta de Juan de Medina que llevamos figurada, no le queda otro recurso que encomendar á Dios á su cliente, para que le dé conformidad y buena muerte, acudiendo en derechura á S. M. á implorar de su real clemencia el perdón, quien tenga acción para representar, según está mandado por real orden de 24 de febrero de 1776, sin que pueda hacerse esta instancia por los defensores, á quienes está espresamente prohibido por la real resolución de 6 de febrero de 1790. No es decir esto que se ha de desmayar el defensor, aunque no tenga este último arbitrio, pues tiene obligación, como queda dicho, de buscar todos los medios lícitos de una defensa, y cuando sea un caso claro como los espresados de pena capital, no pedir, como algunos hacen, la entera absolución del reo, porque en delitos atroces probados plenamente, choca esto infinito, sino contentarse con tratar de liberarle de la afrenta de un patíbulo con alguna pena extraordinaria.

Este empeño tan general que se advierte de querer sacar enteramente inocente á los reos, es las mas veces contra ellos mismos, porque faltando en las defensas la verisimilitud de los hechos y razones que se aleguen por los defensores, corre mucho riesgo de que sirvan de mas perjuicio que alivio á los infelices delinquentes.

267. De este modo pueden los oficiales formar sus defensas, observando en ellas claridad y método, y el arte de proponer en primer lugar las razones menos eficaces, y al último las mas fuertes, cuidando mas bien del nervio y solidez que de la abundancia de espresiones y frases hinchadas y citas superfluas; y para hacer mas perceptible el modo de estender una defensa, se pondrán en el formulario dos, la una la que corresponderia en el proceso que llevamos figurado de Juan de Medina, y la otra de una muerte dada por un soldado á un cabo de su compañía, en que el reo perdió la inmunidad de la iglesia á que se acogió, para que en casos desesperados como estos se sepa lo que se ha de pedir al Consejo.

268. Adviértase, que por real orden de 20 de abril de 1837, se ha declarado que no es conveniente á la brevedad de los juicios, cuya sustanciación y determinación tiene marcado el término de 24 horas en campaña y de tres dias en guarnición ó cuartel, por el art. 12, tit. 15, trat. 8 de las orden. mils., el que despues de estampada la conclusión fiscal se amplie con rectificaciones en vista de lo alegado por los defensores, en razón á que estos reclamarían con igual fundamento, y se dilataría indefinidamente el plazo señalado, principalmente si se atiende á que en el corto plazo que los defensores tienen la causa, si es larga ó complicada solo tienen el tiempo preciso para leerla, hacer apuntes separados y formar las anotaciones convenientes á formar su alegato, no debiéndose por estas razones hacer novedad en este punto en el que quiere S. M. se siga como hasta aquí lo referido en la citada ordenanza.

## SECCION XVI.

DEL TIEMPO QUE HA DE TARDARSE EN LA SUSTANCIACION DE UN PROCESO MILITAR Y EL QUE HA DE ESTAR EN PODER DEL DEFENSOR PARA FORMAR SU ALEGATO.

269. Aunque la ordenanza del ejército trat. 8, tit. 5, art. 12. previene que en campaña se ha de sustanciar y determinar un proceso en veinte y cuatro horas, y en guarnición ó cuartel en tres dias, no puede ser tan general esta regla, que no admita su escepción por la diferencia de los delitos, y el distinto modo que tienen de comprobarse. En los de fácil justificación, como el abandono de la guardia, deserción y otros en que intervengan pocos testigos, podrán muchas veces verificarse los deseos de la ordenanza; pero en los crímenes de homicidio, robo calificado, y otros de esta especie en que es preciso examinar una multitud de testigos, y practicar varios reconocimientos y otras diferentes diligencias extraordinarias, que va dictando el proceso, no es posible hallar pluma tan veloz que escriba en tan corto tiempo una causa de esta naturaleza, ni que pueda la misma actividad disponerla con las detenciones, que en las mas ocurren en el exámen de testigos de distintas jurisdicciones, por la licencia de su legítimo juez, en que se consume tiempo casi sin arbitrio del que forma el proceso. Además de esto en una causa de complicidad de dos ó mas reos en que ha de haber otros tantos careos con todos los testigos cuyo juicio aunque material, es dilatadísimo, ¿cómo podrá nadie darla en tres dias sustanciada, y determinada sin atropellar y faltar al cuidado y circunspección con que quiere el rey se proceda en materia tan escrupulosa y delicada?

