

obligacion de pasar á la cárcel para oír cuanto tenga que esponer el reo que le pida audiencia.

Sobre la remision de testimonios en apelacion del auto de prision ó de cualquiera otro interlocutorio en el sumario, véase la nota 13^a pág. 141.

Sobre el recurso de nulidad está expresamente declarado por el decreto de 17 de Julio de 1813, que no tiene lugar en las causas criminales de la sentencia que causa ejecutoria; sin que por esto se entiendan eximidos los Jueces y Magistrados, de la responsabilidad por la falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso.

Si los excesos cometidos por el Juez inferior en la formacion del proceso tocan en criminalidad ó han incurrido en cualquiera de aquellas transgresiones que traen consigo privacion de oficio, le acusa el fiscal y se sigue la causa con él como con los demas reos. No llegando á ser crimen su exceso, se le multa y corrige con la prudencia propia de los tribunales superiores, en la misma sentencia de vista ó de los autos consultados. Lo mismo se observa respecto de los testigos vanos ó perjuros, y del escribano actuario que falta á su deber.

No excediendo de multas ó simple correccion las referidas condenas, no se oye al Juez multado por mas que se excuse y quiera sincerarse, á menos que haya cumplido previamente ó consigne y satisfaga su importe con reintegro de costas y demas á que el decreto le condene; Ley 15, tít. 41, lib. 12 de la Novis. Recop.

Tampoco se le oye cuando la condenacion es de un carácter que le hace responsable de daños y perjuicios causados por injusticia, opresion, condescendencia ú otro vicio punible de esta naturaleza; pues en este caso, aunque se muestre parte ó pida los autos para indemnizarse, ni se admiten ni se le conceden hasta que esté dada sentencia en el punto principal del proceso; Ley 24, tít. 22, Part. 3.

Asimismo, no se le oye cuando el fallo condenatorio se reduce á un mero y simple apercibimiento, por ser lo regular reservarlo, aunque suplique para despues de decidida enteramente la causa, y aunque haya lugar de apelacion en ambos efectos de la condenacion de costas cargadas á algunos de los delinquentes, ó de las que se dejaron de cargar á cualquiera de ellos, cuando era debido que el Juez lo ordenase; este punto es muy diferente de aquel en que por vía de correccion se mandan reponer los autos y hacerlos de nuevo á costa del causante, ó se le condena á perdimento de los derechos que deba percibir. Segun el art. 8, cap. 1^o del decreto de 24 de Marzo de 1813, la imposicion de penas á los Jueces culpables en sus respectivos casos, acompañará precisamente á la revocacion de la sentencia, y se ejecutará irremisiblemente, sin perjuicio de que despues se oiga al Magistrado ó Juez por lo que á él toca, si reclamase.

En cuanto á ejecucion de sentencia en causas criminales debe tenerse presente la doctrina siguiente:

Luego que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, ya por no haberse interpuesto apelacion de ella en el tiempo prescrito por la ley en los delitos livianos, ó porque aun cuando se haya apelado se desampara la apelacion y se declara por desierta, ya por haberle en los graves confirmado el superior en la se-

gunda instancia debe ejecutarse á la mayor brevedad; ley 5, tít. 27, part. 3. Sin embargo, es de advertir que aunque en rigor de derecho la apelacion desierta hace ejecutable la sentencia definitiva, segun costumbre antigua de los tribunales, aun cuando tarde el reo apelante en hacer las diligencias de su prosecucion, no se defiere á la desercion, y aunque efectivameute se declare ésta, no obstante, se oye á aquel por el grado superior, impidiendo que se ejecute; Salg. de Reg. Part. 3, cap. 16, Acevedo en la ley 2, tít. 18, lib. 4, de la Recopilacion, números 3 y 20 Herr. lib. 2, cap. 7, núm. 16.

Si la sentencia es de pena capital, antes de ser puesto el reo en capilla se le notifica aquella personalmente, identificándose antes con todo cuidado su persona. Tambien se intiman al reo todos los demas autos y decretos que contienen pena aflictiva. Herr. en el lugar citado. Puesto el reo en capilla á cuyo efecto, segun el artículo 26 del reglamento de las cárceles de México, se debe destinar una pieza donde los reos condenados á muerte puedan con toda separacion y quietud disponerse á ella, con los ejercicios espirituales correspondientes y en el tiempo que la sala de lo criminal les conceda, y el 27 previene que á esta clase, de reos ya en este estado no podrá verlos nadie á escepcion del juez, patrono, escribano, alcaide y confesores, sin previo aviso de la comision, que cuidará de no prestar su consentimiento á esas visitas, cuando de ellas no haya de resultar al reo ningun beneficio espiritual ó temporal, á fin de evitar las perturbaciones que les ocasionaba la pura curiosidad ociosa de muchas gentes. El reo como está espreso se pone en capilla despues de notificada la sentencia, permanece regularmente en aquella tres dias no completos: en este tiempo se le administrará el Viático y es un dia antes de la ejecucion (aunque no la Estrema Uncion como á los moribundos); te acto religioso era tan preciso, que no practicándose, podia el juez eclesiástico impedir con censuras la ejecucion de la sentencia, como tambien cuando el juez seglar no daba el término suficiente para este socorro espiritual ó lo impedia en efecto; bien que si el reo no quiere confesarse ó de dilatarse la ejecucion por esta causa hubieren de sobrevenir mayores males, se llevará á efecto la sentencia. El reo puede otorgar testamento de sus bienes; y es capaz en este estado de adquirir bienes y herencias, transmitir las á sus herederos y hacer contratos. Ley 4 de Toro y en ella Gom.

