



DEPARTMENT OF
CRIMINAL

KKT4620

.G87

1826

v.1

c.1

U
347.9
G



1080078070

347.9 (96)



BIBLIOTECA

J. S. H. S.

J. S. H. S.



BIBLIOTECA

J. S. H. S.

J. S. H. S.

Prof. F. de la Jara.



BIBLIOTECA

3. tomos 16. p.



PRACTICA CRIMINAL

DE

ESPAÑA.

PUBLICALA

EL LICENCIADO DON JOSEPH MARCOS GUTIERREZ.

OBRA TAL VEZ NECESARIA Ó ÚTIL Á LOS JUECES, ABOGADOS,
ESCRIBANOS, NOTARIOS, PROCURADORES, AGENTES DE
NEGOCIOS Y Á TODA CLASE DE PERSONAS.

2. tomo 1. p.
TOMO I.

NEUVA YORK.

AÑO DE MDCCCXXVI.

23524

KRT4620
.583
1826
v.1

Since our accession to the throne of Tuscany, we have considered the examination and reform of the criminal laws as one of our principal duties; and having soon discovered them to be too severe, in consequence of their having been founded on maxims established either at the unhappy crisis of the Roman empire, or during the troubles of anarchy; and particularly, that they were by no means adapted to the mild and gentle temper of our subjects; we set out by moderating the rigour of the said laws, by giving injunctions and orders to our tribunals, and by particular edicts—waiting till we were enabled by a serious examination, and by the trial we should make of these new regulations, entirely to reform the said legislature. *Traduccion Inglesa del Toscano, Preámbulo del edicto de Pedro Leopoldo, Gran-Duque de Toscano, de 30 de Noviembre de 1786 para la reforma de la legislacion criminal.*

Desde nuestra exáltacion al trono de Toscana hemos mirado como uno de nuestros mas principales deberes el exámen y reforma de la legislacion criminal, y habiendo fácilmente reconocido que era demasiado severa: que se derivaba de máximas establecidas en los tiempos ménos felices del imperio Romano y entre las turbulencias anárquicas de los tiempos baxos; y con especialidad que no se adaptaba al carácter dulce y suave de la nacion; procuramos templar provisionalmente su rigor con Instrucciones, Ordenes y Edictos particulares—hasta que por medio de un maduro exámen y con el auxilio de la experiencia de aquellas nuevas disposiciones pudiesemos reformar del todo dicha legislacion.

PREFACIO.

AUNQUE quando dimos la primera noticia al público de nuestro Febrero Reformado, y despues en otras ocasiones oportunas hemos ofrecido á la nacion unas *Instituciones Criminales* ó una *Práctica Criminal de España*, nos hemos guardado siempre de prefinir ningun término al cumplimiento de nuestra promesa, para que si por algunos motivos imprevistos se retardaba, como en efecto ha sucedido, no pudiera reconvenirnos con justicia. No habiendo hecho ántes ningun trabajo en dicha obra, ni siéndonos posible principiaria, hasta que estuviese concluida la impresion del Febrero Reformado, pensábamos emprender entónces con todas veras su composicion y continuar en ella sin interrupcion hasta verla finalizada. Mas por desgracia y con harto sentimiento nuestro han concurrido sucesivamente muchas causas que no nos han dexado ocuparnos sino poco tiempo en esta Práctica.

Inmediatamente que acabó de hacerse la primera impresion del Febrero Reformado, fue necesario hacer la segunda. El público pidió con instancias un índice general y extenso de nuestro Febrero que habiamos omitido por hacer este ménos costoso, y por razon de los exactos é individuales sumarios con que principiaban todos los capítulos; y nos fue indispensable condescender á sus deseos. Recien hecha la primera edicion del Febrero Reformado advertimos que podiamos componer en breve y aun debiamos publicar, como publicamos en efecto, unas *Adiciones á la primera y segunda Parte del Febrero Reformado*: obra, no diremos solamente útil, sino tambien necesaria á quantos tengan la *Librería de Escribanos*, bien sea la antigua, bien sea la nuestra.* El mismo Febrero