270. Conociendo todas estas dificultades la ordenanza, espresa ya que la limitación de tiempo que prefija para la formación de un proceso, se entienda «cuando no concurren razones tan considerables, que obliguen á diferirlo. Sin embargo de esta escepción tan arreglada, que no debería olvidarse, es tanta la materialidad con que quiere seguirse la primera parte de este artículo, que algunos fiscales, por no faltar á él en procesos inmensos de muchos testigos, en cuya formación han consumido bastantes dias, atrasan las fechas, de modo que parezca sustanciado en tres: y luego estos mismos exigen del defensor lo detenga en su poder solo un dia para formar su alegato, cuyo procedimiento, sobre injusto, es tan general en todo el ejército, que las mas veces quedan indefensos los reos por esta limitación de tiempo, que se señala á los defensores. Así sucedió en un proceso militar, que dice Colon, llegó á nuestras manos el año de 1774, sobre un homicidio alevoso ejecutado con arma de fuego, en cuya formación se tardaron dos años, no solo por la particularidad de haber el reo cometido el delito, hallándose con licencia temporal fuera de su regimiento, haberle conducido á él, y haberse sustanciado la causa, estando los mas de los testigos ausentes; sino por el goce de inmunidad que alegó

el criminal, y perdió. Y sin embargo de lo enredoso y largo de estas diligencias, y mediar la circunstancia de que el defensor que formó el alegato, no tenía el menor conocimiento de la causa, por haberle nombrado nuevamente el reo por indisposición del primero, que anteriormente había elegido, solo le concedió el fiscal un día para enterarse de un proceso de doscientas hojas; y viendo la imposibilidad de formar la defensa en tan corto tiempo acudió al comandante de las armas, quien le prorogó solo hasta dos días más; pudiendo decirse que apenas dejaron lugar á este oficial para leer con la debida reflexión unos autos tan voluminosos, llenos de incidentes particulares. Y aunque el delito era atroz, y por él sufrió el reo debidamente la pena de horca, tenía sin embargo algunos puntos de defensa, que se omitieron en el alegato, casi sin arbitrio del oficial defensor, por la priesa y precipitación con que todos caminaron al fin de esta causa, y la demasiada paciencia con que procedieron en el curso de ella, en que se consumieron dos años largos; y tal vez hubieran movido el ánimo de los jueces en términos de haber mitigado algo la pena; pues en las defensas criminales deben tocarse hasta las circunstancias más despreciables, con tal que favorezcan en algo á los reos, por la variedad con que los hombres suelen formar sus juicios, y la mayor ó menor eficacia con que pueden convencer su ánimo.

271. Lo particular es, que la última ordenanza nada previene sobre esto, y corre no obstante esta práctica en todo el ejército en perjuicio de los mismos reos: en la del año de 1728 se mandaba, que solo estuviese el proceso en poder del defensor 24 horas; pero viendo al año siguiente los inconvenientes y perjuicios que producía la material inteligencia de este artículo, se sirvió la magestad del señor don Felipe V. prevenir generalmente por su orden de 3 de noviembre de 1729, que al defensor se le señalasen 24 horas de término, «ó el que le pareciese necesario, según las razones que para ello concurriesen.» Esta es la única orden que ha saído sobre este punto, sin que la última ordenanza que nos rige, diga nada en contrario, y solo infieren algunos que no puede pasar de 24 horas el tiempo que el defensor ha de tener en su poder el proceso, porque le señala el fiscal tres días para la formación de todo él; pero así como á este le da facultad para diferirle en ciertas causas de complicidad de testigos que sean enredosas, pide también la equidad que en las mismas se conceda también al defensor más tiempo, que es la mente de la real orden arriba citada; porque no es posible á la verdad en el cortísimo de un día poder extraer un proceso grande, enterarse de él, y formar con arreglo la defensa; que es el único asilo que les queda en aquellos momentos á los infelices reos.

272. Para esto sería muy conducente que los fiscales ó ayudantes no se atropellasen tampoco en la formación de los procesos, ni temiesen la censura de los gefes, aunque tarden en ellos más de tres días, siempre que haya motivos que obliguen á diferirlo, por estar autorizados por artículo espreso de la ordenanza. De este modo, sin faltar al pronto castigo que para su escarmiento exigen los delitos militares, se conseguiría que todos los delincuentes gozasen del asilo de la defensa, de que quedan muchos privados, por el corto tiempo que señala á los defensores en todas las causas por complicadas que sean, como se ha visto en el egemplar arriba citado del año de 74, que recordamos á los gefes tengan siempre

muy presente, cuando se hallen en el caso de determinar la solicitud de algun defensor, que les pida tiempo para enterarse del proceso.