Pasados los dias que el juez manda esté el reo en capilla, provee otro auto en que providencia se haga efectiva la ejecucion de la pena, para lo cual señala dia y hora, y dá mandamiento contra el carcelero para que entregue á los ministros el reo que ha de ejecutarse, previniendo que de la ejecucion se ponga testimonio. Herr. lib. 2, cap. 7.

Para la condonacion del reo al suplicio puede embargarse la bestia que se necesita, como no sea yegua de vientre. Y á falta de verdugo podia compelerse al esclavo ó persona vil ó á un reo de pena capital, conmutándose en este servicio. En la sentencia se apercibe que bajo la misma pena de la vida, nadie quite al ajusticiado del patíbulo, y si el delito que á él le condujo es tan atroz que sea conveniente la permanencia del cadáver en la horca para el escar-

miento y terror por mas tiempo que el ordinario, suele hacerse aunque estos casos son muy raros. Tambien suele añadirse á la sentencia en causa de facineroso, ladrón público traidor y otros que notan los autores, Gom. Gar. lib. 3, cap. 4, núm. 79; Villad. cap. 3, pág. 90, núm. 363, la circunstancia de que dividido en trozos el cadáver, se pongan cuartos de él en los sitios más señalados de su atrocidad, y la cabeza en el lugar de su domicilio á juicio del tribunal, impidiéndose bajo igual pena el quitar dichos miembros del paraje donde los pusieron. Herr. en el lug. procs. cit. Asimismo en crímenes de mucha gravedad se acostumbra ejecutar la sentencia en el mismo lugar donde se cometieron. Gom. var. resol. tom. 3, cap. 13, núm. 25.

Siendo diferentes los reos sentenciados que se han de castigar con diferentes penas, el de vergüenza pública vá adelante direccion al patíbulo; luego sigue el que ha de perder la vida, cuya pena se ha de ejecutar á presencia de los primeros, los que siguen de allí á la deportacion á que hayan sido condenados.

Aunque las leyes 2.ª tít. 13, Part. 1, y fin, tít. 31, Part. 7, permiten que los cadáveres de los ajusticiados se entreguen á sus parientes y amigos, ó á otros hombres piadosos para que les den sepultura, esto se entiende como dice Gomez. Var. resol. tom. 3, cap. 13, núm. 9, precediendo venia del Juez. Asimismo es cosa resentada que estos cadáveres antes de ser sepultados, pueden ser entregados á los médicos y cirujanos para que hagan anatomía, Gomez lug. cit. núm. 9, (Sobre cadáveres encontrados, vé nota 14, pág. 144.)

Si la ejecucion de las penas hasta aquí referidas, ha de hacerse en lugar donde no hay verdugo, se dirige suplicatoria en forma al tribunal que le tiene para que se sirva franquearle, y mande remitir el ordinario de ella, ofreciendo el juez suplicante la caucion y seguridad correspondientes. En la República, los Reos son pasados por las armas, y no hay verdugo de oficio, pues la fuerza armada hace las ejecuciones.

Los reos no pueden ser ajusticiados en dia de fiesta ni en lugar secreto, ni de noche, sino públicamente, y á la hora fijada y en el sitio señalado ó que se acostumbra, Villad. pág. 68, núm. 105, y ley 11, tít. 31, Part. 7, á no ser que por justa y fundada causa, convenga hacer la justicia dentro de la cárcel ó en otro paraje recóndito, lo cual puede hacerse mediante permiso superior, y no de otro modo. Las sentencias de penas corporales afflictivas, se ejecutan en el lugar de la audiencia de la provincia, (ó Estado) ó en el que es designado para ello, como no interese para escarmiento que se cumplan en el del delito, segun está señaladamente fundado en los de asaltamiento en caminos públicos, con muerte ó sin ella, contrabandos, traicion y asesinato; cuyas providencias en esta parte se dejan al prudente conocimiento y resolucion de los tribunales superiores; habiendo observado que por lo tocante á la pena de vergüenza pública, casi siempre decretan la ejecucion en el lugar en que se cometieron.

Por fin, para el caso de la ejecucion de sentencias de pena capital, debe recordarse el artículo 40 de la ley (del Estado civil de las personas,) de 23 de Julio de 1859, que dice:

“Los tribunales cuidarán de enviar en las veinticuatro horas siguientes de la ejecucion de los juicios que han causado pena de muerte, una noticia al Juez del Registro civil del lugar en donde la ejecucion se haya verificado. Esta noticia contendrá el nombre, apellido, profesion y edad del ejecutado.”

Hay casos en que se suspende la ejecucion de la sentencia de muerte, y señaladamente en estos:

1.º Cuando se dió contra muger embarazada, aunque la preñez se haya proporcionado con el fin doloso de dilatarla, pues ha de esperarse á que pára; pero luego que esto se verifique sin respeto alguno á su convalescencia, (como se hace en las demas penas corporales que no son de muerte,) se procede á la ejecucion sin demora. Ley 11, tít. 13, Part. 7.