* En dichas Adiciones se contienen varias doctrinas útiles, las Reales ordenesmas modernas relativas á los puntos que se tratan, un crecido número de peticiones de las mas necesarias y frecuen-

Reformado nos ha ocasionado diferentes distracciones y quitado muchísimo tiempo. Finalmente, varias indisposiciones nos han precisado á interrumpir nuestra ocupacion principal muchas veces y muchos dias, y no nos han permitido en los demas, emplear en ella sino cortos ratos, quando ántes hemos dedicado diariamente muchas horas á otras tareas literarias.*

Al mismo tiempo que por los referidos motivos estábamos inquietos, aumentaba tambien el público considerablemente nuestra inquietud. Desde que se anunció en los papelés periódicos el último tomo de la primera edición del Febrero, no se ha cesado de preguntar por nuestras Instituciones Criminales con el mismo tono que si las hubiesemos prometido para entónces, ó prefinido plazo para publicarlas y este se hubiese pasado; de manera que conociendo por una parte que se necesitaban bastante tiempo y serenidad de ánimo para componer unas buenas Instituciones Criminales, y viendo por otra que el público no nos permitia ni lo uno ni lo otro, resolvimos por último salir de este apuro componiendo atropelladamente este tomo en las horas que nos era dado trabajar, con ánimo de reformarle y mejorarle para la segunda edicion, si llegaba á consumirse esta primera. Ha sido por cierto mucha desgracia nuestra que habiéndonos propuesto el esmerarnos en formar unas Instituciones Criminales que nos diesen algun honor, aunque nunca podíamos lisonjearnos de que tendrian mérito particular; nos háyamos visto precisados ó arrastrados á publicarlas muy diferen-

tes en el foro, y mas correctas en su estilo y lenguaje que se han publicado hasta el presente: las materias de avocaciones, competencias, &c. y las instancias de apelacion, súplica, segunda suplicacion é injusticia notoria con sus correspondientes formularios: todo lo qual pasó en silencio Don Joseph Febrero. Tuvíamos para dar á luz estas Adiciones, además del motivo que expresamos en su prefacio, otro grave y particular que omitimos referir, y que manifestado á qualquiera persona, como se lo manifestariamos francamente, no nos culparia de haber interrumpido por las Adiciones las Instituciones Criminales.

* Además no es de omitir que habrá año y medio se presentó este tomo al Consejo solicitando la correspondiente licencia para imprimirle, y que por haber sido muchos sus revisores se ha retardado bastante tiempo el obtenerla.

tes de como creíamos y de como acaso las publicaremos mas adelante.

Pero no es de extrañar que el público clame tanto por nuestras Instituciones Criminales que tal vez cree han de complacerle, porque le ha complacido nuestra reforma del Febrero. Todas las prácticas que tenemos de esta materia, son bien poco apreciables. Si se habla de las antiguas como las de Herrera y Monterroso, por las muchas variaciones que ha habido en el transcurso de algunos siglos, apénas debe hacerse uso de ellas en el tiempo presente. Si hablamos de las modernas, unas instruyen muy poco, por ser demasiado breves, y otras que son mas extensas, tienen tantos defectos que no han debido tomarse en las manos sino es por carecerse de otras mejores. El lenguaje y estilo son por lo regular tan baxos y chabacanos que mas parecen propios de la ínfima plebe que de unos literatos. No hay que hablar de método, á no dar este nombre á una miscelanea donde todo es obscuridad y confusion, embrollo y desórden, repeticiones superfluas y pesadez; y donde con las especies útiles y oportunas se mezclan innumerables muy diversas y ajenas de las materias criminales. Tampoco hay que hablar de buena filosofia, lógica, crítica, ni sana ilustracion, pues aun solo los significados de estas voces parece son cosas muy exóticas y peregrinas para los autores de las tales prácticas. Si aun viven todavía algunos de ellos, no tienen por qué quejarse de nosotros, que no somos seguramente en este particular sino el órgano del público, quien muy descontento de las dichas obras desea con ansia la publicacion de unas buenas Instituciones Criminales, ó de una buena Práctica Criminal.