273. Otros motivos hay que detienen indebidamente las causas militares, de que se siguen perjuicios considerables á los acusados; tales son la facilidad con que por cualquier pretesto se muda de defensores y fiscales: la tardanza en las ratificaciones y careos de los testigos ausentes: y el aglomerar gran número de testigos á veces sin necesidad: y alguna otra vez equivocar los interesados el tribunal militar que les señala la ordenanza, según la clase de los delitos, y la de las personas.

274. La mudanza de fiscal y defensor suele ser por desgracia demasiado frecuente: y no debieran de ningún modo permitirla los capitanes generales, que son verdaderamente los responsables de cualquiera tardanza que sufra la sustanciación de los procesos que se formen en sus respectivos distritos; porque siendo la defensa de los reos y el oficio fiscal un acto del servicio, no pueden ni deben escusarse los oficiales sin graves y legítimos motivos, que no son otros que los exceptuados en las reales órdenes de 17 de julio de 1800, 20 de abril de 784, 26 de octubre de 180, y 22 de julio de 804, de que ya se ha tratado en la sección 6.ª, y particularmente la de 23 de febrero de 814, por la cual declaró S. M. que fiscales y defensores no deben dejar sus encargos, y que solo podrán ejecutarlo cuando sus regimientos se embarquen para América, como así lo declaró en esta misma resolución, respecto al fiscal que entendía en la causa mandada formar á los gefes y oficiales del estinguido regimiento de infantería Velez-Málaga, en averiguación de cuanto ocurrió en la rendición del castillo de Villena, en que se mandó que continuara dicho fiscal en la causa, respecto á que, por su clase de agregado en el regimiento de Burgos, estaba dispensado de embarcarse con él: y también podrá el capitán general, como lo espresa la misma real orden, dispensar al gefe de un regimiento que esté nombrado por defensor de un oficial reo, cuanto á su juicio sea tal la importancia del servicio á que esté destinado, que merezca se prevenga al reo elija otro defensor; y fuera de estos casos no es permitido dejar unos encargos que son partes tan esenciales en la administración de la justicia militar, que padecerá muchos atrasos y entorpecimientos, siempre que en un proceso haya continua mudanza de jueces fiscales, como se ha visto en todos los que se han formado en esta última guerra, que algunos han llegado por esto á durar cuatro años. Colon, t. 3, pág. 168.

275. Acerca de las demás causas que producen la dilación de los procesos, á que se refiere aquí Colon, se ha tratado ya en sus lugares correspondientes.

## SECCION XVII.

## DE LAS PRUEBAS DE LOS DELITOS.

276. De poco sirve saber hacer un sumario y ponerle en estado de sentencia, si no se comprende bien el valor de las pruebas y sus grados

para poder juzgar. Este artículo es indispensable, no solo á los oficiales de estado mayor, sino á todos en general, para que sepan en los casos en que se hallen de defensores, de fiscales ó vocales, lo que han de pedir unos, y como han de sentenciar otros, por lo que hemos creído conveniente tratar aqui del valor de las pruebas, siguiendo á Colon, antes de pasar á esponer los trámites para la formación del consejo de guerra.

## § I.

*De las pruebas en general.*

277. Prueba es una declaracion hecha en juicio de alguna cosa dudosa por medios justos y legítimos. Se divide en *plena ó concluyente, semiplena é incohada*, porque como una declaracion ó medio es mas claro que otro, así tambien nacen los grados ó especies de prueba de mayor ó menor virtud.

278. *Plena prueba ó concluyente* se llama aquella por la cual el juez se persuade clarísimamente que se cometió el delito, sin quedarle duda alguna en su mente. Tal es la prueba de dos testigos á lo menos idóneos presenciales del hecho, la confesion del reo de haberlo ejecutado, y los indicios vehementes é indubitados que llegan á persuadir el ánimo, sin dudar que aquel es el delincuente. En el n.º 286 y siguientes, se explicará quienes son testigos idóneos y hábiles, cuyos dichos pueden admitirse en juicio y hacer fé, lo que se tendrá presente para la mejor inteligencia de este párrafo.