2.º Cuando es dada contra uno obligado á rendir cuentas de administracion de bienes de algun tercero, solicitándola éste de buena fé, bajo una dilacion de breve término.

3.º Cuando el reo condenado es acusador de otro delito grave cuya causa está pendiente sin concluir.

4.º Cuando el condenado es de un mérito extraordinario en la ciencia ó arte que profesa, de modo que pueda privarse al Estado de un gran beneficio si se le quita la vida, en cuyo caso ha de consultarse al soberano para que se digne conmutarle la pena. Igual consulta ha de hacerse cuando sobreviene un acontecimiento extraordinario, en cuya virtud parece conveniente suspender la ejecucion, como tambien cuando el último suplicio ha de verificarse en persona de primera gerarquía, y no hay urgente peligro de alboroto ó escandalo público de dilatarse; cuando se vé que la sentencia fué dada no con ánimo libre sino á efecto de cólera ó arrebato, y últimamente, cuando la causa es de tal gravedad que en ella se interese el bien del Estado. Bobad. lib. 2, Polt. cap. 21, núm. 197, y cap. 6, núm. 28, y sig. Estos últimos casos no están apoyados en ley, sino solo en doctrinas de autores, y pugnan con el espíritu constitucional.

La vergüenza pública, se decretaba antes arbitrariamente de distintos modos: se paseaba al reo desnudo de medio cuerpo arriba, montado en bestia de albarda, ó á pié, con coreza, untado el cuerpo con miel y cubierto de plumas, lo que solia hacerse mas comunmente con las *alcahuetas*: se exponia al público con una inscripcion del delito en la tablilla que se colocaba al cuello, ó se le hacia sufrir otros castigos afrentosos, como colgarle astas si era *cabron*, consentidor, etc. En el dia nada de esto se practica, no solo por la ignominia que inútilmente llevan consigo esas penas, sino tambien por su inmoralidad.

Si la pena es de presidio ó servicio de armas, se conducen los reos á la caja de la provincia, (del Distrito ó Estado) y desde allí al respectivo destino. A la conduccion, acompaña testimonio de las sumarias de las causas, y de la sentencia á la letra, para ponerlo con el reo á la órden del funcionario correspondiente, exigiendo el conductor recibo ó testimonio de su entrega, á fin de que le sirva de descargo, y que conste en la causa á que se une desde luego. Este conductor

debe ir autorizado [competentemente para que las justicias del tránsito, le faciliten cárceles y el auxilio que necesite. Herr. allj lib. 2, cap. 7, núm. 10.

Por decreto de 10 de Junio de 1823, se facultó al Gobierno para consignar á los reos destinados á los presidios de Perote y Veracruz, á otros puntos y trabajos públicos que considerase de mayor utilidad, sin que sea por mas tiempo que el de la sentencia, ni se agrave la pena por la naturaleza de los lugares á donde nuevamente vayan; quedando en arbitrio de éstos reclamar en caso de conceptuarse gravados, y pasándose dichas reclamaciones á sus respectivos tribunales. Por Real Orden de 30 de Octubre de 1784, se determinó que de las causas de desercion de presidio conozca el Juez que aprehenda los desertores, aunque hayan sido condenados y remitidos por otro cualquiera tribunal ó juzgado; Beleña Proviencia num. 233.

En la causa cuya sentencia comparecen reos presentes y ausentes, el suspender la ejecucion de las penas respectivas á éstos, no impide el que se lleven á ejecucion respecto de aquellos. El art. 129 de la ley de 23 de Mayo de 1837, ordena que cuando algun reo se hallare prófugo, se suspenderán, despues de averiguado el delito y sus circunstancias, los procedimientos hasta que no se verifique su aprehencion.

Estando el reo sujeto á la satisfaccion de diferentes delitos tratados en un propio juicio ó ante diversos Jueces, primero se ejecutan en las penas correspondientes menores para que las mayores puedan tener efecto despues, especialmente en el caso que con ellas se haya de acabar la vida. Si las causas distintas penden ante varios Jueces, ambos caminan de acuerdo en esta parte, conduciéndose de modo, que verificado el castigo del delito menos grave, quede el reo á la disposicion del otro Juez para hacer en él la debida justicia, y que uno y otro queden satisfechos. Carlev. tit. 2, disp. 6, núm. 29. Mas si las causas se tratan en un propio tribunal, corren bajo una misma cuerda, y de consiguiente en el fallo definitivo se condena la ejecucion, conciliándola precisamente bajo las indicadas reglas. Y aunque puede suceder que un mismo reo sea juzgado por distintos delitos á un mismo tiempo, rara vez sucede ser inconexos ó independientes los crímenes de modo que no deban acumularse.

Respecto á condenas, es conveniente tener las noticias de las disposiciones siguientes:

La Real Orden de 19 de Setiembre de 1817, que mandó que no se destinasen por los tribunales y Jueces, á los delinquentes, sean hombres ó mugeres, á los Hospicios, Casas de Misericordia ó de Caridad, con aquel nombre, segun lo prevenido por Real Cédula de 11 de Enero de 1784; y que conforme á lo que previenen las de 21 de Marzo, 30 de Abril del mismo año, y la de 20 de Noviembre de 1788, no continúan los tribunales aplicando á los Hospicios los delinquentes.