Para la composicion de la nuestra apénas hemos bebido en otras fuentes que en las de la legislacion patria y de la recta razon. Con el mayor cuidado hemos leído repetidas veces todas las leyes del reyno que citamos, procurando comprehenderlas bien para poder expresar fiel y exáctamente su contenido, y no contentándonos con verlas citadas en los autores, pues tenemos observado y podemos testificar que á veces en sus obras se citan leyes que ó no dicen absolutamente nada de lo que ellos afirman, ó dicen mucho ménos de lo que expresan. La

Curia Philipica en su parte criminal ofrece de ello muchos exemplos que no se han escapado de nuestra diligencia.*

Fuera de referir las disposiciones legales que debemos observar, hacemos, impelidos de un verdadero zelo por el bien de nuestros compatriotas, una crítica oportuna y respetuosa de algunas que nos parecen dignas de ser corregidas ó abrogadas: de suerte que á fin de hacer mas útiles nuestras Instituciones no nos hemos contentado con hacer en ellas el papel de Jurisconsulto Español, que debe ser el primero y principal, sino que tambien á veces desempeñamos el de Filósofo ó Político, sembrando en los lugares correspondientes con la debida distincion bellas máximas, ó excelentes principios de legislacion criminal; y dando, para amenizar una obra bastante árida por sí misma y hacer mas grata su leyenda, muy sabias y apreciables noticias suministradas en la mayor parte por la historia y legislacion de los antiguos Griegos y Romanos que han sido verdaderamente los maestros del género humano. A este efecto nos hemos aprovechado de muchas apuntaciones sacadas hace años que nos dedicamos á la lectura é instruccion de las materias criminales, haciendo al mismo tiempo nuestras reflexiones, de que habriamos hecho uso en esta obra, si el público nos hubiera permitido volver á discurrir sobre ellas y madurarlas ó sazonarlas.

Para contener á algunos ignorantes ó mal intencionados que acaso querrian zaherirnos sobre este punto, copiaremos aquí una objecion de los defensores del tormento y la respuesta que da á ella el Señor Lardizábal, impugnador acérrimo de tan bárbara práctica.

“Pero las leyes y el uso constante de los tribunales eclesiásticos y seculares de muchas naciones han autorizado y autorizan el tormento. Es por consiguiente, dicen sus patronos, una temeridad el impugnarle, es tachar de injustas á las leyes y á los legisladores, es faltarles temerariamente al debido respeto.”

* Es de advertir que en los escritos de nuestros intérpretes se encuentran muchas citas falsas, lo qual no es extraño habiéndose impreso muchas veces despues de su muerte, y no pocas por ignorantes en la Jurisprudencia.

“Por estas mismas razones era preciso defender los desafíos y hacer una apología de las pruebas de agua y fuego usadas con el nombre de purgaciones vulgares en otros tiempos. Autorizados estuvieron los desafíos por las leyes de muchas naciones: autorizadas estuvieron las purgaciones vulgares, llamadas *juicios de Dios*, con ritos publicos, como son exórcismos, oraciones, bendiciones, y lo que es mas, con una misa compuesta determinadamente para este fin con el nombre de *Missa judici*, que se celebraba con toda solemnidad ántes de hacer las pruebas. Freqüentadas fueron estas por espacio de algunos siglos por naciones enteras con aprobacion de hombres piadosos, de Cuerpos enteros, de Prelados Eclesiásticos y aun de algun concilio. Sin embargo de todo esto la Iglesia condenó posteriormente estas pruebas, declarándolas por supersticiosas y propias solo para tentar á Dios, mas no para descubrir la verdad. Y esta sí que es una prueba verdadera de que el argumento para aprobar ó reprobar alguna cosa, tomado del uso de muchos, aunque sean Cuerpos y naciones enteras, y aunque esté autorizado por algunas leyes, no es siempre tan sólido, ni tan convincente, como piensan algunos.”