279. Hallándose el delito probado con semejante plena prueba, debe imponerse la pena ordinaria, esto es, la legal que impone la ley al delito: por egemplo, al homicida castiga la ordenanza con pena de muerte; esta es la pena ordinaria prescrita á tal crimen, no es menester como entienden algunos, que sea capital para llamarse pena ordinaria, pues toda la legal lo esen su clase, y siempre que se imponga al reo la de ordenanza ó ley del reino se entiende castigado con la ordinaria. Y por el contrario *extraordinaria*, es cuando al reo no se castiga con la pena legal, sino con la arbitraria, lo cual sucede cuando por falta de prueba no se puede imponer la ordinaria: art. 4 y 64, tít. 10, trat. 8, Ordenanza militar.

280. Por ejemplo, cuando el delito no está plena y concluyentemente probado, como si los indicios no fuesen claros como la luz del medio dia, hubiese un testigo solo del hecho ú otra prueba semejante, entonces no se podrá castigar al reo con la pena de la ley, y será preciso moderarla algo a proporcion de la fuerza que hicieren al juez los indicios ó pruebas: v. g. si la ordenanza señala al delito la pena capital, se habrá de rebajar á baquetas, presidio ú otras, segun la gravedad de las pruebas, y lo que el juez regularé; y si impone diez años de presidio, esta será la pena legal ordinaria, y no habiendo plena prueba á proporcion de la que hubiere, se le minorará el presidio á ocho, seis, cuatro ó menos años; ó se castigará con menor pena, como algunos meses de calabozo, deposicion de la escuadra ó gineta, ú otras á este tenor, si las pruebas no fuesen muy robustas.

281. *Semiplena ó media prueba*, es aquella que hace alguna fe del de-

lito, pero no tanta que sea concluyente y baste para definir la causa, como la declaracion de un testigo idóneo y otros indicios, que aunque no hagan plena prueba, puedan hacerla semiplena; y en este caso se castigará al reo con pena extraordinaria, segun la calidad de los indicios.

282. *Prueba incohada* es menor que la semiplena, esto es, la que segun el concepto del juez no constituye media prueba, y por consecuencia no es bastante para imponer al reo alguna pena extraordinaria al albedrío del juez, y segun la fuerza que le hiciere.

283. Finalmente, debe tenerse muy presente, respecto de la doctrina que llevamos espuesta, y que vamos á esponer, que solo rige completamente acerca de aquellos delitos por los que deben imponerse las penas marcadas en la ordenanza y leyes militares; pues cuando hubiere que aplicar las penas del nuevo Código penal, como sucede en los delitos comunes, no penados militarmente, debe tenerse presente la regla 45 de la ley provisional para la aplicacion de dicho Código. En ella se dispone, que en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquieran los tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 12, tít. 14 de la Part. 3.ª, impondrán en su grado mínimo la pena marcada en el Código. Si esta fuere una sola indivisible ó se compusiere de dos igualmente indivisibles, los tribunales procederán con sujecion á lo que disponen las reglas 1.ª y 2.ª del art. 66, respecto de los autores de delito frustrado y cómplices del consumado, esto es, cuando la pena fuere una indivisible se impondrá la inmediatamente inferior. y cuando se compusiere de dos indivisibles, se impondrá la mas baja de estas y los grados máximo y medio de la inmediatamente inferior.

284. Cuantos medios puede haber que constituyen prueba, otras tantas especies y grados hay de ella: á cuatro pueden reducirse los que hay de probar un delito, que son: *Confesion del reo, instrumentos, testigos é indicios*.

285. Las tres de confesion, testigos é indicios, son las principales pruebas en la materia criminal, y de ellas se tratará por su orden: Colon, t. 3, pag. 289.

## § II.

*De la prueba que produce la confesion de los reos.*

286. La principal prueba del delito nace de la confesion judicial del reo, como que es la voz de la conciencia, ó el convencimiento propio.

En lo criminal aunque el reo confiese, como que se trata del daño irreparable que irroga en el honor ó la vida, el confeso no se entiende inmediatamente sentenciado desde el instante de su confesion: es menester discusion de causa, y un prolijo exámen sobre la misma confesion, si es errónea ó falsa, ó por tedio de la vida, ó inválida por algunas circunstancias que despues se espresarán