La circular de Justicia de 10 de Mayo de 1830, que mandó que los Jueces al imponer por sentencia á los reos las penas de la ley, obren con perfecto conocimiento de la salud y capacidad de ellos para evitar solicitudes sobre conmutacion de pena.

Para las sentencias contra menores de edad, es preciso ocurrir á las disposiciones y notas de que se hace mérito en la nota 13, pág. 141, y en la 61ª de esta ley.

La Circular de Justicia de 27 de Octubre de 1827, que previno que los Gobiernos de los Estados dieran aviso al general de la Federacion de todos los reos que fueren sentenciados á los presidios nacionales, acompañando sus respectivas condenas para su cumplimiento, pudiendo remitir directamente á dichos reos al lugar de su destino cuando estuviera inmediato al mismo Estado y á la recidencia de los pacientes; ó cuando se les proporcionare conducto seguro para evitar que fuesen molestados con la detencion y duplicacion del camino, si hubieran de ser conducidos hasta los puntos de escala de las cuerdas, á disposicion del Gobierno general.

La Circular de Justicia de 23 de Abril de 1823, que mandó que en los presidios no admitieran los comandantes generales á ningún reo que no llevara su respectiva condena; y que con reos de los Estados se observase la Circular anterior, remitiéndose al Gobierno Supremo un duplicado de las condenas con el aviso de la salida de los reos para el presidio.

La Circular de Justicia de 26 de Agosto del mismo año, que mandó que en las condenas de reos sentenciados á presidio por los Estados, se designara á cuál se habian de enviar.

La circular de Guerra de 14 de Julio de 1830, que previno los requisitos con que deben caminar los reos sentenciados en cuerda, y el castigo de sus conductores por falta de aquellos.

La circular de Justicia de 25 de Enero del mismo año, que mandó que el mantenimiento y conducion de reos condenados á presidio en los Estados, se haga por cuenta de éstos, mientras no lleguen y se reciban en los Presidios Nacionales.

Siendo público y notorio que á varios presidarios de Veracruz se ha visto con frecuencia recorrer libremente las calles en solicitud del trabajo, ocurre hacer mencion de la Circular de Guerra de 24 de Marzo de 1830, que aprobó la costumbre de permitir á los presidarios de Acapulco que tenian oficio, salir bajo de fianza á ejercerlo, con obligacion de satisfacer una cuota de tres pesos mensuales cada uno de los fiadores, destinándose á aquellos á la mejor manutencion de los presidarios; y prohibiéndose que los Prefectos ó autoridades políticas dispusiesen de ellos, pues los Presidios Nacionales son absolutamente del Gobierno Federal.

La Circular de Justicia de 11 de Mayo de 1831 declaró: que las cajas ó depósitos de presos rematados á servicios de obras públicas, presidio, etc., son de la responsabilidad del Gobierno del Distrito Federal y autoridades ó comandantes á quienes se confia: que éstas cuiden de que hagan el servicio designado sin conceder franquicias: que deben calificar el embarazo que tenga ó pueda sobrevenir á cualquiera de los condenados para hacer su servicio; de la misma manera que los sentenciados á las armas quedan sujetos á sus gefes en casos semejantes,

sin resorte alguno al Juzgado ó Tribunal que los condenó á dicha fatiga, porque éstos acabaron ya su oficio.

La providencia de Justicia de 4 de Enero de 1833, declaró que la jurisdicción de los Jueces sobre los reos, cesa luego que aplicándose las leyes, los consignan con sus condenas al Gobierno para su ejecución; por lo que los Alcaldes no deben poner en libertad á los reos que cumplan su condena, por boleta de los Jueces que han conocido de sus causas, sino precisamente por orden del mismo Gobierno.

La Circular de Justicia de 11 de Febrero de 1835, previno que los Tribunales y Jueces, al poner en ejecución sus sentencias y consignar los reos á las autoridades que corresponda, les pasen con ellos un testimonio de las condenas, expresando terminantemente la pena, el tiempo y lugar en que ha de sufrirse, para que que no se pueda alterar, prolongar ó disminuir, y que igual testimonio se dirija al Ministerio de Justicia por conducto del Gobierno del Distrito y Gefaturas Políticas de los Territorios.

La providencia de Justicia de 9 de Marzo de 1836, previno lo mismo, agregando que los testimonios deben contener la media filiación de los reos.

La providencia de Guerra de 12 de Enero de 1838, previno que los Tribunales estendiesen las condenas de los reos por triplicado, remitiéndose un ejemplar con el conductor del causante, otro al Ministerio de la Guerra y otro al del Interior (hoy de Justicia.)

La circular del Ministerio del Interior, de 24 de Noviembre de 1837, declaró sin vigor en la República la Real Orden de 8 de Agosto de 1798, que autorizaba á los capitanes generales (ó comandantes generales) para rebajar á los presidiarios que sirvieran en los presidios de cabos ó sobrestantes, hasta el tercio de sus condenas, excepto en las que hubiese la frase de adición de *retención cumplido su término*, respecto á que ésta recae por lo regular en los que merecen pena de la vida.