“Las leyes humanas y los usos de los hombres estan por su naturaleza expuestos al engaño y al error. Los legisladores, quando establecen las leyes, tienen que acomodarse á las circunstancias del tiempo, del lugar, de las personas y de las costumbres, y el imperio y fuerza de estas, quando estan muy arraygadas, suele ser á veces tan grande, que no tienen arbitrio los legisladores para dexar de condescender con lo que prohibirian sin dificultad en otras circunstancias. La poca ilustracion de un siglo hace tambien que pasen por buenas y verdaderas ciertas opiniones generalmenté recibidas, aunque en realidad no lo sean. Para que una ley no pueda llamarse con verdad injusta, basta que quando se estableció, se hubiese creído útil y conveniente, segun el tiempo y circunstancias en que se hizo. Pero si despues, ó por la mudanza de costumbres, ó por la mayor ilustracion, ó por otros motivos se conoce el error y los inconvenientes, el advertirlo y manifestarlo no es combatir las leyes, como dice Don Pedro de Castro, para hacer odioso

á su competidor, no es tacharlas de injustas, ni faltar al debido respeto á los legisladores. Desear que las leyes sean mas perfectas, no es ultrajarlas.*

Ademas, léjos de poderse reprehender la crítica de aquellas leyes criminales que la merezcan, es tanto mas loable que nuestro Gobierno, como se dirá despues, ha tratado ya de reformar nuestra legislacion criminal, y no sin fundamento debemos prometernos que ántes de mucho se reforme.

Finalmente, quando un escritor demuestra la necesidad de corregir algunas leyes con el fin laudable de que se corrijan, no emplea su pluma contra la Religion, contra el Soberano ni sus regalías, contra el Gobierno ni el Estado, contra la buena moral ni las buenas costumbres, por todo lo qual se haria ciertamente acreedor á las penas mas rigorosas y severas. Los Gobiernos mas sabios é ilustrados, como todos lo vemos, derogan frecuentemente aun leyes que poco ántes han publicado, y así permiten á los escritores exponer sus juicios sobre todas ellas, con especialidad al presente que si damos crédito á los papeles periódicos de nuestro Gobierno, los Soberanos de la Europa, entre ellos el Emperador de Rusia y el Elector de Baviera, promueven mas que nunca se ha promovido, la instruccion en todas las ciencias y artes, teniéndola por la basa principal de la felicidad de sus estados.

La doctrina pues de estas Instituciones se funda únicamente en la venerable autoridad de la ley y en la sana razon, no en las opiniones de los intérpretes que apenas citamos sino para acreditar alguna noticia tocante á la práctica del foro. Si lo que dice un autor, no estriba ni en la una ni en la otra, es despreciable su opinion, y si estriba en alguna de las dos, es superflua su autoridad. Por otra parte si diésemos entrada en esta obra á las innumerables opiniones de los comentadores, se alargaria demasiado, y llenaria de obscuridad y confusion, quando hemos procurado darle tanta claridad, que pueda entenderla y hacer uso de ella toda clase de ciudadanos. No negamos el talento ni instruccion de varios Jurisconsultos Españoles, ni queremos privarles de los elogios debidos

* Discurso sobre las penas. cap. 5 §. 6 nn. 27, 28 y 29.

á sus laboriosas fatigas en beneficio de la patria; pero seria mucha necedad negar que por las circunstancias de los tiempos incurrieron en ciertos defectos en que todos habriamos entónces incurrido, y que por ellos no debemos venerar tan ciegamente sus escritos como han sido venerados otras veces. Es cosa sin duda vergonzosa, dixo no ha muchos años un sabio escritor extranjero, ver en estos siglos de ilustracion inclinar un Magistrado la cabeza al solo nombre de Bártulo, tener por delito oponerse á un párrafo de Ageta y oír una sentencia de Claro con tanta veneracion como en otro tiempo oía un Espartano los oráculos de la Sacerdotisa de Apolo.