La Circular de Guerra de 21 de Diciembre del mismo año, mandó que los comandantes generales remitieran al mismo ministerio cada cuatro meses estados de los presidios de su demarcación, expresando los nombres de los presidiarios, la fecha de su ingreso, el tiempo de sus condenas, la fecha en que las debían cumplir, los delitos que cometieron y las autoridades que los habían juzgado. Que se recordase á los tribunales la obligación que tenían respecto á remitir con los reos los triples testimonios de sus condenas, y se les recomendase que las certificaciones de entierro de presidiarios que se les remitieran, las entregaran después de anotadas en las causas, á las mujeres ó familias de los que hubieran fallecido; que las noticias que les mandasen de las licencias estendidas á los cumplidos, las transcribieran al Gobierno Supremo para los fines que conviniere, y que al determinar sobre las propuestas de inútiles no solo consultaran á la seguridad de los reos, sino que también tuvieran presente que las escaseces del erario no pueden sufragar los gastos que se erogan en la conducción de cuerdas y trasportes de delinquentes.

El decreto de 28 de Noviembre de 1846, mandó que á los reos sentenciados, que sirvieran en el interior de las cárceles de presidentes ó ayudantes de estos se les hiciera el abono de tiempo de tales servicios como tiempo doble, ó como medio tanto mas, segun la calificación de la junta de cárceles, sin apelación ni recurso alguno, y siendo despedido el reo para cumplir íntegra su condena cuando el servicio no fuera calificado de bueno.

El decreto de 16 de Abril de 1856 puso en vigor el anterior. Las calificaciones de los servicios de los reos que sirvan en el interior de las cárceles, como va dicho, debe hacerlas la Junta de cárceles, que la pasará al gobernador del Distrito, y éste al ministerio de Justicia con su informe, debiendo esperarse la contestación suprema para el abono de tiempo, segun lo prevenido por Suprema Orden de Justicia de 29 de Enero de 1850.

Tan acertadas disposiciones, que sobre el provecho del reo, lo morlizaban, en sayandolo así para una completa rehabilitación, á la vez que causaban una economía, ahorrando empleados ó recompensas pecuniarias; se me ha informado que no subsisten; pero aun no he podido ver la disposición respectiva, que publicaré si la encuentro.

La Suprema Orden de Justicia de 19 de Setiembre de 1848 previno que los presidiarios fuesen mantenidos en los presidios del gobierno general por cuenta de éste, si sus trabajos eran útiles á la Federación; pero que en caso contrario y por carecer el Estado á que pertenecen de algun establecimiento en que cumplan sus condenas, deben ser alimentados por cuenta del mismo Estado.

Los sentenciados á reclusión, presidio, obras públicas y trabajos forzados por mas de un año y aquellos á quienes falte el mismo tiempo para extinguir sus condenas, deben destinarse á la colonización de Yucatan ó Baja California á elección de los gobernadores que ejecuten la sentencia, segun previno el decreto de 25 de Agosto de 1862, que ordenó la libertad que debían gozar en el presidio, las penas por su desercion y los premios por su buena conducta.

Olvídaba hacer mencion de disposiciones mucho mas importantes que las predichas.

La Providencia del Ministerio de Hacienda de 14 de Octubre de 1828, que manda se comuniquen en derecho al Ministerio de Hacienda las *sentencias contra empleados* para que por su conducto se disponga la ejecución de ellas.

El decreto de 18 de Octubre de 1841 que ordenó que así en las sentencias definitivas como en las interlocutorias con fuerza de definitivas ó con gravámen irreparable, *todo tribunal sin distincion espese la ley, canon ó doctrina en que las funde*, y que la parte resolutive se espese por proposiciones claras, precisas y terminantes, *incurriéndose en responsabilidad por la infracción de estas prevenciones*.

La Circular de Justicia de 5 de Noviembre de 1842 que declaró que el decreto anterior no comprendia á las conciliaciones y juicios verbales; y por fin la ley de 28 de Febrero de 1861 que mandó: que *todos los Tribunales y Juzgados de la Federación, Distrito y Territorios de cualquiera clase y categoria que sean, funda-*

ra precisamente en la ley expresa sus sentencias definitivas, determinando con claridad en la parte resolutoria cada uno de los puntos controvertidos, bajo el concepto de que la falta de observancia de la prevención anterior, será caso de responsabilidad.

Por estas leyes no se ha quitado el arbitrio judicial, esto es, la facultad que tiene el juez para decidir los casos omitidos ó no claramente contenidos en las leyes, según asienta Gregorio López en su Glosa 7.^a á la ley 7, tit. 9. p. 2.^a y conforme á la 1.^a, tit. 27, de la misma partida, que dice en general, que arbitrio ó alvedrio quiere tanto decir como asamiento que deben los homes haver sobre las cosas que son dubotas et non ciertas, porque cada uno venga á su derecho así como conviene.

Gregorio López en la glosa 1.^a de esta ley dice: "Arbitrium non est aliud nisi æquitas animi declarati, habitu respectu tam ad æquitatem naturalem, quam ad legum præcepta," así es que el arbitrio no puede ser el capricho y la arbitrariedad, no es la voluntad libre y absoluta sino que debe ser regulado por la ciencia del derecho.

Los Juristas enseñan: que cuando falta absolutamente ley, si tampoco hay costumbre que tenga fuerza de ley, no por eso es dueño el juez de arbitrar como lo acomodó, sino que ha de recurrir para juzgar á la analogía, á la equidad natural, y tal vez á los ejemplos ó precedentes de tribunales conocidos por su ciencia y rectitud.

La ley 13, regla 36, tit. 33 Part. 7, admite y quiere que se observe la doctrina de los sábios que "Dixerunt que non se debent facer las leyes, sinon sobre las cosas que suelen ocaecer á menudo, et por ende non ovieren cuidado de las facer sobre las cosas que avinieron pocas veces, porque tovieron que se podrien juzgar por otro caso de ley semejante que se fallase escripto."

Las leyes duras ó rigurosas deben limitarse á los casos para que se han dado, y las favorables estenderse fácilmente á los casos análogos: *Olia sunt restringenda, fautores ampliandi.* Este principio se halla consagrado en las leyes 17, 18 y 19, ff. de legibus; y nuestra legislación no lo ha repudiado.

Por eso en materias criminales no deben aplicarse las penas por analogía, ni se ha de fallar contra el reo sino en virtud de una ley conocida y cierta, ni se ha de quitar la vida sino al que sabia de antemano que con su conducta se esponía á perderla. La ley debe hacer sentir el amago, antes que el golpe.

Tales son las consecuencias del citado principio; tal es la práctica que generalmente se observa; tales son las máximas de B. con: *Rubricæ sanguinis ne sunt, decia éste; nec de capitalibus nisi ex lege nota et certa pronuntiato;.... nec vita cripienda nisi, qui se in suam vitam peccare prius nosset* afor. 39: *Oportet ut lex moneat priusquam feriat.* afor. 8: *Indixit enim mortem Drus ipse prius, postea inflixit,* afor. 39. El juez no debe castigar lo que la ley no castiga. Si es necesario una nueva ley para nuevos casos que ocurran, reclámese, hágase, promúlgese; pero entretanto, donde no hay ley no hay delito, como dice San Pablo: *Ubi non est lex, nec prævaricatio;* epist. ad. Rom. Cap. 4, v. 15. No estiremos

ni queramos hacer elásticas las leyes para tener el gusto de atormentar á los hombres: *Durum est torquere leges ad hoc ut torqueant homines.*

Faltando la ley y costumbre, dice Antonio Gomez, se ha de recurrir á la razon natural; (Coment. á la ley 1.^a de Toro núm. 9.)

El Juez para encontrar la equidad, debe dedicarse al estudio profundo del derecho, procurando penetrar el espíritu de las leyes patrias, examinando la doctrina de los autores nacionales que las explicaron, notaron y glosaron; fecundando su espíritu con la lectura de obras clásicas de legislación universal ó derecho natural; y por fin buscando los ejemplos ó precedentes de sentencias dadas por tribunales sábios sobre los puntos en que recaen las dudas. (Escríche, Artículo "Arbitrio de Juez.")

Antes de ocurrirse á la equidad, debe buscarse Disposición análoga, como se ha dicho, teniendo presente que la ley 11, tit. 12, lib. 3, de la Novis. Recop. declaró: que todas las leyes que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de que no están en uso; y no olvidando el célebre Auto acordado de 4 de Diciembre de 1713, que manda que: "Cuando sobreviene alguna duda, que no puede resolverse por las leyes vigentes, pero que pudiera serlo por una ley que se halla revocada ó suspendida, deben los Tribunales arreglarse en su decision á esta ley, que para semejante caso vuelve á la vida, tornando luego á su anterior estado."

Sobre los ejemplos ó precedentes que deben seguirse por el Juez, dice D. Joaquin de Escríche en su Diccionario de Legislacion, artículo citado: "No hablamos aquí de los ejemplos ó precedentes que por su frecuente uso forman una jurisprudencia consuetudinaria, que apoyada en el consentimiento unánime de Tribunales y Jurisconsultos, se levanta al lado de las leyes para complementarlas y llenar sus vacios. Esta jurisprudencia, si llegó por fin á revestirse de los requisitos de costumbre legítima, tiene fuerza de ley; y el Juez no puede prescindir de acatarla y tomarla por norma de sus decisiones, como se verá en el artículo *Costumbre.* Aquí solo se trata de los ejemplos ó precedentes que han tenido lugar una ú otra vez, y que todavía no han adquirido fuerza de ley tácita ó consuetudinaria,

"El Juez, pues, en defecto de otra luz mejor que le guíe, puede servirse de estos ejemplos, y adoptarlos si vienen al caso, no ciegamente sino hallándolos fundados en razon; porque los ejemplos enseñan, pero no mandan; y mas bien se ha de juzgar por razones que por ejemplos: *Exempla docent, non jubent: Exempla in consilium adhibetur, non utique jubent aut imperant: Rationibus non exemplis est judicandum.*"

"Los ejemplos en su caso deben tomarse de los tiempos en que reinaba el órden, la moderacion y la justicia, no de los tiempos de despotismo, de facción ó de anarquía. Así lo observa B. con: *Exempla,* dice en su aforismo 22, á temporibus bonis et moderatis petenda sunt; non tyranisis, aut factiosis, aut dissolutis. Hujusmodi exempla temporis partus spurii sunt, et magis nocent quam docent.

Si queremos conocer con exactitud los ejemplos, no debemos buscarlos en las historias, sino en documentos auténticos, pues los mejores historiadores no suelen detenerse bastante en la investigación de las leyes y de los actos judiciales.