Siguiendo la costumbre de los escritores mas acreditados de todas las naciones, y procurando no hacer mas voluminosas y costosas que lo necesario estas Instituciones, hacemos en ellas muy pocas citas fuera de las indispensables que son las de las leyes patrias. Fastidiosos sobremanera ver las páginas de los libros llenas de citas, por la mayor parte superfluas, y hechas tan solo por la ridícula manía de ostentar grande lectura y erudicion. Si en este punto no hubiesemos sido tan económicos, como se advertirá leyendo toda la obra, con poquísimo mas trabajo y tiempo habria tenido in tomo de aumento. Agrégase á esto que muchas veces nos habria sido imposible citar, por habernos aprovechado de unas apuntes sacadas de muchos autores, sin citarlos, con suma celeridad para no interrumpir mucho tiempo por una ocupacion molesta una lectura útil y agradable. Por la misma razon sin nombrar sus autores copiamos algunas cláusulas importantes literalmente y entre comitas para no merecer la fea nota de plagiario.

Habiendo visto con los ojos de la crítica todo lo que traen nuestros criminalistas modernos sobre práctica criminal, hemos entresacado entre lo mucho superfluo é inconducente todo quanto nos ha parecido necesario ó útil, reuniéndolo y colocándolo en los lugares oportunos, á fin de que estas Instituciones sean tan completas que no haya ninguna necesidad de recurrir á los tales autores, y basten por sí solas á los que por razon de sus empleos hayan de servirse de ellas. Para llegar á estar mas seguros de haber conseguido nuestro intento deseáramos que los

facultativos hábiles, publicado este primer tomo, nos comunicasen con toda libertad su dictámen verbalmente ó por escrito así sobre lo contenido en él, como sobre lo que nos resta que publicar.

Sin embargo de que habíamos intitulado esta obra: *Instituciones criminales de España*, la publicamos con el título de *Práctica Criminal de España*: título modesto y mas inteligible para toda clase de personas, por quanto la hemos escrito para todas, aun quando no exerzan ningun empleo forense, y á todas puede ofrecerse hacer mas ó ménos uso de ella. Pero dexamos al juicio de nuestros hábiles é instruidos profesores el decidir, mayormente despues de publicada toda, si podria ponérsele el título de *Instituciones Criminales*: esto es; el decidir, si se hallan recopilados en ella los sólidos é importantes principios respectivos á la Jurisprudencia criminal.

El título de *Instituciones Criminales* ó de *Práctica Criminal de España* parecerá tal vez impropio á algunas personas, porque no hablamos en ella de la legislacion criminal de nuestras provincias que tienen sus ordenanzas ó fueros particulares. Pero sin embargo, fuera de que acaso se incluirá alguna vez en nuestras *Instituciones* la legislacion criminal de estos fueros, creemos que para hacer uso del referido título es suficiente se funden aquellas en la legislacion criminal de la mayor parte de España, especialmente quando en dichas provincias á falta de su derecho privativo se recurre al general y comun de la nacion, y á la práctica que en ella se observa.

Este tomo solo comprehende la Seccion primera de la primera Parte. En la Seccion segunda intitulada, *De varios juicios criminales particulares, ó respectivos á ciertas clases de personas, ó delinquentes*, se trata de los juicios criminales entre *Eclesiásticos*, y entre los que gozan del fuero de guerra, de los de capitulaciones contra los *Corregidores* y demas *Justicias del reyno*, de los de *contrabando* y de *vagos*. La segunda Parte incluye el formulario ó substanciacion práctica de los juicios criminales, y la parte Tercera un tratado extenso de delitos y penas, dividido tambien en dos Secciones, una donde se ventila esta importante materia en general, y otra en que se habla particularmente de ella. Toda la obra ha de constar de tres tomos.