Preséntanse á veces ejemplos contrarios, ejemplos que acaso deben su existencia á la fuerza, á la intriga ó al azar, ejemplos que solo se apoyaron en intereses momentáneos ó en circunstancias especiales y transitorias. Por eso es necesario no tomarlos sino de buenas fuentes, y no aplicarlos en su caso sino con cautela y discernimiento, teniéndose presente que solo al texto de la ley y á la costumbre legítima es debido siempre acatamiento y obediencia.

Sobre las sentencias dadas por los llamados Tribunales, Juzgados y Córtes Marciales, que emanaron de la Intervencion francesa, véase la nota 1.^a (pág. 89) de la ley de 27 de Noviembre de 1856.

Téngase presente que, aunque conforme al art. 18 de la Constitución, en cualquier estado de la causa en que aparezca que al acusado no se le puede imponer pena corporal, debe ser puesto en libertad; no por eso puede omitirse elevar lo actuado al Superior, pues debe remitírsele para revision toda causa cortada en sumario, ó en la que se hubiere sobreesido, segun previno la Circular de Justicia de 28 de Agosto de 1850, y el art. 52 de la ley de 5 de Enero de 1857.

Por fin no debe olvidarse el art. 24 de la repetida Constitución, que prohíbe la absolucion de la instancia, mandando que nadie sea juzgado dos veces por un mismo delito.

Tales son los principios y disposiciones mas importantes que deben tenerse presentes en el punto relativo á sentencia, no obstante que mas de una vez han sido impunemente conculcados.

Varios de ellos han sufrido esa suerte en el auto que la Suprema Córte de Justicia de la Nacion pronunció en 22 de Agosto de 1863, en la causa que se siguió al Gobernador de Jalisco, D. Antonio Gómez Cuervo, por haber mandado dar muerte á cinco hombres desgraciados, menos criminales, sin duda, que el famoso Manuel Lozada, que divide con él el poder del Estado en Tepic, y que aunque puesto fuera de la ley por el Congreso general de 1861, ha sido reconocido como potencia, desafia á las autoridades nacionales, y ejerce el derecho soberano de vida y muerte sobre los que le place calificar de ladrones, expidiendo decretos para asesinarlos, y concediendo indultos á los que se separen del pillaje.

Las cinco víctimas de Cuervo, menos culpables que el traidor Comandante general de Guadalajara Ignacio Gutierrez, sanguinario chacal que en Cocula mandó fusilar á los Libres por centenas..... indultado de la pena capital, y que quedó en libertad por haberse fugado á la escolta que lo conducia á pesidio, segun dijo *El Constitucional* de 11 de Setiembre de 1868, no tuvieron la suerte de ese reaccionario imperialista obstinado y cubierto de sangre, que á ese pesar aun vive, como D. Antonio López de Santa-Anna, su antiguo gefe.

En vano la Constitución y la ley llamada de Amparo, mandaron á Cuervo conservar los dias de aquellos hombres; porque violó la una y pisoteó la otra, para

quitar cinco existencias amparadas por el Juez de Distrito del Estado; y hoy no obstante que el Congreso general lanzó contra él el veredicto deshonroso de culpabilidad, está en posesion de provocar otro, si le place ó le conviene, porque merced al Tribunal primero de la Nacion, tiene experiencia de que no es temible esa declaracion, que á contar desde la fecha de esa famosa sentencia, debe figurar de igual manera que las disposiciones sobre responsabilidades, de que llevo hecha mencion en la nota 3.^a (pág. 62 á 68), en la 4.^a (pág. 72), y 9.^a (pág. 83) de la ley de 27 de Noviembre de 1856; en la nota 5.^a (pág. 96 á 100) de la ley de 15 de Setiembre de 1857; en la nota 7.^a (pág. 120) sobre pago de costas, en la ley que se anota; en la nota 12.^a (pág. 135, 136 y 140) de la misma, sobre castigos por detencion arbitraria, pues á pesar de haberse decretado, subsisten en sus puestos las personas que lo motivaron; sobre asesinatos de los ladrones, la nota 15 (pág. 147).

Escritos esos apuntes para estudiantes y para personas que no conozcan la legislación, llegó á asaltarme el temor de que les dieran poca fé en vista de la sentencia de 22 de Agosto de 1863, que sustentan personas que ejercen el magisterio no solo en la Córte Suprema de Justicia de la Nacion, sino en el Foro, en el Colegio de Abogados y en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, ocupando ademas asientos en el Congreso de la Union y en las Secretarías del Despacho del Ejecutivo Supremo.

Son tan respetables ademas por sí solos los nombres de los ilustrados CC. Se bastian Lerdo de Tejada, Vicente Riva Palacio, José María Lafragua, Joaquín Cerdoso, José María del Castillo Velasco, Pedro Ordaz, Luis Velasquez, Mariano Zavala, José García Ramirez é Ignacio Manuel Altamirano, que bastarian para dar autorizacion á cualquiera otro acto que no estuviera al alcance del comun de las gentes; pero por fortuna para los que juran en las palabras del Maestro es tan palpable el traspie que han dado en el fallo de 22 de Agosto citado, justificando la miserable fragilidad humana; que basta el criterio comun para conocerlo, y no debe abrigarse el temor de que puede estraviar al hombre de sana razon; porque ¿quién podria pasarle que obró en derecho la Suprema Córte divagándose de la mision única que tenia por el artículo 105 de la Constitución, (que no era otra, que con audiencia del reo, del Fiscal y del acusador, proceder á aplicar á mayoría absoluta de votos la pena designada por la ley, á Don Antonio Gomez Cuervo,) y lanzándose á interpretar el sentido del verbo separar, del que usa el artículo constitucional, apropiándose así la facultad de interpretarlo, que solo corresponde al Legislativo?

¿Quién podrá creer que hizo bien, cuando á renglon seguido de reconocer que en la legislación no habia pena para el caso que juzgaba, sin embargo impuso á Cuervo una nacida, no del arbitrio que conocen los Juristas, procediendo por analogía, sino la que ocurrió á su voluntad, esto es, la de dar al culpable por compurgado con el tiempo que estuvo separado de su Gobierno y demas sufrimientos del proceso?

¿Quién podrá tomar esto como pena en la acepcion jurídica, despues de saber

en el mismo día de su fecha, y en el propio ó al siguiente, á primera hora, se remitirá el proceso á la Suprema Corte.³⁶

CAPITULO III.

DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

45. Luego que dicho tribunal supremo reciba el proceso, lo mandará pasar al ministerio fiscal,³⁷ para que

por la prensa pública, que la separacion de Gómez Cuervo del Gobierno, no fué consecuencia del proceso, sino de su absoluta voluntad y conveniencia, que le hicieron solicitar una licencia que le concedió á tal fin la Legislatura de Jalisco; que durante esa separacion espontánea, reputada como sufrimiento, tuvo el goce de sus sueldos como Gobernador; y que ni los gastos del proceso lo han gravado, pues han sido satisfechos por el tesoro del Estado?

Ciertamente que, como he dicho para comprender el estravío de personas de tanta reputacion actualmente, basta la lógica natural sin que puedan preocuparla los antecedentes de los autores del fallo, como no la preocuparon los respetables de los que suscribieron la célebre Convocatoria para eleccion de Poderes Supremos, expedida en 14 de Agosto de 1867.

Sensible es tan solo el mal ejemplo, porque pueden seguirlo los mal intencionados; porque ha venido á desamparar á las víctimas de un atropellamiento, que ya saben que es ineficaz la egida que tenían en la ley de 30 de Noviembre de 1861; porque los mismos Jueces federales temiendo que sus providencias sean impunemente eludidas, como las del de Jalisco, quedando expuestos á los tiros de la venganza de un empleado poderoso, es posible que sean remisos en amparar á los ofendidos; y porque el pueblo acabará por perder como yo la fé sobre que se hagan efectivas las responsabilidades, cuando los que incurrén en ellas no son como yo desvalidos, sino personas de poder ó de alguna influencia.....

(36) No será sino al Tribunal Superior del Distrito, con arreglo á la ley de 22 de Noviembre de 1855.

(37) Los Fiscales pueden recusarse por ciertas causas, segun deja entender la Real Cédula de 19 de Mayo de 1751, inserta en el núm. 623, foliage 5º de Belcna; así tambien Solórzano en el Lib. 5, cap. 6 de su Politic., desde el núm. 15 al 20, citando á varios autores enseña que la enemistad es justa causa para recusar á dichos Magistrados; pero de una manera indudable consta así en la Real Cédula de 19 de Setiembre de 1761, corriente en el núm. 2748 de las Pandectas Hisp. Mexic, en donde se previene que solo se admitan las recusaciones contra los Fiscales, cuando son por causas expresas y notorias de enemistad, y en las que las partes puedan sufrir un grave perjuicio.

dentro de tres días promueva las diligencias que crea necesarias, ó tome sus apuntamientos para pedir lo que crea justo á la vista de la causa.

46. Dentro de igual término, podrá pedir el defensor del reo, que se le reciba alguna prueba de las que segun las leyes son admisibles en segunda instancia.³⁸

47. En ésta, el defensor será el mismo que lo haya sido en la primera.

48. Si fuere indispensable que las diligencias que se promuevan, se practiquen por los juzgados inferiores, el superior, atendiendo al espíritu de este decreto, les prefiará para ellas los términos mas breves. Fuera de este caso, se practicarán por el ministro semanero de la sala que conozca del negocio, y en el término mas corto posible señalado asimismo por el tribunal.

49. Si el ministerio fiscal devolvieren el proceso sin promover diligencia, el mismo día de su devolucion se citará para la vista que se hará en la audiencia siguiente.

50. Cuando el defensor de segunda instancia no fuere el mismo que el de la primera, se le entregará la causa luego que la devuelva el ministerio fiscal, y gozará del propio término que á éste se concede. Si devolvieren la causa sin promover diligencia alguna, se citará para la vista, que será en la audiencia próxima.

51. Tanto el pedimento fiscal como la defensa de los reos, podrá hacerse por escrito, debiendo asentarse en

(38) Lo son aquellas que sin malicia se dejaron de proponer en la primera instancia, ó aquellos hechos que propuestos no fueron admitidos. Así lo disponen los art. 12, 13 y 17 del Decreto de las Cortes Españolas, de 11 de Setiembre de 1820.