Nuestra legislacion criminal, como es bien sabido y nos es muy sensible decirlo, ha padecido la misma suerte, aunque quizá algo ménos desgraciada, que las demas legislaciones criminales de Europa. Como establecida en tiempos muy distantes entre sí y de nosotros, mucha parte de ella no está en uso, ni puede estarlo, y la otra se halla defectuosa; si bien no dexan de encontrarse en ellas varias disposiciones dignas de los mas sabios tiempos. Así, no podemos ménos de manifestar en este lugar nuestros mas vivos y cordiales deseos de que, segun se ha hecho recientemente en otros paises, como en Rusia, Prusia, Suecia, Toscana, &c. se forme una legislacion criminal adaptada á nuestra constitucion, y á las circunstancias presentes, ó de que se haga en la actual una sabia reforma. Nuestro ilustrado Gobierno ha conocido hace tiempo la grande necesidad que hay de ella. Sabemos que el Señor Don Carlos III encargó al Consejo discurriera y le consultara sobre los medios de hacer una reforma en la Jurisprudencia criminal.* Tambien sabemos que aquel docto y supremo Senado encargó con esta mira á un Ministro de su confianza formase un extracto exácto y circunstanciado de todas las leyes penales insertas en nuestros principales códigos legislativos desde la monarquía Goda hasta el tiempo presente, como efectivamente se hizo, y mereció la aprobacion del Consejo. Y finalmente sabemos que se formó una Junta compuesta de varios doctos Ministros para que la reforma se pusiese en execucion. Ignoramos por qué causas no se haya llevado á efecto una reforma tan deseada de toda la nacion y con particularidad de todos nuestros Profesores que conocen su importancia. Acaso como el Gobierno se halla siempre tan abrumado de ocupaciones que á veces por unas nuevas es forzoso suspender otras anteriores, tendria esta desgracia aquella empresa; y quizá asimismo uno de los principales motivos de la suspension seria el fallecimiento de algunos de dichos Señores Ministros. Mas por ventura se halla reservada tan grande obra para el ilustre reynado de nuestro benéfico Soberano el Señor Don Carlos

* Real resolucion á consulta del Consejo de 25 de Setiembre de 1770.

IV, que siempre amante de los proyectos útiles al Estado y favorecedor generoso del verdadero mérito obtendría entónces en un sentido particular el título mas brillante que puede grangearse un Monarca, el título de *Legislador de su nacion*. Y por ventura está tambien reservado para aquel docto y laboriosísimo Ministro que nos da continuas pruebas de sus vehementes deseos de ver mejorados los estudios de nuestra Jurisprudencia, y de que sus Profesores se hagan dignos de los honrosos cargos anexos á ella con una instruccion tan sólida y útil como diversa de la vaná y perjudicial charlatanería de muchos ignorantes que se precian de Filósofos; el proponer á S. M. quando su prudencia lo juzgue oportuno, la reforma de nuestra legislacion criminal, ó la formacion de otra nueva; y el contribuir con todas sus fuerzas, sabiduría y talento á la completa execucion de tan interesante propuesta, mereciendo así que se esculpa su nombre en el templo de la memoria y de la inmortalidad. ¡Oxalá que ningunos fatales obstáculos burlen nuestra esperanza, ni impidan el cumplimiento de nuestros mas ardientes votos dirigidos al bien y felicidad de nuestros compatriotas! ¡Oxalá que una nueva legislacion criminal, ó una sabia y consumada reforma de la presente inutilice y sepulte para siempre en el olvido estas Instituciones con su obscuro autor!

PRÁCTICA CRIMINAL

DE ESPAÑA

PARTE PRIMERA.

DE LA TEORÍA Y SUBSTANCIACION

DE LOS JUICIOS CRIMINALES.

SECCION PRIMERA.

De la teoría y substanciacion de los juicios criminales entre seculares y en general.

CAPÍTULO PRIMERO.

De los Jueces competentes de cada reo y delito.

1. UNA de las mas importantes y honoríficas funciones que puede exercer un ciudadano, es sin duda la de administrar justicia á sus semejantes, siendo el órgano de la ley, y viendo humillados ante sí los grandes, ricos y poderosos para oír de su boca las decisiones dictadas por la rectitud y equidad. La venerable judicatura tiene tanto influxo en el bien de la sociedad y de sus individuos, que son indispensables en los Magistrados la mayor integridad é ilustracion. Una sentencia errada ó injusta suele ser un manantial de penas é iniquidades; y esto que es indudable aun en los negocios civiles, puede decirse con mucha mas razon de los criminales, en que el Juez sentado en su respetable tribunal exerce el terrible y espantoso cargo de decidir sobre el honor, la libertad, ó la vida de un ciudadano, objetos inestimables y los mas caros del hombre. Así los Jueces para desempeñar este grave ministerio deben estar bien instruidos en las leyes criminales del reyno y en los sólidos principios de la legislacion criminal: deben reflexionar incesantemente sobre ellos